

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

VIỆN NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP THUỘC ỦY BAN THƯỜNG VỤ QUỐC HỘI

**21**  
**6**

**CHÀO MỪNG**  
**Ngày Báo chí Cách mạng Việt Nam**



**Số 12 (364)**  
**Kỳ 2 - Tháng 6/2018**

- ❖ QUYỀN VÀ NGHĨA VỤ GIẢI THÍCH LUẬT CỦA TOÀ ÁN - TỬ GÓC NHÌN LUẬT SO SÁNH VÀ TRONG BỐI CẢNH ÁP DỤNG BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015
- ❖ HOÀN THIỆN CÁC CHẾ TÀI ĐỂ CÔNG KHAI, MINH BẠCH TÀI SẢN VÀ THU NHẬP
- ❖ HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ CƯỜNG CHẾ THU HỒI ĐẤT VÌ MỤC ĐÍCH QUỐC PHÒNG, AN NINH, PHÁT TRIỂN KINH TẾ - XÃ HỘI Ở VIỆT NAM



# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

VIỆN NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP THUỘC ỦY BAN THƯỜNG VỤ QUỐC HỘI

## Mục lục Số 12/2018

### NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

**3** Quyền và nghĩa vụ giải thích luật của Tòa án - từ góc nhìn luật so sánh và trong bối cảnh áp dụng Bộ luật Dân sự năm 2015  
**PGS. TS. Nguyễn Ngọc Điện**

**10** Trách nhiệm bồi thường thiệt hại do thực phẩm không an toàn gây ra theo quy định của pháp luật  
**PGS. TS. Ngô Huy Cương**

**18** Những điểm tích cực, hạn chế của Công ước ASEAN về chống khủng bố và kiến nghị hoàn thiện  
**ThS. Trần Thị Diệu Hương - Trần Ngọc Thúy**

**25** Phòng ngừa và khắc phục ô nhiễm môi trường biển từ việc thực hiện quyền tự do hàng hải của tàu thuyền nước ngoài trong vùng đặc quyền kinh tế của Việt Nam  
**ThS. Hà Thanh Hòa**

### BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

**35** Hoàn thiện các chế tài để công khai, minh bạch tài sản và thu nhập  
**TS. Bùi Ngọc Thanh**

### THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

**41** Hoàn thiện pháp luật về cưỡng chế thu hồi đất vì mục đích quốc phòng, an ninh, phát triển kinh tế - xã hội ở Việt Nam  
**PGS. TS. Phan Trung Hiền - Huỳnh Thanh Toàn**

**49** Khái niệm "người lao động nước ngoài" từ góc độ Luật Bảo hiểm xã hội  
**ThS. Nguyễn Lê Thu**

### KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

**57** Khái niệm, nội dung và hình thức của thỏa thuận hòa giải nhìn từ góc độ so sánh giữa luật Việt Nam và Đức  
**Lê Nguyễn Gia Thiện - Lê Nguyễn Gia Phúc**

#### HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. NGUYỄN ĐÌNH QUYỀN (CHỦ TỊCH)  
TS. NGUYỄN VĂN GIÀU  
PGS,TS. NGUYỄN THANH HẢI  
PGS,TS. ĐÌNH VĂN NHẢ  
PGS,TS. LÊ BỘ LĨNH  
TS. NGUYỄN VĂN LUẬT  
PGS,TS. HOÀNG VĂN TÚ  
TS. NGUYỄN VĂN HIỂN  
PGS,TS. NGÔ HUY CƯƠNG  
TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

#### PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

#### TRỤ SỞ:

27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI  
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206  
FAX: 0243.2121201  
Email: nclp@qh.gov.vn  
Website: www.nclp.org.vn

#### THIẾT KẾ:

BÙI HUỲỀN

#### GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

Số 438/GP-BTTTT NGÀY 29-10-2013  
CỦA BỘ THÔNG TIN VÀ TRUYỀN THÔNG

#### PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 0243.2121202

#### TÀI KHOẢN:

0991000023097  
VIỆN NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP  
NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI CỔ PHẦN  
NGOẠI THƯƠNG VIỆT NAM  
(VIETCOMBANK), CHI NHÁNH TÂY HỒ

MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN HÀ NỘI

**GIÁ: 19.500 ĐỒNG**

**Ảnh bìa:** Gian trưng bày của Liên Chi hội Nhà báo Văn phòng Quốc hội tại Hội Báo toàn quốc 2018

**Ảnh:** Lâm Hiến

# LEGISLATIVE STUDIES

www.nclp.org.vn

INSTITUTE FOR LEGISLATIVE STUDIES UNDER THE STANDING COMMITTEE OF THE NATIONAL ASSEMBLY OF THE S.R. VIETNAM

## Legis No 12/2018

### STATE AND LAW

- 3** Rights and Obligations of Interpretation of Law of the Court - from Viewpoint of Comparative Law and under the Application Context of the Civil Code of 2015

**Prof. Dr. Nguyen Ngoc Dien**

- 10** Compensation Liability for Damages Caused by Unsafe Food Usages under the Applicable Law

**Prof. Dr. Ngo Huy Cuong**

- 18** Positives and Limitations of Asean Convention on Counter-Terrorism 2007 and Recommendations for Improvements

**LLM. Tran Thi Dieu Huong  
Tran Ngoc Thuy**

- 25** Prevention and Remedy of Environmental Pollution from Exercise of Freedom of Navigation Activities of Foreign Vessels in Exclusive Economic Zone of Vietnam

**LLM. Ha Thanh Hoa**

### DISCUSSION OF BILLS

- 35** Improvements of Punishment for Disclosure, Transparency of Assets and Income

**Dr. Bui Ngoc Thanh**

### LEGAL PRACTICE

- 41** Improvements of Legal Regulations on Enforcement of Land Acquisition for National Defence, Public Security, Social-Economic Development in Vietnam

**Prof. Dr. Phan Trung Hien  
Huynh Thanh Toan**

- 49** Definition of "Foreign Workers" under the Law on Social Insurance

**LLM. Nguyen Le Thu**

### FOREIGN EXPERIENCE

- 57** Concept, Content and Form of Reconciliation Agreement from Comparative Reviews between the Vietnamese Law and German One

**Le Nguyen Gia Thien  
Le Nguyen Gia Phuc**

#### EDITORIAL BOARD:

Dr. NGUYEN DINH QUYEN (Chairman)  
Dr. NGUYEN VAN GIAU  
Prof, Dr. NGUYEN THANH HAI  
Prof, Dr. DINH VAN NHA  
Prof, Dr. LE BO LINH  
Dr. NGUYEN VAN LUAT  
Prof, Dr. HOANG VAN TU  
Dr. NGUYEN VAN HIEN  
Prof, Dr. NGO HUY CUONG  
Dr. NGUYEN HOANG THANH

#### CHEF EDITOR IN CHARGE:

TS. NGUYEN HOANG THANH

#### OFFICE:

27A VONG THI - TAY HO - HA NOI  
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206  
FAX: 0243.2121201  
Email: nclp@qh.gov.vn  
Website: www.nclp.org.vn

#### DESIGN:

BUI HUYEN

#### LICENSE OF PUBLISHMENT:

Nº 438/GP-BTTTT DATE 29-10-2013  
MINISTRY OF INFORMATION  
AND COMMUNICATION

#### DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202

#### ACCOUNT NUMBER:

0991000023097  
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE  
VIETCOMBANK

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY HANOI PRINTING  
JOINT STOCK COMPANY

Price: **19.500 VND**

## QUYỀN VÀ NGHĨA VỤ GIẢI THÍCH LUẬT CỦA TOÀ ÁN - TỪ GÓC NHÌN LUẬT SO SÁNH VÀ TRONG BỐI CẢNH ÁP DỤNG BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015

**Nguyễn Ngọc Điện\***

\* Viện sĩ Viện Hàn lâm khoa học hải ngoại (Pháp); PGS.TS. GV. Trường Đại học Kinh tế - Luật Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Giải thích luật, Tiền lệ, Án lệ.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 29/05/2018

Biên tập : 06/06/2018

Duyệt bài : 13/06/2018

### Tóm tắt:

Giải thích luật là việc sử dụng các công cụ phân tích thích hợp để tìm hiểu và làm sáng tỏ nội dung của một quy định trong văn bản luật, nhằm tạo điều kiện cho việc áp dụng quy định ấy trong thực tiễn một cách hợp lý. Việc giải thích luật là cần thiết trong điều kiện luật có những khuyết tật cố hữu và không phải trong trường hợp nào cũng có thể được áp dụng bằng cách chỉ dựa vào ngôn từ được dùng để diễn đạt quy định. Với tư cách là người được giao nhiệm vụ xử lý các vụ, việc theo quy định của luật, thẩm phán đưa ra phán quyết xử lý nhân danh Nhà nước trên cơ sở áp dụng luật và không có quyền từ chối xét xử với lý do không có luật. Bởi vậy, thẩm phán có quyền và nghĩa vụ giải thích luật. Trong bối cảnh áp dụng Bộ luật Dân sự năm 2015, quyền và nghĩa vụ giải thích luật của thẩm phán có những đặc điểm đáng chú ý.

### Article Information:

*Keywords:* Interpretation of law, Precedent, Caselaw

*Article History:*

Received : 29 May 2018

Edited : 06 Jun 2018

Approved : 13 Jun 2018

### Abstract

Interpretation of law might be defined as the use of appropriate scientific analysis instruments to study and clarify the content of legal provision in order to facilitate its reasonable application. The interpretation of law is indispensable owing to the fact that law has inevitable defects as well as it is not literally applicable in all cases. In his capacity as the person entrusted by law to conduct a trial, the judge is obliged to say what to do in the case in accordance with law and must not refuse to say under the pretext of silence of law. By way of consequence, the judge has the right and the obligation as well to interpret law.

**Giải thích luật từ góc nhìn luật học so sánh.** Giải thích luật, theo quan niệm được chấp nhận trong khoa học luật, là việc sử dụng các công cụ phân tích thích hợp để

tác động vào một quy định của văn bản luật, nhằm làm sáng tỏ nội dung của quy định ấy, tạo điều kiện thuận lợi cho việc áp dụng quy định trong thực tiễn.

Vấn đề giải thích luật được đặt ra, như là một vấn đề quan trọng về phương diện hoàn thiện hệ thống các nguồn luật, trong bối cảnh thực tiễn pháp lý đặc trưng bởi hai yếu tố:

*Thứ nhất*, hệ thống pháp luật được xây dựng với trụ cột lớn nhất là luật thành văn hay còn gọi là văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL). Nhà nghiên cứu, nhà thực hành, đặc biệt là thẩm phán Tòa án, không được trao chức năng tạo ra chuẩn mực ứng xử<sup>1</sup>. Yếu tố này có tác dụng lý giải tại sao vấn đề giải thích luật được đặt ra với sự quan tâm đặc biệt ở các nước chịu ảnh hưởng của văn hoá pháp lý Latinh so với các nước theo văn hoá pháp lý Anh - Mỹ. Ở các nước theo truyền thống luật Anh - Mỹ, luật thành văn cũng là một nguồn của luật, nhưng không giữ vai trò quan trọng như ở các nước theo văn hoá pháp lý Latinh. Tòa án tạo ra chuẩn mực trong quá trình xét xử gọi là *precedent* hoặc *caselaw*, mà giới luật gia Việt Nam thường dịch là án lệ<sup>2</sup>. Một trong những căn cứ để tạo ra án lệ là giải thích các quy định của luật thành văn; ngoài ra, thẩm phán có thể tự mình suy nghĩ, lập luận theo lẽ công bằng để đề ra giải pháp cho vấn đề cụ thể mà mình được yêu cầu giải quyết<sup>3</sup>.

*Thứ hai*, Tòa án không có quyền từ chối xét xử với lý do không có luật. Thẩm phán được xác định là chỗ dựa tối hậu của xã hội, của chủ thể trong trường hợp xảy ra xung đột, tranh chấp cần được phân xử. Một

khi được yêu cầu phân định đúng sai trong một vụ tranh chấp trong điều kiện mọi nỗ lực hoà giải đều đi vào bế tắc, thẩm phán có trách nhiệm nêu chính kiến của mình với tư cách là người phán xử. Đưa ra phán quyết nhân danh công lý, thẩm phán có quyền, đồng thời có nghĩa vụ khẳng định cách giải quyết của mình đối với vấn đề đặt ra ngay cả trong trường hợp không có luật.

### **Giải thích luật trong luật Việt Nam.**

Trong một thời kỳ dài, chức năng giải thích luật của thẩm phán ở Việt Nam không được thừa nhận. Điều này được cho là có nguồn gốc sâu xa từ nền tảng triết lý đặc thù của khái niệm quyền chủ thể, chứ không phải do áp dụng cơ học nguyên tắc phân quyền như ở Pháp trong thời kỳ đầu sau cuộc Cách mạng Tư sản<sup>4</sup>. Thay vì được tự do làm tất cả những gì pháp luật không cấm, chủ thể quan hệ pháp luật chỉ được làm những gì pháp luật cho phép. Quyền chủ thể là những quyền được pháp luật định danh và xác định điều kiện, thể thức thực hiện. Trong cuộc sống dân sự, người dân ứng xử, giao tiếp dưới sự giám sát của công quyền; các giao dịch giữa tư nhân liên quan đến tài sản, đặc biệt là tài sản có giá trị lớn phải được sự cho phép của cơ quan nhà nước có thẩm quyền mới có thể được thực hiện.

Từ tư tưởng chủ đạo đó, VBQPPL được nhìn nhận là nguồn chính thức của luật, thậm chí là nguồn chuẩn mực duy nhất chi phối đời sống xã hội và được bảo

1 Ở Pháp, “thẩm phán chỉ có thiên chức nói luật chứ không có thiên chức tạo ra luật (Le juge a pour vocation de dire le droit non de le créer): G. Cornu, Droit civil – Introduction. Les personnes. Les biens, Montchrestien, Paris, 1990, tr. 146. Trong thời kỳ đầu sau cuộc Cách mạng Tư sản, người Pháp cho rằng với nguyên tắc phân quyền, thì chỉ có Nghị viện là cơ quan duy nhất có quyền đề ra quy tắc ứng xử gọi là luật, cơ quan xét xử chỉ có quyền áp dụng luật; nếu luật không rõ hoặc thiếu sót, thì phải hỏi nhà làm luật, yêu cầu giải thích. Tuy nhiên, quan niệm có phần cực đoan này không được duy trì lâu, bởi nếu chỉ bó hẹp trong phạm vi câu chữ của luật, thì thẩm phán không tài nào xử được tất cả các vụ tranh chấp, xung đột rắc rối trong thực tiễn: J. Ghestin và G. Goubeaux, Droit civil – Introduction générale, L.G.D.J, Paris, 1986, tr. 380.

2 Thật ra từ “án lệ” chỉ thích hợp để dịch từ precedent; caselaw thực sự là chuẩn mực có tính ràng buộc, như luật, hình thành từ thực tiễn xét xử và là một nguồn luật đích thực, chứ không chỉ là “lệ”.

3 Án lệ trong luật của Anh được xây dựng theo một trình tự nghiêm ngặt với các điều kiện tương đối khắt khe: tham khảo: R. Cross và J.W Harris, Precedent in English Law, Clarendon Press, London, 1991, tr. 15 và kế tiếp. Xem tiếp trong phần sau bài viết này.

4 Xem lại footnote 1 trên đây.

đảm thực hiện bằng sức mạnh của quyền lực công. Được trao chức năng xét xử nhân danh Nhà nước, thẩm phán chỉ có quyền dựa vào luật thành văn và phải áp dụng quy định của pháp luật theo đúng câu chữ, chứ không được phép tìm cách diễn giải theo ý riêng. Trong trường hợp gặp khó khăn trong việc giải quyết một vấn đề nào đó, đặc biệt là do luật không có quy định liên quan, thì Tòa án cấp dưới xin ý kiến của Tòa án cấp trên; nếu toà cấp trên có thẩm quyền cũng không xác định được căn cứ pháp lý trong luật viết để giải quyết vấn đề, thì Tòa án có trách nhiệm (và có quyền) từ chối xét xử<sup>5</sup>.

Quá trình đổi mới và hội nhập của đất nước đồng thời cũng là quá trình điều chỉnh quan niệm về quyền chủ thể theo hướng tiệm cận với quan niệm chung được thừa nhận ở các nền dân chủ. Dần dần, quyền chủ thể được hiểu là sự thể hiện quyền tự do của công dân, đã được hiến định, trong cuộc sống dân sự và trong một xã hội có tổ chức. Việc ban hành Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 đánh dấu bước ngoặt trong quá trình chuyển biến về nhận thức của người làm luật về cơ sở triết học của quyền chủ thể, được nhận biết trong BLDS dưới tên gọi quyền dân sự.

Tư tưởng chủ đạo của pháp luật dân sự là cá nhân, pháp nhân được làm tất cả những gì pháp luật không cấm (BLDS Điều 3 khoản 2). Sự cấm đoán của pháp luật, về phần mình, chỉ nhằm mục đích bảo vệ lợi ích quốc gia, dân tộc, quyền và lợi ích chính đáng của chủ thể khác (Điều 3 khoản 4) hạn chế. Mặt khác việc hạn chế quyền của cá nhân, pháp nhân phải được luật quy định và

chỉ được ghi nhận trong các trường hợp thật cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khoẻ của cộng đồng (Điều 2 khoản 2).

Trong quan hệ dân sự, để bảo đảm sự tôn trọng đối với quyền tự do của cá nhân, pháp nhân, đặc biệt trong trường hợp có tranh chấp, xung đột, việc đánh giá chất lượng hành vi của chủ thể dưới ánh sáng của luật để xem liệu hành vi đó có bị cấm, bị hạn chế phải được thực hiện một cách thận trọng và nhất là phải có căn cứ khoa học, đạo lý.

Nói cách khác, thẩm phán từ nay không chỉ làm công việc đơn giản là áp dụng điều luật theo đúng câu chữ; trong trường hợp cần thiết, thẩm phán phải tìm hiểu nội hàm của quy định, thông qua hoạt động phân tích luật, để xác định liệu có thể sử dụng điều luật làm căn cứ xây dựng giải pháp cho vấn đề pháp lý liên quan. Trong trường hợp một điều luật có thể được hiểu theo nhiều cách, thì quan điểm của thẩm phán về cách hiểu điều luật thật sự là kết quả giải thích của thẩm phán đối với điều luật đó<sup>6</sup>.

## **1. Ý nghĩa của việc giải thích luật của thẩm phán**

### **1.1 Luật so sánh**

**Làm rõ, hoàn thiện và vận dụng luật thành văn.** Trong điều kiện luật thành văn được cho là nguồn chủ đạo của luật, là căn cứ chủ yếu để xử lý các vấn đề pháp lý nảy sinh trong đời sống xã hội, thì việc giải thích luật của thẩm phán có thể được nhìn nhận là cách mà luật thành văn được vận dụng vào hoàn cảnh cụ thể.

Theo học thuyết pháp lý của Pháp, kết

5 Trong một thời kỳ dài, các toà án từ chối xét xử các tranh chấp về hui. Trong trường hợp có đủ các dấu hiệu của hành vi lừa đảo hoặc lạm dụng tín nhiệm để chiếm đoạt tài sản, thì các cơ quan chức năng tiến hành truy cứu trách nhiệm hình sự và giải quyết các hậu quả liên quan đến tài sản như một phần của vụ án hình sự.

6 Ví dụ, án lệ số 14/2017/AL ban hành kèm theo Quyết định số 299/QĐ-CA ngày 28/12/2017 của Chánh án Toà án nhân dân tối cao. Sự việc được nêu ra tại án lệ liên quan đến cách hiểu các điều 125 và 470 BLDS năm 2005 về giao dịch có điều kiện và tặng cho tài sản có điều kiện. Với câu chữ của các điều luật, người ta có thể nói rằng điều kiện của giao dịch, cũng như của hợp đồng tặng cho phải là một phần nội dung của giao dịch, của hợp đồng và phải được xác lập cùng một lúc với việc xác lập giao dịch, hợp đồng; nhưng mặt khác, cũng có thể hiểu rằng luật không cấm việc xác lập điều kiện đối với giao dịch, hợp đồng theo một thoả thuận riêng biệt. Toà án đã chọn cách hiểu thứ hai.

quả giải thích luật của thẩm phán không chỉ đơn thuần là làm lộ ra ý nghĩa đích thực của điều luật viết. Trong nhiều trường hợp, thẩm phán đứng giữa và nghe đề xuất khác nhau của hai bên trong cuộc tranh chấp pháp lý (đúng hơn nữa là các luật sư của hai bên) về cách hiểu một điều luật. Việc thẩm phán thừa nhận một cách hiểu nào đó và dùng cách hiểu đó làm căn cứ giải quyết vấn đề đặt ra, về mặt kỹ thuật, được cho là kết quả phân tích điều luật từ một góc nhìn đặc thù. Về phương diện khoa học, kết quả đó mang một trong ba ý nghĩa: góp phần làm rõ và hoàn thiện luật thành văn trong tình trạng mập mờ hoặc thiếu sót; loại bỏ sự mâu thuẫn giữa các quy định của luật; vận dụng quy định của luật trong hoàn cảnh xã hội có thay đổi.

**Tự do trong việc sử dụng phương pháp phân tích luật.** Phương pháp phân tích được thẩm phán sử dụng phổ biến nhất được gọi là phân tích câu chữ hay phân tích chú giải (*exegesis*)<sup>7</sup>. Tư tưởng chủ đạo của phương pháp này là luật viết chứa đựng đầy đủ các quy tắc chi phối quan hệ xã hội trong mọi trường hợp. Bởi vậy, trong điều kiện câu chữ của luật có giới hạn, có thể sử dụng nhiều công cụ khác nhau trong trường hợp cần thiết để mổ xẻ, đi xuyên qua câu chữ của luật mà phát hiện các quy tắc người làm luật gửi gắm trong văn bản luật. Các công cụ phân tích theo phương pháp này rất đa dạng: biện luận tương tự (*reasoning by analogy*), suy lý nghịch (*a contrario reasoning*), suy lý mạnh (*a fortiori reasoning*), quy nạp và diễn dịch (*reasoning by induction and deduction*), dựa vào các nguyên tắc phổ quát (*general principles*), dựa vào các công trình

thực hiện trong khuôn khổ biên soạn và hoàn thiện dự thảo văn bản luật (*preparatory documents*),...

Bên cạnh phương pháp phân tích câu chữ, phương pháp phân tích lịch sử cũng được sử dụng mỗi khi cần phân tích để vận dụng tinh thần của một điều luật đã được ban hành từ lâu vào hoàn cảnh mới có nhiều thay đổi. Ngoài ra, nếu cần, người Pháp dựa vào phương pháp gọi là *tự do nghiên cứu khoa học* (*free scientific research*), cho phép vượt qua khuôn khổ chật hẹp của câu chữ của luật để tìm kiếm giải pháp. Việc lựa chọn phương pháp phân tích luật là việc của thẩm phán. Luật không xác định một thứ tự ưu tiên các phương pháp được sử dụng.

### 1.2 Luật Việt Nam

**Tương đồng về các vấn đề liên quan đến chất lượng của luật.** Trong chừng mực nào đó, quan niệm của người Pháp về ý nghĩa của kết quả giải thích luật cũng có thể được chấp nhận ở Việt Nam. Thực tiễn cho thấy những vấn đề liên quan đến việc áp dụng luật ở Việt Nam cũng tương tự như ở Pháp: luật có thể mập mờ, thiếu sót, mâu thuẫn,...

Tình trạng mập mờ của luật có nhiều nguyên nhân: do người làm luật bị cuốn theo dòng suy nghĩ đặc thù khi biên soạn và không chú ý đến việc tương tác để làm rõ ý của mình; do người làm luật quen với môi trường nghề nghiệp và sử dụng thuật ngữ theo thói quen; do người làm luật quen dùng ngôn từ địa phương khi giao tiếp<sup>8</sup>;... Tình trạng thiếu sót của luật cũng có nhiều nguyên nhân nữa: do người làm luật bị hạn

7 Xem G. Cornu, *Droit civil – Introduction. Les personnes. Les biens*, đã dẫn, tr. 125 và kế tiếp.

8 Theo khoản 1 Điều 296 BLDS quy định: “một tài sản có thể được dùng để bảo đảm thực hiện nhiều nghĩa vụ, nếu có giá trị tại thời điểm xác lập giao dịch bảo đảm lớn hơn tổng giá trị các nghĩa vụ được bảo đảm, trừ trường hợp có thoả thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác”.

Quy định này chỉ mang ý nghĩa cảnh báo, đặc biệt là đối với chủ nợ có bảo đảm. Khi giao kết việc bảo đảm bằng tài sản, thì chủ nợ phải tìm hiểu xem liệu tài sản có đang được dùng để bảo đảm nghĩa vụ khác; nếu có, thì phải xem khả năng bảo đảm còn lại của tài sản. Tất cả nhằm mục đích giúp chủ nợ nhận diện rủi ro, chứ không nhằm áp đặt bất kỳ giới hạn nào. Nếu không hiểu đúng tinh thần của điều luật, thẩm phán có thể sẽ đi đến chỗ tuyên bố vô hiệu một giao dịch bảo đảm có tác dụng làm cho tổng số nợ được bảo đảm lớn hơn giá trị tài sản bảo đảm.



chế tâm nhìn, không dự kiến được tình huống đặc thù; do cuộc sống xã hội sau thời gian luật được áp dụng có nhiều biến chuyển và làm phát sinh tình huống, vấn đề mới;...

Tình trạng mâu thuẫn giữa các quy định của luật liên quan đến cùng một vấn đề thường là do thiếu sự kết hợp giữa các cơ quan đảm nhận công việc biên soạn luật, thậm chí giữa các nhóm công tác trong khuôn khổ một dự án luật<sup>9</sup>. Bên cạnh đó, là sự mâu thuẫn mang tính “kỹ thuật”, chẳng hạn mâu thuẫn giữa ngoại lệ và nguyên tắc, giữa luật chuyên ngành và luật chung.

**Sử dụng phương pháp phân tích luật theo thứ tự luật định.** Tuy nhiên, về phương pháp phân tích luật, thẩm phán ở Việt Nam dường như không được tự do lựa chọn như thẩm phán ở Pháp. Luật chủ động ấn định một thứ tự ưu tiên các căn cứ mà thẩm phán phải dựa vào trong trường hợp không thể áp dụng luật thành văn một cách trực tiếp để giải quyết vụ việc, như quy định tại Điều 6 BLDS: “1. Trường hợp phát sinh quan hệ thuộc phạm vi điều chỉnh của pháp luật dân sự mà các bên không có thỏa thuận, pháp luật không có quy định và không có tập quán được áp dụng thì áp dụng quy định của pháp luật điều chỉnh quan hệ dân sự tương tự.

2. Trường hợp không thể áp dụng tương tự pháp luật theo quy định tại khoản 1 Điều này thì áp dụng các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự quy định tại Điều 3 của Bộ luật này, án lệ, lệ công bằng”.

Với các quy định như trên, thì tập quán là chỗ dựa đầu tiên trong trường hợp không có luật. Áp dụng tương tự pháp luật là phương

pháp được cân nhắc trước hết một khi cả tập quán cũng không có quy tắc cần thiết. Lần lượt sau đó là các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự, án lệ và lệ công bằng.

Đề định hướng cho thẩm phán trong việc xây dựng căn cứ giải quyết các vụ, việc được thụ lý, người làm luật can thiệp sâu vào việc định dạng các nguồn chuẩn mực ngoài luật. Cụ thể, người làm luật đưa ra định nghĩa tập quán tại khoản 1 Điều 5 BLDS và thiết lập các tiêu chí lựa chọn tập quán tại khoản 1 Điều 45 Bộ luật Tố tụng dân sự (TTDS); việc áp dụng tương tự pháp luật được tái khẳng định trong Bộ luật TTDS là biện pháp được sử dụng chỉ trong trường hợp tập quán không có quy tắc cần thiết (khoản 2 Điều 45). Đặc biệt, thuật ngữ án lệ được chính thức sử dụng để chỉ những lập luận, phán quyết được lựa chọn từ các bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật, theo một quy trình chặt chẽ. Còn lệ công bằng cũng được định nghĩa chính thức tại khoản 3 Điều 45 Bộ luật TTDS.

## 2. Giá trị pháp lý của kết quả phân tích luật

### 2.1 Trong luật so sánh

#### 2.1.1 Luật của Anh

#### **Ratio decidendi và obiter dictum<sup>10</sup>.**

Ở các nước theo Thông luật (*Common Law*) bản án hoặc quyết định của Tòa án, về nội dung pháp lý, được chia thành hai phần - phần lý do của quyết định (*ratio decidendi*) và phần giải thích của thẩm phán về phạm vi áp dụng của quyết định tùy theo đặc điểm của trường hợp (*obiter dictum*).

Trong phần *ratio decidendi*, thẩm

9 Theo quy định của Điều 273 BLDS, một khi quyền bề mặt chấm dứt thì người đã từng có quyền bề mặt phải xử lý tài sản và bàn giao mặt đất, mặt nước, không gian, lòng đất cho người có quyền sử dụng đất. Nói nôm na là người này phải dọn dẹp tài sản của mình; nếu không, thì các tài sản ấy thuộc sở hữu của người có quyền sử dụng đất. Nhưng mặt khác, phải hiểu rằng tài sản thuộc sở hữu bề mặt (nhà cửa, công trình xây dựng khác, cây trồng...) là bất động sản. Nếu người có quyền bề mặt không dọn dẹp, thì có nghĩa là người này từ bỏ các tài sản ấy. Theo khoản 1 Điều 228 BLDS, tài sản mà chủ sở hữu từ bỏ là bất động sản thì thuộc về Nhà nước.

10 Xem R. Cross và J.W Harris, *Precedent in English Law*, đd, tr. 25 và kế tiếp; P. Watford, R. Chen và M. Basile, *The Crafting Precedent – Book Review of the Law of Judicial Precedent*, *Harvard Law Review*, 2017, quyển 131:543, tr. 543 đến 580.

phán chỉ ra các sự kiện được xác định là chứng cứ trong vụ án, sau đó chỉ ra quy tắc cần được áp dụng để xử lý hậu quả của các sự kiện, rồi đề ra quyết định giải quyết vấn đề trên cơ sở quy tắc đó. Trong phần *obiter dictum*, thẩm phán nêu quan điểm về việc xác định nội dung của quyết định giải quyết vấn đề trong trường hợp nội dung của các sự kiện có khác biệt so với các sự kiện cụ thể trong vụ án.

Trong điều kiện thẩm phán có quyền tạo ra luật, thì phần *ratio decidendi* không nhất thiết là kết quả phân tích, giải thích một quy định của luật thành văn. Đó có thể là một quy tắc của tập quán hoặc của tiền lệ xét xử.

**Hiệu lực của bản án hoặc của quyết định của thẩm phán về phương diện nguồn luật.** Ở Anh, các bản án hoặc quyết định của Tòa án, như đã nói ở trên, trở thành các tiền lệ xét xử (*judicial precedent*). Trong trường hợp có tranh chấp, xung đột có cùng tính chất, nội dung, thì trên nguyên tắc, bất kỳ ai cũng có thể viện dẫn tiền lệ để đòi hỏi thẩm phán cùng cấp hoặc cấp dưới phải xử vụ việc tương tự theo cùng một cách. Quyền viện dẫn tiền lệ được cho là xuất phát từ Lễ công bằng (*Equity*) ràng buộc người cầm cân nảy mực theo quy tắc “tiền lệ phải được tôn trọng” - *stare decisis*: một người đã được hưởng cách xét xử như thế, thì không lý do gì người khác không được hưởng cùng một cách xét xử trong trường hợp tương tự.

Tuy nhiên, tiền lệ xây dựng bởi một Tòa án địa phương cấp cơ sở không có hiệu lực ràng buộc như chuẩn mực đối với bất kỳ Tòa án nào. Thay vào đó, các quan điểm, lập luận của thẩm phán toà sơ cấp có tính thuyết phục (*persuasive authority*), nghĩa là có thể được các thẩm phán tham khảo để xét xử đối với các vụ việc tương tự.

Về hiệu lực ràng buộc của bản án, quyết định của Tòa án cấp cao, Toà phúc

thẩm và Tòa án tối cao (*House of Lords*), cần phân biệt giữa *ratio decidendi* và *obiter dictum*.

*Ratio decidendi* có hiệu lực ràng buộc (*binding authority*) như luật. Cách lập luận và giải pháp đề ra trong bản án trở thành quy tắc và có hiệu lực ràng buộc đối với các thẩm phán cùng cấp và các cấp toà thuộc quản hạt tư pháp theo nguyên tắc *stare decisis*.

Trái lại, các *obiter edictum* chỉ có giá trị tham khảo, định hướng đối với các thẩm phán. Trong trường hợp thụ lý vụ việc có tính chất, đặc điểm như được mô tả trong phần *obiter dictum*, thì thẩm phán có thể ghi nhận cách giải quyết của thẩm phán trước đó như một kinh nghiệm.

### 2.1.2 Trong luật của Pháp

**Bản án sự vụ, án lệ sự vụ và án lệ nguyên tắc.** Nội dung bản án hoặc quyết định của Tòa án ở Pháp, ngoài án được tuyên, cũng được chia thành hai phần - phần mô tả sự việc và phần nhận định. Trong phần mô tả sự việc, thẩm phán nêu ra các yếu tố của sự việc mà giá trị chứng cứ (của các yếu tố đó) được thừa nhận. Trong phần nhận định, thẩm phán dẫn ra điều luật có liên quan và đưa ra các lập luận cần thiết cho phép áp dụng điều luật trong trường hợp cụ thể. Về phương diện giải thích luật, các lập luận của thẩm phán được nhìn nhận như là cách thẩm phán hiểu điều luật được sử dụng là căn cứ giải quyết vấn đề đặt ra trong tình huống được xem xét.

Ở góc nhìn án lệ, bản án hoặc quyết định của Tòa án được chia thành ba cấp độ<sup>11</sup>. Có những bản án, quyết định mang tính sự vụ, chỉ giải quyết những vấn đề đặc thù, không có hoặc ít có khả năng được đặt lại trong thực tiễn. Có những bản án, quyết định liên quan đến những vấn đề đặc thù, nhưng được lặp đi lặp lại trong thực tiễn và các thẩm phán có xu hướng giải quyết theo cùng một cách, thì trở thành án lệ. Đặc biệt,

11 Tham khảo G. Cornu, sdd, tr. 166.

có những bản án, quyết định có nội dung lập luận và giải pháp như nhau đối với cùng một vấn đề nổi cộm, mang ý nghĩa to lớn, trở thành án lệ nguyên tắc.

Người Pháp không phủ nhận vai trò chủ chốt của cơ quan xét xử cao nhất là Tòa Phá án trong việc xây dựng án lệ; nhưng không loại trừ khả năng án lệ hình thành từ bản án của toà cấp thấp, thậm chí ở cấp sơ thẩm. Yếu tố xu hướng hiệu luật theo một cách nào đó, chứ không phải yếu tố cấp xét xử, là yếu tố quyết định đối với sự hình thành án lệ.

**Án lệ không ràng buộc.** Người Pháp không coi án lệ là nguồn luật, mà chỉ là cách áp dụng luật của thẩm phán và có thể được các thẩm phán khác tham khảo khi xét xử vụ án có nội dung, tính chất tình tiết tương tự<sup>12</sup>.

Trong điều kiện luật có thể được nói theo nhiều cách, thì cách thẩm phán nói luật trở nên đáng chú ý, hay đúng hơn là có ý nghĩa định hướng mạnh mẽ đối với ứng xử xã hội. Người dân, về phần mình, có xu hướng dựa vào án lệ để chấn chỉnh hành vi của mình trong giao tiếp, nhằm tránh rơi vào thế bất lợi trong trường hợp có tranh chấp. Nhưng án lệ không được coi là chuẩn mực pháp lý và không được đảm bảo thực hiện bằng chế tài của nhà chức trách, như luật. Thẩm phán cũng không bị buộc phải xử theo một tiền lệ nào đó, dù tiền lệ đó đã được nhất trí chấp nhận trong giới quan toà và mang đầy đủ ý nghĩa của án lệ nguyên tắc<sup>13</sup>.

Cũng có trường hợp một án lệ được duy trì trong một thời gian, nhưng dần dần các thẩm phán lại có xu hướng xét xử vụ việc tương tự theo một cách khác. Một khi xu hướng mới đủ mạnh, nghĩa là có nhiều bản án giống nhau được ghi nhận, đặc biệt là có sự tán đồng của Toà phá án, thì người ta nói án lệ (cũ) bị đảo ngược. Khả năng đảo ngược án lệ, trong chừng mực nào đó, được

cho là hệ quả tất yếu của tính không ràng buộc của án lệ đối với thẩm phán.

## 2.2. Luật Việt Nam

**Bản án sự vụ và án lệ.** Điều 1 Nghị quyết số 03/2015/NQ-HĐTP ngày 28/10/2015 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao (TANDTC) quy định: “Án lệ là những lập luận, phán quyết trong bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án về một vụ việc cụ thể được Hội đồng Thẩm phán TANDTC lựa chọn và được Chánh án TANDTC công bố là án lệ để các Tòa án nghiên cứu, áp dụng trong xét xử”.

Như vậy, án lệ ở Việt Nam, cũng như án lệ ở các nước, hình thành từ cách xét xử của Tòa án. Nhưng, khác với án lệ các nước, án lệ ở Việt Nam ra đời theo một quy trình chặt chẽ và phức tạp với vai trò trung tâm chủ động của Hội đồng thẩm phán TANDTC. Để được chọn làm án lệ, bản án, quyết định của Tòa án được đề xuất với TANDTC thông qua Vụ Pháp chế và Quản lý khoa học; sau đó, bản án, quyết định liên quan được công bố để lấy kiến rộng rãi của toàn xã hội, nhất là của giới luật gia, trước khi được một cơ quan gọi là Hội đồng Tư vấn án lệ cân nhắc, lựa chọn để đề xuất với Hội đồng thẩm phán TANDTC thông qua và được Chánh án TANDTC công bố.

Nếu không được lựa chọn để hoàn chỉnh về nội dung theo quy trình hình thành án lệ, thì bản án, quyết định của Tòa án, dù ở cấp xét xử nào, chỉ là bản án, quyết định thông thường.

**Án lệ có tính ràng buộc.** Các bản án, quyết định thông thường không có giá trị bắt buộc áp dụng đối với thẩm phán trong trường hợp tương tự. Tất nhiên, các thẩm phán có thể tham khảo các bản án, quyết định này trong quá trình xét xử. Người dân, về phần mình, có thể dựa theo những đòi hỏi của thẩm phán về cách ứng xử của các bên

(Xem tiếp trang 17)

12 Tham khảo G. Cornu, sdd, tr. 168; F. Terré, Introduction à l'étude du droit, Dalloz, Paris, 1994, tr. 200 và kết tiếp.

13 Xem J. Ghestin và G. Goubeaux, Droit civil – Introduction générale, L.G.D.J, Paris, 1986, tr. 300 đến 302.

# TRÁCH NHIỆM BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI DO THỰC PHẨM KHÔNG AN TOÀN GÂY RA THEO QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT

**Ngô Huy Cường\***

\* PGS. TS. Khoa Luật – Đại học Quốc gia Hà Nội

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* an toàn thực phẩm, thực phẩm bẩn, bồi thường thiệt hại, Luật An toàn thực phẩm, Bộ luật Dân sự

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 25/05/2018

Biên tập : 06/06/2018

Duyệt bài : 13/06/2018

### Article Information:

*Keywords:* food safety; dirty foods; compensation for damages; Law on Food Safety; Civil Code.

*Article History:*

Received : 25 May 2018

Edited : 06 Jun 2018

Approved : 13 Jun 2018

An toàn thực phẩm (ATTP) đang là nỗi nhức nhối của cả nước. Theo con số báo cáo thống kê chính thức của Cục ATTP (Bộ Y tế), mỗi năm Việt Nam có khoảng 250 - 500 vụ ngộ độc thực phẩm ảnh hưởng tới từ 7.000 đến 10.000 nạn nhân và làm khoảng 100 đến 200 người chết mà nguyên nhân được xác định là do thực phẩm bị nhiễm

### Tóm tắt:

Chưa bao giờ người dân lại đối diện với “cái chết” cận kề từ bàn ăn như bây giờ. Liên tiếp hàng loạt vụ thực phẩm bẩn bị phanh phui như lợn nuôi bằng chất tạo nạc, chuỗi dầm thuốc diệt cỏ... đã khiến người tiêu dùng hoang mang, lo ngại. Một trong những nguyên nhân của tình trạng vi phạm an toàn thực phẩm tràn lan như hiện nay là do hệ thống pháp luật chưa đủ sức răn đe, việc thực thi pháp luật về an toàn thực phẩm chưa nghiêm minh, và đặt biệt quy định của pháp luật Việt Nam về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do thực phẩm không an toàn gây ra còn nhiều hạn chế.

### Abstract

It has never ever closely faced with the "deaths" at the table as the present. Series of batch of dirty foods was exposed as pigs raised by the muscle drugs, bananas soaked with herbicides etc., which has caused the consumers with panic, anxiety. One of the causes of widespread of unsafety foods is the inadequate enforcements of the legal system, the silence of enforcement of the food safety laws, specially there are several weaknesses of the legal regulations on the compensation liability for damages caused by unsafe food usages.

vi sinh vật (khoảng 33%), do thực phẩm bị ô nhiễm hóa chất (khoảng 27%), do thực phẩm vốn hàm chứa các chất độc tự nhiên (khoảng 37,5%), do thức ăn bị nhiễm thuốc trừ sâu (phun hàm lượng cao, không cách ly với ngày thu hoạch) hay các chất phụ gia (hàn the, màu công nghiệp, đường hóa học) với dư lượng độc tố cao<sup>1</sup>... Bộ Y tế cũng

1 Diễn đàn Doanh nghiệp, Mỗi năm, Việt Nam có 7.000-10.000 nạn nhân ngộ độc thực phẩm, [<http://enternews.vn/moi-nam-viet-nam-co-7-000-10-000-nan-nhan-ngo-doc-thuc-pham-104619.html>], 20/12/2016, 13:32:59.

cho biết, trong 11 tháng đầu năm 2017, toàn quốc ghi nhận 139 vụ ngộ độc thực phẩm với 3.869 người mắc, trong đó 3.700 người đi viện và 24 trường hợp chết<sup>2</sup>. Hậu quả lâu dài của nạn thực phẩm bẩn được Bộ Y tế thống kê: mỗi năm Việt Nam có khoảng 150.000 ca mới mắc ung thư và có trên 75.000 người tử vong do ung thư mà có nguyên nhân từ việc sử dụng thực phẩm “bẩn” như thực phẩm có sử dụng chất kích thích, chất tăng trọng, thuốc bảo vệ thực vật quá dư lượng<sup>3</sup>. Các nhà nghiên cứu của WHO (Tổ chức Y tế thế giới) dự đoán rằng, đến năm 2020, số lượng các ca mắc ung thư ở Việt Nam sẽ xấp xỉ 200.000 ca, và sẽ trở thành nước có tỷ lệ ung thư cao nhất thế giới<sup>4</sup>.

Dù hậu quả nặng nề như vậy, chưa kể đến sự ảnh hưởng rất xấu tới giống nòi và chất lượng dân số, tệ nạn vi phạm các quy định pháp luật về ATTP rất khó kiểm soát. Theo thống kê của Bộ Y tế, trong 6 tháng đầu năm 2017, cả nước có 81.115 cơ sở kinh doanh vi phạm ATTP bị phát hiện, trong đó: 7.546 cơ sở đã bị xử lý; 299 cơ sở bị đình chỉ hoạt động; 303 loại thực phẩm bị đình chỉ lưu hành; 659 cơ sở có nhãn thực phẩm phải khắc phục; 3.749 cơ sở bị tiêu hủy sản phẩm với 4.175 loại thực phẩm bị tiêu hủy do không đảm bảo chất lượng ATTP<sup>5</sup>.

Các con số thống kê biết nói này mới chỉ được xem là phần nổi của tảng băng chìm. Có lẽ khó có thể phát hiện đầy đủ và thống kê được những vi phạm ATTP của các hộ nông dân sản xuất nhỏ lẻ dù rằng đây là một nguồn gây hại lớn cho xã hội bởi hầu hết người Việt ở khu vực phi nông nghiệp

đều tiêu dùng các sản phẩm nông nghiệp của các hộ này. Gần đây nhất, các phương tiện thông tin đại chúng rầm rộ đưa tin về vụ việc nhuộm cà phê phở phẩm bằng bột lõi pin mà có thể gây nguy hại tới hệ thần kinh của người tiêu dùng.

Với thực trạng xã hội như vậy diễn ra trong khoảng hai thập kỷ qua, Quốc hội Việt Nam đã nỗ lực thông qua bốn đạo luật lớn có liên quan trực tiếp tới việc bảo đảm ATTP, kế thừa các văn bản trước đó. Các đạo luật này bao gồm: Luật ATTP năm 2010, Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng (QLNTD) năm 2010, Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 và Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi năm 2017). Tuy nhiên, trong bài viết này, các chế tài hình sự, các chế tài hành chính và các chế tài dân sự khác (ngoài chế tài bồi thường thiệt hại (BTTH) ngoài hợp đồng do thực phẩm không an toàn gây ra) chưa được đề cập tới.

Luật ATTP năm 2010 định nghĩa: “*Thực phẩm* là sản phẩm mà con người ăn, uống ở dạng tươi sống hoặc đã qua sơ chế, chế biến, bảo quản...” (Điều 2, khoản 20); và xem “*ATTP* là việc bảo đảm để thực phẩm không gây hại đến sức khỏe, tính mạng con người” (Điều 2, khoản 1). Tuy nhiên, đạo luật này không chú trọng tới và không quy định cụ thể về các chế tài như Luật ATTP năm 2015 của Trung Quốc (một quốc gia láng giềng có ảnh hưởng lớn tới vấn đề ATTP ở Việt Nam), ngoài một số quy định dập khuôn xuất hiện trong phần lớn các đạo luật của Việt Nam hiện nay. Trong các quy định dập khuôn đó có nhắc tới chế tài

2 Trương Ngọc Anh, Vấn nạn thực phẩm bẩn là một trong những "trận chiến" lớn, Cafef, [http://cafef.vn/van-nan-thuc-pham-ban-la-mot-trong-nhung-tran-chien-lon-20180118151430286.chn], 18-01-2018 - 15:47 PM.

3 Diễn đàn Doanh nghiệp, Mỗi năm, Việt Nam có 7.000-10.000 nạn nhân ngộ độc thực phẩm, [http://enternews.vn/moi-nam-viet-nam-co-7-000-10-000-nan-nhan-ngo-doc-thuc-pham-104619.html], 20/12/2016, 13:32:59.

4 Trúc Nhật, ATTP và những tác động đến kinh tế Việt Nam, [http://quochoi.org/an-toan-thuc-pham-va-nhung-tac-dong-den-kinh-te-viet-nam.html], Thứ sáu, 07/04/2017, 17:01 (GMT+7).

5 Đời sống Việt Nam, Bài viết về ATTP: Nhức nhối thực trạng thực phẩm bẩn hiện nay, [http://doisongvietnam.vn/bai-viet-ve-an-toan-thuc-pham-nhuc-nhoi-thuc-trang-thuc-pham-ban-hien-nay-30167-8.html], 10-10-2017 15:05:00.

dân sự như sau: “Tổ chức, cá nhân sản xuất, kinh doanh thực phẩm vi phạm pháp luật về ATTP thì tùy theo tính chất, mức độ vi phạm mà bị xử lý vi phạm hành chính hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự, nếu gây thiệt hại thì phải bồi thường và khắc phục hậu quả theo quy định của pháp luật” (Điều 6, khoản 1). Vì vậy muốn áp dụng chế tài bồi thường nói trên tại các quy định này cần phải tìm tới các gợi ý của các đạo luật liên quan trực tiếp vừa nói. Tuy nhiên cần lưu ý rằng quy định dập khuôn này có mâu thuẫn với chính các điều kiện để áp dụng chế tài BTTH do thực phẩm không an toàn gây ra do đạo luật khác quy định.

Luật ATTP năm 2010 có nói tới một đường dẫn tại Điều 9, khoản 1, điểm c & đ của luật này rằng: “Người tiêu dùng thực phẩm có các quyền... (c) Yêu cầu tổ chức bảo vệ QLNTD bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình theo quy định của pháp luật về bảo vệ QLNTD;... (đ) Được BTTH theo quy định của pháp luật do sử dụng thực phẩm không an toàn gây ra”. Đường dẫn này cho chúng ta thấy sự kết nối của các đạo luật nói trên bằng chính các quy định của chúng mà không cần phải suy luận nhiều thông qua lý thuyết.

Luật ATTP năm 2010 của Việt Nam xác định phạm vi áp dụng của luật đối với việc bảo đảm ATTP; điều kiện bảo đảm an toàn đối với thực phẩm, sản xuất, kinh doanh thực phẩm và nhập khẩu, xuất khẩu thực phẩm; quảng cáo, ghi nhãn thực phẩm; kiểm nghiệm thực phẩm; phân tích nguy cơ đối với ATTP; phòng ngừa, ngăn chặn và khắc phục sự cố về ATTP; thông tin, giáo dục, truyền thông về ATTP; trách nhiệm quản lý nhà nước về ATTP (Điều 1). Các quy định này cho thấy nhiều mối quan hệ, không chỉ riêng mối quan hệ chủ yếu giữa người sản xuất, người phân phối thực phẩm với người tiêu dùng. Trong nhiều mối quan hệ đó có cả mối quan hệ giữa các cơ quan nhà nước có thẩm quyền quản lý, kiểm soát ATTP với đối tượng bị quản lý, giám sát và người tiêu

dùng. Do đó Luật ATTP năm 2010 cũng dự liệu: “Người lợi dụng chức vụ, quyền hạn vi phạm quy định của Luật này hoặc các quy định khác của pháp luật về ATTP thì tùy theo tính chất, mức độ vi phạm mà bị xử lý kỷ luật hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự, nếu gây thiệt hại thì phải bồi thường theo quy định của pháp luật” (Điều 6, khoản 2). Tuy nhiên, các quy định dập khuôn này lại thiếu sự chỉ dẫn cụ thể để có thể áp dụng chế tài BTTH đối với những người lợi dụng chức vụ, quyền hạn.

So sánh với Luật ATTP năm 2015 của Trung Quốc, có thể thấy cách thức quy định phạm vi áp dụng của Luật ATTP năm 2010 của Việt Nam không rành mạch về các mối quan hệ, mà có khuynh hướng liệt kê các công đoạn trong nghiệp vụ bảo đảm an toàn phẩm. Luật ATTP năm 2015 của Trung Quốc áp dụng cho bất kỳ người nào tiến hành bất kỳ một hoạt động nào trong các hoạt động sau đây (Điều 2): (1) Sản xuất, chế biến và bán, phục vụ ăn uống (được gọi chung là sản xuất và phân phối thực phẩm); (2) sản xuất và phân phối phụ gia thực phẩm; (3) sản xuất và phân phối nguyên vật liệu bao bì, đóng gói, vật chứa đựng, chất làm sạch và chất tẩy rửa được sử dụng cho thực phẩm và dụng cụ, thiết bị được sử dụng cho sản xuất và phân phối thực phẩm (được gọi chung là sản phẩm liên quan tới thực phẩm); (4) sử dụng phụ gia thực phẩm và sản phẩm liên quan tới thực phẩm trong trường hợp của người sản xuất và phân phối thực phẩm; (5) Kho bãi và vận chuyển thực phẩm; và (6) quản lý ATTP, phụ gia thực phẩm và sản phẩm liên quan tới thực phẩm (Điều 2). Trong khi đó, BLDS Pháp sửa đổi chủ yếu nhằm tới mối quan hệ giữa người sản xuất và người tiêu dùng, sau đó mở rộng tới những chủ thể khác trong các Điều 1386 - 6 và Điều 1386 - 7.

Luật ATTP năm 2010 chỉ rõ nguyên tắc liên quan là: “Tổ chức, cá nhân sản xuất, kinh doanh thực phẩm phải chịu trách nhiệm về an toàn đối với thực phẩm do mình sản xuất, kinh doanh” (Điều 3, khoản 2). Như

vậy BTTH là một hệ quả tất yếu của nguyên tắc này.

Để một người phải BTTH cho người khác, thì về mặt lý thuyết, có thể có ba giải pháp được lựa chọn: *thứ nhất*, người đó chỉ phải chịu trách nhiệm bồi thường khi người đó có lỗi đã được chứng minh; *thứ hai*, người đó phải chịu trách nhiệm trừ khi người đó chứng minh được rằng mình không có lỗi; và *thứ ba*, người đó phải chịu trách nhiệm trừ khi người đó chứng minh được rằng mình gặp trường hợp bất khả kháng<sup>6</sup>. Tất cả các nước được xem như có một hình thức trách nhiệm dân sự cổ điển được xây dựng trên nguyên tắc căn bản rằng khi một người gây thiệt hại cho người khác với một vài mức độ lỗi nhất định (thông thường là bất cẩn) thì thiệt hại đó phải được bồi thường - những quy tắc được quy định rõ ràng hoặc ở trong một phần của BLDS hoặc thông qua common law được phát triển qua án lệ hoặc qua việc ban hành chính thức hóa common law<sup>7</sup>. Trong đời sống hiện đại, việc gây ảnh hưởng hay thiệt hại cho người khác có nhiều dạng thức phức tạp. Hiện nay, các vi phạm ATTP ở Việt Nam có thể làm người tiêu dùng có cảm giác thỏa mãn khi được tiêu dùng thực phẩm không an toàn bởi dáng vẻ bề ngoài bắt mắt của chúng, và đôi khi kể cả độ thơm thức của chúng... Để có được dáng vẻ bề ngoài và độ thơm thức khiến người tiêu dùng thỏa mãn, thì những hành vi vi phạm nguy hiểm đã được tiến hành, chẳng hạn: chần nuôi heo cho sử dụng chất tạo nạc; thủy sản sử dụng kháng sinh vượt ngưỡng; cá được ủ ướp trong phân urê; rau bị tưới thuốc bảo vệ thực vật vượt giới hạn cho phép; trái cây “tẩm” trong hóa chất độc hại<sup>8</sup>... Đây là các hành vi vi phạm

tiêu chuẩn ATTP và sản xuất thực phẩm không đúng quy trình. Việc phải gánh chịu chế tài về việc gây thiệt hại là không phải bàn cãi. Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam tỏ ra nghiêm khắc hơn đối với những hành vi gây thiệt hại để hướng tới bảo vệ người tiêu dùng. Luật Bảo vệ QLNTD năm 2010 của Việt Nam định nghĩa: “*Hàng hóa có khuyết tật* là hàng hóa không bảo đảm an toàn cho người tiêu dùng, có khả năng gây thiệt hại cho tính mạng, sức khỏe, tài sản của người tiêu dùng, kể cả trường hợp hàng hóa đó được sản xuất theo đúng tiêu chuẩn hoặc quy chuẩn kỹ thuật hiện hành nhưng chưa phát hiện được khuyết tật tại thời điểm hàng hóa được cung cấp cho người tiêu dùng, bao gồm: (a) Hàng hóa sản xuất hàng loạt có khuyết tật phát sinh từ thiết kế kỹ thuật; (b) Hàng hóa đơn lẻ có khuyết tật phát sinh từ quá trình sản xuất, chế biến, vận chuyển, lưu giữ; (c) Hàng hóa tiềm ẩn nguy cơ gây mất an toàn trong quá trình sử dụng nhưng không có hướng dẫn, cảnh báo đầy đủ cho người tiêu dùng” (khoản 3 Điều 3).

Luật Bảo vệ QLNTD năm 2010 quy định: “Tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa có trách nhiệm BTTH trong trường hợp hàng hóa có khuyết tật do mình cung cấp gây thiệt hại đến tính mạng, sức khỏe, tài sản của người tiêu dùng, kể cả khi tổ chức, cá nhân đó không biết hoặc không có lỗi trong việc phát sinh khuyết tật” (khoản 1 Điều 23). Những người kinh doanh (tổ chức và cá nhân) nói trong các quy định này có thể hiểu tóm lược đơn giản là những người sản xuất và những người phân phối sản phẩm hàng hóa. Như vậy, họ phải chịu trách nhiệm đối với sản phẩm liên quan tới khuyết tật của nó. Black’s Law Ditionary giải thích:

6 Christian Atias, Luật dân sự, Nxb. Thế giới, 1993, Hà Nội, tr. 80.

7 CMS Cameron McKenna, Study of Civil Liability Systems for Remedying Environmental Damage, Final Report (as at 31st December 1995), This report was originally prepared by McKenna & Co McKenna & Co is now known as CMS Cameron McKenna, p. 9.

8 Đời sống Việt Nam, Bài viết về ATTP: Nhức nhối thực trạng thực phẩm bản hiện nay, [<http://doisongvietnam.vn/bai-viet-ve-an-toan-thuc-pham-nhuc-nhoi-thuc-trang-thuc-pham-ban-hien-nay-30167-8.html>], 10-10-2017 15:05:00.

“Trách nhiệm sản phẩm ám chỉ tới trách nhiệm pháp lý của người sản xuất và người bán bồi thường người mua, người sử dụng, và thậm chí người ngoài cuộc về những thiệt hại hay thương tật phải gánh chịu bởi những khuyết tật của hàng hóa được mua sắm”<sup>9</sup>.

Theo các quy định trên của pháp luật Việt Nam, người sản xuất hay người phân phối thực phẩm phải BTTH cho người tiêu dùng khi hội đủ các điều kiện sau: (1) thực phẩm có khuyết tật; (2) có thiệt hại về tính mạng, sức khỏe, tài sản, và (3) có mối quan hệ nhân quả giữa thực phẩm có khuyết tật với thiệt hại. Yếu tố nhận thức và yếu tố lỗi của người sản xuất hoặc của người phân phối liên quan tới khuyết tật của hàng hóa không được xem xét đến, trừ khi chứng minh được khuyết tật của thực phẩm không thể phát hiện được với trình độ khoa học, kỹ thuật tại thời điểm cung cấp cho người tiêu dùng. Nghĩa vụ chứng minh như vậy thuộc về bị đơn (Điều 24, Luật Bảo vệ QLNTD năm 2010). Vấn đề sản xuất đúng hay không đúng với tiêu chuẩn an toàn hay quy trình kỹ thuật không được pháp luật Việt Nam quan tâm để xem xét việc bồi thường (khoản 3 Điều 3 Luật Bảo vệ QLNTD năm 2010). BLDS sửa đổi của Pháp cũng quan niệm rằng: “Người sản xuất có thể phải chịu trách nhiệm về khuyết tật mặc dù sản phẩm đã được sản xuất phù hợp các quy tắc thương mại hoặc tiêu chuẩn hiện hành hoặc mặc dù nó là đối tượng của một sự cho phép hành chính” (Điều 1386 - 10). Tuy nhiên, BLDS sửa đổi của Pháp có các quy định tại Điều 1386 - 11 cho phép người sản xuất chứng minh để miễn hoặc giảm trách nhiệm trong một số trường hợp. Ở đây cần lưu ý thêm rằng Luật ATTP năm 2010 và Luật Bảo vệ QLNTD năm 2010 có độ lệch nhất định khi nói tới thiệt hại. Luật ATTP năm 2010 không đề cập tới thiệt hại về tài sản, trong khi đó Luật Bảo vệ QLNTD năm 2010 có đề cập

tới thiệt hại về tài sản. Nói cho đúng, các sản phẩm thực phẩm cũng có thể gây thiệt hại về tài sản, nhất là các chất phụ gia.

Theo quan niệm của Common Law, hành vi gây thiệt hại (tort) mà khiến người sản xuất phải chịu trách nhiệm, nếu sản phẩm của người này có một tình trạng khuyết tật mà làm nó nguy hiểm một cách bất hợp lý đối với người sử dụng hoặc người tiêu dùng<sup>10</sup>. Trách nhiệm nghiêm ngặt thường được ấn định trong trường hợp sản phẩm được sản xuất có khuyết tật (trách nhiệm sản phẩm). Trách nhiệm nghiêm ngặt là trách nhiệm pháp lý đối với trường hợp gây thiệt hại thậm chí người gây thiệt hại không có lỗi. Để chứng minh trách nhiệm BTTH, nguyên đơn chỉ cần chứng minh rằng hành vi trái luật gây thiệt hại đã xảy ra và bị đơn có trách nhiệm bởi hành động hay sự bất cẩn của mình. Trong trách nhiệm nghiêm ngặt ở Hoa Kỳ, thậm chí, cũng như sự kiện mà tại đó nguyên đơn áp dụng tất cả các biện pháp phòng ngừa có thể đều là những biện hộ không có giá trị.

Theo các nguyên lý nêu trên, có thể thấy rằng, ở Việt Nam hiện nay, trách nhiệm sản phẩm không phải là trách nhiệm nghiêm ngặt mà là trách nhiệm tuyệt đối, có nghĩa là không cần tới yếu tố lỗi của bị đơn và cũng không chấp nhận bất kỳ sự biện hộ nào liên quan tới yếu tố lỗi hay yếu tố vi phạm, trừ một trường hợp như đã nói trên. Thế nhưng, dường như có sự mâu thuẫn giữa quy định về nguyên tắc trách nhiệm tuyệt đối đối với sản phẩm nói trên trong Luật Bảo vệ QLNTD năm 2010 của Việt Nam với chính các quy định của Luật này về nghĩa vụ chứng minh. Cụ thể, khoản 2 và khoản 3 Điều 42 Luật này quy định: “(2) Tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ có nghĩa vụ chứng minh mình không có lỗi gây ra thiệt hại. (3) Tòa án quyết định bên có lỗi trong vụ án dân sự về bảo vệ QLNTD”. Trong khi đó, Luật

9 Deluxe Black’s Law Dictionbary, St. Paul, Minn. West Publishing Co., 1990, p. 1209.

10 Deluxe Black’s Law Dictionbary, St. Paul, Minn. West Publishing Co., 1990, p. 1209.



này chỉ quy định một trường hợp được miễn trách nhiệm như đã nói ở trên.

Luật ATTP năm 2015 của Trung Quốc được xem là một đạo luật nghiêm ngặt nhất. Trách nhiệm sản phẩm của đạo luật này được quy định như sau: “Bất kỳ ai vi phạm Luật này mà gây thiệt hại về người hoặc tài sản hoặc các dạng thiệt hại khác phải chịu trách nhiệm BTTH. Trong trường hợp mà tài sản của bất kỳ người sản xuất hay phân phối nào không đủ để đồng thời chi trả bồi thường dân sự và phạt hành chính và hình sự, thì khoản bồi thường dân sự được thi hành trước” (Điều 147). Các quy định này có hai khác biệt so với các quy định của pháp luật Việt Nam về BTTH do sản phẩm gây ra: *thứ nhất*, các quy định này đòi hỏi có sự vi phạm. Có thể thấy rõ hơn nữa sự đòi hỏi yếu tố vi phạm tại Điều 148 của Luật ATTP năm 2015 của Trung Quốc với các quy định như sau: “Bất kỳ người tiêu dùng nào mà bị thiệt hại bởi thực phẩm mà không tuân thủ tiêu chuẩn ATTP có thể đòi bồi thường đối với hoặc người phân phối hoặc người tiêu dùng”; *thứ hai*, các quy định này xác định rõ thứ tự được ưu tiên thi hành trong trường hợp vừa có bản án hình sự ấn định khoản phạt, vừa có quyết định hay bản án hành chính ấn định khoản phạt và vừa có bản án về BTTH liên quan tới một vi phạm.

Chúng tôi cho rằng, các nhà lập pháp Việt Nam nên cân nhắc tiếp thu những kinh nghiệm nêu trên để minh bạch hơn trong việc thi hành các bản án hay các quyết định trên tài sản của người dân, và chống lại sự ưu ái quá đáng với ngân sách nhà nước.

Sau kỷ niệm 200 năm sự ra đời của BLDS Pháp (1804 - 2004), các luật gia Pháp đã phải xem xét làm thế nào để các quy định về nghĩa vụ được cập nhật phản ánh sự phát triển hiện đại, thoát khỏi sự tụt hậu so với sự phát triển về pháp lý đã được chấp nhận rộng

rãi bởi các bộ pháp điển hóa ở châu Âu (ví dụ như BLDS Đức năm 2002), và khắc phục tình trạng pháp luật của Pháp ít được gắn với các nhu cầu thương mại và bị các bên trong giao dịch thương mại quốc tế hồ hững lựa chọn làm luật áp dụng<sup>11</sup>. Vì thế BLDS Pháp đã sửa đổi, bổ sung mà hiện nay trong đó có Mục IV Bis có các điều từ Điều 1386 -1 tới Điều 1386 -18 nói về trách nhiệm đối với sản phẩm có khuyết tật.

BLDS Pháp sửa đổi tuyên bố tại Điều 1386-1 rằng: “Người sản xuất có trách nhiệm đối với những thiệt hại được gây ra bởi khuyết tật trong sản phẩm của mình, không kể người này có bị ràng buộc bởi hợp đồng với người bị thiệt hại hay không”. Sản phẩm ở đây được xem là bất kỳ động sản nào, mặc dù được hợp nhất với một bất động sản, bao gồm những sản phẩm của đất trồng, của của chăn nuôi, của săn bắn và đánh bắt (Điều 1836 - 3). Thậm chí, điện cũng được xem là một loại sản phẩm ((Điều 1836 - 3). Như vậy bất kỳ một động sản nào hay điện được nhà sản xuất nào tạo ra cho tiêu dùng đều được xem là sản phẩm, và hề có khuyết tật gây thiệt hại cho người và tài sản đều phải chịu trách nhiệm, mà trong đó các sản phẩm của nông nghiệp, lâm nghiệp, ngư nghiệp được chỉ rõ. Sản phẩm được xem là có khuyết tật khi nó không đưa tới sự an toàn mà một người có quyền được mong đợi (Điều 1386 - 4). Định nghĩa này về khuyết tật của sản phẩm trừu tượng hơn so với các giải nghĩa của pháp luật Việt Nam. Điều 1386 - 4 tại đoạn 2 & 3 có giải thích rằng: “Để đánh giá sự an toàn mà một người được quyền mong đợi, cần có sự quan tâm tới tất cả các hoàn cảnh và cụ thể tới sự phô bày của sản phẩm, sự sử dụng mà một người có thể mong đợi một cách hợp lý rằng nó sẽ ra được đem đến, và thời điểm mà sản phẩm được đưa vào lưu thông. Một sản phẩm không được coi là có khuyết tật chỉ bởi một lý do duy nhất rằng một sản phẩm tốt hơn

11 University of Oxford, Faculty of Law, Research and Subject Groups Reform of French Law Obligations, [https://www.law.ox.ac.uk/research-and-subject-groups/reform-french-law-obligations], Truy cập vào hồi 14.00, ngày 6/5/2018.

sau đó được đưa vào lưu thông”. Có thể thấy các quy định này của BLDS Pháp sửa đổi có trình độ trù tượng rất cao, không cung cấp ngay một giải pháp cho các tranh chấp cụ thể mà phải có sự giải thích tư pháp. So sánh với các quy định này, có thể có nhận xét rằng, các quy định của Luật Bảo vệ QLNTD năm 2010 của Việt Nam không có nhiều đặc trưng của luật tư mà giống với các quy định của luật hành chính. Bản thân định nghĩa “hàng hóa khuyết tật” tại khoản 3 Điều 3 của đạo luật này mang tính kỹ thuật hơn là tính pháp lý, khi liệt kê các trường hợp có thể làm phát sinh ra các khuyết tật. Luật Bảo vệ QLNTD năm 2010 của Việt Nam không có các quy định liên quan tới trách nhiệm của người thuê trong việc cung cấp sản phẩm không an toàn, trong khi dịch vụ cho thuê ở Việt Nam đang phát triển. Trong khi đó BLDS sửa đổi của Pháp có dự liệu cả những vấn đề liên quan tới thuê, kể cả thuê tài chính tại Điều 1386 - 7. BLDS sửa đổi của Pháp có các quy định cụ thể về trách nhiệm liên đới, ví dụ tại Điều 1386 - 8 có quy định: “Trong trường hợp thiệt hại gây ra bởi một sản phẩm hợp nhất với một sản phẩm khác, thì người sản xuất của bộ phận hợp thành và người mà đã tác động tới sự hợp nhất có trách nhiệm liên đới”.

Luật ATTP năm 2015 của Trung Quốc có các quy định về trách nhiệm liên đới (Điều 148 quy định người sản xuất và người phân phối có trách nhiệm liên đới đối với yêu cầu đòi bồi thường từ người tiêu dùng). Trong khi đó, Luật Bảo vệ QLNTD năm 2010 của Việt Nam không quy định về vấn đề này, trừ một trường hợp có đề cập tới trách nhiệm liên đới giữa người kinh doanh hàng hóa với bên thứ ba cung cấp thông tin về hàng hóa, dịch vụ cho người tiêu dùng. Trong trường hợp này, người thứ ba có thể loại bỏ trách nhiệm liên đới nếu chứng minh đã thực hiện tất cả các biện pháp theo quy định của pháp luật để kiểm tra tính chính xác, đầy đủ của thông tin về hàng hóa, dịch vụ (điểm c khoản 1 Điều 13).

BLDS năm 2015 của Việt Nam chỉ

quy định 1 điều về BTTH đối với người tiêu dùng như sau: “Cá nhân, pháp nhân sản xuất, kinh doanh hàng hóa, dịch vụ không bảo đảm chất lượng hàng hoá, dịch vụ mà gây thiệt hại cho người tiêu dùng thì phải bồi thường” (Điều 608). Do đó, Luật Bảo vệ QLNTD năm 2010 dẫn chiếu tới BLDS năm 2015 chỉ là sự dẫn chiếu tới những quy định chung về BTTH ngoài hợp đồng. Trong các quy định chung ở đó có đề cập tới trường hợp tài sản gây thiệt hại thì chủ sở hữu và người chiếm hữu có trách nhiệm liên đới đối với thiệt hại gây ra (khoản 3 Điều 584). Tuy nhiên, các quy định này khó có thể áp dụng cho trách nhiệm đối với sản phẩm. Trong khi đó, Điều 587 của Bộ luật này thì khó có thể áp dụng cho trách nhiệm đối với sản phẩm bởi điều này lấy yếu tố lỗi làm trọng. Nghĩa vụ chứng minh mối quan hệ nhân quả giữa khuyết tật của sản phẩm với thiệt hại xảy ra không được Luật ATTP năm 2010, Luật Bảo vệ QLNTD năm 2010 và BLDS năm 2015 đề cập tới. Điều 1386 - 9 của BLDS Pháp sửa đổi gán trách nhiệm chứng minh cho nguyên đơn. Có thể giải thích việc đòi hỏi chứng minh không có lỗi được BLDS năm 2015 gán cho bị đơn và nó không nói thêm gì về nghĩa vụ chứng minh của người này làm người ta có thể suy ra việc chứng minh mối quan hệ nhân quả giữa khuyết tật của sản phẩm và thiệt hại xảy ra thuộc về nguyên đơn.

Rõ ràng, các quy định về nguyên tắc trách nhiệm đối với sản phẩm quy định trong Luật Bảo vệ QLNTD năm 2010 gây khó khăn cho việc áp dụng các quy định của BLDS năm 2015 vào giải quyết các tranh chấp trong các trường hợp liên quan tới miễn hoặc giảm trách nhiệm, trách nhiệm liên đới, nghĩa vụ chứng minh.

Trên cơ sở những phân tích nêu trên, chúng tôi kiến nghị:

*Thứ nhất*, sửa đổi Luật ATTP năm 2010 và Luật Bảo vệ QLNTD năm 2010 theo hướng chỉ quy định các tiêu chuẩn về an toàn và có ý nghĩa như một đạo luật trong

lĩnh vực hành chính mà trong đó có thể bao gồm các chế tài hành chính; tất cả các vấn đề liên quan tới dân sự đưa về quy định tại BLDS. Như vậy, cần sửa đổi cơ bản BLDS năm 2015.

*Thứ hai*, duy trì chế độ trách nhiệm tuyệt đối đối với ATTP vì người tiêu dùng Việt Nam quá nhỏ bé so với thương nhân và quyền lực công.

Số liệu của Tập đoàn Hóa chất Việt Nam cho thấy sự nguy hiểm rất lớn đang

đang rập người tiêu dùng. Tập đoàn này cho biết: Trong 5 năm qua, mỗi năm Việt Nam chi khoảng nửa tỷ USD để nhập khẩu về khoảng 100.000 tấn thuốc bảo vệ thực vật với 4.100 loại thương phẩm khác nhau thuộc 1.643 hoạt chất hóa học để sản xuất thuốc trừ sâu hóa học cùng với nhiều loại hóa chất cấm vẫn được nhập lậu như Phospho hữu cơ, Clo hữu cơ, Wofatox, Monitos, Kelthane..., và cho rằng: điều này không chỉ ảnh hưởng đến sự phát triển ngành nông nghiệp mà còn đe dọa sức khỏe của cộng đồng<sup>12</sup> ■

## **QUYỀN VÀ NGHĨA VỤ GIẢI THÍCH LUẬT CỦA ...**

(Tiếp theo trang 9)

trong vụ, việc nào đó, được mô tả trong bản án, quyết định liên quan để xác định cách ứng xử của mình mỗi khi ở trong trường hợp tương tự. Nhưng hoàn toàn không có gì bảo đảm rằng cách ứng xử đó không bị cho là không đúng khi có tranh chấp và sự việc được đưa ra Tòa án để phân xử. Nói cách khác, bản án, quyết định thông thường của Tòa án ở Việt Nam ít nhiều có ý nghĩa của bản án sự vụ ở Pháp và không có hiệu lực thuyết phục như tiền lệ của Tòa án cấp cơ sở ở Anh.

Trái lại, các bản án, quyết định được lựa chọn và “thử thách” theo quy trình được mô tả ở trên để trở thành án lệ, được coi là cách áp dụng luật chính thức đối với toàn bộ hệ thống xét xử. Hình thành theo cách đó, án lệ có tính ràng buộc đối với thẩm phán, thậm chí còn mạnh hơn án lệ trong luật của Anh. Điều 8 khoản 2 Nghị quyết số 03/2015/NQ-HĐTP ngày 28/10/2015 của Hội đồng thẩm phán TANDTC nói trên khẳng định rằng “Khi xét xử, Thẩm phán, Hội thẩm phải nghiên cứu, áp dụng án lệ để giải quyết các

vụ việc tương tự, bảo đảm những vụ việc có tính tiết, sự kiện pháp lý giống nhau phải được giải quyết như nhau”.

Ở Anh, án lệ cũng ràng buộc thẩm phán trong trường hợp được yêu cầu giải quyết vụ việc có nội dung, tính chất tương tự, như đã nói. Để tránh sự ràng buộc của một án lệ, thẩm phán thường tìm cách định dạng vụ án như thế nào để cho phép nói rằng đó không phải là vụ tương tự, từ đó, loại bỏ án lệ để xử lý vụ án theo cách khác.

Ở Việt Nam, khoản 2 Điều 8 Nghị quyết số 03/2015/NQ-HĐTP nói trên quy định, trường hợp không áp dụng án lệ thì phải phân tích, lập luận, nêu rõ lý do trong bản án, quyết định của Tòa án. Trong điều kiện án lệ có hiệu lực ràng buộc đối với vụ việc tương tự, thì phân tích, lập luận để không áp dụng án lệ tất yếu là phân tích, lập luận cho thấy vụ việc mà thẩm phán xem xét không phải là vụ việc tương tự. Nói cách khác, hoàn toàn có khả năng hiện tượng “lách án lệ” kiểu Anh cũng sẽ xuất hiện trong thực tiễn xét xử ở Việt Nam trong tương lai ■

12 Đời sống Việt Nam, Bài viết về ATTP: Nhức nhối thực trạng thực phẩm bản hiện nay, [<http://doisongvietnam.vn/bai-viet-ve-an-toan-thuc-pham-nhuc-nhoi-thuc-trang-thuc-pham-ban-hien-nay-30167-8.html>], 10-10-2017 15:05:00.

## **NHỮNG ĐIỂM TÍCH CỰC, HẠN CHẾ CỦA CÔNG ƯỚC ASEAN VỀ CHỐNG KHỦNG BỐ VÀ KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN**

**Trần Thị Diệu Hương\***

**Trần Ngọc Thúy\***

\* PGS. TS. Khoa Luật – Đại học Quốc gia Hà Nội

### **Thông tin bài viết:**

*Từ khóa:* Công ước năm 2007 của ASEAN; khủng bố; Cộng đồng quốc gia ASEAN

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 19/10/2017

Biên tập : 06/03/2018

Duyệt bài : 13/03/2018

### **Tóm tắt:**

Bài viết phân tích những vấn đề pháp lý cơ bản về Công ước năm 2007 của ASEAN về chống khủng bố, chỉ ra được ý nghĩa của Công ước đối với các quốc gia thành viên, từ đó đề xuất một số phương hướng hoàn thiện Công ước ASEAN về chống khủng bố trong tình hình hiện nay.

### **Article Infomation:**

*Keywords:* the Asean Convention on Counter-Terrorism 2007; Counter-Terrorism; ASEAN Community

*Article History:*

Received : 19 Oct. 2017

Edited : 06 Mar. 2018

Approved : 13 Mar. 2018

### **Abstract**

This article provides analysis of the basic legal matters of the Asean Convention on Counter-Terrorism 2007, and also outlines of the implications of the Convention for the member countries. It then provides a number of suggestions for further improvements of the ASEAN Convention on Counter Terrorism in the current situation.

Trong những năm qua, hoạt động khủng bố quốc tế ngày càng gia tăng với nhiều hình thức, thủ đoạn tinh vi và mức độ ngày càng nghiêm trọng. Khủng bố đã trở thành một mối đe dọa và thách thức lớn đối với an ninh và sự phát triển của mỗi quốc gia, trong đó có các nước thành viên ASEAN. Các quốc gia cũng như các nước thành viên ASEAN đã phải đẩy mạnh các nỗ lực hợp tác nhằm đối phó có hiệu quả hơn đối với mối đe dọa và thách thức này. Vào

tháng 1/2007 các nước ASEAN đã ký Công ước của ASEAN về Chống khủng bố, thiết lập khuôn khổ pháp lý cho hoạt động hợp tác an ninh trong khu vực giữa các quốc gia thành viên nhằm hợp tác, ngăn chặn, chống khủng bố dưới mọi hình thức.

Công ước năm 2007 ASEAN về chống khủng bố gồm phần nói đầu và 23 điều khoản, trong đó 19 điều liên quan nội dung và 4 điều liên quan các thủ tục có hiệu

lực, bổ sung, rút khỏi Công ước và đăng ký tại Liên hiệp quốc (LHQ).

Công ước của ASEAN về chống khủng bố bao gồm các nội dung cơ bản: (i) Mục đích, nguyên tắc và phạm vi hợp tác theo công ước; (ii) Các tội khủng bố thuộc phạm vi điều chỉnh của Công ước; (iii) Quyền tài phán quốc gia và nghĩa vụ dẫn độ; (iv) Các thủ tục liên quan thực hiện Công ước.

## **1. Những điểm tích cực, hạn chế của Công ước ASEAN về chống khủng bố**

### **1.1 Điểm tích cực của Công ước ASEAN về chống khủng bố**

*Thứ nhất*, Công ước của ASEAN về chống khủng bố ra đời trong bối cảnh hội nghị cấp cao ASEAN lần thứ 10 (2004) thông qua chương trình hành động Viên Chăn, trong đó các nước thành viên ASEAN cam kết tăng cường nỗ lực hướng tới xây dựng một Công ước của ASEAN về chống khủng bố.

Đây là một trong những điểm lợi thế tiên quyết trong việc nhân mạnh tầm quan trọng của việc xây dựng Công ước về chống khủng bố trong bối cảnh tội phạm khủng bố đang diễn ra tinh vi và nhân rộng để kêu gọi các cơ quan hữu quan của các nước thành viên hợp tác chặt chẽ, lập nhóm sáng tạo Công ước và thúc đẩy sớm ra đời Công ước chống khủng bố trong khu vực.

*Thứ hai*, có được sự đồng thuận cao của tất cả các thành viên trong khu vực trong việc hợp tác để ban hành Công ước chống khủng bố chung cho các quốc gia ASEAN.

Sự đồng thuận cao là một lợi thế để khu vực ASEAN dễ dàng trong việc đưa ra một văn bản chung thống nhất về vấn đề chống khủng bố, một vấn đề nóng, mang tính toàn cầu, ảnh hưởng rất lớn tới an ninh chính trị của quốc gia và toàn khu vực. Đây là một điểm mạnh khi đàm phán về công

ước quốc tế mà không phải công ước quốc tế trong cộng đồng ASEAN nào cũng dễ dàng có được điều này, ví dụ Hiệp định Tương trợ tư pháp về hình sự của các quốc gia ASEAN không có được sự tham gia đầy đủ của các quốc gia trong khu vực như Thái Lan, Đông Timo và Myanmar, mặc dù hợp tác trong lĩnh vực hình sự là một trong những ưu tiên hàng đầu của khu vực nói chung và mỗi một quốc gia nói riêng trong vấn đề giữ vững an ninh, chính trị<sup>1</sup>.

*Thứ ba*, về cơ bản, Công ước đã đưa ra được đầy đủ các điều khoản nhằm đạt được mục tiêu của các bên

Chỉ với 23 điều khoản nhưng Công ước ASEAN năm 2007 về chống khủng bố đã thể hiện được gần như đầy đủ các nội dung để đạt được mục tiêu của các bên là đối phó và ngăn chặn khủng bố dưới mọi hình thức và biểu hiện của khủng bố, tăng cường hợp tác giữa các cơ quan thực thi pháp luật và các cơ quan liên quan của các bên trong việc chống lại chủ nghĩa khủng bố.

### **1.2 Hạn chế của Công ước của ASEAN về chống khủng bố**

*Thứ nhất*, các quy định nội dung của Công ước chưa làm rõ được mục tiêu trong Công ước.

Mục tiêu Công ước được quy định rõ tại Điều 1: “Công ước này đưa ra các khuôn khổ hợp tác khu vực để hợp tác, đối phó và ngăn chặn chủ nghĩa khủng bố dưới mọi hình thức và biểu hiện của nó và tăng cường hợp tác giữa các cơ quan thực thi pháp luật và các cơ quan có liên quan của các Bên trong việc chống lại chủ nghĩa khủng bố”. Quy định này cho thấy, mục tiêu chính của Công ước là đưa ra các khuôn khổ hợp tác phù hợp và tăng cường hợp tác giữa các cơ quan thực thi pháp luật để chống lại chủ nghĩa khủng bố trong khu vực. Tuy nhiên, nội dung Công ước lại chưa làm sáng rõ được hai vấn đề này. Ví dụ, trong mục tiêu về đưa ra các khuôn khổ hợp

1 Xem thêm: Hiệp định Tương trợ tư pháp về hình sự của các quốc gia ASEAN năm 2004. <http://m.thuvienphapluat.vn>

tác trong khu vực thì nội dung Công ước có quy định tại Điều 5 “không áp dụng” và Điều 6 “lĩnh vực áp dụng”<sup>2</sup>, chỉ dừng lại ở hai quy định trên thì chưa đủ để thể hiện được khuôn khổ hợp tác được đề cập đến trong mục tiêu Công ước, như nguyên tắc hợp tác và hình thức hợp tác.

Hợp tác giữa các cơ quan thực thi pháp luật là tất yếu, khách quan, phù hợp với yêu cầu, đòi hỏi của thực tiễn. Tuy nhiên, trong quá trình hợp tác, các bên tham gia có thể có những hành vi xâm phạm quyền và lợi ích hợp pháp của bên thứ ba, như áp dụng các biện pháp bất lợi hơn cho công dân của bên thứ ba; phong tỏa tài khoản của tổ chức cá nhân của bên thứ ba mà không có lý do chính đáng... Cơ sở pháp lý của nguyên tắc này là các điều ước quốc tế song phương và đa phương, đặc biệt là các điều ước song phương về chống khủng bố thường quy định trực tiếp nguyên tắc này. Tuy nhiên, Công ước của ASEAN về chống khủng bố lại chưa đề cập đến nội dung này để đạt được hiệu quả trong tăng cường hợp tác giữa các cơ quan thực thi pháp luật về chống khủng bố<sup>3</sup>.

*Thứ hai*, Công ước chưa đưa ra được định nghĩa “khủng bố”.

Hiện nay, trong khuôn khổ LHQ và các tổ chức thành viên (ICAO, IMO, IAEA...) có 13 điều ước quốc tế đa phương về chống khủng bố đã được thông qua. Công ước chung về chống khủng bố quốc tế mặc dù được tiến hành xây dựng từ năm 1996 đến nay nhưng vẫn đang nằm dưới dạng dự thảo vì còn nhiều ý kiến bất đồng xung quanh vấn đề định nghĩa khủng bố. Ở cấp độ khu vực cũng đã có 8 điều ước quốc tế được ký kết. Ngoài ra còn rất nhiều các Hiệp định quốc tế song phương và các Nghị quyết của

Đại hội đồng, Hội đồng bảo an LHQ về các biện pháp đấu tranh chống khủng bố. Mặc dù hệ thống văn bản quy phạm pháp luật quốc tế về chống khủng bố tương đối lớn, tuy nhiên chưa có văn bản nào đưa ra được định nghĩa rõ ràng, toàn diện về khủng bố. Trong bối cảnh quốc tế hiện nay, việc đưa ra định nghĩa chung về khủng bố là cấp thiết vì có như vậy mới nâng cao được hiệu quả hợp tác đấu tranh phòng chống tội phạm này<sup>4</sup>. Điều 2 Công ước của ASEAN về chống khủng bố không định nghĩa “khủng bố” mà chỉ liệt kê “tội phạm khủng bố” là bất kỳ hành vi phạm tội nào trong phạm vi và theo quy định tại một trong các điều ước quốc tế được liệt kê trong 13 điều ước quốc tế thuộc khuôn khổ LHQ về đấu tranh chống khủng bố hiện nay<sup>5</sup>.

*Thứ ba*, chưa có thành viên ASEAN nào tham gia đầy đủ các văn kiện pháp lý đa phương được quy định tại Điều 2 Công ước ASEAN về chống khủng bố.

Các tội khủng bố thuộc phạm vi điều chỉnh của Công ước tại Điều 2 nêu rất rõ tất cả các tội phạm khủng bố đã được xác định trong 14 Công ước và Nghị định thư đa phương liên quan về chống khủng bố sẽ là tội bị trừng trị theo Công ước ASEAN về chống khủng bố. Tuy nhiên, cho đến nay chưa có nước thành viên ASEAN nào tham gia đầy đủ các văn kiện pháp lý đa phương nói trên về chống khủng bố. Phù hợp với Công ước Viên năm 1969 về Luật Ký kết các điều ước quốc tế giữa các quốc gia, các nước ASEAN chỉ có trách nhiệm thực hiện các nghĩa vụ theo các văn kiện pháp lý mà họ tham gia và họ không thể bị ràng buộc bởi các cam kết trong các Công ước, Nghị định thư mà họ chưa phải là thành viên. Điều này gây khó khăn cho việc xác định các tội phạm khủng

2 Xem thêm tại: Điều 5, Điều 6, Công ước năm 2007 của ASEAN về chống khủng bố.

3 Xem thêm: Bùi Mạnh Hùng, Hợp tác quốc tế về chống khủng bố và liên hệ thực tiễn Việt Nam, Luận văn ThS, năm 2012.

4 Xem thêm: Chuyên mục Công pháp quốc tế, khái niệm khủng bố từ các công ước quốc tế, <http://www.dhluathn.com/2014/06/khai-niem-khung-bo-tu-cac-cong-uoc-quoc.html>, 17/06/2014.

5 Xem thêm tại: Điều 2, Công ước năm 2007 của ASEAN về chống khủng bố.

bổ khi các quốc gia vi phạm Công ước này.

*Thứ ba*, chưa quy định rõ thủ tục giải quyết tranh chấp.

Điều 19 Công ước ASEAN về chống khủng bố quy định: *Mọi bất đồng hoặc tranh chấp giữa các bên phát sinh từ việc giải thích hay thực hiện các quy định của Công ước này phải được giải quyết trên cơ sở hòa giải bằng tham vấn hoặc thương lượng giữa các Bên thông qua con đường ngoại giao hoặc bằng các phương thức giải quyết tranh chấp hòa bình khác do các bên thỏa thuận.* Mặc dù tinh thần và ý tưởng là trong trường hợp các thành viên ASEAN có tranh chấp và việc trao đổi ý kiến, thương lượng không giải quyết được tranh chấp thì các bên liên quan có thể thỏa thuận nhờ vai trò môi giới, trung gian và hòa giải của các bên thứ ba hoặc cao hơn là thỏa thuận giải quyết các tranh chấp qua thủ tục trọng tài hoặc các tòa án quốc tế, tuy nhiên lời văn trong điều khoản không nói cụ thể nên sẽ rất khó khăn cho các bên khi lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp. Biện pháp giải quyết sẽ rất linh hoạt, song điều then chốt là biện pháp đó phải được các bên tranh chấp cùng nhau thỏa thuận, không bên nào bị ép buộc phải chấp nhận biện pháp giải quyết mà họ không muốn. Nếu trường hợp các bên không thỏa thuận được thì sẽ giải quyết theo phương thức nào? Đây là một trong những hạn chế lớn nhất của Công ước ASEAN về chống khủng bố, bởi sự hợp tác nào cũng sẽ có lúc xung đột và phương thức giải quyết xung đột là một yêu cầu tất yếu.

## **2. Ý nghĩa của Công ước ASEAN năm 2007 về chống khủng bố đối với các quốc gia thành viên**

Thứ nhất, Công ước ra đời đáp ứng được nhu cầu của khu vực nói chung và của mỗi một quốc gia trong khu vực nói riêng về giữ vững an ninh tổ quốc

Thứ hai, cơ chế hợp tác trong Công ước không chỉ đóng vai trò thiết lập một khuôn khổ pháp lý cho hoạt động hợp tác, ngăn chặn và chống khủng bố khu vực, mà thông qua cơ chế hợp tác ASEAN có cơ hội để hợp tác với nhau nhiều hơn, tạo nên sự gắn kết chặt chẽ hơn giữa các quốc gia.

Thứ ba, quá trình hợp tác giúp cho các nước trong khu vực nhận được những khoản viện trợ, kỹ thuật, học hỏi được kinh nghiệm trong công tác nâng cao năng lực đội ngũ an ninh quốc phòng và kinh nghiệm về chiến thuật đấu tranh chống lại tội phạm khủng bố

Đây là một trong những ý nghĩa rất quan trọng đối với các quốc gia tham gia Công ước ASEAN về chống khủng bố, bởi một trong những điều kiện tiên quyết đưa đến thắng lợi trong công tác chống lại tội phạm khủng bố đó là sức mạnh và chiến lược trong an ninh, quân sự. Với những quốc gia có quân đội mạnh, chiến thuật tốt và năng lực an ninh quốc phòng cao như Indonesia, Thái Lan, Việt Nam hay Singapo<sup>6</sup>... là thành viên tham gia Công ước ASEAN về chống khủng bố sẽ là một lợi thế rất quan trọng giúp những quốc gia còn lại trong khu vực học hỏi, trao đổi kinh nghiệm về quân sự, an ninh quốc phòng và chiến thuật trong việc đấu tranh chống lại tội phạm khủng bố.

- Thứ tư, việc phê chuẩn Công ước của một quốc gia sẽ tạo động lực thúc đẩy các quốc gia khác trong việc phê chuẩn, phê duyệt Công ước ASEAN về khủng bố

Công ước ASEAN về chống khủng bố không đòi hỏi phải có đủ 10 nước phê chuẩn hoặc phê duyệt mới có hiệu lực. Việc một quốc gia nào đó trong khu vực sớm phê chuẩn hoặc phê duyệt Công ước không chỉ đáp ứng các nhu cầu của chính các quốc gia đó, mà còn có ý nghĩa tạo thêm xung lực để thúc đẩy các nước thành viên ASEAN còn lại triển khai việc phê chuẩn hoặc phê duyệt Công ước.

6 Xem thêm tại: Phi Yến, Top 5 quân đội mạnh nhất Đông Nam Á, <http://soha.vn/quan-su/top-5-quan-doi-manh-nhat-dong-nam-a-20150713230642783.htm>, ngày 14/07/2015.

### 3. Thực tiễn thực thi Công ước và kiến nghị hoàn thiện Công ước của ASEAN về chống khủng bố

#### 3.1 Thực tiễn thực thi công ước

*Thứ nhất*, về phê chuẩn, phê duyệt công ước. Việc xây dựng Công ước ASEAN về chống khủng bố là một bước ngoặt quan trọng trong nỗ lực chung của các nước ASEAN nhằm ngăn ngừa và trừng trị tội khủng bố. Yêu cầu đặt ra hiện nay là các nước ASEAN khẩn trương hoàn thành các thủ tục pháp lý nội bộ của mình (phê chuẩn hoặc phê duyệt) để các quy định của Công ước sớm đi vào cuộc sống. Tuy nhiên đến nay, việc phê chuẩn, phê duyệt Công ước chưa được tiến hành một cách đồng bộ trong phạm vi khu vực. Tháng 10/2007 Singapore đã phê chuẩn Công ước. Tháng 3/2008 Thái Lan cũng đã hoàn thành thủ tục pháp lý của mình, còn các nước ASEAN khác đang trong quá trình chuẩn bị. Việt Nam cũng đã tiến hành triển khai Công ước ASEAN về chống khủng bố ngày 15/8/2012, lên kế hoạch triển khai thực hiện Công ước ASEAN về chống khủng bố, xác định nội dung công việc, trách nhiệm và phân công nhiệm vụ cụ thể cho các Bộ, cơ quan, địa phương trong triển khai thực hiện Công ước ASEAN về chống khủng bố.

*Thứ hai*, về vấn đề định nghĩa khủng bố. Xét từ góc độ pháp lý, cần thiết phải có một định nghĩa về khủng bố ngay trong nội luật của các quốc gia thành viên. Tuy nhiên cho đến nay, nội luật của các nước thành viên ASEAN cũng còn khác nhau, có nước đã có định nghĩa về khủng bố, nhưng có nước chưa định nghĩa. Trong quá trình thương lượng dự thảo Công ước của ASEAN về chống khủng bố, Việt Nam đã trao đổi và thống nhất với các nước về cách tiếp cận linh hoạt là Công ước của ASEAN không có định nghĩa về tội khủng bố, mà viện dẫn đến các tội danh đã được xác định trong các

Công ước và Nghị định thư đa phương hiện hành về chống khủng bố. Sau này tùy tiến triển của tình hình, các nước sẽ cùng nhau xem xét và thỏa thuận về việc bổ sung định nghĩa khủng bố.

*Thứ ba*, về vấn đề dẫn độ. Trong những năm qua, các nước ASEAN đã có nhiều nỗ lực để duy trì hoà bình, ổn định khu vực. Tuy nhiên, các nước Đông Nam Á hiện nay đang phải đối mặt với những thách thức khủng bố, nghiêm trọng nhất trong thời gian gần đây là khủng bố từ IS. Chuyên gia chống khủng bố Rohan Gunaratna, Giám đốc Trung tâm nghiên cứu khủng bố và bạo lực chính trị tại Xingapo cho biết, đây sẽ là thách thức an ninh chính cho khu vực Đông Nam Á. Để đối phó, “Chính phủ các nước trong khu vực phải hợp tác cùng nhau để ngăn chặn việc hình thành tổ chức vệ tinh của IS tại khu vực, bởi nếu không, thách thức khủng bố vẫn tiếp tục gia tăng”<sup>7</sup>. Ở Việt Nam, thời gian vừa qua cũng đã xảy ra một số vụ khủng bố nhằm chống lại Nhà nước Việt Nam, cơ quan đại diện ngoại giao của Việt Nam ở nước ngoài. Khi Việt Nam đề nghị các nước hữu quan dẫn độ khủng bố chống lại Nhà nước Việt Nam, thì yêu cầu của Việt Nam lại chưa được đáp ứng thỏa đáng với lý do hoặc là quy định về tội danh khủng bố của Việt Nam còn chưa chặt chẽ, có thể bị chính trị hóa, hoặc là do Việt Nam và nước hữu quan chưa ký kết các Hiệp định về dẫn độ nên chưa có cơ sở pháp lý để dẫn độ cho Việt Nam.

Với tình hình trên, việc thực hiện tốt điều khoản về “dẫn độ” trong Công ước năm 2007 của ASEAN về chống khủng bố là một yêu cầu, là chiến lược quan trọng đối với các quốc gia thành viên trước tình trạng khủng bố gia tăng. Tuy nhiên, trong thời gian qua, việc áp dụng điều khoản dẫn độ để xét xử chưa được tuân thủ một cách nghiêm ngặt. Điều này góp phần làm cho hoạt động khủng bố ngày một gia tăng, đồng thời ảnh hưởng

7 Xem thêm: Thái Văn Long, Khủng bố ở khu vực Đông Nam Á hiện nay và quan điểm của Việt Nam trong phòng, chống khủng bố, <http://lyluanchinhtri.vn/home/index.php/quoc-te/item/1613-khung-bo-o-khu-vuc-dong-nam-a-hien-nay-va-quan-diem-cua-viet-nam-trong-phong-chong-khung-bo.html>, cập nhật ngày 26/8/2016.



nghiêm trọng tới giá trị pháp lý của Công ước ASEAN về khủng bố.

**3.2 Kiến nghị hoàn thiện Công ước năm 2007 của ASEAN về khủng bố**

*Thứ nhất, hoàn thiện nội dung các điều khoản để làm rõ mục tiêu trong Công ước*

Cần bổ sung và làm rõ hơn các điều khoản trong Công ước để đạt được mục tiêu “đưa ra các khuôn khổ hợp tác khu vực để hợp tác đối phó và ngăn chặn chủ nghĩa khủng bố dưới mọi hình thức và biểu hiện của nó và tăng cường hợp tác giữa các cơ quan thực thi pháp luật và các cơ quan có liên quan của các bên trong việc chống lại chủ nghĩa khủng bố”. Trong mục tiêu đưa ra các khuôn khổ hợp tác trong khu vực, cần bổ sung thêm quy định về nguyên tắc hợp tác, hình thức hợp tác chống khủng bố trong khu vực. Trong nguyên tắc hợp tác, thiết nghĩ với vấn đề chống khủng bố thì nguyên tắc: (i) hợp tác chống khủng bố và các quyền cơ bản của con người; (ii) nguyên tắc hợp tác chống khủng bố và lợi ích quốc gia; (iii) nguyên tắc hợp tác chống khủng bố và vấn đề quyền tài phán quốc gia; (iv) nguyên tắc hợp tác chống khủng bố và lợi ích của bên thứ ba. Về hình thức hợp tác, Công ước ASEAN có thể chia hợp tác chống khủng bố thành hai hình thức: hợp tác chính thức và hợp tác không chính thức. Trong nội dung mục tiêu về tăng cường hợp tác giữa các cơ quan thực thi pháp luật, các quốc gia cần ký các điều ước song phương hoặc đa phương về chống khủng bố để siết chặt hơn quy định về sự hợp tác giữa các cơ quan thực thi pháp luật nhằm đạt được mục tiêu trong Công ước và đẩy lùi tình trạng khủng bố.

*Thứ hai, đưa ra được định nghĩa chính thức về “khủng bố” trong Công ước*

Như đã nêu, Điều 2 của Công ước không định nghĩa “khủng bố” mà chỉ liệt kê “tội phạm khủng bố” là bất kỳ hành vi phạm tội trong phạm vi và theo quy định tại một trong các điều ước quốc tế được liệt kê trong 13 điều ước quốc tế thuộc khuôn khổ LHQ về đấu tranh chống khủng bố hiện nay. Quy định này còn quá chung chung, chưa thống

nhất nên cần sửa đổi lại Điều 2 Công ước năm 2007 ASEAN về chống khủng bố theo hướng không liệt kê mà đưa ra một định nghĩa cụ thể về một cách hiểu “khủng bố” chung thống nhất. Điều này sẽ giúp nâng cao hiệu quả đấu tranh phòng chống loại tội phạm này.

*Thứ ba, hoàn thiện quy định về cơ quan, thủ tục giải quyết tranh chấp*

Điều 19 Công ước ASEAN về chống khủng bố quy định: *Mọi bất đồng hoặc tranh chấp giữa các bên phát sinh từ việc giải thích hay thực hiện các quy định của Công ước này phải được giải quyết trên cơ sở hòa giải bằng tham vấn hoặc thương lượng giữa các Bên thông qua con đường ngoại giao hoặc bằng các phương thức giải quyết tranh chấp hòa bình khác do các Bên thỏa thuận.* Quy định trên chưa làm rõ trường hợp nếu các bên không thỏa thuận được thì cơ quan nào sẽ giải quyết tranh chấp, thủ tục giải quyết như thế nào. Để giải quyết mọi bất đồng giữa các bên tranh chấp, cần bổ sung quy định về thành lập một cơ quan chuyên trách để giải quyết tranh chấp phát sinh khi các bên không giải quyết được thông qua con đường ngoại giao, hòa bình và thỏa thuận.

*Thứ tư, tuân thủ quy định của Công ước về dẫn độ, thiết lập hoạt động tương trợ tư pháp, dẫn độ tội phạm và bổ sung quy định về nguyên tắc dẫn độ tội phạm*

- Dẫn độ tội phạm cũng là một nội dung quan trọng của Luật hình sự quốc tế. Chế định này bên cạnh ý nghĩa buộc những người gây ra tội phạm phải chịu trách nhiệm hình sự, còn thể hiện sự hợp tác của các quốc gia trong công tác đấu tranh phòng, chống tội phạm. Do vậy, các quốc gia tham gia Công ước cần tuân thủ quy định về dẫn độ tội phạm.

- Hoạt động tương trợ tư pháp và dẫn độ tội phạm nguy hiểm là một trong những yêu cầu quan trọng trong việc hợp tác quốc tế đấu tranh phòng, chống tội phạm, bảo đảm xử lý và truy cứu các hành vi phạm tội gây nguy hại cho xã hội và cộng đồng quốc tế, cũng như xâm phạm đến các quyền và tự do của con người. Hoạt động tương trợ tư pháp

và dẫn độ tội phạm là khả năng duy nhất và quan trọng để thực hiện đầy đủ các hành vi tố tụng hình sự cần thiết ở nước ngoài. Mặc dù vậy, hoạt động tương trợ tư pháp, đặc biệt là dẫn độ tội phạm có liên quan trực tiếp đến chủ quyền quốc gia, do đó đòi hỏi các quốc gia phải có quy định chặt chẽ và tham gia đầy đủ các điều ước, hiệp ước tư pháp liên quan đến hoạt động tương trợ tư pháp và dẫn độ tội phạm, để tránh xảy ra tranh chấp khi có công dân của một nước vi phạm pháp luật quốc tế. Đặc biệt, các hành vi tố tụng của các quốc gia có thẩm quyền tài phán chỉ thực sự thực hiện được đầy đủ và đưa người phạm tội ra xử lý nghiêm minh trước pháp luật, trước cộng đồng quốc tế để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của Nhà nước, xã hội và của con người, nếu có sự tương trợ tư pháp của các cơ quan tư pháp các nước tương trợ tư pháp<sup>8</sup>.

- Bổ sung thêm nguyên tắc dẫn độ tội phạm như “nguyên tắc có đi có lại” để thể hiện sự tôn trọng và bình đẳng chủ quyền quốc gia trong quan hệ quốc tế, trong việc cùng nhau xử lý tội phạm, không có sự

bao che, bảo kê cho tội phạm; “nguyên tắc không dẫn độ công dân nước mình” để tiến hành truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc thi hành bản án. Đây cũng chính là sự thể hiện quốc gia bảo vệ quyền con người cho công dân nước mình, song vẫn phải chuyển giao cho cơ quan có thẩm quyền trong quốc gia để tiến hành giải quyết vụ việc đó theo trình tự, thủ tục tố tụng hình sự nói chung<sup>9</sup>.

*Thứ năm, các quốc gia khẩn trương hoàn thành thủ tục nội bộ để phê chuẩn, phê duyệt Công ước*

Quốc gia chưa phê chuẩn, phê duyệt Công ước cần khẩn trương hoàn thiện thủ tục nội bộ để phê chuẩn, phê duyệt Công ước, đáp ứng được mục tiêu trong cam kết chính trị được nêu trong tuyên bố năm 2001 về chống khủng bố giữa ASEAN và một số đối tác như Mỹ, Úc, Ấn Độ, Pakistan... Đây cũng là một bước ngoặt quan trọng trong nỗ lực chung của các nước ASEAN nhằm ngăn ngừa và trừng trị tội khủng bố, góp phần mang đến hoàn bình, thịnh vượng chung trong toàn khu vực■

### TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Công ước năm 2007 của ASEAN về chống khủng bố
2. Hiệp định Tương trợ tư pháp về hình sự của các quốc gia ASEAN năm 2004
3. Bùi Mạnh Hùng, *Hợp tác quốc tế về chống khủng bố và liên hệ thực tiễn Việt Nam*, Luận văn ThS. chuyên ngành Luật quốc tế, năm 2012.
4. Chuyên mục Công pháp quốc tế, *Khái niệm khủng bố từ các công ước quốc tế*, <http://www.dhluathn.com/2014/06/khai-niem-khung-bo-tu-cac-cong-uoc-quoc-te.html>, 17/06/2014.
5. Nguyễn Duy Chiến (2009), *Công ước năm 2007 của ASEAN về chống khủng bố và sự tham gia của Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp tháng 03/2009.
6. Mộc Thạch, *Khủng bố tấn công tại Jakarta, Ấn Độ: Đông Nam Á hãy thức tỉnh*, <http://antg.cand.com.vn>, cập nhật ngày 18/01/2016.
7. Thái Văn Long, *Khủng bố ở khu vực Đông Nam Á hiện nay và quan điểm của Việt Nam trong phòng, chống khủng bố*, <http://lyluanchinhtri.vn/home/index.php/quoc-te/item/1613-khung-bo-o-khu-vuc-dong-nam-a-hien-nay-va-quan-diem-cua-viet-nam-trong-phong-chong-khung-bo.html>, cập nhật ngày 26/8/2016.
8. Trịnh Tiến Việt, *Thẩm quyền xét xử và việc dẫn độ trong luật hình sự quốc tế*, <http://luatsuphamtuananh.com/bai-viet---tin-tuc/tham-quyen-xet-xu-va-viec-dan-do-trong-luat-hinh-su-quoc-te/vn>,
9. Phi Yên, *Top 5 quân đội mạnh nhất Đông Nam Á*, <http://soha.vn/quan-su/top-5-quan-doi-manh-nhat-dong-nam-a-20150713230642783.htm>, ngày 14/07/2015.

8 Xem thêm: Trịnh Tiến Việt, *Thẩm quyền xét xử và việc dẫn độ trong luật hình sự quốc tế*, <http://luatsuphamtuananh.com/bai-viet---tin-tuc/tham-quyen-xet-xu-va-viec-dan-do-trong-luat-hinh-su-quoc-te/vn>

9 Xem thêm: Trịnh Tiến Việt, tldd.

## PHÒNG NGỪA VÀ KHẮC PHỤC Ô NHIỄM MÔI TRƯỜNG BIỂN

### TỪ VIỆC THỰC HIỆN QUYỀN TỰ DO HÀNG HẢI CỦA TÀU THUYỀN NƯỚC NGOÀI TRONG VÙNG ĐẶC QUYỀN KINH TẾ CỦA VIỆT NAM

**Hà Thanh Hòa\***

\* ThS. NCS. GV. Trường Đại học Luật Hà Nội.

#### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* ô nhiễm môi trường, đặc quyền kinh tế, pháp luật quốc tế, pháp luật Việt Nam.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 14/05/2018

Biên tập : 25/05/2018

Duyệt bài : 01/06/2018

#### Article Infomation:

*Keywords:* environmental pollution; exclusive economics; international laws; Vietnamese laws.

*Article History:*

Received : 14 May 2018

Edited : 25 May 2018

Approved : 01 Jun 2018

#### Tóm tắt:

Hoạt động bảo vệ ô nhiễm môi trường biển từ việc thực hiện quyền tự do hàng hải của tàu thuyền nước ngoài trong vùng đặc quyền kinh tế của Việt Nam đòi hỏi khung pháp lý đầy đủ và thực thi các quy định của pháp luật có hiệu quả. Từ thực trạng ô nhiễm xảy ra trong vùng đặc quyền kinh tế, bài viết viết tập trung tìm hiểu các quy định của pháp luật quốc tế và Việt Nam về phòng ngừa và khắc phục ô nhiễm môi trường biển từ việc thực hiện quyền tự do hàng hải của tàu thuyền nước ngoài trong vùng đặc quyền kinh tế của Việt Nam. Bài viết đưa ra một số kiến nghị nhằm nâng cao hiệu quả phòng ngừa, khắc phục hậu quả ô nhiễm môi trường trong vùng đặc quyền kinh tế của Việt Nam.

#### Abstract

The protection of the marine environment from the exercise of the freedom of navigation activities of the foreign vessels in the exclusive economic zone of Viet Nam requires a full legal framework and efficient enforcement of the law. From the actual situation of pollution occurring in the exclusive economic zone, this article puts the reviews of the legal provisions of international laws and of Vietnam on the prevention and remedy of the marine environmental pollution from the exercise of the freedom of the navigation activities of the foreign vessels in the exclusive economic zone of Vietnam. This article also provides recommendations to improve the effectiveness of preventing and remedying the consequences of the environmental pollution in Vietnam's exclusive economic zone.

#### 1. Thực trạng ô nhiễm biển từ tàu tại Việt Nam

Trên phạm vi toàn cầu, ô nhiễm biển từ tàu là vấn đề mà cộng đồng quốc tế rất

quan tâm, vì đây là nguồn gây ô nhiễm có thể nhận thấy nhanh chóng và rõ ràng, mà nguyên nhân chính là do va chạm, quá trình bốc dỡ và tai nạn đắm tàu. Trong thực tiễn

hàng hải quốc tế, các tai nạn hàng hải gây đắm tàu có thể gây ô nhiễm biển từ tràn dầu rất nghiêm trọng, đặc biệt là các tai nạn đắm tàu của các tàu chở dầu chuyên dụng. Trong lịch sử hàng hải quốc tế, vụ tàu Torrey Canyon gặp nạn năm 1964 và tàu Amoco Cadix năm 1965 đã đổ xuống biển hàng trăm nghìn tấn dầu. Chỉ trong vòng 10 năm từ 1973 đến 1982 đã có 379 vụ tai nạn tràn dầu tổng lượng tràn là khoảng 1,9 triệu tấn dầu ra biển<sup>1</sup>. Từ đó cho đến nay, hiểm họa tràn dầu từ tàu vẫn là nỗi ám ảnh thường trực của nhân loại, nỗi ám ảnh của “thủy triều đen” được tạo ra từ các tai nạn đắm tàu chở dầu nói trên.

Đối với Việt Nam, thực trạng ô nhiễm biển từ tàu (chủ yếu là dầu) cũng không có gì khác hơn. Theo số liệu thống kê, từ năm 1987 đến nay đã xảy ra hơn 90 vụ tràn dầu ở Việt Nam, gây ra những tổn thất nghiêm trọng cho hệ sinh thái và nguồn tài nguyên sinh vật ở các vùng biển, ảnh hưởng tiêu cực đến sự phát triển bền vững của nền kinh tế và sự ổn định của xã hội. Tại vùng biển quần đảo Trường Sa và khu vực biển có tuyến hàng hải quốc tế, hàm lượng dầu trong nước biển thuộc loại cao, chỉ sau vịnh Bắc Bộ<sup>2</sup>. Qua nghiên cứu ảnh chụp vệ tinh, có thể thấy nhiều vệt dầu loang trên các tuyến hàng hải quốc tế dọc hải phận Việt Nam. Đây là lượng dầu thoát ra từ tàu chở dầu (thải chức năng) chiếm tới 0,7% tải trọng của tàu trong quá trình vận chuyển thông thường. Ngoài ra, các vụ tai nạn hàng hải gây ra tràn dầu cũng đã được ghi nhận, như:

- Tháng 9 năm 2001, tàu Formosa (Liberia) đâm vào tàu Petrolimek 01 (Việt Nam) làm tràn 1.000 m<sup>3</sup> dầu, gây ô nhiễm tại vịnh Gành Rỏi - Vũng Tàu.

- Năm 2003, tàu Hồng Anh (Việt Nam), chở 600 tấn dầu từ Cát Lái đi Vũng Tàu, bị sóng đánh chìm làm dầu tràn gây ô nhiễm vùng biển Cần Giờ.

- Tháng 10 năm 2007, tàu New Oriental bị đắm ở vùng biển Tuy An (Phú Yên), dầu loang trên biển có diện tích khoảng 25 ha.

- Tháng 11/2017, 9 tàu chở hàng bị chìm và mắc cạn do bão số 12 đánh bật vào vùng biển Quy Nhơn (Bình Định), sau khi bị va đập hoặc bị chìm, dầu từ các tàu này đã loang ra vùng biển Quy Nhơn<sup>3</sup>.

Như vậy, có thể thấy rằng, ô nhiễm biển từ tàu có hoạt động dầu khí là một trong những nguyên nhân phổ biến nhất gây ra ô nhiễm các vùng biển, nhưng đây không phải là nguyên nhân duy nhất gây ô nhiễm môi trường biển của nước ta. Theo các cơ quan chức năng, dọc đường bờ biển Việt Nam đã xuất hiện các vệt dầu loang không rõ nguồn gốc và nguyên nhân. Theo nhận định của các chuyên gia, khả năng “thủ phạm” gây tràn dầu tại khu vực biển Đông có thể là các giàn khoan khai thác dầu của Việt Nam hoặc nước ngoài, dầu theo dòng hải lưu hoặc gió mùa dạt vào bờ biển Việt Nam<sup>4</sup>. Bên cạnh đó, cũng có thể do các dàn khoan khi dỡ bỏ không khai khác, các miệng dầu không được bịt kín làm dầu tràn gây ô nhiễm môi trường biển xung quanh.

Điểm nhấn cuối cùng cho bức tranh toàn cảnh về thực trạng ô nhiễm biển Việt Nam, cụ thể là vùng đặc quyền kinh tế là khu vực có tuyến hàng hải quốc tế sầm uất đi qua cùng với các hoạt động thăm dò, hoạt động khai thác dầu khí, hoạt động vận chuyển thương mại, khai thác thủy sản... đã tập trung một lượng tàu thuyền sử dụng

1 Handbook on Marine Pollution, E.Gold, trang 134.

2 Báo cáo đề tài cấp Nhà nước KT03 - 21 (1991 - 1995).

3 <http://www.sggp.org.vn/xu-ly-su-co-tran-dau-o-ro-ri-o-9-tau-hang-bi-nan-tai-vung-bien-quy-nhon-480341.html>

4 Bài “Tiếp tục giải mã vụ tràn dầu”, Báo điện tử Tuoitreonline.

vùng biển Đông là rất lớn. Lượng chất thải chức năng là không hề nhỏ (không kể dầu) và gây ô nhiễm môi trường biển các vùng biển này, nơi tập trung hoạt động hàng hải ở mức độ cao. Đây là các chất thải và rác từ tàu được đổ bộ xuống biển từ tàu. Ngoài ra, tại các vùng biển Việt Nam, kể cả vùng đặc quyền kinh tế còn tiềm ẩn các hiểm họa gây ô nhiễm từ tàu, khi tàu thuyền vận chuyển các chất lỏng và các chất thải độc hại hay rác thải phóng xạ...

Đối diện với thực trạng ô nhiễm biển ngày càng tăng, đặc biệt là ô nhiễm biển từ tàu khi thực hiện quyền tự do hàng hải tại vùng đặc quyền kinh tế của Việt Nam, nước ta đã nhanh chóng xây dựng và ngày càng hoàn thiện, hoàn chỉnh một định chế pháp lý nhằm ngăn chặn và khắc phục ô nhiễm biển từ các nguồn nói chung và từ tàu nói riêng. Kết quả là khả quan, tuy nhiên trong quá trình áp dụng các quy định pháp lý của định chế này đã bộc lộ nhiều khiếm khuyết và bất cập cần bổ sung và sửa đổi cho phù hợp với thực tế Việt Nam hiện nay, quá trình chỉnh sửa này phải dựa trên cơ sở nghiên cứu, phân tích và tổng hợp nội dung pháp lý của định chế ngăn chặn, khắc phục ô nhiễm môi trường biển từ tàu khi sử dụng quyền tự do hàng hải.

## **2. Định chế pháp lý về ngăn chặn và khắc phục ô nhiễm biển từ tàu khi sử dụng quyền tự do hàng hải tại vùng đặc quyền kinh tế Việt Nam.**

Vùng đặc quyền kinh tế là vùng biển đặc thù, có quy chế pháp lý hỗn hợp bao gồm tổng thể các quy định luật quốc tế và luật quốc gia điều chỉnh các vấn đề có liên quan đến vùng biển này, trong đó có vấn đề bảo vệ môi trường (BVMT). Các quy định pháp lý quốc tế được coi là nền tảng xác định các khuôn khổ và hành lang pháp lý cho hoạt động của các quốc gia, còn quy định luật quốc gia phải được định hình, cụ

thể và chi tiết hóa trên nền tảng này, không được vượt quá không gian pháp lý do luật quốc tế ấn định, nghĩa vụ tuân thủ này của quốc gia là một trong các nội dung pháp lý của nguyên tắc *Pacta sunt servanda*. Trong lĩnh vực BVMT biển, các quy định pháp lý có thẩm quyền điều chỉnh cũng có đặc trưng học thuật như vậy.

### **a. Các quy định luật quốc tế**

*Các quy định của Công ước Luật biển 1982.*

Công ước Luật biển 1982 (UNCLOS 1982) là điều ước quốc tế (ĐUQT) đa phương toàn cầu quan trọng nhất về biển, đây được coi là “bản hiến pháp về biển và đại dương”, đồng thời cũng là một ĐUQT có vai trò tích cực trong lĩnh vực BVMT biển. Công ước đã dành toàn bộ Phần XII quy định vấn đề BVMT biển. Liên quan đến nguồn ô nhiễm biển từ tàu thuyền khi thực hiện quyền tự do hàng hải, Mục 6 công ước đã xác định các biện pháp ứng phó ô nhiễm và giới hạn khi áp dụng đối với nguồn ô nhiễm này, đồng thời mục 7 ghi nhận các hình thức bảo đảm mà các quốc gia áp dụng trong trường hợp một con tàu có hành vi gây ô nhiễm môi trường khi thực hiện quyền tự do hàng hải tại vùng đặc quyền kinh tế và biển cả.

Dựa trên cơ sở các quy tắc chung nêu trên, Công ước Luật biển 1982 đã có các quy định cụ thể sau đây về BVMT biển của vùng đặc quyền kinh tế:

- Mỗi quốc gia ven biển, trong vùng đặc quyền kinh tế của mình có thể ban hành các luật và quy định nhằm ngăn chặn, hạn chế và kiểm soát ô nhiễm do tàu thuyền gây ra tại vùng biển này. Tuy nhiên, công ước nhấn mạnh nội dung các luật và quy định này phải phù hợp với các tiêu chuẩn và chuẩn mực chung của luật quốc tế, được xây dựng thông qua các tổ chức quốc tế có thẩm quyền hoặc tại hội nghị ngoại giao. Trong

trường hợp đặc biệt, khi quốc gia ven biển có lý do chính đáng cho rằng, một khu vực được xác định rõ trong vùng đặc quyền kinh tế của mình cần phải được tiến hành các biện pháp ngăn chặn ô nhiễm từ tàu (vì lý do kỹ thuật, đặc điểm hải dương học và sinh thái học của khu vực), thì tổ chức quốc tế liên quan có thẩm quyền có thể quyết định cho quốc gia hữu quan thông qua các luật và quy định nhằm ngăn chặn và kiểm soát ô nhiễm do tàu thuyền gây ra trên cơ sở các quy phạm, tập quán riêng áp dụng cho khu vực đặc biệt này. Thời hạn tổ chức quốc tế đưa ra quyết định là 12 tháng kể từ ngày nhận được thông báo của quốc gia có liên quan.

- Để phòng ngừa ô nhiễm môi trường biển từ tàu thuyền khi thực hiện quyền tự do hàng hải, công ước quy định quốc gia ven biển có thẩm quyền tài phán trong lĩnh vực bảo vệ và gìn giữ môi trường, cụ thể là vùng đặc quyền kinh tế<sup>5</sup>. Quy định này có nghĩa là quốc gia ven biển có quyền tiến hành các thủ tục tố tụng cần thiết để thực hiện quyền tài phán quốc gia đối với các tàu thuyền có hành vi gây ô nhiễm môi trường khi thực hiện quyền tự do hàng hải trong vùng đặc quyền kinh tế của quốc gia ven biển. Thẩm quyền này bao trùm lên các lĩnh vực hình sự, dân sự và hành chính phụ thuộc vào tính chất cũng như mức độ gây thiệt hại của tàu thuyền vi phạm.

- Khi một tàu thuyền tự ý có mặt trong cảng hay một công trình cảng cuối cùng ngoài khơi, quốc gia có cảng có thể tiến hành khởi tố bất kỳ vi phạm nào đối với các luật và quy định mà mình đã thông qua theo đúng công ước hay theo đúng các quy tắc, các quy phạm quốc tế có thể áp dụng nhằm ngăn ngừa, hạn chế và kiểm soát ô nhiễm do tàu thuyền gây ra, nếu vụ vi phạm đã xảy ra trong vùng đặc quyền kinh tế hay lãnh hải

của quốc gia. Mặt khác, khi quốc gia có lý do xác đáng cho rằng một con tàu đi trong vùng đặc quyền kinh tế hay trong lãnh hải của mình đã vi phạm các quy tắc, các quy phạm quốc tế, quốc gia này có thể yêu cầu con tàu cung cấp các thông tin liên quan cần thiết đến lý lịch và cảng đăng ký của tàu, cảng cuối cùng và cảng sắp ghé vào của tàu và các thông tin thích hợp khác nhằm xác định một vụ vi phạm đã xảy ra hay không.

- Khi một quốc gia có chứng cứ rõ ràng về một chiếc tàu đi trong vùng đặc quyền kinh tế hay lãnh hải của một quốc gia đã gây ra trong vùng đặc quyền kinh tế vụ vi phạm gây ra hoặc nguy cơ gây ra những tổn thất nghiêm trọng cho vùng duyên hải hay các lợi ích, các nguồn tài nguyên của lãnh hải hay vùng đặc quyền kinh tế, thì quốc gia có thể sẽ tiến hành khởi tố, ra lệnh bắt giữ con tàu theo đúng luật quốc gia của mình. Đây là quyền hạn tài phán cao nhất của quốc gia chỉ được áp dụng khi ô nhiễm môi trường ở vùng đặc quyền kinh tế là nghiêm trọng do hành vi của tàu gây ra khi hoạt động hàng hải trong khu vực đặc quyền kinh tế hoặc lãnh hải của quốc gia.

Qua nghiên cứu, ta nhận thấy các quy định về ngăn chặn và khắc phục ô nhiễm môi trường đặc quyền kinh tế của Công ước Luật biển 1982 có tính chất chung, ràng buộc các quốc gia hữu quan (quốc gia có tàu, quốc gia ven biển, quốc gia có cảng) vào một nghĩa vụ chung BVMT biển đặc quyền kinh tế, khi tàu thuyền nước ngoài hoạt động tại các vùng biển dựa trên nguyên tắc tự do hàng hải.

### *Các ĐUQT chuyên môn*

Đây là các công ước quốc tế chuyên về ngăn chặn và khắc phục ô nhiễm môi trường biển nói chung (trong đó bao gồm cả

5 Khoản 1 Điều 56 Công ước Luật biển 1982.

vùng đặc quyền kinh tế) từ tàu thuyền khi hoạt động trên biển. Cùng với Công ước Luật biển 1982, các ĐUQT chuyên môn này đã hình thành một hệ thống hoàn chỉnh các tiêu chuẩn pháp lý quốc tế về phòng ngừa ô nhiễm biển từ tàu và khắc phục hậu quả của vấn đề ô nhiễm này.

Trước hết cần phải kể đến Công ước 1973 về ngăn chặn ô nhiễm biển từ tàu được chỉnh lý bổ sung bằng Nghị định thư 1978. Công ước này còn được gọi là Công ước MARPOL 73/78. Công ước nghiêm cấm không được thải đổ không chỉ dầu mà cả chất thải có dầu, chất độc hại từ tàu... Công ước có hiệu lực từ năm 1983. Mục đích của công ước là ngăn chặn việc ô nhiễm biển từ việc thải chức năng của tàu, và cả một phần từ các giàn di động và trạm cố định trên biển.

Công ước Marpol có các phụ lục kèm theo, trong đó phụ lục 1 về “ngăn chặn ô nhiễm biển do dầu, ghi nhận các tiêu chuẩn và danh mục các chất thải loại từ tàu, theo quy định tổng lượng thải loại không quá 1/30.000 trọng tải của tàu. Phụ lục 2 về “kiểm soát ô nhiễm biển do chất lỏng độc hại” áp dụng cho các tàu vận chuyển các chất gây ô nhiễm không phải là dầu. Phụ lục này ghi nhận và chia thành 4 loại chất tùy theo mức độ độc hại với các giới hạn phù hợp có thể thải xuống biển. Phụ lục 4 và 5 quy định những giới hạn cho phép thải bỏ các chất thải và rác từ tàu, những giới hạn này được thể hiện ở các điều kiện cho phép thải bỏ, như: khoảng cách từ tàu tới bờ biển, tốc độ của tàu...

Công ước MARPOL 73/78 dành cho các quốc gia thành viên quyền hạn rộng rãi trong việc kiểm soát các tàu nước ngoài. Công ước đảm bảo cho quốc gia có cảng quyền kiểm tra tàu nước ngoài, nếu có lý do nghi vấn rằng tàu đó đã vi phạm gây ô nhiễm môi trường biển thuộc quyền tài phán

của các quốc gia khác. Cần lưu ý rằng, Công ước MARPOL 73/78 không điều chỉnh các trường hợp chủ ý đổ thải và nhấn chìm các chất thải và vật liệu khác. Vấn đề này thuộc thẩm quyền điều chỉnh của Công ước London 1972 về ngăn chặn ô nhiễm biển từ chất thải và vật liệu khác.

Nhằm mục đích ngăn chặn ô nhiễm biển do dầu lan truyền trên phạm vi lớn tại các vùng biển, cộng đồng quốc tế đã soạn thảo và thông qua được Công ước năm 1969 về can thiệp trên biển cả, trong các trường hợp tai nạn dẫn đến ô nhiễm dầu, sau đó được bổ sung bằng Nghị định thư năm 1973 đề cập đến việc can thiệp trong tai nạn ô nhiễm biển từ các nguồn chất khác không phải là dầu. Công ước này cho phép các quốc gia ven biển được thông qua các biện pháp cần thiết trong trường hợp tàu nước ngoài bị nạn nhằm ngăn chặn hoặc giảm thiểu tác dụng ô nhiễm đối với bờ biển và các lợi ích của mình. Đây là sự can thiệp cần thiết, khi tàu gặp nạn trên biển cả gây ô nhiễm và khả năng ô nhiễm lan rộng trong môi trường nước đe dọa bờ biển và lợi ích của quốc gia. Việc áp dụng các biện pháp này được tiến hành với điều kiện có sự thông báo sơ bộ cho quốc gia mà tàu treo cờ. Tuy nhiên, trong các trường hợp đặc biệt khẩn cấp các biện pháp nêu trên có thể được áp dụng mà không cần phải thông báo sơ bộ hoặc tham vấn quốc gia mà tàu mang cờ. Trong bất kỳ trường hợp nào, các hành vi thực hiện phải tương xứng với thiệt hại phát sinh hoặc đe dọa phát sinh trong thực tế.

Nghị định thư năm 1973 (có hiệu lực năm 1983) đã mở rộng phạm vi áp dụng của công ước. Theo quy định thì hiệu lực của Công ước (sau khi được bổ sung) được áp dụng cho việc giải quyết các vi phạm ô nhiễm biển không chỉ từ dầu mà còn từ các vật chất khác không phải là dầu. Một danh mục các loại chất này đã được ghi nhận trong phụ lục của Nghị định thư.

Trong trường hợp sự cố tai nạn gây ra ô nhiễm dầu cần phải áp dụng các biện pháp can thiệp nhanh chóng và hiệu quả nhằm giảm thiểu thiệt hại phát sinh, cộng đồng quốc tế đã có Công ước năm 1990 về đảm bảo ứng phó kịp thời và hợp tác quốc tế chống ô nhiễm dầu. Công ước có mục đích thực hiện các biện pháp cảnh báo và bảo vệ ngoại vi. Theo Điều 3 Công ước, mỗi quốc gia phải đảm bảo tàu thuyền treo cờ nước mình có kế hoạch ứng phó đặc biệt chống ô nhiễm dầu. Các quốc gia có nghĩa vụ tiếp nhận các biện pháp riêng lẻ hoặc tập thể phù hợp với Công ước này và phụ lục của Công ước về đảm bảo sẵn sàng ứng phó trong trường hợp sự cố gây ra ô nhiễm dầu và đấu tranh chống lại tai nạn này. Nghĩa vụ báo cáo không chậm trễ về tai nạn gây ô nhiễm cho IMO (Tổ chức Hàng hải quốc tế) được ghi nhận, đồng thời trong Công ước cũng thể hiện sự nhất trí của các nước thành viên hợp tác và cung cấp dịch vụ tư vấn, trợ giúp kỹ thuật và phương tiện khi được yêu cầu.

Trong lĩnh vực khắc phục hậu quả thiệt hại do ô nhiễm biển từ dầu, cộng đồng quốc tế đã thỏa thuận và ký kết được 2 công ước quốc tế quan trọng. Công ước thứ nhất là Công ước năm 1969 về trách nhiệm dân sự đối với thiệt hại phát sinh từ ô nhiễm dầu đã quy định trách nhiệm dân sự của chủ tàu do ô nhiễm dầu từ tai nạn hàng hải tại các vùng biển ven bờ và giới hạn của trách nhiệm. Theo quy định, một tàu trọng tải dầu từ 2.000 tấn dầu hàng hóa trở lên phải có giấy chứng nhận trách nhiệm dân sự của chủ tàu, nếu không có giấy này thì tàu sẽ bị nghiêm cấm không vào hoặc rời khỏi cảng biển của bất kỳ quốc gia thành viên nào. Trong Nghị định thư năm 1984 bổ sung Công ước đã nâng cao mức trách nhiệm lên, đồng thời mở rộng phạm vi áp dụng ra đến vùng đặc quyền kinh tế.

Trong lần chỉnh lý vào năm 1992, Công ước có sự thay đổi về phương thức và

đơn vị thanh toán bồi thường thiệt hại, đồng thời nhấn mạnh chủ tàu không có quyền giới hạn số tài sản của mình theo Công ước 1969, nếu có chứng cứ chứng tỏ rằng thiệt hại phát sinh là kết quả của hành vi (hành động hoặc không hành động) được thực hiện với chủ ý tạo ra thiệt hại như vậy, hoặc khi ý thức được khả năng phát sinh thiệt hại, nhưng vẫn tự ý thực hiện.

Công ước tiếp theo trong việc khắc phục hậu quả ô nhiễm biển từ dầu là Công ước quốc tế năm 1992 về thành lập quỹ bồi thường thiệt hại quốc tế phát sinh từ ô nhiễm biển từ dầu. Quỹ quốc tế này đảm bảo sự bồi thường thiệt hại ở mức độ mà việc bồi thường thiệt hại theo Công ước 1969 về trách nhiệm dân sự của chủ tàu (sau khi được chỉnh lý năm 1992) là không đầy đủ. Tuy nhiên, tổng số bồi thường được quỹ thanh toán dựa trên cơ sở Công ước 1992, không được vượt quá 135 triệu đơn vị thanh toán. Mục đích của việc thành lập quỹ quốc tế về bồi thường thiệt hại là bảo đảm sự bồi thường cao nhất có thể được cho các chủ thể nạn nhân của ô nhiễm dầu, đồng thời giảm một phần gánh nặng tài chính cho chủ tàu, qua đó bảo đảm sự phát triển ổn định, bền vững của ngành vận tải hàng hải nói chung và vận chuyển dầu nói riêng.

Ngoài các ĐUQT đa phương toàn cầu nói trên, các ĐUQT đa phương khu vực, song phương cũng là cơ sở pháp lý quan trọng cho việc BVMT biển, bao gồm cả vùng đặc quyền kinh tế. Ở đây, có thể kể đến Tuyên bố về Tăng cường an ninh an toàn và BVMT trong eo biển Malaca, Tuyên bố Hợp tác đa phương giữa Nhật Bản và Asean trong quan hệ quốc tế, bao gồm cả quan hệ về bảo vệ tài nguyên và môi trường. Nhìn chung, các thỏa thuận quốc tế khu vực hoặc song phương ở lĩnh vực này chủ yếu nhằm vào việc BVMT ở các khu vực biển đặc biệt quan trọng cho kinh tế khu vực hoặc toàn cầu.



***b. Pháp luật Việt Nam về phòng ngừa và khắc phục ô nhiễm biển***

Trong quá trình đổi mới và hội nhập kinh tế quốc tế, các vấn đề quốc tế có tính toàn cầu cũng đã trở thành vấn đề hiện hữu quan trọng đối với Việt Nam, trong đó có vấn đề ô nhiễm môi trường. Nằm ở vị trí giao lộ hàng hải quốc tế, là quốc gia xuất khẩu dầu thô và nhập khẩu thành phẩm, vấn đề ô nhiễm biển từ dầu tại vùng biển Việt Nam là vấn đề quan trọng mà nước ta cần giải quyết. Một hệ thống quy định về ngăn chặn và khắc phục ô nhiễm biển đã được xây dựng và hoàn thiện, các quy định này được ghi nhận trong các văn bản pháp luật chung và chuyên ngành của Việt Nam như sau:

- Hiến pháp nước Cộng hòa XHCN Việt Nam năm 2013 với tư cách là văn bản chứa đựng tư tưởng pháp lý và chính trị có giá trị cao nhất đã quy định: mọi người đều có quyền được sống trong môi trường trong lành và có nghĩa vụ BVMT (Điều 43); tổ chức, cá nhân gây ô nhiễm môi trường, làm suy kiệt tài nguyên thiên nhiên và suy giảm đa dạng sinh học phải bị xử lý nghiêm và có trách nhiệm khắc phục, bồi thường thiệt hại. Đây là các quy định quan trọng được ghi nhận trong Hiến pháp, là nền tảng hình thành các luật và văn bản dưới luật về BVMT.

- Luật BVMT được ban hành năm 2014 dành một chương riêng quy định về “BVMT biển và hải đảo”, bao gồm quy định về nguyên tắc BVMT biển, bảo tồn và sử dụng hợp lý tài nguyên biển, kiểm soát xử lý ô nhiễm môi trường biển và tổ chức phòng ngừa, ứng phó sự cố. So với quy định trong Luật BVMT năm 2005 (BVMT biển được quy định thành 1 mục) thì các quy định về BVMT biển trong Luật BVMT năm 2014 đã thể hiện rõ tầm quan trọng của việc tiến hành kiểm soát, ngăn ngừa, khắc phục các sự cố ô nhiễm môi trường biển, trong đó bao gồm cả môi trường bị ô nhiễm từ dầu và các chất thải khác. Mọi tổ chức, cá nhân khi thăm dò tìm

kiếm, khai thác và vận chuyển, tàng trữ và chế biến dầu khí phải áp dụng các công nghệ phù hợp, thực hiện đầy đủ các biện pháp cần thiết để BVMT, có phương án phòng tránh rò rỉ dầu, cũng như sự cố tràn dầu.

Trong lĩnh vực khắc phục ô nhiễm, luật môi trường Việt Nam ghi nhận nguyên tắc: “Người gây ô nhiễm phải bồi thường thiệt hại, khắc phục hậu quả”. Nguyên tắc chuyên ngành này được hình thành từ nguyên tắc pháp luật chung “đã gây thiệt hại thì phải bồi thường”.

- Bộ luật Hàng hải Việt Nam năm 2015 đã khẳng định bảo vệ, tái tạo, phát triển bền vững môi trường biển gắn với bảo đảm kinh tế là một nguyên tắc quan trọng và được thể hiện trong 6 điều về BVMT biển của Luật này. Bộ luật Hàng hải đã có nhiều quy định cụ thể hóa các điều khoản của Công ước MARPOL 73/78 về giấy chứng nhận phòng ngừa ô nhiễm; việc kiểm tra, kiểm soát và cấm vào cảng các tàu không đủ điều kiện phòng ngừa ô nhiễm; việc kiểm tra, kiểm soát và cấm vào cảng các tàu không đủ điều kiện phòng ngừa ô nhiễm; nghĩa vụ bảo hiểm trách nhiệm dân sự bắt buộc về ô nhiễm môi trường từ các tàu dầu (Điều 300). Đặc biệt, Luật này quy định hành vi gây ô nhiễm biển không được giới hạn trách nhiệm dân sự, khi tàu gây ra sự cố tràn dầu việc truy cứu trách nhiệm dân sự về bồi thường thiệt hại sẽ được thực hiện theo Công ước về Trách nhiệm dân sự đối với thiệt hại ô nhiễm dầu (CLC 69/72), nếu tàu gây ra sự cố tràn dầu là tàu dầu và dầu tràn là dầu nặng khó phân hủy. Bộ luật Hàng hải còn nhấn mạnh: việc khiêu nại về môi trường là cơ sở phát sinh quyền bắt giữ tàu biển (Điều 139 Mục 2, Chương VI) để đảm bảo công tác quản lý và xử lý kịp thời các hành vi gây ô nhiễm môi trường biển Việt Nam.

- Luật Dầu khí Việt Nam năm 2013 quy định các chủ thể tham gia hoạt động dầu khí phải sử dụng các kỹ thuật, công nghệ

tiên tiến, tuân thủ các quy định của pháp luật Việt Nam về bảo vệ tài nguyên, BVMT, an toàn cho người và tài sản (Điều 4). Bên cạnh đó, chủ thể phải có đề án BVMT và các biện pháp ngăn ngừa BVMT (Điều 5). Các chủ thể này phải chịu trách nhiệm trước pháp luật về thiệt hại gây ra cho con người, tài sản và môi trường. Đặc biệt phải khôi phục nguyên trạng môi trường trước khi các hoạt động trực tiếp hay gián tiếp tác động tới môi trường gây ra thiệt hại.

- Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 2015 quy định các cá nhân, pháp nhân và các chủ thể khác làm ô nhiễm môi trường gây ra thiệt hại thì phải bồi thường thiệt hại theo quy định, kể cả trường hợp người gây ô nhiễm môi trường không có lỗi. Trong trường hợp chủ thể muốn từ bỏ quyền sở hữu mà việc từ bỏ đó có thể làm ô nhiễm môi trường thì việc từ bỏ đó cũng phải tuân theo các quy định của pháp luật (Điều 249); khi sử dụng, bảo quản, từ bỏ tài sản của mình, chủ sở hữu phải tuân theo các quy định của pháp luật về BVMT, nếu làm ô nhiễm môi trường thì phải chấm dứt hành vi gây ô nhiễm, thực hiện các biện pháp để khắc phục hậu quả và bồi thường thiệt hại. Như vậy, đối với các vấn đề về ô nhiễm môi trường biển, nghĩa vụ bồi thường thiệt hại được xác định trong trường hợp sử dụng nguồn nguy hiểm, trong đó có thiệt hại phát sinh từ dầu. Ngoài ra, luật này còn quy định cho phép áp dụng chế định bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng để truy cứu trách nhiệm đối với hành vi xả, thải, làm tràn dầu gây ô nhiễm môi trường.

- Bộ luật Hình sự Việt Nam năm 2015 đã có các quy định cụ thể, rõ ràng hơn rất nhiều về tội phạm môi trường. Cụ thể, các tội phạm môi trường được quy định tại Chương 19 với 12 tội danh, trong đó có: tội gây ô nhiễm môi trường (Điều 235); tội vi phạm quy định về phòng ngừa, ứng phó, khắc phục sự cố môi trường (Điều 237). Theo quy định tại Điều 237, tùy vào mức độ của hành vi vi

phạm, các hành vi của cá nhân, pháp nhân vi phạm quy định về phòng ngừa, ứng phó, khắc phục sự cố môi trường có thể bị phạt tiền từ 50 triệu, thậm chí 10 tỷ đồng; hình phạt tù có thể từ 6 tháng đến cao nhất là 7 năm tù (đối với cá nhân và pháp nhân) năm đến 10 năm tùy thuộc vào mức độ gây thiệt hại và tính chất hành vi vi phạm, ngoài ra có thể bị phạt tiền, cấm đảm nhiệm chức vụ, cấm hành nghề liên quan đến lĩnh vực môi trường và BVMT. Điểm mới của các quy định về gây ô nhiễm môi trường trong Bộ luật Hình sự năm 2015 đó là văn bản này đã đưa ra con số định lượng để xác định mức độ của hành vi vi phạm và hình phạt tương ứng (Điều 235). Việc quy định như vậy sẽ đảm bảo tính cụ thể, rõ ràng khi xác định mức độ gây ô nhiễm để từ đó xác định khung hình phạt phù hợp với chủ thể có hành vi gây ô nhiễm môi trường. Như vậy quan điểm lập pháp của Việt Nam đã thể hiện được sự tiến bộ, phù hợp với các quy định của luật quốc tế về BVMT, đảm bảo trừng trị nghiêm minh các hành vi gây ô nhiễm môi trường của thể nhân và pháp nhân tại Việt Nam.

- Pháp lệnh Lực lượng cảnh sát biển Việt Nam năm 2008 quy định: một trong những nhiệm vụ quan trọng và chủ yếu của lực lượng vũ trang này là bảo vệ nguồn tài nguyên thiên nhiên và môi trường của đất nước, ngăn chặn và xử lý ô nhiễm môi trường, bao gồm ô nhiễm biển từ dầu trên các vùng biển thuộc quyền tài phán của Việt Nam, như vậy bao gồm cả vùng đặc quyền kinh tế theo đúng quy định của pháp luật Việt Nam và các ĐUQT mà chúng ta là thành viên.

Ngoài các đạo luật nêu trên, vấn đề ngăn chặn và khắc phục ô nhiễm biển nói chung và ô nhiễm dầu từ tàu nói riêng còn được điều chỉnh ở các mức độ khác nhau của Luật Thủy sản 2003, Luật Biển Việt Nam 2012 và hàng loạt các nghị định, thông tư, chỉ thị hữu quan khác...

Từ góc độ lập pháp, có thể khẳng định rằng, một hệ thống các quy định pháp luật Việt Nam về phòng chống và khắc phục ô nhiễm biển đã được xây dựng và phát triển, trong đó định chế về ngăn chặn và khắc phục ô nhiễm biển từ tàu được đặc biệt quan tâm, vì đây là loại hình ô nhiễm nguy hiểm nhất trong các loại hình ô nhiễm biển. Điều cần nhấn mạnh là hệ thống các quy định này được ghi nhận trong các bộ luật Việt Nam chuyên ngành, chứ không tập trung trong một văn bản pháp luật cụ thể, đồng thời việc thực hiện chúng được tiến hành dựa trên các nghị định, thông tư, chỉ dẫn kèm theo... nhằm đảm bảo hiệu quả cho quá trình thực thi và tuân thủ pháp luật. Trong quá trình áp dụng vào thực tế, kết quả là đầy khích lệ, nhưng đã xuất hiện các khiếm khuyết, bất cập nhất định. Vì vậy việc hoàn thiện và hoàn chỉnh hệ thống quy định pháp luật Việt Nam về BVMT biển là cần thiết và phải tiến hành ngay.

### **3. Một số kiến nghị hoàn thiện quy định ngăn chặn và khắc phục ô nhiễm môi trường biển từ tàu**

Nhằm đảm bảo hiệu quả của hoạt động BVMT biển từ tàu (một trong những nguồn gây ô nhiễm biển nghiêm trọng), việc hoàn thiện và hoàn chỉnh hệ thống các quy định pháp lý về vấn đề này là cần thiết. Bởi vì qua thực tế, luật Việt Nam đã bộc lộ những khiếm khuyết và bất cập trong nội dung điều chỉnh, còn thiếu và yếu các quy định được chuyển hóa từ ĐUQT, thủ tục bồi thường thiệt hại chưa được quy định, các sự cố gây ô nhiễm từ tàu (như tràn dầu) chỉ mới dừng lại ở việc xử lý ngăn chặn, còn những vấn đề khắc phục thiệt hại chưa được quan tâm đúng mức, chưa đủ sức răn đe với các sự cố ô

nhiễm biển từ tàu gây hậu quả nghiêm trọng. Các quy định trong Bộ luật Hình sự 2015 đã có các quy định mang tính “định lượng” để xác định mức độ nghiêm trọng của hành vi phạm tội cũng như các chế tài phù hợp. Tuy nhiên, mức độ tội phạm cần căn cứ vào mức độ thiệt hại đối với môi trường, vì vậy cần có hướng dẫn chi tiết hơn về vấn đề thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự của pháp nhân, đặc biệt đối với tội phạm môi trường khi hành vi vi phạm có thể diễn ra trong thời gian dài mới bị phát hiện, hoặc các chủ thể thường không còn tồn tại hoặc đã rút về nước (nhà đầu tư nước ngoài)<sup>6</sup>. Bên cạnh đó, chúng ta chưa có cơ chế riêng về bồi thường thiệt hại cũng như quy chế bồi thường thiệt hại do ô nhiễm dầu (theo Công ước CLC 69/92), mặc dù Việt Nam đã tham gia Công ước này. Cuối cùng, Việt Nam chưa tham gia các công ước quốc tế khác liên quan đến ngăn chặn, xử lý ô nhiễm biển từ tàu, ngoại trừ Công ước MARPOL 73/78 và Công ước CLC 69/92, điều này cũng gây không ít trở ngại cho Việt Nam hành động có hiệu quả trong lĩnh vực đấu tranh phòng chống, ngăn chặn và xử lý ô nhiễm biển nói chung và ô nhiễm biển từ tàu nói riêng.

Dựa trên cơ sở phân tích nêu trên, có thể thấy rằng, hệ thống các quy định luật Việt Nam về ngăn chặn, khắc phục ô nhiễm môi trường biển từ tàu cần phải được hoàn thiện và hoàn chỉnh hơn nữa. Chúng tôi xin đưa ra các kiến nghị sau:

- Đối với các ĐUQT trong lĩnh vực này, mà Việt Nam là thành viên (như MARPOL 73/78, CLC 69/92), chúng ta cần đẩy nhanh tốc độ nội luật hóa nội dung pháp lý các công ước vào hệ thống pháp luật Việt Nam, cụ thể vào luật môi trường, luật hàng

6 Bạch Thị Nhã Nam, Bàn về việc xử lý đối với tội phạm pháp nhân gây ô nhiễm môi trường, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật.

hải, luật dầu khí, luật dân sự... thông qua các văn bản hướng dẫn thi hành cụ thể hơn. Trình tự, thủ tục nội luật hóa như vậy đã được ghi nhận trong Luật ĐUQT năm 2016. Đối với các ĐUQT có nội dung rõ ràng, cụ thể và chính xác, chúng ta có thể áp dụng phương thức áp dụng trực tiếp toàn bộ hoặc một phần ĐUQT đó đối với cơ quan, tổ chức, cá nhân liên quan<sup>7</sup>. Điều này sẽ tạo ra điều kiện thuận lợi cho các cơ quan chức năng khi thực thi công vụ và đảm bảo các cam kết quốc tế của Việt Nam sẽ được thi hành đúng với tư tưởng, mục đích của ĐUQT mà Việt Nam là thành viên, qua đó góp phần hoàn thiện, hoàn chỉnh hệ thống các quy định luật Việt Nam về ngăn chặn, khắc phục ô nhiễm biển từ tàu ngang tầm chuẩn mực quốc tế.

- Cũng nhằm mục đích như vậy, Việt Nam nên nhanh chóng tiến hành các thủ tục gia nhập các ĐUQT khác về chống ô nhiễm biển từ các nguồn khác nhau, đặc biệt là ô nhiễm biển từ tàu, như Công ước sẵn sàng ứng phó và hợp tác chống ô nhiễm dầu (OPRC 1990), Công ước thành lập quỹ đền bù thiệt hại do dầu năm 1971 và Công ước bổ sung năm 1992 (Fund), Công ước về ngăn chặn ô nhiễm biển do nhân chìm chất thải và các chất khác năm 1972, Công ước về can thiệp trên biển cả trong các sự cố ô nhiễm dầu năm 1969... Đây là các ĐUQT quan trọng về chống ô nhiễm biển mà Việt Nam chưa tham gia. Trong khoảng thời gian chờ đợi, chúng ta có thể vẫn chuyển hóa các ĐUQT nêu trên vào luật Việt Nam ở dạng văn bản pháp lý quốc gia, như Công ước Luật biển năm 1982 đã được nội luật hóa vào luật Việt Nam thể hiện qua các Tuyên bố 1977 về các vùng biển, Tuyên bố 1982 về đường cơ sở hay Bộ luật Hàng hải Việt Nam 1990, khi Việt Nam chưa tham gia Công ước

này, thậm chí chúng ta đã nội luật hóa Luật Biển 1982 vào thời gian Công ước này chưa có hiệu lực. Hoạt động lập pháp này hoàn toàn không bị nghiêm cấm trong luật quốc tế. Có như vậy, mọi hành vi gây ô nhiễm biển Việt Nam sẽ được xử lý và áp dụng chế tài theo đúng các chuẩn mực ĐUQT quy định, đảm bảo hiệu lực thực thi và hiệu quả xử lý khắc phục ô nhiễm biển sẽ cao hơn.

- Trong lĩnh vực xử lý và khắc phục hậu quả của ô nhiễm biển từ các nguồn (trong đó có từ tàu), Việt Nam cần nhanh chóng soạn thảo và ban hành một văn bản pháp lý quốc gia về trình tự thủ tục tố tụng giải quyết tranh chấp khi phát sinh các khiếu nại hàng hải, trong đó có khiếu nại về bồi thường thiệt hại do ô nhiễm biển từ dầu. Vì chưa có một văn bản pháp lý chuyên môn như vậy, mọi tranh chấp về ô nhiễm biển hoàn toàn được điều chỉnh theo các quy định hữu quan của Bộ luật Tố tụng Dân sự Việt Nam, điều này có thể tạo ra những bất cập, hạn chế nhất định trong thực tiễn giải quyết tranh chấp, vì loại hình vụ kiện đòi bồi thường thiệt hại liên quan đến hoạt động trên biển có tính đặc thù quan trọng, đặc biệt là các vụ kiện liên quan đến sự cố tràn dầu từ tàu trên phạm vi rộng. Tính đặc thù này được coi là nét định hướng cơ bản trong quá trình xây dựng một Bộ luật Tố tụng Hàng hải, nếu có nhu cầu, với sự thành lập một tòa án chuyên trách giải quyết tranh chấp trong lĩnh vực hàng hải quốc tế, trong đó có tranh chấp về ô nhiễm biển từ tàu. Đây hoàn toàn là một vấn đề có tính thực tế, khi chủ thể tham gia các vụ tranh chấp này không phải là ít, như chủ tàu, công ty bảo hiểm, chủ hàng, quốc gia nơi xảy ra ô nhiễm biển■

7 Điều 6 Luật ĐUQT của Việt Nam năm 2016.

# HOÀN THIỆN CÁC CHẾ TÀI ĐỂ CÔNG KHAI, MINH BẠCH TÀI SẢN VÀ THU NHẬP<sup>1</sup>

**Bùi Ngọc Thanh\***

\* TS. Nguyễn Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội.

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* công khai, minh bạch, kê khai tài sản thu nhập, chế tài, sung công

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 05/06/2018

Biên tập : 11/06/2018

Duyệt bài : 13/06/2018

## Article Infomation:

*Keywords:* disclosure; transparency; assets and income declaration; punishment; nationalization

*Article History:*

Received : 05 June 2018

Edited : 11 Jun 2018

Approved : 13 Jun 2018

## Tóm tắt:

Hiện nay, việc công khai, minh bạch tài sản, thu nhập của người có nghĩa vụ kê khai (nhất là người có chức cao, quyền lớn) đang là một vấn đề đáng nói khi thi hành Luật Phòng, chống tham nhũng do người có nghĩa vụ kê khai không muốn công khai, minh bạch tài sản, thu nhập và do cơ chế công khai, minh bạch tài sản, thu nhập chưa phát huy hiệu quả. Bài viết đề xuất chế tài đối với những người có nghĩa vụ kê khai tài sản, thu nhập nhưng không kê khai, kê khai không trung thực, và kiến nghị “tất cả các bản kê khai tài sản, thu nhập của người có nghĩa vụ kê khai phải được công khai, minh bạch trước nhân dân; trước hết là tại nơi cư trú hợp pháp... tại chi bộ nơi đảng viên sinh hoạt hai chiều và tại địa bàn hoạt động thường xuyên của người có nghĩa vụ kê khai. Hoàn toàn có thể công khai giống như niêm yết danh sách cử tri trong các cuộc bầu cử”, đồng thời, “tài sản bất minh (trọng đó chủ yếu là tài sản tham nhũng) thì phương án tốt nhất, khả thi nhất là phải sung công”.

## Abstract

The disclosure, transparency of the assets and income of those (especially those with high titles and powerful position) who are legally subject to the declare are a discussable issue once those who are subject to the declaration under the Law on Anti-Corruption but unwilling to publicize and disclose their assets and incomes due to the publication and transparency mechanism of assets and incomes have not provided its efficiency and effectiveness. This article provides proposed punishment for those who are subject to the assets and income declaration but do not declare or declare dishonestly their assets and incomes, and also provides recommendations of "all statements of assets and income of the subject person shall be publicized to the people; firstly at their residence places ... and at the local hall where the persons lives with two-way correspondence of the Party and at the office where the persons regularly work at. It is possible to publicize in the same manner as the listed information for election of the National Assembly deputies", as well as "the unproven property (which is mainly the property driven from corruption), for the best and most feasible option is nationalization".

1 Bài viết thuộc Đề tài khoa học cấp Bộ “Xây dựng pháp luật về kiểm soát thu nhập, tài sản của cán bộ, công chức, viên chức - Những vấn đề lý luận và thực tiễn” của Viện Nghiên cứu Lập pháp năm 2017-2019, do TS. Nguyễn Hoàng Thanh làm Chủ nhiệm

Trong báo cáo Tổng kết 10 năm thực hiện Luật Phòng, chống tham nhũng (PCTN) số 330/BC-CP ngày 22/9/2016 của Chính phủ trình Quốc hội khóa XIV, kỳ họp thứ 4 có kết luận về việc công khai, minh bạch bản kê khai tài sản, thu nhập (TS, TN) như sau: “Tình trạng lạm dụng bảo mật thông tin, thiếu công khai, minh bạch với nhân dân và trong nội bộ vẫn diễn ra ở nhiều nơi. Trong một số cơ quan, đơn vị, các quy định về dân chủ, giám sát chưa được quan tâm đúng mức, có nơi thậm chí cản trở, vô hiệu hóa, dẫn đến tình trạng vi phạm kéo dài, sai phạm nghiêm trọng nhưng không được kịp thời phát hiện, xử lý”.

Kết luận đúng đắn như vậy có nghĩa là Chính phủ trực tiếp đặt ra vấn đề cho Ban soạn thảo Dự thảo Luật PCTN (sửa đổi) phải khắc phục về cơ bản các khuyết điểm đó, nhất là khuyết điểm thiếu công khai, minh bạch với nhân dân. Theo chúng tôi, để PCTN nói chung, kê khai và công khai TS, TN nói riêng có kết quả thực chất thì phải xử lý ít nhất bốn loại vấn đề cốt lõi sau đây:

### **1. Người đứng đầu chỉ đạo phòng, chống tham nhũng phải là người có đôi bàn tay sạch**

Đây là vấn đề then chốt của mọi vấn đề. Chuyện tưởng chừng đơn giản nhưng thực sự rất khó, vô cùng khó. Nhân dân thì đồng lòng, nhất trí cao để PCTN, nhưng trong hàng ngũ lãnh đạo, quản lý ở các ngành, các cấp, các địa phương thì khác. Từ thực tế xã hội, có thể phân ra 3 xu hướng: xu hướng thứ nhất kiên quyết chống, triệt để PCTN, nhưng tiếc là xu hướng này chưa thu hút được số đông tuyệt đối; xu hướng thứ hai, chống tham nhũng “từ cổ hòng trở ra cửa miệng”, nói thì rất ghê nhưng thực lòng thì muốn “đục nước, béo cò”; loại thứ ba, “quan năm cũng ừ, quan tư cũng gật”, “thuận theo chiều gió”, phía nào “mạnh” thì dựa dẫm theo phía đó. Nhưng có một thực tế khác đau đớn hơn là, các vụ án tham nhũng đã và đang được xét xử cho thấy, hầu hết bị can, bị cáo lại là người đứng đầu hoặc cấp phó của người đứng đầu, và những người này trước khi bị xét xử là đảng viên (từ các vụ Trịnh Xuân Thanh, Đinh La

Thăng, Phan Văn Vĩnh, Nguyễn Thanh Hóa đến các vụ trước đây như Vinashin, Vinalies, vụ chia chác đất công ở Đồ Sơn (Hải Phòng), hay xa hơn là vụ PMU 18, vụ Đề án 112, vụ Đường dây 500 KV... các bị cáo hầu hết là người đứng đầu có chức vụ cao, có quyền hành lớn).

Như đã biết, Luật PCTN hiện hành nói chung và các Điều 53a, 54 nói riêng đã giao cho người đứng đầu rất nhiều việc quan trọng. Tuy nhiên, một khi họ đã tham nhũng thì không đời nào họ “tự trăm mình” mà ngược lại, họ làm động tác giả, đánh lừa dư luận để bảo vệ chính mình. Và như thế, toàn bộ bộ máy, cán bộ dưới quyền của họ đều bị vô hiệu hóa. Đây cũng là nguyên nhân tối quan trọng lý giải vì sao việc hô hào chống tham nhũng thì rầm rộ mà kết quả của 10 năm thì lại... nhẹ tênh. Thực tế này đặt ra nhiệm vụ cực kỳ nặng nề và cấp thiết cho việc kiện toàn bộ máy, chuyển hóa căn bản đội ngũ cán bộ lãnh đạo, quản lý theo tinh thần Nghị quyết Trung ương 4, khóa XII (về tăng cường xây dựng, chỉnh đốn Đảng; ngăn chặn, đẩy lùi sự suy thoái về tư tưởng chính trị, đạo đức, lối sống, những biểu hiện “tự diễn biến”, “tự chuyển hóa” trong nội bộ) của Đảng trước khi Luật PCTN (sửa đổi) có hiệu lực thi hành. Người đứng đầu ngành, địa phương, cơ quan, tổ chức, đơn vị về cơ bản phải là người thực sự có dũng khí, quyết tâm PCTN triệt để, “hai tay họ còn sạch sẽ”. Đây cũng chính là một trong các lý do mà Nghị quyết Trung ương 4 khóa XII đã có tới 11 lần nhấn mạnh vai trò, trách nhiệm của người đứng đầu. Trong đó rất quan trọng là đi đầu, tiên phong trong công cuộc chống giặc nội xâm - tham nhũng.

### **2. Luật Phòng, chống tham nhũng (sửa đổi) phải xác lập ngay chế tài để không thể kê khai gian dối**

Kê khai TS, TN là công đoạn mang nhiều ý nghĩa rất quan trọng. Trước hết, đây là cuộc đấu tranh nội tâm ghê gớm, có nhiều trường hợp khá gay gắt, quyết liệt của những người có nghĩa vụ kê khai. Thường là đã khi tham nhũng đến mức không thể lý giải được

nguồn gốc tài sản thì rất khó khai báo thật thà, đầy đủ, trung thực. Tiếp đó, một khi nhiều người kê khai gian dối, không trung thực thì đương nhiên sau đó sẽ phát sinh một khối lượng công việc đồ sộ, vô vàn khó khăn ở các công đoạn xác minh, giám sát, thanh tra, kiểm tra của các cơ quan chức năng, tức là để rơi vào tình trạng bị động truy tìm mệt mỏi, hao tổn nhiều thời gian và công sức mà không mấy kết quả. Sau nữa, nhiều nơi thấy “khó quá, đành buông xuôi”! Do đó, Luật PCTN (sửa đổi) phải thiết kế được “lối đi độc đạo” chắc chắn (không có lối rẽ) để người có nghĩa vụ kê khai phải khai đúng. TS, TN phải kê khai, theo quy định tại Điều 38 của Dự thảo Luật (Dự thảo 2 trình Quốc hội tại kỳ họp thứ 5 ngày 31/5/2018) có 4 nhóm:

1. Quyền sử dụng đất, nhà ở, công trình xây dựng và các tài sản khác gắn liền với đất, nhà ở, công trình xây dựng.

2. Kim khí quý, đá quý, tiền, giấy tờ có giá và các loại động sản khác mà mỗi tài sản có giá trị từ 50.000.000 đồng trở lên.

3. Tài sản, tài khoản ở nước ngoài.

4. Tổng thu nhập tính từ lần kê khai trước đến thời điểm kê khai kế tiếp.

Mỗi nhóm cần có chế tài để người có nghĩa vụ kê khai phải khai đúng (nếu không khai thì mất, khai sai sẽ bị xử lý). Có thể lấy nhóm 1 (nhà, đất) làm ví dụ: Sau kê khai lần thứ nhất thì Nhà nước tổng kiểm kê bất động sản. Nếu trên địa bàn (làng, xóm, tổ dân phố, phường, xã, thị trấn) có nhà, đất, công trình xây dựng là “chủ nhân lạ” thì phải truy xét đến cùng cho tới khi xác định đúng chủ nhân đích thực; nếu vô thừa nhận thì nhà, đất đó được đưa vào tài sản chung của Nhà nước (hiện nay công dân ở các địa bàn làng, xóm, tổ dân phố, phường, xã, thị trấn, họ đều biết khá rõ, nhà, đất đó chủ nhân đích thực là ai)...

### **3. Đối tượng kê khai tài sản, thu nhập**

Theo quy định tại Điều 37 (của Dự thảo 2 Luật PCTN (sửa đổi)) thì diện có nghĩa vụ kê khai rất rộng, bao gồm:

1. Cán bộ, công chức.

2. Sĩ quan chỉ huy từ cấp Phó Tiểu đoàn trưởng, người hưởng phụ cấp chức vụ tương đương Phó Tiểu đoàn trưởng trở lên trong cơ quan, đơn vị thuộc Quân đội nhân dân; sĩ quan chỉ huy từ cấp Phó Tiểu đoàn trưởng, Phó Trưởng công an phường, thị trấn, Phó đội trưởng trở lên trong cơ quan, đơn vị thuộc Công an nhân dân.

3. Người giữ chức vụ tương đương Phó Trưởng phòng trở lên tại các đơn vị sự nghiệp công lập, doanh nghiệp nhà nước, người được cử làm đại diện phần vốn nhà nước, phần vốn của doanh nghiệp nhà nước và giữ chức danh quản lý từ Phó Trưởng phòng trở lên trong doanh nghiệp có vốn Nhà nước, doanh nghiệp có vốn của doanh nghiệp nhà nước.

4. Đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân (HĐND) các cấp không phải là cán bộ, công chức.

5. Người ứng cử đại biểu Quốc hội, đại biểu HĐND.

Năm 2013, năm Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật PCTN số 27/2012/QH13 có hiệu lực thi hành, cả nước đã có 620 nghìn người có nghĩa vụ kê khai TS, TN; đến năm 2016 mở rộng ra tới gần 1,2 triệu người có nghĩa vụ kê khai. Hầu như tất cả những người đã kê khai, bản kê khai đều được chấp nhận. Và qua 10 năm thi hành Luật, chỉ phát hiện và xử lý có 17 trường hợp kê khai không trung thực, trong khi đó, ở thời gian này hàng loạt vụ tham nhũng lớn được phát hiện (như đã nói ở trên). Nếu theo dự kiến mở rộng diện người có nghĩa vụ kê khai như Điều 37 của Dự thảo Luật thì ước tính có tới gần 2 triệu người thuộc diện phải kê khai. Với gần 1,2 triệu người, thậm chí mới có 620 nghìn người có nghĩa vụ kê khai mà còn chưa thể phát hiện được sai sót gì đáng kể, thì khi Điều 37 của Dự thảo Luật nói trên được thông qua thì liệu chừng việc kiểm soát gần 2 triệu người kê khai có khả thi không? Chắc chắn là không, thậm chí còn hết sức phức tạp!

Vì vậy, để tiến hành kê khai TS, TN có hiệu quả, thiết thực, có trọng tâm, trọng điểm như kinh điển đã dạy “thà ít mà tốt”, *trước hết*, ở Trung ương cần tập trung vào số cán bộ do Bộ Chính trị, Ban Bí thư quản lý; ở địa phương là số cán bộ do tỉnh ủy, thành ủy và Ban Thường vụ tỉnh, thành ủy, huyện (quận, thị) ủy, quản lý. *Thứ hai* là những người làm ở những nơi có nguy cơ dễ xảy ra tham nhũng (thuê vụ, hải quan, xây dựng, ngân hàng, tài chính, bất động sản...). *Thứ ba* là những người có thu nhập cao bất thường, gồm những người có tài sản, tài khoản ở nước ngoài, những người là “khách hàng được chăm sóc đặc biệt” của các ngân hàng thương mại (họ gọi là khách VIP), có tiền gửi hàng trăm tỷ đồng trở lên (có thông tin nói, số người này lên tới hàng trăm ngàn). Nói cho cùng thì trong ba nhóm người đó, số người có tài sản và thu nhập cao bất thường có tỷ lệ cao hơn hẳn so các nhóm người khác. Thực hiện có hiệu quả việc kê khai TS, TN đối với các đối tượng này thì đây chính là thắng lợi đột phá trong cuộc chiến nóng bỏng PCTN. Cũng từ đó, việc kê khai TS, TN của các đối tượng khác nhất định sẽ được tiến hành thuận lợi hơn. Đây cũng là chiến thuật “đầu xuôi đuôi lọt”. Sau quá trình thực thi có hiệu quả chắc chắn đối với các đối tượng trên thì từng bước mở rộng diện, “tiến tới tất cả đảng viên là cán bộ, công chức đều phải kê khai tài sản” như Nghị quyết Trung ương 3 khóa X đã định hướng.

#### 4. Công khai, minh bạch bản kê khai tài sản, thu nhập

Báo cáo tổng kết 10 năm thi hành Luật PCTN của Chính phủ đã chỉ rõ, *tình trạng lạm dụng bảo mật thông tin, thiếu công khai, minh bạch với nhân dân và trong nội bộ vẫn diễn ra ở nhiều nơi*. Bản chất của kết luận này là, không ít cơ quan, tổ chức, đơn vị và người có nghĩa vụ kê khai (nhất là người có chức vụ cao, quyền hành lớn) không muốn công khai, minh bạch tài sản. Như vậy rõ ràng là họ có vấn đề, không “đàng hoàng” thì mới không dám công khai. Trong khuyết điểm này có nguyên nhân từ

quy định của Luật PCTN hiện hành. Điều 6. *Quyền và nghĩa vụ của công dân trong PCTN* quy định: Công dân có quyền phát hiện, tố cáo hành vi tham nhũng... Điều 8. *Trách nhiệm của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức thành viên* quy định: Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức thành viên có trách nhiệm động viên nhân dân tham gia tích cực vào việc PCTN; phát hiện, kiến nghị cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền xử lý người có hành vi tham nhũng... Nhưng tới Điều 46a. *Công khai bản kê khai tài sản* lại chỉ quy định: Bản kê khai tài sản của người có nghĩa vụ kê khai phải được công khai trong cơ quan, tổ chức, đơn vị người đó thường xuyên làm việc. Nghĩa là Bản kê khai tài sản của người có nghĩa vụ kê khai chỉ nội bộ nơi làm việc biết với nhau. Nhưng ngay cả trong nội bộ cơ quan, tổ chức, đơn vị cũng khó có thể công khai, vì Điều 46a quy định chỉ có hai hình thức công khai, hoặc là công bố tại cuộc họp, hoặc là niêm yết tại trụ sở. Trên thực tế, hầu như không mấy nơi mà cơ quan, tổ chức, đơn vị đem cả tệp bản kê khai ra đọc lần lượt từng bản của từng người tại cuộc họp, mà nếu có đọc thì thông tin cũng trượt đi như “nước đổ lá môn”. Còn niêm yết tại trụ sở thì có nơi này, nơi kia thực hiện nhưng không mấy ai biết. Nhiều cơ quan, nhiều tổng công ty... có nhiều nơi làm việc, trải khắp cả nước thì niêm yết ở đâu, ai đi được đến đó để xem? Đó là chưa nói đến có những phòng niêm yết phải luôn có người “hướng dẫn” trông coi, mà thực chất là canh gác, theo dõi xem ai đến xem và đến xem để làm gì!

Tại quy định của Điều 6 và Điều 8 nói trên, Luật cho phép công dân có quyền, (thậm chí là nghĩa vụ) phòng, chống, phát hiện, kiến nghị xử lý tham nhũng, nhưng lại không cho nhân dân biết bản kê khai tài sản và thu nhập của người có nghĩa vụ kê khai thì có khác nào đánh đố người dân. Giao cho Mặt trận Tổ quốc nhiệm vụ nặng nề như thế, nhưng mỗi tổ chức Mặt trận cùng lắm cũng chỉ biết mọi việc trong nội bộ tổ chức của mình. Như vậy, Luật hiện hành đã thiếu tính khả thi ngay từ khi ban hành, do mâu thuẫn:



muốn chống tham nhũng nhưng lại không muốn công khai, minh bạch TS, TN của người có nghĩa vụ kê khai trước nhân dân.

Dự thảo Luật PCTN (sửa đổi) lần này phải khắc phục cho được khiếm khuyết mâu thuẫn này. Nghĩa là, *tất cả các bản kê khai TS, TN của người có nghĩa vụ kê khai phải được công khai, minh bạch trước nhân dân; trước hết là tại nơi cư trú hợp pháp (thôn, bản, tổ dân phố thuộc xã, phường, thị trấn; chỉ bộ nơi đảng viên sinh hoạt hai chiều phải được biết) và tại địa bàn hoạt động thường xuyên của người có nghĩa vụ kê khai.* Hoàn toàn có thể công khai giống như niêm yết danh sách cử tri trong các cuộc bầu cử (như ý kiến của một đại biểu Quốc hội đã phát biểu tại kỳ họp thứ 4 Quốc hội khóa XIV: “treo ở nơi dân có thể xem được”).

Ngoài ra cũng có một phương án khác tuy có tốn kém hơn chút ít, đó là, *lập một website, đưa tất cả các bản kê khai tài sản và thu nhập lên đó, ai cần nghiên cứu, tìm hiểu thì truy cập.*

Rất tiếc là, Dự thảo Luật PCTN (sửa đổi) lần này tuy đã thấy rõ nhược điểm căn bản nhưng lại không sửa chữa, tức là vẫn không quy định về công khai, minh bạch bản kê khai tài sản và thu nhập trước nhân dân. Cụ thể là:

1. Bản kê khai TS, TN của người có nghĩa vụ kê khai phải được công khai tại cơ quan, tổ chức, đơn vị nơi người đó thường xuyên làm việc.

2. Bản kê khai TS, TN của người được dự kiến bổ nhiệm giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý tại cơ quan, tổ chức, đơn vị phải được công khai tại cuộc họp lấy phiếu tín nhiệm khi tiến hành quy trình bổ nhiệm.

3. Bản kê khai TS, TN của người ứng cử đại biểu Quốc hội, đại biểu HĐND phải được công khai theo quy định của pháp luật về bầu cử.

4. Bản kê khai TS, TN của người dự kiến được bầu, phê chuẩn tại Quốc hội, HĐND phải được công khai với đại biểu Quốc hội, đại biểu HĐND trước khi bầu,

phê chuẩn. Thời điểm, hình thức công khai được thực hiện theo quy định của Ủy ban thường vụ Quốc hội.

5. Bản kê khai TS, TN của người dự kiến bầu giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý tại doanh nghiệp nhà nước được công khai tại cuộc họp lấy phiếu tín nhiệm khi tiến hành bổ nhiệm hoặc tại cuộc họp của Hội đồng Thành viên khi tiến hành bầu các chức vụ lãnh đạo, quản lý.

6. Chính phủ quy định chi tiết về thời điểm, hình thức công khai bản kê khai TS, TN tại các khoản 1, 2 và 5 Điều này.

Vấn đề đáng quan tâm nữa là, Dự thảo Luật lần này đã bỏ hẳn Điều 8 của Luật hiện hành, “Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức thành viên có trách nhiệm động viên nhân dân tham gia tích cực vào việc PCTN; phát hiện, kiến nghị cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền xử lý người có hành vi tham nhũng; giám sát việc thực hiện pháp luật về PCTN”. Một hệ thống cơ quan “đại đoàn kết toàn dân” từ trung ương đến địa phương, có chức năng giám sát, phản biện, vì sao lại đưa họ ra khỏi công cuộc phòng, chống giặc nội xâm - tham nhũng? Vấn đề là, Luật PCTN (sửa đổi) phải có điều, khoản quy định điều kiện để họ làm tròn sứ mệnh PCTN chứ không phải “gạt” họ ra. Điều kiện đó không có gì khác là công khai, minh bạch hóa bản kê khai tài sản và thu nhập của người có nghĩa vụ phải kê khai trước nhân dân.

Có ý kiến nói rằng, công khai bản kê khai TS, TN trước nhân dân là vấn đề phức tạp nên phải thận trọng (ngụ ý là chưa nên công khai trước nhân dân). Có lẽ nên đặt ngược lại vấn đề là, càng để lâu không công khai bản kê khai TS, TN trước nhân dân thì càng tích tụ thêm nhiều dư luận phức tạp, càng khó khăn cho công tác PCTN, do đó nên cân nhắc phải sớm công khai, quy định ngay vào Luật PCTN (sửa đổi) lần này thì hơn. Lại có ý kiến biện hộ rằng, đó là vấn đề “bí mật đời tư”, cần tế nhị. Nhưng, “cho đến nay, pháp luật nước ta vẫn chưa có quy định rõ ràng về “bí mật đời tư” là gì, phạm vi của “bí mật đời tư” như thế nào, mà chỉ có một số

quy định về vấn đề này trong Hiến pháp năm 2013; Bộ luật Dân sự năm 2005; Luật Giao dịch điện tử năm 2005; Bộ luật Hình sự năm 1999 (sửa đổi, bổ sung năm 2009)<sup>2</sup>. Chúng tôi cũng đã xem lại Điều 21 Hiến pháp năm 2013, Bộ luật Dân sự; Luật Bảo vệ sức khỏe nhân dân; Bộ luật Hình sự năm 2015 (Luật sửa đổi, bổ sung một số Điều năm 2017), trong đó có Chương XV. *Các tội xâm phạm quyền tự do của con người, quyền tự do, dân chủ của công dân*. Tất cả các điều, khoản trong các đạo luật trên cũng chỉ nói đến bí mật cá nhân, danh dự, uy tín, thư tín, điện thoại, trao đổi thông tin... mà không có điều, khoản nào nói về quyền bảo vệ “bí mật tài sản cá nhân”.

### 5. Về hai phương án xử lý tài sản, thu nhập không giải trình được nguồn gốc

Điều 59 của Dự thảo Luật PCTN (sửa đổi) nêu hai phương án xử lý TS, TN không giải trình được nguồn gốc một cách hợp lý, chúng tôi cho rằng:

- Phương án 1 khoản 1 quy định: *Trường hợp có kết luận TS, TN thực tế của người có nghĩa vụ kê khai lớn hơn TS, TN đã kê khai hoặc có TS, TN tăng thêm mà người kê khai không giải trình được một cách hợp lý về nguồn gốc của TS, TN chênh lệch hoặc tăng thêm đó và chưa có căn cứ xác định do phạm tội mà có, thì trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày ban hành Kết luận xác minh TS, TN, cơ quan, đơn vị kiểm soát TS, TN gửi Kết luận xác minh TS, TN đến cơ quan quản lý thuế có thẩm quyền yêu cầu thực hiện việc thu thuế thu nhập cá nhân theo quy định của pháp luật về thuế.*

- Phương án 2 khoản 1 quy định: *Trường hợp kết luận TS, TN thực tế của người có nghĩa vụ kê khai lớn hơn TS, TN đã kê khai hoặc có TS, TN tăng thêm mà người kê khai không giải trình được một cách hợp lý về nguồn gốc của TS, TN chênh lệch hoặc*

*tăng thêm đó và chưa có căn cứ xác định do phạm tội mà có, thì trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày ban hành Kết luận xác minh TS, TN, cơ quan có thẩm quyền ra quyết định xử phạt vi phạm hành chính với mức phạt tiền bằng 45% giá trị của phần TS, TN chênh lệch hoặc tăng thêm.*

Trước hết, có thể nói rằng, TS, TN không được kê khai (của người có nghĩa vụ kê khai) về cơ bản là bất minh. Và trong số tài sản bất minh thì tài sản tham nhũng là chủ yếu. Sẽ có ý kiến biện minh rằng, nguồn gốc số TS, TN lớn hơn hay tăng thêm là do bạn bè tặng cho; bố mẹ có của nhưng không có di chúc, cũng không trăng trối lại... nên không thể kê khai. Chúng tôi cho rằng, bạn bè, người thân tặng cho; của cải bố mẹ để lại (nếu không có di chúc thì sẽ được Tòa án xử lý theo pháp luật) đều là tài sản có nguồn gốc (nguồn gốc là được tặng cho, nguồn gốc là được chia thừa kế). Chỉ có TS, TN “mờ ám” hoặc là tham nhũng, hoặc là được trả công để làm việc phi pháp... thì mới không dám kê khai.

Do vậy, hai phương án Dự thảo Luật đưa ra nói trên đều không khả thi, nếu không muốn nói là kỳ lạ. Kỳ lạ vì, cả hai phương án đều nghiêm nhiên thừa nhận “sự ăn chia” giữa Nhà nước và kẻ tham nhũng. Sao lại có sự thỏa thuận trở trêu như vậy? Do quản lý yếu kém mà Nhà nước mất tài sản, rồi Nhà nước lại đặt ra một thứ thuế ở cả hai phương án để lấy lại một phần tài sản đã mất (45% ở phương án 2). Trong công tác thuế, Nhà nước vẫn có chủ trương “nuôi dưỡng nguồn thu”, không lẽ lại “nuôi dưỡng tham nhũng” để tăng thu?

Chúng ta có thể tham khảo cách làm (kinh nghiệm) của một số nước đã và đang xử lý việc này<sup>3</sup>:

- Ở Liên bang Nga, khi những công chức và những người có liên quan không đưa

(Xem tiếp trang 64)

2 Dẫn từ Công thông tin Bộ Tư pháp, ngày 8/4/2016.

3 Thư viện Quốc hội, Xử lý hành vi làm giàu bất chính theo Công ước của Liên hiệp quốc; tài liệu tham khảo; Hà Nội, tháng 5/2018.

## HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ CƯỜNG CHẾ THU HỒI ĐẤT VÌ MỤC ĐÍCH QUỐC PHÒNG, AN NINH, PHÁT TRIỂN KINH TẾ - XÃ HỘI Ở VIỆT NAM

**Phan Trung Hiền\***  
**Huỳnh Thanh Toàn\*\***

\* PGS.TS. Phó trưởng Khoa Luật, Trường Đại học Cần Thơ.

\*\* Công an huyện Châu Thành, Đồng Tháp.

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* thu hồi đất, cưỡng chế thu hồi đất, thủ tục thực hiện cưỡng chế thu hồi đất

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 05/08/2017

Biên tập : 10/04/2018

Duyệt bài : 17/04/2018

### Article Information:

*Keywords:* land acquisition; enforcement of land acquisition; procedures of land acquisition enforcement

*Article History:*

Received : 05 Aug. 2017

Edited : 10 Apr. 2018

Approved : 17 Apr. 2018

Hiến pháp năm 2013 là Hiến pháp đầu tiên ghi nhận cơ sở hiến định về các trường hợp thu hồi đất vì mục đích quốc phòng, an ninh, phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng ở nước ta<sup>1</sup>. Luật Đất đai

### Tóm tắt:

Khi thu hồi đất, mục tiêu của Nhà nước là phải bảo đảm hài hoà lợi ích của Nhà nước, của người sử dụng đất và của nhà đầu tư. Tuy nhiên, hiện nay vẫn có những trường hợp chưa đạt được cả ba mục tiêu này, dẫn đến việc phát sinh những bất đồng từ phía người có đất bị thu hồi với Nhà nước và với người dân. Để đạt được mục tiêu nêu trên, đồng thời hạn chế những bất đồng của đối tượng bị thu hồi đất, cần tiếp tục hoàn thiện pháp luật về đất đai.

### Abstract

Once land acquisition is made, the principle for the government is to ensure the harmonization of the interests and benefits among the government, land users and investors. However, there are cases of land acquisition where the principle of interest harmonization is not complied with, which leads to disagreements and conflicts between with the government and land users. In order to achieve the above objectives, while limiting disagreements among land users, it is necessary to continue the reviews and improvements of legal regulations on land administration.

năm 2013 là văn bản luật đầu tiên ghi nhận tương đối chi tiết nguyên tắc, điều kiện, thẩm quyền, trình tự, thủ tục để tiến hành cưỡng chế cho các trường hợp thu hồi đất (THĐ) vừa nêu. Trên thực tế, khi THĐ thì mục tiêu

1 TS. Phan Trung Hiền, Những điều cần biết về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi nhà nước thu hồi đất, Nxb. Chính trị quốc gia, 2014, tr 40.

của Nhà nước là phải bảo đảm hài hoà lợi ích của Nhà nước, của người sử dụng đất và của nhà đầu tư. Tuy nhiên, hiện nay vẫn có những trường hợp chưa đạt được cả ba mục tiêu này, dẫn đến việc phát sinh những bất đồng từ phía người có đất bị thu hồi với Nhà nước và với người dân. Trong đó, có những trường hợp hộ gia đình, cá nhân, tổ chức không chấp hành quyết định THĐ của cơ quan nhà nước. Để thực hiện chính sách về đất đai trong các trường hợp này, các cơ quan chức năng tiến hành áp dụng một số biện pháp từ vận động, thuyết phục đến cưỡng chế THĐ.

### 1. Khái niệm cưỡng chế thu hồi đất

“Cưỡng chế” theo Từ điển tiếng Việt là “bắt phải tuân theo bằng sức mạnh quyền lực”<sup>2</sup> hoặc “dùng quyền lực nhà nước bắt phải tuân theo”<sup>3</sup>. Các quy định về cưỡng chế thực hiện quyết định THĐ (gọi tắt là cưỡng chế THĐ) đã có trong pháp luật nước ta từ rất sớm<sup>4</sup>. Tuy nhiên, cho đến nay không có văn bản quy phạm pháp luật nào giải thích cụ thể khái niệm cưỡng chế THĐ. Về phương diện khoa học luật, cưỡng chế THĐ là loại cưỡng chế hành chính. Đây là hoạt động của cơ quan chức năng tiến hành khi có quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền; là biện pháp bắt buộc của cơ quan nhà nước áp dụng đối với người có đất bị thu hồi mà không chấp hành quyết định THĐ. Mục đích của việc cưỡng chế này là nhằm buộc họ phải thực hiện quyết định THĐ. Nói cách khác, cưỡng chế THĐ là biện pháp pháp lý nhằm đảm bảo hiệu lực chấm dứt một quan hệ pháp luật về đất đai.

Điều 16 Luật Đất đai năm 2013 quy định ba trường hợp Nhà nước quyết định THĐ. Tuy nhiên, trên thực tế, trường hợp gây nhiều bất đồng, phát sinh khiếu nại,

khấu kiện và dễ dẫn đến phải áp dụng biện pháp cưỡng chế THĐ là trường hợp: “THĐ vì mục đích quốc phòng, an ninh; phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng”. Thực tế cho thấy, trong điều kiện kinh tế thị trường, quyền sử dụng đất được xem như là một tài sản, một loại hàng hóa đặc biệt. Khi Nhà nước THĐ từ người sử dụng đất thì bản chất “tài sản”, “hàng hóa” của quyền sử dụng đất cũng không thay đổi. Bản thân đất đai là tư liệu sản xuất đặc biệt quan trọng, có liên quan đến đời sống và các hoạt động sản xuất kinh doanh nên đất đai phải được lưu chuyển linh hoạt, thường xuyên theo nhu cầu xã hội. THĐ chính là một công cụ đặc biệt có thể giúp Nhà nước thực hiện điều này<sup>5</sup>.

### 2. Đặc điểm của cưỡng chế thu hồi đất

Căn cứ vào chủ thể áp dụng, trường hợp áp dụng và mục đích áp dụng, có thể kết luận rằng, cưỡng chế THĐ là một dạng cưỡng chế hành chính, nó có các đặc điểm sau:

*Thứ nhất, quyết định cưỡng chế THĐ là một quyết định hành chính cá biệt.* Quyết định THĐ là một giai đoạn bắt buộc phải có trong hoạt động THĐ, bởi đó chính là cơ sở để thực hiện việc bồi thường, hỗ trợ, tái định cư sau này cho người có đất bị thu hồi. Còn quyết định cưỡng chế THĐ không phải một giai đoạn bắt buộc phải có trong THĐ. Thật vậy, nếu người có đất bị thu hồi chấp hành quyết định THĐ thì không có sự xuất hiện của quyết định hành chính cá biệt này. Quyết định cưỡng chế THĐ có đầy đủ đặc điểm của quyết định hành chính cá biệt là: để giải quyết các vụ việc cá biệt - cụ thể, chỉ có hiệu lực đối với đối tượng cụ thể và chỉ được áp dụng một lần<sup>6</sup>.

2 Nguyễn Như Ý (chủ biên), Đại từ điển tiếng Việt, Nxb. Văn hóa - thông tin, 1999, tr 499.

3 GS. Hoàng Khê (chủ biên), Từ điển tiếng Việt, Nxb. Hồng Đức, 2016, tr 294.

4 Xem Điều 37 Nghị định số 22 ngày 24/4/1998 về việc đền bù thiệt hại khi Nhà nước THĐ để sử dụng vào mục đích quốc phòng, an ninh, lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng.

5 Xem Lưu Quốc Thái, Bản chất, vai trò của hoạt động THĐ trong điều kiện kinh tế thị trường, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 15(295), Kỳ 1 - Tháng 8/2015.

6 Xem PGS,TS. Nguyễn Cửu Việt, Giáo trình Luật hành chính Việt Nam, Nxb. Chính trị quốc gia, H., 2013, tr 430.

*Thứ hai, cưỡng chế THĐ do Chủ tịch UBND cấp huyện quyết định áp dụng theo một trình tự, thủ tục chặt chẽ.* Cưỡng chế THĐ là một dạng cưỡng chế hành chính nên phải do cơ quan hành chính nhà nước thực hiện. Điểm đặc biệt của Luật Đất đai năm 2013 và các văn bản hướng dẫn thi hành là chỉ có Chủ tịch UBND cấp huyện mới có thẩm quyền ban hành quyết định cưỡng chế thực hiện quyết định THĐ và tổ chức thực hiện quyết định cưỡng chế<sup>7</sup>. Chính điểm đặc biệt này đã dẫn đến không ít khó khăn cho các địa phương khi áp dụng biện pháp cưỡng chế trong một số trường hợp quan trọng, đặc biệt.

*Thứ ba, cưỡng chế THĐ được áp dụng đối với các đối tượng có hành vi không tuân thủ các quyết định hành chính của cơ quan nhà nước có thẩm quyền mà cụ thể là quyết định THĐ.* Ở đây, điểm khác nhau có tính mâu thuẫn là: cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt hành chính là cưỡng chế một hành vi vi phạm pháp luật, đã có kết luận của các chủ thể có thẩm quyền. Trong khi đó, cưỡng chế THĐ là việc cưỡng chế một hành vi trái với quyết định của chủ thể có thẩm quyền; tuy nhiên, vẫn chưa có đủ cơ sở để kết luận hành vi ấy có vi phạm pháp luật hay không. Chính vì vậy, cưỡng chế THĐ không cần phải ban hành quyết định xử phạt trước khi ra quyết định và tiến hành cưỡng chế<sup>8</sup>.

Mặt khác, do tính chất đặc thù của hoạt động THĐ, pháp luật quy định theo hướng “THĐ trước, giải quyết khiếu nại sau”, cụ thể như sau: “Trong khi chưa có quyết định giải quyết khiếu nại thì vẫn phải tiếp tục thực hiện quyết định THĐ, quyết định cưỡng chế THĐ”<sup>9</sup>. Tiếp đó, “trường hợp cơ quan nhà nước có thẩm quyền giải quyết khiếu nại có kết luận việc THĐ là trái pháp luật thì phải

dừng cưỡng chế nếu việc cưỡng chế chưa hoàn thành; hủy bỏ quyết định THĐ đã ban hành và bồi thường thiệt hại do quyết định THĐ gây ra (nếu có)”<sup>10</sup>. Chính đặc tính này làm cho việc cưỡng chế THĐ gặp nhiều khó khăn hơn bất kỳ loại cưỡng chế nào khác. Đa số các loại cưỡng chế trong pháp luật Việt Nam như: cưỡng chế thi hành án dân sự, cưỡng chế kỷ luật... đều là những cưỡng chế đã có phán quyết về tính pháp lý của hành vi vi phạm pháp luật trước đó nên cơ sở của việc cưỡng chế là rõ ràng và không còn lý do gì để bàn cãi.

*Thứ tư, cưỡng chế THĐ không chỉ nhằm bảo đảm thực hiện, bảo vệ các quy phạm của ngành luật đất đai mà còn bảo đảm thực hiện và bảo vệ các quy phạm của các ngành luật khác.* Luật đất đai là ngành luật đặc biệt trong hệ thống pháp luật Việt Nam, vì nó vừa có yếu tố mang bản chất hành chính vừa có yếu tố mang bản chất dân sự. Chẳng hạn, THĐ là một quyết định hành chính với phương pháp điều chỉnh là mệnh lệnh, quyền uy, phục tùng, thì quyết định bồi thường, hỗ trợ, tái định cư ít nhiều thể hiện yếu tố dân sự. Bản thân thuật ngữ “bồi thường” đã ít nhiều thể hiện yếu tố dân sự - yếu tố của bình đẳng và thỏa thuận<sup>11</sup>. Mặt khác, THĐ để phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng còn liên quan đến một số ngành luật như: hành chính, đầu tư, xây dựng; doanh nghiệp... Vì thế, THĐ và cưỡng chế THĐ không chỉ liên quan đến ngành luật đất đai mà còn liên quan đến nhiều ngành luật khác trong hệ thống pháp luật Việt Nam ở nhiều lĩnh vực khác như dân sự, kinh tế, hành chính,...

*Thứ năm, đối tượng cưỡng chế không phải chịu chi phí thực hiện cưỡng chế mà*

7 Khoản 3 Điều 71 Luật Đất đai năm 2013.

8 Xem TS. Phan Trung Hiền, Những điều cần biết về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi nhà nước THĐ, sdd.

9 Khoản 6 Điều 17 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP.

10 Khoản 6 Điều 17 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP.

11 Phan Trung Hiền, Hoàn thiện pháp luật về THĐ, bồi thường, hỗ trợ tái định cư trong giai đoạn hiện nay,

Công Thông tin điện tử Viện Nghiên cứu lập pháp, [http://vnclp.gov.vn/ct/cms/tintuc/Lists/CacDuAnLuat/View\\_detail.aspx?ItemID=173](http://vnclp.gov.vn/ct/cms/tintuc/Lists/CacDuAnLuat/View_detail.aspx?ItemID=173) [truy cập ngày 17-01-2013].

tính vào vốn dự án hoặc ứng trước từ Tổ chức phát triển quỹ đất. Đây cũng là điểm phân biệt giữa cưỡng chế THĐ theo quy hoạch và các hình thức cưỡng chế hành chính khác<sup>12</sup>.

*Thứ sáu, cưỡng chế thực hiện quyết định THĐ chỉ được áp dụng khi xét thấy cần thiết và phải bảo đảm hiệu quả thiết thực khi quyết định áp dụng.* Đặc điểm này thể hiện rõ nét trong cả ba góc độ: khoa học quản lý; chủ trương, chính sách, pháp luật của Đảng, Nhà nước về đất đai và thực tiễn áp dụng pháp luật cưỡng chế THĐ. Điều này đòi hỏi các cơ quan có thẩm quyền phải có hướng dẫn về nghiệp vụ những yếu tố cần và đủ khi ban hành và tổ chức thực hiện quyết định cưỡng chế THĐ.

### 3. Thực trạng pháp luật về cưỡng chế thu hồi đất ở Việt Nam

Luật Đất đai năm 2013 quy định cụ thể về trình tự, thủ tục thực hiện cưỡng chế THĐ bao gồm ba bước sau đây:

*Bước 1:* Trước khi tiến hành cưỡng chế, Chủ tịch UBND cấp huyện quyết định thành lập Ban thực hiện cưỡng chế<sup>13</sup>.

*Bước 2:* Ban thực hiện cưỡng chế vận động, thuyết phục, đối thoại với người bị cưỡng chế; nếu người bị cưỡng chế chấp hành thì Ban thực hiện cưỡng chế lập biên bản ghi nhận sự chấp hành. Việc bàn giao đất được thực hiện chậm nhất sau 30 ngày kể từ ngày lập biên bản. Trường hợp người bị cưỡng chế không chấp hành quyết định cưỡng chế thì Ban thực hiện cưỡng chế tổ chức thực hiện cưỡng chế<sup>14</sup>.

*Bước 3:* Ban thực hiện cưỡng chế có quyền buộc người bị cưỡng chế và những người có liên quan phải ra khỏi khu đất cưỡng

chế, tự chuyển tài sản ra khỏi khu đất cưỡng chế; nếu không thực hiện thì Ban thực hiện cưỡng chế có trách nhiệm di chuyển người bị cưỡng chế và người có liên quan cùng tài sản ra khỏi khu đất cưỡng chế. Trường hợp người bị cưỡng chế từ chối nhận tài sản thì Ban thực hiện cưỡng chế phải lập biên bản, tổ chức thực hiện bảo quản tài sản theo quy định của pháp luật và thông báo cho người có tài sản nhận lại tài sản<sup>15</sup>.

#### 3.1 Vấn đề thành lập Ban cưỡng chế

Trước đây, Luật Đất đai năm 2003 và các văn bản hướng dẫn thi hành không quy định về thành phần tham gia cưỡng chế nên các địa phương thường phải vận dụng các quy định về cưỡng chế xử phạt hành chính để vận dụng trong trường hợp này. Tuy nhiên, cách áp dụng này không có cơ sở pháp lý hoàn chỉnh vì vậy phát sinh một số bất cập. Ví dụ, một số địa phương bố trí lực lượng quân sự tỉnh, huyện tham gia quá trình cưỡng chế mặc dù văn bản về cưỡng chế THĐ không quy định điều này<sup>16</sup>. Để khắc phục tình trạng đó, Nghị định số 43/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 của Chính phủ quy định cụ thể thành phần Ban thực hiện cưỡng chế THĐ gồm:

- Chủ tịch hoặc Phó Chủ tịch UBND cấp huyện là Trưởng ban<sup>17</sup>.

- Các thành viên gồm đại diện các cơ quan tài chính, tài nguyên và môi trường, thanh tra, tư pháp, xây dựng cấp huyện; Mặt trận Tổ quốc cấp xã; tổ chức làm nhiệm vụ bồi thường giải phóng mặt bằng, UBND cấp xã nơi có đất và một số thành viên khác do Chủ tịch UBND cấp huyện quyết định<sup>18</sup>.

Có hai vấn đề đáng lưu ý đối với quy định nêu trên:

12 Xem TS. Phan Trung Hiền, Những điều cần biết về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi nhà nước THĐ, sdd.

13 Điểm a khoản 1 Điều 70 Luật Đất đai năm 2013.

14 Điểm b khoản 1 Điều 70 Luật Đất đai năm 2013.

15 Điểm c khoản 1 Điều 70 Luật Đất đai năm 2013.

16 Xem TS. Phan Trung Hiền, Những điều cần biết về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi nhà nước thu hồi đất, sdd.

17 Điểm a khoản 3 Điều 17 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP.

18 Điểm b khoản 3 Điều 17 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP.

Một là, về mặt ngôn ngữ, thuật ngữ “thành viên” là chưa phù hợp, ở đây phải dùng cụm “ủy viên”. Trên thực tế, các quyết định cưỡng chế của địa phương đều xác định các cơ quan theo quy định là ủy viên; còn thành viên khác thì sử dụng cụm từ mời cơ quan, tổ chức, đoàn thể... làm thành viên. Một số ủy viên khác thông thường là các tổ chức chính trị - xã hội cấp huyện; cơ quan y tế; công ty thi công công trình, san lấp mặt bằng, các tổ chức dịch vụ cải táng... Ngoài ra, để bảo đảm yếu tố công khai, dân chủ, khách quan, ở một số địa phương còn vận dụng linh hoạt quy định thành lập Ban thực hiện cưỡng chế như khi thực hiện cưỡng chế THĐ, Ban thực hiện cưỡng chế mời thêm một số thành phần khác để chứng kiến như: (i) đại diện các Hội, đoàn thể mà người bị cưỡng chế là thành viên của Hội, đoàn thể đó; (ii) Tổ trưởng tổ dân phố hoặc trưởng khu vực (khóm, ấp, thôn, buôn...) nơi có đất thu hồi; (iii) hai người làm chứng do Ủy ban Mặt trận Tổ quốc cấp xã giới thiệu. Người làm chứng phải có đủ năng lực hành vi dân sự, không liên quan trực tiếp đến đất đai, tài sản cưỡng chế<sup>19</sup>.

Hai là, mặc dù Luật Đất đai năm 2013 quy định: “Chủ tịch UBND cấp huyện ban hành quyết định cưỡng chế và tổ chức thực hiện quyết định cưỡng chế”<sup>20</sup>, nhưng Nghị định của Chính phủ lại cho phép Chủ tịch hoặc Phó Chủ tịch UBND cấp huyện là Trưởng ban. Do vậy, trên thực tiễn, hầu hết việc tổ chức thực hiện quyết định cưỡng chế thuộc về Phó Chủ tịch UBND cấp huyện với vai trò Trưởng ban<sup>21</sup>.

Ba là, ngoài thành phần của Ban thực

hiện cưỡng chế thì “lực lượng Công an căn cứ vào phương án cưỡng chế THĐ để xây dựng kế hoạch bảo vệ trật tự, an toàn trong quá trình tổ chức thi hành quyết định cưỡng chế THĐ”<sup>22</sup>. Theo quy định này thì Công an phải xây dựng kế hoạch và phân công bố trí lực lượng thực hiện. Quy định này trên thực tế dễ gây nhầm lẫn cho rằng, lực lượng Công an là thành phần cưỡng chế. Lực lượng Công an chỉ là lực lượng bảo vệ trật tự, an toàn trong quá trình tổ chức thi hành quyết định cưỡng chế THĐ chứ không phải là thành phần Ban thực hiện cưỡng chế.

Bốn là, vấn đề hiện nay các địa phương quan tâm không phải là lực lượng Công an mà là lực lượng Quân đội có được tham gia trong quá trình tổ chức thi hành quyết định cưỡng chế THĐ hay không. Hiện có hai nhóm quan điểm như sau:

Quan điểm thứ nhất, không cho phép lực lượng quân đội tham gia bởi vì Luật Đất đai năm 2013 và các văn bản hướng dẫn thi hành đều không quy định. Ngoài ra, chức năng của “Quân đội là lực lượng chiến đấu và sẵn sàng chiến đấu, dùng để đánh giặc”.

Quan điểm thứ hai, cho phép lực lượng quân đội tham gia bởi lẽ: sự đoàn kết, phối hợp hiệp đồng giữa công an nhân dân và quân đội nhân dân là vấn đề có tính quy luật để thực hiện thành công nhiệm vụ xây dựng và bảo vệ Tổ quốc<sup>23</sup>. Đồng thời, phương châm thực hiện nhiệm vụ quốc phòng, an ninh trong tình hình hiện nay “chủ động phòng ngừa; kịp thời phát hiện; tích cực đấu tranh, ngăn chặn; kiên quyết xử lý; không để bị động, bất ngờ trong mọi tình huống”<sup>24</sup>.

19 Xem khoản 3 Điều 24 Quyết định số 40/2016/QĐ-UBND ngày 01/12/2016 của UBND tỉnh Đắk Lắk ban hành quy định cơ chế phối hợp của các cơ quan, đơn vị trong việc thực hiện THĐ, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư; kiểm đếm bắt buộc, cưỡng chế thực hiện quyết định kiểm đếm bắt buộc và cưỡng chế thực hiện quyết định THĐ trên địa bàn tỉnh Đắk Lắk.

20 Khoản 3, Điều 70 Luật Đất đai năm 2013.

21 Điểm a khoản 3 Điều 17 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP.

22 Khoản 4 Điều 17 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP.

23 Xem Đặng Văn Hiếu, Tiếp tục phát huy truyền thống đoàn kết, phối hợp chặt chẽ giữa CAND và QĐND trong sự nghiệp xây dựng và bảo vệ Tổ quốc, Tạp chí Công an nhân dân, Tháng 12/2014, tr 4.

24 Phùng Quang Thanh, Phát huy mối quan hệ phối hợp truyền thống giữa Quân đội và Công an trong sự nghiệp xây dựng và bảo vệ Tổ quốc hiện nay, Tạp chí Công an nhân dân, Tháng 8/2015, tr 22 - 27.

Cả hai quan điểm trên đều có lập luận riêng dựa trên kinh nghiệm tổng kết, đánh giá của từng địa phương. Thực tiễn cho thấy, quân đội nhân dân không nhất thiết phải có mặt trong mọi trường hợp cưỡng chế mà chỉ cần thiết huy động tham gia trong những trường hợp cưỡng chế đặc biệt hoặc khi xét thấy cần thiết.

Hiện nay, Luật Đất đai năm 2013 và các văn bản hướng dẫn thi hành không quy định vấn đề này nên các địa phương áp dụng chưa nhất quán, thiết nghĩ cần có văn bản quy phạm pháp luật quy định cụ thể trường hợp nào cho phép huy động lực lượng bảo đảm nhiệm vụ quốc phòng, an ninh trong quá trình thực hiện quyết định cưỡng chế THĐ; căn cứ, điều kiện huy động lực lượng; quy trình tiến hành; thẩm quyền phân công, điều động; phân công trách nhiệm thực hiện cụ thể của từng lực lượng...

### 3.2 Vấn đề vận động, thuyết phục trước khi tiến hành cưỡng chế

*Thứ nhất*, một trong những điều kiện để tiến hành cưỡng chế thực hiện quyết định THĐ là: “người có đất thu hồi không chấp hành quyết định THĐ sau khi UBND cấp xã, Ủy ban Mặt trận Tổ quốc cấp xã nơi có đất thu hồi và tổ chức làm nhiệm vụ bồi thường, giải phóng mặt bằng đã vận động, thuyết phục”<sup>25</sup>. Như vậy, cưỡng chế thực hiện quyết định THĐ theo Luật Đất đai năm 2013 không đòi hỏi phải “rà soát” đủ các điều kiện về trình tự, thủ tục như văn bản hướng dẫn thi hành Luật Đất đai năm 2003. Do vậy, trách nhiệm của người ra quyết định cưỡng chế THĐ hiện nay chỉ tập trung vào khâu tổ chức vận động, thuyết phục, ra quyết định cưỡng chế và thực hiện quyết định cưỡng chế theo đúng quy định<sup>26</sup>. Mặt khác, trong quản lý nhà nước phải kết hợp giữa thuyết phục và cưỡng chế theo phương châm lấy thuyết phục là chính. Cùng với

việc nâng cao mức sống của nhân dân, cần nâng cao ý thức pháp luật và văn hóa dẫn đến việc thu hẹp môi trường áp dụng các biện pháp cưỡng chế. Cưỡng chế nhà nước cũng vì vậy được thay thế dần bằng những biện pháp tác động xã hội<sup>27</sup>. Mặc dù Luật Đất đai năm 2013 quy định công tác vận động, thuyết phục là một trong những điều kiện để tiến hành cưỡng chế thực hiện quyết định THĐ, tuy nhiên, đến nay vẫn chưa có văn bản quy phạm pháp luật nào hướng dẫn về công tác vận động, thuyết phục người có đất bị thu hồi. Thực tiễn áp dụng công tác vận động, thuyết phục người có đất bị thu hồi gặp không ít những khó khăn trong việc xử lý tình huống xảy ra trong quá trình vận động, thuyết phục. Không ít địa phương xem trọng công tác cưỡng chế THĐ hơn là công tác vận động, thuyết phục để người có đất bị thu hồi tự nguyện giao đất. Do đó, nhiều quyết định cưỡng chế ban hành không cần thiết, thậm chí có trường hợp gây phát sinh phức tạp, ảnh hưởng đến tình hình an ninh, trật tự ở địa phương.

Để công tác vận động, thuyết phục có hiệu quả, trước khi quyết định cưỡng chế, đối với từng trường hợp cụ thể, chính quyền địa phương cần quan tâm thực hiện tốt quy chế dân chủ ở cơ sở. Cần ghi nhận ý kiến của người dân về trường hợp cần cưỡng chế, xem xét những ý kiến đóng góp đó để quyết định nên hay không nên tiến hành cưỡng chế. Khi thực hiện tốt quy chế dân chủ ở cơ sở thì việc quyết định cưỡng chế sẽ không còn là ý chí chủ quan của Nhà nước mà vụ cưỡng chế sẽ xuất phát từ nhu cầu thực tiễn đặt ra, xuất phát từ ý chí, nguyện vọng chính đáng của đa số người dân. Hơn nữa, điều này còn tạo được sự đồng thuận trong cộng đồng dân cư, từ đó tạo ra dư luận tích cực, khuyến khích, động viên người dân tự nguyện giao đất.

25 Khoản 2 Điều 71 Luật Đất đai năm 2013.

26 Xem TS. Phan Trung Hiền, Những điều cần biết về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi nhà nước thu hồi đất, sdd.

27 PGS, TS. Nguyễn Cửu Việt, Giáo trình Luật hành chính Việt Nam, sdd.



### 3.3 Vấn đề thời điểm tiến hành cưỡng chế

Một trong những điểm cần tính toán và thận trọng là việc quyết định thời điểm bắt đầu tiến hành cưỡng chế. Luật Đất đai năm 2013 quy định nguyên tắc thứ hai trong cưỡng chế là: “Thời điểm bắt đầu tiến hành cưỡng chế được thực hiện trong giờ hành chính”<sup>28</sup>. Tuy nhiên, trong lĩnh vực cưỡng chế THĐ, chưa có văn bản hướng dẫn về việc không tiến hành cưỡng chế vào các ngày nghỉ lễ, tết, các dịp tổ chức sự kiện trọng đại của đất nước hoặc quan trọng ở địa phương. Do vậy, cần phải có văn bản hướng dẫn về vấn đề này cũng như tránh tiến hành cưỡng chế vào thời điểm nói trên và thời điểm gia đình người bị cưỡng chế tổ chức hũu sự, hỷ sự. Cưỡng chế trong thời điểm này dễ làm ảnh hưởng đến uy tín, tâm lý của người bị cưỡng chế, từ đó dễ dẫn đến khả năng chống đối quyết liệt.

### 3.4 Vấn đề thu âm, ghi hình trong quá trình cưỡng chế

Trong quá trình tiến hành cưỡng chế, cần bảo đảm quyền kiểm tra, giám sát trực tiếp của người dân và cơ quan báo chí. Để hạn chế tình trạng lạm quyền của tổ chức, cá nhân có thẩm quyền thì biện pháp giám sát trực tiếp của công dân và phản ánh của báo chí là rất quan trọng. Luật Đất đai năm 2013 không trực tiếp quy định về quyền phỏng vấn, ghi âm, quay phim, chụp ảnh trong cưỡng chế thực hiện quyết định THĐ. Nhưng đây là quyền của nhà báo để hoạt động tác nghiệp; quyền giám sát của công dân đối với việc thực thi công vụ của cơ quan, cá nhân có thẩm quyền.

Theo quy định của Nghị định số

66/2017/NĐ-CP ngày 19/5/2017 của Chính phủ *Về điều kiện kinh doanh thiết bị, phần mềm nguy trang dùng để ghi âm, ghi hình, định vị* (Nghị định số 66/2017/NĐ-CP), phạm vi điều chỉnh của Nghị định này là: “quy định điều kiện về an ninh trật tự, công tác quản lý nhà nước, trách nhiệm của tổ chức, cá nhân có liên quan và biện pháp thi hành đối với hoạt động kinh doanh thiết bị, phần mềm nguy trang dùng để ghi âm, ghi hình, định vị”<sup>29</sup>. Từ quy định này cho thấy, Nghị định số 66/2017/NĐ-CP không điều chỉnh hoạt động tác nghiệp của nhà báo hay ghi nhận của người dân phản ánh xã hội. Nhà báo hay người dân hoàn toàn có thể sử dụng máy quay phim, chụp ảnh, ghi âm thông thường để tác nghiệp<sup>30</sup>. Bên cạnh đó, khu đất cưỡng chế không phải là khu vực cấm, địa điểm cấm<sup>31</sup> nên khi những người liên quan đứng ngoài khu vực cưỡng chế tiến hành phỏng vấn, ghi âm, quay phim, chụp ảnh thì Ban thực hiện cưỡng chế không thể ngăn cấm được. Tuy nhiên, vấn đề cần lưu ý là không tạo điều kiện để các thế lực thù địch, phản động lợi dụng để tiến hành các hoạt động chống phá Đảng, Nhà nước ta.

### 3.5 Xử lý, bảo quản tài sản sau cưỡng chế

Một trong những vấn đề cần lưu ý là việc xử lý tài sản cho người có đất bị thu hồi sau cưỡng chế. Xét cho cùng, người bị cưỡng chế chỉ vì lợi ích mà họ không chấp hành quyết định THĐ. Chính vì thế, với tính chất nhân đạo của Nhà nước ta thì cho dù họ có là người vi phạm hay không vi phạm đi nữa cũng đều phải bảo đảm tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm và tài sản của họ. Hiện nay, pháp luật đất đai và các văn

28 Điểm b, khoản 1, Điều 70 Luật Đất đai năm 2013.

29 Xem khoản 2 Điều 1 Nghị định số 66/2017/NĐ-CP ngày 19/5/2017 của Chính phủ quy định điều kiện kinh doanh thiết bị, phần mềm nguy trang dùng để ghi âm, ghi hình, định vị.

30 Xem Nguyễn Hương: Không cấm nhà báo, người dân dùng thiết bị thông thường để quay phim, chụp ảnh, Công an nhân dân, <http://cand.com.vn/Su-kien-Binh-luan-thoi-su/Du-thao-Nghi-dinh-quy-dinh-dieu-kien-kinh-doanh-thiet-bi-phan-mem-nguy-trang-dung-de-ghi-am-ghi-hinh-dinh-vi-436659/> [truy cập ngày 13/4/2017].

31 Xem Điều 2 Quyết định số 160/2004/QĐ-TTg ngày 06/9/2004 của Thủ tướng Chính phủ quy định về việc xác định khu vực cấm, địa điểm cấm.

bản hướng dẫn thi hành có quy định Ủy ban nhân dân cấp xã chịu trách nhiệm bảo quản tài sản sau cưỡng chế và chi phí bảo quản do người bị cưỡng chế chịu<sup>32</sup>. Tuy nhiên, tất cả các văn bản pháp luật không quy định thời hạn giữ tài sản là bao lâu. Thực tế cho thấy, sau thời gian giữ và không sử dụng, tài sản bị hư hỏng, giảm hoặc mất công năng sử dụng. Theo thời gian, có những trường hợp chi phí giữ có giá trị lớn hơn giá trị thật của tài sản. Điều này không chỉ gây lãng phí mà còn gây khó khăn cho UBND cấp xã.

Xét về bản chất của đối tượng cưỡng chế thì tài sản của người bị cưỡng chế thi hành án dân sự và cưỡng chế xử phạt vi phạm hành chính với tài sản của người bị cưỡng chế thực hiện quyết định THĐ là hoàn toàn khác nhau. Trong khi tài sản của người bị cưỡng chế thi hành án dân sự và cưỡng chế xử phạt vi phạm hành chính là đối tượng chính của cưỡng chế, cơ quan chức năng bắt buộc tiến hành kê biên tài sản mục đích nhằm bảo đảm nghĩa vụ tài chính của người bị cưỡng chế. Còn tài sản của người bị cưỡng chế thực hiện quyết định THĐ không phải là đối tượng chính của cưỡng chế mà chỉ là những tài sản nằm trong phạm vi khu đất cưỡng chế. Tuy nhiên, về bản chất giữ giữ đều nhằm bảo quản tài sản trong thời hạn chờ chủ sở hữu nhận lại tài sản. Chính vì vậy, về mặt logic, có thể vận dụng các quy định pháp luật về thi hành án dân sự..., tuy nhiên, về phương diện pháp lý, cần phải có văn bản hướng dẫn thi hành để đảm bảo thống nhất trong nhận thức và áp dụng.

#### 4. Một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật về cưỡng chế thu hồi đất

Thực tiễn cho thấy, số vụ phải áp dụng biện pháp cưỡng chế thực hiện quyết định THĐ chiếm tỷ lệ không lớn so với tổng số quyết định THĐ. Tuy nhiên, mỗi vụ cưỡng chế luôn tiềm ẩn nguy cơ chống đối cao vì

đây là đặc điểm phổ biến của vụ việc cưỡng chế, hành vi chống đối diễn ra rất đa dạng và đều có sự chuẩn bị từ trước, thậm chí là chuẩn bị rất chu đáo<sup>33</sup>. Chính vì vậy, trong suốt quá trình cưỡng chế từ khâu chuẩn bị đến khi tiến hành và giải quyết các vấn đề pháp lý phát sinh sau cưỡng chế, cần phải có sự chỉ đạo tập trung, thống nhất trong quá trình cưỡng chế thực hiện quyết định THĐ trong trường hợp đặc biệt, quan trọng. Hiện nay, việc phát triển kinh tế - xã hội của địa phương phải gắn bó chặt chẽ với nhiệm vụ quốc phòng, an ninh. Vì vậy, cưỡng chế trong những trường hợp đặc biệt, quan trọng như: địa bàn trọng điểm về quốc phòng, an ninh, khu vực phòng thủ, biên giới... đòi hỏi phải có sự chỉ đạo tập trung, thống nhất từ phía UBND cấp tỉnh. Tuy nhiên, hiện nay Luật Đất đai năm 2013 không quy định Chủ tịch UBND cấp tỉnh có thẩm quyền ban hành và tổ chức thực hiện quyết định cưỡng chế.

Về lâu dài, cần có văn bản quy phạm pháp luật hướng dẫn về nội dung THĐ để tạo điều kiện thuận lợi cho cơ quan chức năng tiến hành cưỡng chế đồng thời bảo đảm quyền và lợi ích chính đáng của người dân. Theo đó, Nhà nước cần bổ sung, sửa đổi những quy định về cưỡng chế thực hiện quyết định THĐ như: (i) quy định cụ thể hơn về nội dung và cách thức thực hiện công tác vận động, thuyết phục người có đất bị thu hồi; (ii) bổ sung quy định định thời điểm tiến hành cưỡng chế; (iii) quy định thời hạn xử lý tài sản trong quá trình tổ chức thực hiện quyết định cưỡng chế thực hiện quyết định THĐ; (iv) quy định về cụ thể về quyền phỏng vấn, ghi âm, quay phim, chụp ảnh trong cưỡng chế thực hiện quyết định THĐ■

32 Khoản 5 Điều 74 Luật Đất đai năm 2013 và khoản 5 Điều 17 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP.

33 Xem Lê Minh Hùng - Phùng Ngọc Hưng, Giải pháp ngăn chặn hành vi chống người thi hành công vụ trong cưỡng chế thi hành án dân sự, Tạp chí Công an nhân dân, Tháng 3/2010, tr 84.

# KHÁI NIỆM “NGƯỜI LAO ĐỘNG NƯỚC NGOÀI” TỪ GÓC ĐỘ LUẬT BẢO HIỂM XÃ HỘI

**Nguyễn Lê Thu\***

\* NCS. Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* người lao động nước ngoài; người nước ngoài; giấy phép lao động; quan hệ lao động; Luật Bảo hiểm xã hội

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 13/03/2018

Biên tập : 05/04/2018

Duyệt bài : 14/04/2018

## Article Infomation:

*Keywords:* foreign workers; foreigners; working permission; working relations; Law of Social Insurance

*Article History:*

Received : 13 Mar. 2018

Edited : 05 Apr. 2018

Approved : 14 Apr. 2018

## Tóm tắt:

Theo quy định của Luật Bảo hiểm xã hội năm 2014, người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam được tham gia bảo hiểm xã hội bắt buộc từ 1/1/2018. Tuy nhiên, việc thực thi điều khoản này gặp nhiều khó khăn trên thực tế. Một trong các nguyên nhân là thiếu quy định rõ ràng về tiêu chí để xác định đối tượng này. Do vậy, bài viết sẽ tập trung phân tích để đưa ra những kiến giải pháp lý nhằm xác định khái niệm “lao động nước ngoài” dưới góc độ của Luật Bảo hiểm xã hội.

## Abstract

Under the provisions of the Law on Social Insurance of 2014, the foreign citizens working in Vietnam shall be subject to the compulsory social insurance from January 1, 2018. However, the enforcement of this provision is facing with obstacles in practice. One of the reasons is the silence of the clear regulations on the criteria for defining this object. This article will focus on analyzing and providing legal recommendations to define the concept of "foreign workers" under the Law of Social Insurance.

Luật Bảo hiểm xã hội (BHXH) năm 2014 ra đời được kỳ vọng sẽ góp phần xây dựng nên một hệ thống BHXH đa dạng và linh hoạt, từ đó mở rộng diện bao phủ và

gia tăng số lượng người tham gia<sup>1</sup>. Ngoài ra, thời gian gần đây, việc xây dựng chính sách BHXH còn chú ý đến khả năng thiết kế một hệ thống BHXH đa tầng<sup>2</sup>. Như vậy có thể

1 Xem thêm Tờ trình số 28/TTr-CP về Dự án Luật BHXH (sửa đổi) ngày 7/2/2014.

2 Xem thêm tại <http://www.nhandan.com.vn/xahoi/bhxh-va-cuoc-song/item/34896202-huong-toi-he-thong-bao-hiem-xa-hoi-da-tang.html>, truy cập ngày 8/3/2018.

thấy rõ mục tiêu của Luật BHXH nói riêng và chính sách BHXH nói chung là hướng đến một mô hình BHXH dễ tiếp cận và hiệu quả hơn. Quan điểm đó đã được thể hiện trong các điều khoản của Luật BHXH, theo đó, người lao động (NLĐ) với các hợp đồng lao động ngắn hạn cũng bắt đầu là đối tượng được tham gia và hưởng BHXH. Theo cùng xu hướng đó, NLĐ nước ngoài cũng được tham gia BHXH bắt buộc kể từ 1/1/2018<sup>3</sup>. Tuy nhiên, việc mở rộng này vẫn gặp khó khăn trên thực tế do khái niệm về NLĐ nước ngoài chưa được làm rõ cả trong Luật BHXH lẫn các văn bản hướng dẫn thi hành. Ngoài ra, giữa các ngành luật khác nhau như Luật Lao động, Luật Nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh và cư trú của người nước ngoài tại Việt Nam (Luật Xuất nhập cảnh - XNC) còn có cách hiểu khác nhau về NLĐ nước ngoài. Do vậy, việc xác định cụ thể khái niệm NLĐ nước ngoài từ góc độ Luật BHXH 2014 là một yêu cầu thiết yếu.

### 1. Các quy định hiện hành về “người lao động nước ngoài”

Từ góc độ pháp lý, việc xác định NLĐ nước ngoài được tham gia/thụ hưởng các chế độ BHXH tại một quốc gia là rất phức tạp. Nguyên nhân thứ nhất là do đối tượng này thường di chuyển qua lại nhiều nơi trong suốt quá trình làm việc của mình, từ đó, đối tượng có thể tham gia/có quyền thụ hưởng từ hệ thống BHXH của nhiều quốc gia. Hơn nữa, trong điều kiện xã hội kết nối như hiện nay, việc một NLĐ tham gia công việc tại hơn một quốc gia không còn hiếm gặp. Như vậy, vấn đề pháp lý đầu tiên đặt ra là tiêu chí nào có thể áp dụng để xác định một NLĐ nước ngoài thuộc hoặc không thuộc đối tượng điều chỉnh của một hệ thống BHXH nhất định. Nguyên nhân thứ

hai là do mức hưởng của các chế độ BHXH được quy định tại nhiều quốc gia, trong đó có Việt Nam, phụ thuộc vào thời gian tham gia BHXH nên nếu không có sự tương tác giữa các hệ thống BHXH thì việc tham gia lao động di trú không có nhiều ý nghĩa. Nói cách khác, việc tích lũy tổng thời gian tham gia BHXH của đối tượng này cần phải được quan tâm nhằm đảm bảo quyền lợi chính đáng của họ trong việc thụ hưởng các chế độ liên quan. Từ thực tế trên, việc mở rộng diện bao phủ của hệ thống BHXH bắt buộc cho lao động nước ngoài (LĐNN) không chỉ dừng lại với các quy định về việc đóng/hưởng của đối tượng này trong phạm vi lãnh thổ Việt Nam. Một hệ thống BHXH thực sự hiệu quả đối với LĐNN chỉ khi nó trở nên linh hoạt và nâng cao được khả năng tương tác với hệ thống BHXH của các quốc gia khác. Yêu cầu trên càng trở nên khó khăn trong hoàn cảnh các quốc gia trên thế giới có hệ thống BHXH vô cùng đa dạng về cả đối tượng thụ hưởng lẫn cách xác định mức thụ hưởng.

Hiện nay, từ góc độ Luật BHXH, “NLĐ nước ngoài” là “công dân nước ngoài làm việc tại Việt Nam có giấy phép lao động, chứng chỉ hành nghề hoặc giấy phép hành nghề do cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam cấp”<sup>4</sup>. Theo quy định này, có hai tiêu chí để xác định LĐNN được tham gia BHXH bắt buộc tại Việt Nam là: (i) công dân nước ngoài và (ii) giấy phép lao động.

#### 1.1 Công dân nước ngoài

Yếu tố đầu tiên Luật BHXH sử dụng để xác định LĐNN là quốc tịch. Cách xác định LĐNN dựa vào tiêu chí quốc tịch đã bỏ lại nhóm người không quốc tịch làm việc tại Việt Nam khỏi hệ thống BHXH. Từ góc độ Luật BHXH, việc loại bỏ này cần phải

3 Luật BHXH 2014, Điều 2.2.

4 Luật BHXH, Điều 2.2.

tính đến tính thống nhất giữa các ngành luật và việc đảm bảo mục tiêu chung của chính sách BHXH. *Thứ nhất*, việc loại bỏ nhóm người không quốc tịch khỏi đối tượng điều chỉnh khiến cho quy định của Luật BHXH có sự sai khác với Luật XNC (ghi nhận người nước ngoài bao gồm cả người mang giấy tờ xác định quốc tịch nước ngoài và người không quốc tịch). *Thứ hai*, việc giới hạn LĐNN chỉ gồm những người có quốc tịch của một quốc gia nhất định sẽ khiến cho người không quốc tịch sinh sống và làm việc hợp pháp tại Việt Nam không thể tham gia BHXH. Việc này đi ngược lại với mục tiêu của chính sách BHXH là nhằm mở rộng đối tượng thụ hưởng. *Thứ ba*, việc loại bỏ nhóm người không quốc tịch khỏi phạm vi điều chỉnh của Luật BHXH dẫn đến nguy cơ quy định này mâu thuẫn với xu thế chung của các văn kiện quốc tế là khuyến khích các quốc gia mở rộng diện bao phủ đến mọi đối tượng yếu thế. Nhiều công ước quốc tế tiếp cận vấn đề quyền an sinh xã hội (mà trong đó quyền về BHXH là trọng tâm) đều kêu gọi các quốc gia thành viên đảm bảo nhóm quyền này cho tất cả mọi người<sup>5</sup>. Vì vậy, việc ghi nhận rõ ràng yếu tố quốc tịch trong việc xác định LĐNN từ góc độ BHXH cần được cân nhắc để tránh gây ra sự mâu thuẫn giữa các ngành luật, dẫn đến trở ngại trong việc thực thi các quy định pháp luật về cùng một đối tượng. Ngoài ra, trong môi trường pháp lý khi Việt Nam tham gia ngày càng tích cực vào các diễn đàn quốc tế, việc cân nhắc và đối chiếu các tiêu chuẩn quốc tế để xây dựng quy định pháp luật cũng là yêu cầu cần thiết để hướng đến hệ thống các quy định minh bạch nói chung và quy định về BHXH dành cho LĐNN nói riêng.

## 1.2 Giấy phép lao động

Ngoài tiêu chí về quốc tịch, Luật BHXH năm 2014 còn sử dụng tiêu chí “có giấy phép lao động, chứng chỉ hành nghề hoặc giấy phép hành nghề do cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam cấp”. Tam lược bỏ một số ngành nghề đặc thù yêu cầu chứng chỉ hành nghề và giấy phép hành nghề, chúng tôi chỉ tập trung vào phân tích quy định về giấy phép lao động.

*Lao động nước ngoài không thuộc diện cấp giấy phép lao động*

Bộ luật Lao động năm 2012 (BLLĐ 2012) quy định chi tiết nhóm LĐNN không thuộc diện cấp giấy phép lao động. Nhưng từ góc độ áp dụng Luật BHXH, quy định này chưa làm rõ rằng liệu đối tượng “không thuộc diện cấp giấy phép lao động” có được coi là (i) LĐNN “miễn việc xét cấp giấy phép lao động” và vẫn được tham gia BHXH bắt buộc hay (ii) đương nhiên bị loại bỏ khỏi đối tượng tham gia BHXH do thiếu giấy phép lao động.

Nếu theo cách hiểu (i), công dân nước ngoài đến làm việc tại Việt Nam không thuộc diện cấp giấy phép lao động được hiểu là được miễn yêu cầu này, và vẫn là đối tượng được tham gia BHXH bắt buộc theo quy định tại Luật BHXH năm 2014. Với cách hiểu này, nhà đầu tư (thành viên góp vốn hoặc chủ sở hữu của công ty trách nhiệm hữu hạn, thành viên Hội đồng quản trị của công ty cổ phần), LĐNN vào làm việc thời gian ngắn (3 tháng), LĐNN vào Việt Nam thực hiện một số công việc chuyên biệt (tư vấn kỹ thuật, nghiên cứu, giảng dạy, luật sư...), thân nhân thành viên cơ quan đại diện nước ngoài tại Việt Nam và người mang hộ chiếu công vụ<sup>6</sup>,... sẽ được coi là LĐNN theo cách dẫn chiếu của Luật BHXH 2014, từ đó,

5 Xem thêm Công ước quốc tế của LHQ về các Quyền Kinh tế, Văn hoá và Xã hội (ICESCR), Điều 9 và Tuyên ngôn Nhân quyền, Điều 22.

6 BLLĐ 2012, Điều 172.4,5 và 6 và Nghị định 11/2016/NĐ-CP, Điều 7.2 (b), (d), (e), (i) và (k).

có thể tham gia các chế độ BHXH bắt buộc. Quy định này sẽ dẫn đến rất nhiều mâu thuẫn nếu đặt trong tổng thể các quan hệ pháp luật BHXH. Như đã nêu, các chế độ BHXH bắt buộc hướng đến mục tiêu tổng quát là bảo vệ sức lao động, từ đó được phân chia thành các chế độ BHXH khác nhau nhằm đảm bảo cho NLĐ có một khoản thu nhập tương đối bù vào thu nhập bị mất đi do những rủi ro xuất phát từ hoạt động lao động. Vì vậy, chế độ BHXH bắt buộc hiện nay của Việt Nam tập trung hướng đến NLĐ theo hợp đồng lao động, bao gồm cả hợp đồng lao động ngắn hạn. Nói cách khác, mục tiêu của các chế độ BHXH bắt buộc là bảo vệ sức lao động của NLĐ trong quá trình tham gia quan hệ lao động. Do đó, việc mở rộng đối tượng tham gia BHXH bắt buộc đến người nước ngoài làm việc không theo hợp đồng lao động (nhà đầu tư), thân nhân thành viên cơ quan đại diện nước ngoài... là không khả thi trong chính sách BHXH hiện nay. Ngoài vấn đề trên, việc áp dụng cách hiểu (i) sẽ dẫn đến trường hợp mọi LĐNN “di chuyển trong nội bộ doanh nghiệp thuộc phạm vi 11 ngành dịch vụ trong biểu cam kết dịch vụ của Việt Nam với Tổ chức Thương mại thế giới bao gồm: kinh doanh, thông tin, xây dựng, phân phối, giáo dục, môi trường, tài chính, y tế, du lịch, văn hoá giải trí và vận tải”<sup>7</sup> cũng có thể tham gia các chế độ BHXH bắt buộc. Trong điều kiện hội nhập kinh tế sâu rộng vào nền kinh tế toàn cầu của mỗi quốc gia hiện nay, đối tượng này chủ yếu là những cá nhân di chuyển thường xuyên giữa các quốc gia để thực hiện một số nhiệm vụ nhất định liên quan đến công việc thường xuyên cố định của họ tại quốc gia nơi họ thiết lập mối quan hệ lao động. Do vậy, đối tượng này chủ yếu sẽ tham gia vào hệ thống BHXH nơi họ có mối quan hệ lao động gắn bó chặt

chẽ. Vì vậy, việc bao gồm đối tượng này vào hệ thống BHXH bắt buộc sẽ khó áp dụng trên thực tế. Như vậy, cách hiểu rằng tất cả LĐNN được miễn cấp giấy phép lao động sẽ đương nhiên có quyền tham gia BHXH bắt buộc vừa không khả thi, vừa gây nhiều mâu thuẫn với chính sách chung và tiêu chuẩn quốc tế.

Về cách hiểu (ii). Nhận định đầu tiên cần làm rõ là những đối tượng được nêu trong mục miễn cấp giấy phép lao động, nhìn chung được hiểu là những đối tượng được hưởng ưu đãi hơn so với LĐNN nói chung, vì các lý do liên quan đến thực tế thiếu nhân lực trình độ cao và việc thực hiện các cam kết quốc tế của Việt Nam. Như vậy, với cách hiểu (ii), đối tượng này “không có giấy phép lao động” và sẽ đương nhiên bị loại bỏ khỏi phạm vi điều chỉnh của Luật BHXH năm 2014. Như đã phân tích, khả năng để đa số NLĐ nước ngoài thuộc nhóm này tham gia các chế độ BHXH bắt buộc là không khả thi. Tuy nhiên, bên cạnh đó vẫn còn có một trường hợp cần bàn thêm liên quan đến học sinh, sinh viên học tập tại Việt Nam và người sử dụng lao động phải báo trước 07 ngày với cơ quan quản lý lao động cấp tỉnh<sup>8</sup>. Điều khoản này cho thấy học sinh, sinh viên nước ngoài học tập tại Việt Nam và “làm việc” với “người sử dụng lao động” nên có tham gia quan hệ lao động được điều chỉnh bởi pháp luật lao động Việt Nam. Đối tượng này do đó xây dựng mối quan hệ lao động tại Việt Nam nhưng lại bị loại khỏi nhóm LĐNN có thể tham gia chế độ BHXH bắt buộc. Việc xác lập mối quan hệ lao động đã khiến cho “học sinh, sinh viên” nước ngoài có tư cách NLĐ đầy đủ theo pháp luật Việt Nam. Do đó, không có căn cứ pháp lý đủ vững chắc nào để loại bỏ NLĐ tham gia mối quan hệ lao động với người sử dụng lao

7 Theo Điều 7.2(a), Nghị định số 11/2016/NĐ-CP ban hành ngày 3/2/2016 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của BLLĐ về LĐNN làm việc tại Việt Nam.

8 Điều 172.8, BLLĐ 2012.

động tại Việt Nam khỏi cơ chế bảo vệ của hệ thống BHXH.

Như vậy, trong hai cách hiểu quy định về việc miễn giấy phép lao động của LĐNN, cách hiểu (ii) có vẻ hợp lý hơn so với cách (i). Lý do là cách hiểu (i) sẽ dẫn đến việc mở rộng quá mức đối tượng thụ hưởng BHXH so với quy định hiện nay và trên tinh thần chung của Luật BHXH là cung cấp BHXH bắt buộc cho NLĐ có tham gia quan hệ lao động. Tuy nhiên, sự mâu thuẫn trên chưa phải là căn cứ pháp lý vững chắc để lập luận rằng LĐNN được miễn cấp giấy phép lao động sẽ đương nhiên không phải là đối tượng tham gia BHXH bắt buộc. Nội dung này cần được ghi nhận cụ thể dựa trên căn nhắc về nhóm đối tượng học sinh, sinh viên làm việc tại Việt Nam như phân tích ở trên.

*Lao động nước ngoài thuộc diện cấp giấy phép lao động*

Theo quy định của BLLĐ 2012 và các văn bản hướng dẫn, LĐNN xin cấp giấy phép lao động phải đáp ứng các điều kiện về năng lực hành vi dân sự, sức khoẻ và đặc biệt phải là nhà quản lý, giám đốc điều hành, chuyên gia hoặc lao động kỹ thuật được chấp thuận bằng văn bản của cơ quan nhà nước có thẩm quyền về việc sử dụng LĐNN<sup>9</sup>. Việc cấp giấy phép lao động cho NLĐ là công dân nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam cần xác định theo các hình thức sau<sup>10</sup>:

- Thực hiện hợp đồng lao động;
- Di chuyển trong nội bộ doanh nghiệp;
- Thực hiện các loại hợp đồng hoặc thoả thuận về kinh tế, thương mại, tài chính, ngân hàng, bảo hiểm, khoa học kỹ thuật, văn hoá, thể thao, giáo dục, giáo dục nghề nghiệp và y tế;
- Nhà cung cấp dịch vụ theo hợp

đồng;

- Chào bán dịch vụ;
- Làm việc cho tổ chức phi chính phủ nước ngoài, tổ chức quốc tế tại Việt Nam và được phép hoạt động theo quy định của pháp luật Việt Nam;
- Tình nguyện viên; (Điều 3.2/11)
- Người chịu trách nhiệm thành lập hiện diện thương mại;
- Nhà quản lý, giám đốc điều hành, chuyên gia, lao động kỹ thuật;
- Tham gia thực hiện các gói thầu, dự án tại Việt Nam.

Các quy định trên cho thấy, từ góc độ pháp luật về lao động, LĐNN chỉ giới hạn trong một số hoạt động nhất định, đảm nhiệm các công việc quản lý hoặc kỹ thuật cao và có sự chấp thuận về phương án sử dụng LĐNN do người sử dụng lao động đề xuất và được cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt. Yêu cầu này đã giới hạn khái niệm “LĐNN” một cách đáng kể. Trong bài viết này, chúng tôi không đánh giá quy định này từ góc độ quan hệ lao động mà chỉ tập trung đánh giá từ góc độ quan hệ BHXH. Như đã đề cập ở trên, định hướng phát triển hệ thống BHXH được ghi nhận theo hướng mở rộng độ bao phủ và cũng không thể đi ngược lại xu thế chung là có nền tảng vững chắc cho việc tương tác với các hệ thống BHXH của các quốc gia khác. Từ cách đặt vấn đề đó, việc giới hạn khái niệm “LĐNN” theo góc nhìn pháp luật về lao động sẽ dẫn đến việc hạn chế khái niệm này, từ đó mâu thuẫn với chính sách chung về phát triển hệ thống BHXH. Nếu chỉ giới hạn LĐNN là “nhà quản lý, giám đốc điều hành, chuyên gia hoặc lao động kỹ thuật”, hệ thống BHXH sẽ đứng trước nguy cơ chỉ mở rộng diện bao phủ về mặt hình thức do tỷ lệ của nhóm đối

9 Điều 9, Nghị định số 11/2016/NĐ-CP.

10 Điều 2, Nghị định số 11/2016/NĐ-CP.

tượng này so với tổng số LĐNN là rất nhỏ. Ngoài ra, cách xác định LĐNN từ các Hiệp định song phương giữa Việt Nam và một số nước cho thấy đối tượng này được mở rộng hơn rất nhiều so với góc độ pháp luật lao động. Theo đó, NLĐ nước ngoài được xác định là NLĐ từ một quốc gia di chuyển đến quốc gia khác để làm việc<sup>11</sup>. Như vậy, có thể thấy nếu khái niệm “LĐNN” chỉ được giới hạn từ các điều kiện cấp giấy phép lao động của pháp luật lao động sẽ khiến cho việc áp dụng các chế độ BHXH bắt buộc cho đối tượng này khó được thực thi hiệu quả.

Ngoài ra, phân tích quy định về hồ sơ xin cấp giấy phép lao động còn cho thấy, ngoài trường hợp đầu tiên (LĐNN vào Việt Nam để thực hiện hợp đồng lao động), NLĐ nước ngoài được yêu cầu phải cung cấp các giấy tờ chứng minh năng lực đảm bảo việc thực hiện công việc nói chung và đặc biệt là giấy tờ thể hiện cá nhân đó đã tham gia vào một mối quan hệ lao động trước khi vào Việt Nam làm việc, giấy tờ thể hiện sự hợp tác giữa đối tác Việt Nam và nước ngoài, hoặc giấy phép hoạt động của tổ chức nước ngoài sử dụng lao động đó<sup>12</sup>. Như vậy, cách xác định LĐNN còn dựa trên việc lao động đó tham gia vào một quan hệ lao động tại Việt Nam (trường hợp (a), tại Điều 10.7 của Nghị định số 11/2016/NĐ-CP) hoặc tại nước ngoài (các trường hợp còn lại tại cùng điều khoản). Như vậy, mối quan hệ lao động là yếu tố đặc biệt quan trọng trong cấp giấy phép lao động, từ đó xác định tư cách NLĐ nước ngoài theo quy định của luật lao động và được áp dụng cho Luật BHXH. Tuy nhiên,

từ góc độ BHXH, việc NLĐ nước ngoài đã thiết lập mối quan hệ tại một quốc gia khác sẽ dẫn đến việc họ gắn bó, quen thuộc và có nhiều lợi ích (do áp dụng phương pháp tính lũy tiến trong việc chi trả BHXH) khi tham gia BHXH tại quốc gia trước khi họ đến làm việc tại Việt Nam. Do vậy, quy định về việc LĐNN đã thiết lập quan hệ lao động tại nước ngoài cần tham gia BHXH bắt buộc tại Việt Nam không hữu ích trong việc bảo vệ quyền lợi của đối tượng này, mặt khác, còn đi ngược lại mục tiêu trên khi tạo ra gánh nặng đóng góp vào hai hệ thống BHXH của đối tượng này. Từ góc độ quản lý nhà nước về BHXH, việc xác định thời điểm, mức đóng và cách thức chi trả các chế độ BHXH cho NLĐ chỉ có thời gian làm việc ngắn và không gắn bó với thị trường lao động Việt Nam... cũng là một công việc khó khăn về cả mặt thực tiễn và pháp lý.

## 2. Một số kiến nghị hoàn thiện quy định của Luật Bảo hiểm xã hội

### 2.1 Quốc tịch

Tương tự như khi xác định các quan hệ pháp lý khác có yếu tố nước ngoài, vấn đề quốc tịch cũng là một tiêu chí cần cân nhắc khi quy định về khái niệm “LĐNN” từ góc độ Luật BHXH. Từ mục tiêu mở rộng đối tượng điều chỉnh của hệ thống BHXH và theo những phân tích ở phần trên, tiêu chí về quốc tịch trong cách xác định LĐNN cần cân nhắc đến việc có coi người không có quốc tịch là đối tượng có thể tham gia BHXH hay không. Trên thực tế, người không có quốc tịch, nếu tham gia vào quan hệ lao động một cách hợp pháp thì sẽ có xu

11 Xem thêm Hiệp định giữa Chính phủ nước Cộng hòa XHCN Việt Nam và Chính phủ nước Cộng hòa Ca-dắc-xtan về việc công dân Việt Nam làm việc có thời hạn tại Cộng hòa Ca-dắc-xtan và công dân Ca-dắc-xtan làm việc có thời hạn tại CHXHCN Việt Nam (Công báo số 377+378 ngày 24/6/2011), Hiệp định về Hợp tác Lao động giữa Chính phủ nước CHXHCN Việt Nam và Chính phủ nước CHND Lào (Công báo số 437+438 ngày 27/7/2013) và Hiệp định giữa Chính phủ nước CHXHCN Việt Nam và Chính phủ LB Nga về việc công dân nước CHXHCN Việt Nam làm việc có thời hạn tại Liên bang Nga và công dân Liên bang Nga làm việc có thời hạn tại nước CHXHCN Việt Nam (Công báo số 931 + 932 ngày 24/12/2013). Trong tất cả các Hiệp định này, khái niệm NLĐ nước ngoài được hiểu là công dân của nước này đến làm việc tại nước bên kia.

12 Xem thêm yêu cầu về Hồ sơ xin cấp Giấy phép lao động được quy định tại Điều 10.7, Nghị định số 11/2016/NĐ-CP.



hướng ít di chuyển giữa các quốc gia để làm việc hơn người mang quốc tịch nước ngoài, do việc thiếu các giấy tờ cần bản để xuất cảnh hoặc nhập cảnh vào một quốc gia nhất định. Do vậy, nếu người không có quốc tịch có thể tham gia một cách hợp pháp vào quan hệ lao động, đối tượng này sẽ ít có nhu cầu thay đổi đến một quốc gia khác, khiến cho việc tham gia vào quan hệ pháp luật BHXH cũng sẽ ổn định lâu dài. Theo đó, việc mở rộng chế độ BHXH cho đối tượng này cũng góp phần đạt đến mục tiêu lâu dài của Luật BHXH. Ngoài ra, việc công nhận người không có quốc tịch cũng có các quyền tương đương người mang quốc tịch của quốc gia khác từ góc độ BHXH cũng là định hướng chung thống nhất trong các văn kiện quốc tế. Tuy nhiên, việc công nhận này cần phải phân tích thêm từ góc độ quan hệ pháp luật lao động. Nhưng ngay cả trong trường hợp mà việc công nhận này chưa được ghi nhận trong luật, thì các điều khoản luật cũng cần làm rõ nội dung này, tránh những trường hợp không rõ ràng trong quá trình áp dụng luật.

### 2.1 Quan hệ lao động

Do bản chất môi quan hệ BHXH là gắn liền với việc bảo vệ sức lao động của NLD trong quá trình tham gia vào hoạt động lao động, nên yêu cầu về sức lao động hay việc có tham gia vào hoạt động lao động là đặc biệt cần thiết trong việc xác định đối tượng điều chỉnh của luật này. Nội dung này được ghi nhận trong tất cả các công ước quốc tế liên quan đến lao động di trú<sup>13</sup>. Tương tự, Toà án Công lý châu Âu (ECJ) cũng căn cứ vào hoạt động lao động để xác định NLD di trú trong nội bộ khối<sup>14</sup>. Như vậy, có thể thấy,

tiêu chí về “hoạt động lao động” là yếu tố không thể tách rời khỏi khái niệm “lao động di trú” nói chung và “LĐNN tại Việt Nam” nói riêng. Tuy nhiên, áp dụng tiêu chí “hoạt động lao động” này một cách triệt để sẽ dẫn đến việc nhóm NLD không theo hợp đồng lao động cũng sẽ được tham gia các chế độ BHXH bắt buộc - điều mà trong thời điểm hiện tại, hệ thống BHXH của Việt Nam chưa thể đảm bảo. NLD không theo hợp đồng lao động chỉ là đối tượng của hai chế độ BHXH tự nguyện là hưu trí và tử tuất. Từ hoàn cảnh đó, LĐNN tham gia BHXH bắt buộc cũng cần đảm bảo được yêu cầu về việc “tham gia vào quan hệ lao động” giống như lao động bản địa. Do vậy, tiêu chí về “hoạt động lao động” cần phải được điều chỉnh để phù hợp áp dụng cho LĐNN tại Việt Nam là “quan hệ lao động”.

Bên cạnh đó, tiêu chí “tham gia vào quan hệ lao động” vẫn cần phải được làm rõ hơn nữa nhằm đảm bảo tính hiệu quả khi áp dụng. Trên thực tế, như phân tích ở trên, LĐNN có thể tham gia vào quan hệ lao động được xác lập tại Việt Nam hoặc nước ngoài. Với những quan hệ lao động được xác lập tại nước ngoài, cả bên sử dụng lao động và NLD sẽ có mối quan hệ gắn bó chặt chẽ với nơi họ bắt đầu mối quan hệ lao động này - tức là tại một quốc gia khác ngoài Việt Nam. Hơn nữa, quá trình NLD nước ngoài đến Việt Nam để thực hiện một công việc nhất định có thể chỉ trong một thời gian ngắn, mang tính chất nhất thời chứ không phải là một công việc ổn định lâu dài. Do đó, việc mở rộng chế độ BHXH bắt buộc cho đối tượng này không khả thi và có thể tạo

13 Xem thêm CMW, Công ước số 097 của ILO về di cư để làm việc (điều chỉnh năm 1949) (C97), Công ước số 143 của ILO về di cư trong các điều kiện khó khăn và thúc đẩy bình đẳng trong tiếp cận các cơ hội và trong đối xử với lao động di trú (C143). Trong tất cả các văn kiện này, khái niệm về lao động di trú được xác định bởi yếu tố “tham gia vào hoạt động lao động”.

14 Xem thêm các bản án sau: Vụ việc số 75/63, Unger, EU:C:1967:19, Vụ việc số C-153/91, Petit, EU:C:1992:354, C-212/06, Walloon government versus Flemish government (chính quyền vùng Walloon và chính quyền vùng Flemish), EU:C:2008:178, Vụ việc số 10/78, Belbouab, EU:C:1978:181, Vụ việc số 105/89, Buhari Haji, EU:C:1990:402 và Vụ việc số C-331/06, EU:C:2008:188.

thêm sự chông chéo trong quản lý NLD và việc thực hiện nghĩa vụ tham gia BHXH của chính NLD đó. Vì vậy, tiêu chí về “tham gia mỗi quan hệ lao động” cần được quy định rõ là được xác lập tại Việt Nam và là đối tượng điều chỉnh của pháp luật lao động Việt Nam. Quy định này sẽ giúp cho hệ thống BHXH loại bỏ được những nhóm NLD nước ngoài

vào Việt Nam làm việc tạm thời và không có mối quan hệ gắn bó với Việt Nam. Ngoài ra, mỗi quan hệ lao động được điều chỉnh bởi pháp luật lao động cũng sẽ tạo điều kiện các quy định BHXH tiếp cận đến không chỉ chính NLD nước ngoài mà còn người sử dụng lao động của họ, từ đó đảm bảo việc thực thi các nghĩa vụ BHXH được hiệu quả■

### TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. PGS, TS. Lê Thị Hoài Thu, *Quyền An sinh xã hội và Đảm bảo thực hiện trong pháp luật Việt Nam*, NXB Đại học Quốc gia Hà Nội.
2. TS. Trần Hoàng Hải, TS. Lê Thị Thuý Hương, *Pháp luật An sinh xã hội - Kinh nghiệm của một số nước đối với Việt Nam*, NXB Chính trị Quốc gia. 2011
3. Nhóm biên soạn của TS. Nguyễn Thị Lan Hương, *Phát triển hệ thống An sinh xã hội ở Việt Nam đến năm 2020*, tháng 11/2013, được xuất bản bởi GIZ và ILSSA.
4. ILO, *ILO Global estimates on migrant workers – Results and Methodology (Những đánh giá toàn cầu của ILO về lao động di trú - Kết quả và phương pháp)*, ISBN: 9789221394791.
5. ILO, Ralf Husmanns, Working Paper no. 53 *Measuring the informal economy: From employment in the informal sector to informal employment*, (Báo cáo nghiên cứu số 53 *Nhận định về nền kinh tế phi chính thức: Từ lao động trong khu vực phi chính thức đến lao động phi chính thức*), ISBN: 9221167855
6. European Commission, *50 years of Social Security Coordination: Past- Present- Future, Report of the conference celebrating the 50th Anniversary of the European Coordination on Social Security (50 năm Hợp tác trong lĩnh vực ASXH: Quá khứ - Hiện tại – Tương lai, Kỳ yếu của Hội thảo kỉ niệm 50 năm hợp tác trong châu Âu về vấn đề ASXH)*.
7. Ryszard Cholewinski, Paul De Guchteneire and Antoine Pécoud (ed.), *Migration and Human Right- The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights, (Di cư và Nhân quyền – Các Công ước của LHQ về quyền của Lao động di cư)* Cambridge University Press, 2009.
8. Ben Saul, David Kinley, Jacqueline Mowbray, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Commentary, Cases, and Materials, (Công ước về các quyền Kinh tế, Xã hội và văn hoá – Bình luận, tình huống và tài liệu)* Oxford University Press
9. Lê Thị Hoài Thu, *Pháp luật An sinh xã hội – Một số nghiên cứu so sánh và kiến nghị*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 11/2007.
10. Phạm Trọng Nghĩa, *Một số vấn đề cơ bản về quyền hưởng an sinh xã hội*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 89, 2006, trang 49-50.
11. Phạm Trọng Nghĩa, *Định hướng hoàn thiện pháp luật về An sinh xã hội ở Việt Nam*, Tạp chí Bảo hiểm xã hội số 82 (tháng 10/2005), trang 33-37.
12. M. Hasenau, *Setting Norms in the United Nations System: The Draft Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families in Relation to ILO in Standards on Migrant Workers, (Ghi nhận các quy định trong hệ thống LHQ: Bản thảo Công ước về bảo vệ quyền của mọi lao động di trú và gia đình trong mối liên hệ với các Tiêu chuẩn của ILO về lao động di trú)* International Migration, Volume 28, Issues 2 (Tạp chí Di cư quốc tế, số 28, tập 2)
13. Wouter van Ginneken, *Social Protection for Migrant Workers: National and International Policy Challenges, (Bảo đảm xã hội cho lao động di trú: Những thách thức về chính sách đối với quốc gia và quốc tế)* European Journal of Social Security, Vol. 15 (2013), no. 2, (Tạp chí Châu Âu về An sinh xã hội, số 15 (2013), tập 2)
14. Daniele Belanger, Kayoko Ueno, Khuat Thu Hong, Emiko Ochiai, *From Foreign Trainees to Unauthorized workers: Vietnamese Migrant Workers in Japan, (Từ thực tập sinh nước ngoài đến lao động bất hợp pháp: Lao động Việt Nam tại Nhật Bản)* Asian and Pacific Migration Journal vol. 20, no.1, 2011 (Tạp chí Di cư châu Á và Thái bình dương, số 20, tập 1 năm 2011).

# KHÁI NIỆM, NỘI DUNG VÀ HÌNH THỨC CỦA THỎA THUẬN HÒA GIẢI NHÌN TỪ GÓC ĐỘ SO SÁNH GIỮA LUẬT VIỆT NAM VÀ ĐỨC

**Lê Nguyễn Gia Thiện\***

**Lê Nguyễn Gia Phúc\*\***

\* NCS. Giảng viên Khoa Luật, Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh

\*\* NCS. Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* hòa giải thương mại, hòa giải viên, thỏa thuận hòa giải, nội dung của thỏa thuận hòa giải, hình thức của thỏa thuận hòa giải, Nghị định số 22/2017, Đạo luật Hòa giải của Đức năm 2012.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 14/08/2017

Biên tập : 07/09/2019

Duyệt bài : 15/09/2017

## Article Information:

*Keywords:* commercial conciliation; conciliator; conciliation agreement; conciliation contents; form of the conciliation agreement; Decree No. 22/2017; German Mediation Act of 2012

## Article History:

Received : 14 Aug. 2017

Edited : 07 Sep. 2017

Approved : 15 Sep. 2017

## Tóm tắt:

Bài viết trình bày ba nội dung chính của thỏa thuận hòa giải là khái niệm, nội dung và hình thức của thỏa thuận hòa giải trên cơ sở so sánh giữa luật Việt Nam và Đức; đưa ra một số vấn đề cần lưu ý nhằm hoàn thiện chế định này.

## Abstract

This article provides three substantial contents of the conciliation agreement: the concept, contents and form of the conciliation agreement on the basis of a comparison between the Vietnamese law and the German one. It is also to raise a number of matters that need to be reviewed, addressed for further improvement of this regulation.

Hòa giải thương mại (HGTM), với tư cách là một phương thức giải quyết tranh chấp ngoài tòa án, được sử dụng rộng rãi và phổ biến trên toàn thế giới. Đặc thù của phương thức hòa giải này được biểu hiện ở

khả năng tự định đoạt một cách tối thượng của các bên trong tranh chấp. Các bên tranh chấp sẽ tự thiết lập các nội dung của thỏa thuận hòa giải (TTHG), vốn chứa đựng tất cả các yếu tố của quy trình hòa giải, và khi

quy trình hòa giải kết thúc, chính các bên, chứ không phải bất kỳ một ai khác, sẽ tự thỏa thuận với nhau về các kết quả hòa giải sao cho êm đẹp và phù hợp nhất. Ở Đức, HGTM được áp dụng rất thường xuyên và có một lịch sử lâu đời<sup>1</sup> nhưng mãi đến năm 2012, HGTM mới được quy định một cách chính thức trong Đạo luật Hòa giải trên cơ sở nội luật hóa Chỉ thị 2008/52/EC của Nghị viện châu Âu và Hội đồng châu Âu về những khía cạnh liên quan đến các vấn đề hòa giải dân sự và thương mại (Chỉ thị 2008/52/EC)<sup>2</sup>. Tương tự, HGTM tại Việt Nam cũng chỉ mới được luật hóa một cách chính thức khi Nghị định số 22/2017/NĐ-CP về HGTM (Nghị định HGTM) được Chính phủ ban hành ngày 24/2/2017.

Sự xuất hiện của các văn bản này<sup>3</sup> có những ý nghĩa sau: (i) các bên tranh chấp, những người chịu ảnh hưởng nhiều nhất, có cơ sở để đặt niềm tin vào quy trình hòa giải vì các bước, các vấn đề đều đã được pháp luật dự liệu một cách rõ ràng, minh bạch; (ii) Nhà nước thể hiện sự ủng hộ đối với phương thức hòa giải thông qua việc luật hóa chi tiết các vấn đề liên quan đến quy trình này; (iii) sự xuất hiện của các đạo luật tạo nên sự tin tưởng của nhà đầu tư nước ngoài và đưa nền pháp chế tiệm cận với những chuẩn mực hiện đại, hiệu quả của các phương thức giải quyết tranh chấp thương mại nói chung trên bình diện thế giới. Một trong những yếu tố được xem là căn nguyên và cốt lõi của cả quy trình hòa giải là TTHG, bởi lẽ, không

có TTHG thì không có sự tồn tại của quy trình hòa giải. TTHG, thoát nhìn dường như khá cơ bản và giản đơn, nhưng thực tiễn của HGTM trên thế giới, mà cụ thể là Đức, chứng minh rằng vấn đề này lại rất đa dạng chứa đựng nhiều khía cạnh pháp lý thú vị.

### 1. Khái niệm thỏa thuận hòa giải

Theo pháp luật Việt Nam<sup>4</sup>, *HGTM là phương thức giải quyết tranh chấp thương mại do các bên thỏa thuận và được hòa giải viên thương mại làm trung gian hòa giải hỗ trợ giải quyết tranh chấp theo quy định của Nghị định HGTM*. Pháp luật Đức thì cho rằng<sup>5</sup>, hòa giải trước hết là một quy trình bảo mật và được tổ chức chặt chẽ, dựa trên tinh thần tự nguyện và tự định đoạt mà các bên tìm đến để giải quyết tranh chấp của mình thông qua một giải pháp thân thiện với sự hỗ trợ của một hay nhiều hòa giải viên. So sánh hai khái niệm về hòa giải thương mại này, có thể rút ra một số điểm tương đồng và khác biệt như sau:

- Cả pháp luật Việt Nam và pháp luật Đức đều nhấn mạnh đến tính tự nguyện và tự định đoạt (freiwillig und eigenverantwortlich), hay nói khác đi là tính thượng tôn thỏa thuận của các bên khi tham gia vào quá trình hòa giải. Chính các bên, chứ không phải ai khác, sẽ đứng ra để thỏa thuận với nhau về khả năng sử dụng phương thức này.

- Đạo luật Hòa giải 2012 của Đức đã nhấn mạnh được ưu thế của hòa giải là tính bảo mật, tính chặt chẽ về mặt quy

1 Trước khi ban hành các phán quyết của mình, các thẩm phán ở Đức từ lâu đã rất hữu ích cho các bên với vai trò là người hòa giải tranh chấp, xem: Peter Olsen, Court based Mediation in Germany and transposition of the mediation directive 2008/52/EC, website: [www.civilmediation.org/downloads-get?id=494](http://www.civilmediation.org/downloads-get?id=494), truy cập ngày 20/4/2017.

2 Cần lưu ý là nội dung của các tranh chấp có thể được các bên mang ra hòa giải theo Chỉ thị 2008/52/EC và Đạo luật hòa giải của Đức rất rộng, bao gồm hầu hết các tranh chấp trong lĩnh vực dân luật, chứ không chỉ riêng các tranh chấp thương mại. Ngoài ra, đạo luật này còn bao gồm cả hòa giải trong tố tụng tại tòa án và hòa giải ngoài tố tụng. Trong phạm vi của bài viết, để phù hợp các tiêu chí so sánh với pháp luật Việt Nam, chúng tôi chỉ phân tích pháp luật hòa giải của Đức dưới khía cạnh hòa giải ngoài tòa án đối với các tranh chấp thương mại.

3 Trong bài viết này, do chỉ đề cập đến hòa giải thương mại nên thuật ngữ “hòa giải thương mại” nhiều khi được gọi tắt là “hòa giải”.

4 Điều 3(1) Nghị định HGTM.

5 Điều 1(1) Đạo luật Hòa giải 2012.

trình<sup>6</sup>. Hơn nữa, Đạo luật cũng đã nêu bật được bản chất của quyết định hòa giải thành, vốn được định danh là giải pháp thân thiện (einvernehmliche Beilegung) giữa các bên, đồng thời Đạo luật cũng xác định rõ ràng vai trò của hòa giải viên chỉ là hỗ trợ các bên trong suốt quá trình giải quyết tranh chấp, đặc biệt là khi thông qua kết quả hòa giải thành. Thật đáng tiếc khi những chi tiết này chưa được đề cập đến trong pháp luật Việt Nam về HGTM.

Trong HGTM, các bên không thể cậy nhờ đến cơ quan hòa giải giúp mình giải quyết tranh chấp nếu giữa các bên không tồn tại một thỏa thuận đề cập đến vấn đề này (gọi là TTHG). Một câu hỏi được đặt ra là liệu TTHG có thể được các bên dự liệu từ trước khi xuất hiện tranh chấp hay sau khi tranh chấp đã có rồi thì các bên mới thỏa thuận về việc lựa chọn cơ chế hòa giải? Điều 3(2) Nghị định HGTM của Việt Nam có câu trả lời cụ thể cho nghi vấn này, theo đó *TTHG là thỏa thuận giữa các bên về việc giải quyết tranh chấp có thể phát sinh hoặc đã phát sinh bằng phương thức hòa giải*. Pháp luật Đức không có bất cứ điều khoản nào có nội hàm tương tự như của pháp luật Việt Nam.

Chúng tôi cho rằng, sở dĩ nhà làm luật của Đức không dự liệu về thời điểm hình thành nên TTHG cũng phần nào hợp lý, vì thời điểm hình thành nên TTHG hoàn toàn độc lập với thời điểm tranh chấp xảy ra và trên thực tế các bên trong những hợp đồng thương mại vẫn không dự liệu các điều khoản hòa giải trước khi tranh chấp xảy ra<sup>7</sup>. Vì vậy, sự xuất hiện của TTHG hoàn toàn phụ thuộc vào ý chí chủ quan của các bên, bất cứ khi nào các bên thống nhất được ý chí

về việc mang tranh chấp đến cậy nhờ hòa giải viên giải quyết thì lúc đó TTHG được hình thành. Theo chúng tôi, dường như Điều 3(2) Nghị định HGTM chủ ý là nêu lên thời điểm xuất hiện của TTHG hơn là nêu lên khái niệm về TTHG. Tuy nhiên, việc nêu lên khái niệm về TTHG cũng không thật cần thiết và bằng chứng là luật Đức cũng không nhắc gì đến khái niệm này, vì *TTHG cũng chỉ là thỏa thuận của các bên đề cập đến khả năng giải quyết tranh chấp thông qua phương thức hòa giải*.

## 2. Nội dung của thỏa thuận hòa giải

Nội dung của TTHG là một vấn đề rất khó để mô tả một cách cụ thể vì các đạo luật về hòa giải trên thế giới, ví dụ như Đạo luật Hòa giải của Đức hay Nghị định HGTM của Việt Nam đều đề ngỏ vấn đề này. Đây cũng là điều hợp lý vì dựa vào bản chất của hòa giải là sự tự định đoạt một cách toàn vẹn và chủ động của các bên, nên những gì các bên nêu lên trong TTHG đều có thể được xem như là một phần không thể tách rời của TTHG. Trong số các nội dung liên quan đến TTHG, chúng tôi cho rằng, để bảo đảm không phát sinh những rắc rối pháp lý, các bên trong tranh chấp cần lưu tâm đến một số vấn đề sau đây:

- *Tên của cơ quan hòa giải*<sup>8</sup>

Tên của cơ quan hòa giải nêu đích danh cá nhân hoặc tổ chức nào đó sẽ đứng ra thụ lý và giải quyết tranh chấp cho các bên. Tương tự như trọng tài, hòa giải cũng bao gồm hai loại hình cơ bản nhất là hòa giải thường trực và hòa giải vụ việc. Hòa giải thường trực là việc cơ quan giải quyết tranh chấp cho các bên được vận hành trong

6 Chúng tôi sử dụng thuật ngữ “quy trình hòa giải” hay “quy trình giải quyết tranh chấp” chứ không phải thuật ngữ “quy trình tố tụng” vì về mặt bản chất, hòa giải không hề có sự xuất hiện của bất kỳ cơ quan tài phán nào, đây cũng là sự khác biệt cơ bản giữa hòa giải và trọng tài.

7 Hess/Pelzer, Mediation in Germany: Finding the Right Balance between Regulation and Self-Regulation, in trong Esplugues/Marquis (chủ biên), New Developments in Civil and Commercial Mediation, Springer, 2015, p. 296.

8 Chúng tôi gọi chung cơ quan đứng ra thực hiện việc hòa giải cho các bên là cơ quan hòa giải, cơ quan này có thể bao gồm một hoặc nhiều hòa giải viên, cũng như có thể thuộc về một tổ chức cung cấp dịch vụ hòa giải nào đó hay vận hành hoàn toàn độc lập.

khuôn khổ của một tổ chức cung cấp dịch vụ hòa giải nhất định. Ngược lại, trong hòa giải vụ việc, các bên không cầu viện đến bất kỳ một tổ chức hòa giải nào cả, mà những cơ quan hòa giải, tức các hòa giải viên vụ việc, hoạt động hoàn toàn độc lập và tham gia vào quá trình hòa giải là hoàn toàn nhân danh chính bản thân mình.

Ví dụ, ở Đức, nếu tranh chấp về việc thanh toán hợp đồng vận tải tàu biển giữa hai doanh nghiệp A và B được dẫn chiếu đến việc hòa giải thông qua Hiệp hội Trọng tài hàng hải Đức (German Maritime Arbitration Association - GMAA)<sup>9</sup> thì đây là hòa giải thường trực vì GMAA sẽ thụ lý và tiến hành hòa giải cho các bên và khi đó quy tắc hòa giải của GMAA sẽ được áp dụng<sup>10</sup>. Trái lại, nếu các bên chỉ thỏa thuận về việc tranh chấp xảy ra thì sẽ được một hòa giải viên A nào đó thụ lý thì hòa giải trong trường hợp này là hòa giải vụ việc.

Một điều cần lưu ý là nếu các bên cầu viện đến phương thức hòa giải, nhưng lại ghi sai tên của tổ chức hòa giải thì hệ quả pháp lý sẽ như thế nào, ví dụ thay vì ghi là German Maritime Arbitration Association lại ghi rằng German Maritime Arbitration Center? Thỏa thuận này có được xem là TTHG vụ việc hay không hay mặc nhiên là một thỏa thuận vô hiệu? Căn cứ vào lý thuyết xem TTHG là một thỏa thuận dân sự thuộc địa hạt của dân luật thì rõ ràng trường hợp này liên quan đến giao dịch dân sự vô hiệu do nhầm lẫn đến từ cả hai phía.

Đương nhiên là sau khi TTHG được thiết lập, các bên phát hiện ra sai sót về tên của cơ quan hòa giải và đã sửa lại cho đúng

thì TTHG sẽ hợp pháp. Ngược lại, nếu đến khi tranh chấp xảy ra mà các bên mới phát hiện về việc nêu sai tên của cơ quan hòa giải trong TTHG và nếu một bên trong các bên vẫn không muốn sửa lại tên cho đúng thì TTHG trong trường hợp này *mặc nhiên vô hiệu, vì vốn dĩ không thể định danh được chính xác tên của cơ quan giải quyết tranh chấp và do đó coi như không tồn tại TTHG*<sup>11</sup>.

- *Luật áp dụng cho quy trình hòa giải*

Hòa giải là quy trình của riêng các bên, vì thế luật áp dụng cho quy trình hòa giải cũng sẽ hoàn toàn do các bên tự thương lượng với nhau. Hầu hết, nếu không nói là tất cả, các trung tâm cung cấp dịch vụ hòa giải đều có bộ quy tắc hòa giải riêng cho mình và khi các bên chọn một trung tâm nào đó thì cũng đồng thời chấp nhận luôn việc hòa giải viên sử dụng quy tắc này như là luật áp dụng cho quy trình hòa giải. Một tình huống hoàn toàn có thể xảy ra trên thực tế là liệu các bên có thể sử dụng bộ quy tắc hòa giải của một trung tâm khác với trung tâm được nêu tên trong TTHG hay không? Câu trả lời là hoàn toàn có thể vì quy trình hòa giải vốn dĩ là sự tự định đoạt của các bên.

Nếu hòa giải được tiến hành thông qua những hòa giải viên vụ việc thì sẽ không có sẵn bộ quy tắc cho các bên áp dụng, trong tình huống này, các bên có thể thỏa thuận về việc sẽ sử dụng một bộ quy tắc của trung tâm hòa giải nào đó<sup>12</sup> hoặc áp dụng Bộ Quy tắc về hòa giải của Ủy ban Thương mại quốc tế của Liên hiệp quốc (UNCITRAL Conciliations Rules) hoặc tự mình thỏa thuận hết về tất cả các bước của toàn bộ quy trình hòa giải. Việc các bên tự thỏa thuận về

9 Hầu hết các trung tâm trọng tài đều cung cấp dịch vụ hòa giải. Tại Việt Nam, việc các trung tâm trọng tài cung cấp dịch vụ hòa giải đều rất phổ biến. Đơn cử, Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam (VIAC) bắt đầu cung cấp dịch vụ hòa giải thương mại từ năm 2007, xem: Bộ Tư pháp, Dự thảo Tờ trình về Nghị định về HGTM (Dự thảo ngày 4/3/2015).

10 Điều khoản hòa giải mẫu (Mediationsvertragsklauseln) được chính trung tâm này khuyến nghị như sau: “Wegen aller sich aus oder im Zusammenhang mit diesem Verträge ergebenden Streitigkeiten wird ein Mediationsverfahren nach der Mediationsordnung der German Maritime Arbitration Association durchgeführt”, tạm dịch: “Tất cả các tranh chấp phát sinh từ hoặc liên quan đến hợp đồng này sẽ được tiến hành thông qua quy trình hòa giải của Hiệp hội Trọng tài hàng hải Đức”.

11 Điều 119 Bộ luật Dân sự Đức và Điều 126 Bộ luật Dân sự năm 2015 của Việt Nam.

12 Ví dụ như GMAA.

toàn bộ quy trình hòa giải là việc rất hiếm hoi vì vốn dĩ các bên trong hòa giải thương mại là các doanh nghiệp, thế nhưng việc các bên có những sự thỏa thuận mang tính bổ khuyết và hiệu chỉnh các điều khoản được dự liệu sẵn trong những bộ quy tắc hòa giải của các trung tâm hoặc Bộ Quy tắc về hòa giải của UNCITRAL là hết sức phổ biến.

*- Địa điểm, ngôn ngữ và số lượng hòa giải viên*

Những vấn đề trên đây hoàn toàn chịu sự điều chỉnh bởi thỏa thuận của các bên, cả pháp luật Việt Nam và Đức đều không quy định bất kỳ điều khoản nào về các vấn đề này. Địa điểm hòa giải có thể là bất cứ đâu, thường thì để đảm bảo tính trung lập và không thiên vị của hòa giải, các hòa giải viên sẽ đề nghị các bên tiến hành hòa giải tại một nơi mà không chịu sự ảnh hưởng, ít nhất là về mặt tâm lý, từ phía các bên. Vì vậy, địa điểm hòa giải sẽ thường không là trụ sở của một trong các bên, mà là trụ sở của trung tâm hòa giải/văn phòng làm việc của hòa giải viên hoặc bất kỳ nơi nào thuận tiện cho các bên nhưng vẫn đảm bảo tính trung lập và độc lập. Trong thương mại quốc tế, khi có tranh chấp được giải quyết bằng hòa giải, các doanh nghiệp thường chọn địa điểm là một nước trung lập, không phải quốc gia mà các bên tranh chấp có trụ sở hoặc đăng ký doanh nghiệp<sup>13</sup>.

Ngôn ngữ trong quy trình hòa giải cũng sẽ do các bên thỏa thuận hoặc do hòa giải viên đề xuất để các bên thống nhất chọn. Ngôn ngữ được lựa chọn phải là ngôn ngữ

có thể đảm bảo rằng các bên hiểu rõ tất cả những gì diễn ra trong cả quá trình hòa giải. Nếu hai bên tranh chấp sử dụng các ngôn ngữ khác nhau thì để quy trình được diễn ra thuận lợi, ngôn ngữ được đề xuất để giải quyết tranh chấp thường sẽ là tiếng Anh<sup>14</sup>.

Số lượng hòa giải viên cũng là một vấn đề mà các bên cần lưu ý. Đối với tổ tụng trọng tài, số lượng trọng tài viên có ý nghĩa rất lớn<sup>15</sup>. Nếu là một số lẻ, hầu hết là một hoặc ba, thì quá trình tổ tụng sẽ được diễn ra suôn sẻ và phán quyết được thông qua dễ dàng. Thế nhưng, nếu số lượng trọng tài viên của hội đồng trọng tài là một số chẵn thì rất nhiều khả năng phán quyết trọng tài sẽ không được thông qua vì không đạt được đa số. Hơn nữa, nếu hội đồng trọng tài được thành lập bao gồm một số lượng trọng tài viên khác với con số mà các bên đã thỏa thuận thì đây có thể là duyên cớ để một bên sử dụng để yêu cầu tòa án hủy phán quyết trọng tài hay không công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài. Đối với cơ chế hòa giải, bởi vì các hòa giải viên không có thẩm quyền ban hành quyết định mang tính ràng buộc và chung thẩm như trọng tài nên số lượng hòa giải viên tham gia vào quy trình hòa giải không có nhiều ý nghĩa. Do đó, số lượng hòa giải viên hoàn toàn theo ý nguyện của các bên hoặc theo quy tắc hòa giải của trung tâm hòa giải. Cần lưu ý là các hòa giải viên phải cùng nhau làm việc trong suốt quá trình hòa giải<sup>16</sup>, có các quyền và nghĩa vụ như nhau, cùng liên đới chịu trách nhiệm trừ khi các bên có thỏa thuận khác hoặc quy tắc hòa giải quy định khác.

13 Và Thụy Sĩ luôn là một sự lựa chọn tin cậy hàng đầu.

14 Dù Đạo luật Hòa giải 2012 không quy định một cách trực tiếp, nhưng theo thực tiễn hòa giải tại Đức thì sử dụng thông thạo tiếng Anh là điều kiện tiên quyết để tham gia giải quyết các tranh chấp thương mại. Điều 7 Nghị định HGTM của Việt Nam khi liệt kê các tiêu chuẩn của một hòa giải viên không đề cập đến tiêu chí về khả năng ngoại ngữ, thế nhưng khi tham gia giải quyết các tranh chấp mà một hoặc các bên đương sự là doanh nghiệp nước ngoài thì sự thông thạo ngoại ngữ, mà nhất là tiếng Anh, sẽ cùng có niềm tin của các bên dành cho hào giải viên.

15 Lê Nguyễn Gia Thiện, Số lượng trọng tài viên trong hội đồng trọng tài nhìn từ góc độ luật học so sánh, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, Số 15, 7/2012, tr. 44 - 49.

16 Thực tiễn tại Đức cho thấy, đôi khi các bên tranh chấp ngộ nhận về vai trò của các hòa giải viên, các bên này thường lầm tưởng rằng nếu có hai hòa giải viên cùng tham gia giải quyết tranh chấp thì mỗi hòa giải viên sẽ đứng ra bảo vệ lợi ích cho một bên. Điều này là hoàn toàn sai lầm vì hòa giải viên có sứ mệnh là giúp các bên đạt được những nguyện vọng của mình thông qua việc trao đổi và đối thoại, chứ không phải nghiêng hẳn về một bên một cách thiên lệch như vậy.

### - Thỏa thuận đa lớp<sup>17</sup>

TTHG đa lớp là thỏa thuận được hình thành hoàn toàn dựa trên ý chí của các bên, theo đó tranh chấp xảy ra giữa các bên sẽ được giải quyết theo những phương thức giải quyết tranh chấp riêng biệt, độc lập với nhau và sự kết thúc của phương thức này sẽ là căn nguyên để một bên khởi sự tố quyền của mình tại một phương thức khác. Ví dụ điển hình của thỏa thuận đa lớp sẽ là: “Tranh chấp phát sinh từ hoặc liên quan đến hợp đồng giữa các bên trước hết sẽ được giải quyết thông qua sự thương lượng trên tinh thần thiện chí. Nếu thương lượng không thành công, một bên có thể mang tranh chấp đến GMAA để giải quyết theo phương thức hòa giải được vận hành bởi Quy tắc hòa giải của GMAA. Nếu hòa giải bất thành, một bên có quyền khởi kiện bên kia theo phương thức trọng tài vận hành bởi Quy tắc tố tụng trọng tài của GMAA”. Thỏa thuận như trên là hoàn toàn hợp pháp vì đã chỉ rõ các bước mà các bên trong hợp đồng cần phải dự liệu khi tiến hành giải quyết tranh chấp của mình. Các bên chỉ có thể mang tranh chấp đến GMAA nếu như đã thương lượng với nhau về nội dung vụ tranh chấp nhưng không đạt được kết quả. Tương tự, một bên cũng không thể kiện bên còn lại ra trước trọng tài của GMAA nếu các bên chưa tiến hành hòa giải theo đúng quy trình do GMAA cung cấp.

- Các điều khoản nhằm hạn chế sự không tham gia hòa giải

TTHG là sự đồng thuận về mặt ý chí của các bên, đặt các bên vào tình thế thiện chí để tham gia vào quy trình hòa giải<sup>18</sup>. Thế nhưng một khi tranh chấp xảy ra, khả năng một bên không muốn tham gia vào

quá trình hòa giải là hiện hữu, bên này rõ ràng là không hề thiện chí vì vốn dĩ đã đi ngược lại những gì mình cam kết trước đó. Vậy thì, liệu bên còn lại có phương cách gì để buộc bên không thiện chí phải tham gia vào quá trình hòa giải hay không? Chúng tôi không tìm thấy câu trả lời trong cả luật Đức và Việt Nam. Theo pháp luật Đức, việc một bên buộc bên đối ước của mình phải tham gia vào quy trình hòa giải là điều không thể, hơn nữa bên thiện chí cũng không có quyền khởi kiện bên không thiện chí ra trước Tòa án để buộc bên không thiện chí phải tham gia vào hòa giải<sup>19</sup>. Cái mà bên thiện chí có thể cậy nhờ trong trường hợp này chính là những điều khoản có khả năng ràng buộc trách nhiệm của bên không thiện chí từ trước khi tranh chấp xảy ra. Điều khoản phạt (hay ước khoản dự phạt) là một sự lựa chọn phù hợp. Ví dụ, các bên có thể quy định với nhau trong thỏa thuận hòa giải rằng *nếu bên nào không chịu tham gia một cách thiện chí vào quá trình hòa giải thì bên đó sẽ chịu phạt một khoản tiền bằng 1/5 vụ tranh chấp*<sup>20</sup>. Thỏa thuận phạt này là một sự răn đe hữu hiệu dành cho bên không thiện chí, góp phần bảo vệ kỷ luật hợp đồng nói chung và tinh thần thủ TTHG nói riêng.

### 3. Hình thức của thỏa thuận hòa giải

Hòa giải được vận hành hoàn toàn dựa vào sự tự do hình thành từ thỏa thuận của các bên, vì vậy sự tự do về mặt hình thức của TTHG cũng là vấn đề cần được ủng hộ<sup>21</sup>. Pháp luật Đức không quy định về hình thức của TTHG, tuy nhiên hình thức văn bản sẽ được khuyến khích vì có giá trị chứng cứ không thể chối cãi. Tương tự với hình thức bằng văn bản, nếu TTHG được lập thông qua thông điệp dữ liệu điện tử thì cũng có

17 Thomas Arntz, Eskalationsklauseln: Recht und mehrstufiger Streiterledigungsklauseln, Carl Heymanns Verlag, 2013.

18 Như Điều 242 BGB, Điều 3(3) BLDS 2015. Xem: Hess/Pelzer, tldd, tr. 296.

19 Greger/Unberath, Mediationsgesetz, Sec. 1, Comment 169.

20 Khi một bên kiện bên không thiện chí ra trước tòa án để yêu cầu bên không thiện chí phải trả khoản dự phạt, bên khởi kiện hoàn toàn có thể yêu cầu bên không thiện chí phải bồi hoàn những thiệt hại mà mình phải chịu do việc không tham gia hòa giải của bên không thiện chí gây ra. Xem: Hess/Pelzer, tldd, tr. 296.

21 Hannes Unberath, Mediationsklauseln in der Vertragsgestaltung: Prozessuale Wirkungen und Wirksamkeit, Neue Juristische Wochenschrift, 2011, S.1323.



giá trị tương đương như văn bản<sup>22</sup>. Trên thực tế, các Tòa án Đức chưa bao giờ xác định sự vô hiệu của một TTHG căn cứ vào sự sai phạm về mặt hình thức<sup>23</sup>. Ngược với pháp luật Đức, hình thức của TTHG được pháp luật Việt Nam minh thị rõ ràng, TTHG phải được xác lập bằng văn bản<sup>24</sup>. Mặc dù Nghị định HGTM không đề cập đến việc có chấp nhận các TTHG được xác lập thông qua các thông điệp, dữ liệu điện tử hay không, tuy nhiên, chúng tôi cho rằng, hình thức này sẽ đương nhiên được xem là văn bản vì Bộ luật Dân sự năm 2015, với tư cách là luật chung đã dự liệu rõ ràng<sup>25</sup>.

Do pháp luật Đức không có bất kỳ điều khoản nào nói về hình thức của TTHG, nên trên thực tế đã dẫn đến sự tranh luận về việc liệu rằng các quy định về hình thức của thỏa thuận trọng tài tại Điều 1031 ZPO có thể được áp dụng vào trường hợp của TTHG hay không<sup>26</sup>? Điều 1031 ZPO, được nội luật hóa từ Điều 7 Luật Mẫu về Trọng tài Thương mại quốc tế của UNCITRAL, nhấn mạnh rằng, thỏa thuận trọng tài có thể được xác lập thông qua những hình thức như: (i) thỏa thuận trọng tài có thể nằm trong văn bản được ký bởi các bên, hoặc thông qua việc trao đổi thư từ, fax, điện tín hoặc các hình thức thông tin khác có chứa đựng thỏa thuận trọng tài; (ii) thỏa thuận trọng tài nằm trong một văn bản được chuyển từ bên này đến bên kia hoặc từ một bên thứ ba đến cả hai bên và, nếu không có sự phản đối trong thời gian phù hợp, nội dung của văn bản này sẽ được xem như là một phần của hợp đồng

theo thực tiễn thương mại; (iii) thỏa thuận trọng tài cũng được thành lập từ sự dẫn chiếu đến một điều khoản trọng tài nằm trong một văn bản nhất định; (iv) trong trường hợp một bên là người tiêu dùng thì thỏa thuận trọng tài phải được lập thành văn bản có chữ ký của các bên<sup>27</sup>. Trọng tài hay hòa giải đều là những hình thức giải quyết tranh chấp tư nhân, nơi mà sự linh động và mềm dẻo luôn được đề cao<sup>28</sup>, vì thế, với tinh thần ủng hộ hòa giải (pro-mediation) cũng như ủng hộ các phương pháp giải quyết tranh chấp ngoài tòa án nói chung (pro-ADR)<sup>29</sup>, chúng tôi cho rằng, không có lý do gì những quy định của Điều 1031 ZPO lại không thể được áp dụng cho hình thức của TTHG.

Quay trở lại bối cảnh của luật Việt Nam, việc áp dụng các quy định về hình thức của thỏa thuận trọng tài vào TTHG sẽ gặp nhiều khó khăn vì Điều 11(2) Nghị định HGTM vốn đã hạn định hình thức của TTHG chỉ có thể là văn bản. Vì vậy, để đạt được tinh thần pro-arbitration<sup>30</sup> và pro-ADR, chúng tôi kiến nghị điều khoản này nên được thay thế bằng điều khoản sau: “Hình thức của TTHG giống như hình thức của thỏa thuận trọng tài theo quy định của pháp luật về trọng tài thương mại”.

Một vấn đề nữa cần lưu tâm là sự tồn tại của TTHG. Do chịu ảnh hưởng của quan điểm chỉ công nhận hình thức là văn bản của TTHG nên pháp luật Việt Nam có dự liệu về hai trường hợp mà TTHG có thể tồn tại<sup>31</sup>: tồn tại dưới dạng một điều khoản trong hợp đồng<sup>32</sup> hoặc là một dạng thỏa thuận riêng

22 Điều 126(3) BGB.

23 Rützel/Wegen/Wilske, Commercial Dispute Resolution in Germany, C.H. Beck, 2005, p. 162.

24 Điều 11(2) Nghị định HGTM 2015.

25 Điều 119(1) Bộ luật Dân sự 2015.

26 Xem các ý kiến tranh luận tại Tochtermann in Hopt/Steffek, Mediation, p. 549; Unberath, NJW 2011, 1320, 1322; dissenting; và Risse, Wirtschaftsmediation, section 3 comment 14.

27 Điều 16(2) Luật Trọng tài thương mại của Việt Nam cũng quy định tương tự.

28 Về bản chất, hòa giải linh động hơn trọng tài.

29 Alternative dispute resolution (ADR)- giải quyết tranh chấp,

30 Có nghĩa là ủng hộ trọng tài.

31 Điều 11(1) Nghị định HGTM 2015.

32 Thường được mệnh danh là Điều khoản giải quyết tranh chấp và thường nằm ở cuối hợp đồng, nếu nhìn từ khía cạnh kỹ thuật soạn thảo hợp đồng.

biệt<sup>33</sup>. Ở Đức, mặc dù pháp luật hoàn toàn không quy định về hình thức văn bản như Việt Nam, tuy nhiên, trên thực tế, sự tồn tại của hai trường hợp này là hiện hữu<sup>34</sup>. Chúng tôi cho rằng, sở dĩ như vậy là vì TTHG là một thỏa thuận hoàn toàn độc lập với hợp đồng thương mại giữa các bên nên sự tồn tại của nó là trong hay ngoài hợp đồng thương mại không ảnh hưởng gì đến hiệu lực cũng như tính ràng buộc của TTHG.

TTHG là căn nguyên của cả quy trình hòa giải thương mại, vì các bên không thể mang tranh chấp đến cậy nhờ cơ quan hòa giải giải quyết nếu giữa các bên không tồn tại một TTHG phù hợp. TTHG trước hết là một thỏa thuận dân sự đặc biệt, nên cũng như tất cả mọi thỏa thuận dân sự khác, TTHG tuyệt đối thượng tôn tinh thần tự do thỏa thuận của các bên. Vì lẽ đó, trong các văn bản pháp luật về hòa giải của cả Việt Nam và Đức, không bao hàm những quy định cụ thể

nhằm điều chỉnh nội dung và hình thức của TTHG. Điều này tạo điều kiện để các bên phát huy tối đa sự chủ động và thiện chí của mình khi thiết lập TTHG. Mặc dù HGTM, với tư cách là một dịch vụ giải quyết tranh chấp, đã được một số tổ chức tư nhân, điển hình là các trung tâm trọng tài, triển khai từ khoảng 10 năm nay ở nước ta, nhưng thực tế số lượng vụ việc được giải quyết bằng hòa giải ít hơn nhiều so với trọng tài. Chúng tôi hy vọng rằng, những kinh nghiệm của pháp luật Đức về HGTM nói chung, cũng như TTHG nói riêng, sẽ phần nào hữu ích cho việc thiết lập một hệ thống HGTM hiệu quả và ngày càng tiệm cận với những chuẩn mực HGTM trên thế giới ■

## HOÀN THIỆN CÁC CHẾ TÀI SẢN ...

(Tiếp theo trang 40)

ra được những thông tin chứng minh những tài sản có được là hợp pháp, thì cơ quan công tố sẽ khởi kiện vụ án dân sự để chuyển giao tài sản đã có được cho Nhà nước (Luật này bắt đầu thi hành từ ngày 3/12/2012).

- Ở Singapore, Điều 165 Bộ luật Hình sự năm 2007 quy định: với loại tài sản lớn hơn TS, TN đã kê khai hoặc có TS, TN tăng thêm mà người kê khai không giải trình được một cách hợp lý về nguồn gốc thì người kê khai “sẽ bị phạt tù đến 2 năm, phạt tiền hoặc cả hai hình phạt”.

- Ở Trung Quốc, Điều 395 Luật Hình sự năm 2011 quy định: Bất kỳ công chức nào có tài sản hoặc chi tiêu rõ ràng vượt quá

thu nhập hợp pháp, nếu có sự khác biệt thì có thể bị yêu cầu giải thích về nguồn gốc tài sản của người đó. Nếu công chức không thể giải thích được về nguồn gốc hợp pháp của tài sản, thì phần tài sản vượt quá thu nhập hợp pháp của họ sẽ bị coi là tài sản bất hợp pháp, và bị phạt tù đến 05 năm hoặc cải tạo không giam giữ và tài sản vượt quá thu nhập hợp pháp sẽ bị tịch thu.

Trở lại dự thảo Luật PCTN (sửa đổi) của chúng ta, theo chúng tôi, tài sản bất minh (trong đó chủ yếu là tài sản tham nhũng) thì *phương án tốt nhất, khả thi nhất là phải sung công* (cho dù có thể phải sửa đổi, bổ sung một vài điều của Bộ luật Tố tụng hình sự, Bộ luật Tố tụng dân sự... song việc này hoàn toàn trong tầm tay của cơ quan lập pháp) ■

33 Có thể châm chước gọi là “hợp đồng hòa giải”.

34 Xem: Hess/Pelzer, *Mediation in Germany: Finding the Right Balance between Regulation and Self-Regulation*, in Esplugues/Marquis (chủ biên), *New Developments in Civil and Commercial Mediation*, Springer, 2015, p. 296.



