

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP



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



**SỐ 23 (471)**

**Kỳ 1 - Tháng 12/2022**

- ❖ **NHỮNG LỢI ÍCH TỪ THẺ VÀNG CỦA ỦY BAN CHÂU ÂU ÁP ĐẶT ĐỐI VỚI NGÀNH THỦY SẢN VIỆT NAM**
- ❖ **HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ SỬ DỤNG, QUẢN LÝ THUỐC BẢO VỆ THỰC VẬT TRONG THỰC PHẨM**
- ❖ **CƠ CHẾ ĐẶC THÙ CHO THÀNH PHỐ THUỘC THÀNH PHỐ TRỰC THUỘC TRUNG ƯƠNG TỪ THỰC TIỄN THÀNH PHỐ THỦ ĐỨC**

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

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

## Mục lục Số 23/2022

### NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 03** Những lợi ích từ thẻ vàng của Ủy ban châu Âu áp đặt đối với ngành thủy sản Việt Nam  
**PGS. TS. Ngô Hữu Phước**
- 13** Ứng dụng Học thuyết về tính bất hợp lý để kiểm soát thỏa thuận không cạnh tranh trong quan hệ lao động tại Việt Nam  
**PGS. TS. Đoàn Thị Phương Diệp – ThS. Lê Đình Quang Phúc**
- 20** Tranh chấp về đối xử đặc biệt và khác biệt dành cho các nước đang phát triển theo các Hiệp định về tiêu chuẩn sản phẩm tại WTO  
**ThS. Tào Thị Huệ**

### BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 28** Thẩm quyền giải quyết tranh chấp đất đai của tòa án: một số bất cập và kiến nghị  
**ThS. Lê Thị Bích Chi – TS. Nguyễn Thị Loan**

### THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 35** Bảo đảm quyền con người trong áp dụng biện pháp bắt, giữ người trong tố tụng hình sự  
**TS. Trịnh Duy Thuyên**
- 43** Hoàn thiện quy định tính vốn cho rủi ro ngoại hối theo Thông tư số 41/2016/TT-NHNN  
**ThS. Lê Hữu Nghĩa – ThS. Tống Thị Ngọc Anh – ThS. Vũ Văn Đạt**
- 51** Hoàn thiện pháp luật về quản lý, sử dụng thuốc bảo vệ thực vật trong thực phẩm  
**TS. Trần Vang Phủ - ThS. Trần Thụy Quốc Vang**

### CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG

- 57** Cơ chế đặc thù cho thành phố thuộc thành phố trực thuộc trung ương từ thực tiễn thành phố Thủ Đức  
**TS. Thái Thị Tuyết Dung**



#### HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. Nguyễn Văn Hiến (Chủ tịch)  
GS. TSKH. Đào Trí Úc  
GS. TS. Nguyễn Minh Đức  
TS. Hoàng Xuân Hòa  
TS. Lê Hải Đường  
TS. Lương Minh Tuấn (Thư ký)  
PGS. TS. Trương Hồ Hải  
PGS. TS. Bùi Nguyên Khánh  
PGS. TS. Tô Văn Hòa  
PTS. TS. Vũ Công Giao  
PGS. TS. Ngô Huy Cương  
PGS. TS. Vũ Hồng Anh

#### PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. LƯƠNG MINH TUẤN

#### TRỤ SỞ:

35 NGÔ QUYẾN - HOÀN KIẾM - HÀ NỘI.  
ĐT: 08048376; 024.32121203  
FAX: 0243.2121201  
Email: [nclp@quochoi.vn](mailto:nclp@quochoi.vn)  
Website: <http://lapphap.vn>

#### THIẾT KẾ:

PHẠM VIỆT THÁI

#### 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; 08044732

#### TÀI KHOẢN:

107000943928  
TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP  
NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI CỔ PHẦN  
ĐẠI CHỨNG VIỆT NAM  
(PVCOMBANK), CHI NHÁNH HỘI SỞ CHÍNH

MÃ SỐ THUẾ: 0101138205

IN TẠI CÔNG TY CP PHÁT TRIỂN CÔNG NGHỆ  
IN NGUYỄN KHANG

#### GIÁ: 25.000 ĐỒNG

**Ảnh bìa:** Chủ tịch Quốc hội Vương Đình Huệ hội kiến với Thủ tướng Australia Anthony Albanese trong khuôn khổ chuyến thăm chính thức Australia.

**Ảnh:** Cổng TTĐT Quốc hội

# LEGISLATIVE STUDIES

<http://lapphap.vn>

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

## Legis No 23/2022

### STATE AND LAW

- 03** Positive Viewpoints from Yellow Card by European Commission on Seafood Industry of Vietnam  
**Prof. Dr. Ngo Huu Phuoc**
- 13** Application of Doctrine of Unconscionability for Controlling Non-compete Agreements in Labor Relationship in Vietnam  
**Prof. Dr. Doan Thi Phuong Diep - LLM. Le Dinh Quang Phuc**
- 20** Disputes on Special and Differential Treatments for Developing Countries under the Product Standards Agreements of WTO  
**LLM. Tao Thi Hue**

### DISCUSSION OF BILLS

- 28** Jurisdiction of Land Disputes Settlement of the Court: Inadequacies and Recommendations  
**LLM. Le Thi Bich Chi - Dr. Nguyen Thi Loan**

### LEGAL PRACTICE

- 35** Assurance of Human Rights in Application of Measures to Arrest and Detain People in Criminal Proceedings  
**Dr. Trinh Duy Thuyen**
- 43** Proposed Improvements of Regulations on Capital Calculation for Foreign Exchange Risks under Circular No. 41/2016/TT-NHNN  
**LLM. Le Huu Nghia - LLM. Tong Thi Ngoc Anh - LLM. Vu Van Dat**
- 51** Proposed Improvements of Legal Regulations on Management and Use of Pesticides in Food Processing  
**Dr. Tran Vang Phu - LLM. Tran Thuy Quoc Vang**

### 57 LOCAL GOVERNMENT ADMINISTRATION

The Special Mechanism for Municipal City under a Central City from the Actual Performance of Thu Duc city

**Dr. Thai Thi Tuyet Dung**



#### EDITORIAL BOARD:

Dr. Nguyen Van Hien (Chairman)  
Prof. Dr. Dao Tri Uc  
Prof. Dr. Nguyen Minh Duc  
Dr. Hoang Xuan Hoa  
Dr. Le Hai Duong  
Dr. Luong Minh Tuan (Secretary)  
Prof. Dr. Truong Ho Hai  
Prof. Dr. Bui Nguyen Khanh  
Prof. Dr. To Van Hoa  
Prof. Dr. Vu Cong Giao  
Prof. Dr. Ngo Huy Cuong  
Prof. Dr. Vu Hong Anh

#### CHIEF EDITOR IN CHARGE:

Dr. LUONG MINH TUAN

#### OFFICE:

35 NGO QUYEN - HOAN KIEM - HA NOI.  
ĐT: 08048376; 024.32121203  
FAX: 0243.2121201  
Email: [nclp@quochoi.vn](mailto:nclp@quochoi.vn)  
Website: <http://lapphap.vn>

#### DESIGN:

PHAM VIET THAI

#### LISENCE OF PUBLISHMENT:

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

#### DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202; 08044732

#### ACCOUNT NUMBER:

107000943928  
JOURNAL OF LEGISLATIVE STUDIES  
VIETNAM PUBLIC JOINT STOCK  
COMMERCIAL BANK  
(PVCOMBANK)

TAX CODE: 0101138205

PRINTED BY NGUYEN KHANG PRINTING  
TECHNOLOGY DEVELOPMENT JOINT STOCK  
COMPANY

PRICE: **25.000 VND**

# NHỮNG LỢI ÍCH TỪ THẺ VÀNG CỦA ỦY BAN CHÂU ÂU ÁP ĐẶT ĐỐI VỚI NGÀNH THỦY SẢN VIỆT NAM

**Ngô Hữu Phước**

*PGS.TS. Khoa Luật Kinh tế, Trường Đại học Kinh tế-Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh*

**Thông tin bài viết:**

*Từ khóa:* IUU; Việt Nam; thẻ vàng; khai thác đánh bắt cá bền vững.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 05/10/2022  
Biên tập : 16/11/2022  
Duyệt bài : 18/11/2022

**Tóm tắt:**

Trên cơ sở làm sáng tỏ khái niệm và nội hàm của hành vi đánh bắt bất hợp pháp, không có báo cáo và không theo quy định (Illegal, Unreported and Unregulated Fishing - IUU); pháp luật và quy trình áp đặt thẻ vàng, thẻ đỏ của Ủy ban châu Âu - EC đối với ngành thủy sản các quốc gia có hành vi IUU, tác giả bài viết này trình bày, làm rõ những lợi ích mà thẻ vàng của Ủy ban châu Âu mang lại cho Việt Nam nhìn từ các khía cạnh: (i) xây dựng và hoàn thiện pháp luật về thủy sản; (ii) thay đổi nhận thức của các chủ thể tham gia vào hoạt động khai thác, hỗ trợ khai thác IUU, kinh doanh sản phẩm thủy sản có nguồn gốc từ IUU; (iii) quản lý, bảo tồn nguồn lợi thủy sản, đa dạng sinh học và khai thác thủy sản bền vững, có trách nhiệm. Đồng thời, tác giả bài viết đưa ra một số kiến nghị góp phần phòng ngừa, ngăn chặn và loại bỏ IUU tại Việt Nam.

**Article Infomation:**

*Keywords:* IUU; Vietnam; yellow card; sustainable fishing.  
Received : 05 Oct. 2022  
Edited : 16 Nov. 2022  
Approved : 18 Nov. 2022

**Abstract:**

Along with of clarification of the concept and connotations of illegal, unreported and unregulated fishing - IUU; the European Commission's (EC) legal process of imposing yellow and red cards on the fisheries of countries that exhibits IUU behavior, the author provides discussions and clarification of the benefits that the yellow card of the European Commission might grant to Vietnam with a view from the following aspects: (i) development and improvements of the legal regulations on fisheries; (ii) change in the perception of actors involving in fishing activities, supporting IUU fishing, trading in aquatic products derived from IUU; (iii) management and conservation of aquatic resources, biodiversity and fishing in a responsible and sustainable manner. The author also gives out a number of recommendations with an aim of the prevention, containment and elimination of IUU in Vietnam.

## 1. Tổng quan về khai thác IUU và các biện pháp trừng phạt thương mại của Liên minh châu Âu đối với hành vi khai thác IUU

### 1.1. Định nghĩa về khai thác IUU

Với quyết tâm xây dựng nghề cá quốc tế bền vững được FAO khởi xướng và thông qua

trong Bộ quy tắc ứng xử về nghề cá có trách nhiệm (CCRF<sup>1</sup>) năm 1995, ngày 02/3/2001, Kế hoạch hành động quốc tế ngăn chặn, giảm thiểu và loại trừ IUU - IPOA-IUU<sup>2</sup> đã được Ủy ban nghề cá - COFI<sup>3</sup> của FAO thông qua. Về nội dung, IPOA-IUU đã “*cung cấp cho*

<sup>1</sup> Viết tắt từ tên tiếng Anh: The 1995 FAO Code of Conduct for Responsible Fisheries-CCRF.

<sup>2</sup> International Plan of Action to Prevent, Deter and Eliminate Illegal, Unreported and Unregulated Fishing. Xem toàn văn tại địa chỉ <https://www.fao.org/3/Y1224E/y1224e.pdf>.

<sup>3</sup> The FAO Committee on Fisheries.

*các quốc gia sự toàn diện, hiệu quả và minh bạch các biện pháp để hành động*<sup>4</sup> chống lại IUU. Đồng thời, IPOA-IUU là văn kiện quốc tế tự nguyện “voluntary instrument” đầu tiên định nghĩa và làm rõ nội hàm của IUU một cách đầy đủ và toàn diện nhất.

Theo Mục II, đoạn 3 của IPOA-IUU, IUU, “*Đánh bắt cá bất hợp pháp - Illegal fishing*” là hoạt động đánh bắt cá do công dân hay tàu thuyền nước ngoài thực hiện trong vùng biển thuộc quyền tài phán của một quốc gia mà không có giấy phép hoặc trái với các quy định và pháp luật của quốc gia đó; hoặc do tàu thuyền mang cờ của các quốc gia là thành viên của một tổ chức quản lý nghề cá khu vực (Regional Fisheries Management Organization-RFMO<sup>5</sup>) nhưng hoạt động trái với các biện pháp quản lý và bảo tồn của tổ chức đó và các biện pháp mà quốc gia mà tàu mang cờ có nghĩa vụ phải thực hiện hoặc trái với các quy định có liên quan của pháp luật quốc tế; hoặc vi phạm pháp luật quốc gia hay các nghĩa vụ quốc tế, bao gồm các nghĩa vụ mà các quốc gia liên quan cam kết với RFMO<sup>6</sup>.

“*Đánh bắt cá không báo cáo - Unreported fishing*” là hoạt động đánh bắt cá nhưng không báo cáo cho các cơ quan có thẩm quyền hoặc có báo cáo nhưng trái với quy định của pháp luật quốc gia liên quan; hoặc được thực hiện trong khu vực thuộc phạm vi quản lý của RFMO mà tổ chức này không được báo cáo hay được báo cáo sai với quy định của tổ chức đó<sup>7</sup>.

“*Đánh bắt cá không theo quy định - Unregulated fishing*” là hoạt động đánh bắt cá trong khu vực thuộc phạm vi quản lý của

RFMO, do tàu không quốc tịch, hoặc mang quốc tịch của quốc gia không là thành viên của tổ chức đó, hoặc do một tổ chức đánh bắt cá theo cách thức trái với biện pháp bảo tồn và quản lý của RFMO đó; hoặc trong khu vực hoặc đối với nguồn cá không được điều chỉnh bởi bất kỳ biện pháp bảo tồn hay quản lý nào và trong khu vực mà hoạt động đánh bắt được thực hiện theo cách thức trái với trách nhiệm của một quốc gia trong việc bảo tồn tài nguyên sinh vật theo luật quốc tế<sup>8</sup>.

Tuy chỉ là một văn kiện có tính chất tự nguyện (*voluntary instrument*), nhưng IPOA-IUU là công cụ quốc tế cụ thể đầu tiên được thông qua để chống đánh bắt IUU<sup>9</sup>. IPOA-IUU đã xác định, mọi chủ thể của pháp luật về nghề cá quốc tế gồm, quốc gia tàu mang cờ, quốc gia ven biển, quốc gia có cảng, quốc gia là thị trường tiêu thụ và các tổ chức nghề cá khu vực - RFMO, đều phải có trách nhiệm trong việc phòng, chống đánh bắt IUU. Việc thực hiện IPOA-IUU hoàn toàn phụ thuộc vào ý chí chính trị của các quốc gia. Tuy nhiên, do được thông qua trong khuôn khổ của CCRF năm 1995, văn kiện nghề cá toàn cầu được phổ biến rộng rãi nhất nên IPOA-IUU có ảnh hưởng rất tích cực trong quá trình xem xét, đánh giá các biện pháp thực thi pháp luật của quốc gia ven biển đối với hành vi IUU.

### **1.2. Pháp luật và quy trình áp đặt thể vàng, thể đỏ của Ủy ban châu Âu-EC đối với ngành thủy sản các quốc gia có hành vi IUU**

Là khu vực tiên phong trong việc xây dựng và thực thi các biện pháp phòng ngừa, ngăn

<sup>4</sup> Food and Agriculture Organization of the United Nations. About IPOA-IUU. Available online: <http://www.fao.org/fishery/ipoa-iuu/en> (accessed on 20 May 2020). Sustainability 2020, 12, 6013 12 of 14.

<sup>5</sup> Xem danh sách các tổ chức nghề cá khu vực tại địa chỉ website: <https://www.fao.org/3/Y3274E/y3274e08.htm#fn69>.

<sup>6</sup> Xem đoạn 3.1 của IPOA-IUU tại địa chỉ: <https://www.fao.org/3/Y1224E/y1224e.pdf>.

<sup>7</sup> Xem đoạn 3.2 của IPOA-IUU tại địa chỉ: <https://www.fao.org/3/Y1224E/y1224e.pdf>

<sup>8</sup> Xem đoạn 3.3 của IPOA-IUU tại địa chỉ: <https://www.fao.org/3/Y1224E/y1224e.pdf>

<sup>9</sup> Edeson, W. The International Plan of Action on Illegal Unreported and Unregulated Fishing: The Legal Context of a Non-Legally Binding Instrument. Mar. Coast. Law J. 2001, 16, 603-623. [CrossRef].

chặn, kiểm soát và loại bỏ hành vi khai thác IUU, ngày 29/9/2008, EC đã ban hành Quy định số 1005/2008 nhằm thực hiện Chiến lược của EU về phòng, chống IUU thông qua việc áp đặt các biện pháp thương mại đối với tàu cá và các quốc gia ủng hộ IUU. Quy định này có hiệu lực từ ngày 01/01/2010. Với quy định này, EU đã chính thức thiết lập một hệ thống trên toàn EU nhằm ngăn chặn và loại bỏ việc nhập khẩu các sản phẩm hải sản do khai thác IUU vào thị trường EU. Tính đến tháng 5/2022, EU đã cảnh báo thẻ vàng và phạt thẻ đỏ đối với 27 lượt quốc gia và vùng lãnh thổ trong đó có Việt Nam<sup>10</sup>. Về nội dung, với 12 Chương, 57 Điều, Quy định số 1005-2008 ngày 29/9/2008 bao gồm 4 nội dung cơ bản sau đây:

*Một là, các hành vi bị EC xác định là IUU.*

Theo Điều 3 của Quy định này, EC coi 12 hành vi sau đây là hành vi IUU:

(1) Đánh bắt cá mà không có giấy phép hợp lệ, không được quốc gia tàu treo cờ hay quốc gia ven biển có liên quan cấp phép hay cho phép; hoặc

(2) Không hoàn thành nghĩa vụ lưu và báo cáo dữ liệu liên quan, bao gồm dữ liệu được truyền bởi hệ thống giám sát tàu qua vệ tinh, hoặc thông báo trước theo Điều 6, hoặc

(3) Đánh bắt cá trong khu vực khép kín, vào thời điểm mùa vụ đã kết thúc, không được cấp hoặc sau thời hạn được cấp hạn ngạch, đánh bắt quá độ sâu cho phép; hoặc

(4) Đánh bắt loài được tạm dừng đánh bắt hoặc loài cấm đánh bắt;

(5) Sử dụng công cụ đánh bắt bị cấm hoặc không đúng quy định; hoặc

(6) Làm giả hay che dấu dấu vết, danh tính hay đăng kiểm;

(7) Che dấu, giả mạo hay hủy chứng cứ liên quan đến một công tác điều tra, hoặc

(8) Cản trở công việc của cán bộ chức năng thực hiện nhiệm vụ thẩm tra sự tuân thủ đối với các biện pháp bảo tồn và quản lý, cản trở công việc của quan sát viên thực hiện nhiệm vụ thị sát sự tuân thủ các nguyên tắc áp dụng của cộng đồng; hoặc

(9) Đưa lên khoang, chuyển tải hay chở cá nhỏ quá cỡ, trái với điều luật hiện đang có hiệu lực; hoặc

(10) Chuyển tải hay cùng tham gia hoạt động đánh bắt, hỗ trợ hay tiếp ứng cho các tàu đánh bắt đã được xác định có thực hiện hành vi đánh bắt bất hợp pháp, không báo cáo và không theo quy định theo Quy định này, đặc biệt các tàu bị đưa vào danh sách tàu đánh bắt bất hợp pháp, không báo cáo và không theo quy định của cộng đồng hoặc của một tổ chức quản lý nghề cá khu vực; hoặc

(11) Thực hiện hoạt động đánh bắt cá trong khu vực quản lý của một tổ chức quản lý nghề cá khu vực theo cách thức không nhất quán hoặc trái với các biện pháp bảo tồn và quản lý của tổ chức, treo cờ của quốc gia không phải là thành viên của tổ chức, không hợp tác với tổ chức theo quy định của tổ chức; hoặc

(12) Không mang quốc tịch và do vậy là tàu không có quốc gia chủ quyền, theo pháp luật quốc tế.

*Hai là, về Chương trình chứng nhận khai thác (Catch certificate scheme).*

Chương trình này được áp dụng đối với tất cả đội tàu khai thác cập cảng, trung chuyển của EU và của nước thứ 3 tại các cảng của EU, và tất cả các sản phẩm hải sản được xuất từ hay nhập khẩu vào EU<sup>11</sup>. Quy định này nhằm đảm

<sup>10</sup> Xem danh sách này tại địa chỉ : [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2017/614599/EPRS\\_ATA\(2017\)614599\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2017/614599/EPRS_ATA(2017)614599_EN.pdf), truy cập 15h ngày 19/7/2022. 09 quốc gia đang bị phạt thẻ vàng là: Saint Kitts & Nevis, Sierra Leone, Trinidad and Tobago, Liberia, Việt Nam, Ecuador, Cameroon, Gana, Panama.

<sup>11</sup> Hiện tại Quy định IUU của EU không bao gồm các sản phẩm nuôi. Xem thông tin tại địa chỉ: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2011.057.01.0010.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2011.057.01.0010.01.ENG).

bảo không có sản phẩm bị khai thác IUU nào vào được thị trường EU. Quy định này đã yêu cầu các nước xuất khẩu thủy sản sang EU phải có chứng nhận nguồn gốc và tính hợp pháp của các sản phẩm thủy sản thông qua việc sử dụng giấy chứng nhận khai thác (Điều 13, 14). Các biện pháp này nhằm đảm bảo rằng, các quốc gia tuân thủ các quy định quản lý và bảo tồn của mình cũng như các quy định khác đã được thỏa thuận trên thế giới có thể được áp dụng đối với nghề cá có liên quan. Cho đến nay, đã có hơn 90 quốc gia trên thế giới thông báo với EC về việc họ có các công cụ pháp lý cần thiết, các thủ tục riêng và các cơ chế hành chính phù hợp để chứng nhận các sản phẩm khai thác của các tàu mang quốc tịch của mình. Một số quốc gia nhập khẩu thủy sản nhiều nhất trong khối EU như Đức, Tây Ban Nha và Pháp đã nhận từ 40.000 đến 60.000 chứng nhận khai thác mỗi năm, tức là từ 110 đến 165 giấy chứng nhận mỗi ngày<sup>12</sup>.

**Ba là, về quy trình ban hành thẻ cho nước thứ 3.**

Đây là nội dung rất quan trọng của Quy định số 1005/2008 của EC nhằm yêu cầu các nước xuất khẩu thủy sản sang EU, hay các nước cho các tàu đăng ký quốc tịch tham gia vào chuỗi cung ứng thủy sản cho EU, phải hợp tác trong cuộc chiến chống lại nạn khai thác IUU. Các quốc gia được xác định là không có các biện pháp phù hợp nhằm đảm bảo khai thác hợp pháp sẽ bị cảnh cáo chính thức (nhận “thẻ vàng”) để cải thiện. Nếu các quốc gia này không cải thiện, họ sẽ đối mặt với lệnh cấm xuất khẩu sang thị trường EU (nhận “thẻ đỏ”). Còn nếu các nước này đã có những cải cách cần thiết, họ sẽ được xóa cảnh báo (nhận “thẻ xanh”).

Theo quy định này, EC sẽ xem xét kỹ để đánh giá việc tuân thủ của nước thứ 3 trong nghĩa vụ của họ về việc cấp quốc tịch cho tàu, bờ biển, cảng biển hay tình trạng thị trường theo quy định quốc tế<sup>13</sup>. Tiếp đó, EC sẽ tiến hành đối thoại với các cơ quan thẩm quyền của nước thứ 3 để đánh giá các hệ thống hiện có để chống lại nạn khai thác IUU với các nội dung: (1) Sự tuân thủ của khung pháp lý của nước thứ 3 đối với các yêu cầu về quản lý và bảo tồn nghề cá quốc tế, ví dụ như đăng ký của các đội tàu, hệ thống giám sát, kiểm tra và thực thi, và các biện pháp trừng phạt; (2) Việc thông qua các công cụ quốc tế và sự tham gia vào hợp tác khu vực và đa phương, bao gồm các thành viên của các RFMOs và tuân thủ các biện pháp bảo tồn và quản lý của RFMO đó (ví dụ: báo cáo, các quan sát viên, và danh sách các tàu được cấp phép); (3) Việc thực hiện các biện pháp nghề cá thích hợp và bảo tồn, phân bổ các nguồn lực, và thiết lập các hệ thống cần thiết nhằm đảm bảo việc kiểm soát, giám sát và thực thi các hoạt động khai thác trong và ngoài vùng biển chủ quyền, ví dụ: một hệ thống cấp phép chính xác và danh sách cập nhật các tàu được ủy quyền. EC cũng đã tính đến các hạn chế cụ thể của các nước đang phát triển và năng lực hiện có của các cơ quan có thẩm quyền của các nước này, đặc biệt trong việc giám sát, kiểm soát và thực thi hoạt động khai thác<sup>14</sup>.

Quá trình đối thoại cung cấp một khung làm việc cho EU để hỗ trợ xây dựng năng lực và cung cấp kỹ thuật nhằm nâng cao việc quản lý và giám sát nghề cá của nước thứ 3. Quy trình này gồm 05 bước sau đây:

**Bước 1:** Đối thoại: EC bắt đầu đối thoại với các cơ quan có thẩm quyền của nước thứ 3 để biết hệ thống nào đang có sẵn nhằm chống lại nạn khai thác IUU. Các quốc gia thường lựa chọn dựa trên sự liên quan đến ngành thủy

<sup>12</sup> Xem: <https://vasep.com.vn/chong-khai-thac-iuu/quy-dinh-cua-eu/tong-quan-ve-quy-dinh-iuu-cua-eu-4724.html>, truy cập 10h ngày 20/7/2022.

<sup>13</sup> Mục 31 (3), Quy định số 1005/2008 của EC ngày 29/9/2008.

<sup>14</sup> Mục 31(5) và 31(7) trong quy định IUU của EU.

sản của EU như quốc tịch của tàu, bờ biển, cảng hay tình trạng thị trường. Cuộc đối thoại này có thể kéo dài vài tháng, thậm chí vài năm.

*Bước 2:* Hợp tác với EU: Các cơ quan có thẩm quyền của quốc gia thứ 3 sẽ hợp tác với EU nhằm giải quyết mọi vấn đề về việc tuân thủ các biện pháp pháp để cải thiện hệ thống quản lý, giám sát nghề cá của quốc gia theo khuyến nghị của EC. Nếu EC có bằng chứng về những sai sót đáng kể trong hệ thống quản lý, giám sát nghề cá nhằm chống lại hành vi khai thác IUU hoặc thiếu hoặc không hợp tác với EU thì EC sẽ quyết định cảnh báo chính thức “phạt thẻ vàng”. Quyết định này sẽ được công bố công khai trên các tạp chí và website của EU.

*Bước 3:* Đánh giá và cải cách: Sau khi bị cảnh báo thẻ vàng, các quốc gia có thời gian từ 6 tháng hoặc lâu hơn để giải quyết những thiếu sót đã được xác định nhằm phù hợp với Kế hoạch hành động của EU đưa ra khi ban hành thẻ vàng.

*Bước 4:* Xử phạt bổ sung, phạt “Thẻ đỏ”:  
Nếu việc cải cách không được thực hiện hoặc thực hiện không hiệu quả, không kịp thời thì các quốc gia này có thể bị phạt thẻ đỏ. Điều này sẽ dẫn tới việc cấm nhập khẩu các sản phẩm thủy sản được khai thác bởi các tàu mang quốc tịch của quốc gia bị phạt thẻ đỏ vào EU. Quyết định này sẽ được công bố công khai trên các tạp chí và website của EU.

*Bước 5:* Xoá thẻ vàng, thẻ đỏ: Nếu các quốc gia bị phạt thẻ vàng hoặc thẻ đỏ có bằng chứng đã khắc phục những thiếu sót, hạn chế của việc quản lý, giám sát nghề cá, loại bỏ khai thác IUU thì EC sẽ xem xét và xoá thẻ vàng hoặc thẻ đỏ đã ban hành đối với quốc gia đó.

Ngoài ra, Quy định số 1005/2008 của EC yêu cầu các nước thành viên của EU xử phạt đối với bất kỳ cá nhân hay tổ chức có cơ sở tại EU nào có liên quan đến hoạt động khai thác và xuất nhập khẩu các sản phẩm khai thác từ IUU, bằng các biện pháp trừng phạt hiệu quả, tương xứng và có tính ngăn chặn. Theo đó, EC sẽ xử phạt các tàu khai thác của EU đã tham gia trực tiếp vào hoạt động khai thác IUU, và các tàu không mang cờ EU nhưng thuộc sở hữu của EU, hoặc; các công dân EU hưởng lợi về mặt tài chính từ lợi nhuận của họ. Theo đó, Quy định này cấm mọi công dân EU tham gia hoặc ủng hộ các hoạt động đánh bắt IUU dưới bất kỳ quốc tịch nào, trực tiếp hoặc gián tiếp, và quy định các biện pháp trừng phạt trong trường hợp vi phạm các điều khoản này. Trong trường hợp vi phạm, các nước EU phải áp dụng mức phạt tối đa gấp 5 lần giá trị các sản phẩm thủy sản được cho là vi phạm và gấp 8 lần giá trị các sản phẩm thủy sản trong trường hợp vi phạm lặp đi lặp lại trong vòng 5 năm<sup>15</sup>.

## 2. Những lợi ích của Việt Nam sau khi bị cảnh báo thẻ vàng của EU

### 2.1. Hoàn thiện hệ thống pháp luật về khai thác thủy sản trên biển

Sau khi được EC khuyến nghị về các biện pháp nhằm phòng, chống khai thác IUU, Việt Nam đã rất nỗ lực và khẩn trương hoàn thiện khung pháp lý nhằm đấu tranh phòng, chống IUU<sup>16</sup>. Với quyết tâm đó, cả hệ thống chính trị của Việt Nam đã vào cuộc chiến “chống khai thác IUU”, đặc biệt là Quốc hội đã ban hành Luật Thủy sản vào ngày 21/11/2017. Sau khi EC áp đặt biện pháp thẻ vàng đối với ngành

<sup>15</sup> Điều 44 của Quy định số 1005-2008 ngày 29/9/2008 của EC.

<sup>16</sup> Từ ngày 13 đến ngày 19/5/2017, đoàn công tác của EU đã đến Việt Nam để kiểm tra hoạt động tuân thủ các quy định của EU về IUU và đã đưa ra 05 khuyến nghị đối với Việt Nam để phòng, chống khai thác IUU gồm: (i) Hoàn thiện thể chế quản lý; (ii) Quản lý đội tàu khai thác phù hợp với nguồn lợi; (iii) Hoàn thiện hệ thống kiểm tra giám sát tàu cá trên biển và tại cảng; (iv) Thực xác nhận, chứng nhận nguồn gốc nguyên liệu thủy sản và (v) Ngăn chặn, chấm dứt tàu cá Việt Nam khai thác bất hợp pháp ở vùng biển nước ngoài. Xem: <https://tienphong.vn/vi-sao-eu-gio-the-vang-voi-thuy-san-viet-nam-post986016.tpo>, truy cập 10h ngày 20/7/2022.



Thủy sản Việt Nam vào ngày 23/10/2017 thì Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn và chính quyền các địa phương ven biển đã ban hành hàng loạt các văn bản pháp luật với quyết tâm nhanh chóng tháo gỡ thẻ vàng và xây dựng nghề cá Việt Nam bền vững, có trách nhiệm phù hợp với chuẩn mực pháp lý quốc tế.

Cụ thể, Chính phủ đã ban hành 02 nghị định quan trọng gồm: (i) Nghị định số 26/2019/NĐ-CP ngày 08/3/2019 quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Thủy sản; (ii) Nghị định số 42/NĐ-CP ngày 16/5/2019 quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực thủy sản. Hai Nghị định này đã hướng dẫn, chi tiết hoá, cụ thể hoá các quy định của Luật Thủy sản năm 2017 để thực thi hiệu quả đạo luật này, trong đó có nhiều quy định quan trọng nhằm phòng, chống và loại bỏ khai thác IUU, đặc biệt là quy định rõ các hành vi IUU và khung chế tài đối với các loại hành vi IUU.

Thủ tướng Chính phủ đã ban hành 02 quyết định có tính chiến lược nhằm phòng, chống khai thác IUU gồm: Quyết định số 78/QĐ-TTg ngày 16/01/2018 về việc phê duyệt Kế hoạch hành động quốc gia nhằm ngăn chặn, giảm thiểu và loại bỏ khai thác hải sản bất hợp pháp, không báo cáo và không theo quy định đến năm 2025; Quyết định số 757/

QĐ-TTg ngày 04/6/2020 về việc phê duyệt Kế hoạch thực hiện Hiệp định về biện pháp quốc gia có cảng nhằm phòng ngừa, ngăn chặn và xóa bỏ khai thác thủy sản bất hợp pháp, không báo cáo và không theo quy định của (FAO) đến năm 2025.

Bộ trưởng Bộ NN&PTNT đã ban hành 8 thông tư<sup>17</sup> và nhiều quyết định nhằm cụ thể hoá các quy định của Luật Thủy sản về phòng ngừa, ngăn chặn và loại bỏ IUU. Đặc biệt là, Quyết định số 4840/QĐ-BNN-TCTS ngày 23/11/2017 phê duyệt Kế hoạch thực hiện một số giải pháp cấp bách khắc phục cảnh báo của Ủy ban châu Âu về khai thác bất hợp pháp không báo cáo, không theo quy định; Quyết định số 670/QĐ-BNN-TCTS ngày 26/02/2018 Phê duyệt kế hoạch thực hiện Chỉ thị số 45/CT-TTg ngày 13/12/2017 của Thủ tướng Chính phủ về một số nhiệm vụ, giải pháp cấp bách để khắc phục cảnh báo của Ủy ban châu Âu về chống khai thác bất hợp pháp, không báo cáo và không theo quy định; Quyết định số 2840/QĐ-BNN-TCTS, ngày 28/6/2021 về việc Chỉ định và công bố danh sách cảng biển cho tàu đánh bắt thủy sản, tàu vận chuyển, chuyên tải thủy sản, sản phẩm thủy sản có nguồn gốc từ khai thác của nước ngoài cập cảng để thực hiện hoạt động nhập khẩu, tạm nhập, tái xuất, chuyển khẩu, quá cảnh; Quyết định số 3919/QĐ-BNN-TCTS ngày 11/10/2019 về việc Chỉ định và công

<sup>17</sup> Thông tư số 19/2018/TT-BNNPTNT ngày 15/11/2018 Hướng dẫn về bảo vệ và phát triển nguồn lợi thủy sản; Thông tư số 21/2018/TT-BNNPTNT ngày 15/11/2018 quy định ghi, nộp báo cáo, nhật ký khai thác thủy sản; công bố cảng cá chỉ định xác nhận nguồn gốc thủy sản từ khai thác; danh sách tàu cá khai thác thủy sản bất hợp pháp; xác nhận nguyên liệu, chứng nhận nguồn gốc thủy sản khai thác; Thông tư số 22/2018/TT-BNNPTNT ngày 15/11/2018 hướng dẫn về thuyền viên tàu cá, tàu công vụ thủy sản; Thông tư số 23/2018/TT-BNNPTNT ngày 15/11/2018 quy định về đăng kiểm viên tàu cá; công nhận cơ sở đăng kiểm tàu cá; bảo đảm an toàn kỹ thuật tàu cá, tàu kiểm ngư; đăng ký tàu cá, tàu công vụ thủy sản; xóa đăng ký tàu cá và đánh dấu tàu cá; Thông tư 24/2018/TT-BNNPTNT ngày 18/11/2018 quy định việc cập nhật, khai thác và quản lý cơ sở dữ liệu quốc gia về thủy sản; Thông tư số 25/2018/TT-BNNPTNT ngày 15/11/2018 quy định trình tự, thủ tục đánh giá rủi ro, cấp phép nhập khẩu thủy sản sống; Thông tư số 36/2018/TT-BNNPTNT ngày 25/12/2018 sửa đổi Thông tư số 26/2016/TT-BNNPTNT quy định về kiểm dịch động vật, sản phẩm động vật thủy sản; Thông tư số 01/2022/TT-BNNPTNT ngày 18/01/2022 sửa đổi, bổ sung một số Thông tư trong lĩnh vực thủy sản.

bổ danh sách cảng biển cho tàu đánh bắt thủy sản, tàu vận chuyển, chuyên tải thủy sản, sản phẩm thủy sản có nguồn gốc từ khai thác của nước ngoài cập cảng để thực hiện hoạt động nhập khẩu, tạm nhập, tái xuất, chuyển khẩu, quá cảnh; Quyết định số 3621/QĐ-BNN-TCTS ngày 18/09/2019 về việc công bố danh sách cảng cá chỉ định có đủ hệ thống xác nhận nguồn gốc thủy sản từ khai thác.

Về nội dung, pháp luật Việt Nam về phòng, chống, ngăn ngừa và loại bỏ khai thác IUU, đặc biệt là Luật Thủy sản năm 2017 (Luật Thủy sản), đạo luật cơ bản của lĩnh vực pháp luật này đã quy định khá toàn diện từ định nghĩa và chi tiết hoá các hành vi khai thác IUU. Đây là minh chứng của việc tiếp nhận và nội luật hoá pháp luật quốc tế của Việt Nam, đặc biệt là nội luật hoá CCRF, IPOA-IUU, Hiệp định UNFSA 1995 và pháp luật của EU về phòng ngừa, xác định và loại bỏ IUU nhằm xây dựng nghề cá phát triển bền vững, có trách nhiệm. Luật Thủy sản là đạo luật đầu tiên của Việt Nam quy định về “khai thác thủy sản bất hợp pháp, không báo cáo, không theo quy định” gọi tắt là “khai thác thủy sản bất hợp pháp” và là hành vi bị nghiêm cấm trong hoạt động thủy sản<sup>18</sup>. Tiếp đó, Điều 3 Nghị định số 26/2019/NĐ-CP ngày 08/3/2019 quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Thủy sản đã định nghĩa 3 hành vi “Khai thác thủy sản bất hợp pháp”, “Khai thác thủy sản không báo cáo” và “Khai thác thủy sản không theo quy định” tương tự như định nghĩa của IPOA-IUU.

Đặc biệt, khoản 1 Điều 60 Luật Thủy sản đã liệt kê 14 hành vi khai thác bất hợp pháp hoàn toàn tương thích với các hành vi được quy định tại Điều 3 của Quy định số 1005-2008 ngày 29/8/2008 của EC. Đồng thời, Luật Thủy sản còn quy định các nội dung, biện pháp nhằm phòng ngừa, ngăn chặn và loại bỏ IUU

như: Hợp tác quốc tế chống IUU (khoản 5 Điều 8); nhật ký khai thác của tàu IUU (điểm h khoản 2 Điều 55); trách nhiệm của chủ tàu có hành vi khai IUU (khoản 6 Điều 73); trách nhiệm của thuyền trưởng vi phạm IUU (điểm i khoản 3 Điều 75); nhiệm vụ và nghĩa vụ của cảng cá trong Giấy xác nhận khai thác, phối hợp với tổ chức kiểm soát hoạt động khai thác IUU và nhiệm vụ của chủ tàu, thuyền trưởng ra, vào cảng cá (Điều 81, 82, 83). Bên cạnh đó, Luật Thủy sản 2017 cũng đã trừ định các chế tài cụ thể đối với hành vi IUU. Theo đó, nếu tổ chức, cá nhân vi phạm thì tùy theo mức độ vi phạm mà có thể bị xử lý hành chính hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của pháp luật (khoản 2 Điều 60 Luật Thủy sản).

## ***2.2 Thay đổi nhận thức của các chủ thể tham gia vào hoạt động khai thác, hỗ trợ khai thác IUU, kinh doanh sản phẩm thủy sản có nguồn gốc từ IUU***

Cùng với việc ban hành pháp luật và chính sách về nghề cá, trong thời gian qua Chính phủ, Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn (NN&PTNT), các Bộ, Ngành có liên quan, đặc biệt là Bộ đội Biên phòng, Cảnh sát biển, Kiểm ngư, các địa phương, Hội nghề cá Việt Nam-Vinafis, Hiệp Hội chế biến và xuất khẩu thủy sản Việt Nam-Vasep đã thực hiện nhiều chương trình, biện pháp nhằm tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân, doanh nghiệp tham gia vào hoạt động khai thác, kinh doanh sản phẩm thủy sản. Các hoạt động này đã giúp cho ngư dân, doanh nghiệp hiểu rõ hơn, nhận thức tốt hơn quy định của pháp luật quốc tế và pháp luật Việt Nam về khai thác thủy sản bền vững, có trách nhiệm; tác hại và hậu quả pháp lý của hoạt động khai thác IUU; về bảo vệ môi trường biển, đa dạng sinh học, đặc biệt là tuyên truyền để ngư dân không khai thác IUU trên vùng biển của các quốc gia trong khu vực. Thực tiễn đó có thể

<sup>18</sup> Khoản tại khoản 6 Điều 7 Luật Thủy sản.

khẳng định rằng, nếu không bị EC cảnh báo thẻ vàng thì chúng ta không thể triển khai đồng bộ, quyết liệt và toàn diện với sự vào cuộc của cả hệ thống chính trị trong gần 5 năm qua nhằm tháo gỡ thẻ vàng và xây dựng nghề cá Việt Nam bền vững, có trách nhiệm, phù hợp với pháp luật quốc tế.

### 2.3. Quản lý, bảo tồn nguồn lợi thủy sản và đa dạng sinh học

Khai thác IUU, đặc biệt là khai thác trong các khu vực bảo tồn, khai thác các loài có nguy cơ cạn kiệt, tuyệt chủng như rùa biển, cá mập, chim hải âu, các loài động vật có vú ở biển; khai thác bằng công cụ, phương pháp tận diệt; khai thác trong khu vực bảo tồn; khai thác vượt quá mức phục hồi; khai thác trong mùa sinh sản của các loài thủy sản quý hiếm, cần được bảo vệ nghiêm ngặt với quy mô công nghiệp phục vụ cho hoạt động thương mại là nguy cơ lớn nhất làm mất cân bằng hệ sinh thái và đa dạng sinh học và nguồn tài nguyên sinh vật biển. Do vậy, IUU sẽ làm suy giảm, cạn kiệt các nguồn gen của các giống loài quý hiếm do nguồn lợi thủy sản bị “đào tận gốc”, làm mất khả năng phục hồi, tái tạo tự nhiên của nguồn lợi thủy sản.<sup>19</sup> Và hệ quả tất yếu là,

khi nguồn thủy sản ở các vùng biển Việt Nam cạn kiệt thì ngư dân lại tìm kiếm, khai thác IUU ở các vùng biển của nước ngoài. Đây là nguyên nhân chính để ngành thủy sản Việt Nam bị EC cảnh báo thẻ vàng và sau gần 5 năm chúng ta vẫn chưa tháo gỡ được<sup>20</sup>.

Bên cạnh đó, khai thác IUU sẽ làm tổn hại đến nguồn lợi tài nguyên sinh vật biển do môi trường sống dễ bị tổn thương bởi việc sử dụng phương tiện đánh bắt bị cấm cũng như việc loại bỏ các loài cá không phải là mục tiêu đánh bắt, kém chất lượng, giá trị dinh dưỡng và xuất khẩu thấp sẽ ảnh hưởng nghiêm trọng đến sự sinh trưởng của nguồn tài nguyên sinh vật biển. Mặt khác, hàng năm có khoảng 8 triệu tấn rác thải nhựa ra biển, trong đó có tới 10% là do các tàu đánh bắt và hỗ trợ đánh bắt IUU vứt bỏ ngư cụ sau khi đánh bắt và hoạt động dài ngày trên biển. Các ngư cụ bị vứt bỏ đó chính là những “cạm bẫy” giết chết các loài sinh vật, đặc biệt là các rạn san hô, các loài có nguy cơ tuyệt chủng và dễ bị tổn thương<sup>21</sup>. Chính vì vậy, việc bị EC áp đặt thẻ vàng là hồi chuông cảnh báo rất hữu ích để chúng ta thêm quyết tâm phòng, chống, ngăn ngừa và loại bỏ đánh bắt IUU. Bởi lẽ, ngăn

<sup>19</sup> Xem thêm: Báo động cạn kiệt hải sản ven bờ tại địa chỉ <https://thuysanvietnam.com.vn/bao-dong-can-kiet-hai-san-ven-bo/>, truy cập 9h ngày 21/7/2022; Hải sản cạn kiệt: “Bảo tồn để bảo đảm sinh kế cho ngư dân”, tại địa chỉ <https://tuoitre.vn/hai-san-can-kiet-dan-bao-ton-de-dam-bao-sinh-ke-cho-ngu-dan-20211225142818711.htm>, truy cập 9h30 ngày 21/9/2022.

<sup>20</sup> Theo thống kê chưa đầy đủ của Bộ đội Biên phòng, từ năm 2017 đến nay xảy ra 340 vụ với 579 tàu, 4.738 ngư dân bị nước ngoài bắt giữ, xử lý. Từ đầu năm 2021 đến hết tháng 11/2021, ngư dân Việt Nam vi phạm vùng biển nước ngoài bị bắt giữ, xử lý là 35 vụ với 53 tàu và 447 ngư dân. Trong đó, ở Malaysia 18 vụ, ở Indonesia 12 vụ, ở Thái Lan 5 vụ (giảm 13 vụ, 23 tàu và 64 ngư dân so với cùng kỳ năm 2020), xem: Việt Tôn (2021), Điều tra phân loại tàu cá có nguy cơ cao vi phạm vùng biển nước ngoài, <https://baotintuc.vn/news-20211202122011114.htm>, truy cập 31/5//2022.

Theo Bộ Nông nghiệp và phát triển nông thôn, từ đầu năm 2022 đến ngày 04/6/2022, cả nước có 32 vụ/52 tàu/453 ngư dân bị nước ngoài bắt giữ, xử lý, xem: Chu Khôi (2022), “*Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn yêu cầu chấm dứt tình trạng tàu cá vi phạm IUU*”, xem thông tin tại địa chỉ <https://vneconomy.vn/bo-nong-nghiep-va-phat-trien-nong-thon-yeu-cau-cham-dut-tinh-trang-tau-ca-vi-pham-iuu.htm>, truy cập 19h ngày 04/6/2022.

<sup>21</sup> Xem thêm: Four Reasons Illegal, Unreported and Unregulated (IUU) Fishing Affects Us and What We Can Do about It, <https://human-wrongs-watch.net/2021/06/08/four-reasons-illegal-unreported-and-unregulated-iuu-fishing-affects-us-and-what-we-can-do-about-it/>, truy cập lúc 12h ngày 23/5/2022.

chặn và loại bỏ khai thác IUU là một trong những giải pháp có tầm quan trọng đặc biệt để nước ta quản lý, bảo tồn, khôi phục nguồn tài nguyên thủy sản vốn đã bị cạn kiệt để bảo vệ nguồn sống cho thế hệ tương lai.

### 3. Kiến nghị

Để phòng ngừa, ngăn chặn và loại bỏ IUU tại Việt Nam hiệu quả hơn, tác giả kiến nghị:

**Một là, rà soát nội dung của các công cụ pháp lý tự nguyện của FAO để xây dựng Bộ quy tắc Nghề cá có trách nhiệm của Việt Nam.**

CCRF năm 1995; IPOA-IUU năm 2001; Hướng dẫn Quốc tế của FAO về quản lý nghề cá biển sâu ở vùng biển cả và bảo vệ các hệ sinh thái biển dễ bị tổn thương năm 2008; Hướng dẫn Tự nguyện về hoạt động của quốc gia treo cờ (VGFSP) năm 2014; và “Hướng dẫn Tự nguyện của FAO về các đề án tài liệu đánh bắt (VGCDs<sup>22</sup>)” năm 2017 là những văn kiện quốc tế có tính tự nguyện, nhưng chúng là “một bước đột phá thực sự” để chống lại việc đánh bắt IUU, là công cụ nghề cá toàn cầu được trích dẫn và được phổ biến rộng rãi trên toàn thế giới, là “khuôn mẫu” cho chính phủ và các bên liên quan đến nghề cá thiết lập các tiêu chuẩn quốc tế về hành vi cho các hoạt động có trách nhiệm nhằm đảm bảo việc bảo tồn, quản lý và phát triển hiệu quả các nguồn lợi thủy sản, tôn trọng đúng mức hệ sinh thái và đa dạng sinh học. Do vậy, các văn kiện này là những “tài liệu” hữu ích cho các quốc gia, tổ chức nghề cá khu vực nghiên cứu, vận dụng để “luật hoá” vào pháp luật quốc gia nhằm phòng ngừa, xác định và loại bỏ đánh bắt IUU hiệu quả hơn. Chính vì vậy, Bộ NN&PTNT cần nghiên cứu nội dung của các văn kiện nêu trên để xây dựng Bộ quy tắc Nghề cá của Việt

Nam, phù hợp với chuẩn mực quốc tế và đặc thù của nghề cá của Việt Nam.

**Hai là, sửa đổi, bổ sung Bộ luật Hình sự hiện hành.**

Việc thiếu vắng tội danh “khai thác thủy sản bất hợp pháp” trong Bộ luật Hình sự hiện hành là một trong những nguyên nhân làm cho các chủ thể khai thác IUU có tâm lý “nhờn luật”, vì các chế tài đối với hành vi này chưa thật nghiêm khắc và chỉ là xử phạt vi phạm hành chính. Do đó, thực tế đã xuất hiện các hành vi tổ chức, môi giới, dụ dỗ, lôi kéo ngư dân tham gia khai thác IUU<sup>23</sup>. Chính vì vậy, tác giả kiến nghị bổ sung tội danh “Khai thác thủy sản bất hợp pháp” vào Bộ luật Hình sự hiện hành, làm cơ sở pháp lý để trừng phạt những cá nhân, pháp nhân thương mại thực hiện hành vi này.

Về cơ sở pháp lý quốc tế, Điều 73 Công ước UNCLOS quy định, trong việc thực hiện các quyền thuộc chủ quyền về thăm dò, khai thác, bảo tồn và quản lý các tài nguyên sinh vật của vùng đặc quyền về kinh tế, quốc gia ven biển có thể thi hành *mọi biện pháp cần thiết*, kể cả việc khám xét, kiểm tra, bắt giữ và *khởi tố tư pháp* để bảo đảm việc tôn trọng các luật và quy định mà mình đã ban hành theo đúng Công ước (khoản 1). Các chế tài do quốc gia ven biển trừu định đối với những vụ vi phạm các luật và quy định về mặt đánh bắt trong vùng đặc quyền về kinh tế *không được bao gồm hình phạt tổng giam*, trừ khi các quốc gia hữu quan có thỏa thuận khác, và *không bao gồm một hình phạt thân thể nào khác*. Như vậy, UNCLOS không cấm các quốc gia hình sự hoá hành vi IUU. Tuy nhiên, chế tài đối với loại tội phạm này không được

<sup>22</sup> Xem toàn văn Hướng dẫn này tại địa chỉ <https://www.fao.org/3/i8076e/i8076e.pdf>, truy cập 9h ngày 20/6/2022.

<sup>23</sup> Xem thêm thông tin tại địa chỉ <https://tienphong.vn/xu-nghiem-duong-day-dua-tau-ca-ra-nuoc-ngoai-danh-bat-trai-phep-post1272972.tpo>, truy cập 11h ngày 21/7/2022.

bao gồm hình phạt tù, trừ trường hợp các quốc gia hữu quan có thoả thuận khác nhưng cũng không bao gồm hình phạt về thân thể nào khác.

Theo quy định tại khoản 1 Điều 6 về hiệu lực của Bộ luật Hình sự hiện hành, đối với những hành vi phạm tội ở ngoài lãnh thổ nước Cộng hòa XHCN Việt Nam quy định, “Công dân Việt Nam hoặc pháp nhân thương mại Việt Nam có hành vi phạm tội ở ngoài lãnh thổ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam mà Bộ luật này quy định là tội phạm, thì có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự tại Việt Nam theo quy định của Bộ luật này”. Do đó, nếu bỏ sung tội danh “Khai thác thủy sản bất hợp pháp” vào Bộ luật Hình sự hiện hành nhằm mục đích “tân công” có hiệu quả các cá nhân, tổ chức thực hiện hành vi tổ chức, lừa đảo, ép buộc, dụ dỗ ngư dân tham gia khai thác IUU thì chế tài đối với tội danh này phải phù hợp với khoản 3 của UNCLOS<sup>24</sup> và nguyên tắc của Bộ luật Hình sự Việt Nam.

**Ba là, xây dựng Luật Khai thác thủy sản trên biển hoặc Luật về Ngê cá.**

Phạm vi điều chỉnh của Luật Thủy sản năm 2017 là quá rộng, bao gồm “hoạt động thủy sản; quyền và nghĩa vụ của tổ chức, cá nhân hoạt động thủy sản hoặc có liên quan đến hoạt động thủy sản; quản lý nhà nước về thủy sản” (Điều 1). Trong đó, hoạt động thủy sản được quy tại khoản 1 Điều 3 là “hoạt động bảo vệ và phát triển nguồn lợi thủy sản; nuôi trồng thủy sản; khai thác thủy sản; chế biến, mua, bán, xuất khẩu, nhập khẩu thủy sản”. Vì chỉ là một chế định trong Luật Thủy sản được quy định tại Chương IV, gồm 12

Điều (từ Điều 48 đến Điều 61) nên các quy định liên quan đến khai thác thủy sản, trong đó có khai thác thủy sản trên biển chưa thật sự chi tiết, cụ thể. Chính vì vậy, Chính phủ, Bộ NN&PTNT và các bộ, ngành, cơ quan liên quan phải ban hành nhiều văn bản dưới luật để quy định các vấn đề liên quan đến khai thác thủy sản trên biển. Chính điều này làm cho việc tìm hiểu, nghiên cứu, áp dụng các quy định về khai thác thủy sản biển của ngư dân, lực lượng chấp pháp trên biển và cơ quan có thẩm quyền gặp nhiều khó khăn. Do đó, tách các quy định về khai thác thủy sản trong Luật Thủy sản và bổ sung các quy định trong các văn bản dưới luật về lĩnh vực khai thác thủy sản trên biển để xây dựng một luật riêng về khai thác thủy sản trên biển là rất cần thiết.

**Bốn là, nghiên cứu gia nhập Hiệp định Thúc đẩy tuân thủ các biện pháp quốc tế về bảo tồn và quản lý thực hiện bởi tàu cá tại vùng biển quốc tế năm 1993.**

Gia nhập Hiệp định này là rất cần thiết nhằm 2 mục đích lớn. Một là, thể hiện trách nhiệm của Việt Nam hợp tác cùng cộng đồng quốc tế để thực hiện có hiệu quả các biện pháp bảo tồn và quản lý hoạt động của tàu cá mang quốc tịch Việt Nam khi tham gia đánh bắt trên các vùng biển quốc tế theo quy định của Hiệp định và quy định của UNCLOS mà Việt Nam là thành viên. Hai là, gia nhập Hiệp định này là cơ sở để Việt Nam tiếp tục nội luật hoá để hoàn thiện pháp luật về thủy sản nói chung và pháp luật về khai thác thủy sản của Việt Nam nói riêng phù hợp với pháp luật và chuẩn mực quốc tế. Cho đến nay, đã có 45 quốc gia và EU gia nhập Hiệp định này, khu vực Đông Nam Á có Philippines và Myanmar<sup>25</sup> ■

<sup>24</sup> Điều 12 Hiến pháp năm 2013 quy định, Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam “tuân thủ Hiến chương Liên hợp quốc và điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên”.

<sup>25</sup> Xem thông tin tại địa chỉ <https://treaties.un.org/pages/showDetails.aspx?objid=080000028007be1a>, truy cập 10h ngày 20/6/2022.

# ỨNG DỤNG HỌC THUYẾT VỀ TÍNH BẤT HỢP LÝ ĐỂ KIỂM SOÁT THỎA THUẬN KHÔNG CẠNH TRANH TRONG QUAN HỆ LAO ĐỘNG TẠI VIỆT NAM

Đoàn Thị Phương Diệp\*

Lê Đình Quang Phúc\*\*

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

\*\*ThS. Khoa Luật, Trường Đại học Kinh tế, Đại học Đà Nẵng.

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Thỏa thuận không cạnh tranh, quan hệ lao động, học thuyết về tính bất hợp lý.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 09/09/2022

Biên tập : 16/10/2022

Duyệt bài : 17/10/2022

## Tóm tắt:

Thỏa thuận không cạnh tranh trong quan hệ lao động được xem là công cụ để người sử dụng lao động bảo vệ bí mật kinh doanh của mình. Tuy nhiên, nếu pháp luật không đặt ra các giới hạn cho loại thỏa thuận này, người sử dụng lao động có thể lạm dụng vị thế thương lượng của mình để buộc người lao động ký kết các thỏa thuận không công bằng. Vì vậy, học thuyết về tính bất hợp lý (doctrine of unconscionability) có thể được ứng dụng để hoàn thiện pháp luật Việt Nam nhằm kiểm soát thỏa thuận không cạnh tranh trong quan hệ lao động.

## Article Information:

*Keywords:* Non-compete agreement; labor relation; doctrine of unconscionability.

Received : 09 Sep. 2022

Edited : 16 Oct. 2022

Approved : 17 Oct. 2022

## Abstract:

Non-compete agreements in labor relations are considered as tools for the employers to protect their business secrets. However, if it is not to limit by law the scope of application of this type of agreements, the employers can overtake their bargaining position to force the employees to enter into an unfair agreement. Therefore, the doctrine of unconscionability might be applied to improve the Vietnamese law to control non-compete agreements in the labor relation.

## 1. Đặt vấn đề

Trong bối cảnh Cách mạng công nghiệp 4.0 đang diễn ra mạnh mẽ và những tác động của đại dịch COVID-19, công nghệ được xem là nhân tố then chốt quyết định sự sống còn của doanh nghiệp, cũng như giúp doanh nghiệp phát triển bền vững. Theo đó, vấn đề bảo vệ bí mật kinh doanh, đặc biệt là bí mật công nghệ, được nhiều doanh nghiệp quan tâm. Khác với các tài sản truyền thống khác, việc bảo vệ bí mật kinh doanh gặp nhiều khó khăn

hơn khi mà doanh nghiệp buộc phải chuyển giao một phần, thậm chí toàn bộ, cho người lao động trong quá trình họ tham gia vào hoạt động sản xuất, kinh doanh. Để bảo vệ được tài sản phi truyền thống này, doanh nghiệp có thể thực hiện nhiều biện pháp, trong đó có biện pháp giao kết thỏa thuận không cạnh tranh với người lao động. Nội dung của thỏa thuận không cạnh tranh thường là buộc người lao động phải cam kết và tuân thủ những giới hạn về thời gian, không gian, lĩnh vực khi tìm

việc làm mới sau khi nghỉ việc<sup>1</sup>. Ở Việt Nam, việc sử dụng thỏa thuận không cạnh tranh để bảo vệ bí mật kinh doanh đã mở rộng từ các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài sang các doanh nghiệp trong nước, từ các nhân sự cấp cao sang các nhân viên bình thường, và ngày càng trở nên phổ biến<sup>2</sup>.

Mặc dù thỏa thuận không cạnh tranh là công cụ pháp lý hữu hiệu để bảo vệ quyền lợi của người sử dụng lao động, nó cũng hạn chế quyền tự do làm việc và tìm kiếm việc làm của người lao động. Bên cạnh đó, trong quá trình thương lượng để giao kết các thỏa thuận, người lao động luôn ở vị thế kém thuận lợi hơn nên năng lực thương lượng của họ cũng kém hơn người sử dụng lao động<sup>3</sup>. Vì vậy, có trường hợp người sử dụng lao động lạm dụng vị thế của mình để buộc người lao động giao kết các thỏa thuận chứa đựng các nội dung bất hợp lý, trong đó có thỏa thuận không cạnh tranh. Các nội dung bất hợp lý trong thỏa thuận không cạnh tranh thường liên quan đến giới hạn về thời gian, không gian, lĩnh vực mà người lao động bị hạn chế khi tìm việc làm mới sau khi nghỉ việc. Việc người sử dụng lao động không thanh toán cho người lao động một khoản tiền để đổi lấy cam kết không cạnh tranh của họ cũng có thể được xem là một sự bất hợp lý.

Nguyên tắc tự do ý chí hay tự do hợp

đồng là một trong những nguyên tắc cơ bản nhất của pháp luật về hợp đồng. Theo đó, hợp đồng là sự thống nhất về mặt ý chí giữa các bên trên cơ sở tự do, tự nguyện, tự chịu trách nhiệm và không một bên thứ ba nào có thể can thiệp<sup>4</sup>. Thông thường, khi xem xét hiệu lực của một hợp đồng, Tòa án sẽ xem xét liệu quy trình đàm phán, thỏa thuận có bảo đảm đạt được sự thống nhất ý chí giữa các bên hay chưa (đánh giá xem hợp đồng có công bằng về thủ tục hay không)<sup>5</sup>. Tuy nhiên, pháp luật hiện hành cho phép Tòa án được can thiệp, điều chỉnh nội dung hợp đồng trong một số trường hợp. Chẳng hạn, trong trường hợp các bên thỏa thuận lãi suất vay vượt quá 20%/năm của khoản tiền vay, thì khi xảy ra tranh chấp, Tòa án có thể điều chỉnh lãi suất về mức 20%/năm (chỉ phần lãi suất vượt mức trần theo quy định là vô hiệu) chứ không tuyên bố hợp đồng vay hoặc điều khoản về lãi suất vô hiệu<sup>6</sup>. Hay trường hợp hoàn cảnh thay đổi cơ bản, nếu các bên không thể thỏa thuận lại hợp đồng, thì một trong các bên có thể yêu cầu Tòa án can thiệp vào nội dung hợp đồng để bảo đảm cân bằng quyền và lợi ích hợp pháp của các bên<sup>7</sup>.

### 2. Giới thiệu học thuyết về tính bất hợp lý

Học thuyết về tính bất hợp lý được cho là bắt nguồn từ nước Anh vào khoảng thế kỷ thứ 17<sup>8</sup>. Tuy nhiên, những nghiên cứu nền

<sup>1</sup> Đoàn Thị Phương Diệp (2015), *Điều khoản bảo mật - hạn chế cạnh tranh trong hợp đồng lao động*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 24(304)/kỳ 2, tr. 46-51.

<sup>2</sup> Lạc Duy & Nguyễn Hữu Phước (2019), *Ứng xử với thỏa thuận không làm việc cho đối thủ cạnh tranh*, Tạp chí Kinh tế Sài Gòn Online, <https://thesaigontimes.vn/ung-xu-voi-toa-thuan-khong-lam-viec-cho-doi-thu-can-phan/>, truy cập ngày 09/9/2022.

<sup>3</sup> Phạm Thị Thu Lan (2021), *Thị trường lao động trong nền kinh tế thị trường hiện đại, đầy đủ*, Tạp chí Cộng sản, số 961, tr. 64-68.

<sup>4</sup> Phạm Hồ Hoàng Long & Ngô Quốc Chiến (2019), *Hợp đồng “không hoàn hảo” và sự can thiệp của tòa án*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 24(400), tr. 6-15.

<sup>5</sup> Đỗ Giang Nam (2020), *Từ công bằng thủ tục đến công bằng nội dung: Thành tựu và thách thức của chế định kiểm soát điều khoản mẫu trong pháp luật Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 06(406), tr. 15-25.

<sup>6</sup> Khoản 1 Điều 468 Bộ luật Dân sự năm 2015.

<sup>7</sup> Điểm b khoản 3 Điều 420 Bộ luật Dân sự năm 2015.

<sup>8</sup> Ying Khai Liew & Debbie Yu (2020), *The Conscionable Bargains Doctrine in England and Australia: Cousins or Siblings?*, [https://law.unimelb.edu.au/\\_data/assets/pdf\\_file/0007/3846526/Liew-and-Yu-451-Advance.pdf](https://law.unimelb.edu.au/_data/assets/pdf_file/0007/3846526/Liew-and-Yu-451-Advance.pdf), truy cập ngày 09/9/2022.

tảng cho sự ra đời của học thuyết mà chủ yếu liên quan đến công lý trong các giao dịch dân sự đã bắt đầu từ rất sớm. Suốt chiều dài phát triển xã hội loài người, công lý là phạm trù được xem xét từ nhiều góc độ, lĩnh vực khác nhau và được đề cập trong nhiều thư tịch thời cổ đại như Bộ luật Hammurabi, Kinh Thánh,...<sup>9</sup>. Phát triển tư tưởng về công lý trong giao dịch, Aristote cho rằng, những thứ được trao đổi phải tương đương về giá trị, không đơn thuần chỉ là tương đương về số lượng (chẳng hạn việc trao đổi một đôi giày để lấy một ngôi nhà sẽ là không công bằng)<sup>10</sup>. Đến thời La Mã, quan điểm về công lý của Aristote chỉ được chấp nhận ở mức độ hạn chế. Theo đó, pháp luật La Mã chấp nhận cho thực thi một thỏa thuận được giao kết với sự đồng ý của các bên, ngay cả khi giá cả thỏa thuận thấp hơn một chút so với giá trị thực của đối tượng giao dịch<sup>11</sup>. Mặc dù vậy, pháp luật La Mã cũng thừa nhận một số nguyên tắc giúp bảo đảm công bằng trong giao dịch. Chẳng hạn, trong lĩnh vực giao dịch nhà đất, học thuyết *laesio enormis* được thừa nhận, cho phép một bên ký kết có khả năng hủy bỏ thỏa thuận nếu giá trao đổi thấp hơn một số tiền nhất định (ví dụ 1/2 hoặc 2/3) giá trị thực của nó<sup>12</sup>. Luật gia La Mã Pomponius

cũng đã tuyên bố rằng: “Theo luật tự nhiên, là công bằng nếu không ai trở nên giàu có bằng sự mất mát và bất công đối với người khác<sup>13</sup>”<sup>14</sup>. Trong thời Trung cổ, học thuyết *laesio enormis* tiếp tục được phát triển bởi Thomas Aquinas và có ảnh hưởng đến pháp luật ở châu Âu trong những thế kỷ tiếp theo<sup>15</sup>.

Trong hệ thống Thông luật, học thuyết về tính bất hợp lý ban đầu được xem xét bởi các Tòa án công lý ở Anh để bảo vệ những người thừa kế vì lý do tuổi tác và dễ bị tổn thương, sau đó được mở rộng sang đối tượng là những người nghèo, kém hiểu biết<sup>16</sup>. Học thuyết về tính bất hợp lý được cho là xuất hiện lần đầu tiên trong vụ *James v. Morgan* tại Anh năm 1663. Theo đó, bị đơn đã mua một con ngựa của nguyên đơn kèm theo 32 chiếc đinh đóng móng ngựa. Tuy nhiên, giá của 32 chiếc đinh đóng móng này được tính hơn 100 bảng Anh, trong khi giá của con ngựa chỉ là 8,9 bảng Anh. Cuối cùng, Tòa án chỉ tính giá trị con ngựa để giải quyết tranh chấp<sup>17</sup>. Trường hợp này thường được cho là bằng chứng về sự thừa nhận học thuyết về tính bất hợp lý trong Thông luật<sup>18</sup>. Một trường hợp khác, trong vụ *Fry v. Lane* năm 1889, Tòa án Anh đã nhận định rằng, trong trường hợp giao dịch mua

<sup>9</sup> Vũ Công Giao & Hoàng Thị Bích Ngọc (2020), *Bảo vệ công lý trong cải cách tư pháp ở Việt Nam hiện nay*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 19(419)/kỳ 1, tr. 4-13.

<sup>10</sup> Brian M. McCall (2020), *Demystifying Unconscionability: A Historical and Empirical Analysis*, Villanova Law Review, số 65, tr. 773-846.

<sup>11</sup> James Gordley (1981), *Equality in Exchange*, California Law Review, số 69, quyển 6, tr. 1587-1656.

<sup>12</sup> Brian M. McCall (2020), *Demystifying Unconscionability: A Historical and Empirical Analysis*, t.lđđ.

<sup>13</sup> Nguyên văn tiếng Latin: “*Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletioem*”

<sup>14</sup> Gerald Henry Louis Fridman (2004), *Unjust Enrichment (Dis)Contented*, Kỳ yếu hội thảo Understanding Unjust Enrichment, University of Western Ontario, Hart Publishing, tr. 35-44.

<sup>15</sup> Henri Mazeaud, Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas (1991), *Leçon de droit civil, Obligations: Théorie générale (tome 2, vol. 1)*, 8<sup>e</sup> édition, Montchrestien, Paris, tr. 196-197.

<sup>16</sup> Ying Khai Liew & Debbie Yu (2020), *The Conscionable Bargains Doctrine in England and Australia: Cousins or Siblings?*, t.lđđ.

<sup>17</sup> *James v. Morgan*, 1 Lev. 111 (1663).

<sup>18</sup> Per Gustafsson (2010), *The unconscionability doctrine in U.S. contract law*, Luận văn thạc sĩ (Lund University), tr.6.



bán có giá thấp hơn đáng kể so với giá trị thật của đối tượng mua bán, được thực hiện bởi bên bán là người nghèo khó, kém hiểu biết và không được tư vấn chuyên môn, thì Tòa án cần phải xem xét tính công bằng, chính đáng và hợp lý của giao dịch đó<sup>19</sup>. Sau vụ Fry v. Lane, học thuyết về tính bất hợp lý không được đề cập cho đến vụ *Cresswell v. Potter* năm 1978. Trong vụ án này, bà Cresswell đã sang tên ngôi nhà (là tài sản chung của vợ chồng) cho ông Potter sau khi ly hôn để được miễn trách nhiệm đối với khoản thế chấp. Sau đó, ông Potter đã bán căn nhà và thu lợi 1.400 bảng Anh. Tòa án đã dựa trên các yếu tố để quyết định chia cho Cresswell một nửa số lợi nhuận thu được từ việc bán lại căn nhà, gồm: (1) Cresswell là người nghèo khó và kém hiểu biết; (2) giao dịch (giữa Cresswell và Potter) được thực hiện với mức giá thấp đáng kể; (3) Cresswell đã không nhận được sự tư vấn chuyên môn<sup>20</sup>. Các yếu tố này đã trở thành cơ sở để các thẩm phán khác xem xét khi đánh giá một giao dịch bất hợp lý sau khi thẩm phán Peter Millett QC, khi đó là Phó Chánh án Tòa án cấp cao, tái khẳng định trong vụ *Alec Lobb Ltd v. Total Oil Ltd* năm 1983: “Nếu các vụ án được xem xét, có ba yếu tố hầu như luôn có mặt trước khi Tòa án can thiệp. Thứ nhất, một bên gặp bất lợi nghiêm trọng so với bên

kia do sự nghèo khó, sự thiếu hiểu biết, thiếu sự tư vấn chuyên môn, hoặc lý do khác, mà lợi thế không công bằng có thể được sử dụng trong những trường hợp đó. Thứ hai, điểm yếu của một bên đã bị bên kia lạm dụng theo cách thức đáng trách về mặt đạo đức. Thứ ba, hậu quả của giao dịch không những gây ra khó khăn đơn thuần, mà còn quá đáng và nặng nề<sup>21,22</sup>.”

Tại Hoa Kỳ, vào đầu thế kỷ 19, các Tòa án đã vận dụng học thuyết về tính bất hợp lý để giải quyết một số vụ án. Đến những năm 1950, học thuyết này được trình bày rõ ràng khi được Bộ luật Thương mại thống nhất quy định về hợp đồng hoặc điều khoản bất hợp lý tại Điều 2-302(1), rằng: “Nếu Tòa án xét thấy hợp đồng hoặc bất kỳ điều khoản nào của hợp đồng là bất hợp lý vào thời điểm nó được đưa ra, Tòa án có thể từ chối thực thi hợp đồng hoặc có thể thi hành phần còn lại của hợp đồng mà không có điều khoản bất hợp lý, hoặc hạn chế việc áp dụng điều khoản bất hợp lý để tránh bất kỳ kết quả bất hợp lý nào<sup>23</sup>”.

Trong hệ thống Dân luật, những nghiên cứu về các thỏa thuận mang tính không công bằng cũng đã được thực hiện từ nhiều thế kỷ trước trong luật của Pháp và Đức<sup>24</sup>. Ở Đức, học thuyết về tính bất hợp lý cũng được ứng

<sup>19</sup> Fry v Lane (1889) 40 Ch D 312.

<sup>20</sup> Cresswell v Potter (1978) 1 WLR 255.

<sup>21</sup> Nguyên văn: “If the case are examined, it will be seen that three elements have almost invariably been present before the court has interfered. First, one party has been at a serious disadvantage to the other, whether through poverty, or ignorance, or lack of advice, or otherwise, so that circumstances existed of which unfair advantage could be taken... secondly, this weakness of the one party has been exploited by the other in some morally culpable manner... and thirdly, the resulting transaction has been, not merely hard or improvident, but overreaching and oppressive”.

<sup>22</sup> Alec Lobb Ltd v Total Oil Ltd (1983) 1 WLR 87.

<sup>23</sup> Nguyên văn: “If the court as a matter of law finds the contractor any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result”.

<sup>24</sup> John P. Dawson (1937), *Economic duress and the fair exchange in French and German Law*, Tulane Law Review.

dụng trong việc xây dựng các quy định của luật thành văn và là cơ sở lý luận để các Tòa án giải quyết các tranh chấp. Khoản 2 Điều 138 Bộ luật Dân sự Đức đã cụ thể học thuyết về tính bất hợp lý thành quy định: “Một giao dịch hợp pháp bị vô hiệu khi một người, bằng cách khai thác tình trạng khó khăn, thiếu kinh nghiệm, phán đoán không đúng đắn hoặc sự yếu kém đáng kể về ý chí của người khác, khiến cho bản thân hoặc bên thứ ba, để đổi lấy việc thực hiện nghĩa vụ, được hứa hoặc được một khoản lợi về tiền bạc mà không tương xứng với việc thực hiện nghĩa vụ của họ<sup>25</sup>”. Hay ở Thụy Sĩ, học thuyết về tính bất hợp lý được quy định tại Điều 21 Đạo luật Nghĩa vụ (Phần 5 Đạo luật liên bang về sửa đổi Bộ luật Dân sự Thụy Sĩ), cụ thể: “Trong trường hợp có sự khác biệt rõ ràng giữa việc thực hiện và vật đánh đổi theo hợp đồng được ký kết do một bên khai thác tình trạng thiếu kinh nghiệm hoặc thiếu suy nghĩ của bên kia, bên bị thiệt hại có thể tuyên bố trong vòng một năm rằng họ sẽ không thực hiện hợp đồng và yêu cầu trả lại bất cứ thứ gì họ đã thực hiện<sup>26</sup>”.

### 3. Hiệu lực của thỏa thuận không cạnh tranh trong quan hệ lao động tại Việt Nam

Trước năm 2012, trong bối cảnh mới vừa thoát ra khỏi cơ chế kinh tế kế hoạch hóa tập trung, pháp luật lao động Việt Nam hầu như không công nhận hiệu lực của thỏa thuận không cạnh tranh<sup>27</sup>. Thậm chí, khoản 2 và khoản 3 Điều 29 Bộ luật Lao động năm

1994 còn quy định theo hướng cấm các thỏa thuận hạn chế quyền của người lao động. Cụ thể, nếu nội dung của hợp đồng lao động quy định quyền lợi của người lao động thấp hơn mức được quy định trong pháp luật lao động, thỏa ước lao động tập thể, nội quy lao động hoặc hạn chế các quyền khác của người lao động thì nội dung đó phải được sửa đổi, bổ sung. Nếu không sửa đổi, bổ sung thì nội dung đó có thể bị buộc phải hủy bỏ bởi Thanh tra lao động.

Bộ luật Lao động năm 2012 được coi là văn bản pháp lý “bật đèn xanh” cho sự tồn tại của thỏa thuận không cạnh tranh trong quan hệ lao động tại Việt Nam<sup>28</sup>. Khoản 2 Điều 23 Bộ luật Lao động năm 2012 quy định: “Khi người lao động làm việc có liên quan trực tiếp đến bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ theo quy định của pháp luật, thì người sử dụng lao động có quyền thỏa thuận bằng văn bản với người lao động về nội dung, thời hạn bảo vệ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ, quyền lợi và việc bồi thường trong trường hợp người lao động vi phạm”. Đến Bộ luật Lao động năm 2019, quy định này hầu như không thay đổi. Mặc dù các nhà lập pháp Việt Nam đã cởi mở hơn trong việc bảo vệ lợi ích chính đáng của người sử dụng lao động thông qua việc cho phép các bên thỏa thuận các nội dung liên quan đến bảo vệ bí mật kinh doanh, nhưng thuật ngữ “thỏa thuận không cạnh tranh” vẫn chưa được chính thức đề cập trong các

<sup>25</sup> Nguyên văn: “A legal transaction is void by which a person, by exploiting the predicament, inexperience, lack of sound judgement or considerable weakness of will of another; causes himself or a third party, in exchange for an act of performance, to be promised or granted pecuniary advantages which are clearly disproportionate to the performance”.

<sup>26</sup> Nguyên văn: “Where there is a clear discrepancy between performance and consideration under a contract concluded as a result of one party’s exploitation of the other’s straitened circumstances, inexperience or thoughtlessness, the person suffering damage may declare within one year that he will not honour the contract and demand restitution of any performance already made”.

<sup>27</sup> Lê Đình Quang Phúc (2021), *Proposing the application of inevitable disclosure doctrine to recognize non-compete agreements in Vietnam*, Kỷ yếu Hội thảo quốc tế dành cho các nhà khoa học trẻ khối trường kinh tế và kinh doanh năm 2021 (ICYREB 2021), tr. 503-511.

<sup>28</sup> Đoàn Thị Phương Diệp (2015), *Điều khoản bảo mật - hạn chế cạnh tranh trong hợp đồng lao động*, t.lđd.

văn bản quy phạm pháp luật. Ngoài ra, quy định của Bộ luật Lao động năm 2019 vẫn còn chung chung và chưa quy định rõ hiệu lực của thỏa thuận không cạnh tranh trong quan hệ lao động.

Trên thực tế, đã có một số vụ việc liên quan đến thỏa thuận không cạnh tranh được Tòa án hoặc Trọng tài thương mại giải quyết. Chẳng hạn, trong một vụ tranh chấp giữa Công ty TNHH X và bà Đỗ Thị Mai T đã được Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam (VIAC) giải quyết, Hội đồng Trọng tài đã chấp nhận hiệu lực của thỏa thuận không cạnh tranh giữa bà T và Công ty X. Theo đó, Hội đồng Trọng tài đã buộc bà T đã bồi thường cho Công ty X vì đã vi phạm nghĩa vụ không cạnh tranh. Sau đó, bà T đã nộp đơn yêu cầu Tòa án nhân dân thành phố Hồ Chí Minh hủy bỏ toàn bộ phán quyết trọng tài. Tuy nhiên, Tòa án nhân dân thành phố Hồ Chí Minh đã không chấp nhận yêu cầu của bà T. Đây là ví dụ điển hình cho thấy hiệu lực của thỏa thuận không cạnh tranh trong quan hệ lao động đã được thừa nhận trên thực tế. Bên cạnh đó, dưới góc độ hành pháp, trên Báo Điện tử Chính phủ, Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội cũng khẳng định rằng, thỏa thuận không cạnh tranh không vi phạm pháp luật khi trả lời thắc mắc có liên quan của công dân<sup>29</sup>.

Trong quan hệ lao động, vị thế đàm phán và giao kết hợp đồng của người lao động thường yếu hơn so với người sử dụng lao động<sup>30</sup>. Thậm chí, khi người lao động đã làm việc cho người sử dụng lao động, vị thế thương lượng của người lao động còn yếu

hơn<sup>31</sup>. Vì vậy, nếu không đặt ra những giới hạn cho thỏa thuận không cạnh tranh, người sử dụng lao động có thể lạm dụng vị thế của mình để buộc người lao động giao kết các thỏa thuận bất hợp lý. Trong trường hợp thỏa thuận không cạnh tranh, việc xác định thời hạn không cạnh tranh quá dài, phạm vi địa lý quá rộng hoặc không có đền bù vật chất cho người lao động đều có thể được xem là bất hợp lý.

Bộ luật Dân sự năm 2015 cũng đặt ra các quy định để hạn chế việc giao kết các thỏa thuận bất hợp lý. Thứ nhất, Điều 117 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định các điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự. Trong đó, có quy định về sự tự nguyện của chủ thể tham gia giao dịch dân sự và mục đích, nội dung của giao dịch dân sự không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội. Thứ hai, khoản 3 Điều 3 Bộ luật Dân sự năm 2015 cũng quy định nguyên tắc thiện chí trong việc xác lập, thực hiện, chấm dứt quyền và nghĩa vụ dân sự của các chủ thể. Tuy nhiên, các quy định này còn mang tính nguyên tắc và người khởi kiện vẫn phải chứng minh cho các yêu cầu của mình trong trường hợp xảy ra tranh chấp. Việc chứng minh này đôi khi là rất khó khăn, thậm chí là “bất khả thi”.

#### **4. Một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật để kiểm soát thỏa thuận không cạnh tranh trong quan hệ lao động từ ứng dụng học thuyết về tính bất hợp lý**

Thứ nhất, pháp luật cần quy định rõ vấn đề hiệu lực của thỏa thuận bất hợp lý.

Như đã phân tích ở trên, với các quy định của pháp luật hiện hành, Tòa án chỉ có thể

<sup>29</sup> Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội (2020), *Thỏa thuận trong hợp đồng lao động thế nào là không vi phạm?*, <https://baochinhphu.vn/thoa-thuan-trong-hop-dong-lao-dong-the-nao-la-khong-vi-pham-102275614.htm>, truy cập ngày 09/9/2022.

<sup>30</sup> Trần Hoàng Hải & Nguyễn Thị Hoa Tâm (2012), *Một số ý kiến nhằm hoàn thiện các quy định về chấm dứt hợp đồng lao động*, Tạp chí Khoa học Pháp lý Việt Nam, số 02(69)/2012, tr. 43-48.

<sup>31</sup> Michael J. Garrison & John T. Wendt (2015), *Employee Non-competes and Consideration: A Proposed Good Faith Standard for the “Afterthought” Agreement*, Kansas Law Review, no. 64, vol. 2, pp. 409-465.

căn cứ vào việc đánh giá nội dung thỏa thuận có trái nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự hoặc có thỏa mãn các điều kiện để giao dịch dân sự có hiệu lực hay không để xác định hiệu lực của một thỏa thuận. Bên cạnh đó, bên yêu cầu Tòa án tuyên thỏa thuận vô hiệu phải chứng minh thỏa thuận đó không đảm bảo các điều kiện để có hiệu lực. Với thực trạng pháp luật đó, trong một số trường hợp, rất khó để bảo vệ quyền lợi chính đáng của bên yếu thế khi họ xác lập các thỏa thuận bất hợp lý. Trên cơ sở kinh nghiệm của một số quốc gia như Hoa Kỳ, Đức, Thụy Sĩ, pháp luật cần quy định rõ trường hợp Tòa án xét thấy nội dung thỏa thuận là bất hợp lý thì có thể tuyên bố thỏa thuận vô hiệu hoặc có thể can thiệp để điều chỉnh nội dung thỏa thuận theo hướng hợp lý hơn.

*Thứ hai, pháp luật cần đặt ra giới hạn cho thỏa thuận không cạnh tranh trong quan hệ lao động.*

Việc đặt ra các giới hạn cho thỏa thuận không cạnh tranh có ý nghĩa quan trọng trong việc bảo đảm cân bằng lợi ích của các bên, đồng thời là cơ sở để Tòa án xác định một thỏa thuận không cạnh tranh là hợp lý hay không. Những giới hạn cho thỏa thuận không cạnh tranh có thể gồm giới hạn về trường hợp áp dụng thỏa thuận không cạnh tranh, giới hạn về thời hạn không cạnh tranh, giới hạn về khu vực địa lý và yêu cầu đền bù vật chất cho người lao động để đổi lấy cam kết không cạnh tranh<sup>32</sup>.

*Thứ ba, pháp luật cần trao quyền cho Tòa án để có thể can thiệp vào ý chí của các bên khi nội dung thỏa thuận không cạnh tranh là bất hợp lý.*

Việc tuyên bố hợp đồng vô hiệu khi không đảm bảo các điều kiện theo luật định đôi khi không phải là giải pháp phù hợp nhất đối với các bên; đặc biệt, trong trường hợp các bên mong muốn thực hiện hợp đồng đó<sup>33</sup>. Bên cạnh đó, việc tuyên bố một hợp đồng vô hiệu có thể làm tăng chi phí giao dịch khi các bên phải thương lượng lại các nội dung của hợp đồng nếu muốn tiếp tục thực hiện hợp đồng đó.

Trên thế giới, trong nhiều hệ thống pháp luật, thẩm phán được trao quyền để sửa đổi các điều khoản hợp đồng bất hợp lý; trong đó, các quốc gia theo truyền thống Dân luật có xu hướng chấp nhận cho thẩm phán can thiệp để điều chỉnh nội dung hợp đồng nhiều hơn các quốc gia theo truyền thống Thông luật<sup>34</sup>. Ở Việt Nam, Bộ luật Dân sự năm 2015 cũng có quy định tương tự cho phép Tòa án can thiệp sửa đổi hợp đồng để bảo đảm cân bằng lợi ích của các bên trong trường hợp hoàn cảnh thay đổi cơ bản. Cụ thể, điểm b khoản 3 Điều 420 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: “Trường hợp các bên không thể thỏa thuận được về việc sửa đổi hợp đồng trong một thời hạn hợp lý, một trong các bên có thể yêu cầu Tòa án:…; b) Sửa đổi hợp đồng để cân bằng quyền và lợi ích hợp pháp của các bên do hoàn cảnh thay đổi cơ bản. Tòa án chỉ được quyết định việc sửa đổi hợp đồng trong trường hợp việc chấm dứt hợp đồng sẽ gây thiệt hại lớn hơn so với các chi phí để thực hiện hợp đồng nếu được sửa đổi”. Như vậy, pháp luật Việt Nam có thể quy định tương tự đối với trường hợp hợp đồng bất hợp lý nói chung, và trường hợp thỏa thuận không cạnh tranh bất hợp lý nói riêng ■

<sup>32</sup> Đoàn Thị Phương Diệp (2015), *Điều khoản bảo mật - hạn chế cạnh tranh trong hợp đồng lao động*, tldd.  
<sup>33</sup> Phạm Hồ Hoàng Long & Ngô Quốc Chiến (2019), *Hợp đồng “không hoàn hảo” và sự can thiệp của tòa án*, tldd.  
<sup>34</sup> Aristides N. Hatzis & Eleni Zervogianni (2006), *Judge-Made Contracts: Reconstructing Unconscionable Contracts*, SSRN Electronic Journal, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=953669](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=953669), truy cập ngày 09/9/2022.

# TRANH CHẤP VỀ ĐỐI XỬ ĐẶC BIỆT VÀ KHÁC BIỆT DÀNH CHO CÁC NƯỚC ĐANG PHÁT TRIỂN THEO CÁC HIỆP ĐỊNH VỀ TIÊU CHUẨN SẢN PHẨM TẠI WTO

**Tào Thị Huệ**

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

**Thông tin bài viết:**

*Từ khóa:* Đối xử đặc biệt và khác biệt, hiệp định TBT, hiệp định SPS, nước đang phát triển.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 27/09/2022  
Biên tập : 21/10/2022  
Duyệt bài : 22/10/2022

**Tóm tắt:**

Theo các hiệp định về tiêu chuẩn sản phẩm của Tổ chức Thương mại thế giới (WTO), các thành viên là nước đang phát triển được đối xử đặc biệt và khác biệt. Tranh chấp chủ yếu liên quan tới quy định về đối xử đặc biệt và khác biệt là nước thành viên khi ban hành các quy định trong nước về tiêu chuẩn sản phẩm cần tính đến nhu cầu đặc biệt của các nước đang phát triển. Nghiên cứu thực tiễn giải quyết tranh chấp liên quan tới vấn đề này có thể mang lại nhiều kinh nghiệm đối với Việt Nam ở vị thế là một nước đang phát triển. Trong bài viết này, tác giả trình bày về nội dung của quy định về đối xử đặc biệt và khác biệt, thực tiễn giải quyết tranh chấp và các vấn đề pháp lý quan trọng trong giải thích và áp dụng quy định này theo các hiệp định về tiêu chuẩn sản phẩm tại WTO. Trên cơ sở đó, tác giả đưa ra các kiến nghị đối với Việt Nam khi tham gia giải quyết tranh chấp trong khuôn khổ WTO.

**Article Infomation:**

*Keywords:* Special and differential treatment; TBT Agreement; SPS Agreement; developing country.

Received : 27 Sep. 2022  
Edited : 21 Oct. 2022  
Approved : 22 Oct. 2022

**Abstract:**

Under the WTO's product standards agreements, developing country members are given special and differential treatment. Disputes related to provisions on special and differential treatment are members shall take account of the special needs of developing country members. Studying the practice of dispute settlement related to this issue can bring experience to Vietnam as a developing country. Under this article, the author provides discussion of provisions on special and differential treatments, dispute settlement practices and crucial legal issues in the interpretation and application of this provision under the WTO's product standards agreements. On that basis, the author also gives out recommendations for Vietnam to apply these provisions when participating in dispute settlements within the WTO framework.

Các hiệp định về tiêu chuẩn sản phẩm của WTO gồm Hiệp định về áp dụng các biện pháp kiểm dịch động thực vật (Hiệp định SPS) và Hiệp định về hàng rào kỹ thuật trong thương mại (Hiệp định TBT) đều có quy định đối xử đặc biệt và khác biệt dành cho các nước đang phát triển tại các điều khoản tương ứng là Điều 10 và Điều 12. Tranh chấp liên quan đến quy định về đối xử đặc biệt và khác biệt cho các nước đang phát triển trong Hiệp định

SPS và Hiệp định TBT luôn là tranh chấp giữa bên nguyên đơn - nước đang phát triển/kém phát triển nhất với bị đơn - nước phát triển. Thực tế cho thấy, giải quyết tranh chấp của WTO về quy định này chỉ liên quan tới nội dung tại khoản 1 Điều 10 Hiệp định SPS và khoản 3 Điều 12 Hiệp định TBT. Nguyên nhân có thể do hai khoản này đưa ra nghĩa vụ thực chất cho thành viên WTO (là nước phát triển) dành sự đối xử đặc biệt và khác biệt

cho các nước đang phát triển, chứ không chỉ là sự tuyên bố chung. Với vị thế là nước đang phát triển trong WTO, Việt Nam có thể được hưởng lợi từ những quy định trên. Nhưng nhìn chung, các quy định này không rõ ràng và cũng không dễ chứng minh. Chính vì vậy, nghiên cứu những kết luận và giải thích trong báo cáo đã được thông qua của Ban hội thẩm, Cơ quan phúc thẩm sẽ mang đến những kinh nghiệm cho Việt Nam khi tham gia giải quyết tranh chấp tại WTO.

**1. Quy định và thực tiễn giải quyết tranh chấp liên quan đến nội dung đối xử đặc biệt và khác biệt dành cho các nước đang phát triển theo Hiệp định về áp dụng các biện pháp kiểm dịch động thực vật**

- *Quy định về đối xử đặc biệt và khác biệt dành cho các nước đang phát triển*

Hiệp định về áp dụng các biện pháp kiểm dịch động thực vật (Hiệp định SPS) quy định đối xử đặc biệt và khác biệt cho các nước đang phát triển tại Điều 10, có tên gọi Đối xử đặc biệt và khác biệt. Điều 10 đưa ra nhiều quy định về đối xử đặc biệt và khác biệt dành cho nước đang phát triển như: (1) thành viên là nước phát triển, khi chuẩn bị và áp dụng các biện pháp kiểm dịch động thực vật, các thành viên này sẽ tính đến các nhu cầu đặc biệt của các thành viên đang phát triển, và đặc biệt là

các thành viên kém phát triển (khoản 1); (2) nếu mức độ bảo vệ của biện pháp kiểm dịch động thực vật mới có thể được áp dụng dần dần theo từng giai đoạn, thì đối với các sản phẩm mà thành viên đang phát triển có nhu cầu để duy trì cơ hội xuất khẩu sang nước phát triển, sẽ được áp dụng các khung thời gian dài hơn để thích ứng và tuân thủ (khoản 2);...

- *Thực tiễn giải quyết tranh chấp tiêu biểu liên quan đến nội dung đối xử đặc biệt và khác biệt dành cho các nước đang phát triển*

Tính đến tháng 5/2022, tại WTO có 52 vụ tranh chấp<sup>1</sup> viện dẫn đến Hiệp định SPS trong yêu cầu tham vấn. Nhưng số lượng tranh chấp về Điều 10 có số lượng không đáng kể. Theo thống kê của tác giả, có hai (02) vụ<sup>2</sup> Ban hội thẩm và Cơ quan phúc thẩm áp dụng Điều 10 của Hiệp định SPS là *EC - Phê chuẩn và tiếp thị các sản phẩm công nghệ sinh học* (DS 291, 292, 293)<sup>3</sup> và *Hoa Kỳ - Các sản phẩm từ động vật* (DS 447)<sup>4</sup>. Hai vụ tranh chấp này cũng chỉ áp dụng khoản 1 Điều 10 Hiệp định SPS về thành viên là nước phát triển khi chuẩn bị và áp dụng các biện pháp SPS sẽ tính đến các nhu cầu đặc biệt của các thành viên đang phát triển và các thành viên kém phát triển, chứ không phải toàn bộ nội dung Điều 10.

*EC - Phê chuẩn và tiếp thị các sản phẩm công nghệ sinh học* (DS 291, 292, 293) là vụ

<sup>1</sup> WTO, *Disputes by agreement (as cited in request for consultations)*, [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_agreements\\_index\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_agreements_index_e.htm), truy cập ngày 6/6/2022.

<sup>2</sup> WTO, *Chronological list of disputes cases*, xem tại: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm), truy cập ngày 6/6/2022 và WTO, *WTO Dispute Settlement: One-Page Case Summaries 1995-2020*, [https://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/dispu\\_settl\\_1995\\_2020\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/dispu_settl_1995_2020_e.pdf), truy cập ngày 6/6/2022

<sup>3</sup> Tên đầy đủ của vụ tranh chấp là DS 291, 292, 293: *European Communities - Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, tên viết tắt là *EC - Approval and Marketing of Biotech Products* (DS 291, 292, 293), tạm dịch là *EC - Phê chuẩn và tiếp thị các sản phẩm công nghệ sinh học* (DS 291, 292, 293). Ba vụ tranh chấp được giải quyết bởi cùng một Ban hội thẩm và trong cùng một báo cáo. Xem tại: WTO, DS 293: *European Communities - Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds293\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds293_e.htm), truy cập ngày 6/6/2022.

<sup>4</sup> Tên đầy đủ của vụ tranh chấp là DS 447: *United States - Measures Affecting the Importation of Animals, Meat and Other Animal Products from Argentina*, tên viết tắt là *US - Animals* (DS 447), tạm dịch là *Hoa Kỳ - Các sản phẩm từ động vật* (DS 447), xem tại: WTO, DS 447: *United States - Measures Affecting the Importation of Animals, Meat and Other Animal Products from Argentina*, [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds447\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds447_e.htm), truy cập ngày 6/6/2022.

tranh chấp đầu tiên tại WTO liên quan đến quy định đối xử đặc biệt và khác biệt cho các nước đang phát triển trong các hiệp định về tiêu chuẩn sản phẩm nói chung và Hiệp định SPS nói riêng. Báo cáo giải quyết tranh chấp được thông qua của Ban hội thẩm mang lại nhiều kết luận có giá trị cho các vụ tranh chấp tương tự về sau. Cụ thể, Ban hội thẩm vụ tranh chấp này đã đưa ra kết luận về một số khía cạnh pháp lý khi giải thích và áp dụng khoản 1 Điều 10, làm sáng tỏ những nội dung chưa rõ ràng của quy định này như: (1) cụm từ “tính đến” (take account of) nhu cầu đặc biệt của các thành viên đang và kém phát triển, (2) nghĩa vụ chứng minh của nguyên đơn về việc bị đơn đã không “tính đến” nhu cầu đặc biệt của các thành viên đang và kém phát triển. Những kết luận này được Ban hội thẩm vụ *Hoa Kỳ - Các sản phẩm từ động vật* (DS 447) cũng đồng ý và áp dụng theo. Thêm vào đó, nhiều kết luận của Ban hội thẩm vụ *EC - Phê chuẩn và tiếp thị các sản phẩm công nghệ sinh học* (DS 291, 292, 293) cũng được Ban hội thẩm vận dụng trong giải quyết tranh chấp liên quan tới khoản 3 Điều 12 Hiệp định TBT xảy ra sau đó.

- *Những vấn đề pháp lý liên quan tới khoản 1 Điều 10 Hiệp định SPS trong báo cáo của Ban hội thẩm vụ EC - Phê chuẩn và tiếp thị các sản phẩm công nghệ sinh học* (DS 291, 292, 293)

(i) *Thứ nhất*, về cụm từ “tính đến” (take account of) nhu cầu đặc biệt của các thành viên đang và kém phát triển

Nghĩa vụ quy định tại khoản 1 Điều 10 Hiệp định SPS là: thành viên nhập khẩu phải “tính đến” nhu cầu đặc biệt của các thành viên đang phát triển. Trong vụ tranh chấp này, Cộng đồng Châu Âu (EC) phải tính đến lợi ích của các thành viên là nước đang phát triển trong việc áp dụng biện pháp kiểm dịch động thực vật của mình có nghĩa là EC có thể đồng thời tính đến các lợi ích hợp pháp khác, ngoài nhu cầu của các thành viên đang phát triển, bao gồm lợi ích của người tiêu dùng, môi trường,... Khi cân

nhắc các lợi ích khác nhau đang bị đe dọa (trong vụ này là bảo vệ sức khỏe con người với nhu cầu đặc biệt của các nước đang phát triển), EC không nhất thiết phải dành ưu tiên cho các nhu cầu của Argentina với tư cách là một quốc gia đang phát triển. Đặc biệt, kể cả khi EC không dành cho Argentina sự đối xử đặc biệt và khác biệt so với các nước xuất khẩu là nước phát triển khác, thì cũng không chứng tỏ biện pháp của EC mâu thuẫn với khoản 1 Điều 10.

Thậm chí, theo Ban hội thẩm, ngay cả trong trường hợp một biện pháp kiểm dịch động thực vật của nước nhập khẩu có thể dẫn đến việc làm giảm hoặc việc tăng sản lượng xuất khẩu của các nước đang phát triển chậm hơn, thì khoản 1 Điều 10 không yêu cầu thành viên nhập khẩu luôn phải dành sự đối xử đặc biệt và khác biệt cho nước đang phát triển đó.

Như vậy, cụm từ “tính đến” nhu cầu đặc biệt của các thành viên đang và kém phát triển không được hiểu là thành viên nhập khẩu phải chủ động dành quyền ưu tiên cho các sản phẩm của nước đang phát triển khi áp dụng các biện pháp kiểm dịch động thực vật.

(ii) *Thứ hai*, về nghĩa vụ chứng minh theo khoản 1 Điều 10 Hiệp định SPS

Hiệp định về các quy tắc và thủ tục giải quyết tranh chấp trong khuôn khổ WTO (DSU) không có quy định nghĩa vụ chứng minh của hai bên tranh chấp. Hiệp định SPS cũng không có quy định về vấn đề này.

Trong vụ *EC - Phê chuẩn và tiếp thị các sản phẩm công nghệ sinh học* (DS 291, 292, 293), có hai vấn đề cần chứng minh theo khoản 1 Điều 10 Hiệp định SPS đã được đưa ra, đó là: (1) nghĩa vụ chứng minh bị đơn (thành viên là nước phát triển) đã không “tính đến” (take account of) các nhu cầu đặc biệt của nước đang phát triển trong việc đưa ra quyết định của mình; (2) nhu cầu đặc biệt (special needs) của nước phát triển đã được xác định rõ ràng cho thành viên nhập khẩu (là nước phát triển) hoặc tự thành viên nhập khẩu đã xác định được.

Với nghĩa vụ chứng minh bị đơn (thành viên là nước phát triển) đã không “tính đến” các nhu cầu đặc biệt của nước đang phát triển trong việc đưa ra quyết định của mình theo khoản 1 Điều 10, Ban hội thẩm vụ *EC - Phê chuẩn và tiếp thị các sản phẩm công nghệ sinh học* (DS 291, 292, 293) kết luận rằng nghĩa vụ này thuộc về bên nguyên đơn. Chính vì vậy, khi nguyên đơn Argentina lập luận rằng EC không đưa ra bằng chứng để chứng minh rằng họ đã tính đến nhu cầu đặc biệt của Argentina với tư cách là nước đang phát triển đã không được Ban hội thẩm đồng ý. Argentina là nguyên đơn, họ phải đưa ra bằng chứng cũng như lập luận đủ để chứng minh EC đã không tính đến nhu cầu đặc biệt của Argentina - một nước đang phát triển.

Nghĩa vụ chứng minh nhu cầu đặc biệt (special needs) của nước phát triển đã được xác định rõ ràng cho thành viên nhập khẩu (là nước phát triển) hoặc tự thành viên nhập khẩu đã xác định được, Ban hội thẩm vụ *EC - Phê chuẩn và tiếp thị các sản phẩm công nghệ sinh học* (DS 291, 292, 293) kết luận rằng nghĩa vụ này cũng thuộc về bên nguyên đơn. Ban hội thẩm vụ *Hoa Kỳ - Các sản phẩm từ động vật* (DS 447) cũng đồng tình với kết luận này, và cho rằng: Nếu một thành viên là nước đang phát triển có thể chứng minh rằng thành viên nhập khẩu (là nước phát triển) đã biết hoặc có thể tự xác định được các nhu cầu đặc biệt của mình thì nghĩa vụ chứng minh sẽ tiếp tục chuyển sang bị đơn. Nếu bị đơn không biết về nhu cầu đặc biệt của nguyên đơn thì nguyên đơn khó có thể viện dẫn khoản 1 Điều 10<sup>5</sup>.

(iii) *Thứ ba*, nhu cầu đặc biệt của các nước đang phát triển

Ban hội thẩm vụ *EC - Phê chuẩn và tiếp thị các sản phẩm công nghệ sinh học* (DS 291, 292, 293) đã không giải thích cụm từ “nhu cầu đặc biệt” (special needs) của các

nước thành viên đang phát triển theo khoản 1 Điều 10 Hiệp định SPS. Ban hội thẩm vụ *Hoa Kỳ - Các sản phẩm từ động vật* (DS 447) đã diễn giải thuật ngữ “nhu cầu đặc biệt” của các thành viên là nước đang phát triển sẽ bao hàm: cả nhu cầu của các thành viên là nước đang phát triển nói chung và nhu cầu của một nước đang phát triển cụ thể. Vì chỉ áp dụng cho nhu cầu của từng nước đang phát triển sẽ xóa bỏ nghĩa vụ áp dụng chung đối với các biện pháp kiểm dịch động thực vật và Ban hội thẩm thấy không có cơ sở để làm như vậy<sup>6</sup>.

**2. Quy định và thực tiễn giải quyết tranh chấp liên quan đến nội dung đối xử đặc biệt và khác biệt dành cho các nước đang phát triển theo Hiệp định về hàng rào kỹ thuật trong thương mại**

- *Quy định về đối xử đặc biệt và khác biệt dành cho các nước đang phát triển*

Hiệp định về hàng rào kỹ thuật trong thương mại (Hiệp định TBT) quy định đối xử đặc biệt và khác biệt cho các nước đang phát triển tại Điều 12. Theo đó, các thành viên là nước đang phát triển sẽ được các thành viên là nước phát triển dành sự đối xử đặc biệt và khác biệt về các vấn đề như: (1) các thành viên khi chuẩn bị và áp dụng các quy định kỹ thuật, tiêu chuẩn kỹ thuật và các thủ tục đánh giá sự phù hợp, sẽ xem xét các nhu cầu đặc biệt về phát triển, tài chính và thương mại của các thành viên đang phát triển. Mục đích của việc xem xét các nhu cầu đặc biệt của thành viên đang phát triển là để đảm bảo các quy định, tiêu chuẩn kỹ thuật và các thủ tục đánh giá sự phù hợp không tạo ra các trở ngại không cần thiết cho xuất khẩu của các nước thành viên đang phát triển (khoản 3 Điều 12); (2) để phù hợp với nhu cầu phát triển của nước thành viên đang phát triển, các thành viên WTO công nhận rằng, các nước thành viên đang phát triển sẽ không bị yêu cầu sử

<sup>5</sup> Báo cáo của Ban hội thẩm, *Hoa Kỳ - Các sản phẩm từ động vật* (DS 447), đoạn 7.700.

<sup>6</sup> Báo cáo của Ban hội thẩm, *Hoa Kỳ - Các sản phẩm từ động vật* (DS 447), đoạn 7.692.



dụng các tiêu chuẩn quốc tế làm cơ sở cho các quy định và tiêu chuẩn kỹ thuật của mình, trong đó có các biện pháp thử nghiệm, không phù hợp với các nhu cầu đặc biệt về tài chính, thương mại và phát triển của nước thành viên đang phát triển (khoản 4 Điều 12);...

*- Thực tiễn giải quyết tranh chấp tiêu biểu liên quan đến nội dung đối xử đặc biệt và khác biệt dành cho các nước đang phát triển*

Đến tháng 5/2022, tại WTO có 57 vụ tranh chấp có viện dẫn Hiệp định TBT trong yêu cầu tham vấn<sup>7</sup>. Nhưng theo thống kê của tác giả, chỉ có hai (02)<sup>8</sup> vụ tranh chấp Ban hội thẩm<sup>9</sup> áp dụng Điều 12 Hiệp định TBT là *Hoa Kỳ - COOL* (DS384, 386)<sup>10</sup> và *Hoa Kỳ - Thuốc lá đình hương* (DS 406)<sup>11</sup>. Hai vụ tranh chấp này cũng chỉ tập trung vào nội dung của khoản 3 Điều 12 Hiệp định TBT về vấn đề: khi chuẩn bị và áp dụng các biện pháp hàng rào kỹ thuật trong thương mại, thành viên là nước phát triển sẽ tính đến các nhu cầu đặc biệt về phát triển, tài chính và thương mại của các thành viên đang phát triển để đảm bảo biện pháp hàng rào kỹ thuật trong thương mại, không tạo ra các trở ngại không cần thiết cho xuất khẩu của các nước thành viên đang phát triển.

Trong hai vụ tranh chấp liên quan tới Điều 12 Hiệp định TBT nêu trên, tác giả lựa chọn vụ *Hoa Kỳ - Thuốc lá đình hương* (DS 406). Bởi lẽ, so với vụ *Hoa Kỳ - COOL* (DS384, 386), Ban hội thẩm vụ *Hoa Kỳ - Thuốc lá đình hương* (DS 406) giải quyết nhiều vấn đề pháp lý liên quan tới khoản 3 Điều 12 Hiệp định TBT hơn. Ban hội thẩm vụ *Hoa Kỳ - Thuốc lá đình hương* (DS 406) không chỉ giải thích ba vấn đề nguyên đơn cần chứng minh theo khoản 3 Điều 12, mà còn giải quyết các vấn đề cụ thể như xác định “nước đang phát triển”. Đồng thời, đây cũng là vụ tranh chấp đầu tiên giải thích và áp dụng cụm từ “tính đến” (take account of) trong khoản 3 Điều 12 Hiệp định TBT.

*- Những vấn đề pháp lý liên quan tới khoản 3 Điều 12 Hiệp định TBT trong báo cáo của Ban hội thẩm vụ Hoa Kỳ - Thuốc lá đình hương (DS 406)*

(i) Thứ nhất, về việc xác định Indonesia có phải là nước đang phát triển (developing country) hay không?

Indonesia tuyên bố rằng họ là một quốc gia đang phát triển và lập luận rằng, Ngân hàng Thế giới (World Bank) phân loại quốc gia này là một quốc gia đang phát triển. Thành viên

<sup>7</sup> WTO, *Disputes by agreement* (as cited in request for consultations), [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_agreements\\_index\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_agreements_index_e.htm), truy cập ngày 6/6/2022

<sup>8</sup> WTO, *Chronological list of disputes cases*, xem tại: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm), truy cập ngày 6/6/2022 và WTO, *WTO Dispute Settlement: One-Page Case Summaries 1995-2020*, [https://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/dispu\\_settl\\_1995\\_2020\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/dispu_settl_1995_2020_e.pdf), truy cập ngày 6/6/2022

<sup>9</sup> Trong cả hai vụ tranh chấp, Điều 12 Hiệp định TBT chỉ được áp dụng trong báo cáo của Ban hội thẩm, các bên không kháng cáo về việc giải thích và áp dụng quy định này.

<sup>10</sup> Tên đầy đủ của vụ tranh chấp là DS384: United States - Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements, tên viết tắt là *US - COOL* (DS384, 386), tạm dịch là *Hoa Kỳ - COOL* (DS384, 386), xem WTO, DS384: United States - Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements, [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds384\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds384_e.htm), truy cập ngày 6/6/2022

Lưu ý: DS 384 là vụ Canada kiện Hoa Kỳ, DS 386 là vụ Mexico kiện Hoa Kỳ. Cơ quan giải quyết tranh chấp của WTO (DSB) thành lập một Ban hội thẩm duy nhất để giải quyết cả hai khiếu kiện trong cùng một báo cáo.

<sup>11</sup> Tên đầy đủ của vụ tranh chấp là DS 406: *United States - Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, tên viết tắt là *US - Clove Cigarettes* (DS 406), tạm dịch là *Hoa Kỳ - Thuốc lá đình hương* (DS 406), xem tại: WTO, DS 406: *United States - Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds406\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds406_e.htm), truy cập ngày 6/6/2022

của WTO cũng đã công nhận như vậy trong vụ *Indonesia - Ô tô* (DS 54)<sup>12</sup>. Ban Hội thẩm vụ *Hoa Kỳ - Thuốc lá đỉnh hương* (DS 406) cho rằng những căn cứ nêu trên là quá đủ để kết luận rằng Indonesia là một “quốc gia đang phát triển”.

Kết luận về việc Indonesia là một quốc gia đang phát triển của Ban hội thẩm trong vụ tranh chấp này cho thấy, vì WTO không có định nghĩa nào về các nước “phát triển” và “đang phát triển”, nên các thành viên tự tuyên bố xem họ là nước “phát triển” hay “đang phát triển”. Nhưng việc tự tuyên bố vẫn có thể bị phản đối bởi bị đơn. Do vậy, để có cơ sở vững chắc cho tuyên bố của mình, nguyên đơn nên viện dẫn cách phân loại các nước “phát triển” và “đang phát triển” của các tổ chức quốc tế như Liên hợp quốc (UN), hay Ngân hàng thế giới (WB). Ngoài ra, nếu nguyên đơn đã được thừa nhận là nước đang phát triển trong báo cáo giải quyết tranh chấp đã được thông qua tại WTO, thì đây cũng là một cơ sở đáng tin cậy để thuyết phục Ban hội thẩm và Cơ quan phúc thẩm.

(ii) *Thứ hai*, nhu cầu đặc biệt về phát triển, tài chính và thương mại (special development, financial and trade needs) bị ảnh hưởng bởi biện pháp bị kiện

Nhu cầu đặc biệt về phát triển, tài chính và thương mại (special development, financial and trade needs) trong bối cảnh khoản 3 Điều 12 Hiệp định TBT là một cụm từ không rõ ràng, cần được giải thích. Tuy nhiên, Ban hội thẩm vụ *Hoa Kỳ - Thuốc lá đỉnh hương* (DS 406) không giải thích ý nghĩa cụm từ này. Ban hội thẩm vụ cho rằng, dù ý nghĩa chính xác của các thuật ngữ “nhu cầu đặc biệt về phát triển, tài chính và thương mại” là gì, thì Indonesia

cũng đã đáp ứng yêu cầu là một quốc gia đang phát triển có “nhu cầu đặc biệt về phát triển, tài chính và thương mại” bị ảnh hưởng bởi lệnh cấm thuốc lá đỉnh hương của Hoa Kỳ. Bởi Indonesia đã chứng minh được bằng hai lý do<sup>13</sup>: (1) Tầm quan trọng của thuốc lá đỉnh hương đối với nền kinh tế và người dân của Indonesia. Thuốc lá đỉnh hương đã được sản xuất ở Indonesia trong hơn một thế kỷ qua; ước tính có khoảng 6 triệu người Indonesia làm việc trực tiếp hoặc gián tiếp trong việc sản xuất thuốc lá và trồng thuốc lá; ngành công nghiệp thuốc lá, bao gồm cả cây đỉnh hương, chiếm khoảng 1,66% tổng sản phẩm quốc nội của Indonesia (GDP); và Indonesia đã xuất khẩu thuốc lá đỉnh hương sang Hoa Kỳ trong hơn 40 năm; (2) do lệnh cấm của Hoa Kỳ, số lượng thuốc lá đỉnh hương sản xuất tại Indonesia nhập khẩu vào Hoa Kỳ đã giảm từ khoảng 15 triệu USD năm 2008 xuống còn 0 vào năm 2010.

(iii) *Thứ ba*, viện dẫn và áp dụng giải thích cụm từ “tính đến” (take account of) trong báo cáo đã được thông qua của Ban hội thẩm đã được Cơ quan giải quyết tranh chấp của WTO (DSB) thông qua trước đó

Ban hội thẩm vụ này đã nêu rằng, *Hoa Kỳ - Thuốc lá đỉnh hương* (DS 406) là vụ tranh chấp đầu tiên đề cập đến cụm từ “tính đến” (take account of) theo khoản 3 Điều 12 Hiệp định TBT trong giải quyết tranh chấp. Nhưng khoản 3 Điều 12 Hiệp định TBT được Ban hội thẩm vụ *EC - Phê chuẩn và tiếp thị các sản phẩm công nghệ sinh học* (DS 291, 292, 293) đã mô tả là “điều khoản tương đương” (equivalent provision) với khoản 1 Điều 10 Hiệp định SPS<sup>14</sup>. Ban hội thẩm vụ *Hoa Kỳ*

<sup>12</sup> Tên đầy đủ của vụ tranh chấp là: DS54: Indonesia - Certain Measures Affecting the Automobile Industry, tên viết tắt là *Indonesia - Autos* (DS 54), tạm dịch là *Indonesia - Ô tô*, xem tại: WTO, DS54: *Indonesia - Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds54\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds54_e.htm), truy cập ngày 6/6/2022

<sup>13</sup> Báo cáo của Ban hội thẩm, *Hoa Kỳ - Thuốc lá đỉnh hương* (DS 406), đoạn 7.627-7.629.

<sup>14</sup> Báo cáo của Ban hội thẩm, *EC - Phê chuẩn và tiếp thị các sản phẩm công nghệ sinh học* (DS 291, 292, 293), footnote 1330.

- *Thuốc lá đình hương* (DS 406) đồng ý và viện dẫn lại cách giải thích của Ban hội thẩm vụ *Phê chuẩn và tiếp thị các sản phẩm công nghệ sinh học* (DS 291, 292, 293) về nghĩa vụ “tính đến” nhu cầu của các thành viên là nước đang phát triển, cũng như trách nhiệm chứng minh theo quy định này thuộc về bên nguyên đơn.

Việc viện dẫn và thực hiện theo báo cáo đã được thông qua của Ban hội thẩm và Cơ quan phúc thẩm WTO góp phần đảm bảo tính an toàn, cũng như khả năng dự đoán của hệ thống thương mại đa phương<sup>15</sup>, phù hợp với khoản 2 Điều 3 DSU<sup>16</sup>. Ban hội thẩm vụ *Hoa Kỳ - COOL* (DS384, 386) cũng đã viện dẫn và đồng tình với quan điểm của Ban hội thẩm vụ *Phê chuẩn và tiếp thị các sản phẩm công nghệ sinh học* (DS 291, 292, 293) về cách giải thích nghĩa vụ “tính đến” nhu cầu của các thành viên là nước đang phát triển<sup>17</sup>.

### 3. Một số khuyến nghị đối với Việt Nam

Trên cơ sở những kết luận và giải thích trong báo cáo đã được thông qua của Ban hội thẩm của các vụ tranh chấp nêu trên. Cụ thể, tác giả đưa ra một số khuyến nghị đối với Việt Nam khi tham gia giải quyết tranh chấp tại WTO như sau:

- *Một là, nghĩa vụ chứng minh luôn thuộc về nguyên đơn - nước đang phát triển*

Mặc dù, khi chuẩn bị và áp dụng các quy định kỹ thuật, các nước phát triển có nghĩa vụ tính đến các nhu cầu đặc biệt về phát triển, tài chính hoặc thương mại của nước đang phát triển. Cụ thể là tính đến nhu cầu đặc biệt của các nước đang phát triển nói chung,

chứ không phải tính đến nhu cầu đặc biệt của riêng nước nguyên đơn.

Báo cáo của Ban hội thẩm vụ *EC - Phê chuẩn và tiếp thị các sản phẩm công nghệ sinh học* (DS 291, 292, 293), cũng như vụ *Hoa Kỳ - Thuốc lá đình hương* (DS 406) cho thấy, việc chứng minh bị đơn vi phạm khoản 1 Điều 10 Hiệp định SPS hoặc khoản 3 Điều 12 Hiệp định TBT nói chung, hay chứng minh các nước phát triển không tính đến các nhu cầu đặc biệt, nhu cầu đặc biệt về phát triển, tài chính hoặc thương mại của nước đang phát triển nói riêng, ngay từ đầu đã thuộc về nguyên đơn. Trong vụ *EC - Phê chuẩn và tiếp thị các sản phẩm công nghệ sinh học* (DS 291, 292, 293), Argentina đưa ra khiếu kiện về khoản 1 Điều 10 Hiệp định SPS không rõ ràng, không xác định rõ nghĩa vụ của mình là chứng minh dẫn đến kết quả Ban hội thẩm đã kết luận Argentina thất bại trong việc chứng minh biện pháp của EC không phù hợp điều khoản trên.

Nếu tham gia tranh chấp, chỉ khi Việt Nam với tư cách nguyên đơn chứng minh phải được vấn đề này, thì bị đơn mới cần đưa ra lập luận và tài liệu, chứng cứ về việc họ đã tính đến nhu cầu này của nguyên đơn khi ban hành quy định kỹ thuật, tiêu chuẩn và quy trình đánh giá sự phù hợp.

Tuy nhiên, Việt Nam cần lưu ý là việc chứng minh bị đơn không tính đến nhu cầu đặc biệt của các nước đang phát triển là một việc không dễ dàng. Thực tế giải quyết tranh chấp tại WTO cho thấy, khi nguyên đơn là

<sup>15</sup> James Bacchus and Simon Lester, *Of Precedent and Persuasion - The Crucial Role of an Appeals Court in WTO Disputes*, CATO Institute, Free Trade Bulletin - Herbert A. Stiefel Center for Trade Policy Studies, September 12, 2019, Number 74, p.2, <https://www.cato.org/free-trade-bulletin/precedent-persuasion-crucial-role-appeals-court-wto-disputes#precedent-and-predictability>, truy cập ngày 6/6/2022

<sup>16</sup> Khoản 2 Điều 3 DSU quy định: “Hệ thống giải quyết tranh chấp của WTO là yếu tố trung tâm trong việc tạo ra sự an toàn và khả năng dự đoán trước cho hệ thống thương mại đa phương” và “Các khuyến nghị và phán quyết của DSB không được làm tăng hoặc giảm các quyền và nghĩa vụ được quy định trong các hiệp định có liên quan”.

<sup>17</sup> Báo cáo của Ban hội thẩm, *Hoa Kỳ - COOL* (DS384, 386), đoạn 7.781.

nước đang phát triển viện dẫn khoản 1 Điều 10 Hiệp định SPS hoặc khoản 3 Điều 12 Hiệp định TBT, họ thường không chứng minh được vấn đề này. Trong vụ *EC - Phê chuẩn và tiếp thị các sản phẩm công nghệ sinh học* (DS 291, 292, 293), khi Argentina cho rằng EC đã không tuân thủ Khoản 1 Điều 10 Hiệp định SPS khi chuẩn bị và áp dụng biện pháp SPS, nhưng họ lại không chứng minh được EC đã không “tính đến” (take account of) các nhu cầu của nước đang phát triển trong việc đưa ra quyết định của mình. Hoặc trong vụ *Hoa Kỳ - Thuốc lá đình hương* (DS 406) Indonesia đã không chứng minh được rằng, Hoa Kỳ đã không “tính đến” các nhu cầu đặc biệt về tài chính, thương mại và phát triển của Indonesia.

- Hai là, về điều kiện tiên quyết để viện dẫn và chứng minh theo khoản 1 Điều 10 Hiệp định SPS và khoản 3 Điều 12 Hiệp định TBT

Điều kiện tiên quyết để viện dẫn và chứng minh theo khoản 1 Điều 10 Hiệp định SPS và khoản 3 Điều 12 Hiệp định TBT là nguyên đơn phải chứng minh họ là nước đang phát triển hoặc là nước kém phát triển nhất. Quy định về đối xử đặc biệt và khác biệt cho các nước đang phát triển theo các Hiệp định về tiêu chuẩn sản phẩm chỉ dành cho những nước thành viên này. Indonesia là ví dụ thành công về việc chứng minh vấn đề này trong vụ *Hoa Kỳ - Thuốc lá đình hương* (DS 406). Trước hết phải có sự tuyên bố, Indonesia đưa ra tuyên bố họ là nước đang phát triển với hai lý do chính: (1) Ngân hàng Thế giới (World Bank) phân loại quốc gia này là một quốc gia đang phát triển; (2) Thành viên của WTO đã công nhận trong vụ *Indonesia - Ô tô* (DS 54). Đây là những lý do có thể dễ dàng kiểm

chứng và cũng dễ dàng thuyết phục được Ban hội thẩm. Lưu ý rằng, bên cạnh phân loại các quốc gia (Country classifications) của Ngân hàng Thế giới (WB), thì Việt Nam cũng có thể viện dẫn phân loại của Liên hợp quốc. Theo phân loại năm 2021 của Liên hợp quốc, Việt Nam là nước đang phát triển<sup>18</sup>.

- Ba là, về việc viện dẫn báo cáo của Ban hội thẩm đã được thông qua trước đó

Việt Nam cần lưu ý là khoản 1 Điều 10 Hiệp định SPS và khoản 3 Điều 12 được giải thích và áp dụng tương tự nhau. Về mặt văn bản, hai quy định này có nội dung tương tự nhau. Khoản 1 Điều 10 Hiệp định SPS và khoản 3 Điều 12 Hiệp định TBT yêu cầu rằng khi chuẩn bị và áp dụng các quy định kỹ thuật, tiêu chuẩn và quy trình đánh giá sự phù hợp, các thành viên phải tính đến (take account of) các nhu cầu đặc biệt (special needs) của các thành viên là nước đang phát triển.

Khoản 3 Điều 12 Hiệp định TBT là “điều khoản tương đương” (equivalent provision) với khoản 1 Điều 10 của Hiệp định SPS. Đó là kết luận của vụ *EC - Phê chuẩn và tiếp thị các sản phẩm công nghệ sinh học* (DS 291, 292, 293). Trước vụ *Hoa Kỳ - Thuốc lá đình hương* (DS 406), không có vụ tranh chấp nào giải thích nghĩa vụ trong khoản 3 Điều 12 Hiệp định TBT là phải “tính đến” các nhu cầu đặc biệt của các nước đang phát triển, Ban hội thẩm đã viện dẫn và áp dụng theo cách giải thích khoản 1 Điều 10 Hiệp định SPS trong báo cáo của Ban hội thẩm vụ *EC - Phê chuẩn và tiếp thị các sản phẩm công nghệ sinh học* (DS 291, 292, 293). Do vậy, nếu tham gia vào tranh chấp liên quan tới khoản 3 Điều 12 Hiệp định TBT hoặc khoản 1 Điều 10 Hiệp định SPS, Việt Nam có thể viện dẫn báo cáo giải quyết tranh chấp của cả hai quy định này để tăng tính thuyết phục cho lập luận của mình ■

<sup>18</sup> United Nations, *World Economic Situation and Prospects 2021 - Statistical annex - Country classification*, p. 126, [https://www.un.org/development/desa/dpad/wp-content/uploads/sites/45/WESP2021\\_ANNEX.pdf](https://www.un.org/development/desa/dpad/wp-content/uploads/sites/45/WESP2021_ANNEX.pdf), truy cập ngày 6/6/2022.

# THẨM QUYỀN GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP ĐẤT ĐAI CỦA TÒA ÁN: MỘT SỐ BẤT CẬP VÀ KIẾN NGHỊ

ThS. Lê Thị Bích Chi\*

TS. Nguyễn Thị Loan\*\*

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

\*\*Khoa Luật học, Trường Đại học Đà Lạt

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Tranh chấp đất đai, Tòa án, giấy chứng nhận quyền sử dụng đất.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 21/09/2022  
Biên tập : 16/10/2022  
Duyệt bài : 17/10/2022

## Article Information:

*Keywords:* Land disputes; Court, certificate of land use right.

Received : 21 Sep. 2022  
Edited : 16 Oct. 2022  
Approved : 17 Oct. 2022

## Tóm tắt:

Quá trình quản lý, sử dụng đất đai có thể phát sinh nhiều tranh chấp, như tranh chấp giữa cơ quan quản lý nhà nước với người sử dụng đất hoặc tranh chấp giữa những người sử dụng đất với nhau. Việc xác định chủ thể trong quan hệ tranh chấp và làm rõ nội hàm của khái niệm tranh chấp đất đai có ý nghĩa quyết định trong việc xác định chủ thể có thẩm quyền giải quyết, trình tự, thủ tục giải quyết. Tuy vậy, quy định về khái niệm tranh chấp đất đai và chủ thể có thẩm quyền giải quyết hiện còn nhiều bất cập, ảnh hưởng đến hiệu quả giải quyết tranh chấp cũng như gây lãng phí xã hội, cần sớm được hoàn thiện.

## Abstract:

The process of land management and utilization may arise disputes, such as disputes between state management agencies and land users or disputes between the land users. Determining the subject in the dispute relationship and clarifying the content of the concept of land dispute is decisive in determining the subject with the authority to settle, the order and procedures for settlement. However, the regulations on the concept of land disputes and the subject having the authority to settle them still have many shortcomings, affecting the efficiency of dispute settlement as well as causing social wasted costs, and need to be improved soon.

## 1. Khái niệm tranh chấp đất đai

Trong khoa học pháp lý, thuật ngữ tranh chấp đất đai đã được sử dụng theo Luật Đất đai năm 1987 (tại các điều luật là Điều 9, Điều 21, Điều 22), Luật Đất đai năm 1993 (Điều 38, Điều 40) nhưng “chưa được giải thích chính thức, mà chủ yếu là chỉ được hiểu ngầm qua các quy định của pháp luật về giải

quyết tranh chấp đất đai và các tranh chấp khác có liên quan đến quyền sử dụng đất<sup>1</sup>”.

Về lý thuyết, tranh chấp giữa những người sử dụng đất có thể bắt nguồn từ các giao dịch về quyền sử dụng đất hoặc đơn thuần chỉ là những tranh chấp phát sinh trong quá trình thực hiện quyền của chủ thể sử dụng đất. Đó có thể là tranh chấp về ranh giới, lối đi...; tranh chấp về quyền, nghĩa vụ phát sinh trong

<sup>1</sup> Xem thêm Lưu Quốc Thái (2006), *Bàn về khái niệm “tranh chấp đất đai” trong Luật Đất đai năm 2003*, Tạp chí Khoa học pháp lý số 2(33), tr.3-6.

quá trình sử dụng đất (thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng, hiệu lực của hợp đồng,...); tranh chấp về thừa kế, chia tài sản chung là quyền sử dụng đất,...

Luật Đất đai năm 2003, lần đầu tiên, tại khoản 26 Điều 4 quy định: *tranh chấp đất đai là tranh chấp về quyền và nghĩa vụ của người sử dụng đất giữa hai hoặc nhiều bên trong quan hệ đất đai*. “Đây là tranh chấp tổng thể các quyền và nghĩa vụ hay chỉ là tranh chấp từng quyền và nghĩa vụ “đơn lẻ” của người sử dụng đất do pháp luật đất đai quy định, hay bao gồm cả tranh chấp những quyền và nghĩa vụ mà người sử dụng đất có được khi tham gia vào các quan hệ pháp luật khác cho đến nay vẫn chưa được chính thức xác định. Bên cạnh đó, chủ thể tranh chấp vốn được gọi là “hai hay nhiều bên” cũng không được định danh về loại chủ thể: chỉ là người sử dụng đất hay tất cả các chủ thể có liên quan đến quyền và nghĩa vụ của người sử dụng đất trong quan hệ tranh chấp đất đai?”<sup>2</sup>. Thêm nữa, các bên trong quan hệ đất đai đang tranh chấp bao gồm các bên trong các giao dịch về quyền sử dụng đất hay không thì khái niệm không đề cập.

Chính vì sự không rõ ràng trong nội dung của quy định khái niệm tranh chấp đất đai như trên nên thực tế tồn tại nhiều cách hiểu khác nhau về khái niệm này. Theo một tài liệu “tranh chấp đất đai là sự bất đồng, mâu thuẫn hay xung đột về lợi ích, về quyền và nghĩa vụ giữa các chủ thể khi tham gia vào quan hệ pháp luật đất đai... các chủ thể tranh chấp đất đai chỉ là chủ thể quản lý và sử dụng

đất, không có quyền sở hữu đối với đất đai”<sup>3</sup>. Quan điểm khác cho rằng, “tranh chấp đất đai là sự bất đồng, mâu thuẫn giữa các chủ thể (sử dụng đất) trong việc xác định ai là người có quyền sử dụng đối với một (hoặc những) thửa đất nhất định... tranh chấp đất đai có thể bao hàm cả các tranh chấp về địa giới giữa các đơn vị hành chính”<sup>4</sup>. Hoặc “tranh chấp đất đai là mọi tranh chấp phát sinh trong quan hệ đất đai bao gồm tranh chấp về quyền sử dụng đất, tranh chấp về tài sản gắn liền với đất, tranh chấp liên quan đến địa giới hành chính... Quan điểm này được nhiều cơ quan có thẩm quyền giải quyết chấp nhận, vì Điều 136 Luật Đất đai năm 2003...”<sup>5</sup>.

Mặc dù, khái niệm tranh chấp đất đai theo Luật Đất đai năm 2003 gây khó khăn trong việc xác định chủ thể, đối tượng và mục đích giải quyết, dẫn đến sự bất nhất trong cách hiểu và giải quyết tranh chấp trên thực tế, nhưng tinh thần của nó vẫn tiếp tục được giữ lại theo quy định tại Luật Đất đai năm 2013, có sự thay đổi về cách diễn đạt “*Tranh chấp đất đai là tranh chấp về quyền, nghĩa vụ của người sử dụng đất giữa hai hoặc nhiều bên trong quan hệ đất đai*”<sup>6</sup> (khoản 24 Điều 3)<sup>7</sup>.

Căn cứ vào một số quy định khác của Luật Đất đai năm 2013 có liên quan đến nội hàm của khái niệm tranh chấp đất đai như khoản 14 Điều 22, Điều 202, Điều 203..., chúng tôi khẳng định, các chủ thể trong quan hệ tranh chấp đất đai chỉ bao gồm những người sử dụng đất. Nói cách khác, tranh chấp đất đai liên quan đến địa giới hành chính không

<sup>2</sup> Xem thêm Lưu Quốc Thái (2006), *tlđđ*, tr.3-6.

<sup>3</sup> Trường Đại học Luật Hà Nội (2008), *Giáo trình Luật Đất đai*, tr.455, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội.

<sup>4</sup> Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh (2012), *Giáo trình Luật đất đai*, tr.357-358, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội.

<sup>5</sup> Trương Thế Côn, *Những bất cập trong quy định của pháp luật về tranh chấp và giải quyết tranh chấp đất đai*, [http://www.moj.gov.vn/tcdcpl/tintuc/Lists/PhapLuatKinhTe/View\\_detail.aspx?ItemID=373](http://www.moj.gov.vn/tcdcpl/tintuc/Lists/PhapLuatKinhTe/View_detail.aspx?ItemID=373).

<sup>6</sup> Luật Đất đai năm 2013 sử dụng cụm từ “quyền, nghĩa vụ” thay cho “quyền và nghĩa vụ” theo Luật Đất đai năm 2003.

<sup>7</sup> Nội dung này tiếp tục được giữ nguyên theo khoản 44, Điều 33 Dự thảo Luật Đất đai (*sửa đổi*) - (Dự thảo 2, ngày 16/9/2022): *Tranh chấp đất đai là tranh chấp về quyền, nghĩa vụ của người sử dụng đất giữa hai hoặc nhiều bên trong quan hệ đất đai*.

phải là loại tranh chấp đất đai được đề cập tại khoản 26 Điều 4 Luật Đất đai năm 2003 cũng như khoản 24 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013.

Luật Đất đai năm 2003 (Điều 135 và Điều 136) sử dụng cả hai khái niệm “tranh chấp đất đai” và “tranh chấp về quyền sử dụng đất” thì Luật Đất đai năm 2013 sử dụng khái niệm “tranh chấp đất đai” và “tranh chấp về tài sản gắn liền với đất”. Khoa học pháp lý nói chung không có định nghĩa về quyền sử dụng đất mà chỉ thừa nhận quyền sử dụng đất là quyền của người sử dụng đất được Nhà nước trao quyền thực hiện các quyền sử dụng, khai thác công dụng, hưởng hoa lợi, lợi tức từ đất và thực hiện các giao dịch liên quan đến quyền sử dụng đất đó tương ứng với các hình thức sử dụng đất theo quy định của pháp luật. Quyền sử dụng đất thuộc loại quyền tài sản theo pháp luật dân sự nên cũng là một loại tài sản nhưng không thuộc loại “tài sản gắn liền với đất” và tranh chấp đất đai không bao gồm tranh chấp về tài sản gắn liền với đất. Nếu việc giải quyết tranh chấp về quyền sử dụng đất nhằm mục đích xác định quyền sử dụng đất thuộc về ai thì mục đích giải quyết tranh chấp tài sản gắn liền với đất là xác định tài sản tranh chấp (đang gắn liền với đất) thuộc về ai và trên phương diện lý luận lẫn thực tiễn, chủ thể có quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất đang tranh chấp có thể không đồng thời là chủ thể có quyền sử dụng đất.

Khái niệm tranh chấp đất đai tại khoản 24 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013 có phạm vi rất rộng, có thể được hiểu bao gồm các tranh chấp về quyền sử dụng đất (như tranh chấp về ranh giới, tranh chấp đòi lại đất,...); tranh chấp quyền, nghĩa vụ phát sinh trong quá trình thực hiện các hợp đồng về quyền sử dụng đất (như yêu cầu thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng, công nhận hiệu lực của hợp đồng, tuyên bố hợp đồng vô hiệu...); tranh chấp quyền sử dụng đất khi vợ chồng ly hôn; tranh chấp về quyền thừa kế quyền sử dụng đất, tài sản gắn liền với quyền sử dụng đất... Bên cạnh đó,

Luật Đất đai năm 2013 không thể hiện rõ, các chủ thể trong quan hệ tranh chấp đất đai có bao gồm hay loại trừ các chủ thể xác lập giao dịch về quyền sử dụng đất, điều này gây khó khăn cho việc thụ lý, giải quyết những vụ án liên quan đến giao dịch có đối tượng là quyền sử dụng đất, Tòa án không rõ áp dụng khoản 3 hay khoản 9 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 làm căn cứ thụ lý, giải quyết. Những vướng mắc này cho thấy, nội hàm của khái niệm tranh chấp đất đai tại khoản 24 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013 gây khó cho việc áp dụng pháp luật về xác định thủ tục giải quyết, chủ thể có thẩm quyền giải quyết,...

*Vi dụ*, A được Nhà nước trực tiếp chuyển giao quyền sử dụng đất thông qua các hình thức giao đất, cho thuê đất,... thì A được gọi là người/chủ thể có quyền sử dụng đất và được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất nếu thỏa mãn điều kiện cấp giấy theo quy định của pháp luật đất đai. Theo pháp luật dân sự, A được xác lập quyền tài sản đối với quyền sử dụng đất đó và có đầy đủ quyền chiếm hữu, sử dụng, định đoạt quyền tài sản (quyền sử dụng đất) phù hợp với pháp luật đất đai, pháp luật dân sự. Nếu A trồng cây, xây nhà,... trên phần đất này thì A đồng thời là chủ sở hữu đối với các tài sản gắn liền với đất đó. Nói cách khác, A đồng thời là chủ thể có quyền sử dụng đất (quyền tài sản) và quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất.

Tuy nhiên, A có thể không trực tiếp khai thác, sử dụng diện tích đất đó và thỏa thuận chuyển quyền sử dụng cho B thông qua hợp đồng thuê quyền sử dụng đất hoặc thỏa thuận chuyển giao quyền bề mặt. Các giao dịch chuyển quyền sử dụng này không làm chấm dứt quyền sử dụng đất (tư cách) của A với Nhà nước, không làm phát sinh tư cách sử dụng đất của B với Nhà nước (vì B không thuộc trường hợp được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất), nhưng B được gọi là chủ thể có quyền bề mặt đối với diện tích đất B nhận chuyển quyền sử dụng. Với tư cách là

chủ thể có quyền bề mặt, phụ thuộc vào phạm vi giới hạn khai thác quyền bề mặt (mặt đất, khoảng không gian trên mặt đất và lòng đất), B có quyền khai thác, sử dụng quyền bề mặt để trồng cây, xây nhà,... tương tự như A nhưng không được trái với quy định của pháp luật về đất đai, xây dựng, quy hoạch, tài nguyên, khoáng sản và quy định khác của pháp luật có liên quan và B được xác lập quyền sở hữu đối với các tài sản do chính B tạo lập. Dưới góc độ pháp luật tài sản, B có quyền sở hữu đối với tài sản trên đất trong thời hạn hưởng quyền bề mặt nhưng không có quyền tài sản đối với quyền sử dụng đất (quyền này vẫn là của A). Nghĩa là, trên thửa đất này, tồn tại hai chủ thể quyền tương ứng với hai đối tượng: quyền sử dụng đất (quyền tài sản) và tài sản gắn liền với đất.

Quá trình thực hiện hợp đồng về quyền sử dụng đất nêu trên giữa A và B có thể phát sinh một số tranh chấp như tranh chấp về việc thực hiện các quyền, nghĩa vụ trong hợp đồng; hoặc tranh chấp về quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất được tạo lập; thậm chí có thể là tranh chấp về chủ thể có quyền sử dụng đất;... Bản chất của từng loại tranh chấp là khác nhau nên chủ thể có thẩm quyền giải quyết, trình tự, thủ tục giải quyết là khác nhau. Và như đã lập luận, loại tranh chấp thứ hai (tranh chấp về quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất được tạo lập) không được coi là tranh chấp đất đai, mà đây là tranh chấp về tài sản gắn liền với đất; còn loại tranh chấp thứ nhất (tranh chấp về việc thực hiện các quyền, nghĩa vụ trong hợp đồng) có được coi là tranh chấp đất đai hay không thì chưa thể làm rõ nếu căn cứ vào khoản 24 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013.

Với các tranh chấp đất đai thuộc khoản 24 Điều 3, theo pháp luật đất đai, hòa giải tại Ủy ban nhân dân cấp xã nơi có đất tranh chấp là thủ tục bắt buộc, mang tính tiên quyết (khoản 2 Điều 202), để tiếp tục giải quyết theo các bước tiếp theo: lựa chọn Ủy ban hay Tòa án,

theo thủ tục hành chính hay thủ tục tố tụng... Vậy thủ tục hòa giải bắt buộc này có áp dụng đối với các giao dịch có đối tượng là quyền sử dụng đất hoặc các tranh chấp khác có liên quan đến đất đai hay không thì Luật Đất đai năm 2013 không có quy định chính thức.

Rà soát các quy định của pháp luật về tranh chấp đất đai và trình tự giải quyết thì thấy rằng, bên cạnh các quy định của Luật Đất đai như đã đề cập, vấn đề này còn được quy định tại khoản 2 Điều 3 Nghị quyết số 04/2017/NQ-HĐTP ngày 05/5/2017 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn một số quy định tại khoản 1 và khoản 3 Điều 192 Bộ luật Tố tụng dân sự số 92/2015/QH13 về trả lại đơn khởi kiện, quyền nộp đơn khởi kiện lại vụ án. Cụ thể hơn, theo tinh thần của Nghị quyết số 04/2017/NQ-HĐTP, tranh chấp đất đai chỉ bao gồm “tranh chấp ai là người có quyền sử dụng đất” còn các tranh chấp khác liên quan đến quyền sử dụng đất như tranh chấp về giao dịch liên quan đến quyền sử dụng đất; tranh chấp về thừa kế quyền sử dụng đất; tranh chấp chia tài sản chung của vợ chồng là quyền sử dụng đất... không được coi là tranh chấp đất đai theo quy định của Luật Đất đai như đã đề cập. Bởi lẽ, khoản 2 Điều 3 Nghị quyết số 04/2017/NQ-HĐTP quy định “*Đối với tranh chấp ai là người có quyền sử dụng đất mà chưa được hòa giải tại Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn nơi có đất tranh chấp theo quy định tại Điều 202 Luật đất đai năm 2013 thì được xác định là chưa có đủ điều kiện khởi kiện quy định tại điểm b khoản 1 Điều 192 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015.*

*Đối với tranh chấp khác liên quan đến quyền sử dụng đất như: tranh chấp về giao dịch liên quan đến quyền sử dụng đất, tranh chấp về thừa kế quyền sử dụng đất, chia tài sản chung của vợ chồng là quyền sử dụng đất,... thì thủ tục hòa giải tại Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn nơi có đất tranh chấp không phải là điều kiện khởi kiện vụ án”.*



Từ những phân tích nêu trên, theo các tác giả, để áp dụng pháp luật một cách thống nhất khi giải quyết những tranh chấp đất đai phát sinh trong thực tế, khoản 24 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013 cần sớm được sửa đổi.

### **2. Pháp luật về thẩm quyền giải quyết tranh chấp đất đai của Tòa án**

Giải quyết tranh chấp về đất đai là một nội dung quản lý nhà nước về đất đai được quy định tại Điều 22 Luật Đất đai năm 2013. Theo đó, trường hợp “các bên tranh chấp không hòa giải được thì gửi đơn đến Ủy ban nhân dân cấp xã nơi có đất tranh chấp để hòa giải” (khoản 2 Điều 202). Đây được xem là cơ chế hữu hiệu, góp phần hạn chế việc các bên tranh chấp khởi kiện yêu cầu Tòa án giải quyết, phù hợp với chức năng quản lý nhà nước về đất đai của cấp hành chính cơ sở, trực tiếp nắm tình hình sử dụng đất của các bên tranh chấp. Cơ chế này cũng góp phần duy trì, củng cố mối quan hệ tình cảm, cộng đồng giữa các bên tranh chấp nên cần được tiếp tục ghi nhận và quy định theo hướng rõ ràng hơn, như là “các bên tranh chấp không hòa giải được thì phải gửi đơn đến Ủy ban nhân dân cấp xã nơi có đất tranh chấp để hòa giải”.

Trường hợp hòa giải tranh chấp về đất đai tại Ủy ban nhân dân cấp xã không thành thì đối với tranh chấp đất đai mà đương sự không có Giấy chứng nhận hoặc không có một trong các loại giấy tờ quy định tại Điều 100 Luật Đất đai năm 2013 thì đương sự được lựa chọn hoặc nộp đơn yêu cầu giải quyết tranh chấp tại Ủy ban nhân dân cấp có thẩm quyền hoặc khởi kiện tại Tòa án nhân dân có thẩm quyền theo quy định của pháp luật về tố tụng dân sự.

Trường hợp đương sự lựa chọn giải quyết tranh chấp đất đai tại Ủy ban nhân dân cấp có thẩm quyền thì quyền khởi kiện vụ án hành chính đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính trong việc giải quyết tranh chấp đất đai tiếp tục được Luật Tố tụng hành chính năm 2015, Luật Đất đai năm 2013 và Luật Khiếu nại năm 2011 ghi nhận theo nguyên

tắc: nếu không đồng ý với quyết định giải quyết của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện hoặc cấp tỉnh thì có quyền khiếu nại quyết định giải quyết đó đến cấp trên hoặc khởi kiện tại Tòa án theo quy định của pháp luật về tố tụng hành chính (khoản 2, 3 Điều 203). Như vậy, dù thủ tục giải quyết tiếp theo là thủ tục hành chính hay thủ tục tố tụng thì (i) hòa giải tại Ủy ban nhân dân cấp xã là thủ tục bắt buộc và (ii) trình tự này chỉ áp dụng đối với tranh chấp về đất đai nhằm mục đích xác định chủ thể có quyền sử dụng đất hợp pháp và không bao gồm các loại tranh chấp khác có liên quan đến đất đai.

Về thủ tục tố tụng giải quyết tranh chấp đất đai, có thể là tố tụng dân sự hoặc tố tụng hành chính. Cụ thể như sau:

(i) Với thủ tục tố tụng dân sự, theo quy định tại các khoản 2, 3, 9 Điều 26 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015, Tòa án có thẩm quyền giải quyết những tranh chấp về quyền sở hữu và các quyền khác đối với tài sản; tranh chấp về giao dịch dân sự, hợp đồng dân sự; tranh chấp đất đai theo quy định của pháp luật về đất đai. Đây là ba loại tranh chấp khác nhau nhưng đều thuộc thẩm quyền xét xử của Tòa án theo thủ tục tố tụng dân sự. Tuy nhiên, một trong ba loại này (tranh chấp đất đai), được quy định thủ tục tố tụng đặc thù (bắt buộc phải hòa giải tại Ủy ban nhân dân cấp xã trước khi khởi kiện). Mặc dù vậy, thủ tục “tiền tố tụng” này không có giá trị áp dụng bắt buộc đối với các loại tranh chấp khác có liên quan đến đất đai như tranh chấp về quyền sở hữu và các quyền khác đối với tài sản; tranh chấp về giao dịch dân sự có đối tượng là quyền sử dụng đất; tranh chấp chia thừa kế, chia tài sản chung là quyền sử dụng đất.

Hơn nữa, theo Điều 203 Luật Đất đai năm 2013, tranh chấp đất đai mà đương sự có Giấy chứng nhận hoặc có một trong các loại giấy tờ quy định tại Điều 100 Luật Đất đai năm 2013 (cũng như Điều 21 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP) thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa

án theo thủ tục tố tụng dân sự. Nói cách khác, theo quy định của pháp luật đất đai hiện hành, đương sự không có quyền yêu cầu Ủy ban nhân dân cấp có thẩm quyền giải quyết những loại tranh chấp này. Điều này cũng có nghĩa, nếu Ủy ban nhân dân cấp có thẩm quyền thụ lý, giải quyết đối với những tranh chấp đó (luật quy định thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án theo thủ tục tố tụng dân sự) theo thủ tục giải quyết tranh chấp đất đai và ban hành quyết định (quyết định giải quyết tranh chấp đất đai, quyết định giải quyết khiếu nại có nội dung giải quyết tranh chấp đất đai) thì việc giải quyết và ban hành quyết định giải quyết là trái thẩm quyền.

Bên cạnh đó, theo quy định tại Điều 34 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015, “*Khi giải quyết vụ việc dân sự, Tòa án có quyền hủy quyết định cá biệt trái pháp luật của cơ quan, tổ chức, người có thẩm quyền xâm phạm quyền, lợi ích hợp pháp của đương sự trong vụ việc dân sự mà Tòa án có nhiệm vụ giải quyết. Quyết định cá biệt... là quyết định đã được ban hành về một vấn đề cụ thể và được áp dụng một lần đối với một hoặc một số đối tượng cụ thể. Trường hợp vụ việc dân sự có liên quan đến quyết định này thì phải được Tòa án xem xét trong cùng một vụ việc dân sự đó*”.

(ii) Với thủ tục tố tụng hành chính, đối tượng khởi kiện trong quan hệ tranh chấp đất đai phải thuộc trường hợp được quy định tại Điều 30 Luật Tố tụng hành chính năm 2015, là quyết định giải quyết tranh chấp đất đai (quyết định hành chính), và phải chứa đựng nội dung kết luận ai là chủ thể có quyền sử dụng đất đối với phần đất tranh chấp (quyết định cá biệt). Vì vậy, trong vụ án hành chính này, mục đích xét xử của Tòa án là xem xét tính hợp pháp của hoạt động giải quyết tranh chấp đất đai đó (tính hợp pháp và có căn cứ về hình thức, nội dung của quyết định hành chính; về thẩm quyền, trình tự, thủ tục ban hành; thời hiệu, thời hạn ban hành;...) để chấp

nhận hay bác bỏ yêu cầu của người khởi kiện. Cần lưu ý, thủ tục tố tụng hành chính không áp dụng đối với tranh chấp đất đai mà đương sự có Giấy chứng nhận hoặc có một trong các loại giấy tờ quy định tại Điều 100 Luật Đất đai năm 2013 và tranh chấp khác có liên quan đến đất đai (như tranh chấp về tài sản gắn liền với đất, tranh chấp hợp đồng về quyền sử dụng đất, tranh chấp chia thừa kế, chia tài sản chung là quyền sử dụng đất...) vì những trường hợp này đã thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án theo thủ tục tố tụng dân sự.

Trường hợp đương sự không có Giấy chứng nhận hoặc không có một trong các loại giấy tờ quy định tại Điều 100 Luật Đất đai năm 2013 và yêu cầu Ủy ban nhân dân cấp có thẩm quyền giải quyết nhưng không được giải quyết khi đã hết thời hạn do luật định thì đối tượng khởi kiện vụ án trong trường hợp này là hành vi hành chính (hành vi không giải quyết khiếu nại về tranh chấp đất đai).

Có thể nói rằng, căn cứ vào sự phân định thẩm quyền giải quyết tranh chấp đất đai giữa Ủy ban nhân dân và Tòa án (theo thủ tục tố tụng dân sự) thì Ủy ban nhân dân không có quyền giải quyết đối với (1) tranh chấp về tài sản gắn liền với đất, tranh chấp về giao dịch liên quan đến quyền sử dụng đất, tranh chấp về thừa kế quyền sử dụng đất, chia tài sản chung của vợ chồng là quyền sử dụng đất,...; (2) tranh chấp đất đai (tranh chấp ai là người có quyền sử dụng đất) nhưng đương sự đã có Giấy chứng nhận hoặc có một trong các loại giấy tờ quy định tại Điều 100 Luật Đất đai năm 2013. Những tranh chấp như vậy phải thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án theo thủ tục tố tụng dân sự. Nói cách khác, việc Ủy ban nhân dân cấp có thẩm quyền thụ lý, giải quyết và ban hành quyết định giải quyết đối với những tranh chấp này khi đương sự có yêu cầu là không đúng thẩm quyền.

Tuy vậy, đương sự có quyền khởi kiện theo thủ tục tố tụng hành chính đối với quyết định giải quyết trái thẩm quyền đó hay bắt buộc

phải khởi kiện theo thủ tục tố tụng dân sự thì pháp luật hiện không có quy định. Trường hợp này, đương sự thỏa mãn điều kiện khởi kiện đồng thời cả thủ tục tố tụng dân sự và tố tụng hành chính nên có quyền chủ động lựa chọn một trong hai thủ tục khởi kiện dựa vào mục đích mong muốn. Rõ ràng, về thủ tục tố tụng dân sự, quyết định hành chính (quyết định giải quyết tranh chấp đất đai, quyết định giải quyết khiếu nại có nội dung giải quyết tranh chấp đất đai) của Ủy ban nhân dân không làm thay đổi thực tế đương sự đã được cấp Giấy chứng nhận hoặc có một trong các loại giấy tờ quy định tại Điều 100 Luật Đất đai năm 2013 nên đương sự có quyền khởi kiện theo thủ tục tố tụng dân sự. Hơn nữa, dù được ban hành không đúng thẩm quyền nhưng sau khi được ban hành và chưa bị hủy bỏ, quyết định hành chính giải quyết tranh chấp đất đai vẫn đang tồn tại và thỏa mãn điều kiện là đối tượng khởi kiện theo quy định của pháp luật tố tụng hành chính.

Việc phân định thẩm quyền giải quyết tranh chấp đất đai giữa Ủy ban nhân dân và Tòa án tại khoản 2, 3 Điều 203 Luật Đất đai năm 2013 là không thực sự cần thiết, tốn kém nhiều thời gian, công sức để giải quyết nhưng có thể không mang lại hiệu quả như mong muốn của đương sự. Và khi đương sự tiếp tục khởi kiện vụ án hành chính vì không đồng ý với quyết định giải quyết tranh chấp đất đai, một vòng luẩn quẩn khác đối với việc giải quyết tranh chấp này lại bắt đầu. Vì vậy, đối với tranh chấp ai là người có quyền sử dụng đất mà đương sự không có Giấy chứng nhận hoặc không có một trong các loại giấy tờ quy định tại Điều 100 Luật Đất đai năm 2013 thì thẩm quyền giải quyết vẫn thuộc về Tòa án. Nói cách khác, Tòa án có thẩm quyền giải quyết tất cả các tranh chấp đất đai theo thủ

tục tố tụng dân sự. Điều này cũng hoàn toàn phù hợp với khoản 9 Điều 26 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015, Tòa án có thẩm quyền giải quyết những tranh chấp đất đai theo quy định của pháp luật về đất đai.

Tuy nhiên, để việc giải quyết của Tòa án được khách quan, công bằng, kịp thời, phù hợp với quy định của pháp luật cũng như bản chất của quan hệ tranh chấp, chúng tôi cho rằng, với tư cách là chủ thể quản lý nhà nước về đất đai, có quyền cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất xác nhận quyền sử dụng đất hợp pháp của người có quyền sử dụng đất thì Ủy ban nhân dân cấp có thẩm quyền phải cung cấp hồ sơ, tài liệu có liên quan đến việc quản lý, sử dụng đất để làm căn cứ cho Tòa án khi được yêu cầu<sup>8</sup>.

### 3. Kiến nghị hoàn thiện

*Một là, sửa đổi khoản 24 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013 như sau: Tranh chấp đất đai là tranh chấp về quyền, nghĩa vụ của những người sử dụng đất trong việc xác định chủ thể có quyền sử dụng đối với diện tích đất tranh chấp và không bao gồm các tranh chấp trong quá trình thực hiện giao dịch về quyền sử dụng đất, phân chia quyền sử dụng đất.*

*Hai là, sửa đổi khoản 2 Điều 202 Luật Đất đai năm 2013 như sau: Tranh chấp đất đai mà các bên tranh chấp không hòa giải được thì phải gửi đơn đến Ủy ban nhân dân cấp xã nơi có đất tranh chấp để hòa giải.*

*Ba là, sửa đổi Điều 203 Luật Đất đai năm 2013 như sau: Tranh chấp đất đai thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án nhân dân theo quy định của pháp luật về tố tụng dân sự. Ủy ban nhân dân các cấp phải cung cấp hồ sơ, tài liệu có liên quan đến việc quản lý, sử dụng đất để làm căn cứ cho Tòa án nhân dân giải quyết khi được yêu cầu ■*

<sup>8</sup> Đây cũng chính là tinh thần của Điều 230 Dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi) - Dự thảo 2, ngày 16/9/2022: *Tranh chấp đất đai, tranh chấp đất đai và tài sản gắn liền với đất do Tòa án nhân dân giải quyết theo quy định của pháp luật về tố tụng dân sự. Ủy ban nhân dân các cấp có trách nhiệm cung cấp hồ sơ, tài liệu có liên quan đến việc quản lý, sử dụng đất để làm căn cứ cho Tòa án nhân dân giải quyết theo thẩm quyền khi được yêu cầu.*

# BẢO ĐẢM QUYỀN CON NGƯỜI TRONG ÁP DỤNG BIỆN PHÁP BẮT, GIỮ NGƯỜI TRONG TỔ TỤNG HÌNH SỰ

Trịnh Duy Thuyên

*TS. Trường Đại học Cảnh sát nhân dân.*

## Thông tin bài viết:

**Từ khóa:** Quyền con người, biện pháp ngăn chặn, tố tụng hình sự.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 15/09/2022

Biên tập : 18/10/2022

Duyệt bài : 19/10/2022

## Article Information:

**Keywords:** Human rights; preventive measures; criminal proceedings.

Received : 15 Sep. 2022

Edited : 18 Oct. 2022

Approved : 19 Oct. 2022

## Tóm tắt:

Quyền tự do của công dân là những quyền cơ bản của con người, được quy định trong Hiến pháp năm 2013. Tuy nhiên, để giữ vững an ninh quốc gia và trật tự an toàn xã hội cũng như bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân, Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 cho phép các cơ quan tiến hành tố tụng được áp dụng các biện pháp ngăn chặn để bảo đảm quá trình điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án. Nhưng qua thực tiễn áp dụng đã phát sinh những khó khăn, bất cập trong các quy định về biện pháp ngăn chặn, ảnh hưởng trực tiếp đến quyền tự do của công dân, cần sớm được hoàn thiện.

## Abstract:

The right of freedom of citizens is one of basic human rights, stipulated in the Constitution of 2013. However, in order to maintain national security and social order and safety as well as protect legitimate rights and interests of organizations and individuals, the procedure-conducting agencies are allowed by the Criminal Procedure Code of 2015 to apply preventive measures to ensure the investigation, prosecution, adjudication and judgment enforcement process. However, a number of shortcomings and inadequacies appear after practical enforcement of the regulations on preventive measures, which directly affect the right of freedom of citizens, which need to be reviewed and improved.

## 1. Quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự về áp dụng các biện pháp bắt, giữ người

Biện pháp bắt, giữ người là những biện pháp ngăn chặn trong tố tụng hình sự (TTHS), đây là cách thức thực hiện tính quyền lực nhà nước do cơ quan, người có thẩm quyền áp dụng theo trình tự, thủ tục được pháp luật TTHS quy định, tác động lên tư tưởng, hành vi người tham gia tố tụng, buộc họ phải thực hiện nhằm bảo đảm cho các hoạt động điều tra, truy tố, xét xử và thi hành án được thuận lợi. Do đó, các biện pháp này đóng vai trò hết sức quan trọng để ngăn chặn tội phạm, ngăn chặn bị can, bị cáo gây khó khăn cho các hoạt

động điều tra, truy tố, xét xử hoặc để bảo đảm thi hành án, góp phần bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, công dân. Nhưng việc lạm dụng, áp dụng sai các biện pháp bắt, giữ người trong TTHS, sẽ bị coi là những hành vi vi phạm pháp luật, xâm phạm các quyền tự do cá nhân của con người; xâm hại hoạt động đúng đắn của các cơ quan bảo vệ pháp luật, làm giảm sút lòng tin của Nhân dân đối với Đảng và Nhà nước. Vì những lý do đó, việc quy định chặt chẽ, chính xác, cụ thể biện pháp bắt, giữ người không những thể hiện sự tôn trọng của Nhà nước ta đối với các quyền tự do cá nhân, mà còn là cơ sở pháp lý bảo đảm sự

giám sát của Nhân dân, xã hội đối với toàn bộ hoạt động TTTH nói chung, áp dụng các biện pháp ngăn chặn TTTH nói riêng.

### **- Giữ người trong trường hợp khẩn cấp**

Giữ người trong trường hợp khẩn cấp là một biện pháp ngăn chặn hoàn toàn mới được quy định trong Bộ luật TTTH năm 2015 (Bộ luật TTTH) được tiến hành khi có những căn cứ cụ thể về việc giữ người<sup>1</sup> hoặc các cơ quan chức năng tiếp nhận người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp từ các cơ quan khác bàn giao, để có thời gian điều tra xác minh làm rõ hành vi phạm tội trước khi thực hiện các quyết định tố tụng tiếp theo. Khi tiến hành biện pháp này, pháp luật TTTH quy định phải bảo đảm về trình tự thủ tục như: phải có Lệnh của người có thẩm quyền và phải ghi rõ họ tên, địa chỉ của người bị giữ, lý do họ bị giữ. Đối với Người chỉ huy tàu bay, tàu biển khi tàu bay, tàu biển đã rời khỏi sân bay, bến cảng sau khi tiến hành giữ người trong trường hợp khẩn cấp, phải giải ngay người bị giữ kèm theo tài liệu liên quan đến việc giữ người trong trường hợp khẩn cấp đến Cơ quan điều tra (CQĐT) nơi có sân bay hoặc bến cảng đầu tiên tàu trở về. Trong thời hạn 12 giờ kể từ khi giữ người hoặc nhận người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp CQĐT, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra phải tiến hành ngay 03 hoạt động: lấy lời khai; Người có thẩm quyền phải ra quyết định tạm giữ trong trường hợp khẩn cấp hoặc trả tự do ngay cho người đó nếu không có đủ căn cứ tạm giữ. Ngoài ra, để bảo đảm tính khách quan Bộ luật

TTTH còn yêu cầu Viện Kiểm sát phải giám sát chặt chẽ căn cứ giữ người. Trường hợp cần thiết, Kiểm sát viên phải trực tiếp gặp, hỏi người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp trước khi xem xét, quyết định phê chuẩn hoặc quyết định không phê chuẩn lệnh bắt người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp.

Như vậy, biện pháp giữ người trong trường hợp khẩn cấp chỉ mới tạm thời tước quyền tự do của người bị tạm giữ trong một thời gian ngắn (12 giờ) để cơ quan chức năng có đủ thời gian tiến hành một số hoạt động điều tra ban đầu để xác định có hay không hành vi phạm tội, người thực hiện hành vi phạm tội trước khi quyết định áp dụng biện pháp mang tính cưỡng chế khác nghiêm khắc hơn. Theo tác giả, biện pháp giữ người trong trường hợp khẩn cấp là biện pháp được các nhà lập pháp quy định thêm nhằm phù hợp với các quy định của Hiến pháp năm 2013<sup>2</sup> vì quy định biện pháp bắt người trong trường hợp khẩn cấp trong Bộ luật TTTH năm 2003 chưa bảo đảm sự phù hợp với Hiến pháp. Bởi lẽ, các cơ quan tiến hành tố tụng bắt trước mới phê chuẩn sau. Với việc bổ sung Biện pháp mới này, đã thể hiện quan điểm tiến bộ của các nhà lập pháp về tôn trọng và bảo vệ quyền con người “*Mọi người có quyền bất khả xâm phạm về thân thể*”<sup>3</sup>; đồng thời giúp cơ quan chức năng hạn chế đến mức thấp nhất tình trạng bắt oan sai có thể diễn ra trong thực tế.

### **- Các biện pháp bắt người**

Bắt người là biện pháp ngăn chặn mang tính đặc thù được áp dụng liền trước các biện

<sup>1</sup> Khoản 1 Điều 110 Bộ luật Tố tụng hình sự quy định chỉ thực hiện biện pháp này khi “có đủ căn cứ để xác định người đó đang chuẩn bị thực hiện tội phạm rất nghiêm trọng hoặc tội phạm đặc biệt nghiêm trọng; Người cùng thực hiện tội phạm hoặc bị hại hoặc người có mặt tại nơi xảy ra tội phạm chính mắt nhìn thấy và xác nhận đúng là người đã thực hiện tội phạm mà xét thấy cần ngăn chặn ngay việc người đó trốn; có dấu vết của tội phạm ở người hoặc tại chỗ ở hoặc nơi làm việc hoặc trên phương tiện của người bị nghi thực hiện tội phạm và xét thấy cần ngăn chặn ngay việc người đó trốn hoặc tiêu hủy chứng cứ”.

<sup>2</sup> Khoản 2 Điều 20 Hiến pháp năm 2013 quy định “Không ai bị bắt nếu không có quyết định của Tòa án, quyết định hoặc phê chuẩn của Viện kiểm sát...”.

<sup>3</sup> Khoản 1 Điều 20 Hiến pháp năm 2013.

pháp tạm giữ<sup>4</sup>, tạm giam. Biện pháp này khi được tiến hành sẽ hạn chế và tiến đến tước các quyền tự do thân thể của người bị bắt trong một khoảng thời gian luật định. Mục đích của pháp luật TTHS quy định biện pháp bắt người để ngăn chặn kịp thời các hành vi phạm tội, không để các đối tượng tiếp tục có khả năng gây nguy hại cho xã hội hoặc gây khó khăn cho quá trình điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án. Ngoài ra, để bảo đảm tôn trọng và bảo đảm quyền con người, Bộ luật TTHS quy định rất chặt chẽ về trình tự thủ tục khi tiến hành bắt người kể từ khi bắt đầu tiến hành cho đến những việc làm cụ thể sau khi bắt như: mọi trường hợp bắt người đều có lệnh, quyết định của người có thẩm quyền. Lệnh, quyết định bắt người phải ghi rõ các thông tin về họ tên người bị bắt giữ; lý do bắt giữ; thời gian áp dụng; căn cứ tiến hành và lập biên bản khi tiến hành các hoạt động tố tụng<sup>5</sup>. Lệnh bắt của Thủ trưởng, Phó thủ trưởng CQĐT và các tài liệu có liên quan đến việc bắt người phải được gửi cho Viện kiểm sát cùng cấp xem xét để phê chuẩn.

Theo quy định của Bộ luật TTHS, các trường hợp bắt người gồm: bắt người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, bắt người phạm tội quả tang, bắt người đang bị truy nã, bắt bị can, bị cáo để tạm giam, bắt người bị yêu cầu dẫn độ.

+ *Bắt người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp*

Bắt người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp thể hiện tính chất đặc biệt, cấp bách của việc ngăn chặn tội phạm, hạn chế các thiệt hại có thể xảy ra đối với cá nhân, tổ chức và xã hội. Ngoài ra, việc nhanh chóng bắt người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp còn góp phần

ngăn ngừa không cho các đối tượng bị nghi thực hiện tội phạm có điều kiện gây khó khăn cho các hoạt động điều tra. Khoản 4 Điều 110 Bộ luật TTHS quy định: Bắt người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp được tiến hành trong khoảng 12 giờ kể từ khi giữ người trong trường hợp khẩn cấp hoặc tiếp nhận người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp của cơ quan chức năng; khi xét thấy đã có đầy đủ thông tin, tài liệu và các căn cứ được quy định tại khoản 1 Điều 110 Bộ luật TTHS. Bằng việc quy định biện pháp bắt người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp được tiến hành sau khi đã giữ người trong trường hợp khẩn cấp, Bộ luật TTHS khắc phục được tình trạng bắt trước sau đó mới xin phê chuẩn trong thực tiễn thi hành Bộ luật TTHS năm 2003 là hoàn toàn phù hợp với các quy định của Hiến pháp năm 2013 về bảo đảm quyền con người, quyền công dân “*Không ai bị bắt nếu không có quyết định của Tòa án, quyết định hoặc phê chuẩn của Viện kiểm sát*”<sup>6</sup>. Đồng thời, các cơ quan chức năng trước khi áp dụng biện pháp bắt người phải thật thận trọng và chỉ được tiến hành khi có các căn cứ luật định.

+ *Bắt người phạm tội quả tang*

Việc bắt người phạm tội quả tang được quy định tại Điều 111 Bộ luật TTHS, tiến hành đối với người đang thực hiện tội phạm hoặc ngay sau khi thực hiện tội phạm mà bị phát hiện hoặc bị đuổi bắt thì bất kỳ người nào cũng có quyền bắt và giải ngay người bị bắt đến cơ quan Công an, Viện kiểm sát hoặc Ủy ban nhân dân nơi gần nhất. Trong quá trình bắt người phạm tội quả tang, pháp luật cho phép được tước vũ khí, hung khí của người bị bắt nhưng sau đó phải giao nộp lại cho cơ

<sup>4</sup> Ngoại trừ biện pháp giữ người trong trường hợp khẩn cấp. Vì theo quy định tại Điều 110 Bộ luật Tố tụng hình sự, sau khi tiến hành giữ người trong trường hợp khẩn cấp thì mới quyết định có bắt người trong trường hợp khẩn cấp hay không.

<sup>5</sup> Xem Điều 132, 133 Bộ luật Tố tụng hình sự.

<sup>6</sup> Khoản 2 Điều 20 Hiến pháp năm 2013.

quan có thẩm quyền. Ngoài ra, để tạo điều kiện thuận lợi trong quá trình phát hiện bắt giữ, tiếp nhận người bị bắt trong trường hợp phạm tội quả tang, Bộ luật TTHS đã bổ sung quy định rất cụ thể nhiệm vụ phải thực hiện của Công an xã, phường, thị trấn, đồn Công an gồm: thu giữ, tạm giữ vũ khí, hung khí và bảo quản tài liệu, đồ vật có liên quan (nếu có); đồng thời phải lập biên bản bắt người, lấy lời khai ban đầu, bảo vệ hiện trường, giải ngay người bị bắt hoặc báo cho CQĐT có thẩm quyền. Trong thực tiễn thi hành Bộ luật TTHS năm 2003, do thiếu vắng các quy định cụ thể trên đã dẫn đến sự đùn đẩy trách nhiệm trong công tác đấu tranh phòng, chống tội phạm nhất là ở lực lượng Công an cơ sở. Do đó, với điểm mới vừa được bổ sung lần này sẽ tạo điều kiện cho lực lượng này giải quyết, xử lý ngay các tình huống trong thực tế có thể xảy ra; tăng cường trách nhiệm và mối quan hệ của phối hợp giữa lực lượng Công an cơ sở với các cơ quan tiến hành tố tụng khi phát hiện người đang thực hiện hành vi phạm tội hoặc tiếp nhận người bị bắt từ quần chúng dân nhân, các cơ quan, tổ chức khác đưa đến; qua đó, góp phần hạn chế thiệt hại đối với xã hội, tạo điều kiện thuận lợi cho quá trình thu thập chứng cứ chứng minh tội phạm, người phạm tội của các cơ quan tiến hành tố tụng và xử lý các vụ án hình sự được kịp thời, nhanh chóng.

### + *Bắt người đang bị truy nã*

Bắt người đang bị truy nã là biện pháp bắt người, đang có quyết định truy nã của cơ quan có thẩm quyền. Bắt người đang bị truy nã không thuộc trường hợp bắt người phạm tội quả tang vì hành vi của người truy nã là hành vi bỏ trốn sau khi đã thực hiện hành

vi phạm tội. Chính vì vậy, Bộ luật TTHS đã tách riêng biện pháp bắt người đang bị truy nã thành một điều luật độc lập, không ghép chung như các quy định của Bộ luật TTHS năm 2003<sup>7</sup> để phân biệt giữa biện pháp bắt người phạm tội quả tang và bắt người đang bị truy nã. Chúng tôi hoàn toàn đồng ý với quan điểm này, bởi vì tuy biện pháp bắt người phạm tội quả tang và biện pháp bắt người đang bị truy nã có những điểm tương đồng về mức độ nhanh chóng, tính cấp thiết, quyền hạn, thủ tục tiến hành, nhưng bản chất của hai biện pháp này áp dụng cho hai đối tượng hoàn toàn khác nhau<sup>8</sup> nên cần phải tách riêng để bảo đảm thi hành.

Bắt người đang bị truy nã được quy định tại Điều 112 Bộ luật TTHS. Riêng về căn cứ tiến hành, trình tự, thủ tục và chủ thể có thẩm quyền thi hành bắt người đang bị truy nã được tiến hành giống như biện pháp bắt người phạm tội quả tang.

### + *Bắt bị can, bị cáo để tạm giam*

Bắt bị can, bị cáo để tạm giam là việc bắt người đã bị khởi tố về hình sự hoặc người đã bị Tòa án quyết định đưa vụ án ra xét xử để tạm giam phục vụ cho các hoạt động điều tra, truy tố, xét xử và thi hành án hình sự. Đây là một trong những biện pháp ngăn chặn mang tính nghiêm khắc và rất dễ ảnh hưởng đến quyền con người, quyền công dân đã được quy định trong Hiến pháp năm 2013. Tuy nhiên, để bảo đảm an ninh quốc gia và trật tự an toàn xã hội, bảo vệ quyền và lợi ích cho toàn cộng đồng, thì đây là một trong những biện pháp cần thiết, hữu hiệu do CQĐT, Viện kiểm sát, Tòa án áp dụng để đảm bảo quá trình đấu tranh phòng, chống tội phạm mang lại hạnh phúc bình yên cho Nhân dân. Biện pháp bắt

<sup>7</sup> Xem Điều 82 Bắt người phạm tội quả tang hoặc truy nã, Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003.

<sup>8</sup> Người có hành vi phạm tội quả tang, tuy có hành vi phạm tội nhưng chưa bị khởi tố về hình sự. người bị truy nã là người bị cơ quan thẩm quyền ra quyết định truy nã trong trường hợp: đã có lệnh bắt nhưng chưa bắt được thì bỏ trốn; đã bị bắt đang bị tạm giữ, tạm giam nhưng bỏ trốn; đang tại ngoại và bị áp dụng các biện pháp không tước bỏ tự do mà bỏ trốn.

bị can, bị cáo để tạm giam được quy định tại Điều 113 Bộ luật TTHS, được kế thừa và gần như giữ nguyên so với quy định tại Điều 80 Bộ luật TTHS năm 2003 về trình tự thủ tục và cách thức tiến hành như: trước khi tiến hành bắt bị can, bị cáo để tạm giam phải có lệnh, quyết định của người có thẩm quyền; lệnh, quyết định phải có đầy đủ các thông tin theo quy định của pháp luật và tuân thủ các mẫu văn bản tổ tụng<sup>9</sup>; Lệnh bắt của Thủ trưởng, Phó thủ trưởng CQĐT phải được Viện kiểm sát cùng cấp phê chuẩn trước khi thi hành... Và chỉ sửa đổi, bổ sung một số từ ngữ cho cụ thể, rõ ràng.

+ *Bắt tạm giam người bị yêu cầu dẫn độ*

Đây là biện pháp ngăn chặn vừa được Bộ luật TTHS năm 2015 bổ sung cụ thể, để đáp ứng yêu cầu trong tình hình mới về hợp tác quốc tế. Đây là các quy định để hỗ trợ nhằm giúp cho các cơ quan chức năng thực hiện các hoạt động tố tụng giữa các cơ quan có thẩm quyền tiến hành TTHS của Việt Nam với cơ quan có thẩm quyền tố tụng của các nước, trên cơ sở các Điều ước quốc tế mà Việt Nam đã ký kết hoặc gia nhập nhằm chung tay góp phần đấu tranh chống các loại tội phạm có hiệu quả, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, lợi ích của quốc tế, quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức và công dân.

Biện pháp bắt tạm giam người bị yêu cầu dẫn độ được quy định tại Điều 503 Bộ luật TTHS. Đối tượng bị áp dụng biện pháp này là người nước ngoài bị yêu cầu dẫn độ để tạm giam hoặc thi hành quyết định dẫn độ.

Trình tự, thủ tục được thực hiện giống như biện pháp bắt bị can, bị cáo để tạm giam theo Điều 113 Bộ luật TTHS. Tuy nhiên, thời hạn tạm giam để xem xét yêu cầu dẫn độ, chính là thời hạn đã được ghi trong lệnh bắt giam của cơ quan có thẩm quyền của nước yêu cầu dẫn độ hoặc thời hạn phải thi hành hoặc còn phải thi hành hình phạt tù trong bản án, quyết định hình sự của Tòa án nước yêu cầu dẫn độ. Trường hợp cần thiết, Tòa án nhân dân cấp tỉnh, Tòa án nhân dân cấp cao có thể gửi văn bản yêu cầu cơ quan có thẩm quyền của nước yêu cầu dẫn độ ra lệnh, quyết định tạm giam hoặc gia hạn tạm giam người bị yêu cầu dẫn độ để bảo đảm việc xem xét yêu cầu dẫn độ; văn bản yêu cầu được gửi thông qua Bộ Công an.

- *Tạm giữ, tạm giam và thời hạn tạm giữ, tạm giam*

Biện pháp tạm giữ thường được áp dụng liền sau biện pháp bắt người nhằm tạo điều kiện cho các cơ quan tiến hành tố tụng có khoảng thời gian thích hợp để tiến hành các hoạt động điều tra. Do đó, biện pháp tạm giữ có ý nghĩa rất quan trọng khi tiến hành giải quyết vụ án hình sự. Tuy nhiên, do Bộ luật TTHS đã bổ sung thêm một biện pháp ngăn chặn mới là biện pháp giữ người trong trường hợp khẩn cấp. Do đó, biện pháp tạm giữ có thể áp dụng đối với các trường hợp như: người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, người bị bắt trong trường hợp phạm tội quả tang, người phạm tội tự thú, đầu thú hoặc đối với người bị

<sup>9</sup> Khoản 2 Điều 113 Bộ luật Tố tụng hình sự quy định: “Lệnh bắt, quyết định phê chuẩn lệnh, quyết định bắt phải ghi rõ họ tên, địa chỉ của người bị bắt; lý do bắt và các nội dung quy định tại khoản 2 Điều 132; Người thi hành lệnh, quyết định phải đọc lệnh, quyết định; giải thích lệnh, quyết định, quyền và nghĩa vụ của người bị bắt và phải lập biên bản về việc bắt; giao lệnh, quyết định cho người bị bắt; Khi tiến hành bắt người tại nơi người đó cư trú phải có đại diện chính quyền xã, phường, thị trấn và người khác chứng kiến. Khi tiến hành bắt người tại nơi người đó làm việc, học tập phải có đại diện cơ quan, tổ chức nơi người đó làm việc, học tập chứng kiến. Khi tiến hành bắt người tại nơi khác phải có sự chứng kiến của đại diện chính quyền xã, phường, thị trấn nơi tiến hành bắt người”.

Khoản 3 Điều 113 Bộ luật Tố tụng hình sự quy định: “Không được bắt người vào ban đêm, trừ trường hợp phạm tội quả tang hoặc bắt người đang bị truy nã”.



bắt theo quyết định truy nã. Ngoài ra, để khắc phục hạn chế trong Bộ luật TTHS năm 2003, tăng cường công tác đấu tranh phòng chống tội phạm nhất là những vùng sâu, vùng xa, miền núi, biên cương, hải đảo gắn với tiêu chí “*thực hiện nhiệm vụ ở địa bàn biên giới, hải đảo, xa CQĐT chuyên trách*”, Bộ luật TTHS đã bổ sung một số chủ thể có thẩm quyền áp dụng biện pháp tạm giữ<sup>10</sup> là những người có thẩm quyền trong các cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra. Thời hạn tạm giữ theo Điều 118 Bộ luật TTHS là không quá 3 ngày kể từ khi CQĐT, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra nhận người bị giữ, người bị bắt hoặc áp giải người bị giữ, người bị bắt về trụ sở của mình hoặc kể từ khi CQĐT ra quyết định tạm giữ người phạm tội tự thú, đầu thú.

Trong hệ thống các biện pháp ngăn chặn thì biện pháp tạm giam là biện pháp mang tính cưỡng chế nghiêm khắc nhất của Nhà nước, được thể hiện ở chỗ tước bỏ quyền tự do của người bị áp dụng trong một khoảng thời gian khá dài bằng cách tách ly họ khỏi cuộc sống của xã hội và hạn chế các quyền công dân. Xuất phát từ yêu cầu thực thi Hiến pháp năm 2013 về bảo đảm các quyền tự do dân chủ của công dân, Bộ luật TTHS đã quy định cụ thể rõ ràng các căn cứ áp dụng biện pháp tạm giam cho từng đối tượng cụ thể để tránh sự mập mờ, lạm dụng của các cơ quan chức năng khi áp

dụng. Điều 119 Bộ luật TTHS quy định tạm giam được áp dụng đối với bị can, bị cáo về tội đặc biệt nghiêm trọng, rất nghiêm trọng; đối với bị can, bị cáo bị khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử về tội phạm nghiêm trọng, tội phạm ít nghiêm trọng mà Bộ luật Hình sự quy định hình phạt tù trên 02 năm thì cụ thể hóa căn cứ cản trở điều tra, truy tố, xét xử bằng các căn cứ cụ thể<sup>11</sup>. Ngoài ra, để khắc phục những vướng mắc trong thực tiễn liên quan đến bị can, bị cáo bị khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử về tội phạm ít nghiêm trọng mà Bộ luật Hình sự quy định mức phạt tù đến 02 năm nhưng bỏ trốn, Bộ luật TTHS quy định chỉ có thể tạm giam đối tượng này nếu họ tiếp tục phạm tội hoặc bỏ trốn và bị bắt theo lệnh truy nã. Ngoài ra phụ nữ có thai, người già yếu có thể bị áp dụng biện pháp tạm giam khi có các căn cứ được quy định tại khoản 4 Điều 119.

Trường hợp tạm giam đối với người bị buộc tội là người dưới 18 tuổi, pháp luật TTHS quy định rất rõ chỉ được áp dụng khi có căn cứ cho rằng việc áp dụng biện pháp giám sát và các biện pháp ngăn chặn khác không hiệu quả. Đồng thời, để bảo đảm sự nghiêm minh của pháp luật, ngăn ngừa các hành vi bỏ trốn gây khó khăn cho hoạt động điều tra, xét xử, thi hành án đối với người bị buộc tội dưới 18 tuổi, tại Điều 419 Bộ luật TTHS đã có những sửa đổi, bổ sung nhằm cụ thể hóa độ tuổi và hành vi phạm tội cụ thể để cơ quan

<sup>10</sup> Người chỉ huy đơn vị quân đội độc lập cấp trung đoàn và tương đương; Đồn trưởng Đồn biên phòng, Chi huy trưởng Biên phòng Cửa khẩu cảng, Chi huy trưởng Bộ đội biên phòng tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, Cục trưởng Cục trinh sát Bộ đội biên phòng, Cục trưởng Cục phòng chống ma túy và tội phạm Bộ đội biên phòng, Đoàn trưởng Đoàn đặc nhiệm phòng, chống ma túy và tội phạm Bộ đội biên phòng; Tư lệnh vùng Cảnh sát biển, Cục trưởng Cục nghiệp vụ và pháp luật Cảnh sát biển; Đoàn trưởng Đoàn đặc nhiệm phòng, chống tội phạm ma túy Cảnh sát biển; Chi cục trưởng Chi cục Kiểm ngư Vùng.

<sup>11</sup> Khoản 2 Điều 119 Bộ luật tố tụng hình sự quy định: “đã bị áp dụng biện pháp ngăn chặn khác nhưng vi phạm; không có nơi cư trú rõ ràng hoặc không xác định được lý lịch của bị can; bỏ trốn và bị bắt theo quyết định truy nã hoặc có dấu hiệu bỏ trốn; tiếp tục phạm tội hoặc có dấu hiệu tiếp tục phạm tội; Có hành vi mua chuộc, cưỡng ép, xúi giục người khác khai báo gian dối, cung cấp tài liệu sai sự thật; tiêu hủy, giả mạo chứng cứ, tài liệu, đồ vật của vụ án, tẩu tán tài sản liên quan đến vụ án; đe dọa, khống chế, trả thù người làm chứng, bị hại, người tố giác tội phạm và người thân thích của những người này”.

chức năng xem xét có áp dụng biện pháp tạm giam hay không<sup>12</sup>.

Ngoài ra, để bảo vệ tốt hơn quyền con người, quyền công dân, phù hợp với xu thế của các nền tư pháp tiên bộ trên thế giới, Bộ luật TTHS rút ngắn thời hạn tạm giam: không quá 02 tháng đối với tội phạm ít nghiêm trọng, không quá 03 tháng đối với tội phạm nghiêm trọng, không quá 04 tháng đối với tội phạm rất nghiêm trọng và tội phạm đặc biệt nghiêm trọng. Trường hợp vụ án có nhiều tình tiết phức tạp, xét cần phải có thời gian dài hơn cho việc điều tra thì được gia hạn tạm giam: tội phạm ít nghiêm trọng có thể được gia hạn tạm giam một lần không quá 01 tháng; Đối với tội phạm nghiêm trọng có thể được gia hạn tạm giam một lần không quá 02 tháng; Đối với tội phạm rất nghiêm trọng có thể được gia hạn tạm giam một lần không quá 03 tháng; Đối với tội phạm đặc biệt nghiêm trọng có thể được gia hạn tạm giam hai lần, mỗi lần không quá 04 tháng<sup>13</sup>. Như vậy, trong giai đoạn điều tra, đối với tội phạm nghiêm trọng, tội rất nghiêm trọng: chỉ cho phép *gia hạn một lần* thay vì *gia hạn hai lần*; đối với tội phạm đặc biệt nghiêm trọng, chỉ cho phép *gia hạn hai lần* thay vì *gia hạn ba lần*. Theo đó, rút ngắn thời hạn tạm giam 01 tháng đối với tội ít nghiêm trọng; 02 tháng đối với tội rất nghiêm trọng; 04 tháng đối với tội đặc biệt nghiêm trọng.

## 2. Một số hạn chế và kiến nghị

Khoản 1 Điều 31 Hiến pháp năm 2013 quy định: “người bị buộc tội được coi là không có tội cho đến khi được chứng minh theo trình tự thủ tục luật định và có bản án kết tội của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật”. Như vậy, người bị buộc tội gồm: người bị bắt, bị tạm giữ, bị

can, bị cáo sẽ được coi là vô tội cho đến khi lỗi của họ được chứng minh. Do đó, để bảo đảm nội dung này, đòi hỏi quy định của Bộ luật TTHS phải rõ ràng từ căn cứ, trình tự, thủ tục, thẩm quyền, đối tượng được áp dụng. Việc quy định không rõ, không đầy đủ sẽ ảnh hưởng rất lớn đến quyền của người bị buộc tội trong các giai đoạn TTHS. Cụ thể:

**Thứ nhất**, Điều 117 Bộ luật TTHS đã quy định cụ thể tạm giữ được áp dụng đối người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, người bị bắt trong trường hợp phạm tội quả tang, bị bắt trong trường hợp truy nã, tự thú và đầu thú. Tuy nhiên, điều luật này lại không quy định biện pháp tạm giữ được áp dụng đối với người bị bắt trong trường hợp khẩn cấp. Trong khi đó, thực tế khi đã bắt người thì phải tạm giữ. Chính vì vậy, điều luật này còn đang khập khiễng so với quy định tại điều 110 của Bộ luật TTHS. Do đó, tác giả kiến nghị cần quy định thêm căn cứ áp dụng tạm giữ đối với người bị bắt trong trường hợp khẩn cấp để bảo đảm tính phù hợp giữa các điều luật là trong thực tế.

**Thứ hai**, khoản 2 Điều 117 Bộ luật TTHS dẫn chiếu về khoản 2 Điều 110 về thẩm quyền áp dụng biện pháp tạm giữ. Trong đó, điểm c khoản 2 Điều 110 quy định thẩm quyền ra lệnh giữ người trong trường hợp khẩn cấp có “*Người chỉ huy tàu bay, tàu biển khi tàu bay, tàu biển đã rời khỏi sân bay, bến cảng*”. Tuy nhiên, quy định này lại mâu thuẫn với quy định tại khoản 4 Điều 110 Bộ luật TTHS. Khoản 4 Điều 110 Bộ luật TTHS quy định sau khi giữ người trong trường hợp khẩn cấp, người chỉ huy tàu bay, tàu biển phải giải ngay

<sup>12</sup> Điều 419 Bộ luật Tố tụng hình sự quy định: “Người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi có thể bị tạm giam về tội phạm quy định tại khoản 2 Điều 12 của Bộ luật Hình sự nếu có căn cứ quy định tại các điều 110, 111 và 112, các điểm a, b, c, d và đ khoản 2 Điều 119 Bộ luật Tố tụng hình sự; Người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi có thể bị tạm giam về tội nghiêm trọng do cố ý, tội rất nghiêm trọng, tội đặc biệt nghiêm trọng nếu có căn cứ quy định tại các điều 110, 111 và 112, các điểm a, b, c, d và đ khoản 2 Điều 119 Bộ luật Tố tụng hình sự; bị can, bị cáo từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi bị khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử về tội nghiêm trọng do vô ý, tội ít nghiêm trọng mà Bộ luật Hình sự quy định hình phạt tù đến 02 năm thì có thể bị tạm giam nếu họ tiếp tục phạm tội, bỏ trốn và bị bắt theo quyết định truy nã”.

<sup>13</sup> Xem Điều 173 Bộ luật Tố tụng hình sự.

người bị giữ kèm theo tài liệu liên quan đến việc giữ người trong trường hợp khẩn cấp đến CQĐT nơi có sân bay hoặc bến cảng tàu bay, tàu biển trở về đầu tiên. Trong thời hạn 12 giờ kể từ khi tiếp nhận người bị giữ, CQĐT phải lấy lời khai ngay và ra quyết định tạm giữ, ra lệnh bắt người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp hoặc trả tự do ngay cho người đó. Theo quy định này, người chỉ huy tàu bay, tàu biển bị thiếu trình tự thủ tục ra lệnh giữ người trong trường hợp khẩn cấp. Vì vậy, tác giả kiến nghị cần có hướng dẫn cụ thể về trình tự, thủ tục tạm giữ đối với chủ thể có thẩm quyền này trong TTHS nhằm bảo đảm quyền con người, quyền công dân trong TTHS.

**Thứ ba**, cơ sở pháp lý để áp dụng biện pháp tạm giữ đối với người dưới 18 tuổi được quy định tại Điều 419 Bộ luật TTHS năm 2015. Theo đó, quy định về biện pháp ngăn chặn nói chung và tạm giữ nói riêng đối với người dưới 18 tuổi ngoài những căn cứ chung được quy định tại Điều 117 thì phải dựa vào căn cứ cụ thể được quy định tại Điều 419 Bộ luật TTHS. Nhưng tại Điều 419 chỉ dẫn chiếu đến các căn cứ tại Điều 110, 111, 112, 119 Bộ luật TTHS về việc áp dụng các biện pháp ngăn chặn khác; trong khi đó, biện pháp tạm giữ ở Điều 117 lại không được dẫn chiếu. Điều này dẫn đến vướng mắc về viện dẫn cơ sở pháp lý để áp dụng biện pháp tạm giữ đối với người dưới 18 tuổi, để đảm bảo tính hoàn thiện trong quy định của Bộ luật TTHS về biện pháp tạm giữ.

**Thứ tư**, về nguyên tắc, biện pháp tạm giam chỉ được áp dụng khi đây là biện pháp cuối cùng nhằm bảo đảm các quyền con người, quyền công dân trong TTHS. Trước khi áp dụng tạm giam, các cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng cần kiểm tra các biện pháp ngăn chặn khác trước khi áp dụng tạm giam. Tuy nhiên, việc áp dụng các biện pháp thay thế tạm giam hiện nay còn nhiều quan điểm:

*Quan điểm 1:* áp dụng tạm giam trước, sau đó áp dụng các biện pháp thay thế như: bảo lãnh, đặt tiền.

*Quan điểm 2:* trước khi áp dụng biện pháp tạm giam, các cơ quan cần xem xét các biện pháp khác, nếu xét thấy không cần phải tạm giam thì có thể áp dụng: cấm đi khỏi nơi cư trú, bảo lãnh, đặt tiền để bảo đảm.

Tác giả ủng hộ quan điểm thứ hai, vì quan điểm này góp phần bảo đảm quyền con người, quyền công dân trong Hiến pháp và trong TTHS. Do cho đến nay chưa có hướng dẫn cụ thể nên trong thời gian tới cần có văn bản hướng dẫn để áp dụng thống nhất nội dung này.

**Thứ năm**, Điều 113 quy định biện pháp ngăn chặn “*bắt bị can, bị cáo để tạm giam*”; như vậy sẽ dẫn đến cách hiểu “*Bắt người là một biện pháp để thực hiện tạm giam*”. Theo tác giả, cách hiểu này là không đúng; bởi lẽ, nếu xem “*bắt bị can, bị cáo để tạm giam*” là một biện pháp để thực hiện lệnh tạm giam thì việc ngăn chặn bị can, bị cáo thực hiện lệnh tạm giam dựa trên căn cứ pháp lý nào. Bên cạnh đó, đối chiếu với quy định bắt người trong các trường hợp (bắt người trong trường hợp khẩn cấp, bắt người phạm tội quả tang...) thì Điều 113 chưa quy định cụ thể các căn cứ áp dụng đối với biện pháp này. Theo tác giả, đây cũng là một trong các biện pháp ngăn chặn, do đó cũng phải bảo đảm đầy đủ năm yếu tố: căn cứ áp dụng, thẩm quyền quyết định, trình tự, thủ tục và thời hạn tiến hành. Nếu chúng ta bỏ ngỏ vấn đề này hoặc quy định không cụ thể và không rõ ràng thì trong thực tế quyền con người, quyền tự do công dân sẽ rất dễ bị xâm phạm khi áp dụng. Nguyên nhân là do sự suy diễn hoặc tùy tiện áp dụng của các cơ quan tiến hành tố tụng. Mặc khác, vì đây là một trong những biện pháp ngăn chặn có tính nghiêm khắc nhất trong TTHS, tước bỏ quyền tự do của con người, công dân, nên pháp luật phải bảo đảm được tính chặt chẽ và thống nhất nội dung khi đưa ra áp dụng trong thực tế ■

# HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH TÍNH VỐN CHO RỦI RO NGOẠI HỐI THEO THÔNG TƯ SỐ 41/2016/TT-NHNN

**ThS. Lê Hữu Nghĩa\***

**ThS. Tống Thị Ngọc Anh\*\***

**ThS. Vũ Văn Đạt\*\*\***

*\*Khoa Luật, Đại học Kinh tế TP. Hồ Chí Minh*

*\*\*Ngân hàng Thương mại cổ phần xuất nhập khẩu Việt Nam*

*\*\*\*Ngân hàng Thương mại cổ phần Việt Nam Thương Tín*

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Rủi ro thị trường, rủi ro ngoại hối, trạng thái ngoại hối ròng.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 10/10/2022  
Biên tập : 14/11/2022  
Duyệt bài : 16/11/2022

## Article Information:

*Keywords:* Market risk; foreign exchange risk; overall net open position.

Received : 10 Oct. 2022  
Edited : 14 Nov. 2022  
Approved : 16 Nov. 2022

## Tóm tắt:

Ngày 19/05/2022, Cơ quan Thanh tra giám sát ngân hàng trực thuộc Ngân hàng Nhà nước Việt Nam ban hành văn bản số 1659/TTGSNH6 về việc tổng kết thi hành Thông tư số 41/2016/TT-NHNN của Ngân hàng Nhà nước. Văn bản được gửi đến các ngân hàng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài lấy ý kiến đóng góp sửa đổi nhằm đảm bảo tháo gỡ các khó khăn, vướng mắc cũng như điều chỉnh các hoạt động liên quan đến tỷ lệ toàn vốn bám sát thực tiễn, chuẩn mực quốc tế. Bằng phương pháp phân tích luật học, so sánh, các tác giả của bài viết chỉ ra bất cập về quy định tính vốn cho rủi ro ngoại hối hiện đang tồn tại và đề xuất giải pháp điều chỉnh bằng việc giải thích minh thị về trạng thái ngoại hối ròng nhằm loại bỏ rủi ro nhầm lẫn dẫn đến tính toán số liệu không chính xác.

## Abstract:

On May 19, 2022, the Banking Inspection and Supervision Agency under the State Bank of Vietnam issued document No. 1659/TTGSNH6 on review of the performance of Circular No. 41/2016/TT-NHNN. The document was circulated to the commercial banks and foreign bank branches to collect comments from stakeholders so that it is to deal with the obstacles and barriers, as well as to regulate the operations related to the capital adequacy ratio based on the best practice as well as international standards. By the method of jurisprudential analysis and comparison, the authors give out the inadequacies of the applicable regulations on capital calculation for foreign exchange risk and also recommendation to adjust by clearly explaining the net foreign exchange position in order to eliminate the risk of confusion leading to inaccurate data calculation.

### 1. Đặt vấn đề

Thông tư số 41/2016/TT-NHNN (Thông tư số 41) được Ngân hàng Nhà nước (NHNN) ban hành ngày 30/12/2016 quy định tỷ lệ an toàn vốn đối với ngân hàng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài nhằm hướng dẫn thực hiện Trụ cột I (theo phương pháp tiêu chuẩn) và Trụ cột III của Chuẩn mực vốn Basel II. Từ lúc ban hành đến nay, theo kết quả tổng kết sơ bộ từ NHNN đã có 86% ngân hàng thương mại, chi nhánh ngân hàng nước ngoài áp dụng tỷ lệ an toàn vốn theo Thông tư số 41<sup>1</sup>. Điều này là một tín hiệu đáng mừng cho hệ thống ngân hàng thương mại tại Việt Nam trong việc tiếp cận và thực hiện các chuẩn mực quản lý rủi ro của quốc tế nhằm cải thiện và lành mạnh hơn nữa về tình hình tài chính, nâng cao năng lực quản lý rủi ro, và tăng cường khả năng chống đỡ trước các cú sốc hay điều kiện bất lợi của nền kinh tế theo hướng chủ động hơn. Tuy nhiên, sau 6 năm triển khai, một số nội dung quy định tại Thông tư số 41 cần bổ sung, sửa đổi để phù hợp và điều chỉnh sát với thực tế hơn như dự kiến bổ sung khoản mục “chênh lệch tỷ giá hối đoái” do đánh giá lại vốn chủ sở hữu được ghi nhận trên bảng cân đối kế toán khi chuyển đổi báo cáo tài chính được lập bằng ngoại tệ ra Việt Nam đồng vào cấu phần vốn tự có. Hay dự kiến bổ sung các tổ chức tài chính quốc tế vào đối

tượng bên bảo lãnh để tính giảm thiểu rủi ro tín dụng...<sup>2</sup>. Theo đó, quy định về điều kiện tính vốn cho rủi ro ngoại hối thuộc cấu phần của việc tính vốn cho rủi ro thị trường, theo nhóm tác giả hiện đang tồn tại bất cập cần xem xét và điều chỉnh cụ thể hơn, tránh gây nhầm lẫn có thể dẫn đến kết quả tính toán không chính xác.

### 2. Tổng quan về rủi ro thị trường, rủi ro ngoại hối và trạng thái ròng ngoại tệ

#### 2.1. Rủi ro thị trường

Nghiên cứu lý thuyết, rủi ro thị trường được nhiều học giả định nghĩa như sau:

- Rủi ro thị trường là những tổn thất mà ngân hàng có thể phải gánh chịu do những thay đổi bất lợi về lãi suất, giá chứng khoán, giá tiền tệ và hàng hóa<sup>3</sup>.

- Rủi ro thị trường là kết quả của những thay đổi về giá trị của chứng khoán do những thay đổi của điều kiện thị trường tài chính như biến động lãi suất, biến động tỷ giá hối đoái và giá cổ phiếu<sup>4</sup>.

- Rủi ro thị trường là rủi ro chung cho toàn bộ các loại tài sản hoặc nợ phải trả. Đó là rủi ro mà giá trị của các khoản đầu tư có thể giảm trong một khoảng thời gian nhất định chỉ vì những thay đổi kinh tế hoặc các sự kiện khác ảnh hưởng đến phần lớn thị trường. Thông thường, rủi ro thị trường liên quan đến những thay đổi về lãi suất, tỷ giá hối đoái và

<sup>1</sup> <http://baokiemtoannhanuoc.vn/tai-chinh---ngan-hang/86-ngan-hang-ap-dung-ty-le-an-toan-von-theo-thong-tu-41-154293>, truy cập ngày 13/06/2022.

<sup>2</sup> Văn bản số 1659/TTGSNH6 ngày 19/05/2022 về việc tổng kết thi hành Thông tư 41/2016/TT-NHNN.

<sup>3</sup> Rose, P. S., & Hudgins, S. C. (2012). “*Bank Management & Financial Services*”. New York, USA: McGraw-Hill Education, p. 500.

<sup>4</sup> Jeff Madura, 2020, “*Financial Markets & Institutions*”, Boston, USA: Cengage Learning, p.508.

giá chứng khoán tác động chính đến toàn bộ thị trường<sup>5</sup>.

Tuy nhiên, rủi ro thị trường chính thức được nhận dạng, định nghĩa ở khung quy định của Ủy ban Basel ra đời từ rất sớm. Hiệp định Basel I đầu tiên chỉ liên quan đến rủi ro tín dụng vào năm 1988. Tuy nhiên, sự xuất hiện của các cú sốc thị trường và sự phát triển nhanh chóng của các công cụ phái sinh đã tạo ra một số vấn đề đầy căng thẳng vào cuối những năm 1980 và đầu những năm 1990. Chẳng hạn, vào ngày 19/10/1987, ở Hoa Kỳ, thị trường chứng khoán sụp đổ và chỉ số Dow Jones giảm hơn 20% trong ngày. Năm 1990, sự sụp đổ của bong bóng giá tài sản ở Nhật Bản (diễn ra trên cả thị trường chứng khoán và thị trường bất động sản) đã gây ra rất nhiều thiệt hại cho hệ thống ngân hàng và nền kinh tế Nhật Bản. Sự gia tăng bất ngờ của lãi suất ở Hoa Kỳ vào năm 1994 đã dẫn đến một cuộc thăm sát thị trường trái phiếu và gây khó khăn cho các ngân hàng, quỹ đầu cơ và các nhà quản lý tiền tệ. Trong năm 1994-1995, một số thảm họa tài chính đã xảy ra, đặc biệt là sự phá sản của Barings và vụ Orange County<sup>6</sup>.

Vào tháng 4 năm 1993, Ủy ban Basel đã xuất bản một bài báo tham vấn đầu tiên để đưa rủi ro thị trường vào tỷ lệ Cooke. Hai năm sau, vào tháng 4 năm 1995, Ủy ban Basel chấp nhận ý tưởng tính toán vốn yêu

cầu cho các rủi ro thị trường bằng mô hình nội bộ. Quyết định này dựa vào nghiên cứu và đề xuất của J.P. Morgan trong quyển sách có tên RiskMetrics vào tháng 10 năm 1994. Cuối cùng, Ủy ban Basel đã công bố bản sửa đổi của hiệp định vốn nhằm tích hợp thêm rủi ro thị trường vào tháng 1 năm 1996. Đề xuất này vẫn là khuôn khổ giám sát rủi ro thị trường trong nhiều năm. Đến nay, theo phiên bản mới nhất được cập nhật trên khung quản lý của Ủy ban Basel, rủi ro thị trường được định nghĩa là rủi ro có tổn thất xảy ra ở các trạng thái thuộc nội và ngoại bảng cân đối kế toán phát sinh do biến động của giá thị trường. Các rủi ro thị trường bao gồm: (i) Rủi ro phát sinh từ các công cụ tài chính và cổ phiếu có liên quan đến lãi suất được hạch toán trong sổ giao dịch; (ii) Rủi ro ngoại hối và rủi ro hàng hóa trong toàn ngân hàng<sup>7</sup>.

Tại Việt Nam, Thông tư số 41 quy định tỷ lệ an toàn vốn đối với ngân hàng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài, giải thích rủi ro thị trường là “rủi ro do biến động bất lợi của lãi suất, tỷ giá, giá chứng khoán và giá hàng hóa trên thị trường”<sup>8</sup>. Trong đó, rủi ro thị trường bao gồm rủi ro lãi suất, rủi ro ngoại hối, rủi ro giá cổ phiếu, rủi ro giá hàng hóa<sup>9</sup>.

Như vậy, từ các nghiên cứu và quy định pháp lý nêu trên thì rủi ro ngoại hối là một trong các cấu phần của rủi ro thị trường.

<sup>5</sup> Barbara Casu., Claudia Girardone., & Philip Molyneux. (2022), “Introduction to Banking”, New York, USA: Pearson, p.338.

<sup>6</sup> Roncalli, T., (2020), “Handbook of Financial Risk Management”, New York, USA: Chapman and Hall/CRC, p.37.

<sup>7</sup> Basel Committee on Banking Supervision, 2022, p. 617.

<sup>8</sup> Khoản 25 Điều 2 Thông tư số 41/2016/TT-NHNN.

<sup>9</sup> Điểm a, b, c, d khoản 25 Điều 2 Thông tư số 41/2016/TT-NHNN.

### 2.2. Rủi ro ngoại hối

Nghiên cứu lý thuyết, rủi ro ngoại hối cũng được định nghĩa bởi nhiều học giả. Theo Barbara Casu., Claudia Girardone., & Philip Molyneux (2022, trang 337) rủi ro ngoại hối là rủi ro phát sinh từ các biến động của tỷ giá hối đoái ảnh hưởng đến giá trị tài sản, nợ phải trả và các hoạt động ngoại bảng của ngân hàng có liên quan đến ngoại tệ<sup>10</sup>. Hay nếu xét ở góc độ các hoạt động nội bảng thì rủi ro ngoại hối là rủi ro mà giá trị tài sản hoặc nợ phải trả của ngân hàng thay đổi do biến động tỷ giá hối đoái. Các ngân hàng thay mặt khách hàng mua và bán ngoại tệ (những người cần ngoại tệ để thanh toán các giao dịch quốc tế hoặc nhận ngoại tệ và muốn đổi ra ngoại tệ của mình), đồng thời các ngân hàng cũng tự mình nắm giữ tài sản và nợ phải trả bằng các loại tiền tệ khác nhau trên bảng cân đối kế toán<sup>11</sup>.

Theo Thông tư số 41, rủi ro ngoại hối là “rủi ro do biến động bất lợi của tỷ giá trên thị trường khi ngân hàng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài có trạng thái ngoại tệ”<sup>12</sup>

### 2.3. Trạng thái ngoại tệ ròng

Theo quy định của Ủy Ban Basel, tổng trạng thái ngoại tệ mở ròng (overall net open position) không được định nghĩa trực tiếp nhưng được cụ thể hóa thông qua quy định về

cách đo lường. Tính tổng trạng thái ngoại tệ mở ròng bao gồm: (i) lấy giá trị cao hơn khi so sánh giữa tổng trạng thái ngoại tệ ròng âm với tổng trạng thái ngoại tệ ròng dương, sau đó cộng với (ii) trạng thái ròng của vàng (có thể âm hoặc dương nhưng chỉ tính độ lớn của giá trị)<sup>13</sup>.

Thông tư số 41 không đưa ra định nghĩa về tổng trạng thái ngoại tệ mở ròng nhưng có giải thích trạng thái ngoại tệ là “trạng thái nguyên tệ của ngoại tệ đó (xác định theo quy định pháp luật về trạng thái ngoại tệ của các tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài) được quy đổi sang đồng Việt Nam theo tỷ giá quy đổi trạng thái”<sup>14</sup>; đồng thời quy định cách đo lường trạng thái nguyên tệ (trạng thái dương, trạng thái âm) được xác định cho từng loại ngoại tệ (bao gồm cả vàng tiêu chuẩn) theo các nguyên tắc trạng thái nguyên tệ bằng tổng cộng: “(i) trạng thái giao ngay là chênh lệch giữa tổng tài sản và tổng nợ phải trả (bao gồm cả lãi dự thu và chi phí trả lãi dự kiến) bằng một loại ngoại tệ; (ii) trạng thái kỳ hạn ròng là chênh lệch giữa tổng các khoản nhận được và tổng các khoản phải trả bằng một loại ngoại tệ trong các giao dịch ngoại tệ kỳ hạn, bao gồm cả các giao dịch ngoại tệ tương lai và các khoản vốn trong giao dịch hoán đổi mà không được tính vào trạng thái giao ngay;

<sup>10</sup> Barbara Casu., Claudia Girardone., & Philip Molyneux. (2022), “Introduction to Banking”, New York, USA: Pearson, p.337.

<sup>11</sup> Apostolik, R., & Donohue, C., 2015. “Foundations of Financial Risk: an overview of financial risk and risk-based financial regulation”. New Jersey, USA: John Wiley & Sons, p.21.

<sup>12</sup> Điểm b khoản 25 Điều 2 Thông tư số 41/2016/TT-NHNN.

<sup>13</sup> MAR 20.59, Basel Committee on Banking Supervision, 2022. “The Basel Framework”. Bank for International Settlements 2022, [https://www.bis.org/basel\\_framework/index.htm?m=2697](https://www.bis.org/basel_framework/index.htm?m=2697), ngày truy cập: 26/06/2022.

<sup>14</sup> Điểm b khoản 2 Mục IV Phần B Phụ lục số 04 Thông tư số 41/2016/TT-NHNN.

(iii) các bảo lãnh (hoặc các nghĩa vụ tương tự) không thể hủy ngang và bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ theo cam kết; (iv) các thu nhập/chi phí tương lai ròn chưa được dự thu nhưng đã được phòng ngừa rủi ro; (v) các khoản lãi/lỗ bằng ngoại tệ từ hoạt động kinh doanh ở nước ngoài theo quy định hạch toán kế toán của nước sở tại”<sup>15</sup>.

Thêm vào đó, Thông tư số 07/2012/TT-NHNN quy định về trạng thái ngoại tệ của các tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài hoạt động tại Việt Nam được phép hoạt động ngoại hối ngoài những điều chỉnh có nội dung tương tự như Thông tư số 41 về trạng thái ngoại tệ có đề cập đến trạng thái ngoại tệ của một loại ngoại tệ là “chênh lệch giữa tổng tài sản có và tổng tài sản nợ bằng ngoại tệ này, bao gồm cả các cam kết ngoại bằng tương ứng”<sup>16</sup> và hướng dẫn thêm nguyên tắc tính trạng thái ngoại tệ, trong đó có nguyên tắc “Cộng các trạng thái ngoại tệ dương với nhau để tính tổng trạng thái ngoại tệ dương. Cộng các trạng thái ngoại tệ âm với nhau để tính tổng trạng thái ngoại tệ âm”<sup>17</sup>. Song, Thông tư này cũng không định nghĩa hay giải thích về thuật ngữ, cách tính tổng trạng thái ngoại tệ mở ròn hay tổng trạng thái ngoại tệ ròn.

Chính vì điều này dẫn đến bất cập có thể nhầm lẫn trong cách tính tổng trạng thái ngoại tệ ròn để so sánh tỷ lệ với vốn tự có của các tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài hoạt động tại Việt Nam nhằm xác định:

tính hay không tính vốn cho rủi ro ngoại hối theo Thông tư số 41.

### 3. Quy định của Thông tư số 41 về điều kiện tính vốn cho rủi ro ngoại hối

#### 3.1. Thực trạng quy định về điều kiện tính vốn cho rủi ro ngoại hối

Theo quy định tính tỷ lệ an toàn vốn, thì tỷ lệ an toàn vốn (CAR) tính theo đơn vị phần trăm (%) được xác định bằng công thức<sup>18</sup>:

$$CAR = \frac{C}{RWA + 12,5(K_{OR} + K_{MR})} \times 100\%$$

Trong đó:

- C: Vốn tự có;
- RWA: Tổng tài sản tính theo rủi ro tín dụng;
- KOR: Vốn yêu cầu cho rủi ro hoạt động;
- KMR: Vốn yêu cầu cho rủi ro thị trường.

Vốn yêu cầu cho rủi ro thị trường (KMR) được xác định theo công thức sau<sup>19</sup>:

$$KMR = KIRR + KER + KF XR + KCMR + KOPT$$

Trong đó:

- KIRR: Vốn yêu cầu cho rủi ro lãi suất, trừ giao dịch quyền chọn;
- KER: Vốn yêu cầu cho rủi ro giá cổ phiếu, trừ giao dịch quyền chọn;
- KF XR: Vốn yêu cầu cho rủi ro ngoại hối (bao gồm cả vàng), trừ giao dịch quyền chọn;

<sup>15</sup> Điểm a khoản 2 Mục IV Phần B Phụ lục số 04 Thông tư số 41/2016/TT-NHNN.

<sup>16</sup> Khoản 2 Điều 2 Thông tư số 07/2012/TT-NHNN.

<sup>17</sup> Khoản 4 Điều 3 Thông tư số 07/2012/TT-NHNN.

<sup>18</sup> Khoản 1 Điều 6 Thông tư số 41/2016/TT-NHNN

<sup>19</sup> Khoản 1 Điều 18 Thông tư số 41/2016/TT-NHNN.



- KCMR: Vốn yêu cầu cho rủi ro giá hàng hóa, trừ giao dịch quyền chọn;

- KOPT: Vốn yêu cầu cho giao dịch quyền chọn.

Vốn yêu cầu cho rủi ro ngoại hối (KFXR) chỉ áp dụng đối với trường hợp tổng giá trị trạng thái ngoại hối ròng (bao gồm cả vàng) của ngân hàng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài lớn hơn 2% vốn tự có của ngân hàng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài<sup>20</sup>. Vốn yêu cầu cho rủi ro ngoại hối được xác định theo công thức sau<sup>21</sup>:

$$KFXR = (\text{Max} (\sum SP, \sum LP) + \text{GoldP}) \times 8\%$$

Trong đó:

-  $\sum SP$ : Tổng các trạng thái âm của các ngoại tệ trong danh mục ngoại tệ;

-  $\sum LP$ : Tổng trạng thái dương của các ngoại tệ trong danh mục ngoại tệ;

- GoldP: Trạng thái vàng.

Chú ý rằng, ở đây, Thông tư số 41 không chỉ rõ cấu phần  $(\text{Max} (\sum SP, \sum LP) + \text{GoldP})$  chính là trạng thái ngoại hối ròng (bao gồm cả vàng) như cách mà Hiệp ước Basel minh thị.

### 3.2. **Bất cập của quy định về điều kiện tính vốn cho rủi ro ngoại hối**

Như phân tích ở phần trên, Thông tư số 41 đã quy định cụ thể về nguyên tắc xác định trạng thái ngoại tệ và công thức tính vốn yêu cầu cho rủi ro ngoại hối. Tuy nhiên, Thông tư số 41 lại chưa được NHNN hướng dẫn, quy

định đầy đủ cách tính “tổng giá trị trạng thái ngoại hối ròng” là cơ sở để áp dụng tính vốn yêu cầu cho rủi ro ngoại hối nếu giá trị này lớn hơn 2% vốn tự có của ngân hàng. Bên cạnh đó, Thông tư số 07/2012/TT-NHNN cũng không quy định, hướng dẫn về cách tính “tổng giá trị trạng thái ngoại hối ròng”.

Do đó, trong quá trình triển khai và áp dụng Thông tư số 41, các ngân hàng thương mại, chi nhánh ngân hàng nước ngoài có thể hiểu và tính toán giá trị “tổng giá trị trạng thái ngoại hối ròng” theo cách hiểu thông thường (về từ “ròng”) là chênh lệch giữa tổng trạng thái ngoại hối dương và tổng trạng thái ngoại hối âm đã quy đổi sang đồng Việt Nam theo tỷ giá quy đổi trạng thái. Điều này hoàn toàn khác biệt so với quy định của Ủy ban giám sát Basel về tính vốn cho rủi ro ngoại hối tại mục 20.58 đến 20.61 phiên bản BIS, January 2022, và có thể dẫn đến rủi ro vốn yêu cầu cho rủi ro ngoại hối không được ngân hàng tính đầy đủ, chính xác trong giá trị vốn yêu cầu cho rủi ro thị trường.

Lập luận cho cách hiểu thông thường về từ ròng (sử dụng phép tính trừ) có thể dựa vào các cơ sở sau:

*Thứ nhất*, dựa vào chính nội dung Thông tư số 41 quy định về thuật ngữ như “trạng thái kỳ hạn ròng”<sup>22</sup> sử dụng từ “chênh lệch”, có thể hiểu theo nghĩa thông dụng trong tính toán là phép tính trừ giữa hai giá trị.

*Thứ hai*, một văn bản khác thuộc chuẩn mực kế toán hiện hành của Việt Nam có giải thích về đối tượng đi kèm với từ “ròng” như

<sup>20</sup> Khoản 4 Điều 18 Thông tư số 41/2016/TT-NHNN.

<sup>21</sup> Khoản 1 Mục IV Phần B Phụ lục 04 Thông tư số 41/2016/TT-NHNN.

<sup>22</sup> Tiết (ii) điểm a khoản 2 Mục IV Phần B Phụ lục 04 Thông tư số 41/2016/TT-NHNN.

tài sản ròng là “phần lợi ích còn lại trong tài sản của đơn vị sau khi đã trừ hết nợ phải trả”<sup>23</sup>.

Minh họa cách xác định vốn yêu cầu cho rủi ro ngoại hối áp dụng theo cách hiểu

thông thường về từ “ròng” nêu trên và cách áp dụng theo hiệp ước Basel II (phương pháp chuẩn hóa).

**Bảng 3.1: Minh họa cách tính vốn cho rủi ro theo 2 cách tiếp cận**

Đơn vị tính: triệu VNĐ

Loại ngoại tệ	Trạng thái nguyên tệ (+/-)	Tỷ giá	Trạng thái ngoại tệ (+/-) (quy đổi Triệu VND) (theo cách tiếp cận thông thường)	Trạng thái ngoại tệ (+/-) (Theo hiệp ước Basel II)
(1)	(2)	(3)	(4.1) = (2)*(3)	(4.2) = (2)*(3)
AUD	1.001.785	16.759	16.789	16.789
CAD	(1.796.442)	18.226	(32.742)	(32.742)
CHF	118.225	25.053	2.962	2.962
EUR	541.366	27.629	14.957	14.957
GBP	19.005	31.612	601	601
JPY	36.026.032	209	7.531	7.531
KRW	117.128.316	23	2.694	2.694
NZD	-	-	-	-
SGD	376.442	17.074	6.427	6.427
USD	3.853.934	23.130	89.141	89.141
XAU	-	5.695.000		
Tổng trạng thái dương thuần (ΣLP)	-		141.103	141.103
Tổng trạng thái âm thuần (ΣSP)	-		(32.742)	(32.742)
NOP tổng danh mục = (Max (ΣSP, ΣLP) + GoldP)	-		108.361	141.103
NOP tổng danh mục/VTC			1.57%	2.044%
<b>Tỷ lệ vốn (Vốn tự có: 6.902.404)</b>			<b>8.00%</b>	<b>8.00%</b>
<b>Vốn yêu cầu cho rủi ro ngoại hối (KFXR)</b>			-	<b>11.288</b>
<b>Tổng tài sản tính cho rủi ro ngoại hối=12.5*KFXR</b>				<b>141.103</b>

*Nguồn: Số liệu giả định và do nhóm tác giả tự lập bảng*

<sup>23</sup> Chuẩn mực kế toán công Việt Nam số 01, ban hành kèm theo Quyết định số 1676/QĐ-BTC

## THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

Theo bảng trên, nếu tính theo cách hiểu thông thường (về từ “ròng”):

$$\frac{\text{Tổng giá trị trạng thái ngoại hối ròng}}{\text{vốn tự có}} = \frac{\text{trạng thái ngoại hối dương} + \text{trạng thái ngoại hối âm}}{\text{vốn tự có}}$$

$$\frac{\text{Tổng giá trị trạng thái ngoại hối ròng}}{\text{vốn tự có}} = \frac{(141.103 + (-32.742))}{6.904.404} = 1.57\%$$

Do đó, căn cứ theo quy định của Thông tư số 41<sup>24</sup>, ngân hàng thương mại, chi nhánh ngân hàng nước ngoài không phải tính vốn yêu cầu cho rủi ro ngoại hối. Tuy nhiên, nếu tính theo Hiệp ước Basel II (phương pháp chuẩn hóa):

$$\frac{\text{Tổng giá trị trạng thái ngoại hối ròng}}{\text{vốn tự có}} = \frac{(\text{Max}(\Sigma\text{SP}, \Sigma\text{LP}) + \text{GoldP})}{\text{vốn tự có}}$$

$$\frac{\text{Tổng giá trị trạng thái ngoại hối ròng}}{\text{vốn tự có}} = \frac{(141.103)}{6.904.404} = 2.044\%$$

Lúc này, theo khoản 4 Điều 18 Thông tư số 41, ngân hàng thương mại, chi nhánh ngân hàng nước ngoài phải tính vốn yêu cầu cho rủi ro ngoại hối và kết quả là:  $K_{\text{FXR}} = 141,103 \times 8\% = 11.288$  (triệu VNĐ).

#### 4. Kết luận và kiến nghị

Như vậy, hiện tại các văn bản quy phạm pháp luật của Việt Nam điều chỉnh về trạng thái ngoại tệ chưa có quy định cụ thể bằng việc giải thích hay chỉ rõ cách tính tổng trạng thái ngoại tệ ròng. Điều này có thể dẫn đến sự nhầm lẫn trong việc áp dụng tính toán vốn cho rủi ro ngoại hối thuộc cấu phần của việc

tính vốn cho rủi ro thị trường khi triển khai Thông tư số 41 tại các ngân hàng thương mại, chi nhánh ngân hàng nước ngoài. Hệ quả của sự nhầm lẫn này có thể tác động đến sự chính xác trong tính toán hay đo lường hệ số an toàn vốn CAR ở mỗi ngân hàng thương mại, chi nhánh ngân hàng nước ngoài, dẫn đến ảnh hưởng đến công tác giám sát và quản trị hệ thống ngân hàng của Ngân hàng Nhà nước. Do đó, nhóm tác giả đề xuất trong lần sửa đổi, bổ sung Thông tư số 41 sắp tới cần quy định rõ ràng, cụ thể bằng từ ngữ về cách đo lường tổng trạng thái ngoại tệ ròng như cách quy định của Ủy ban Basel ■

<sup>24</sup> Khoản 4 Điều 18 Thông tư số 41/2016/TT-NHNN.

# HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ QUẢN LÝ, SỬ DỤNG THUỐC BẢO VỆ THỰC VẬT TRONG THỰC PHẨM

**Trần Vang Phủ\***

**Trần Thuý Quốc Vang\*\***

*\*TS. Giảng viên, Khoa Luật - Trường Đại học Cần Thơ*

*\*\*ThS. Kiểm sát viên, Viện kiểm sát nhân dân huyện Phong Điền, thành phố Cần Thơ.*

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Thuốc bảo vệ thực vật, mức dư lượng tối đa, an toàn thực phẩm.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 08/09/2022

Biên tập : 12/10/2022

Duyệt bài : 13/10/2022

## Article Information:

*Keywords:* Pesticides; maximum residue level; food safety.

Received : 08 Sep. 2022

Edited : 12 Oct. 2022

Approved : 13 Oct. 2022

## Tóm tắt:

Trong thời gian gần đây, các vụ việc vi phạm quy định về an toàn thực phẩm đang có xu hướng tăng, gây ảnh hưởng nghiêm trọng đến sức khỏe của người tiêu dùng và uy tín của Việt Nam khi xuất khẩu hàng hoá ra thị trường quốc tế. Tuy nhiên, các quy định của pháp luật làm cơ sở cho việc xử lý hình sự cũng như xử lý vi phạm hành chính đối với hành vi vi phạm quy định về an toàn thực phẩm hiện nay còn nhiều nội dung chưa phù hợp. Trong bài viết này, các tác giả phân tích những điểm bất cập của pháp luật về sử dụng, quản lý thuốc bảo vệ thực vật trong thực phẩm và mức dư lượng tối đa thuốc bảo vệ thực vật để bảo đảm an toàn thực phẩm; xử lý hành vi vi phạm pháp luật về vấn đề này và đưa ra kiến nghị hướng hoàn thiện pháp luật.

## Abstract:

In recent years, violations of the legal regulations on food safety and hygiene have increased, negatively impacting consumer health and Vietnam's reputation of the exported goods. However, the current legal regulations relating to the identification of criminal and administrative grounds for violations of food hygiene and safety contain numerous inappropriate provisions. Under this article, the authors provide an analysis of the shortcomings of the legal regulations on the use and management of pesticides in food and the maximum residue levels of pesticides to ensure food safety; handle violations of legal regulations on the discussed matters and also provide recommendations for improvements.

## 1. Quy định của pháp luật về sử dụng thuốc bảo vệ thực vật trong thực phẩm và mức dư lượng tối đa thuốc bảo vệ thực vật để bảo đảm an toàn thực phẩm

Hiện nay, ở Việt Nam, mức dư lượng tối đa (MRL) thuốc bảo vệ thực vật (BVTV) được giao cho hai Bộ chuyên ngành quản lý ở hai góc độ khác nhau: (i) Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn (NN&PTNT) quản

lý danh mục thuốc BVTV cấm và cho phép sử dụng trong lĩnh vực nông nghiệp tại Việt Nam; (ii) Bộ Y tế quy định loại thuốc BVTV được phép sử dụng và MRL thuốc BVTV được tồn dư trong thực phẩm (nông sản). Tuy nhiên, ở Việt Nam hiện nay chưa có văn bản quy phạm pháp luật nào thống nhất quy định nguyên tắc xây dựng và ban hành MRL cho thuốc BVTV<sup>1</sup>. Theo hướng dẫn của

<sup>1</sup> Văn bản quy phạm pháp luật hiện hành có quy định về nguyên tắc xác định MRL là Thông tư số 24/2019/TT-BYT ngày 30/8/2019 của Bộ Trưởng Bộ Y tế ban hành quy định về quản lý và sử dụng phụ gia thực phẩm. Phạm vi điều chỉnh của Thông tư số 24/2019/TT-BYT là MRL đối với phụ gia thực phẩm mà không điều chỉnh MRL đối với thuốc BVTV và hoạt chất khác.

Tiêu chuẩn Việt Nam số TCVN 5139:2008 phương pháp khuyến cáo lấy mẫu để xác định dư lượng thuốc BVTV phù hợp với các giới hạn dư lượng tối đa do Bộ Khoa học và Công nghệ công bố, thì căn cứ để ban hành MRL thuốc BVTV là dựa vào kết quả có được từ phương pháp thực nghiệm, ngoài ra không có hướng dẫn nào khác về nguyên tắc để xác định MRL như thế nào là phù hợp với mục tiêu bảo vệ sức khỏe người sản xuất, người tiêu dùng, bảo vệ cây trồng - vật nuôi và hài hoà với tiêu chuẩn chung của quốc tế<sup>2</sup>.

Theo quy định tại khoản 1 Điều 5 Thông tư số 21/2015/TT-BNNPTNT ngày 08/6/2015 của Bộ trưởng Bộ NN&PTNT về quản lý thuốc BVTV thì tất cả thuốc BVTV dùng để phòng trừ sinh vật gây hại thực vật; điều hòa sinh trưởng cây trồng; bảo quản thực vật; khử trùng kho; trừ mối hại công trình xây dựng và đê điều; trừ cỏ trên đất không trồng trọt; làm tăng độ an toàn, hiệu quả khi sử dụng (có tên thương phẩm riêng) phải được đăng ký vào “*Danh mục thuốc BVTV được phép sử dụng ở Việt Nam*”. Tổ chức, cá nhân trong nước hoặc nước ngoài (có văn phòng đại diện, công ty, chi nhánh công ty kinh doanh thuốc BVTV đang được phép hoạt động tại Việt Nam) đều được trực tiếp đứng tên đăng ký thuốc BVTV do mình sản xuất<sup>3</sup>. Một điểm cần lưu ý là, nếu thuốc BVTV được sáng chế ở nước ngoài

nhưng chưa được phép sử dụng ở nước ngoài (nước sáng chế hoặc nước thứ ba khác) thì không được phép đăng ký khảo nghiệm và sử dụng tại Việt Nam<sup>4</sup>.

Quy trình khảo nghiệm thuốc BVTV ở Việt Nam được thực hiện theo chuẩn chung của thế giới, nhưng khi Bộ NN&PTNT chấp thuận đơn đăng ký sử dụng một loại thuốc BVTV nào đó để đưa vào Danh mục thuốc BVTV được sử dụng tại Việt Nam, thì cơ quan này lại không đồng thời quy định mức dư lượng thuốc BVTV của loại thuốc đó là bao nhiêu, mà chỉ có hướng dẫn về hàm lượng và liều lượng sử dụng, ngày cách ly trước thu hoạch; đồng thời cũng không có quy định về quy trình đăng ký để thiết lập MRL cụ thể cho loại thuốc đã được cấp phép<sup>5</sup>. Chính sự thiếu sót này đã dẫn đến sự lúng túng cho cả nhà sản xuất và cơ quan chức năng trong việc quản lý và kiểm soát MRL đối với nông sản sau thu hoạch cũng như để so sánh với quy định của quốc gia nhập khẩu. Quy định hiện nay làm cho chi phí quản lý thuốc BVTV rất tốn kém cho cả cơ quan nhà nước và doanh nghiệp cũng như người sử dụng do thủ tục rườm rà về khảo nghiệm và hiệu quả quản lý cũng như thực thi lại rất thấp, đi ngược với cách quản lý của các quốc gia trên thế giới hiện nay.

Tại nhiều quốc gia trên thế giới như Hoa

<sup>2</sup> Mục 4.1 TCVN 5139:2008 chỉ có một hướng dẫn đơn giản dẫn chiếu đến Codex về cách lấy mẫu và phương pháp phân tích mẫu là “Kết quả phân tích phải nhận được từ một hoặc nhiều mẫu phòng thử nghiệm lấy từ lô hàng và tình trạng mẫu phù hợp với phép phân tích. Kết quả cần được xác nhận bằng các dữ liệu kiểm soát chất lượng có thể chấp nhận được (ví dụ: hiệu chuẩn thiết bị và hiệu suất thu hồi thuốc BVTV - Tập 2 của Codex Alimentarius: “Hướng dẫn về thực hành thử nghiệm tốt trong quá trình phân tích dư lượng thuốc BVTV”).

<sup>3</sup> Khoản 2 Điều 5 Thông tư số 21/2015/TT-BNNPTNT.

<sup>4</sup> Điều 6 Thông tư số 21/2015/TT-BNNPTNT.

<sup>5</sup> Liên quan đến thiết lập MRL cho thuốc BVTV hiện nay chỉ có quy định tại khoản 2 Điều 38 Nghị định số 15/2018/NĐ-CP quy định Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn có trách nhiệm xây dựng và gửi Bộ Y tế ban hành quy định về mức giới hạn an toàn đối với các nhóm sản phẩm trong Phụ lục III ban hành kèm theo Nghị định số 15/2018/NĐ-CP. Tuy nhiên, đến thời điểm hiện tại vẫn chưa có văn bản hướng dẫn quy trình cụ thể về thiết lập mức giới hạn an toàn đối với lương thực, thực phẩm cũng như việc phối hợp và trách nhiệm của Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông nghiệp với Bộ Y tế về nội dung này.

Kỳ, Liên minh châu Âu, Thái Lan<sup>6</sup>, Australia<sup>7</sup>, Ấn Độ<sup>8</sup>... cơ quan có trách nhiệm xem xét cấp phép sử dụng thuốc BVTV cũng chính là cơ quan có thẩm quyền thiết lập MRL cho loại thuốc mà họ đã cấp phép, cách làm này đảm bảo sự thông suốt và thống nhất trong quá trình quản lý, tạo đầu mối thống nhất và tăng trách nhiệm trong việc quản lý và cung cấp thông tin đến các bên có liên quan, đồng thời tạo sự thuận lợi cho cả người sản xuất và sử dụng thuốc BVTV<sup>9</sup>. Ngược lại với cách quản lý trên, Việt Nam không có quy định về điều kiện và quy trình để thiết lập MRL cho thuốc BVTV. Điều đó có nghĩa là một loại thuốc sau khi đã được Bộ NN&PTNT cấp phép sử dụng ở Việt Nam, sẽ được phép đưa vào lưu thông, sử dụng, nhưng không bị kiểm soát về MRL. Quy định về thiết lập MRL để bảo đảm an toàn thực phẩm đối với hàng nông sản hiện nay chỉ được quy định ngắn gọn tại khoản 2 Điều 38 Nghị định số 15/2018/NĐ-CP ngày 02/02/2018 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật An toàn thực phẩm là Bộ NN&PTNT có trách nhiệm “xây dựng và gửi Bộ Y tế ban hành quy định về mức giới hạn an toàn đối với các nhóm sản phẩm trong Phụ lục III ban hành kèm theo Nghị định số 15/2018/NĐ-CP”. Như vậy, Bộ NN&PTNT sẽ dự thảo mức MRL và gửi Bộ Y tế để ban hành cụ thể. Tuy nhiên, quy trình xây dựng MRL của thuốc BVTV và việc phối hợp

giữa hai Bộ này trong việc ban hành MRL như thế nào thì pháp luật hiện hành lại không quy định. Điều này làm cho công tác quản lý nhà nước gặp nhiều khó khăn, nông dân và doanh nghiệp trong chuỗi sản xuất và xuất khẩu nông sản gặp nhiều lúng túng trong việc sử dụng thuốc BVTV, đặc biệt là ở giai đoạn xin kiểm tra an toàn thực phẩm và Giấy chứng nhận Kiểm dịch thực vật trước khi thông quan hàng hoá và rủi ro rất lớn từ thị trường nhập khẩu.

Ngoài ra, theo báo cáo tại Hội nghị lần thứ 45 của Ủy ban Tiêu chuẩn thực phẩm quốc tế (Ủy ban Codex) được tổ chức tại Hà Nội do Việt Nam và Hoa Kỳ đăng cai chủ trì, qua thống kê có “khoảng 70% các tiêu chuẩn thực phẩm của Việt Nam phù hợp với các tiêu chuẩn của Codex”<sup>10</sup>. Ngoài ra, theo Báo cáo của FAO vào tháng 10/2020 thì hiện nay chỉ tính riêng đối với mặt hàng gạo, có khoảng 60% quy định về MRL của Việt Nam là giống với Codex, khoảng 30% tiêu chuẩn của Codex chưa được Việt Nam quy định và Việt Nam cũng không có quy định tự động áp dụng tiêu chuẩn của Codex trong trường hợp thiếu quy định trong nước<sup>11</sup>.

## **2. Những bất cập trong quy định của pháp luật về quản lý thuốc bảo vệ thực vật ảnh hưởng đến hiệu quả xử lý hành vi vi phạm pháp luật về an toàn thực phẩm**

Sự tách biệt về cơ quan quản lý và thiếu sót về quy trình thiết lập MRL đã dẫn đến một

<sup>6</sup> National Bureau of Agricultural Commodity and Food Standards - ACFS (2022). *Structure of organization*. <https://www.acfs.go.th/#/page/11>, truy cập ngày 14/01/2022.

<sup>7</sup> Food Standards (2018). *Chemicals in food - maximum residue limits*. <https://www.foodstandards.gov.au/consumer/chemicals/maxresidue/pages/default.aspx>, truy cập ngày 08/8/2021.

<sup>8</sup> Food Safety and Standards Authority of India - FSSAI (2022). *Food Authority*. <https://www.fssai.gov.in/cms/food-authority.php>, truy cập ngày 14/01/2022.

<sup>9</sup> Richard J. Fussell (2020). *An Overview of Regulation and Control of Pesticide Residues in Food*, <http://tools.thermofisher.com/content/sfs/brochures/WP-71711-Regulatory-Pesticide-Residue-WP71711-EN.pdf>, truy cập ngày 17/5/2021.

<sup>10</sup> Băng Thu (2013), *Khai mạc Hội nghị Codex về thực phẩm ở Hà Nội*, <https://dantri.com.vn/suc-khoe/khai-mac-hoi-nghi-codex-ve-thuc-pham-o-ha-noi-1384650358.htm>, truy cập ngày 02/10/2021.

<sup>11</sup> FAO (2020), *Understanding international harmonization of pesticide Maximum Residue Limits (MRLs) with Codex standards: A case study on rice*, <http://www.fao.org/3/cb1428en/cb1428en.pdf>, truy cập ngày 05/7/2021, pp. 9-10.

bắt cập là hiện nay có khoảng 5,260<sup>12</sup> loại thuốc BVTV và hoạt chất được cấp phép sử dụng ở Việt Nam nhưng chỉ có khoảng 270<sup>13</sup> loại thuốc BVTV và 400<sup>14</sup> loại phụ gia thực phẩm được quy định MRL, nghĩa là hiện nay có khoảng 4900 loại thuốc BVTV và hoạt chất đang được sử dụng ở Việt Nam nhưng không được kiểm soát MRL<sup>15</sup>. Sự không thống nhất trong quy trình đăng ký sử dụng thuốc BVTV và thiết lập MRL thuốc BVTV còn dẫn đến việc khó thực thi quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2017 (Bộ luật Hình sự) về “Tội vi phạm quy định về an toàn thực phẩm”.

Theo đó, điểm b và c khoản 1 Điều 317 Bộ luật Hình sự đều dựa vào một căn cứ để xác định mức độ nguy hiểm của hành vi phạm tội là hành vi sử dụng thuốc BVTV thuộc danh mục cấm sử dụng, không thuộc danh mục thuốc được sử dụng hoặc thuộc danh mục thuốc được sử dụng nhưng dẫn đến hậu quả là có “*tạo ra dư lượng vượt ngưỡng cho phép trong sản phẩm*” hay không để định khung hình phạt. Tuy nhiên, như đã phân tích, hiện nay có khoảng 4900 loại thuốc thuộc Danh mục thuốc BVTV được phép sử dụng tại Việt Nam đang được sử dụng nhưng không có quy định về MRL, những loại thuốc không thuộc Danh mục thuốc BVTV được sử dụng tại Việt Nam và thuộc Danh mục thuốc BVTV cấm sử dụng tại Việt Nam sẽ không được quy định mức dư lượng tối đa. Như vậy, trong

trường hợp tổ chức, cá nhân có hành vi sử dụng một loại thuốc BVTV nhưng loại thuốc này chưa được quy định MRL thì cơ quan chức năng khó có thể xác định được hành vi phạm tội theo Điều 317 Bộ luật Hình sự, vì không có căn cứ để xác định là việc sử dụng loại thuốc BVTV cụ thể nào đó là có “*tạo ra dư lượng vượt ngưỡng cho phép trong sản phẩm*” hay không.

Một ví dụ điển hình cho sự chông chéo và lúng túng trong quản lý về việc sử dụng thuốc BVTV và MRL trong quy định hiện nay là vụ việc vào tháng 8/2021 Cơ quan an toàn thực phẩm Ireland và Hệ thống Cảnh báo nhanh của Châu Âu về thực phẩm và thức ăn chăn nuôi (RASFF) đã thông báo về việc một số lô mì ăn liền của Công ty Acecook Việt Nam và mì khô vị bò gà của Công ty Thiên Hương, chứa dư lượng thuốc Ethylene Oxide trong gói gia vị vượt quá mức cho phép của EU. Cụ thể, gói gia vị trong sản phẩm mì Hảo Hảo của Công ty Acecook Việt Nam chứa chất Ethylene Oxide trên hệ thống cảnh báo RASFF số 2021.4233 là 0,066 mg/kg và mì khô vị bò gà của Công ty Cổ phần thực phẩm Thiên Hương là 0,052 mg/kg. Trong khi đó, theo Chỉ thị số 91/414/EEC của EU và Quy định số 396/2005 của EC, thì hàm lượng Ethylene Oxide trong các loại thực phẩm này phải dưới 0,05 mg/kg<sup>16</sup>. Vụ Khoa học và Công nghệ thuộc Bộ Công thương giải thích rằng,

<sup>12</sup> Thông tư số 10/2020/TT-BNNPTNT ngày 09/9/2020 của Bộ trưởng Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn ban hành danh mục thuốc bảo vệ thực vật được phép sử dụng, cấm sử dụng tại Việt Nam.

<sup>13</sup> Thông tư số 50/2016/TT-BYT ngày 30/12/2016 của Bộ trưởng Bộ Y tế quy định giới hạn tối đa dư lượng thuốc bảo vệ thực vật trong thực phẩm.

<sup>14</sup> Thông tư số 24/2019/TT-BYT ngày 30/8/2019 của Bộ Trưởng Bộ Y tế ban hành quy định về quản lý và sử dụng phụ gia thực phẩm.

<sup>15</sup> Tran Vang Phu, Lam Ba Khanh Toan, Nguyen Thanh Giao (2021). *Comparison of Vietnam's and the European Union's regulations on product labelling and maximum residue levels of pesticides*. Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues, Volume 24, Special Issue 1-238, pp. 4-5.

<sup>16</sup> Food Safety Authority of Ireland (2021). *Recall of Certain Batches of Instant Noodle Products due to the Presence of the Unauthorized Pesticide Ethylene Oxide*. [https://www.fsai.ie/news\\_centre/food\\_alerts/instant\\_noodles\\_ethylene\\_oxide\\_recall.html](https://www.fsai.ie/news_centre/food_alerts/instant_noodles_ethylene_oxide_recall.html), truy cập ngày 04/9/2021.

Việt Nam hiện chưa quy định cho phép hay cấm sử dụng chất Ethylene Oxide trong sản xuất nông nghiệp hay giới hạn dư lượng trong thực phẩm. Bên cạnh đó, theo thông tin được công bố vào tháng 9/2021, thì trong sản phẩm mì Hảo Hảo sản xuất cho thị trường Việt Nam không chứa chất Ethylene Oxide, nhưng lại chứa chất 2-Chloroethano, với MRL là 1,17 mg/kg<sup>17</sup>.

Một vấn đề quan trọng ở đây là cả chất Ethylene Oxide và 2-Chloroethano đều không nằm trong Danh mục thuốc BVTV được phép sử dụng tại Việt Nam, tức là không được phép sử dụng ở Việt Nam với mục đích phòng trừ sinh vật gây hại thực vật; điều hòa sinh trưởng cây trồng; bảo quản thực vật; khử trùng kho; trừ mối hại công trình xây dựng và đê điều; trừ cỏ trên đất không trồng trọt; làm tăng độ an toàn, hiệu quả khi sử dụng<sup>18</sup>. Từ đó, có thể kết luận rằng, việc sử dụng thuốc Ethylene Oxide và 2-Chloroethano là không đúng quy định của pháp luật. Để xử lý vụ việc này, các cơ quan chức năng của Việt Nam đang phối hợp với nhau để xem xét cấp phép sử dụng và quy định MRL cho hai loại thuốc BVTV nêu trên<sup>19</sup>.

Bên cạnh đó, như đã phân tích, vì hai loại thuốc trên không thuộc danh mục thuốc BVTV được sử dụng ở Việt Nam, nên sẽ

không được cơ quan có thẩm quyền thiết lập MRL. Vì vậy, cơ quan chức năng của Việt Nam sẽ khó có thể xử lý trách nhiệm hình sự, mà nhiều nhất chỉ có thể xử phạt VPHC đối với hành vi “Sử dụng thuốc BVTV không có tên trong Danh Mục thuốc BVTV được phép sử dụng tại Việt Nam” với mức phạt tiền từ 1.000.000 đồng đến 2.000.000 đồng đối với người vi phạm là cá nhân, đối với tổ chức vi phạm mức phạt là gấp đôi<sup>20</sup>. Ngoài ra, các tác giả cũng không tìm thấy thông tin Công ty Acecook Việt Nam và Công ty Thiên Hương bị cơ quan có thẩm quyền xử phạt hành vi vi phạm pháp luật theo Nghị định số 31/2016/NĐ-CP ngày 06/5/2016 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực giống cây trồng, bảo vệ và kiểm dịch thực vật.

### 3. Kiến nghị

Do sự ảnh hưởng nghiêm trọng đối với sức khỏe của con người, động thực vật và môi trường của việc sử dụng không đúng thuốc BVTV và không tuân thủ MRL thuốc BVTV, cần thiết phải sửa đổi, bổ sung quy định về xử lý VPHC trong lĩnh vực bảo vệ và kiểm dịch thực vật theo hướng:

Một là, cần xác định rõ nguyên tắc và mức độ bảo vệ sức khỏe người tiêu dùng, sức khỏe cây trồng, vật nuôi và bảo vệ môi trường khi xây dựng các quy định về quản lý

<sup>17</sup> Trần Chung (2021). *Mì Hảo Hảo bị thu hồi ở EU, nhà cung cấp dùng chất khử khuẩn nguyên liệu*. <https://vietnamnet.vn/vn/kinh-doanh/thi-truong/cong-bo-ket-qua-chi-tiet-kiem-nghiem-thuc-te-mau-mi-hao-hao-774244.html>, truy cập ngày 13/9/2021.

<sup>18</sup> Một điểm cần lưu ý thêm ở đây là cả hai chất này đều được EU quy định MRL chung là 0,05 mg/kg, nhưng cả Canada và Hoa Kỳ đều cho phép sử dụng với mức dư lượng rất cao. Canada và Hoa Kỳ đều quy định MRL là 7 mg/kg đối với Ethylene Oxide và 940 mg/kg đối với 2 - Chloroethanol áp dụng cho hạt mè. Xem thêm Health Canada Pest Management Regulatory Agency (2019). *Proposed Maximum Residue Limit PMRL2019-29, Ethylene Oxide*. <https://www.canada.ca/en/health-canada/services/consumer-product-safety/pesticides-pest-management/public/consultations/proposed-maximum-residue-limit/2019/ethylene-oxide/document.html>, truy cập ngày 15/9/2021.

<sup>19</sup> Minh Chiến (2021). *Từ vụ mì Hảo Hảo bị thu hồi ở Ireland, Phó Thủ tướng chỉ đạo khẩn*. <https://nld.com.vn/kinh-te/tu-vu-mi-hao-hao-bi-thu-hoi-o-ireland-pho-thu-tuong-chi-dao-khan-20210912220928414.htm>, truy cập ngày 29/9/2021.

<sup>20</sup> Điều 2 khoản 2 Điều 26 Nghị định 31/2016/NĐ-CP ngày 06/5/2016 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực giống cây trồng, bảo vệ và kiểm dịch thực vật.



đối với thuốc BVTV và MRL thuốc BVTV. Cụ thể, do điều kiện phát triển kinh tế - xã hội của Việt Nam chưa cho phép áp dụng các tiêu chuẩn quá cao về vệ sinh an toàn thực phẩm; do đó, nguyên tắc trong việc quản lý thuốc BVTV và MRL thuốc BVTV hiện nay nên tiếp thu quy định của Hoa Kỳ là đặt ở mức được cho là *cần thiết để bảo vệ sức khỏe cộng đồng, đồng thời xem xét nhu cầu về nguồn cung cấp thực phẩm đầy đủ, an toàn và tiết kiệm*<sup>21</sup>.

Hai là, cần thiết phải sửa đổi, bổ sung Nghị định số 31/2016/NĐ-CP quy định về xử lý VPHC trong lĩnh vực bảo vệ và kiểm dịch thực vật theo hướng tăng mức xử phạt và quy định cụ thể từng mức độ vi phạm sẽ có mức phạt tương ứng và bắt buộc thu hồi hoặc tiêu hủy đối với hàng hoá vi phạm quy định về sử dụng thuốc BVTV và quy định về MRL thuốc BVTV, đặc biệt là hành vi sử dụng thuốc

BVTV không thuộc Danh mục thuốc BVTV được phép sử dụng tại Việt Nam và Danh mục thuốc BVTV cấm sử dụng tại Việt Nam<sup>22</sup>.

Ba là, xem xét sửa đổi, bổ sung Điều 317 Bộ luật Hình sự về “Tội vi phạm quy định về an toàn thực phẩm” theo hướng tăng mức chế tài đối với hành vi vi phạm, bổ sung quy định về định khung hình phạt theo giá trị lô hàng vi phạm quy định về an toàn thực phẩm, dẫn chiếu trực tiếp đến tiêu chuẩn của Codex trong trường hợp loại thuốc BVTV đang bị xem xét chưa có quy định về MRL để làm căn cứ xác định ngưỡng vi phạm. Qua đó, có thể tăng tính răn đe đối với tổ chức, cá nhân có hành vi không tuân thủ đúng quy định về sử dụng thuốc BVTV và quy định về MRL thuốc BVTV gây hậu quả nghiêm trọng cho sức khỏe con người, động thực vật và môi trường<sup>23</sup> ■

<sup>21</sup> National Academy of Sciences (1987). *Regulating Pesticides in Food*. National Academy Press, Washington, D.C., pp. 22-25.

<sup>22</sup> Mức xử phạt và các biện pháp xử lý vi phạm hành chính đối với hành vi “Vi phạm quy định về sử dụng thuốc bảo vệ thực vật” hiện nay tương đối thấp và thiếu tính răn đe, biện pháp khắc phục hậu quả cũng không hợp lý trong trường hợp tổ chức cá nhân sử dụng thuốc BVTV để sản xuất thực phẩm. Theo đó, hành vi “Vi phạm quy định về sử dụng thuốc bảo vệ thực vật” được xử lý theo quy định tại Điều 26 Nghị định 31/2016/NĐ-CP như sau:

1. Phạt cảnh cáo hoặc phạt tiền từ 200.000 đồng đến 500.000 đồng đối với một trong các hành vi vi phạm sau đây:

- a) Sử dụng thuốc bảo vệ thực vật không đúng với nội dung hướng dẫn sử dụng ghi trên nhãn thuốc;
- b) Không thu gom, để đúng nơi quy định bao gói thuốc bảo vệ thực vật sau khi sử dụng.

2. Phạt tiền từ 1.000.000 đồng đến 2.000.000 đồng đối với một trong các hành vi vi phạm sau đây:

a) *Sử dụng thuốc bảo vệ thực vật không có tên trong Danh Mục thuốc bảo vệ thực vật được phép sử dụng tại Việt Nam;*

b) Sử dụng thuốc bảo vệ thực vật dưới dạng ống tiêm thủy tinh.

3. Phạt tiền từ 2.000.000 đồng đến 3.000.000 đồng đối với hành vi vi phạm sử dụng thuốc bảo vệ thực vật không đúng nội dung hướng dẫn ghi trên nhãn gây hậu quả nguy hiểm.

4. Phạt tiền từ 3.000.000 đồng đến 5.000.000 đồng đối với hành vi vi phạm sử dụng thuốc bảo vệ thực vật trong Danh Mục thuốc bảo vệ thực vật cấm sử dụng tại Việt Nam.

5. Biện pháp khắc phục hậu quả

a) Buộc tiêu hủy thuốc đối với hành vi vi phạm quy định tại Khoản 2, 4 Điều 26 Nghị định 31/2016/NĐ-CP;

b) Buộc thực hiện các biện pháp khắc phục tình trạng ô nhiễm môi trường đối với hành vi vi phạm quy định tại Khoản 3 Điều 26 Nghị định 31/2016/NĐ-CP.

<sup>23</sup> Người tiêu dùng vẫn có thể viện dẫn pháp luật về dân sự và pháp luật về bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng để yêu cầu bồi thường thiệt hại. Tuy nhiên, nếu chọn giải quyết bằng biện pháp dân sự thì trách nhiệm chứng minh thuộc về bên yêu cầu tức là người tiêu dùng, tính khả thi của giải pháp này không cao vì người tiêu dùng thiếu kiến thức pháp luật, khó chứng minh thiệt hại và viện dẫn các bằng chứng khoa học...

# CƠ CHẾ ĐẶC THÙ CHO THÀNH PHỐ THUỘC THÀNH PHỐ TRỰC THUỘC TRUNG ƯƠNG TỪ THỰC TIỄN THÀNH PHỐ THỦ ĐỨC<sup>1</sup>

**TS. Thái Thị Tuyết Dung**

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

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Thành phố thuộc thành phố trực thuộc Trung ương; đặc thù; đô thị vệ tinh.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 26/09/2022

Biên tập : 26/10/2022

Duyệt bài : 27/10/2022

## Tóm tắt:

Mô hình chính quyền thành phố thuộc thành phố trực thuộc Trung ương đã bước đầu được hình thành, nhưng về thực tiễn áp dụng chưa thật sự đáp ứng các đặc điểm của đô thị và yêu cầu quản lý đô thị ở nước ta mặc dù mô hình này kỳ vọng như đô thị vệ tinh trong phát triển đô thị Việt Nam. Trong bài viết này, tác giả phân tích đặc trưng của thành phố thuộc thành phố, tiêu chí thành lập thành phố thuộc thành phố trực thuộc Trung ương, lý giải vì sao phải có cơ chế đặc thù cho thành phố thuộc thành phố trực thuộc Trung ương và đề xuất một số kiến nghị.

## Article Information:

*Keywords:* Municipal city under a Central city; characteristics; satellite city.

Received : 26 Sep. 2022

Edited : 26 Oct. 2022

Approved : 27 Oct. 2022

## Abstract:

The modality of municipal city under a Central city has initially been formed, but in practice, it has not really met the characteristics of the city and the requirements of municipal governance in our country. This model is expected to be like a satellite city in municipal development in Vietnam. Under this article, the author provides an analysis of the characteristics of municipal government under a Central city, the criteria for establishing a municipal government under a Central city, and also explanations of reasons for a specific mechanism for of municipal government under a Central city and proposes a number of relevant recommendations.

## 1. Đặc trưng của thành phố thuộc thành phố trực thuộc Trung ương

Giai đoạn từ năm 2026 đến năm 2050, Việt Nam sẽ thúc đẩy việc xây dựng và hoàn chỉnh hệ thống đô thị, phát triển theo mô hình mạng lưới đô thị; có cơ sở hạ tầng kỹ thuật, xã hội phù hợp, đồng bộ, hiện đại; có nền kiến trúc đô thị tiên tiến, giàu bản sắc; có mối quan hệ và vị thế xứng đáng, có tính cạnh tranh cao trong phát triển kinh tế, xã hội quốc gia, khu vực và quốc tế<sup>2</sup>.

Hiến pháp năm 2013 đã có một bổ sung quan trọng so với Hiến pháp 1992 về phân chia các đơn vị hành chính lãnh thổ, đó là quy định thành phố thuộc thành phố là đơn vị hành chính tương đương cấp quận, huyện, thị xã trong cấu trúc hành chính - lãnh thổ của thành phố trực thuộc Trung ương (TPTTTU). Với việc bổ sung “*đơn vị hành chính tương đương*” trong cấu trúc hành chính - lãnh thổ của TPTTTU trong Hiến pháp là cơ sở quan

<sup>1</sup> Nghiên cứu được tài trợ bởi Đại học Quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh (ĐHQG-HCM) trong khuôn khổ Đề tài mã số ĐH2022-34-03.

<sup>2</sup> Quyết định số 445/QĐ-TTg ngày 07/4/2009 của Thủ tướng Chính phủ.

trọng để đa dạng hóa mô hình tổ chức của các TPPTTU, đáp ứng tốt hơn nhu cầu đô thị hóa đang diễn ra mạnh mẽ tại các địa phương nói chung và các TPPTTU nói riêng. Đặc biệt, quy định mới này của Hiến pháp năm 2013 tạo ra khả năng thực tế để tổ chức mô hình chính quyền đô thị phù hợp không chỉ các đặc điểm kinh tế, chính trị, văn hóa, xã hội của các đô thị, mà còn đáp ứng tốt hơn yêu cầu quản lý và phát huy dân chủ tại các TPPTTU có quy mô lớn về diện tích, về dân số, về số lượng đơn vị hành chính trực thuộc, như thành phố Hà Nội, Thành phố Hồ Chí Minh.

Về lý thuyết, các thành phố thuộc TPPTTU có thể là các đô thị vệ tinh của một đô thị trung tâm (đô thị lõi), hoặc là các đô thị trực thuộc một đô thị lớn trong một chùm đô thị. Mô hình tổ chức đô thị này có nhiều ưu điểm, vừa tôn trọng được tính độc lập (trưng đối) của mỗi thành phố, lại vừa bảo đảm được tính thống nhất, gắn kết, hỗ trợ lẫn nhau giữa các thành phố thuộc TPPTTU; nâng cao được hiệu quả phát triển kinh tế - xã hội, cũng như hiệu lực, hiệu quả quản lý nhà nước và phục vụ người dân của chính quyền đô thị.

Về tính chất, thành phố này là một đô thị hoàn chỉnh có vị trí độc lập và tự chủ cao so với các cấu trúc hành chính lãnh thổ trực thuộc TPPTTU (như quận), đáp ứng các điều kiện về chức năng, cơ cấu và trình độ phát triển kinh tế - xã hội, quy mô dân số, mật độ dân số; tỷ lệ lao động phi nông nghiệp; trình độ phát triển cơ sở hạ tầng và kiến trúc cảnh quan đô thị theo các loại đô thị được pháp luật quy định.

Về mô hình tổ chức, chính quyền thành phố thuộc TPPTTU phải phù hợp với đối tượng quản lý, yêu cầu và tính chất quản lý ở các thành phố trực thuộc Trung ương nhằm nâng cao hiệu lực, hiệu quả quản lý nhà nước

trên địa bàn, đáp ứng yêu cầu phát triển kinh tế thị trường định hướng XHCN và hội nhập quốc tế; nghiên cứu, đề xuất đổi mới mô hình tổ chức, hoàn thiện chức năng, nhiệm vụ, thẩm quyền; phương thức hoạt động; cơ chế chính sách phân cấp, ủy quyền của các thành phố trực thuộc Trung ương cho chính quyền thành phố phù hợp với yêu cầu, mục tiêu quản lý của chính quyền đô thị tại thành phố, bảo đảm tính thống nhất, thông suốt, hiệu quả; đồng thời nâng cao tính tự chủ, tự chịu trách nhiệm, phát huy quyền chủ động sáng tạo của các cấp chính quyền tại thành phố.

Với cấu trúc địa lý và dân cư, các thành phố trực thuộc Trung ương đang rất cần phải có các đô thị mới, với đầy đủ tính chất, quy mô, đặc điểm của một đô thị hiện đại, có tính tự chủ cao, không thể chỉ là các cấu trúc đô thị phụ thuộc như một mảnh ghép của một thành phố dưới hình thức một quận trực thuộc. Xuất phát từ tình hình thực tiễn, như tỉnh Hà Tây trước khi được hợp nhất vào Thủ đô Hà Nội đã từng có hai thành phố trực thuộc: thành phố Hà Đông và thành phố Sơn Tây. Sau khi Hà Tây được hợp nhất vào thành phố Hà Nội, do nhiều nguyên nhân, trong đó có nguyên nhân cơ bản là chưa có quy định về thành phố thuộc thành phố trực thuộc Trung ương, nên thành phố Hà Đông trở thành một quận của thành phố Hà Nội và thành phố Sơn Tây quay trở lại địa vị pháp lý trước đây là thị xã Sơn Tây. Sự thay đổi địa vị pháp lý của hai thành phố Hà Đông và Sơn Tây đã ảnh hưởng không nhỏ đến khả năng phát triển của hai thành phố này<sup>3</sup>.

## 2. Tiêu chí “thành phố thuộc thành phố trực thuộc trung ương”

Ngày 16/11/2020 Quốc hội ban hành Nghị quyết số 131/2020/QH14 về Tổ chức chính quyền đô thị tại Thành phố Hồ Chí Minh.

<sup>3</sup> <https://www.quanlynhanuoc.vn/2022/01/06/giai-phap-xay-dung-mo-hinh-to-chuc-chinh-quyen-thanh-pho-thuoc-thanh-pho-truc-thuoc-trung-uong/>.

Sau đó, UBND TP HCM đã ban hành Nghị quyết số 1111/NQ-UBTVQH14 đã cho phép thành lập Thành phố Thủ Đức thuộc Thành phố Hồ Chí Minh trên cơ sở hợp nhất 3 quận là Quận 2, 9, quận Thủ Đức từ ngày 01/01/2021. Đây là mô hình thành phố thuộc thành phố duy nhất ở Việt Nam hiện nay với những đặc điểm riêng biệt, đặc thù. Để triển khai thực hiện chủ trương trên, Chính phủ ban hành Nghị định số 33/2021/NĐ-CP quy định chi tiết và biện pháp thi hành Nghị quyết số 131/2020/QH14 về tổ chức chính quyền đô thị tại Thành phố Hồ Chí Minh, trong đó có những quy định đặc thù cho Thành phố Thủ Đức.

Điều 3 Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2019 (Luật Tổ chức chính quyền địa phương) quy định việc phân loại đơn vị hành chính phải dựa trên các tiêu chí như: quy mô dân số; diện tích tự nhiên; số đơn vị hành chính trực thuộc; trình độ phát triển kinh tế - xã hội... Tuy nhiên, xét trên thực tế không phải

tất cả các đơn vị hành chính khi phân loại đều dựa trên năm tiêu chí này<sup>4</sup>. Sau đó, Ủy ban Thường vụ Quốc hội đã ban hành Nghị quyết số 1211/2016/UBTVQH13 về tiêu chuẩn của đơn vị hành chính và phân loại đơn vị hành chính, trong đó Điều 12 quy định tiêu chí quy mô dân số và diện tích tự nhiên được tính điểm để phân loại đơn vị hành chính cấp tỉnh cụ thể, tính từ 500.000 người trở xuống được tính 10 điểm; trên 500.000 người thì cứ thêm 30.000 người được tính thêm 0,5 điểm, nhưng tối đa không quá 30 điểm. Diện tích tự nhiên từ 1.000 km<sup>2</sup> trở xuống được tính 10 điểm; trên 1.000 km<sup>2</sup> thì cứ thêm 200 km<sup>2</sup> được tính thêm 0,5 điểm, nhưng tối đa không quá 30 điểm.

Tiêu chí về đơn vị hành chính thành phố thuộc TP HCM, thuộc tỉnh và đơn vị hành chính (ĐVHC) cấp tỉnh được quy định tại Điều 1, Điều 4 và Điều 5 Nghị quyết số 1211 như sau:

<b>Thành phố thuộc tỉnh/ thuộc thành phố trực thuộc Trung ương</b>	<b>Tỉnh (ở khu vực đồng bằng)</b>	<b>Thành phố trực thuộc Trung ương</b>
1. Dân số từ 150.000 người trở lên. 2. Diện tích tự nhiên từ 150 km <sup>2</sup> trở lên. 3. Số ĐVHC cấp xã trực thuộc có từ 10 đơn vị trở lên; Tỷ lệ số phường trên tổng số ĐVHC cấp xã từ 65% trở lên. 4. Được công nhận là đô thị loại I hoặc loại II hoặc loại III; hoặc khu vực dự kiến thành lập thành phố thuộc tỉnh, thành phố thuộc TP HCM đã được phân loại đạt tiêu chí của đô thị loại I hoặc loại II hoặc loại III. 5. Cơ cấu và trình độ phát triển kinh tế - xã hội đạt quy định	1. Dân số: từ 1,4 triệu người trở lên. 2. Diện tích tự nhiên: 5.000 km <sup>2</sup> trở lên. 3. Số ĐVHC cấp huyện trực thuộc có từ 11 đơn vị trở lên, trong đó có ít nhất 01 thành phố hoặc 01 thị xã.	1. Dân số từ 1,5 triệu người trở lên. 2. Diện tích tự nhiên từ 1.500 km <sup>2</sup> trở lên. 3. Số ĐVHC cấp huyện trực thuộc có từ 11 đơn vị trở lên. Tỷ lệ số quận trên tổng số ĐVHC cấp huyện từ 60% trở lên. 4. Đã được công nhận là đô thị loại đặc biệt hoặc loại I; hoặc khu vực dự kiến thành lập TP HCM đã được phân loại đạt tiêu chí của đô thị loại đặc biệt hoặc loại I.

<sup>4</sup> Nguyễn Đăng Phương Truyền (2019), Hoàn thiện pháp luật về tiêu chuẩn, thẩm quyền, thủ tục phân loại đơn vị hành chính ở nước ta, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 6.

Như vậy, có thể thấy chưa có sự phân biệt giữa tiêu chuẩn của thành phố thuộc TPTTTU với tiêu chuẩn của thành phố thuộc tỉnh, không có phân biệt so với các đô thị cấp huyện khác, như thị xã, thành phố thuộc tỉnh: quy mô dân số 150.000 người khá thấp, cần nâng lên (ít ra từ 300.000 người trở lên); tỷ lệ số phường trên tổng số đơn vị hành chính cấp xã từ 65% trở lên khá thấp, cần tăng lên trên 75% để tránh tình trạng nông thôn trong đô thị; trình độ phát triển đô thị nên từ loại II trở lên, (không có loại III). Do quy định không phân biệt rõ ràng này, nên các địa phương nếu áp dụng sẽ cào bằng giữa Thành phố thuộc TPTTTU với Thành phố thuộc tỉnh.

### 3. Xu hướng thành lập thành phố thuộc thành phố

Hiện nay, trong 5 TPTTTU, chỉ có 2 Thành phố Đà Nẵng và Cần Thơ chưa có kế hoạch thành lập Thành phố thuộc Thành phố; còn Thành phố Hải Phòng, Hà Nội, Thành phố Hồ Chí Minh (TPHCM) đã và đang có những hoạt động để tiến hành thành lập Thành phố thuộc Thành phố, cụ thể:

- Thành phố Hải Phòng: có chủ trương và đang xây dựng Đề án thành lập Thành phố Thủy Nguyên, trực thuộc Thành phố Hải Phòng trước năm 2025, huyện Thủy Nguyên hiện nay có diện tích 242,87 km<sup>2</sup>, dân số 333.810 người.

- Thành phố Hà Nội: Nghị quyết số 15-NQ/BCT ngày 05/05/2022 của Bộ Chính trị về phương hướng, nhiệm vụ phát triển thủ đô Hà Nội đến năm 2030, tầm nhìn năm 2045 xác định sẽ xây dựng 5 thành phố trực thuộc thủ đô Hà Nội bao gồm Thành phố Đông

Anh, Mê Linh, Sóc Sơn (ở vùng phía bắc) và Thành phố Hoà Lạc, Xuân Mai (ở vùng phía tây).

- Thành phố Hồ Chí Minh xây dựng đề án các huyện thành quận (hoặc thành phố thuộc TPHCM) giai đoạn 2021-2030 do Ủy ban nhân dân TPHCM vừa ban hành, các huyện Hóc Môn, Bình Chánh, Nhà Bè sẽ thành quận (hoặc thành phố thuộc thành phố) trước năm 2025. Tuy nhiên, sau đó cả 5 đơn vị Củ Chi, Bình Chánh, Cần Giờ, Nhà Bè và Hóc Môn đều muốn lên Thành phố, không lên quận vì cho rằng lên quận cần nhiều tiêu chí và ít dư địa phát triển hơn nên đều muốn lên thành phố trước năm 2030. Bởi lẽ, đối chiếu các quy định hiện nay, mô hình lên thành phố với huyện dễ thực hiện hơn mô hình cấp quận, như lý do các huyện bỏ mục tiêu lên quận là quy định 100% đơn vị hành chính cấp xã phải đạt tiêu chuẩn phường, tức địa phương phải bỏ hẳn vùng nông thôn. Trong khi đó, tiêu chuẩn lên thành phố chỉ yêu cầu 65% xã lên phường. Như trường hợp Nhà Bè, toàn bộ 7 xã tại đây đều chưa đạt tiêu chuẩn phường. Song nếu chọn lên thành phố, huyện chỉ cần chuyển đổi 5 xã, còn lên quận phải nâng cấp tất cả<sup>5</sup>.

Với xu hướng như trên, rõ ràng, tiêu chí thành lập thành phố thuộc TPTTTU khá “dễ”, và hình mẫu “thành phố Thủ Đức” là chưa phù hợp, bởi quy mô dân số của Thành phố Thủ Đức gấp 7-8 lần, số đơn vị hành chính cấp xã 34 (gấp 3,4 lần so với số tối thiểu quy định là 10) và tổng thu ngân sách nhà nước ngang với Thành phố Đà Nẵng, Thành phố Cần Thơ<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Thu Hằng, *Lý do 5 huyện TPHCM muốn lên thành phố*; <https://vnexpress.net/ly-do-5-huyen-tp-hcm-muon-len-thanh-pho-4471954.html>.

<sup>6</sup> Với 705 huyện ở cả nước, thì gần 1/3 có dân số dưới 100.000 dân, hơn 1/2 các địa phương có dân số khoảng 100.000-200.000 dân/huyện; trong khi 19 đơn vị cấp huyện có dân số từ 600.000 dân trở lên thì TPHCM chiếm gần 2/3, chỉ có Thành phố Biên Hòa, Thành phố Thủ Đức gần 1,1 triệu dân.

## 5. Lý do đề xuất cơ chế đặc thù cho thành phố thuộc Thành phố trực thuộc trung ương từ thực tiễn Thành phố Thủ Đức

*Thứ nhất, về mục tiêu khi thành lập Thành phố Thủ Đức*

Trong Đề án Thành phố Thủ Đức<sup>7</sup> thể hiện Thành phố Thủ Đức khi thành lập có những tương đồng nhất định với mô hình đô thị vệ tinh<sup>8</sup>. Kỳ vọng sẽ giúp khu vực phía Đông của TPHCM sớm trở thành “hạt nhân” tăng trưởng mới thúc đẩy kinh tế TPHCM và vùng kinh tế trọng điểm phía Nam phát triển bền vững. Sau đó, ngày 16/9/2021, Thủ tướng Chính phủ ban hành Quyết định số 1538/QĐ-TTg phê duyệt nhiệm vụ quy hoạch chung thành phố Thủ Đức thuộc TPHCM đến năm 2040 với mục tiêu và tính chất đô thị:

- Trở thành một trong những trung tâm kinh tế tri thức, khoa học - công nghệ, tài chính quan trọng của TPHCM và quốc gia. Là trung tâm đổi mới sáng tạo dựa trên nền tảng kinh tế tri thức, khoa học - công nghệ và hợp tác phát triển; tập trung vào các lĩnh vực giáo dục đào tạo bậc cao, nghiên cứu và sản xuất công nghệ cao, tài chính và thương mại- dịch vụ; có vai trò là hạt nhân trong đổi mới sáng tạo, phát triển hạ tầng số của thành phố và vùng TPHCM. Là đầu mối kết nối khu trung tâm hiện hữu TPHCM với cảng hàng không quốc tế Long Thành và các đô thị, khu

chức năng trọng điểm phía Đông của vùng TPHCM.

- Hướng tới phát triển đô thị có chất lượng sống tốt và môi trường làm việc hấp dẫn; có văn hóa đặc trưng trên cơ sở bảo tồn di sản và cảnh quan sông nước; phát triển hạ tầng đô thị thông minh, bền vững và thích ứng với biến đổi khí hậu.

- Tạo cơ sở pháp lý cho việc quản lý phát triển, đầu tư xây dựng hệ thống hạ tầng kỹ thuật đô thị và các khu vực trong thành phố Thủ Đức theo quy hoạch, đảm bảo chất lượng đô thị theo tiêu chuẩn đô thị loại I trực thuộc TPHCM phát triển theo mô hình đô thị sáng tạo, tương tác cao; trung tâm phía Đông của TPHCM về kinh tế, khoa học kỹ thuật và công nghệ, văn hóa, giáo dục, đào tạo.

*Thứ hai, thực tiễn tổ chức và hoạt động của Thành phố Thủ Đức*

Để triển khai việc xây dựng và phát triển Thành phố Thủ Đức, các cơ quan có thẩm quyền đã có những văn bản điều chỉnh như Nghị quyết số 131/2020/QH14, Nghị định số 33/2021/NĐ-CP nhưng các văn bản này dường như chưa phù hợp với thực tế và sự kỳ vọng đối với sự phát triển của thành phố Thủ Đức, khi mà dự báo năm 2030, Thành phố Thủ Đức sẽ có 1,5 triệu dân<sup>9</sup>. Hiện nay, tính trên mỗi 01 km<sup>2</sup>, dân số Thành phố Thủ Đức (4.791) gấp 15 lần bình quân cả nước

<sup>7</sup> Đề án số 591/ĐA-CP ngày 11/11/2020 thành lập Thành phố Thủ Đức thuộc TP. HCM.

<sup>8</sup> Thành phố Thủ Đức là nơi kết nối khu vực cửa ngõ phía đông của TPHCM với khu vực Đông Nam bộ, với các tuyến đường metro, cao tốc ở vùng ven của vùng đô thị để Thủ Đức có thể giữ vị trí liên kết, cầu nối giữa TPHCM và các tỉnh khu vực phía đông. Thành phố Thủ Đức có vị trí tự nhiên được tách biệt với khu vực Trung tâm TPHCM vì các nhánh sông Sài Gòn, và tách biệt với vùng Đông Nam là sông Đồng Nai. Về chính sách phát triển, thành phố Thủ Đức được xác định quy hoạch chuyên môn hóa ngành, lĩnh vực, được đầu tư phát triển trở thành “khu vực hạt nhân sáng tạo, một cực tăng trưởng mới, khu vực dẫn dắt kinh tế, với mũi nhọn là ngành kinh tế tri thức, trung tâm đổi mới, sáng tạo, đáp ứng được định hướng chuyên môn hóa của đô thị mới.

<sup>9</sup> Khoản 5 Điều 1 Quyết định số 1538/QĐ-TTg phê duyệt nhiệm vụ quy hoạch chung thành phố Thủ Đức thuộc TPHCM đến năm 2040.

(320 người/km<sup>2</sup>)<sup>10</sup>, đóng góp ngân sách gấp 44 lần bình quân cả nước. Do vậy, trên 1 km<sup>2</sup>, nhu cầu về giao thông, nước sạch, trường học, bệnh viện của Thành phố Thủ Đức phải gấp hàng chục lần. Vì thế, để giải quyết các vấn đề này đòi hỏi mức độ đầu tư lớn, có kế hoạch lâu dài và bền vững.

Sau khi thành lập, căn cứ Nghị định số 33/2021/NĐ-CP và Nghị quyết của HĐND Thành phố Thủ Đức, UBND Thành phố Thủ Đức đã ban hành Quyết định số 2056/QĐ-UBND về thành lập Phòng Khoa học công nghệ, dấu ấn là ứng dụng công nghệ thông tin, vận hành xây dựng đô thị thông minh, đã tạo hiệu quả. Quá trình thực hiện tổ chức chính quyền đô thị tại TPHCM theo Nghị quyết số 131/2020 và Nghị định số 33 cho đến nay về cơ bản không có sự phân biệt đáng kể giữa Thành phố Thủ Đức và các quận ngoài sự hiện diện của Hội đồng nhân dân Thành phố Thủ Đức<sup>11</sup>.

Ủy ban nhân dân TPHCM cũng có cơ chế phân công các lãnh đạo sở ngành hình thành tổ công tác để hỗ trợ Thủ Đức đẩy nhanh các nhiệm vụ. Ví dụ ở lĩnh vực quy hoạch, TPHCM giao Giám đốc Sở Quy hoạch và Kiến trúc thường xuyên phối hợp với Tp. Thủ Đức rà soát tất cả vấn đề quy hoạch để có giải pháp, phương án khả thi. Liên quan bồi thường giải phóng mặt bằng, thành phố giao Giám đốc Sở Tài nguyên và Môi trường có tổ công tác đặc biệt hỗ trợ Thủ Đức giải quyết các vấn đề liên quan. Như vậy, thay vì lãnh

đạo Thủ Đức phải đi lên các sở, ở đây các lãnh đạo sở, ngành cùng đi xuống, cùng chia sẻ với địa phương...<sup>12</sup>.

Tuy nhiên, sau gần 2 năm hoạt động với vai trò “thành phố thuộc thành phố”, đã bộc lộ một số bất cập như:

- Công tác tiếp dân, nhận các hồ sơ thủ tục của doanh nghiệp và người dân diễn ra ở ba khu vực là 3 quận cũ trước đây, vẫn duy trì 3 điểm tiếp công dân và giải quyết thủ tục hành chính. Thủ tục hành chính chậm, tỷ lệ giải quyết hồ sơ hành chính đúng hạn chưa đạt mục tiêu. Trong đó, tỷ lệ giải quyết hồ sơ đúng hạn thấp, nhất là tập trung vào các thủ tục đất đai. Chỉ trong 6 tháng đầu năm 2022, riêng hồ sơ về thủ tục đất đai, các chi nhánh văn phòng đăng ký thuộc Sở Tài nguyên - Môi trường đã tiếp nhận là 44.500 hồ sơ, dù các cơ quan chức năng đã nỗ lực xử lý nhưng việc giải quyết nhóm thủ tục này còn chậm<sup>13</sup>.

Trong khi khối lượng công việc tăng nhiều lần nhưng việc phải giảm biên chế theo đề án về Thành lập thành phố Thủ Đức đã được phê duyệt gây áp lực rất lớn lên công tác tổ chức bộ máy và nhân sự. Đặc thù của Thành phố Thủ Đức - đơn vị hành chính “cấp huyện khổng lồ” với tổng cộng 34 đơn vị hành chính cấp xã, số lượng công việc của 3 quận nhưng biên chế lại giảm, từ đó làm giảm hiệu lực, hiệu quả của bộ máy hành chính thành phố thuộc TPHCM<sup>14</sup>.

- Số lượng cán bộ, công chức, viên chức giảm: năm 2021 thành phố Thủ Đức đã giảm

<sup>10</sup> <https://danso.org/viet-nam/>.

<sup>11</sup> Báo cáo số 128/BC-UBND của Ủy ban nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh ngày 15/7/2022 Sơ kết 01 năm thực hiện tổ chức chính quyền đô thị tại Thành phố Hồ Chí Minh theo Nghị quyết số 131/2020/QH14 của Quốc hội và Nghị định số 33/2021/NĐ-CP của Chính phủ.

<sup>12</sup> Hữu Công, Bí thư Thủ Đức: Thành phố cần nhiều thẩm quyền để phát triển; Nguồn: <https://vnexpress.net/bi-thu-thu-duc-thanh-pho-can-nhieu-tham-quyen-de-phat-trien-4407189.html>.

<sup>13</sup> Văn Sơn- Ngô Tùng, Thành phố Thủ Đức quá tải hồ sơ đất đai, <https://tienphong.vn/thanh-pho-thu-duc-qua-tai-ho-so-dat-dai-post1449569.tpo>.

<sup>14</sup> Phan Hải Hồ (2021), *Phân cấp, ủy quyền tổ chức chính quyền đô thị thành phố Hồ Chí Minh*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 10, tr. 63.

từ 631 biên chế xuống 585 biên chế và năm 2022 phải giảm gần 130 nhân sự<sup>15</sup>. Số lượng biên chế hành chính của UBND Thành phố

Thủ Đức 459 người vào cuối năm 2022 theo Đề án số 591/ĐA-CP, nhưng thực tế hiện nay có 565.

	UBND Thành phố Thủ Đức	Cơ quan Đảng	UBMTTQ và các Đoàn thể	Đơn vị sự nghiệp công lập thuộc Thành ủy Thủ Đức	Đơn vị sự nghiệp công lập thuộc UBND Thành phố Thủ Đức
Số lượng biên chế	565	92	76	30	60

Theo quy định hiện hành, UBND thành phố Thủ Đức có 03 Phó Chủ tịch UBND<sup>16</sup> và 13 cơ quan chuyên môn có không quá 03 Phó Trưởng phòng. Với quy định này, chưa phù hợp tình hình thực tế quản lý nhà nước tại thành phố Thủ Đức, vì khối lượng của mỗi vị trí việc làm là rất lớn do quy mô dân số hơn 1,1 triệu dân (chưa kể khoảng 400 đến 500 ngàn người tạm trú), 34 đơn vị hành chính cấp phường, 600 cơ sở giáo dục, 154 cơ sở tín ngưỡng, 285 cơ sở tôn giáo, trên địa bàn Thành phố Thủ Đức đã và đang triển khai 300 dự án. Rõ ràng Thành phố Thủ Đức hiện nay rất đặc biệt, mang quy mô cấp tỉnh hơn là đơn vị hành chính “cấp huyện”. Việc thành lập Thành phố Thủ Đức không nên chỉ thay đổi một cách cơ học về địa giới hành chính và tên gọi mà chưa có những thẩm quyền đặc thù, chưa phù hợp quy luật phát triển của các đô thị lớn trong siêu đô thị là TPHCM. Kể cả cơ chế phân cấp, ủy quyền chỉ là phương án tạm thời từng chính sách chứ không phải phương án lâu dài.

Mặc dù đã có một số quy định mới đặc thù cho chính quyền đô thị ở TPHCM so với

các địa phương như: áp dụng một cấp chính quyền, hai cấp hành chính, áp dụng chế độ thủ trưởng cho người đứng đầu cơ quan hành chính quận và phường, giao thêm quyền chủ động cho chính quyền TPHCM trong việc phân định thẩm quyền cho Ủy ban nhân dân hai cấp dưới... Nhưng với khung pháp lý hiện nay và dự thảo này, qua hơn 1,5 năm hình thành, chính quyền Thành phố Thủ Đức vẫn là “cấp huyện”, chưa có sự đột phá, thậm chí các thủ tục hành chính tại Thành phố Thủ Đức kéo dài thời gian hơn so với trước khi sáp nhập; chưa có sự phân cấp, phân quyền, ủy quyền mang tính chất “thay đổi” về quyền quản lý; chưa có cơ chế đột phá phát huy tính chất “đô thị”.

Vì vậy, để Thành phố thuộc thành phố trở thành một cú hích pháp lý và phát triển đúng với nhiệm vụ, mục tiêu mà khi thành lập đã kỳ vọng thì cần thí điểm có những thay đổi lớn dựa trên lý thuyết về tổ chức chính quyền đô thị, vì đây là đơn vị Thành phố thuộc TP.TTTU duy nhất hiện nay, gánh vác không chỉ trọng trách là một đô thị vệ tinh của vùng đô thị TPHCM, là một cực tăng trưởng mạnh

<sup>15</sup> Báo cáo số 582/BC-UBND ngày 30/12/2021 của Ủy ban nhân dân thành phố Thủ Đức báo cáo kết quả thực hiện phát triển kinh tế - xã hội, đảm bảo quốc phòng - an ninh năm 2021 và nhiệm vụ, giải pháp trọng tâm năm 2022.

<sup>16</sup> Luật Tổ chức chính quyền địa phương ngày 22/11/2019 và khoản 4 Điều 1 Nghị quyết số 131/2020/QH14 ngày 16/11/2020 của Quốc hội về tổ chức chính quyền đô thị tại Thành phố Hồ Chí Minh, quy định “Việc tổ chức chính quyền địa phương ở huyện, thành phố, xã, thị trấn của Thành phố được thực hiện theo quy định của Luật Tổ chức chính quyền địa phương”, theo đó cơ cấu tổ chức của Ủy ban nhân dân thành phố Thủ Đức hiện có 03 Phó Chủ tịch Ủy ban nhân dân thành phố.



mẽ để thúc đẩy vai trò đầu tàu kinh tế phía Nam, mà còn phải gánh trách nhiệm chứng minh về tính hiệu quả của mô hình đơn vị hành chính lãnh thổ thành phố thuộc thành phố trên cả nước, trong bối cảnh nhiều quy định của pháp luật về chính quyền đô thị còn nhiều khoảng trống và vướng mắc.

### 6. Một số kiến nghị

Các TP/TTU đóng vai trò đầu tàu của sự phát triển, tạo động lực phát triển cho toàn vùng và đất nước. Để thực hiện tốt vai trò này, cần thiết phải tích cực tạo tiền đề để thành lập các thành phố trực thuộc. Thực tiễn cho thấy, đô thị hóa càng mạnh mẽ, việc kiểm soát xã hội càng khó khăn, những bất cập về quản lý ở các đô thị lớn bộc lộ nhiều. Vì vậy, cần có chính sách đặc thù để điều phối, vận hành theo hướng chuyên môn hóa và phát triển như một đô thị đặc thù.

Theo đó, cần nghiên cứu khắc phục mô hình phát triển đô thị theo mô thức “vết dầu loang”, thúc đẩy hướng phát triển các hệ thống “đô thị vệ tinh” ở cấp độ thành phố. Hình thành chuẩn hệ thống các “đô thị vệ tinh” vừa giải tỏa áp lực cho “đô thị lõi”, vừa tạo nên các tiểu vùng phát triển, tạo động lực lan tỏa cho toàn thành phố, toàn khu vực<sup>17</sup>. Với pháp luật hiện hành, thành phố thuộc TP/TTU mà phát triển như kỳ vọng nếu không có cơ chế, chính sách đặc thù, cụ thể:

*Thứ nhất*, cần ban hành một Nghị quyết riêng của Quốc hội về thí điểm cơ chế, chính sách đặc thù cho thành phố thuộc TP/TTU, Nghị quyết này sẽ chi tiết nhiều hơn các nội dung thí điểm, và có thể sẽ phải sửa đổi, bổ sung nhiều lần nên ban hành độc lập thì phù hợp hơn. Trong tương lai, cần ban hành Luật về Chính quyền đô thị để từng địa phương “lên đô thị” không phải thực hiện thủ tục xin cơ chế đặc thù, trung ương không phải giải quyết từng trường hợp đơn lẻ.

*Thứ hai*, ban hành tiêu chí phân biệt Thành phố thuộc tỉnh và Thành phố thuộc TP/TTU. Đối với thành phố thuộc TP/TTU cần nâng quy mô dân số từ 150.000 người lên thành 300.000 người trở lên; tỷ lệ số phường trên tổng số đơn vị hành chính cấp xã nâng từ 65% lên trên 75% để tránh tình trạng nông thôn trong đô thị; trình độ phát triển đô thị nên từ loại II trở lên (không có loại III). Đồng thời, bổ sung quy định đặc thù về đô thị vệ tinh, để có khung pháp lý chung cho các đô thị tương tự Thành phố Thủ Đức trong tương lai, đây cũng chính là sự đa dạng hóa các mô hình tổ chức chính quyền địa phương trong một quốc gia.

*Thứ ba*, cho phép thành phố thuộc TP/TTU thí điểm thành lập các trung tâm sự nghiệp công lập tự chủ tài chính như Trung tâm phát triển quỹ đất, Trung tâm quản lý hạ tầng đô thị... để quản lý toàn bộ hệ thống hạ tầng kỹ thuật trên địa bàn và địa phương sẽ thành lập một trung tâm để quản lý. Khi đó, tất cả vấn đề hạ tầng được tập trung về một đầu mối, thay vì việc duy tu, bảo dưỡng đường do Sở Giao thông Vận tải phụ trách, lĩnh vực công viên cây xanh, thoát nước do Sở Xây dựng, rồi xử lý rác thải do Sở Tài nguyên và Môi trường... như hiện nay.

*Thứ tư*, cần sửa đổi các văn bản liên quan theo hướng “Biên chế công chức làm việc tại UBND phường thuộc biên chế công chức của UBND quận, UBND thành phố thuộc TP/TTU và do UBND phân bổ, quản lý, sử dụng. Hội đồng nhân dân TP/TTU quyết định biên chế hành chính, số lượng người làm việc tại các đơn vị sự nghiệp công lập trên địa bàn Thành phố trên cơ sở phù hợp tình hình thực tế tại địa phương. Việc quyết định số lượng biên chế phải gắn tình gắn biên chế với việc cơ cấu lại và nâng cao chất lượng đội ngũ công chức trong các cơ quan, tổ chức” ■

<sup>17</sup> Lê Minh Thông, [https://www.tapchicongsan.org.vn/media-story/-/asset\\_publisher/V8hnp4dK31Gf/content/mot-so-van-de-ly-luan-ve-mo-hinh-to-chuc-thanh-pho-thuoc-thanh-pho-truc-thuoc-trung-uong](https://www.tapchicongsan.org.vn/media-story/-/asset_publisher/V8hnp4dK31Gf/content/mot-so-van-de-ly-luan-ve-mo-hinh-to-chuc-thanh-pho-thuoc-thanh-pho-truc-thuoc-trung-uong).

