ISSN 1859 - 2953
www.nclp.org.vn

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

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

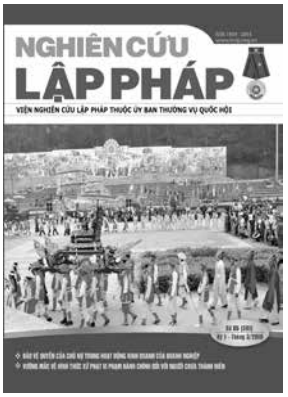
Số 05 (381)
Kỳ 1 - Tháng 3/2019

- BẢO VỆ QUYỀN CỦA CHỦ NỢ TRONG HOẠT ĐỘNG KINH DOANH CỦA DOANH NGHIỆP
- VƯỚNG MẮC VỀ HÌNH THỨC XỬ PHẠT VI PHẠM HÀNH CHÍNH ĐỐI VỚI NGƯỜI CHƯA THÀNH NIÊN

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

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



Mục lục Số 5/2019

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

3 Sự phù hợp của chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng với đề nghị giao kết hợp đồng từ cách tiếp cận so sánh và một số kiến nghị sửa đổi Bộ luật dân sự 2015
TS. Hồ Ngọc Hiển

10 Vị trí của quy phạm jus cogens và Hiến chương Liên hiệp quốc trong nguồn của luật quốc tế
TS. Trịnh Thị Hải Yến - ThS. Tăng Minh Thanh Thảo

20 Mối quan hệ giữa lập pháp và hành pháp trong chính thể cộng hòa hỗn hợp
ThS. Nguyễn Mạnh Hùng - ThS. Nguyễn Mai Anh

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

28 Bảo vệ quyền của chủ nợ trong hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp
TS. Nguyễn Thị Lan Hương

36 Hoàn thiện pháp luật về quyền tự do liên kết và thương lượng tập thể của người lao động khi thực thi CPTPP
TS. Đào Mộng Điệp

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

47 Vướng mắc về hình thức xử phạt vi phạm hành chính đối với người chưa thành niên
TS. Cao Vũ Minh

53 Phát hiện, xử lý các vụ án tham ô tài sản: thực trạng và giải pháp pháp khắc phục hạn chế, bất cập
ThS. Nguyễn Thị Hương

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

59 Phán quyết trọng tài phi chính thức: Quy định của pháp luật Italia, thực tiễn thi hành tại Đức và một số đề xuất cho Việt Nam
ThS. Lê Nguyễn Gia Thiện
ThS. Lê Nguyễn Gia Thuận

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:
TS. NGUYỄN ĐÌNH QUYỀN (CHỦ TỊCH)
TS. NGUYỄN VĂN GIÀU
PGS. TS. NGUYỄN THANH HẢI
PGS. TS. ĐINH VĂN NHÃ
PGS. TS. LÊ BỘ LĨNH
TS. NGUYỄN VĂN LUẬT
PGS. TS. HOÀNG VĂN TÚ
TS. NGUYỄN VĂN HIỀN
PGS. TS. NGÔ HUY CƯƠNG
TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:
TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

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

THIẾT KẾ:
BÙI HUYỀN

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:
Số 438/GP-BTTTT NGÀY 29-10-2013
CỦA BỘ THÔNG TIN VÀ TRUYỀN THÔNG

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO
HÀ NỘI: 0243.2121202

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

MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN HÀ NỘI

GIÁ: 25.000 ĐỒNG

Ảnh bìa: *Lễ hội Đền Hùng*
Ảnh: *ST*

LEGISLATIVE
STUDIES
www.nclp.org.vn
INSTITUTE FOR LEGISLATIVE STUDIES UNDER THE STANDING COMMITTEE OF THE NATIONAL ASSEMBLY OF THE S.R. VIETNAM

Legis No 5/2019

STATE AND LAW

3 The Appropriateness of Acceptance of a Contract Offer with Contract Offer under the Approach of Comparative Laws and Recommendations to Amendments of the Civil Code of 2015
Dr. Ho Ngoc Hien

10 The Position of the Norm of Jus Cogens and the United Nations Charter in the Sources of International Laws
Dr. Trinh Thi Hai Yen
LLM. Tang Minh Thanh Thao

20 The Relationship between Legislative and Executive in Institution of Semi-presidential Regime
LLM. Nguyen Manh Hung
LLM. Nguyen Mai Anh

DISCUSSION OF BILLS

28 Protection of the Rights of Creditors in Enterprises Activities
Dr. Nguyen Thi Lan Huong

36 Recommended Improvements of Legal Regulations on Freedom of Association and Collective Bargaining for CPTPP Enforcement.
Dr. Dao Mong Diep

LEGAL PRACTICE

47 Shortcoming in the Sanctions to Juveniles for Administrative Violations.
Dr. Cao Vu Minh

53 Recognition and Dealing with acts of embezzlement of property: Practices and Recommendations for Shortcomings
LLM. Nguyen Thi Huong

FOREIGN EXPERIENCE

59 Informal Arbitral Award: Regulations of Italian Law, Practical Enforcement in Germany and Recommendations for Vietnam
LLM. Le Nguyen Gia Thien
LLM. Le Nguyen Gia Thuan

EDITORIAL BOARD:

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

CHEF EDITOR IN CHARGE:
TS. NGUYEN HOANG THANH

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

DESIGN:
BUI HUYEN

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

DISTRIBUTION
HA NOI: 0243.2121202

ACCOUNT NUMBER:
0991000023097
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY HANOI PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 25.000 VND

SỰ PHÙ HỢP CỦA CHẤP NHẬN ĐỀ NGHỊ GIAO KẾT HỢP ĐỒNG VỚI ĐỀ NGHỊ GIAO KẾT HỢP ĐỒNG TỪ CÁCH TIẾP CẬN SO SÁNH VÀ MỘT SỐ KIẾN NGHỊ SỬA ĐỔI BỘ LUẬT DÂN SỰ 2015

Hồ Ngọc Hiển*
* TS. Khoa Luật, Học viện Khoa học xã hội.

Thông tin bài viết:
Từ khóa: đề nghị giao kết hợp đồng; chấp nhận đề nghị giao kết; nguyên tắc "hình ảnh phản chiếu"; đề nghị giao kết hợp đồng mới.
Lịch sử bài viết:
Nhận bài : 18/02/2019
Biên tập : 08/03/2019
Duyệt bài : 15/03/2019

Tóm tắt:
Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng là sự đồng ý toàn bộ đối với đề nghị giao kết hợp đồng hay chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng có các sửa đổi, bổ sung so với đề nghị giao kết hợp đồng đang là hai xu hướng áp dụng trong thực hiện pháp luật về hợp đồng. Từ thực tiễn pháp luật quốc tế, bài viết đưa ra các kiến nghị sửa đổi Bộ luật Dân sự năm 2015 của Việt Nam.

Article Infomation:
Keywords: contract offer; acceptance of contract offer; the mirror image rule; counter- offer;
Article History:
Received : 18 Feb. 2019
Edited : 08 Mar. 2019
Approved : 15 Mar. 2019

Abstract
Two existing approaches towards qualifying a valid acceptance in contract law are whether such acceptance must exactly correspond with the contract contained in the offer or it can partly amend, supplement such offer. Based on international law practices, recommendations for amendments of the Civil Code of 2015 are also made in this article.

Dẫn nhập

Trên cơ sở nguyên tắc tự do hợp đồng, khi nhận được đề nghị giao kết hợp đồng (offer), bên được đề nghị giao kết có quyền chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng hoặc không chấp nhận đề nghị đó. Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng (acceptance) biểu thị sự đồng ý của bên được đề nghị đối với đề nghị giao kết hợp đồng, do đó, chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng phải phù hợp với đề nghị giao kết hợp đồng.

Vấn đề đặt ra là sự phù hợp đó có phải là sự đồng ý toàn bộ và vô điều kiện đối với đề nghị giao kết hợp đồng hay không? Trả lời câu hỏi này sẽ dẫn tới hai cách tiếp cận khác nhau về chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng: 1) chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng phải là sự đồng ý *toàn bộ* đối với đề nghị giao kết hợp đồng; 2) chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng có thể chứa đựng các sửa đổi, bổ sung không làm thay đổi cơ bản các nội dung của đề nghị giao kết hợp đồng.

1. Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng là sự đồng ý toàn bộ đối với đề nghị giao kết hợp đồng

Theo định nghĩa của Bộ Từ điển luật học Black's Law Dictionary: "Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng được hiểu là sự đồng ý của bên được đề nghị đối với các điều khoản của đề nghị giao kết hợp đồng của bên đề nghị, một cách rõ ràng hoặc ngầm định bằng hành vi, theo hình thức được thừa nhận hoặc theo yêu cầu của bên đề nghị, theo đó hợp đồng được xác lập và ràng buộc các bên. Nếu một chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng có sửa đổi các điều khoản hoặc bổ sung các điều khoản mới, nó thường là một đề nghị giao kết hợp đồng mới"[1].

Theo định nghĩa này, về bản chất, chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng là sự đồng ý của bên được đề nghị đối với đề nghị giao kết hợp đồng. Về hình thức, chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng có thể dưới hình thức rõ ràng (bằng văn bản hoặc bằng lời nói) hoặc bằng hành vi cụ thể trong những trường hợp nhất định. Về nội dung, chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng phải phù hợp với đề nghị giao kết hợp đồng. Một thông báo chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng có chứa đựng những sửa đổi, bổ sung so với đề nghị giao kết hợp đồng thường không được coi là chấp nhận mà là một đề nghị mới. Đây cũng là nhận thức được thừa nhận bởi nhiều công trình khoa học về luật hợp đồng cũng như được ghi nhận tại nhiều đạo luật của các nước, các công ước và văn kiện có tính quốc tế về hợp đồng[2].

Pháp luật về hợp đồng của nhiều quốc gia quy định chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng phải là sự đồng ý *toàn bộ* đối với đề nghị giao kết hợp đồng. Một biểu thị trả lời chấp nhận đề nghị nhưng chứa đựng bất kỳ sự sửa đổi, bổ sung nào so với đề nghị giao kết hợp đồng được coi là từ chối và cấu thành một đề nghị mới.

Theo pháp luật của Anh và Hoa Kỳ, chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng "là biểu thị sự đồng ý đối với các điều khoản theo đề nghị của bên đề nghị giao kết hợp đồng"[3], là "sự biểu thị đồng ý dứt khoát và vô điều kiện đối với đề nghị giao kết hợp đồng"[4].

Mô hình này về chấp nhận giao kết hợp đồng được gọi là quy tắc "hình ảnh phản chiếu" (the mirror image rule) đối với thiết lập hợp đồng. Theo đó, nếu bên được đề nghị chấp nhận toàn bộ điều khoản của đề nghị giao kết hợp đồng, hợp đồng sẽ được giao kết; nếu bên được đề nghị không chấp nhận tất cả các điều khoản được đề xuất, đề nghị giao kết bị từ chối; nếu bên được đề nghị không từ chối toàn bộ các điều khoản, nhưng có đề nghị một số thay đổi các điều khoản đó, kết quả là một đề nghị mới được thiết lập[5]. Quy tắc "hình ảnh phản chiếu" được tóm tắt bởi Tòa án tối cao của bang Minnesota trong vụ Langellie v. Shaefer, 36 Minn. 361, 363 (1887): "Một đề nghị giao kết hợp đồng bởi bên đề nghị đối với bên được đề nghị không ràng buộc nghĩa vụ đối với bên đề nghị, trừ khi nó được chấp nhận bởi bên được đề nghị theo các điều khoản của đề nghị giao kết hợp đồng. Bất kỳ sửa đổi nào so với các điều khoản đó sẽ làm đề nghị giao kết mất hiệu lực (...). Sẽ không có thỏa thuận, ngoại trừ trường hợp có câu trả lời chấp nhận đơn giản đối với đề nghị giao

1 Bryan A. Garner (editor in chief) Black's Law Dictionary, 9th edition, p.13

2 Xem BLDS CHLB Nga: Điều 438; Luật Hợp đồng Trung Quốc: Điều 21, 22, 30, Bộ nguyên tắc Châu Âu về luật hợp đồng: Điều 2:204; Công ước Viên 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế: Điều 18 (1), 19; Bộ nguyên tắc của UNIDROIT về hợp đồng thương mại quốc tế, 2016: Điều 2.1.6 (1).

3 (§50 (1), Restatement of Law, contract, second, (American Law Institute)

4 Ewan McKendrick, Contract Law-Text, Cases and Materials, fifth edition, Oxford University Press, 2012, p. 80-85; Jan M. Smits, Contract Law - A Comparative Introduction, Edward Elgar, 2014, p. 55

5 John Swan, Barry J. Reiter, Nicholas C. Bala, Contracts- Cases, Notes &Materials 7th Edition, LexisNexis Butterworths, 2006, p. 415-418.

kết hợp đồng mà không kèm bất kỳ điều khoản mới nào"[6].

Đối với hệ thống pháp luật Châu Âu lục địa và các nước chịu ảnh hưởng của hệ thống pháp luật này, nguyên tắc này được quy định tại hầu hết các đạo luật trong đó chủ yếu là các bộ luật dân sự.

Bộ luật Dân sự (BLDS) Cộng hòa Liên bang Đức không đưa ra khái niệm về chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng, tuy nhiên, nguyên tắc này được khẳng định tại khoản 2 Điều 150: "một chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng kèm theo những mở rộng, giới hạn hoặc các thay đổi khác được coi là từ chối đề nghị giao kết hợp đồng và cấu thành một đề nghị mới"[7].

BLDS của Pháp trước đây không đưa ra khái niệm về chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng (cũng như không đưa ra khái niệm đề nghị giao kết hợp đồng). Quy định về chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng được phát triển bởi án lệ. Tuy nhiên, trong lần sửa đổi BLDS năm 2016, các nhà làm luật Pháp đã đưa ra khái niệm về đề nghị giao kết hợp đồng và chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng tại các Điều L.1113 đến L.1121[8]. Theo đó, "chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng là sự biểu lộ ý chí của bên nhận được lời đề nghị giao kết, nhằm ràng buộc với các điều kiện của lời đề nghị […]. Lời chấp nhận không trùng khớp với lời đề nghị sẽ không có hiệu lực, và tạo thành lời đề nghị mới (Điều L.1118).

Pháp luật của Cộng hòa Liên bang Nga ghi nhận nguyên tắc này tại khoản 1, Điều 438 BLDS: "Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng là sự trả lời của bên được đề nghị giao kết hợp đồng về việc đề nghị giao kết hợp đồng được chấp nhận. Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng là chấp nhận toàn bộ và vô điều kiện"[9].

Như vậy, theo cách tiếp cận truyền thống được thừa nhận rộng rãi, chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng phải phù hợp hoàn toàn với đề nghị giao kết hợp đồng. Một biểu thị đồng ý với đề nghị giao kết hợp đồng nhưng có kèm theo các sửa đổi, bổ sung so với đề nghị giao kết hợp đồng được coi là từ chối và cấu thành đề nghị mới. Cách tiếp cận này hướng đến bảo đảm cao nhất sự thống nhất ý chí giữa các chủ thể của hợp đồng.

2. Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng có các sửa đổi, bổ sung so với đề nghị giao kết hợp đồng

Xuất phát từ thực tiễn, đặc biệt là thực tiễn kinh doanh thương mại, một số BLDS và văn kiện quốc tế về luật hợp đồng được xây dựng vào giai đoạn sau này có cách tiếp cận khác biệt[10]. Theo đó, mặc dù vẫn quy định về nguyên tắc, chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng phải phù hợp với các điều khoản của đề nghị giao kết hợp đồng, tuy nhiên, trong trường hợp một biểu thị trả lời đồng ý kèm theo những điều khoản sửa đổi, bổ sung so với đề nghị giao kết hợp đồng, với một số điều kiện nhất định, sẽ là một chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng.

Trong Luật Nghĩa vụ của Thuỵ Sĩ , Điều 2 quy định[11]: 1) Nếu các bên thống nhất với nhau về tất cả các điểm cơ bản, hợp đồng xem như được ký kết, ngay cả khi một số điểm không cơ bản được bảo lưu; 2) Trong

6 Randy E. Barnett, Contract-Cases and Doctrine, 4th Edition, Aspen Publishers, 2008, p. 335

7 https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0450

8 BLDS Pháp (sửa đổi, bổ sung năm 2016). Xem: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=F-91C5A9708700430F947084747696538.tplgfr27s_3?idSectionTA=LEGISCTA000032007103&cidTexte=LEGITEX-T000006070721&dateTexte=20181231

9 BLDS Cộng hòa Liên bang Nga, xem: http://www.russian-civil-code.com/PartI/SectionIII/Subsection2/Chapter28.html

10 Alonso-Pérez Maria-Teresa. Contre-offre versus acceptation modifiée. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 66 N°1, 2014, tr. 57.

11 Luật Nghĩa vụ Thuỵ Sĩ năm 1911, xem: https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19110009/index.html, truy cập ngày 12/12/2018.

trường hợp không có sự thống nhất giữa các bên về các điểm không cơ bản, thẩm phán phán quyết về các điểm này căn cứ vào bản chất của vụ việc.

Trong BLDS của Hà Lan, khoản 1 và 2 Điều 6:225 quy định: (1) Một chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng có chứa đựng những điều khoản sửa đổi, bổ sung, là một đề nghị giao kết hợp đồng mới và là một từ chối đối với đề nghị ban đầu; (2) Trường hợp một câu trả lời với ý định chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng có chứa những sửa đổi, bổ sung về những điều khoản không quan trọng của đề nghị giao kết hợp đồng, trả lời đó là một chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng có hiệu lực và hợp đồng được xác lập với các điều khoản của chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng, trừ khi bên đề nghị phản đối ngay lập tức những điều khoản sửa đổi, bổ sung đó.

Theo Luật Hợp đồng của Trung Quốc năm 1999, nội dung của chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng phải phù hợp với nội dung của đề nghị giao kết hợp đồng. Nếu bên được đề nghị đề xuất các thay đổi cơ bản đối với nội dung, chấp nhận này sẽ trở thành một đề nghị giao kết hợp đồng mới.

Ở Hoa Kỳ, quy tắc "hình ảnh phản chiếu" được thừa nhận rộng rãi, tuy nhiên, Điều 2-207 Bộ luật Thương mại thống nhất (UCC) áp dụng cho hợp đồng mua bán hàng hóa đã thay đổi quy tắc này[12], theo đó:

(1) Một sự biểu thị chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng hợp lý và xác định hoặc một xác nhận bằng văn bản được gửi trong một thời hạn hợp lý, được coi là chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng ngay cả khi nó chứa đựng các điều khoản bổ sung hoặc khác biệt so với các điều khoản của đề nghị giao kết hợp đồng, ngoại trừ trường hợp chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng thể hiện rõ điều kiện bên đề nghị đồng ý với các điều khoản bổ sung hoặc khác biệt đó.

(2) Điều khoản bổ sung được hiểu là đề xuất bổ sung đối với hợp đồng. Giữa các thương nhân, các điều khoản bổ sung đó trở thành nội dung của hợp đồng trừ khi:

(a) Đề nghị giao kết hợp đồng xác định giới hạn của chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng đối với đề nghị giao kết hợp đồng;

(b) Các điều khoản bổ sung đó thay đổi cơ bản nội dung của đề nghị giao kết hợp đồng;

(c) Thông báo phản đối các điều khoản bổ sung này đã được gửi trong một thời hạn hợp lý sau khi bên đề nghị nhận được thông báo về điều khoản bổ sung.

(3) Hành vi của hai bên thừa nhận hợp đồng là đủ để thiết lập hợp đồng dù các văn bản của các bên không thể hiện hợp đồng đã được xác lập. Trong trường hợp đó, các điều khoản cụ thể của hợp đồng sẽ bao gồm các điều khoản mà các bên đã thỏa thuận bằng văn bản và các điều khoản bổ sung theo các quy định khác của Đạo luật này.

Bộ nguyên tắc của UNIDROIT về hợp đồng thương mại quốc tế, phiên bản năm 2016, tại Điều 2.1.11. quy định:

(1) Một phúc đáp đối với đề nghị giao kết hợp đồng có khuynh hướng chấp nhận đề nghị nhưng chứa đựng các bổ sung, giới hạn hoặc các sửa đổi khác là từ chối đề nghị giao kết hợp đồng và cấu thành một đề nghị giao kết hợp đồng mới (counter-offer);

(2) Tuy nhiên, một phúc đáp đối với đề nghị giao kết hợp đồng có khuynh hướng chấp nhận đề nghị nhưng chứa đựng các bổ sung, giới hạn hoặc các sửa đổi khác mà không làm biến đổi một cách cơ bản các điều khoản của đề nghị giao kết hợp đồng sẽ là một chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng, ngoại trừ trường hợp bên đề nghị phản đối một cách không chậm trễ những khác biệt đó. Nếu bên đề nghị không phản đối, hợp đồng sẽ bao gồm các điều khoản của đề nghị giao kết hợp đồng và các khác biệt

12 John D. Calamri, Joseph M. Perillo, The Law of Contract, 4th Edition, West Publishing Co, 1998, p. 96-97

trong chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng[13].

Theo Bộ nguyên tắc Châu Âu về luật hợp đồng[14], khoản 1 Điều 2:204 quy định: "Bất kỳ hình thức tuyên bố hoặc hành vi của bên được đề nghị là một chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng nếu nó biểu thị sự đồng ý đối với đề nghị giao kết hợp đồng".

Tuy nhiên, Điều 2:208 Bộ nguyên tắc Châu Âu về luật hợp đồng quy định về chấp nhận giao kết hợp đồng kèm theo các bổ sung, sửa đổi như sau:

(1) Một phúc đáp của bên được đề nghị giao kết hợp đồng chứa đựng những điều khoản khác biệt hoặc bổ sung làm biến đổi một cách cơ bản nội dung của đề nghị giao kết hợp đồng là một từ chối đề nghị giao kết hợp đồng và trở thành một đề nghị giao kết mới;

(2) Một phúc đáp thể hiện sự đồng ý rõ ràng đối với đề nghị giao kết hợp đồng được coi là chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng ngay cả khi nó thể hiện rõ hoặc ngụ ý những điều khoản khác biệt hoặc bổ sung, miễn là không làm thay đổi một cách cơ bản các điều khoản của đề nghị giao kết hợp đồng. Các điều khoản khác biệt hoặc bổ sung đó sẽ trở thành nội dung của hợp đồng.

(3) Một chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng có các bổ sung hoặc khác biệt như vậy sẽ là một từ chối đề nghị giao kết hợp đồng nếu:

(a) Đề nghị giao kết hợp đồng xác định giới hạn rõ ràng cho việc chấp nhận đề nghị; hoặc

(b) Bên đề nghị phản đối ngay lập tức các điều khoản bổ sung hoặc khác biệt đó; hoặc

(c) Bên được đề nghị thể hiện trong chấp nhận đề nghị điều kiện cần có sự đồng ý của bên đề nghị đối với những điều khoản khác biệt hoặc bổ sung so với đề nghị giao kết hợp đồng và sự đồng ý đó không đến bên được đề nghị trong một khoảng thời gian hợp lý.

Tuy nhiên, Ủy ban Luật hợp đồng Châu Âu thừa nhận quy định này không phản ánh pháp luật hiện hành của nhiều nước Châu Âu "hầu hết các hệ thống pháp luật (của các quốc gia Châu Âu) không có các quy định phù hợp với Điều 2: 208 (2) và (3). Nhiều quốc gia cho rằng (…) những sửa đổi dù không cơ bản trong trả lời của bên được đề nghị sẽ làm cho hợp đồng không được xác lập…[15].

Như vậy, thông qua việc phân tích quy định pháp luật của một số quốc gia và của một số văn kiện có tính quốc tế, khu vực về hợp đồng nêu trên, có thể thấy, một xu hướng khác về sự phù hợp giữa chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng và đề nghị giao kết hợp đồng đã được thừa nhận, đó là, *chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng, với một số điều kiện cụ thể, có thể chứa đựng những điều khoản sửa đổi, bổ sung so với đề nghị giao kết hợp đồng.*

Tuy nhiên, những khác biệt giữa chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng và đề nghị giao kết hợp đồng phải là không cơ bản, không làm thay đổi các điều khoản cơ bản của đề nghị giao kết hợp đồng và bên đề nghị không phản đối ngay lập tức (hoặc trong một thời hạn hợp lý) những sửa đổi, bổ sung đó.

Vậy, những sửa đổi, bổ sung nào sẽ làm thay đổi cơ bản nội dung của đề nghị giao kết hợp đồng? Pháp luật của một số nước và một số văn kiện quốc tế như Luật Hợp đồng Trung Quốc 1999 hoặc Công ước Viên 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế quy định rõ những sửa đổi, bổ sung nào là thay đổi cơ bản. Bên cạnh đó, pháp luật một số quốc gia và văn kiện về hợp đồng khác lại chỉ quy định khái quát

13 https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf (p. 50)
14 https://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/doc.html#119
15 Ole Lando & Hugh Beale, Principles of European Contract Law, Part I & II (eds.2000, at 180).

mang tính định tính. Việc xác định những điều khoản sửa đổi, bổ sung đó có làm thay đổi cơ bản đề nghị giao kết hợp đồng hay không tùy thuộc vào từng vụ việc cụ thể. Điều này được thể hiện trong bình luận của Bộ nguyên tắc của UNIDROIT về hợp đồng thương mại quốc tế. Theo đó, những điều khoản thay đổi một cách cơ bản được xác định tùy thuộc hoàn cảnh cụ thể của từng vụ việc. Những điều khoản thay đổi về giá cả hoặc phương thức thanh toán, thời gian và địa điểm thực hiện nghĩa vụ phi tiền tệ, phạm vi trách nhiệm, giải quyết tranh chấp sẽ thường là các thay đổi cơ bản đối với đề nghị giao kết hợp đồng. Một yếu tố được xem xét là những điều khoản thay đổi, bổ sung đó có được sử dụng phổ biến trong lĩnh vực thương mại có liên quan và do đó không gây bất ngờ cho bên đề nghị hay không[16].

Dù quy định cụ thể hay khái quát, cách tiếp cận mới về sự phù hợp giữa chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng với đề nghị giao kết hợp đồng, bên cạnh khẳng định nguyên tắc chung, thừa nhận ngoại lệ rằng, với những điều kiện nhất định, chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng có thể bao gồm những điều khoản khác biệt với đề nghị giao kết hợp đồng và hợp đồng được xác lập sẽ bao gồm các điều khoản khác biệt đó, ngoại trừ bên đề nghị phản đối ngay lập tức. Cách tiếp cận này thể hiện sự linh hoạt, mềm dẻo trong thực tiễn giao dịch dân sự và thương mại, phản ánh được ý chí thực của các bên mong muốn xác lập hợp đồng dù có những khác biệt không quan trọng so với ý chí ban đầu của bên đề nghị, đồng thời thúc đẩy việc giao kết hợp đồng được diễn ra nhanh chóng.

Bên cạnh đó, cũng cần lưu ý là, các hệ thống pháp luật đã nêu trên đều dành cho bên đề nghị quyền tự quyết định về việc hợp đồng có được xác lập hay không với các sửa đổi, bổ sung đó. Bên đề nghị có quyền phản đối những điều khoản sửa đổi, bổ sung này và do đó, hợp đồng không được xác lập. Tuy nhiên, với xu hướng thúc đẩy các hợp đồng được giao kết, quy định pháp luật và một số văn kiện về hợp đồng nêu trên đều tiếp cận theo hướng, bên đề nghị, nếu không đồng ý thì phải phản đối ngay lập tức các điều khoản sửa đổi, bổ sung đó, nếu không phản đối ngay lập tức, hợp đồng sẽ được xác lập và các điều khoản này sẽ là nội dung của hợp đồng.

3. Những gợi mở cho pháp luật hợp đồng của Việt Nam

Theo quy định của pháp luật Việt Nam, chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng là sự chấp nhận của bên được đề nghị đối với *toàn bộ* nội dung của đề nghị giao kết hợp đồng mà không có bất kỳ ngoại lệ nào (Khoản 1 Điều 293 BLDS năm 2015).

Tuy nhiên, xu hướng hiện nay được thể hiện trong các văn kiện pháp lý quốc tế về hợp đồng là chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng có thể chứa đựng các nội dung khác biệt với đề nghị giao kết hợp đồng, với điều kiện đây là nhưng khác biệt không mang tính căn bản so với nội dung của lời đề nghị giao kết. Trong bối cảnh Việt Nam đã gia nhập Công ước Viên 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế cũng như việc hội nhập quốc tế sâu rộng hơn, việc tiếp nhận những xu hướng mới trong lĩnh vực pháp luật về hợp đồng cũng cần được cân nhắc.

Vì vậy, chúng tôi cho rằng, Việt Nam cần cân nhắc sửa đổi quy định của BLDS năm 2015 về chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng theo hướng tiếp thu những kinh nghiệm của Luật Hợp đồng Trung Quốc năm 1999 và Công ước Viên 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế như đã nêu trên, theo hướng:

Thứ nhất, chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng biểu thị sự đồng ý đối với đề nghị giao kết hợp đồng và phải phù hợp với đề nghị giao kết hợp đồng. Trường hợp bên được đề nghị trả lời chấp nhận nhưng có

16 https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf (trang 50-51)

kèm theo các nội dung sửa đổi, bổ sung hay hạn chế làm thay đổi cơ bản đề nghị giao kết hợp đồng được coi là từ chối và tạo thành một đề nghị giao kết hợp đồng mới.

Thứ hai, trường hợp bên được đề nghị trả lời chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng nhưng có kèm theo các sửa đổi, bổ sung hay hạn chế nhưng không làm thay đổi cơ bản đề nghị giao kết hợp đồng được coi là chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng, trừ khi bên đề nghị giao kết hợp đồng phản đối ngay lập tức các sửa đổi, bổ sung hay hạn chế đó. Trường hợp hợp đồng được xác lập, hợp đồng sẽ bao gồm các điều khoản sửa đổi, bổ sung hay hạn chế đó.

Thứ ba, các sửa đổi, bổ sung hay hạn chế về mục đích hợp đồng, chất lượng, số lượng, giá cả hoặc tiền công, thời hạn thực hiện, địa điểm và cách thức thực hiện, trách nhiệm vi phạm hợp đồng và biện pháp giải quyết tranh chấp hợp đồng là các thay đổi cơ bản đối với nội dung của đề nghị giao kết hợp đồng.

Với hướng sửa đổi BLDS như vậy, các quy định của BLDS có thể linh hoạt, mềm dẻo hơn, thúc đẩy việc xác lập hợp đồng, đồng thời vẫn bảo đảm quyền quyết định của bên đề nghị giao kết hợp đồng trong trường hợp có chấp nhận đề nghị giao kết chứa đựng những điều khoản sửa đổi, bổ sung hay hạn chế so với đề nghị giao kết hợp đồng.

4. Kết luận

Pháp luật hợp đồng của nhiều quốc gia vẫn tiếp tục quy định chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng phải hoàn toàn phù hợp với đề nghị giao kết hợp đồng. Những sửa đổi, bổ sung so với đề nghị giao kết hợp đồng bị coi là từ chối đề nghị và tạo thành một đề nghị mới. Tuy nhiên, thời gian gần đây, một số quốc gia không coi nguyên tắc trên mang tính tuyệt đối. Đặc biệt là một số văn kiện có tính quốc tế về hợp đồng đã ghi nhận và thể hiện xu hướng chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng, bên cạnh nguyên tắc là chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng phải phù hợp với đề nghị giao kết hợp đồng, ngoại lệ được thừa nhận là chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng, trong một số trường hợp nhất định, có thể chứa đựng những khác biệt so với đề nghị giao kết hợp đồng, với điều kiện, những khác biệt đó không làm thay đổi cơ bản nội dung của đề nghị giao kết hợp đồng. Sự thừa nhận này thể hiện xu hướng thông thoáng, linh hoạt, thúc đẩy các giao lưu dân sự, thương mại phát triển. Trong bối cảnh đó, Việt Nam cũng cần sửa đổi BLDS về chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng theo xu hướng mới ■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Neil Andrews, *Contract Law,* Cambridge University Press, 2011,
2. Bryan A. Garner (editor in chief) *Black's Law Dictionary*, 9th edition.
3. Ewan McKendrick, *Contract Law-Text, Cases and Materials,* fifth edition, Oxford University Press, 2012.
4. Catherine Elliott & Frances Quinn, *Contract Law*, 7th, 2009, Pearson Education Limited, Pearson Longman.
5. John Swan, Barry J. Reiter, Nicholas C. Bala, *Contracts- Cases, Notes &Materials 7th Edition,* LexisNexis Butterworths, 2006.
6. Randy E. Barnett, *Contract-Cases and Doctrine, 4th Edition,* Aspen Publishers, 2008.
7. Ole Lando & Hugh Beale, *Principles of European Contract Law,* Part I & II (eds.2000).
8. Alonso-Pérez Maria-Teresa. *Contre-offre versus acceptation modifiée.* In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 66 N°1, 2014
9. Jan M. Smits, *Contract Law – A Comparative Introduction,* Edward Elgar, 2014
10. John D. Calamri, Joseph M. Perillo, *The Law of Contract,* 4th Edition, West Publishing Co, 1998.

VỊ TRÍ CỦA QUY PHẠM JUS COGENS VÀ HIẾN CHƯƠNG LIÊN HIỆP QUỐC TRONG NGUỒN CỦA LUẬT QUỐC TẾ [1]

Trịnh Hải Yến*
Tăng Minh Thanh Thảo**
* TS. Học viện Ngoại giao Việt Nam
** ThS. Học viện Ngoại giao Việt Nam

Thông tin bài viết:
Từ khóa: nguồn của luật quốc tế, quy phạm có hiệu lực tối cao, Hiến chương Liên hiệp quốc
Lịch sử bài viết:
Nhận bài : 22/01/2019
Biên tập : 18/02/2019
Duyệt bài : 27/02/2019

Tóm tắt:
Luật pháp quốc tế đã phát triển như một hệ thống ngang mà không có sự phân cấp giữa các nguồn của luật pháp quốc tế. Qua thời gian, trật tự pháp lý quốc tế đã phát triển một số đặc điểm phân cấp thứ bậc, đặc biệt là dưới dạng các quy phạm jus cogens (chủ yếu được dựa trên luật tập quán) và các nghĩa vụ theo Hiến chương Liên hiệp quốc (Điều 103 Hiến chương). Mặc dù hầu hết các quy phạm có hiệu lực tối cao (jus cogens) đều liên quan đến các nghĩa vụ về quyền con người nhưng điều ước quốc tế ghi nhận các nghĩa vụ về nhân quyền vẫn chưa đạt được vị thế là điều ước có hiệu lực cao hơn so với các loại điều ước khác. Một trật tự pháp lý quốc tế trong đó sự phân cấp giữa các nguồn được dựa trên phẩm giá con người vẫn chưa phải là hiện thực. Luật quốc tế hình thành từ sự thỏa thuận của các quốc gia nên sự đồng thuận cần thiết cho quá trình tiến tới trật tự đó có thể vẫn đang diễn ra.

Article Infomation:
Keywords: sources of international law, peremptory norm, United Nations Charter
Article History:
Received : 22 Jan. 2019
Edited : 18 Feb. 2019
Approved : 27 Feb. 2019

Abstract
International laws have developed as a horizontal system without the hierarchy between sources of international laws. Over time, developments of the international laws have step by step provided a number of hierarchies, especially in the form of norms of jus cogens (mainly based on customary law) and obligations under the United Nations Charter (the Article 103 of United Nations Charter). Although most of the peremptory norm of jus cogens are related to the obligations of human rights, the international treaties on the obligations of human rights have not yet reached higher governing status as they are in comparison to other treaties. An international legal order in which decentralization among the sources of international laws is based on human dignity is not yet a reality. International laws are formulated from the agreements of nations so that the consensus is necessary for the process of reaching the international legal order may still be going on.

1 Bài viết này được thực hiện trong khuôn khổ Đề tài nghiên cứu của Trường Đại học Luật Hà Nội, "Những vấn đề mới về nguồn của luật quốc tế" (2017).

1. Khái quát chung về trật tự thứ bậc giữa các nguồn cơ bản của luật quốc tế

Điều 38 (1) Quy chế Tòa án Công lý quốc tế (ICJ) được cộng đồng quốc tế công nhận rộng rãi như là một tuyên bố chính thức về các nguồn của luật quốc tế[2], trong đó liệt kê các nguồn theo thứ tự như sau: điều ước quốc tế, luật tập quán quốc tế, nguyên tắc chung của luật, phán quyết của tòa án quốc tế và học thuyết của các chuyên gia có chuyên môn cao nhất về luật quốc tế. Mặc dù còn có quan điểm khác nhau về phân loại các nguồn nhưng các học giả đều cho rằng, điều ước quốc tế và luật tập quán quốc tế là nguồn cơ bản. Phán quyết của tòa án quốc tế và học thuyết của các chuyên gia có chuyên môn cao nhất về luật quốc tế chỉ là "phương tiện để xác định các quy phạm pháp luật".

Trong hệ thống pháp luật quốc gia, các quy định của pháp luật được ban hành và có trật tự thứ bậc hiệu lực rõ ràng, trong đó hiến pháp có hiệu lực cao nhất, sau đó là luật và các văn bản hướng dẫn thi hành; bất kỳ quy định nào trái với hiến pháp đều vô hiệu. Trong luật quốc tế, các nguyên tắc và quy phạm pháp luật được hình thành trên cơ sở thỏa thuận, được ghi nhận trong điều ước quốc tế và luật tập quán quốc tế. Vì vậy, các nguồn của luật quốc tế không được sắp xếp theo trật tự thứ bậc hiệu lực với nghĩa là nguồn luật nào có vị trí cao hơn thì các quy phạm trong nguồn luật đó có hiệu lực loại bỏ việc áp dụng các quy phạm mâu thuẫn với nó thuộc loại nguồn còn lại.

Trên thực tế, trong quá trình soạn thảo Quy chế ICJ, đề xuất về trật tự thứ bậc giữa các nguồn được liệt kê trong Điều 38 đã bị từ chối[3]. Thực tiễn giải quyết tranh chấp quốc tế cho thấy tính phổ biến (từ cao đến thấp) trong sử dụng các nguồn cơ bản liệt kê ở Điều 38(1) Quy chế ICJ là: điều ước quốc tế, luật tập quán quốc tế và cuối cùng là các nguyên tắc chung của luật. Điều này đồng nghĩa với việc các thẩm phán coi điều ước quốc tế và luật tập quán quốc tế là những nguồn quan trọng nhất, trong đó điều ước quốc tế được ưu tiên áp dụng rồi đến luật tập quán quốc tế và cuối cùng là các nguyên tắc chung của luật. Tuy nhiên, thực tiễn này không có nghĩa là ICJ thừa nhận một hệ thống phân cấp thứ bậc giữa các nguồn được liệt kê trong Điều 38 Quy chế ICJ. Khi xác định luật có thể áp dụng trong các tranh chấp quốc tế, Tòa không đề cập đến các quy tắc về thứ tự ưu tiên hoặc hiệu lực của các điều ước. Thực tiễn này chỉ cho thấy, trong những trường hợp cụ thể, Tòa sẽ ưu tiên thứ tự được nêu trong điều khoản Điều 38 Quy chế ICJ.

2. Sự cần thiết phải thừa nhận một số quy phạm có hiệu lực cao hơn các quy phạm khác

Điều ước và luật tập quán quốc tế có giá trị pháp lý như nhau và song song tồn tại. Vì vậy, cùng một nghĩa vụ có thể được tìm thấy trong cả nguồn điều ước và luật tập quán. Ví dụ, nghĩa vụ không sử dụng vũ lực được quy định trong Điều 2 (4) Hiến chương Liên hiệp quốc (UN), nhưng nghĩa vụ này cũng đồng thời tồn tại như là luật tập quán quốc tế[4]. Trong trường hợp, cùng một vấn đề nhưng quy tắc xử sự theo luật tập quán lại xung đột với quy tắc xử sự được ghi nhận trong điều ước thì cơ quan tài phán quốc tế sẽ áp dụng quy tắc xử sự thuộc nguồn luật nào? Giữa điều ước quốc tế hình thành trước với luật tập quán quốc tế hình thành sau thì áp dụng nguồn luật nào?... Điều này đặt ra yêu cầu phải xác định thứ bậc hiệu lực áp dụng giữa các quy tắc xử sự thuộc các nguồn khác nhau của luật quốc tế.

Sự cần thiết phải nhận ra và phác thảo một hệ thống phân cấp giữa các quy phạm

2 Malcom N. Shall (2017), International Law, Cambridge University Press, trang 32.

3 Jean d'Aspremont and Samantha Besson (2017), The Oxford Handbook of the Sources of International Law, Oxford University Press, tr. 625.

4 Malcolm Shaw (2017), sđd, trang 124; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States) (Merits) [1986] ICJ Rep 14, 95.

(và do đó là phân cấp giữa các nguồn của chúng) trong luật quốc tế ngày càng trở nên cần thiết hơn bởi vì, trong các thập kỷ gần đây, luật quốc tế đã phát triển rất nhanh chóng với hàng loạt điều ước quốc tế được ký kết. Bên cạnh đó, ngày càng có nhiều cơ quan tài phán quốc tế được thành lập và hoạt động trong các lĩnh vực khác nhau của luật quốc tế, ví dụ như Tòa Luật Biển quốc tế (ITLOS), Cơ quan Giải quyết tranh chấp của WTO (DSB), Trọng tài trong lĩnh vực đầu tư quốc tế (ICSID), Tòa án Hình sự quốc tế (ICC), Tòa án Nhân quyền châu Âu (ECtHR)… Tuy nhiên, khi giải quyết một vụ việc, các cơ quan tài phán chỉ có thẩm quyền áp dụng luật quốc tế trong phạm vi nhất định, trên cơ sở các điều khoản thành lập cơ quan tài phán đó mà không thể xem xét và so sánh với các quy định thuộc ngành luật khác[5]. Số lượng các điều ước và cơ quan tài phán quốc tế tiếp tục tăng lên, dễ dẫn tới tình trạng mâu thuẫn giữa các quy định của các ngành luật khác nhau thuộc các nguồn luật khác nhau. Ví dụ, "quyền được hưởng mức sống thích đáng" quy định tại Điều 11 Công ước năm 1966 về các Quyền kinh tế, xã hội và văn hóa được xem là một trong những quyền cơ bản của con người. Việc thực hiện quyền này có thể ảnh hưởng các hoạt động kinh tế thương mại của một quốc gia và do đó, mâu thuẫn với các quy định trong luật thương mại quốc tế. Trong trường hợp này, quy tắc pháp lý thuộc nguồn của ngành luật nào sẽ được áp dụng? Nếu thừa nhận thứ bậc hiệu lực áp dụng giữa các nguồn của luật quốc tế thì các thẩm phán cũng không cần phải cố gắng tìm ra cách để hiểu một quy tắc này luôn phải phù hợp với quy tắc khác. Việc xác định rõ vị thế của các loại nguồn của luật quốc tế cũng có ý nghĩa quan trọng và thiết thực trong việc giải thích, viện dẫn và hiểu rõ sự vận hành của hệ thống pháp luật quốc tế.

Cơ quan tài phán quốc tế thường áp dụng các nguyên tắc truyền thống để giải quyết mâu thuẫn giữa các quy phạm của luật quốc tế với nhau. Nếu một số quy định thuộc cùng một nguồn luật quốc tế mâu thuẫn với nhau (ví dụ, các quy phạm điều ước mâu thuẫn với nhau) thì quy định của nguồn luật ra đời sau bãi bỏ hiệu lực của luật trước (lex posterior derogat legi priori) hoặc luật cụ thể chiếm ưu thế hơn luật chung (lex specialis derogat legi generali). Khi các quy phạm điều ước mâu thuẫn với quy phạm luật tập quán quốc tế thì vẫn có thể cân nhắc sử dụng hai nguyên tắc truyền thống nêu trên[6]. Theo nguyên tắc "luật cụ thể chiếm ưu thế hơn luật chung", khi một điều ước được ký kết nhằm mục đích thay thế hoặc cụ thể hóa một quy định trong luật tập quán chung thì quy định theo điều ước cần được ưu tiên áp dụng[7]. Tương tự, theo nguyên tắc "luật ra đời sau bãi bỏ hiệu lực của luật trước", một quy định theo điều ước có thể bị thay thế bởi một quy định theo luật tập quán quốc tế hình thành sau, bởi vì, hiệu lực của quy tắc luật tập quán đó đã được chính các bên là thành viên của điều ước thừa nhận thông qua hành vi thực tiễn sau này của các bên[8]. Điều này lại ngụ ý thêm rằng, nếu một quy định trong điều ước hoặc trong luật tập quán đã được ưu tiên áp dụng bởi vì nó cụ thể hơn (lex specialis) hoặc bởi vì nó được hình thành sau (lex posterior), thì trong một hoàn cảnh khác sau này, chính chúng cũng có thể lại bị thay thế bởi một nghĩa vụ khác cụ thể hơn hoặc xuất hiện sau hơn nữa về phương

5 Francisco Forrest Martin (2002), 'Delineating a Hierarchical Outline of International Law Sources and Norms', Saskatchewan Law Review 2002 Vol. 65, trang 335.

6 Malcolm N. Shaw (2017), sđd, trang 92 & 123; Hugh Thirlway (2014), sđd, trang 113; ILC, Report of the Study Group of the International Law Commission on the Fragmentation of International Law, được trình bày Martti Koskenniemi, 13 April 2006, UN Doc. A/CN.4/L.682, đoạn 11.

7 James Crawford (2012), Brownlie's Principles of Public International Law, 8th edn (Oxford: Oxford University Press), trang 22; Hugh Thirlway (2014), sđd, trang 114.

8 James Crawford (2012), sđd, trang 23; Malcolm N. Shaw (2017), sđd, trang 124.

diện thời gian. Như vậy, xung đột giữa các quy định thuộc các nguồn luật khác nhau không phải được giải quyết trên cơ sở thứ bậc hiệu lực giữa các nguồn, theo nghĩa là nguồn nào có giá trị cao hơn thì nó sẽ luôn được áp dụng trong trường hợp mâu thuẫn với các quy định xuất phát từ các nguồn khác. Việc áp dụng các nguyên tắc nêu trên không nhằm mục đích trao cho quy phạm thuộc nguồn luật được ưu tiên áp dụng một vị thế vượt trội hơn so với nguồn còn lại, không tạo ra một trật tự thứ bậc vững chắc giữa điều ước quốc tế và luật tập quán quốc tế mà chỉ nhằm giải quyết một tình huống mâu thuẫn giữa các quy định của luật trong từng vụ việc cụ thể.

Hiện nay, các cơ quan tài phán của quốc gia và cơ quan tài phán quốc tế hiếm khi sử dụng các nguyên tắc nêu trên để giải quyết mâu thuẫn giữa các nghĩa vụ quốc tế[9]. Điều này bắt nguồn từ thực tế là mâu thuẫn giữa các quy định trong luật quốc tế hiện đại thường xảy ra giữa quy định thuộc các chuyên ngành luật quốc tế khác nhau. Trong nhiều trường hợp, các nghĩa vụ theo điều ước về quyền con người mâu thuẫn với nghĩa vụ trong các ngành luật khác của luật quốc tế. Ví dụ, nghĩa vụ dẫn độ, nghĩa vụ về môi trường, thương mại và đầu tư quốc tế. Các nghĩa vụ này chủ yếu dựa trên điều ước nhưng chúng cũng có thể được ghi nhận trong luật tập quán. Nguyên tắc "luật cụ thể chiếm ưu thế hơn luật chung" có nghĩa là khi hai hoặc nhiều quy định điều chỉnh về *cùng một vấn đề*, quy định cụ thể hơn sẽ được ưu tiên áp dụng. Trong trường hợp các nghĩa vụ cụ thể (lex specialis) theo điều ước về quyền con người xung đột với các nghĩa vụ cụ thể (lex specialis) khác theo điều ước hoặc luật tập quán về thương mại quốc tế, môi trường quốc tế[10]… thì khó có thể áp dụng nguyên tắc "luật cụ thể chiếm ưu thế hơn luật chung" để giải quyết mâu thuẫn giữa các quy định đó, bởi vì chúng khác nhau về bản chất.

Theo nguyên tắc "luật ra đời sau bãi bỏ hiệu lực của luật trước", khi tất cả các bên tham gia điều ước trước cũng là các bên tham gia điều ước sau về cùng một vấn đề thì điều ước trước sẽ chỉ được áp dụng trong chừng mực mà các quy định của nó là phù hợp với quy định của điều ước sau[11]. Tuy nhiên, khả năng áp dụng nguyên tắc này rất hạn chế, bởi lẽ, trên thực tế không phải trong mọi trường hợp tất cả các bên là thành viên của điều ước trước cũng là thành viên của điều ước sau[12]. Ngoài ra, vẫn còn bất đồng về thế nào là điều ước "liên quan đến cùng một vấn đề". Nếu giải thích một cách chặt chẽ thì mâu thuẫn giữa các quy phạm thuộc các chuyên ngành luật quốc tế khác nhau (tức là giữa các nguồn tương ứng của chúng) sẽ nằm ngoài phạm vi áp dụng của nguyên tắc "luật ra đời sau bãi bỏ hiệu lực của luật trước"[13]. Mặt khác, nếu giải thích một cách rộng rãi hơn, điều ước "liên quan đến cùng một vấn đề" có nghĩa là việc thực hiện nghĩa vụ theo một điều ước ảnh hưởng đến việc thực hiện nghĩa vụ theo một điều ước khác thì nguyên tắc "luật ra đời sau bãi bỏ hiệu lực của luật trước" sẽ có thể được áp dụng[14]. Điều 30(2) Công ước Viên 1969 về Luật điều ước quốc tế giữa các quốc gia (sau đây gọi là Công ước Viên 1969) đã ghi nhận khả năng áp dụng này: "Khi một điều ước quy định rõ rằng nó phụ thuộc vào hoặc nó không được xem là mâu thuẫn với một điều ước đã có trước đó hoặc sẽ có sau đó thì những quy định của điều ước có trước hoặc sau đó sẽ được ưu tiên áp dụng". Nhưng ngay cả trong những trường hợp này, một sự

9 Erika de Wet and Jure Vidmar (2013), 'Conflicts between International Paradigms: Hierarchy Versus Systemic Integration', trang 14-15, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2269703, truy cập ngày 21/05/2018.

10 ILC, Report on the Fragmentation of International Law, sđd, đoạn 129 & 152.

11 Điều 30 của Công ước Viên năm 1969; ILC, Fragmentation Report, sđd, đoạn 229–30.

12 ILC, Fragmentation Report, sđd, đoạn. 234.

13 ILC, Fragmentation Report, sđd, đoạn. 253.

14 ILC, Fragmentation Report, sđd, đoạn. 254.

ưu tiên đơn giản trên cơ sở thứ tự thời gian là rất hiếm[15]. Nguyên tắc "luật ra đời sau bãi bỏ hiệu lực của luật trước" chỉ áp dụng giữa các điều ước điều chỉnh về cùng một vấn đề và khi việc thực thi một điều ước này sẽ ảnh hưởng đến việc thực thi điều ước khác. Như vậy, hiển nhiên là mâu thuẫn giữa các quy định thuộc về các ngành luật khác nhau, giữa các nguồn khác nhau nằm ngoài phạm vi điều chỉnh của các nguyên tắc "luật ra đời sau bãi bỏ hiệu lực của luật trước".

Có thể thấy rằng, với số lượng các điều ước quốc tế, luật tập quán quốc tế, phán quyết của cơ quan giải quyết tranh chấp quốc tế và án lệ quốc tế ngày càng tăng lên thì những quy định của luật quốc tế càng có nhiều khả năng mâu thuẫn với nhau hơn. Trong khi đó, những nguyên tắc như trên có thể không giải quyết được mâu thuẫn giữa các quy định của luật quốc tế. Do đó, câu hỏi đặt ra là mâu thuẫn giữa các nghĩa vụ bắt nguồn từ các điều ước và/hoặc luật tập quán thuộc các ngành luật khác nhau sẽ được giải quyết như thế nào nếu không có bất kỳ phân cấp chính thức nào giữa điều ước quốc tế và luật tập quán quốc tế, trong khi việc sử dụng hai nguyên tắc nêu trên lại có những hạn chế nhất định? Liệu các xung đột như vậy có thể được giải quyết thông qua việc thừa nhận một hệ thống phân cấp cơ bản giữa những nghĩa vụ nhất định hay không? Nói cách khác, liệu có loại nghĩa vụ nào trong luật pháp quốc tế mà do nội dung hay bản chất đặc biệt của nghĩa vụ đó nên chúng phải có vị thế cao hơn và sẽ được ưu tiên thực hiện so với các nghĩa vụ quốc tế khác mà xung đột với nó? Nếu câu trả lời là "có", liệu điều này có phải là sự thừa nhận các nguồn luật (điều ước hoặc luật tập quán) mà ghi nhận nghĩa vụ đó sẽ có thứ bậc cao hơn các nguồn khác trong luật quốc tế? Ứng viên nổi bật nhất trong trường hợp này là các quy phạm có hiệu lực tối cao (jus cogens) được ghi nhận trong Điều 53 Công ước Viên năm 1969 và Điều 103 Hiến chương UN.

3. Vị trí của quy phạm jus cogens trong nguồn của luật quốc tế

Khái niệm về các quy phạm có hiệu lực tối cao trong luật quốc tế phát triển từ các nghiên cứu về luật điều ước của Ủy ban Luật pháp quốc tế (ILC)[16] và sau đó được ghi nhận trong luật thực định, cụ thể là Điều 53 và Điều 64 Công ước Viên năm 1969. Các điều khoản này chỉ tập trung vào hiệu lực pháp lý của các quy phạm *jus cogens*. Theo đó, quy phạm *jus cogens* có hiệu lực tối cao và không được phép vi phạm hay bảo lưu.

Liên quan tới các quy phạm *jus cogen*, Tòa Hình sự quốc tế về Nam Tư (cũ) từng lập luận về nguyên tắc cấm tra tấn như sau: "Vì mức độ quan trọng của các giá trị được bảo vệ, nguyên tắc cấm tra tấn đã phát triển thành một quy phạm mệnh lệnh tối cao, một quy phạm có vị trí cao hơn điều ước và luật tập quán quốc tế thông thường khác. Hậu quả dễ nhận thấy nhất của nhóm quy phạm này là các quốc gia không được phép vi phạm thông qua các điều ước quốc tế hoặc các tập quán quốc tế chung, tập quán khu vực và tập quán địa phương mâu thuẫn với các quy phạm đó. Bản chất *jus cogens* của nguyên tắc cấm tra tấn thể hiện nhận thức cấm tra tấn đã trở thành một trong những tiêu chuẩn cơ bản, quan trọng nhất của cộng đồng quốc tế. Hơn nữa, quy định cấm này nhằm mục đích ngăn ngừa tất cả các thành viên của cộng đồng quốc tế và các cá nhân vi phạm quyền. Cấm tra tấn là tuyệt đối và không ai được phép làm trái lại"[17].

Như vậy, khái niệm quy phạm có hiệu lực tối cao (jus cogens) trong luật quốc tế được phát triển trong bối cảnh luật điều ước

15 ILC, Fragmentation Report, sđd, đoạn 254 & 272.

16 Giorgio Gaja (2012), The Protection of General Interests in the International Community, vol. 364, Collected Courses of the Hague Academy of International Law (Leiden: Brill/Nijhoff), trang 9-184.

17 Prosecutor v. Furundzija (1998), Case No. IT-95-17/1-T (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Trial Chamber), đoạn 153-155.

với mục đích vô hiệu hóa điều ước nhưng sau đó nó đã được viện dẫn và thừa nhận ngoài bối cảnh luật điều ước. Việc viện dẫn khái niệm *jus cogen*s trong các lĩnh vực khác của luật pháp quốc tế đã dẫn đến việc các cơ quan tài phán và các học giả đã xác định một danh sách giới hạn các quy phạm *jus cogens*. Hiện nay, ILC cũng đang tiến hành chủ đề nghiên cứu về quy phạm *jus cogens*, trong đó tập trung vào các yếu tố cấu thành và danh sách minh họa về loại quy phạm này. Bốn Công ước Geneva năm 1949 về luật nhân đạo quốc tế được xem là chứa đựng các quy phạm *jus cogens*. Ví dụ như: nghĩa vụ đối xử nhân đạo và không phân biệt đối xử với những người không tham chiến; cấm các hành vi giết người, tra tấn, bắt giữ con tin, các hình thức hạ nhục và kết tội khi chưa được xét xử công bằng[18]. Các bên là thành viên của bốn Công ước này có nghĩa vụ tôn trọng và đảm bảo một số quyền nhất định "trong mọi hoàn cảnh". Những hành vi diệt chủng và tra tấn có thể bị truy tố bởi bất kỳ quốc gia thành viên nào[19]. Các quốc gia không được ký kết điều ước quốc tế đi ngược lại những quy định cơ bản trong bốn Công ước Geneva năm 1949[20]. Trong luật quốc tế về quyền con người, quy định về các quyền (ví dụ như quyền sống), cấm tra tấn, cấm giam giữ tùy tiện, cấm chế độ nô lệ… không cho phép các quốc gia tạm hoãn thực thi các nghĩa vụ đó, ngay cả trong tình thế khẩn cấp[21]. Một số quyền (ví dụ như quyền không bị tra tấn, đối xử hạ nhục và phi nhân tính…) quy định một cách rõ ràng, không cho phép bảo lưu[22].

Cần lưu ý rằng, vào thời điểm ký kết Công ước Viên năm 1969, khái niệm "quy phạm mệnh lệnh bắt buộc của luật quốc tế chung - *jus cogens*" không nhận được sự ủng hộ của nhiều nước phương Tây, đặc biệt là Pháp. Tuy nhiên, các nước XHCN và các nước mới giành độc lập lại ủng hộ khái niệm này. Vì vậy, Điều 53 Công ước Viên năm 1969 không xác định bất kỳ quy phạm cụ thể nào mang tính *jus cogens*. Vấn đề quy phạm cụ thể nào là *jus cogens* sẽ do cộng đồng quốc tế xác định[23].

Việc nhận diện quy phạm *jus cogens* đã dẫn đến nhiều cuộc tranh luận, đặc biệt là về các loại nguồn của quy phạm *jus cogens*. Một số ý kiến cho rằng, quy phạm *jus cogens* bảo vệ các giá trị cơ bản của cộng đồng quốc tế. Các giá trị đó tồn tại một cách độc lập với ý chí của các quốc gia và có liên quan mật thiết đến nhân phẩm và nhân quyền[24]. Vì vậy, các quy phạm *jus cogens* bắt nguồn từ một nguồn riêng và nguồn đó có thứ bậc cao hơn các nguồn khác của luật quốc tế. Do quyền con người có mối quan hệ chặt chẽ với các giá trị mà quy phạm *jus cogens* bảo

18 Điều 1 và Điều 3 chung bốn Công ước Geneva ký kết ngày 12/08/1949; Điều 75(2) Nghị định thư năm 1977 bổ sung Công ước Geneva năm 1949 và Điều 4(2) Nghị định thư bổ sung Công ước Genève năm 1949 nhằm bảo vệ những nạn nhân trong xung đột vũ trang không có tính quốc tế.

19 Điều 50 Công ước Geneva I, Điều 51 Công ước Geneva II, Điều 130 Công ước Geneva III và Điều 147 Công ước Geneva IV.

20 Điều 6 Công ước Geneva II, Điều 7 Công ước Geneva IV.

21 Điều 4 Công ước quốc tế về các Quyền dân sự và chính trị (1966); Điều 2 Công ước Chống tra tấn và các hình thức trừng phạt hay đối xử tàn ác, vô nhân đạo hoặc hạ thấp nhân phẩm (1984); Điều 9 Công ước bổ sung về xóa bỏ chế độ nô lệ, buôn bán nô lệ, các thể chế và tập tục khác tương tự chế độ nô lệ (1956); Advisory Opinion on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, ICJ Reports 1951, trang 13, 23 và 29.

22 Điều 9 Công ước bổ sung về chế độ nô lệ; Điều 21 Công ước châu Âu về ngăn ngừa tra tấn và các hình thức đối xử hạ nhục và phi nhân tính khác (1987); Advisory Opinion on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, ICJ Reports 1951, các trang 13, 23 và 29.

23 Jure Vidmar (2012), 'Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International System?", Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights, Oxford University Press, trang 13–41.

24 Alexander Orakhelashvili (2006), Peremptory Norms in International Law (Oxford: Oxford University Press; Michael Byers (1997), 'Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules', Nordic Journal of International Law 66, trang 211- 239.

vệ nên điều này cũng hàm ý thêm rằng, các điều ước về quyền con người có giá trị pháp lý cao hơn các điều ước và luật tập quán khác, bởi vì chúng cụ thể hóa các giá trị mà quy phạm *jus cogens* bảo vệ[25].

Tuy nhiên, quan niệm các quy phạm *jus cogens* thể hiện các giá trị cơ bản của cộng đồng quốc tế và tồn tại một cách độc lập với ý chí của các quốc gia sẽ dẫn đến các kết luận tùy ý. Các thẩm phán quốc tế có thể xác định và mở rộng loại quy phạm *jus cogens* theo quan niệm của chính họ về các giá trị cơ bản. Vì vậy, quan niệm hợp lý hơn là quy phạm *jus cogen*s không phải là một loại nguồn mới của luật pháp quốc tế, mà là khái niệm thể hiện đặc tính cụ thể của các quy phạm có hiệu lực cao hơn các quy phạm khác của luật quốc tế. Quy phạm *jus cogens* có thể được ghi nhận trong điều ước quốc tế nhưng với đặc tính của nó, loại quy phạm này chủ yếu tồn tại dưới hình thức luật tập quán quốc tế[26]. Để trở thành quy phạm *jus cogens* thì trước hết, quy phạm đó phải được các quốc gia công nhận là luật và hơn nữa, chúng phải được cộng đồng các quốc gia đồng ý rằng đó là quy phạm không được phép vi phạm. Vì vậy, quy phạm *jus cogens* phụ thuộc vào "sự chấp nhận kép" của cộng đồng các quốc gia.

Một quy phạm cụ thể không đòi hỏi sự chấp nhận hoàn toàn của tất cả các quốc gia thì nó mới có vị thế là quy phạm có hiệu lực tối cao (jus cogens) nhưng ít nhất phải được sự chấp nhận của phần lớn các quốc gia về vị thế đó của quy phạm. Điều này cũng hàm ý thêm rằng, một số (rất ít) quốc gia không chấp nhận quy phạm *jus cogens* nhưng vẫn có thể bị ràng buộc bởi quy phạm đó[27]. Ví dụ, mặc dù Chính phủ Nam Phi liên tục phản đối quy định cấm phân biệt phân biệt chủng tộc và *apartheid* nhưng Nam Phi vẫn bị ràng buộc bởi quy định này, bởi vì quy phạm có hiệu lực tối cao (jus cogens) không loại trừ những quốc gia liên tục phản đối. Đối với quy phạm có hiệu lực tối cao (jus cogens), ý chí của một hoặc một số (rất ít) quốc gia có thể bị bác bỏ bởi ý chí của tập thể là bởi vì quy phạm *jus cogens* bảo vệ các giá trị cơ bản của cộng đồng các quốc gia.

Các phân tích ở trên cho thấy sự tồn tại của các quy phạm *jus cogens* trong luật quốc tế đã được xác lập vững chắc[28] thông qua định nghĩa được nêu tại Điều 53 và Điều 64 Công ước Viên năm 1969. Sự tồn tại của loại quy phạm này đã được công nhận rộng rãi[29]. Quy phạm *jus cogens* thuộc nhóm các quy phạm có hiệu lực đặc biệt dựa vào hậu quả pháp lý của chúng. Quy phạm *jus cogens* có hiệu lực cao hơn những quy phạm khác bởi vì chúng liên quan chặt chẽ đến nhân phẩm, nhân quyền và nhân đạo vốn được coi là những giá trị cơ bản của cộng đồng quốc tế. Việc không cho phép các bên ký kết điều ước quốc tế mâu thuẫn với quy phạm *jus cogens* là xuất phát từ lợi ích chung của cộng đồng quốc tế, bao gồm lợi ích của những bên được quy phạm *jus cogens* bảo vệ[30]. Tóm lại, quy phạm *jus cogens* không tồn tại độc lập với ý chí của các quốc gia, trái lại sự hình thành và tồn tại của loại quy

25 Stephen Baumgard (2008), 'Human Rights as International Constitutional Rights', European Journal of International Law 19, trang 757-75; Ý kiến riêng rẽ của thẩm phán Tanaka trong vụ the South-West Africa Cases (Ethiopia v South Africa; Liberia v South Africa) (Judgment, Second Phase) [1966] ICJ Rep 6, 298.

26 ILC, First Report on Jus Cogens, Dire Tladi, Special Rapporteur, 8 March 2016, UN Doc. A/CN.4/693, đoạn 53& 75.

27 De Wet, Erika, and Jure Vidmar (2012), Hierarchy in International Law. The Place of Human Rights, Oxford University Press, trang 26.

28 Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin (2006), The Fundamental Rules of the International Legal Order, Jus Cogens and Obligation Erga Omnes, Martinus Nijhoff Publishers and VSP, trang 34

29 Hiện tại Công ước Viên 1969 có 116 quốc gia thành viên. Nguồn: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en, truy cập ngày 21/05/2018.

30 Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin (2006), The Fundamental Rules of the International Legal Order, Jus Cogens and Obligation Erga Omnes, Martinus Nijhoff Publishers and VSP, trang 35.

phạm này luôn gắn với sự thỏa thuận hoặc thừa nhận của các quốc gia.

Nghiên cứu tổng quan về luật án lệ cho thấy, khái niệm quy phạm *jus cogens* đã được công nhận bởi các cơ quan tư pháp trong nước và quốc tế kể từ cuối những năm 1990[31]. Mặc dù vậy, rất ít phán quyết đã áp dụng các quy phạm *jus cogens* như một cơ chế để giải quyết xung đột giữa các nghĩa vụ theo quy định từ các nguồn khác nhau của luật pháp quốc tế. Ví dụ, từ năm 1986 ICJ đã hàm ý đề cập tới quy phạm *jus cogens*[32] nhưng phải đến năm 2006 ICJ mới dẫn chiếu một cách rõ ràng tới quy phạm này[33]. Kể từ đó, cũng có một vài lần ICJ tái khẳng định khái niệm quy phạm *jus cogens*[34]. Tuy nhiên, trong tất cả các trường hợp đó, ICJ không áp dụng các quy phạm *jus cogens* để giải quyết xung đột giữa các nghĩa vụ theo quy định của luật quốc tế. Đặc biệt, ICJ đã không chấp nhận rằng vị thế *jus cogens* của một nghĩa vụ đã tự động xác lập trước thẩm quyền của Tòa đối với tranh chấp liên quan đến nghĩa vụ đó. Thẩm quyền tài phán của Tòa vẫn phụ thuộc vào việc liệu các quốc gia có liên quan đã chấp nhận thẩm quyền của Tòa như quy định tại Điều 36 Quy chế ICJ hay chưa. Câu hỏi liệu ICJ có quyền tài phán hay không sẽ phụ thuộc vào việc liệu các quốc gia có liên quan đã chấp nhận thẩm quyền của ICJ như quy định tại Điều 38 của Quy chế ICJ hay không. Trên thực tế, vi phạm nghĩa vụ *jus cogens* không tự động xác lập thẩm quyền đương nhiên của Tòa trong giải quyết tranh chấp liên quan đến quy phạm đó. Hơn nữa, dường như hầu hết các thẩm phán ICJ đều không cho rằng các quy phạm *jus cogens* (được dựa trên cơ sở quyền con người và lợi ích chung của cộng đồng) sẽ có sức nặng hơn so với các quy định về thẩm quyền tài phán của Tòa[35].

4. Vị trí của Hiến chương UN trong nguồn của luật quốc tế

Bên cạnh các quy phạm *jus cogens,* có ý kiến cho rằng Hiến chương UN là một loại nguồn có giá trị pháp lý cao hơn các nguồn khác trong luật quốc tế, bởi vì, Điều 103 Hiến chương UN quy định: "Trong trường hợp có sự xung đột giữa những nghĩa vụ của các thành viên Liên hiệp quốc, chiếu theo Hiến chương này và những nghĩa vụ chiếu theo bất cứ một điều ước quốc tế nào khác, những nghĩa vụ của các thành viên Liên hiệp quốc phải được ưu tiên áp dụng".

Điều này có thể được hiểu là một hệ thống phân cấp dựa trên nguồn, bởi vì việc ưu tiên các nghĩa vụ theo Hiến chương bắt nguồn từ một điều ước. Nói cách khác, bằng cách phê chuẩn Hiến chương UN, các quốc gia đã chấp nhận tất cả các nghĩa vụ theo Hiến chương (bao gồm cả các quyết định có tính ràng buộc của Hội đồng Bảo an) sẽ được ưu tiên hơn so với nghĩa vụ theo bất kỳ điều ước nào khác và vì vậy, Hiến chương UN là loại nguồn có giá trị pháp lý cao hơn so với các nguồn khác của luật quốc tế[36]. Hơn nữa, mặc dù Điều 103 Hiến chương UN chỉ quy định các nghĩa vụ theo Hiến chương UN sẽ được ưu tiên hơn so với nghĩa vụ theo các điều ước

31 De Wet and Vidmar (2012), sđd, trang 14-15.

32 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, đoạn. 190.

33 Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v Rwanda) (Jurisdiction and Admissibility) [2006] ICJ Rep 6, 32.

34 Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro) (Judgment) [2007] ICJ Rep 43; Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy: Greece intervening) (Judgment) [2012] ICJ Rep 99, 141, đoạn. 95.

35 ICJ, Jurisdictional Immunities of the State, đoạn 92–5; ICJ, Armed Activities on the Territory of the Congo, đoạn 64, 125; Stefan Talmon 2012), Jus Cogens after Germany v. Italy: Substantive and Procedural Rules Distinguished', Leiden Journal of International Law 25 (2012), trang 979–1002.

36 Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v United Kingdom and United States (Provisional Measures) [1992] ICJ Rep 114, 126, đoạn 39, 42.

quốc tế khác, nhưng thực tiễn hoạt động của UN và các quốc gia cho thấy, các nghĩa vụ theo nghị quyết của Hội đồng Bảo an cũng được ưu tiên hơn so với các nghĩa vụ theo luật tập quán quốc tế. Ví dụ, hai nghị quyết của Hội đồng Bảo an[37] được thông qua trên cơ sở Chương VII Hiến chương UN nhằm đưa ra các biện pháp giải quyết nạn cướp biển ở bờ biển Somalia, trong đó cho phép các quốc gia truy bắt những kẻ bị nghi ngờ là cướp biển trong vùng lãnh hải của Somalia. Các biện pháp này trái với luật tập quán quốc tế và quy định của UNCLOS 1982.

Thực chất, Điều 103 Hiến chương UN không nhằm mục đích thiết lập hệ thống phân cấp thứ bậc giữa các quy phạm dựa trên nguồn của nó. Điều 103 Hiến chương UN chỉ đơn thuần nhằm giải quyết một tình huống cụ thể mà trong đó nghĩa vụ theo Hiến chương UN mâu thuẫn với các nghĩa vụ khác theo các điều ước hoặc luật tập quán[38]. Điều 103 Hiến chương UN không chỉ ra rằng, Hiến chương UN có tính cụ thể hơn (lex specialis) hoặc được hình thành sau (lex posterior). Các nghĩa vụ theo Hiến chương UN sẽ được ưu tiên chỉ trong trường hợp nó xung đột với các nghĩa vụ khác. Chính các quốc gia đã thỏa thuận thừa nhận các nghĩa vụ theo Hiến chương UN được ưu tiên hơn nghĩa vụ theo các điều ước khác. Lý do đưa thêm Điều 103 vào Hiến chương có thể là vì các quốc gia cho rằng các mục tiêu của UN và vai trò của UN rất quan trọng trong việc duy trì tính thống nhất của trật tự pháp lý quốc tế[39]. Vị thế vượt trội của các nghĩa vụ trong Hiến chương UN còn bắt nguồn từ việc tổ chức này có số lượng thành viên bao gồm hầu như toàn bộ các quốc gia trên thế giới và các yêu cầu rất nghiêm ngặt để sửa đổi Hiến chương UN.

Tuy nhiên, thực tiễn án lệ quốc tế cho thấy, trong trường hợp có sự xung đột giữa các quy phạm thì các nghĩa vụ theo Hiến chương UN không phải lúc nào cũng được ưu tiên hơn các nghĩa vụ khác. Trong một số vụ việc về nhân quyền, các phán quyết của Tòa án Công lý châu Âu (CJEU)[40] và Tòa án Nhân quyền châu Âu (ECtHR) đã cho thấy, việc ưu tiên các nghĩa vụ theo Hiến chương UN chỉ được chấp nhận khi Hội đồng Bảo an UN hành động phù hợp với những gì mà các quốc gia (bao gồm cả các cơ quan tư pháp thay mặt cho quốc gia) cho rằng đó là sự giải thích chính xác về Hiến chương[41]. Thực tế này có thể làm suy yếu hiệu quả của các biện pháp trừng phạt của Hội đồng Bảo an, nhưng cũng cần phải thấy rằng, Hiến chương UN vẫn thuộc nguồn luật điều ước. Các quốc gia vẫn giữ vai trò quyết định trong việc giải thích (các giới hạn của) phạm vi các nghĩa vụ theo Hiến chương, bao gồm cả điều khoản quy định ưu tiên áp dụng Hiến chương.

Việc các quốc gia thừa nhận nghĩa vụ theo Hiến chương UN được ưu tiên thực hiện kết hợp với thành viên gần như phổ quát và các yêu cầu nghiêm ngặt để sửa đổi đã dẫn một số học giả coi Hiến chương UN như là Hiến pháp của cộng đồng quốc tế[42]. Theo Điều 108 và 109 Hiến chương UN, việc sửa

37 UNSC Res 1846 (02/12/2008), đoạn 10 và UNSC Res 2246 (10/11/2015), đoạn 14.

38 ILC, Report on Fragmentation of international law: difficulties arising from diversification and expansion of international law 2014, đoạn 335, http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf, truy cập ngày 21/05/2018.

39 Jean d'Aspremont and Samantha Besson (2017), The Oxford Handbook of the Sources of International Law, Oxford University Press, trang 625.

40 CJEU, Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union, 3 September 2008, Cases C-402/05 P, and C-415/05, EU:C:2008:461; European Commission & the Council of the European Union v Yassin Abdullah Kadi, 18 July 2013, Cases C-584/10 P, C-593/10 P, and C-595/10 P, EU:C:2013:518.

41 ECtHR, Nada v Switzerland (appl. no. 10593/08), Judgment (Grand Chamber), 12 September 2012, Reports 2012-V, đoạn 180; ECtHR, Al-Dulimi and Montana Management Inc. v Switzerland (appl. no. 5809/08), Judgment (Second Chamber), 26 November 2013, đoạn 118.

42 Bardo Fassbender (1998), 'The United Nations Charter as Constitution of The International Community', Columbia Journal of Transnational Law 36, trang 529–619 & 577.

đổi có hiệu lực với tất cả các thành viên khi việc sửa đổi được thông qua bởi 2/3 thành viên Đại hội đồng UN và được 2/3 các quốc gia thành viên UN phê chuẩn, bao gồm các thành viên thường trực của Hội đồng Bảo an. Do khó có khả năng đạt được sự phê chuẩn như vậy bởi tất cả các thành viên thường trực, Hiến chương UN gần như không thể sửa đổi. Tuy nhiên, những yêu cầu rất cao để sửa đổi không ngụ ý rằng Hiến chương UN được tách khỏi các nguyên tắc của luật điều ước nói chung. Điều này trở nên rõ ràng hơn nếu cho rằng, các quy định về thủ tục sửa đổi được quy định trong Hiến chương UN đã được sửa đổi, bổ sung thông qua thực tiễn quốc gia (sửa đổi không chính thức). Việc sửa đổi, bổ sung điều ước thông qua thực tiễn sau này giữa các quốc gia cũng chính là một nét đặc trưng chung của luật điều ước.

Một ví dụ điển hình về sửa đổi thông qua thực tiễn là sự chấp nhận chung (dưới hình thức chấp thuận mặc nhiên) của các thành viên UN về thực tiễn Hội đồng Bảo an. Theo đó, việc một quốc gia thường trực không tham gia bỏ phiếu sẽ không ngăn cản việc thông qua một nghị quyết của Hội đồng Bảo an[43]. Thực tiễn này chính là một sự sửa đổi quy định trong Điều 27 (3) Hiến chương UN, trong đó yêu cầu các quyết định của Hội đồng Bảo an phải được thông qua trên cơ sở "phiếu thuận của chín thành viên, bao gồm cả phiếu tán thành của các thành viên thường trực". Một ví dụ gần đây liên quan đến Điều 4 (h) của Đạo luật năm 2000 về thành lập Liên minh châu Phi (AU), theo đó AU có thể can thiệp quân sự ở bất kỳ quốc gia thành viên nào trong trường hợp tại đó xảy ra tội ác chiến tranh, diệt chủng và tội ác chống nhân loại. Quyền này được quy định rõ mà không dẫn chiếu tới sự cho phép trước của Hội đồng Bảo an như được quy định rõ ràng tại Điều 53 (1) của Hiến chương UN. Vì vậy, Điều 4 (h) có thể được giải thích như là một nỗ lực của các quốc gia để sửa đổi Hiến chương UN thông qua thực tiễn.

Kết luận

Luật pháp quốc tế đã phát triển như một hệ thống ngang mà không có sự phân cấp giữa các nguồn của luật pháp quốc tế. Qua thời gian, trật tự pháp lý quốc tế đã phát triển một số đặc điểm phân cấp thứ bậc, đặc biệt là dưới dạng các quy phạm *jus cogens* (chủ yếu được dựa trên luật tập quán) và các nghĩa vụ theo Hiến chương UN (Điều 103 Hiến chương UN). Các quy phạm có hiệu lực tối cao (jus cogens) và Hiến chương UN vẫn thuộc về các nguồn truyền thống của luật quốc tế được liệt kê tại Điều 38 Quy chế ICJ. Trên cơ sở thỏa thuận giữa các quốc gia nên việc thừa nhận quy phạm *jus cogens* và Hiến chương UN có hiệu lực cao hơn không mâu thuẫn với nguyên tắc về các nguồn của luật quốc tế có giá trị pháp lý như nhau. Các quy phạm *jus cogens* ghi nhận nghĩa vụ chủ yếu về quyền con người và các giá trị cơ bản đã góp phần củng cố trật tự pháp lý quốc tế. Việc ưu tiên các nghĩa vụ theo Hiến chương UN thể hiện mong muốn và tầm quan trọng của hòa bình và an ninh quốc tế mà các quốc gia muốn duy trì. Hiện nay, vẫn hiện hữu quan điểm phổ biến cho rằng, không tồn tại một trật tự thứ bậc chính thức giữa các nguồn cơ bản của luật quốc tế. Mặc dù hầu hết các quy phạm có hiệu lực tối cao (jus cogens) đều liên quan đến các nghĩa vụ về quyền con người nhưng điều ước quốc tế ghi nhận các nghĩa vụ về nhân quyền vẫn chưa đạt được vị thế là điều ước có hiệu lực cao hơn so với các loại điều ước khác. Điều này cho thấy xu hướng đáng lưu ý trong việc ưu tiên thực hiện các nghĩa vụ theo điều ước về quyền con người. Tuy nhiên, một trật tự pháp lý quốc tế trong đó sự phân cấp giữa các nguồn được dựa trên phẩm giá con người thì vẫn chưa phải là hiện thực. Luật quốc tế hình thành từ sự thỏa thuận của các quốc gia thì sự đồng thuận cần thiết cho quá trình tiến tới trật tự đó có thể vẫn đang diễn ra ■

43 Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (Southwest Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (Advisory Opinion) [1971] ICJ Rep 16, 22, đoạn. 22.

MỐI QUAN HỆ GIỮA LẬP PHÁP VÀ HÀNH PHÁP TRONG CHÍNH THỂ CỘNG HÒA HỖN HỢP

Nguyễn Mạnh Hùng*
Nguyễn Mai Anh**
* ThS. GV. Khoa Luật Hành chính - Nhà nước, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.
** ThS. GV. Khoa Luật Hành chính - Nhà nước, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: mối quan hệ, lập pháp, hành pháp, cộng hòa hỗn hợp.

Lịch sử bài viết:
Nhận bài : 19/12/2018
Biên tập : 07/01/2019
Duyệt bài : 15/01/2019

Tóm tắt:
Quy định về mối quan hệ giữa lập pháp và hành pháp, cụ thể là mối quan hệ phân công, phối hợp và kiểm soát lẫn nhau giữa hai nhánh quyền lực này tùy thuộc vào chế độ chính trị, chính thể của từng quốc gia; tùy thuộc vào những tác động của yếu tố đảng chính trị đến mối quan hệ giữa lập pháp và hành pháp mà có sự tương đồng và khác biệt nhất định.

Article Infomation:

Keywords: relationship, legislative, executive, semi-presidential regime.

Article History:
Received : 19 Dec. 2018
Edited : 07 Jan. 2019
Approved : 15 Jan. 2019

Abstract
The regulations on the relationship between the legislative branch and the executive one, particularly the relationship of their mandates, mutual coordination and supervision between these two powerful branches depend on the political regime and the institutional modality of each nation; and depend on the influences of the political parties to the relationship between legislative power and executive one, which may lead to any certain similarities and differences among the nations.

1. Mối quan hệ phân công và phối hợp giữa lập pháp và hành pháp trong chính thể cộng hòa hỗn hợp

1.1 Sự phân công và phối hợp trong lĩnh vực lập pháp

Trong chính thể cộng hòa hỗn hợp, sự phân công và phối hợp giữa Nghị viện và Chính phủ trong lĩnh vực lập pháp được biểu hiện thông qua những khía cạnh sau:

- *Phân định phạm vi lập pháp:* Hiến pháp 1958 của Cộng hòa Pháp là một trong những bản Hiến pháp rất hiếm hoi vạch rõ những vấn đề nào thuộc lĩnh vực lập pháp của Nghị viện. Điều 34 Hiến pháp 1958 Cộng hòa Pháp quy định thẩm quyền lập pháp của Nghị viện trong phạm vi 15 lĩnh vực sau đây: quyền công dân và những bảo đảm cơ bản cho công dân thực hiện các quyền, tự do, xác nhận nghĩa vụ về tài sản hoặc nhân thân xuất phát từ yêu cầu quốc phòng; quốc tịch, địa vị và năng lực của cá nhân, chế độ hôn nhân, thừa kế, tặng cho;

ấn định trọng tội, khinh tội và các hình phạt, thủ tục hình sự, quy chế thẩm phán; mức thuế và thể thức thu thuế, quy chế phát hành tiền tệ; chế độ bầu cử Nghị viện và các Hội đồng địa phương; thành lập các loại công sở; đảm bảo cơ bản đối với công chức dân sự và nhân viên quân sự nhà nước; vấn đề cơ bản về quốc phòng; nền hành chính của các tập thể cộng đồng và nguồn tài chính của họ; vấn đề giáo dục; chế độ sở hữu, các quyền và nghĩa vụ dân sự, thương mại; quyền lao động, thành lập nghiệp đoàn; các nguồn thu và thuế Nhà nước; mục tiêu hoạt động kinh tế - xã hội của Nhà nước. Ngoài những lĩnh vực trên, Chính phủ có thể thực hiện quyền lập quy của mình thông qua việc ban hành các sắc lệnh. Các tranh chấp thẩm quyền giữa Nghị viện và Chính phủ trong lĩnh vực lập pháp sẽ do Hội đồng Bảo hiến giải quyết.

- *Ủy quyền lập pháp và sáng kiến lập pháp:* theo Điều 38 Hiến pháp 1958 của Cộng hòa Pháp, Nghị viện có thể ủy quyền lập pháp cho Chính phủ đối với một số vấn đề nhất định. Hiến pháp 1958 của Cộng hòa Pháp không ghi nhận Tổng thống có quyền sáng kiến luật mà chỉ quy định quyền này thuộc về Thủ tướng và các nghị sĩ. Vì thế, nếu Tổng thống có quyền sáng kiến luật thì phải thông qua Thủ tướng để Thủ tướng đệ trình lên Nghị viện. Nhưng trên thực tế, Tổng thống vẫn có thể can dự vào quá trình làm luật của Nghị viện thông qua việc Tổng thống gửi thông điệp đến Nghị viện, định hướng cho Nghị viện thảo luận. Đó là cách thức để Tổng thống can thiệp vào quy trình lập pháp của Nghị viện, bởi qua thông điệp này, Tổng thống đã thể hiện mong muốn của mình và Nghị viện - một cách gián tiếp - phải cụ thể hóa mong muốn của Tổng thống bằng các đạo luật. Theo Điều 39 Hiến pháp 1958 thì cả Thủ tướng và thành viên Chính phủ có quyền sáng kiến lập pháp. Thủ tướng có quyền đưa ra sáng kiến lập pháp, tự mình tham gia vào việc xây dựng dự án luật, có thể tham gia hoạt động của các Ủy ban thuộc Nghị viện. Điều 45 Hiến pháp 1958 quy định, Thủ tướng có quyền triệu tập phiên họp hỗn hợp giữa các Ủy ban của Thượng viện và Hạ viện khi hai Viện này có sự bất đồng ý kiến về một dự luật. Nếu hòa giải không thành thì Thủ tướng sẽ đề nghị Hạ viện chung quyết với tỉ lệ 2/3 tổng số Hạ nghị sĩ. Riêng các luật về tổ chức có liên quan tới Thượng viện thì phải được cả Thượng viện và Hạ viện thông qua, có nghĩa là Chính phủ không thể đề nghị Hạ viện nói "lời cuối cùng" bất chấp sự phản đối của Thượng viện. Như vậy, chỉ khi nào Chính phủ muốn một dự luật được Nghị viện thông qua thì mới tiến hành thủ tục đưa ra Ủy ban hỗn hợp (còn nếu Chính phủ không muốn dự luật thông qua thì về mặt lý thuyết, dự luật đó có thể chuyển qua chuyển lại giữa hai Viện mà không có hồi kết). Ngoài ra, Thủ tướng còn có thể yêu cầu Tổng thống kiến nghị với Nghị viện xem xét lại dự án luật. Đặc biệt, Chính phủ có thể cam kết trách nhiệm trước Hạ viện trong trường hợp muốn bảo vệ một dự luật nào đó thường là do Chính phủ đưa ra sáng kiến. Nếu Chính phủ cho là việc ban hành đạo luật đó là cấp bách mà Hạ viện không ủng hộ thì khi đó, văn bản luật cũng có thể được coi như là được thông qua và có hiệu lực trong một thời hạn nhất định. Các nhà nghiên cứu chính trị đều thống nhất với nhận định: trong lĩnh vực lập pháp, Thủ tướng Pháp đóng vai trò như "nhà lập pháp thứ hai". Sự tích cực của Chính phủ trong lĩnh vực lập pháp là dấu hiệu đầu tiên thể hiện sự suy yếu của Hạ viện (Nghị viện) trước Chính phủ và cũng là của lập pháp trước hành pháp. Có thể thấy, quá trình lập pháp từ sáng kiến luật, thảo luận, thông qua, ban hành, sửa đổi và thực thi trên thực tế đều thấy vai trò rất lớn của Chính phủ. Bởi vì theo Hiến pháp 1958, Chính phủ không chỉ chia sẻ, mà ở những khâu quan trọng, Chính phủ có khả năng trực tiếp như một chủ thể chính thức và chủ yếu của việc làm luật[1].

- *Công bố luật và thi hành luật:* khi Nghị viện đã thông qua một dự luật thì dự luật đó phải gửi đến cho Tổng thống ký công

1 Nguyễn Văn Huyên (Chủ biên) (2007), Hệ thống chính trị Anh, Pháp, Mỹ - Mô hình tổ chức và hoạt động, Nxb. Lý luận Chính trị, tr.186-187.

bố. Hiến pháp 1958 đã tính đến hai khả năng có thể xảy ra đối với các dự luật khi được gửi đến cho Tổng thống. Khả năng thứ nhất, Tổng thống có quyền yêu cầu Nghị viện thảo luận lại về toàn bộ hoặc một số điều luật và theo quy định của Hiến pháp, Nghị viện phải xem xét theo yêu cầu của Tổng thống. Khả năng thứ hai, Tổng thống yêu cầu Hội đồng Bảo hiến xem xét lại tính hợp hiến của đạo luật đó. Nếu Hội đồng Bảo hiến kết luận đạo luật đó vi hiến thì Tổng thống có quyền phủ quyết đạo luật đó[2]. Chính phủ Cộng hòa Pháp không chỉ có quyền ban hành các văn bản pháp quy để hướng dẫn thi hành các đạo luật trong thực tế mà còn để điều chỉnh các quan hệ xã hội mới phát sinh nhằm đáp ứng yêu cầu tức thời trong hoạt động quản lý. Không những thế, Tổng thống Cộng hòa Pháp có thể tự mình hoặc theo yêu cầu của Thủ tướng ra sắc lệnh nhằm triệu tập phiên họp bất thường của Nghị viện.

- Quyết định đưa dự luật ra trưng cầu ý dân: Điều 11 Hiến pháp 1958 Cộng hòa Pháp quy định: theo đề nghị của Chính phủ, trong khi Nghị viện họp hoặc theo đề nghị chung của hai Viện được công bố trên Công báo thì Tổng thống có quyền đưa ra trưng cầu ý kiến nhân dân các dự luật về tổ chức các cơ quan công quyền, các dự luật về cải cách chính sách kinh tế, xã hội hoặc môi trường quốc gia và dịch vụ công cộng hoặc dự luật phê chuẩn điều ước quốc tế không có quy định trái với Hiến pháp nhưng có ảnh hưởng đến hoạt động của các thiết chế nhà nước. Nếu kết quả trưng cầu ý kiến nhân dân chuẩn y việc thông qua dự thảo luật thì Tổng thống công bố luật trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày có kết quả trưng cầu ý kiến nhân dân.

1.2 Sự phân công và phối hợp trong lĩnh vực hành pháp

Về thành lập Chính phủ, chính thể cộng hòa lưỡng tính (hỗn hợp) là sự kết hợp những yếu tố của cộng hòa đại nghị và cộng hòa tổng thống để tạo ra một cơ quan hành pháp có hai người đứng đầu hay còn gọi là "Chính phủ lưỡng đầu": vừa có Tổng thống, vừa có Thủ tướng. Tổng thống do cử tri trực tiếp bầu ra thông qua phổ thông đầu phiếu. Cách thành lập này giống như Tổng thống ở các nước theo chính thể cộng hòa Tổng thống. Trong khi đó, Thủ tướng và các Bộ trưởng được thành lập trên cơ sở của Nghị viện (Hạ viện). Tổng thống buộc phải bổ nhiệm thủ lĩnh của đảng chiếm đa số trong Nghị viện (Hạ viện) làm Thủ tướng. Tại Pháp, "Tổng thống bổ nhiệm Thủ tướng, Tổng thống chấm dứt nhiệm vụ của Thủ tướng khi Thủ tướng đệ trình đơn từ chức của Chính phủ. Tổng thống bổ nhiệm và chấm dứt các thành viên của Chính phủ theo đề nghị của Thủ tướng" (Điều 8 Hiến pháp 1958). Theo Điều 8, có thể hiểu Tổng thống Pháp có toàn quyền trong việc bổ nhiệm Thủ tướng. Tuy nhiên, các Điều 20, 49, 50 của Hiến pháp cũng quy định, Chính phủ chịu trách nhiệm trước Hạ viện và phải từ chức nếu Hạ viện bất tín nhiệm. Do đó, trên thực tế, Tổng thống Pháp không thể bổ nhiệm ai khác làm Thủ tướng ngoài thủ lĩnh của đảng chiếm đa số trong Hạ viện. Như vậy, sự thành lập Chính phủ Pháp cũng giống như các nước theo chính thể đại nghị.

Cách thức thành lập Chính phủ ở Nga có khác so với Pháp. Theo Điều 83 Hiến pháp 1993 của Liên bang Nga: "Tổng thống bổ nhiệm Thủ tướng với sự đồng ý của Đuma Quốc gia. Tổng thống bổ nhiệm và bãi miễn các Phó Thủ tướng và các Bộ trưởng theo đề nghị của Thủ tướng". Tuy nhiên, cũng theo Hiến pháp, nếu sau ba lần Đuma Quốc gia bác ứng cử viên Thủ tướng do Tổng thống giới thiệu thì Tổng thống có quyền giải tán Đuma Quốc gia. Quy định này cho phép Tổng thống Nga giải tán Hạ viện, nếu Hạ viện không đồng ý với ứng viên Thủ tướng. Do vậy, trong nhiều trường hợp, Tổng thống gần như toàn quyền quyết định trong việc chọn ai làm Thủ tướng, bất luận ý kiến của Đuma Quốc gia.

Trong thực hiện quyền hành pháp, chính thể cộng hòa lưỡng tính thể hiện rõ nét nhất tính "hành pháp hai đầu". Tổng

2 Nguyễn Văn Huyên, tlđd, tr.180.

thống và Chính phủ cùng san sẻ quyền hành pháp. Tổng thống chủ tọa các phiên họp của Chính phủ và đề ra những chính sách quan trọng về đối nội, đối ngoại. Đây là một thẩm quyền đặc biệt, làm nổi bật vai trò của Tổng thống trong việc thực thi quyền hành pháp. Ở Pháp và Nga, tuy Hiến pháp không ghi nhận quyền hành pháp của Tổng thống nhưng việc Tổng thống có thẩm quyền chủ tọa các phiên họp của Chính phủ chính là đã gián tiếp ghi nhận Tổng thống đứng đầu hành pháp (Điều 9 Hiến pháp 1958 của Pháp: "Tổng thống chủ tọa Hội đồng Bộ trưởng"; Điều 13: "Tổng thống ký sắc lệnh và lệnh được biểu quyết tại Hội đồng Bộ trưởng". Điều 83 Hiến pháp Nga: "Tổng thống chủ tọa các phiên họp của Chính phủ"; Điều 80: "Tổng thống căn cứ vào Hiến pháp và luật để xác định những phương hướng cơ bản của chính sách đối nội và đối ngoại của Nhà nước"). Như vậy, ở Pháp và Nga, trong lĩnh vực hành pháp, Tổng thống đề ra các chính sách đối nội và đối ngoại, còn Chính phủ thực thi những chính sách đó. Đây có lẽ là sự phân chia thẩm quyền giữa Tổng thống và Thủ tướng trong hành pháp. Thủ tướng sẽ điều hành hoạt động của Chính phủ để thực thi các chính sách mà phiên họp Chính phủ (dưới sự chủ tọa của Tổng thống) đưa ra[3].

Điều 5 Hiến pháp Pháp 1958 quy định: "Tổng thống có nhiệm vụ bảo vệ Hiến pháp. Đóng vai trò trọng tài, Tổng thống đảm bảo sự hoạt động và điều hòa của các cơ quan công quyền và sự liên tục của quốc gia. Tổng thống là người bảo đảm cho nền độc lập quốc gia, sự toàn vẹn lãnh thổ và việc tôn trọng các cam kết quốc tế". Với tư cách là người đứng đầu Nhà nước do dân bầu ra, Tổng thống thực hiện chức năng đại diện và đóng vai trò trọng tài trong các công việc nhà nước. Tổng thống là người bảo vệ Hiến pháp, đảm bảo nền cộng hòa, độc lập dân tộc và toàn vẹn lãnh thổ của đất nước, đảm bảo hoạt động thông suốt của các cơ quan nhà nước. Là người đứng đầu và đại diện của đất nước trong quan hệ đối ngoại, Tổng thống đảm bảo việc tôn trọng các hiệp định và hiệp ước ký kết. Tổng thống điều hòa mối quan hệ giữa Chính phủ và Nghị viện. Như vậy, Tổng thống đứng trung gian giữa Chính phủ và Nghị viện. Tổng thống là người đại diện tối cao của Nhà nước trong quan hệ quốc tế. Tổng thống ủy nhiệm cho các đại sứ khi họ ra nước ngoài, và tiếp nhận sự ủy nhiệm của các đại sứ nước ngoài khi họ đến Pháp (Điều 14 Hiến pháp 1958). Tổng thống có quyền thảo luận, đàm phán và ký kết các điều ước quốc tế. Đây là một thẩm quyền rất quan trọng của Tổng thống khi ông thay mặt đất nước thể hiện chính kiến của quốc gia khi thảo luận và đàm phán, ký kết các điều ước quốc tế. Tuy nhiên, thẩm quyền phê chuẩn để các điều này có hiệu lực trên thực tế thì lại thuộc về Nghị viện và có những điều ước phải tổ chức trưng cầu ý dân. Theo quy định tại Điều 15 Hiến pháp 1958, Tổng thống là Tổng Tư lệnh các lực lượng vũ trang (Chef des armées), là người đứng đầu Hội đồng và Ủy ban Quốc gia Tối cao về quốc phòng. Đây là thẩm quyền vô cùng quan trọng của Tổng thống vì các cơ quan này chính là cơ quan xác định các nguyên tắc và chính sách quân sự quốc gia, bổ nhiệm các chức vụ quân sự cao cấp quyết định sử dụng vũ khí nguyên tử. Đây là lĩnh vực rất nhạy cảm, do đó, chỉ có Tổng thống và Ủy ban Quốc gia Tối cao về quốc phòng mới có quyền sử dụng vũ khí hạt nhân, và trước khi sử dụng trên thực tế, quyết định này còn phải được sự chấp thuận của Nghị viện Pháp[4].

Hiến pháp 1958 giao cho Thủ tướng khá nhiều quyền hạn để điều hành đất nước. Điều 21 quy định: "Thủ tướng điều khiển hoạt động của Chính phủ. Thủ tướng chịu trách nhiệm về quốc phòng, bảo đảm việc thực thi pháp luật". Thủ tướng Pháp còn có một số thẩm quyền đặc biệt như: là người duy nhất có quyền thỉnh cầu Hội đồng Kinh tế - xã hội; được Tổng thống hỏi ý kiến trong hai trường hợp: giải tán Hạ nghị viện (Điều

3 Bùi Tiến Đạt (2011), Chính thể "Cộng hòa lưỡng tính": sáng tạo nhưng đầy bất trắc trong "Hiến pháp: Những vấn đề lý luận và thực tiễn", Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, tr.172.

4 Nguyễn Văn Huyên, tlđd, tr.182.

12) và sử dụng quyền hạn đặc biệt (Điều 16); có thể thỉnh cầu Hội đồng Bảo hiến trong trường hợp có sự nghi ngờ về tính hợp hiến của đạo luật[5].

Điều 113 Hiến pháp 1993 của Liên bang Nga quy định: Thủ tướng vừa là người lãnh đạo Chính phủ, vừa là người hoạch định phương hướng hoạt động cơ bản của Chính phủ. Khi thực hiện nhiệm vụ của mình, Thủ tướng phải tuân theo Hiến pháp, pháp luật liên bang và sắc lệnh của Tổng thống liên bang. Thủ tướng chủ trì việc soạn thảo các dự luật hay dự án sắc lệnh của Tổng thống khi được Tổng thống ủy quyền; báo cáo với Tổng thống kết quả việc thực hiện nhiệm vụ được giao. Với tư cách là người đứng đầu Chính phủ, Thủ tướng cũng đệ trình Đuma Quốc gia phê chuẩn ngân sách quốc gia, dự án luật, đề án, chương trình[6]...

2. Mối quan hệ kiểm soát giữa lập pháp và hành pháp trong chính thể cộng hòa hỗn hợp

2.1 Sự kiểm soát của lập pháp đối với hành pháp

Như đã phân tích, hành pháp trong chính thể cộng hòa hỗn hợp bao gồm Tổng thống và Chính phủ. Tổng thống được thành lập độc lập với Nghị viện, Tổng thống do nhân dân trực tiếp bầu ra và về cơ bản không chịu trách nhiệm trước Nghị viện. Về cơ bản, Tổng thống chỉ phải chịu trách nhiệm trước nhân dân chứ không phải chịu một sức ép nào hay một trách nhiệm nào trước các nhánh quyền lực khác. Thông qua cuộc trưng cầu ý dân, Tổng thống có thể phải từ chức. Lịch sử nước Pháp cũng đã từng chứng kiến sự ra đi của Tổng thống De Gaulle sau cuộc trưng cầu ý dân vào năm 1969 (trước 3 năm so với thời điểm kết thúc nhiệm kỳ). Điều này bảo đảm tính khách quan trong hoạt động của Tổng thống. Tuy nhiên, căn cứ vào Hiến pháp và thực tế chính trị, Tổng thống luôn phải chịu sự giám sát của nhân dân và bị kiềm chế bởi các nhánh quyền lực khác. Nghị viện Pháp có thể không thông qua chính sách và chiến lược phát triển đất nước của Tổng thống, gây khó khăn cho việc thực thi chính sách của Tổng thống. Với tư cách là nguyên thủ quốc gia, Tổng thống được hưởng quyền miễn trừ trong mọi lĩnh vực. Tuy nhiên, khi Tổng thống phạm một tội đặc biệt nghiêm trọng thì Nghị viện có thể nêu vấn đề phế truất. Điều 68 Hiến pháp Pháp quy định: "Tổng thống không phải chịu trách nhiệm trước những hành động nhằm thực thi nhiệm vụ, trừ trường hợp phạm tội phản quốc". Trong trường hợp đó, tuy không có quyền phế truất Tổng thống nhưng Nghị viện đóng một vai trò quan trọng trong quy trình dẫn đến việc phế truất Tổng thống. Cũng theo Điều 68 Hiến pháp 1958 của Pháp: "Tổng thống bị truy tố bởi hai Viện bằng hai cuộc bỏ phiếu theo nguyên tắc đa số tuyệt đối. Tổng thống bị Tòa án tối cao xét xử". Tòa án tối cao là cơ quan duy nhất có quyền xét xử Tổng thống bao gồm các thành viên là nghị sĩ do hai viện bầu lên. Nếu Tòa án tối cao quyết định Tổng thống có tội thì Tổng thống sẽ lập tức bị đình chỉ nhiệm vụ bằng một quyết định của Hội đồng Bảo hiến.

Vấn đề phế truất Tổng thống Liên bang Nga do Nghị viện đặt ra và Nghị viện

5 Bùi Tiến Đạt (2011), Chính thể "Cộng hòa lưỡng tính": sáng tạo nhưng đầy bất trắc" trong Hiến pháp: Những vấn đề lý luận và thực tiễn, tlđd, tr.172.

6 Xem cụ thể Vũ Dương Huân (chủ biên) (2002), Hệ thống chính trị Liên bang Nga: Cơ cấu và tác động đối với quá trình hoạch định chính sách đối ngoại, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 108-112.

quyết định[7]. Nghị viện Nga có quyền đưa ra sự buộc tội và quyết định phế truất Tổng thống. Còn Nghị viện Pháp chỉ có quyền đưa ra sự buộc tội còn quyết định phế truất Tổng thống thuộc về Tòa án tối cao[8].

Thủ tướng và các Bộ trưởng vì được thành lập trên cơ sở Nghị viện (Hạ viện) nên phải chịu trách nhiệm trước Nghị viện (Hạ viện). Điều 20 Hiến pháp Pháp quy định: "Chính phủ chịu trách nhiệm trước Hạ viện theo các điều kiện và thủ tục quy định trong các Điều 49, 50". Các Nghị sĩ có thể chất vấn Chính phủ, Nghị viện có thể thành lập các Ủy ban điều tra nhằm tìm kiếm thông tin về hoạt động của Chính phủ trong một vụ việc nhất định. Theo quy định của Điều 50, "Nếu Hạ viện thông qua một sự chỉ trích hay không chấp nhận chương trình hoạt động của Chính phủ, thì Thủ tướng phải đệ đơn từ chức lên Tổng thống". Tổng thống chấm dứt nhiệm vụ của Thủ tướng và theo đề nghị của Thủ tướng, Tổng thống chấm dứt nhiệm vụ của các Bộ trưởng.

Ở Nga, Đuma Quốc gia có thể bỏ phiếu bất tín nhiệm Chính phủ. Vấn đề bỏ phiếu tín nhiệm hoặc do Chính phủ yêu cầu hoặc do Đuma Quốc gia nêu ra (Điều 113 Hiến pháp Liên bang Nga). Khi Đuma Quốc gia biểu quyết bất tín nhiệm Chính phủ, Chính phủ không bị giải tán ngay mà Tổng thống sẽ cân nhắc và quyết định giải tán Đuma Quốc gia hay Chính phủ. Việc Chính phủ có bị giải tán hay không hoàn toàn do Tổng thống quyết định chứ không phải do Đuma Quốc gia. Theo Điều 83 Hiến pháp Nga 1993, "Tổng thống quyết định sự từ chức của Chính phủ". Đây là một thẩm quyền rất lớn của Tổng thống. Theo đó, một khi Chính phủ không còn sự tin tưởng của Tổng thống nữa thì Tổng thống có quyền giải tán Chính phủ. Quyền hạn này của Tổng thống Nga không khác gì Tổng thống Mỹ, người có toàn quyền cách chức các thành viên Chính phủ.

2.2 Sự kiểm soát của hành pháp đối với lập pháp

Trong chính thể cộng hòa hỗn hợp, quyền phủ quyết luật của Nghị viện và quyền giải tán Nghị viện trước thời hạn là hai công cụ quan trọng mà hành pháp được trang bị để kiểm soát lại lập pháp. Theo quy định của Hiến pháp 1958, khi Tổng thống nhận một dự luật đã được hai Viện thông qua thì Tổng thống có quyền yêu cầu Nghị viện thảo luận lại về toàn bộ hoặc một số điều luật. Trong trường hợp này, Nghị viện phải xem xét theo yêu cầu của Tổng thống. Bên cạnh đó, Tổng thống có quyền yêu cầu Hội đồng Bảo hiến xem xét lại tính hợp hiến của đạo luật. Nếu Hội đồng Bảo hiến kết luận đạo luật đó vi hiến thì Tổng thống có quyền phủ quyết đạo luật đó.

Theo quy định của Điều 12 Hiến pháp Pháp, "Sau khi tham khảo ý kiến Thủ tướng và Chủ tịch hai Viện, Tổng thống có thể giải

7 Thủ tục phế truất được quy định tại Điều 93 của Hiến pháp: "1. Tổng thống Liên bang Nga bị Hội đồng Liên bang Nga buộc tội khi phản bội tổ quốc hay phạm tội nghiêm trọng khác, đã được Tòa án Tối cao định tội và được Tòa án Hiến pháp xác nhận thủ tục buộc tội đã được giám sát. 2. Quyết định của Đuma Quốc gia về việc đưa ra sự buộc tội và quyết định của Hội đồng Liên bang về việc phế truất Tổng thống khỏi chức vụ phải được bởi 2/3 số phiếu trong mỗi Viện theo sáng kiến của ít nhất 1/3 Hạ nghị sĩ và khi có kết luận của một Ủy ban đặc biệt do Đuma Quốc gia thành lập. 3. Quyết định của Hội đồng Liên bang Nga về việc phế truất Tổng thống khỏi chức vụ phải được thông qua trong thời hạn 03 tháng sau khi Đuma Quốc gia đưa ra sự buộc tội Tổng thống. Nếu trong thời hạn này, quyết định của Hội đồng Liên bang không được đưa ra thì sự buộc tội đó coi như bị bác bỏ".

8 Bùi Tiến Đạt (2011), Chính thể "Cộng hòa lưỡng tính": sáng tạo nhưng đầy bất trắc" trong Hiến pháp: Những vấn đề lý luận và thực tiễn, tlđd, tr. 174-175.

tán Hạ viện. Tổng tuyển cử sẽ tổ chức ít nhất 20 ngày và nhiều nhất 40 ngày sau khi bị giải tán". Điều 12 cũng quy định những trường hợp không được giải tán Hạ viện nhằm hạn chế bớt sự lạm quyền của Tổng thống trong việc giải tán Hạ viện: "Tổng thống không thể giải tán Hạ nghị viện trong một năm sau khi cuộc tổng tuyển cử được tổ chức". Ngoài ra, Điều 16 Hiến pháp 1958 cũng quy định: "Hạ nghị viện không thể bị giải tán khi Tổng thống sử dụng những biện pháp đặc biệt"[9].

Những quy định trên cho thấy, Hiến pháp của các quốc gia theo chính thể cộng hòa hỗn hợp đều cho Tổng thống có quyền quyết định việc giải tán Hạ nghị viện trước thời hạn (trong khi đó, nguyên thủ quốc gia trong chính thể đại nghị thì chỉ giải tán Nghị viện theo yêu cầu của Thủ tướng). Đây là một thẩm quyền khá đặc biệt mà rất ít Hiến pháp cho phép. Ở Pháp, Tổng thống có thể tự quyết định giải tán Hạ viện khi xét thấy cần thiết. Việc hỏi ý kiến Thủ tướng và Chủ tịch mỗi Viện chỉ mang tính chất tham khảo. Hơn nữa, việc Tổng thống ra quyết định giải tán Hạ viện có thể vì lý do khác, ví dụ, Tổng thống có thể tuyên bố giải tán Hạ viện nhằm củng cố một số ghế vững chắc cho đảng mình trong Hạ viện. Thực tế cho thấy, các Tổng thống Pháp đã bốn lần sử dụng quyền này nhằm tạo số ghế vững chắc hơn cho đảng mình ở Hạ viện[10]. Nhà nghiên cứu chính trị học người Pháp Pierre Pactet cho rằng, hoạt động của Nghị viện, mà dấu ấn quan trọng là đảm bảo dân chủ qua lá phiếu, trong nhiều tình huống, trở nên hình thức, trở thành một loại "dịch vụ bỏ phiếu" cho Chính phủ mà thôi. Cán cân quyền lực đã không còn cân bằng và ở góc độ nào đó, có thể nói cơ chế kiểm soát quyền lực không đạt được. Thậm chí, cơ quan hành pháp từ chỗ tham gia vào quyền lập pháp, ở mức độ nhất định, đã thâu tóm, tiếm quyền lập pháp. Điều đó cũng cho thấy một quy luật bất thành văn là con lắc quyền lực luôn nghiêng về phía hành pháp, cho dù nhân loại đã mất bao công sức nhằm làm cho nó ở trạng thái cân bằng[11].

3. Những tác động của đảng chính trị đến mối quan hệ giữa lập pháp và hành pháp trong chính thể cộng hòa hỗn hợp

Mục đích ban đầu của Tổng thống De Gaulle khi sáng tạo ra cộng hòa hỗn hợp là nhằm tăng cường quyền lực cho Tổng thống nhưng Đảng chính trị đã làm sai lệch mục đích ban đầu của các nhà lập hiến và làm cho chính thể cộng hòa hỗn hợp luôn tiềm ẩn nguy cơ bất trắc. Vai trò của các Đảng phái chính trị trong hệ thống chính trị Pháp được ghi nhận trong Điều 4 của Hiến pháp: "Các đảng và các nhóm chính trị thúc đẩy việc thể hiện ý kiến thông qua biểu quyết. Chúng được tự do hình thành và tiến hành các hoạt động của mình. Chúng phải tôn trọng các nguyên tắc về chủ quyền quốc gia và dân chủ". Và chính các Đảng phái chính trị đã làm cho thực tiễn

9 Hiến pháp Liên bang Nga 1993 quy định ba trường hợp mà Tổng thống có quyền giải tán Đuma Quốc gia, bao gồm: i). Sau ba lần Đuma Quốc gia bác bỏ ứng cử viên Thủ tướng Chính phủ Liên bang Nga do Tổng thống Liên bang Nga giới thiệu, thì Tổng thống Liên bang Nga tự bổ nhiệm Thủ tướng Chính phủ Liên bang Nga, giải tán Đuma Quốc gia và quyết định cuộc bầu cử mới (Khoản 4 Điều 111 Hiến pháp); ii). Đuma Quốc gia có thể tuyên bố bất tín nhiệm Chính phủ Liên bang Nga bằng một nghị quyết được thông qua bởi đa số Nghị sĩ trong Đuma Quốc gia. Sau ba tháng nếu Đuma Quốc gia vẫn giữ quyết định này, Tổng thống Liên bang Nga phải tuyên bố về việc từ chức của Chính phủ hoặc giải tán Đuma Quốc gia" (Khoản 3 Điều 17 Hiến pháp); iii). Thủ tướng Chính phủ Liên bang Nga có thể đặt vấn đề tín nhiệm Chính phủ ra trước Đuma Quốc gia. Nếu Đuma Quốc gia bỏ phiếu bất tín nhiệm Chính phủ thì trong vòng bảy ngày Tổng thống phải tuyên bố việc từ chức của Chính phủ hoặc giải tán Đuma Quốc gia" (Khoản 4 Điều 117 Hiến pháp). Hiến pháp Liên bang Nga 1993 (Khoản 3, 4, 5 Điều 109) cũng quy định các trường hợp mà Đuma Quốc gia không thể bị giải tán, đó là: i) Đuma Quốc gia không thể bị giải tán theo căn cứ quy định tại Điều 117 trong thời hạn một năm sau khi nó được bầu; ii) Đuma Quốc gia không thể bị giải tán từ thời điểm đưa ra sự buộc tội Tổng thống đến trước khi Hội đồng Liên bang Nga thông qua quyết định tương ứng; iii) Đuma Quốc gia không thể bị giải tán trong thời gian có tình trạng chiến tranh hoặc tình hình đặc biệt trên toàn bộ lãnh thổ Liên bang Nga.

10 Bùi Tiến Đạt (2011), Chính thể "Cộng hòa lưỡng tính": sáng tạo nhưng đầy bất trắc" trong Hiến pháp: Những vấn đề lý luận và thực tiễn, tlđd, tr. 174.

11 Nguyễn Văn Huyên (Chủ biên) (2007), Hệ thống chính trị Anh, Pháp, Mỹ - Mô hình tổ chức và hoạt động, tlđd, tr. 179.

chính trị ở các nước hoàn toàn khác so với tinh thần của Hiến pháp và nó đã làm sai lệch, biến dạng những đại chính thể. Trên thực tế, dưới sự ảnh hưởng của Đảng chính trị, chính thể cộng hòa hỗn hợp đã bị biến dạng theo hai hướng:

Thứ nhất, nếu giữa Tổng thống và khối đa số trong Nghị viện (Hạ viện) là người cùng một đảng thì đó là một may mắn lớn cho Tổng thống. Vì Tổng thống sẽ tự do chọn Thủ tướng, Nghị viện sẽ dễ dàng phê chuẩn và Thủ tướng sẽ chọn các Bộ trưởng theo ý muốn của Tổng thống (cả Tổng thống, Thủ tướng, các Bộ trưởng và khối đa số trong Nghị viện là cùng một đảng). Trong trường hợp này, Tổng thống có quyền lực rất lớn, khống chế cả Nghị viện và Chính phủ. Thủ tướng hoạt động như một Phó Tổng thống, trợ lý, giúp việc cho Tổng thống. Cộng hòa hỗn hợp đã bị biến dạng thành cộng hòa tổng thống, thậm chí là "siêu tổng thống"[12]. Như vậy, chính thể cộng hòa lưỡng tính tuy mong muốn hạn chế sự chuyên quyền của Tổng thống (như chính thể tổng thống) nhưng lại "vô tình" tạo nên cơ chế Tổng thống chuyên quyền hơn. Một điểm yếu nữa trong trạng thái chính thể này là vị Thủ tướng có vai trò mờ nhạt, trở thành một thiết chế không cần thiết. Điều này dẫn đến khả năng Tổng thống độc tài, vì ông có vai trò chẳng khác nào ông vua trong chính thể quân chủ[13].

Thứ hai, Tổng thống và đa số thành viên Nghị viện (Hạ viện) khác đảng nhau, sẽ gây bất lợi, khó khăn cho Tổng thống trong việc điều hành và quản lý. Tổng thống có thể nhượng bộ lựa chọn một Thủ tướng cùng đảng với Nghị viện (Hạ viện) để được Nghị viện (Hạ viện) phê chuẩn, chấp nhận Thủ tướng là người khác đảng với Tổng thống. Thủ tướng sẽ lựa chọn các Bộ trưởng cùng đảng với Nghị viện (Hạ viện), lúc đó Tổng thống bị cô lập, chấp nhận sống chung chính trị, "đồng sàng dị mộng". Hành pháp lúc này không thể thông suốt, bất lợi cho Tổng thống trong việc hoạch định chính sách, kể cả với Thủ tướng trong việc thực thi chính sách đó, dẫn đến mâu thuẫn trong nội bộ cơ quan hành pháp. Nếu khác đảng, Tổng thống và Thủ tướng thường xuyên sẽ có những bất đồng quan điểm, mặc dù thẩm quyền thường được phân định là Tổng thống thì phụ trách hoạch định chính sách đối ngoại, an ninh - quốc phòng, còn Thủ tướng chủ yếu tập trung vào các chính sách đối nội như kinh tế, tài chính, giáo dục. Tổng thống có thể thực hiện quyền giải tán Nghị viện để tiến hành bầu cử sớm nhưng phương án này rất rủi ro vì do dân bầu và quyết định thành phần của Nghị viện chứ Tổng thống không quyết định được thành phần của Nghị viện[14]. Nếu Tổng thống không muốn hoặc không có khả năng tranh giành quyền hành pháp với Thủ tướng thì

(Xem tiếp trang 35)

12 Vì Tổng thống Pháp và Nga còn quyền lực hơn Tổng thống Hoa Kỳ ở hai điểm sau đây: i). Trong lĩnh vực lập pháp, Tổng thống Pháp và Nga ngoài quyền kiến nghị lập pháp và phủ quyết giống Tổng thống Mỹ còn có quyền chỉ đạo xây dựng các dự luật. Bởi vì yếu tố đại nghị cho phép Chính phủ soạn thảo phần lớn các dự luật để trình Nghị viện thông qua. ii). Quyền giải tán Hạ viện: Tổng thống Pháp và Nga từng nhiều lần giải tán Hạ viện không phải vì hoạt động của Hạ viện yếu kém mà vì lợi ích riêng (chẳng hạn bầu cử lại một Hạ viện mới ủng hộ Tổng thống hơn).

13 Bùi Tiến Đạt (2011), Chính thể "Cộng hòa lưỡng tính": "sáng tạo nhưng đầy bất trắc" trong Hiến pháp: Những vấn đề lý luận và thực tiễn, tlđd, tr.178.

14 Điển hình nhất là vụ Tổng thống Sirắc của Pháp giải tán Hạ viện vào ngày 21/4/1997, do có mâu thuẫn giữa nội bộ hành pháp với nhau. Lúc bấy giờ, Tổng thống Sirắc thấy rằng Giôxpanh đang giữ chức Thủ tướng không phải là người của đảng mình, thế nên mặc dù là nguyên thủ quốc gia nhưng ông chỉ có quyền hoạch định chính sách và phụ trách các lĩnh vực liên quan đến hoạt động đối ngoại, xã hội, giáo dục và an ninh quốc phòng, người thực hiện các chính sách này và nắm trong tay thực quyền là Thủ tướng. Từ nhận định này, ông đã có một quyết định táo bạo là giải tán Hạ viện để Nhân dân bầu cử lại với mong muốn người của đảng ông ta sẽ giành được đa số phiếu trong cuộc bầu cử. Nhưng đây lại là quyết định sai lầm vì đa số dân chúng Pháp đã không chọn đảng của ông là đảng đại diện cho ý chí của họ. Đảng Xã hội (PS), cùng với nhiều đảng cánh tả khác, đã đánh bại liên minh bảo thủ của Sirắc với thắng lợi vang dội, buộc Sirắc bước vào một giai đoạn sống chung mới với Jospin là Thủ tướng. Tình trạng này kéo dài trong suốt 5 năm, từ năm 1997 đến năm 2002 mới có thể chấm dứt bằng một cuộc bầu cử mới. Trong thời gian này, quyền lực của Tổng thống ngày càng suy yếu dần do Tổng thống không được sự ủng hộ của Nghị viện và Nhân dân.

BẢO VỆ QUYỀN CỦA CHỦ NỢ TRONG HOẠT ĐỘNG KINH DOANH CỦA DOANH NGHIỆP

Nguyễn Thị Lan Hương*
* GV. Bộ môn Luật Kinh doanh, Khoa Luật - ĐHQG Hà Nội.

Thông tin bài viết:
Từ khóa: doanh nghiệp, công ty cổ phần, nợ, con nợ, ngân hàng thương mại, quyền truy cập thông tin, nghĩa vụ của lòng trung thành
Lịch sử bài viết:
Nhận bài : 22/01/2019
Biên tập : 18/02/2019
Duyệt bài : 27/02/2019

Tóm tắt:
Có thể nói khi doanh nghiệp lâm vào tình trạng khó khăn trong trả nợ, yêu cầu hỗ trợ của tổ chức xử lý nợ của doanh nghiệp chỉ là giải pháp tình thế. Vấn đề là phải làm thế nào tìm ra nguyên nhân và bất cập về bảo vệ chủ nợ trong hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp để hạn chế tối đa thiệt hại cho chủ nợ. Hoàn thiện pháp luật về doanh nghiệp là nền tảng cơ bản bảo vệ quyền chủ nợ bền vững và buộc doanh nghiệp, người quản lý, điều hành doanh nghiệp tôn trọng quyền của chủ nợ và người liên quan.

Article Infomation:
Keywords: Enterprise, Join Stock Corporation, Debt, Debtor, Commercial Bank, right to acess information, duty of loyalty
Article History:
Received : 22 Jan. 2019
Edited : 18 Feb. 2019
Approved : 27 Feb. 2019

Abstract
It can be seen that an enterprise shall face with difficulties for debt repayments, the supports of the debt-settling organization for enterprises is just a temporary solution. The raised question is how to find out the causes and inadequacies related to creditor protection in business activities to minimize the creditors' losses. Improvement of the law on enterprises is the fundamental ground to protect the right of creditors and compel enterprises, managers and executives to respect the rights of creditors and related stakeholders.

1. Nợ và triết lý vay nợ của doanh nghiệp

1.1 Nợ của doanh nghiệp

Theo Từ điển Investopedia, nợ là khoản tiền vay của một bên từ một bên khác. Vay nợ là hình thức được nhiều công ty và cá nhân sử dụng để giao dịch. Khoản vay được thu xếp cho bên vay với điều kiện phải hoàn trả sau đó cùng với lãi suất[1]. Trên thực tế, quan hệ vay nợ phát sinh khi một bên có nhu cầu huy động vốn, một bên có nhu cầu cho vay hoặc bán chịu hàng hóa.

Dưới góc độ kinh tế, nợ phát sinh trong quan hệ tín dụng - quan hệ sử dụng vốn lẫn nhau dựa trên nguyên tắc hoàn trả. Trong quan hệ này, chủ nợ cho vay nhằm tìm kiếm lợi ích kinh tế từ khoản lãi suất hoặc duy trì quan hệ kinh doanh, còn chủ thể vay nhằm mục đích đầu tư kinh doanh.

1 https://www.investopedia.com/terms/d/debt.asp

Dưới góc độ pháp lý, khoản nợ phát sinh từ hợp đồng vay, theo đó bên vay có quyền sử dụng vốn trong một thời hạn thỏa thuận, còn bên cho vay có quyền được hoàn trả gốc và lãi theo cam kết.

Ở Việt Nam, quy định về nợ của doanh nghiệp liên quan đến chế định về hợp đồng vay trong Bộ luật Dân sự, Luật Doanh nghiệp, Luật Chứng khoán, Luật Phá sản, Luật Kế toán, Luật Kiểm toán. Cụ thể là doanh nghiệp khi tham gia quan hệ tín dụng có nghĩa vụ hoàn trả khoản vay hoặc khoản nợ do mua chịu hàng hóa. Trong hoạt động kinh doanh, doanh nghiệp có nghĩa vụ hạch toán khoản nợ trên tài khoản kế toán theo Luật Kế toán, hoặc khoản nợ được chi trả theo trình tự thanh toán nợ trong xử lý phá sản doanh nghiệp theo Luật Phá sản…

Như vậy, thông thường, trong hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, khoản nợ phát sinh dựa trên các giao dịch của doanh nghiệp trong vay vốn, mua chịu hàng hóa. Về bản chất, nó là trái vụ doanh nghiệp hình thành dựa trên thỏa thuận trong hợp đồng và chủ nợ có quyền yêu cầu hoàn trả và thực hiện các biện pháp để bảo vệ quyền lợi của mình.

1.2 Triết lý bảo vệ chủ nợ

Bảo vệ chủ nợ bằng tài sản của doanh nghiệp

Triết lý bảo vệ chủ nợ bằng tài sản của doanh nghiệp bắt nguồn từ quan hệ tín dụng. Khoản vốn vay được sử dụng nhằm tạo lợi ích cho chủ sở hữu. Do trong công ty trách nhiệm hữu hạn (TNHH) và công ty cổ phần (CTCP) người góp vốn hoặc cổ đông với tư cách là chủ sở hữu nhưng chỉ chịu TNHH trong phần vốn góp, nên chủ nợ chỉ có quyền đòi nợ công ty và công ty có nghĩa vụ trả nợ bằng chính tài sản của mình. Đây là quan điểm phổ biến theo Luật Công ty của các nước, trong đó có Việt Nam.

Ở Anh, Mỹ, theo truyền thông, nguyên tắc vốn pháp định có vị trí quan trọng trong bảo vệ chủ nợ. Nguyên tắc này bao trùm lên việc phát hành cổ phần tăng vốn điều lệ, đồng thời quy định duy trì vốn của công ty bằng quy định buộc công ty hạn chế chuyển nhượng tài sản của công ty cho cổ đông[2]. Ở Nhật Bản, khoản bảo đảm chi trả cho trái chủ chỉ là tài sản của công ty[3]. Còn ở Việt Nam, khoản 1 Điều 51 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định về nghĩa vụ của thành viên công ty TNHH có hai thành viên trở lên: "Thành viên công ty có nghĩa vụ góp đủ, đúng hạn số vốn đã cam kết và chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi số vốn đã góp vào công ty", cổ đông là người sở hữu cổ phần của công ty được phân chia cổ tức và cũng chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của CTCP trong phạm vi vốn đã góp (điểm c, khoản 2 Điều 110).

Chế độ TNHH tạo ra lợi thế cho thành viên công ty và cổ đông với tư cách là người góp vốn - chủ sở hữu công ty, nhưng cũng chính chế độ trách nhiệm này ảnh hưởng đến hoạt động của công ty do phải điều chỉnh quan hệ lợi ích giữa chủ nợ và chủ sở hữu để duy trì cùng một lúc cả nguồn vốn góp và vốn vay sử dụng cho hoạt động kinh doanh.

Thông thường, khoản vốn vay nhằm thực hiện dự án đầu tư để tạo lập nên tài sản cố định của doanh nghiệp hoặc để bổ sung vốn cho hoạt động. Lợi nhuận của doanh nghiệp hình thành từ việc sử dụng tài sản tạo lập từ cả vốn của chủ sở hữu và vốn vay. Khi sử dụng khoản vốn vay, doanh nghiệp phải trả lãi vay, khoản lãi này cấu thành chi phí của doanh nghiệp, theo đó, doanh nghiệp chỉ có lãi sau khi hạch toán các chi phí trong đó có chi phí lãi vay. Chi phí lãi vay càng

2 Tham khảo: Sealy and S. Worthington, Cases and Materials in Company Law, 8th Edition (Oxford University Press 2008) pp. 372 – 374; và E. Ferran, Company Law and Corporate Finance (Oxford, New York: Oxford University Press 1999), pp. 44 - 45

3 Quan điểm của học giả Nhật Bản trong cuốn Luật Công ty, Nxb. Hội Quản lý thuế, Bản mới, 1995（青木英夫著『会社法』税務経理協会、新訂版、1995）trang 25.

lớn thì lợi nhuận của doanh nghiệp càng ít, do đó, doanh nghiệp phải cân nhắc sử dụng khoản vốn vay hợp lý nhằm bảo đảm an toàn tài chính của doanh nghiệp, tránh nguy cơ thua lỗ, phá sản gây thiệt hại cho cả chủ nợ và cả chủ sở hữu.

Quyền lợi ưu tiên của chủ nợ so với chủ sở hữu

Lợi ích của chủ nợ đối với khoản vay thực chất được bảo đảm bằng giá trị sinh lời của tài sản đầu tư của doanh nghiệp. Xét mối quan hệ giữa chủ sở hữu và chủ nợ, hai chủ thể này đều có quyền lợi phát sinh từ công ty. Tuy nhiên, chủ sở hữu có quyền lợi theo quan hệ góp vốn, còn chủ nợ có quyền lợi theo quan hệ tín dụng. Hai nhóm quan hệ này song hành tồn tại với doanh nghiệp, các quan hệ này là độc lập nhưng trong một số trường hợp vị trí chủ thể này có thể được hoán đổi.

Tài sản của doanh nghiệp được hình thành từ hành vi góp vốn của người góp vốn có thể là thành viên công ty hoặc cổ đông. Khoản nợ do doanh nghiệp vay về mặt kế toán, được quản lý tách bạch với vốn chủ sở hữu. Khoản nợ hình thành trong quan hệ tín dụng giữa doanh nghiệp và người cho vay là khoản nợ phải được hoàn trả dựa trên nguyên tắc tín dụng. Điều này có nghĩa là, doanh nghiệp sau khi được giải ngân vốn vay phải có kế hoạch thu xếp nguồn tiền để trả khoản nợ khi đến hạn bằng chính tài sản của doanh nghiệp hoặc bằng các nguồn vốn hợp pháp khác.

Do kế hoạch kinh doanh của doanh nghiệp không phải lúc nào cũng đạt mục đích như mong muốn, vốn chỉ được thu hồi sau một thời hạn nhất định, có thể nhiều năm sau khi đầu tư. Bởi vậy, quyền đòi nợ của chủ nợ được bảo đảm từ khối tài sản của doanh nghiệp bằng những bằng chứng pháp lý theo thỏa thuận khi thiết lập quan hệ tín dụng, theo đó chủ nợ có quyền ưu tiên xử lý tài sản bảo đảm để thu nợ.

Luật Công ty ở các nước cũng như Luật Doanh nghiệp Việt Nam ghi nhận nguyên tắc ưu tiên lợi ích của chủ nợ trong quan hệ với chủ sở hữu. Ở Việt Nam, CTCP chỉ được chi trả cổ tức khi đủ điều kiện: (i) Công ty đã hoàn thành nghĩa vụ thuế và các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật; (ii) Đã trích lập các quỹ công ty và bù đắp đủ lỗ trước đó theo quy định của pháp luật và Điều lệ công ty; (iii) ngay sau khi trả hết số cổ tức đã định, công ty vẫn bảo đảm thanh toán đủ các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác đến hạn (khoản 2 Điều 132 Luật Doanh nghiệp). Trong công ty TNHH 2 thành viên trở lên, điều kiện để chia lợi nhuận cho các thành viên là khi công ty kinh doanh có lãi, đã hoàn thành nghĩa vụ thuế và các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật và bảo đảm thanh toán đủ các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản đến hạn trả khác sau khi chia lợi nhuận (Điều 69 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Như vậy, chủ nợ có quyền lợi ưu tiên so với chủ sở hữu trong quan hệ với khối tài sản của doanh nghiệp. Tuy nhiên, để thực hiện được quyền này, chủ nợ phải biết hoặc phải được biết thông tin về tài chính doanh nghiệp để có thể thực hiện quyền hoặc yêu cầu bảo vệ quyền của mình.

Chủ nợ áp dụng biện pháp bảo vệ

Chủ nợ có thể áp dụng biện pháp tự bảo vệ hoặc yêu cầu được bảo vệ. Biện pháp tự bảo vệ dựa trên nguyên tắc thỏa thuận thống nhất ý chí giữa chủ nợ và doanh nghiệp vay hoặc mua chịu hàng hóa. Đối với trường hợp thỏa thuận trong vay nợ và mua bán chịu hàng hóa, bên cho vay và người bán chịu hàng hóa phải thỏa thuận với doanh nghiệp để bảo đảm thu hồi khoản cho vay hoặc khoản mua bán chịu. Theo đó, doanh nghiệp vay hoặc mua chịu hàng hóa phải thực hiện theo cam kết thỏa thuận trong hợp đồng vay hoặc hợp đồng bán chịu.

Bộ luật Dân sự quy định các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự và biện pháp này cũng được cụ thể hóa trong hoạt động cho vay của tổ chức tín dụng (TCTD). Theo đó, khi cho vay hoặc khi bán chịu hàng hóa, chủ nợ phải nhận biết rủi ro mất khả năng thanh toán của doanh nghiệp để yêu

cầu doanh nghiệp phải thực hiện biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Doanh nghiệp có thể sử dụng tài sản thuộc quyền sở hữu để thế chấp hoặc cầm cố cho khoản vay hoặc bảo đảm thực hiện nghĩa vụ thanh toán theo hợp đồng mua bán. Theo đó, chủ nợ có quyền ưu tiên thanh toán khi nhận thế chấp, cầm cố theo trình tự, thủ tục luật định.

Đối với biện pháp yêu cầu được bảo vệ, việc áp dụng biện pháp thuộc về trách nhiệm của cơ quan có thẩm quyền trong bảo vệ chủ nợ. Bộ luật Dân sự ghi nhận quyền khởi kiện khi một bên vi phạm hợp đồng và gây thiệt hại. Theo đó, các chủ nợ có quyền đòi nợ phát sinh từ các giao dịch vay nợ, bán chịu hàng hóa đều có thể thực hiện quyền này. Đối với trường hợp doanh nghiệp phát hành trái phiếu, người mua trái phiếu được bảo vệ bằng quy định của pháp luật về điều kiện đối với doanh nghiệp phát hành trái phiếu. Còn đối với trường hợp lâm vào tình trạng phá sản, Luật Phá sản cũng là cơ sở pháp lý để chủ nợ có quyền yêu cầu tòa án xử lý phá sản doanh nghiệp để thu hồi nợ. Tuy nhiên, đối với trường hợp phá sản doanh nghiệp, chủ nợ được chi trả theo thứ tự ưu tiên, nên tài sản của doanh nghiệp được bán có thể không thể thanh toán hết các khoản nợ theo yêu cầu của chủ nợ.

Như vậy, căn cứ vào đặc thù của khoản vay, bên cho vay phải nhận biết quyền lợi của mình trong giao dịch và các rủi ro phát sinh khi thiết lập quan hệ vay nợ đối với doanh nghiệp và cân nhắc các biện pháp bảo vệ phù hợp. Hiện nay, tình trạng vay nợ đầu tư thường gắn với lợi ích của nhóm công ty, và tình trạng nợ xấu của các TCTD, đặc biệt của các ngân hàng thương mại (NHTM) cũng liên quan đến hoạt động đầu tư này. Bởi vậy, trong xử lý nợ của các doanh nghiệp và của các NHTM, ngoài biện pháp nêu trên, cần thiết có sự hỗ trợ của các tổ chức đặc biệt[4].

2. Một số bất cập trong bảo vệ chủ nợ và một số kiến nghị

2.1 Quyết định vay vốn đầu tư tạo rủi ro cho chủ nợ

Doanh nghiệp hoạt động kinh doanh liên tục, đầu tư là hình thức để tạo lập tài sản, tạo ra doanh thu và lợi nhuận thường xuyên của doanh nghiệp, theo đó, khoản vay có thể phát sinh bất cứ lúc nào theo nhu cầu đầu tư của doanh nghiệp được cấu thành trong tài sản của doanh nghiệp và được hạch toán trên các tài khoản kế toán của doanh nghiệp.

Doanh nghiệp có thể vay vốn để thực hiện mục đích: (i) thực hiện các dự án đầu tư mới tạo lập tài sản cố định; (ii) bổ sung vốn lưu động; (iii) tái cơ cấu khoản nợ…

Doanh nghiệp có thể vay vốn trước khi thực hiện dự án, trong khi thực hiện dự án và khi tài sản hình thành từ dự án được đưa vào khai thác. Tuy nhiên, khoản vốn chỉ được thu hồi khi tài sản hình thành từ dự án tạo ra doanh thu. Khoản vốn vay đầu tư cùng với một phần vốn của chủ sở hữu trở thành các loại chi phí tạo ra tài sản cố định để thực hiện sản xuất, kinh doanh tạo ra doanh thu. Kế hoạch đầu tư của doanh nghiệp thường phụ thuộc vào cơ hội kinh doanh, theo đó, hoạt động vay có thể nằm trong phương án đầu tư do cơ quan chủ sở hữu quyết định hoặc cơ quan quản lý quyết định nhưng cũng có thể là quyết định riêng lẻ của người quản lý, điều hành trong phạm vi thẩm quyền được giao. Khoản vay phải được sử dụng vào mục đích của doanh nghiệp và bộ máy quản lý, điều hành theo thẩm quyền phải hạch toán khoản vay, kiểm soát việc sử dụng vốn vay và trả nợ.

Từ phía chủ nợ, nếu không thẩm định chặt chẽ đề xuất vay vốn, xem xét khả năng trả nợ thì bản thân chủ nợ phải gánh chịu rủi ro nguy cơ mất vốn. Trên thực tế, nhiều doanh nghiệp vay vốn có thế chấp tài sản cố

4 Các tổ chức hỗ trợ doanh nghiệp, ngân hàng xử lý nợ như Công ty TNHH Mua bán nợ Việt Nam (DATC), Công ty Quản lý nợ và khai thác tài sản NHTM (AMC) và Công ty Quản lý tài sản Việt Nam (VAMC). Trong phạm vi bài viết này không đề cập cụ thể.

định cho ngân hàng nhưng ngân hàng cũng không dễ dàng xử lý để thu nợ. Đặc biệt, nếu kinh doanh khó khăn, tài sản đầu tư lớn nhưng khả năng tạo doanh thu còn hạn chế sẽ khiến chủ nợ có thể buộc phải xử lý tài sản bảo đảm để thu hồi vốn.

Như vậy, có thể khẳng định rằng, việc vay nợ nhằm thực hiện dự án đầu tư phải được quyết định gắn với khả năng tài chính của doanh nghiệp. Doanh nghiệp có nghĩa vụ bảo vệ chủ nợ từ quyết định dự án đầu tư có hiệu quả và triển khai thực hiện dự án đầu tư. Bảo vệ chủ nợ chính là bảo vệ tài sản của doanh nghiệp và bảo vệ quyền lợi của người góp vốn.

Doanh nghiệp vừa phải duy trì hoạt động kinh doanh vừa phải thực hiện nghĩa vụ tài chính với chủ nợ và người góp vốn. An toàn tài chính được thể hiện ở tình trạng doanh nghiệp kinh doanh có lãi, hoàn trả được các khoản nợ đến hạn và có phân chia lợi nhuận cho người góp vốn. Hoạt động kinh doanh phụ thuộc vào nhiều yếu tố cung cầu thị trường, khả năng nhạy bén kinh doanh của người lãnh đạo, lợi thế của ngành, lĩnh vực kinh doanh. Việc tuân thủ pháp luật và tuân thủ nguyên tắc kinh doanh để bảo đảm an toàn vốn và tài sản của doanh nghiệp là trách nhiệm của các cơ quan trong nội bộ doanh nghiệp và người quản lý, điều hành.

Luật Doanh nghiệp dường như bỏ ngỏ quyền chủ nợ được bảo vệ bằng an toàn tài chính từ vốn của chủ sở hữu. Mặc dù Luật quy định điều kiện về chi trả lợi nhuận cho người góp vốn, cổ tức cho cổ đông sau khi hoàn thành nghĩa vụ tài chính trong đó có trích lập các quỹ công ty… nhưng lại không ghi nhận yêu cầu của chủ nợ. Do đó, chủ nợ chưa được bảo vệ bằng quyền yêu cầu bảo vệ trên cơ sở pháp luật. Nếu coi doanh nghiệp là một mắt xích tạo ra tài sản thì cũng cần phải buộc doanh nghiệp duy trì mức độ an toàn tài chính tối thiểu. Bằng cách này, chủ nợ gián tiếp được bảo vệ. Ngoài ra, giới hạn an toàn nợ của doanh nghiệp cũng phải được yêu cầu khi doanh nghiệp vay vốn từ NHTM hoặc phát hành trái phiếu. Đây là những điều kiện buộc doanh nghiệp phải đáp ứng. Luật Doanh nghiệp cần có quy định mang tính nguyên tắc làm cơ sở quy định của Luật chuyên ngành về nghĩa vụ bảo đảm an toàn tài chính của doanh nghiệp[5].

2.2 Quyết định vay vốn và kiểm soát thực hiện quyết định

Vay vốn là một hoạt động của doanh nghiệp nằm trong việc triển khai thực hiện dự án đầu tư. Trong phương án đầu tư được thông qua, thu xếp nguồn vốn được xem như một nội dung vô cùng quan trọng. Giá trị khoản vay để đầu tư có thể do cơ quan chủ sở hữu, cơ quan quản lý hoặc cơ quan điều hành quyết định tùy thuộc vào thẩm quyền quyết định theo quy định của pháp luật hoặc quy định trong nội bộ doanh nghiệp. Bảo đảm việc tuân thủ pháp luật trong quyết định vay nợ của cơ quan trong nội bộ doanh nghiệp cũng chính là cơ sở để bảo vệ chủ nợ, hạn chế những rủi ro phát sinh do quyết định đầu tư không hiệu quả, vay vốn không đúng mục đích gây thiệt hại cho chủ nợ và cho chính doanh nghiệp.

Theo Luật Doanh nghiệp, trong CTCP, Đại hội đồng cổ đông (ĐHĐCĐ) gồm tất cả cổ đông có quyền biểu quyết, là cơ quan quyết định cao nhất (khoản 1 Điều 135), ĐHĐCĐ có thẩm quyền quyết định đầu tư hoặc bán số tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 35% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty nếu Điều lệ công ty không quy định một tỷ lệ hoặc một giá trị khác (điểm d khoản 2 Điều 135); Còn Hội đồng quản trị (HĐQT) có quyền thông qua hợp đồng vay và cho vay… có giá trị bằng hoặc lớn hơn 35% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty, nếu Điều lệ công ty không quy định một tỷ lệ hoặc giá trị khác (điểm d khoản 2 Điều 149). Ngoài ra, Luật

5 Có thể tham khảo kinh nghiệm của Nhật Bản: Luật Công ty quy định chủ nợ có quyền phản đối về việc giảm vốn điều lệ và qũy của CTCP, trong thời hạn nhất định, chủ nợ có quyền yêu cầu cung cấp thông tin liên quan đến việc giảm vốn và bảng cân đối kế toán (Điều 449 Luật Công ty năm 2015, sửa đổi năm 2017).

Doanh nghiệp còn quy định hợp đồng, giao dịch giữa công ty với các đối tượng sau đây phải được ĐHĐCĐ hoặc HĐQT chấp thuận nhằm tránh xung đột lợi ích và bảo vệ tài sản của công ty. Cụ thể là hợp đồng, giao dịch do ĐHĐCĐ chấp thuận có liên quan đến các đối tượng là: (i) Cổ đông, người đại diện ủy quyền của cổ đông sở hữu trên 10% tổng số cổ phần phổ thông của công ty và những người có liên quan của họ; (ii) Thành viên HĐQT, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc và người có liên quan của họ; (iii) Doanh nghiệp quy định tại khoản 2 Điều 159 (khoản 1 Điều 162)…

Bên cạnh đó, HĐQT chấp thuận các hợp đồng và giao dịch có giá trị nhỏ hơn 35% tổng giá trị tài sản doanh nghiệp ghi trong báo cáo tài chính gần nhất hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty. Trường hợp này, người đại diện công ty ký hợp đồng phải thông báo cho các thành viên HĐQT, Kiểm soát viên về các đối tượng có liên quan đối với hợp đồng, giao dịch đó; đồng thời kèm theo dự thảo hợp đồng hoặc nội dung chủ yếu của giao dịch. HĐQT quyết định việc chấp thuận hợp đồng hoặc giao dịch trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày nhận được thông báo trừ trường hợp Điều lệ công ty quy định một thời hạn khác; thành viên có lợi ích liên quan không có quyền biểu quyết (khoản 2 Điều 162).

Với những quy định nêu trên, việc vay nợ nhằm mục đích thực hiện các hoạt động kinh doanh của công ty đều phải được các thành viên HĐQT và kiểm soát viên biết và cũng là đối tượng của giám sát nội bộ. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra là, thực tiễn vay nợ để thực hiện dự án đầu tư do người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp đàm phán và ký kết, những rủi ro có thể phát sinh cho chủ nợ nếu hoạt động vay nợ do người đại diện thực hiện không được kiểm soát, giám sát bởi các cơ quan nội bộ có thẩm quyền.

Với tư cách là tổ chức kinh doanh, doanh nghiệp phải tổ chức bộ máy kế toán, thực hiện hạch toán chính xác và đầy đủ các chi phí có liên quan đến dự án đầu tư có vay vốn và hoạt động kinh doanh nói chung. Kết quả báo cáo tài chính do doanh nghiệp lập phải là dữ liệu xác định khả năng tài chính và là nội dung chủ thể cho vay xem xét quyết định cho vay. Việc doanh nghiệp không tuân thủ quy định về kế toán, lập báo cáo tài chính, bảng cân đối kế toán và có hành vi gian lận báo cáo tài chính là những nguyên nhân dẫn đến hậu quả người cho vay không thể biết thực chất hoạt động của doanh nghiệp và quyết định sai lầm trong cho vay đối với doanh nghiệp. Trên thực tế, đối với các công ty niêm yết có nghĩa vụ công bố báo cáo tài chính có xác nhận của Công ty kiểm toán độc lập, có không ít các trường hợp kết quả do doanh nghiệp đưa ra có sai lệch lớn so với kết quả kiểm toán. Điều này dẫn đến, tuy việc quyết định vay vốn đúng thẩm quyền, nhưng nếu bên cho vay không yêu cầu chặt chẽ về biện pháp bảo đảm trả nợ thì khả năng cho vay dẫn đến mất vốn hoàn toàn có thể xảy ra. Ngoài ra, trong nội bộ doanh nghiệp, tổ chức và người có liên quan không thực hiện đúng trách nhiệm trong việc kiểm soát sử dụng vốn vay cũng có thể là nguyên nhân dẫn đến thất thoát, sử dụng kém hiệu quả vốn vay, gây thiệt hại đến tài sản của doanh nghiệp, đến chủ nợ và đến lợi ích của cả người góp vốn.

Hiện nay, Luật Doanh nghiệp quy định: "Doanh nghiệp có nghĩa vụ tổ chức công tác kế toán, lập và nộp báo cáo tài chính trung thực, chính xác, đúng thời hạn theo quy định của pháp luật về kế toán, thống kê" (Điều 8). Quy định này không có nghĩa chủ nợ có thể tiếp cận được thông tin chính xác về hoạt động vay nợ của doanh nghiệp.

Chủ nợ chỉ có thể xem xét các thông tin về công ty vay vốn từ các tài liệu công khai là Báo cáo tài chính và Bảng cân đối kế toán nhưng cũng chỉ giới hạn ở các công ty niêm yết phải thực hiện chế độ báo cáo thông tin theo Luật Chứng khoán.

Để hạn chế rủi ro nói chung cho chủ nợ, doanh nghiệp đi vay cần thiết phải bảo đảm những điều kiện tối thiểu giúp cho chủ thể nhận biết tình trạng an toàn trong cho vay. Theo đó, cần thiết phải quy định quyền yêu cầu cung cấp thông tin về tình trạng vay nợ của doanh nghiệp đi vay. Quyền này cần được ghi nhận trong một điều khoản

của Luật Doanh nghiệp và nghĩa vụ cung cấp thông tin cho chủ nợ của doanh nghiệp. Theo đó, khi doanh nghiệp vi phạm, bên cho vay có quyền hủy bỏ hợp đồng để tránh xảy ra thiệt hại cũng như thực hiện quyền khởi kiện khi doanh nghiệp vay vi phạm.

2.3 Vi phạm nghĩa vụ trung thực của người đại diện doanh nghiệp trong vay nợ

Người đại diện theo pháp luật hoặc người đại diện được ủy quyền của doanh nghiệp ký tên trong hợp đồng hoặc phương án huy động vốn khác, thì trách nhiệm đối với khoản nợ do người đại diện ký kết vẫn thuộc về doanh nghiệp. Tuy nhiên, trên thực tế, người đại diện doanh nghiệp có thể thực hiện quyền vay nợ trái với các quy định của pháp luật và quyết định của cơ quan chủ sở hữu dẫn đến thiệt hại có thể phát sinh cho chủ nợ. Trong quan hệ với chủ nợ, người đại diện doanh nghiệp phải cung cấp thông tin về doanh nghiệp, đây là cơ sở chứng minh thực hiện đúng trách nhiệm trung thực trong quan hệ với người cho vay. Còn đối với chủ nợ buộc phải yêu cầu doanh nghiệp thông qua người đại diện cung cấp các thông tin liên quan đến tình hình tài chính của doanh nghiệp, thông tin chính xác về dự án đầu tư và giải ngân khoản vay và các thông tin liên quan bảo đảm quyền thu hồi nợ.

Hiện nay, trong các công ty tư nhân, nhiều CTCP niêm yết là các công ty có quy mô lớn về vốn chủ sở hữu, cũng như quy mô tài sản và doanh thu. Tuy nhiên, điều đáng nói, không ít công ty nằm trong tình trạng không an toàn do người đại diện theo pháp luật thỏa thuận ký kết các hợp đồng vay tạo rủi ro cho các chủ thể cho vay. Trên thực tế, trong quá trình xử lý nợ xấu của NHTM, một trong những nguyên nhân liên quan đến nợ xấu đó là khoản nợ xấu phát sinh do tranh chấp về tài sản bảo đảm với bên thứ ba, khoản tiền từ bán tài sản bảo đảm không đủ để thanh toán khoản nợ, rủi ro trong bảo đảm tài sản hình thành trong tương lai… Những thỏa thuận lỏng lẻo về các biện pháp bảo đảm làm tăng thêm rủi ro mất vốn của chủ thể cho vay. Chẳng hạn, trường hợp CTCP Thuận Thảo Nam Sài Gòn, Công ty này đã vay vốn đầu tư của NHTM nhưng không tính toán được khả năng thu lợi nhuận nên nhiều dự án đầu tư không hiệu quả dẫn đến mất khả năng trả nợ. Do đó, NHTM buộc phải xử lý tài sản bảo đảm. Hiện nay, khoản nợ của Công ty này tại Ngân hàng Đầu tư phát triển Việt Nam (BIDV) được bán cho Tổ chức Quản lý tài sản Việt Nam (VAMC) và được tổ chức này bán đấu giá nhưng tài sản bảo đảm vẫn chưa bán được sau nhiều phiên tổ chức[6]. Vấn đề về nghĩa vụ trung thực của người quản lý điều hành, đặc biệt là người đại diện đàm phán ký kết không chỉ đặt ra đối với cơ quan, người có thẩm quyền trong nội bộ doanh nghiệp mà đối với cả người cho vay trong cung cấp thông tin về tính khả thi của dự án đầu tư và giá trị thực của tài sản bảo đảm. Trong thời gian qua, hàng loạt các đại án liên quan đến người quản lý, điều hành trong các Ngân hàng Xây dựng, Ngân hàng Đông Á, Ngân hàng Đại Dương… rung lên hồi chuông cảnh báo về nghĩa vụ trung thực của người đi vay với tư cách là ngân hàng. Do đó, cần phải quy định chi tiết về nghĩa vụ của doanh nghiệp trong vay nợ, đặc biệt là quy định công khai, minh bạch thông tin trong vay nợ nhằm bảo đảm kiểm tra, kiểm soát việc tuân thủ nghĩa vụ trung thực của người quản lý điều hành trong hoạt động vay nhằm bảo đảm nghĩa vụ trả nợ của doanh nghiệp và bảo đảm quyền đòi nợ của chủ nợ.

Còn đối với các doanh nghiệp quy mô nhỏ và quản trị theo kiểu gia đình, rủi ro đối với chủ nợ cũng không ít do chủ nợ không nắm vững pháp luật dẫn đến việc có thể có sự lạm dụng của người đại diện của doanh nghiệp trong vay nợ, dẫn đến khả năng khó thu hồi được vốn cho vay. Chẳng hạn, trường hợp người đại diện theo pháp luật của "Công ty vận tải Phượng Hoàng cùng vợ ký giấy vay tiền của bà Phạm Thị Sen nhiều lần với số tiền là 3,1 tỷ đồng. Sau đó, số tiền vay được 2 bên lập Hợp đồng tín dụng vay vốn giữa bên vay

6 Lan Nhi, Những dự án bất động sản khiến "bông hồng vàng" Phú Yên chìm trong thua lỗ; Trí thức trẻ 22/8/2018; T.Phương, Cục nợ 2.400 tỉ đồng của đại gia Phú Yên đấu giá nhiều lần vẫn ế; Báo Người Lao động ngày 11/11/2018.

là Công ty Phượng Hoàng do ông Nguyễn Văn Thắng làm giám đốc và bên cho vay là bà Phạm Thị Sen. Bà Sen đã nhiều lần đề nghị ông Thắng trả nợ, nhưng ông Thắng có dấu hiệu trốn tránh trách nhiệm trả nợ với lý do đây là nợ của công ty và không có quy định thời hạn trả nợ"[7].

Như vậy, thực hiện nghĩa vụ trung thực là buộc người quản lý, điều hành doanh nghiệp phải trung thực trong công bố phương án đầu tư về tính khả thi, khả năng tạo lợi nhuận cũng như chứng minh khả năng hoàn trả vốn vay của doanh nghiệp. Các cơ quan quản trị nội bộ trong doanh nghiệp có nghĩa vụ quyết định tập thể, thực hiện quyền giám sát, kiểm soát theo thẩm quyền để giảm bớt tình trạng vay vốn tạo rủi ro cho chủ thể cho vay. Căn cứ vào thẩm quyền quyết định và mức độ vi phạm liên quan quyết định đầu tư và vay vốn, tùy theo mức độ gây thiệt hại cho chủ nợ cũng như vốn và tài sản của doanh nghiệp mà doanh nghiệp cần phải kịp thời phát hiện, khởi kiện yêu cầu bồi thường thiệt hại xảy ra cho doanh nghiệp. Đây cũng chính là biện pháp quan trọng bảo vệ vốn và tài sản của doanh nghiệp và bảo vệ chủ nợ.

Tình trạng kinh doanh không hiệu quả của doanh nghiệp phát sinh từ nguyên nhân quyết định đầu tư không tính toán đến khả năng thu hồi vốn và rủi ro. Luật Doanh nghiệp là cơ sở để xác định trách nhiệm khi người quản lý, điều hành vi phạm gây thiệt hại cho doanh nghiệp, chủ sở hữu và người liên quan. Luật Doanh nghiệp cần có quy định chặt chẽ về nghĩa vụ báo cáo định kỳ về hoạt động kinh doanh, trong đó có hoạt động vay nợ của cơ quan điều hành làm cơ sở kiểm soát và giám sát hoạt động đầu tư, trên cơ sở đó, bản thân doanh nghiệp có thể xác định trách nhiệm của người điều hành trong từng giai đoạn của quá trình đầu tư.

Bởi vậy, để hạn chế tình trạng đầu tư dự án gây thiệt hại đến tài sản của doanh nghiệp và ảnh hưởng đến việc trả nợ, Luật Doanh nghiệp cần có quy định cụ thể về nguyên tắc xác định trách nhiệm cá nhân quản lý, điều hành nhằm ngăn chặn nguy cơ lạm dụng quyền quản lý, điều hành để trục lợi cá nhân, làm thiệt hại cho tài sản doanh nghiệp và chủ nợ. Bên cạnh đó, cần thiết phải có chế tài mạnh đối với vi phạm của doanh nghiệp liên quan đến lập và công bố báo cáo tài chính bằng xác định trách nhiệm cá nhân của người quản lý điều hành đối với việc lập và công bố báo cáo tài chính sai lệch, nghĩa vụ bồi thường thiệt hại khi lạm dụng vị trí quản lý, điều hành trục lợi cá nhân và tăng nặng hình phạt liên quan các vi phạm về chế độ kế toán doanh nghiệp ■

MỐI QUAN HỆ GIỮA LẬP PHÁP VÀ...

(Tiếp theo trang 27)

trong tình huống này, Thủ tướng lấn át quyền lực của Tổng thống, Tổng thống chỉ là hư quyền và trở nên "nhạt nhòa" bên cạnh Nghị viện và Thủ tướng.

Như vậy, mục đích ban đầu của các nhà lập hiến khi tạo nên chính thể cộng hòa hỗn hợp cũng không đạt được trong thực tiễn sinh hoạt chính trị ở những quốc gia theo chính thể này, vì các nhà lập hiến muốn xây dựng một chế định tổng thống có thực quyền để kiềm chế sự độc tài của Nghị viện số đông. Tuy nhiên, với những phân tích trên và thực tiễn chính trị đã chứng minh thì chính Tổng thống mới là chủ thể tạo ra sự bất ổn trong chính trường do có quá nhiều quyền hành, vô hình chung đã lấn át đi vai trò của Nghị viện. Ngoài ra, chính thể này cũng mong muốn tạo ra một quyền hành pháp mạnh, thống nhất nhưng trong trường hợp "chung sống chính trị" nêu trên, quyền hành pháp bị chia sẻ giữa Tổng thống và Thủ tướng nên nhiều khi chỉ mang lại sự mâu thuẫn, sự tranh giành quyền lực và bất ổn ■

7 Tham khảo: "Vụ Tổng Giám đốc Công ty Phượng Hoàng bị "tố" quỵt nợ: Chủ nợ khốn khổ vì bị "con nợ" kiện ngược", ngày 27/7/2017, từ http://giadinh.net.vn

HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ QUYỀN TỰ DO LIÊN KẾT VÀ THƯƠNG LƯỢNG TẬP THỂ CỦA NGƯỜI LAO ĐỘNG KHI THỰC THI CPTPP

Đào Mộng Điệp*
* TS. Trưởng khoa Luật Kinh tế - Trường Đại học Luật, Đại học Huế

Thông tin bài viết:
Từ khóa: Hiệp định đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương(CPTPP), quyền tự do liên kết, thương lượng tập thể, pháp luật, lao động.
Lịch sử bài viết:
Nhận bài : 18/01/2019
Biên tập : 27/02/2019
Duyệt bài : 01/03/2019

Tóm tắt:
Quyền tự do liên kết và thương lượng tập thể được xem là một nhóm quyền giữ vai trò quan trọng của người lao động trong quan hệ lao động. Với tư cách là một nhóm quyền về kinh tế xã hội và văn hóa được quy định trong hành lang pháp lý quốc tế, quyền tự do liên kết và thương lượng tập thể được pháp luật các quốc gia ghi nhận và bảo đảm thực hiện. Về cơ bản, pháp luật lao động Việt Nam về quyền tự do liên kết và thương lượng tập thể vẫn còn nhiều điểm chưa đáp ứng được các tiêu chuẩn lao động quốc tế. Đặc biệt, trong giai đoạn hiện nay, để thực thi Hiệp định đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương, Việt Nam cần hoàn thiện hành lang pháp lý điều chỉnh về vấn đề này.

Article Infomation:
Keywords: CPTPP, freedom of association, bargaining, law, labor.
Article History:
Received : 18 Jan. 2019
Edited : 27 Feb. 2019
Approved : 01 Mar. 2019

Abstract
Freedom of association and collective bargaining are seen as a group of rights that play an important role in labor relations. As a group of socio-economic and cultural rights enshrined in the international legal framework, freedom of association and collective bargaining are recognized and guaranteed by the laws of the countries. Basically, the Vietnamese labor law on freedom of association and collective bargaining has initially met international labor standards. However, in the current period, in order to meet the requirements set by Vietnam in implementing the CPTPP, the solution needed to improve the regulatory corridor on this issue.

1. Pháp luật lao động Việt Nam về quyền tự do liên kết và thương lượng tập thể

1.1 Quy định về quyền tự do liên kết

Quyền tự do liên kết hay quyền tổ chức là một loại quyền đặc biệt của người lao động (NLĐ). Quyền này được xem là nhu cầu lợi ích tự nhiên mang tính khách quan gắn liền với NLĐ. Quyền tự do liên kết là loại quyền phát sinh, gắn liền với quan hệ lao động (QHLĐ) nhằm cân bằng vị thế của tập thể lao động và người sử dụng lao động (NSDLĐ).

Về cơ bản, pháp luật lao động Việt Nam quy định quyền tự do liên kết của NLĐ dưới các góc độ sau:

Thứ nhất, thừa nhận quyền tự do liên kết là một loại quyền gắn liền với NLĐ khi tham gia vào QHLĐ

Theo đó, NLĐ được quyền tự nguyện thành lập và gia nhập hoạt động của tổ chức công đoàn Việt Nam. Pháp luật ghi nhận chủ thể có quyền thành lập tổ chức công đoàn bao gồm: "NLĐ là người Việt Nam làm việc trong các cơ quan, tổ chức doanh nghiệp có quyền thành lập, gia nhập và hoạt động công đoàn"[1].

Thứ hai, pháp luật quy định về nguyên tắc tổ chức và hoạt động của tổ chức công đoàn

Tổ chức công đoàn được thành lập trên cơ sở tự nguyện, tổ chức và hoạt động theo nguyên tắc tập trung dân chủ. Công đoàn được tổ chức và hoạt động theo Điều lệ Công đoàn Việt Nam, phù hợp với đường lối, chủ trương, chính sách của Đảng và pháp luật của Nhà nước. Tổ chức công đoàn có cơ cấu gồm: Tổng Liên đoàn Lao động Việt Nam và công đoàn các cấp theo quy định của Điều lệ Công đoàn Việt Nam. Công đoàn cơ sở được tổ chức trong cơ quan nhà nước, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức chính trị xã hội - nghề nghiệp, tổ chức xã hội - nghề nghiệp, đơn vị, doanh nghiệp, tổ chức khác có sử dụng lao động theo quy định của pháp luật về lao động, cơ quan, tổ chức nước ngoài, tổ chức quốc tế hoạt động trên lãnh thổ Việt Nam.

Thứ ba, pháp luật quy định các hình thức đại diện của tổ chức công đoàn và vai trò của tổ chức công đoàn cơ sở cũng như vai trò của công đoàn cấp trên cơ sở trong việc xúc tiến thành lập tổ chức đại diện lao động.

Thứ tư, pháp luật quy định mối quan hệ của tổ chức công đoàn với NSDLĐ và Nhà nước. Trong đó, pháp luật quy định trách nhiệm của NSDLĐ đối với tổ chức công đoàn trong các hoạt động sau:

i) Thừa nhận và tạo điều kiện thuận lợi để công đoàn hoạt động[2];

ii) Quy định về trách nhiệm của NSDLĐ trong hoạt động công đoàn[3];

iii) Quy định về việc đảm bảo các điều kiện để tổ chức công đoàn cơ sở hoạt động[4].

Nhìn chung, các quy định của Bộ luật Lao động (BLLĐ) và Luật Công đoàn về quyền tự do liên kết của NLĐ đã có những kế thừa các văn bản pháp luật trước đó và bổ sung những điểm mới theo hướng bảo đảm vai trò của tổ chức công đoàn trong thực thi chức năng đại diện và bảo vệ quyền lợi ích

---

1 Khoản 1 Điều 5 Luật Công đoàn.

2 Điều 189 Bộ luật Lao động.

3 Điều 192. Trách nhiệm của NSDLĐ đối với tổ chức công đoàn

1. Tạo điều kiện thuận lợi cho NLĐ thành lập, gia nhập và hoạt động công đoàn.
2. Phối hợp và tạo điều kiện thuận lợi cho công đoàn cấp trên cơ sở tuyên truyền, vận động phát triển đoàn viên, thành lập công đoàn cơ sở, bố trí cán bộ công đoàn chuyên trách tại doanh nghiệp, cơ quan, tổ chức.
3. Bảo đảm các điều kiện để công đoàn cơ sở hoạt động theo quy định tại Điều 193 của Bộ luật này.
4. Phối hợp với công đoàn cơ sở xây dựng và thực hiện quy chế dân chủ, quy chế phối hợp hoạt động phù hợp với chức năng, nhiệm vụ của mỗi bên.
5. Tham khảo ý kiến Ban chấp hành công đoàn cơ sở trước khi ban hành các quy định có liên quan đến quyền, nghĩa vụ, chế độ chính sách đối với NLĐ.
6. Khi NLĐ là cán bộ công đoàn không chuyên trách đang trong nhiệm kỳ công đoàn mà hết hạn hợp đồng lao động thì được gia hạn hợp đồng lao động đã giao kết đến hết nhiệm kỳ.
7. Khi NSDLĐ đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động, chuyển làm công việc khác, kỷ luật sa thải đối với NLĐ là cán bộ công đoàn không chuyên trách thì phải thỏa thuận bằng văn bản với Ban chấp hành công đoàn cơ sở hoặc Ban chấp hành cấp trên trực tiếp cơ sở.

4 Điều 22 Luật Công đoàn, Điều 192 BLLĐ .

hợp pháp, chính đáng của NLĐ. Tuy nhiên, để thực thi Hiệp định đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP), pháp luật lao động Việt Nam về quyền tự do liên kết còn có những điểm cần xem xét lại như sau:

Thứ nhất, pháp luật lao động Việt Nam đang thu hẹp quyền thành lập tổ chức công đoàn của NLĐ

Trong các Tiêu chuẩn lao động quốc tế, quyền công đoàn được ghi nhận cho phép "tất cả mọi người đều có quyền, cùng với người khác thành lập các công đoàn hay gia nhập vào các công đoàn để bảo vệ lợi ích của mình"[5]. Vấn đề này cũng được điều chỉnh trong Công ước quốc tế các Quyền kinh tế xã hội và văn hóa năm 1966[6] và Công ước quốc tế về các Quyền dân sự và chính trị năm 1966[7].

Tuy nhiên, pháp luật lao động Việt Nam không thừa nhận quyền tự do liên kết đối với NLĐ nước ngoài. Điều này lý giải bởi: "Công đoàn là tổ chức chính trị - xã hội rộng lớn của giai cấp công nhân và của NLĐ, được thành lập trên cơ sở tự nguyện, là thành viên trong hệ thống chính trị của xã hội Việt Nam, dưới sự lãnh đạo của Đảng Cộng sản Việt Nam; đại diện cho cán bộ, công chức, viên chức, công nhân và những NLĐ khác (sau đây gọi chung là NLĐ)…"[8].

Tổ chức công đoàn Việt Nam là tổ chức nằm trong hệ thống chính trị của Nhà nước Việt Nam, vừa mang tính chính trị vừa mang tính quần chúng thực hiện chức năng đại diện và bảo vệ quyền lợi của NLĐ khi tham gia vào QHLĐ.

Việc hạn chế NLĐ nước ngoài được thực thi quyền tự do liên kết là một sự mâu thuẫn với Hiệp định CPTPP. Điều này cho thấy sự không tương thích của pháp luật lao động Việt Nam với hệ thống pháp luật các quốc gia khác trên thế giới như: Chi Lê (Điều 365, Luật Lao động 1976); Achentina (Luật Lao động 1975); Nga (Điều 2, Luật Công đoàn); Trung Quốc (Điều 3, Luật Công đoàn); Campuchia (Điều 270, Luật Lao động)[9] và các yêu cầu đặt ra của Hiệp định CPTPP. Ngoài ra, việc không thừa nhận người nước ngoài có quyền công đoàn cho thấy sự không bình đẳng về quyền của NLĐ khi tham gia QHLĐ.

Thứ hai, thừa nhận một tổ chức công đoàn duy nhất trực thuộc Tổng Liên đoàn Lao động Việt Nam

Điều này chưa có sự phù hợp với các Tiêu chuẩn lao động quốc tế và Hiệp định CPTPP. Hiệp định CPTPP thừa nhận:"Quyền của các công đoàn được hoạt động tự do"[10] và "Mọi người có quyền tự do lập hội với những người khác". Ngoài ra, pháp luật quốc tế cũng ghi nhận: "Mọi người có quyền tự do thành lập các công đoàn, các liên hiệp công đoàn quốc gia và quyền hợp thành liên đoàn, tổng liên đoàn"[11].

Theo yêu cầu của Hiệp định CPTPP, các quốc gia thực hiện tất cả các tiêu chuẩn lao động quốc tế theo tuyên bố của Tổ chức Lao động quốc tế (ILO) về những nguyên tắc và quyền cơ bản tại nơi làm việc năm 1998 "Mỗi bên phải thông qua và duy trì trong các quy chế và quy định của mình các quyền dưới đây như được nêu trong Tuyên bố ILO: a) Quyền tự do liên kết và công

5 Khoản 4 Điều 23 Tuyên ngôn thế giới về Nhân quyền năm 1948.
6 Điều 8 Công ước quốc tế các Quyền kinh tế xã hội và văn hóa năm 1966.
7 Điều 21, Điều 22 Công ước quốc tế về các Quyền dân sự và chính trị năm 1966.
8 Điều 1 Luật Công đoàn.
9 Đào Mộng Điệp, (2015), Đại diện lao động và pháp luật về đại diện lao động - Những vấn đề lý luận và thực tiễn ở Việt Nam, NXB Tư pháp, tr.118.
10 Điều 5 Công ước 87 về Quyền tự do liên kết.
11 Điều 22 Công ước quốc tế về các Quyền dân sự và chính trị năm 1966.

nhận hiệu quả thương lượng tập thể"[12]… Hiệp định CPTPP cũng ghi nhận thời gian không áp dụng trừng phạt thương mại là 5 năm kể từ ngày Hiệp định CPTPP có hiệu lực đối với việc thành lập tổ chức công đoàn độc lập; thời gian không trừng phạt thương mại là 7 năm kể từ ngày Hiệp định CPTPP có hiệu lực đối với nghĩa vụ cho phép các tổ chức của NLĐ tại cơ sở được phép liên kết với nhau.

Việc chỉ thừa nhận một tổ chức công đoàn duy nhất theo pháp luật hiện hành cho thấy các vấn đề sau:

i) Tổ chức công đoàn chưa phát huy được hết nội lực khi tham gia vào QHLĐ để thực hiện vai trò đại diện và bảo vệ quyền lợi cho tập thể lao động. Tổ chức công đoàn chưa thể "vượt qua chính mình", thiếu đi tính cạnh tranh trong tổ chức và hoạt động.

ii) Chưa đa dạng hóa các loại hình tổ chức đại diện để NLĐ được quyền lựa chọn cho mình một tổ chức phù hợp trong quá trình đại diện tại doanh nghiệp.

iii) Hiện nay, pháp luật cũng đã thừa nhận tổ chức công đoàn cấp trên trực tiếp cơ sở được quyền đại diện cho tập thể lao động những nơi doanh nghiệp không thành lập tổ chức công đoàn cơ sở.

Tuy nhiên, tổ chức công đoàn cấp trên trực tiếp cơ sở là một tổ chức được Nhà nước trao quyền, nhân lực để bảo đảm thực thi vai trò đại diện tập thể lao động với số lượng các doanh nghiệp đóng trên địa bàn chưa tương xứng. Chính vì vậy, vai trò đại diện của tổ chức công đoàn cấp trên trực tiếp cơ sở mặc dù đã được quy định nhưng chưa phát huy hiệu quả trên thực tế.

Thứ ba, theo yêu cầu của Hiệp định CPTPP, tổ chức công đoàn hoạt động độc lập

Tính độc lập của tổ chức công đoàn thể hiện trên phương diện độc lập về cơ cấu tổ chức và độc lập về phương thức hoạt động cũng như vấn đề về tài chính. Hiệp định CPTPP ghi nhận thông qua Tuyên bố của ILO: "Các cơ quan có thẩm quyền phải tránh mọi sự can thiệp có tính chất hạn chế quyền đó hoặc cản trở việc thi hành hợp pháp quyền đó" và "Các tổ chức của NLĐ không thể bị bất cứ một cơ quan hành chính nào buộc phải giải tán hoặc đình chỉ"[13].

Ngoài ra, Hiệp định CPTPP cũng ghi nhận: "Khi một doanh nghiệp có cả những đại diện công đoàn và những đại diện được bầu ra thì phải có những biện pháp thích hợp, mỗi khi cần thiết, để bảo đảm rằng sự có mặt của các đại diện được bầu không được dùng để làm suy yếu vị trí của các công đoàn hoặc của các tổ chức đại diện lao động của họ và để khuyến khích sự hợp tác trong mọi vấn đề thích đáng giữa một bên là các đại diện được bầu và một bên là các cơ quan hữu quan và các đại diện của họ"[14].

Pháp luật lao động hiện hành lại chưa tương thích với các yêu cầu đặt ra trong Hiệp định CPTPP. Theo đó, tổ chức công đoàn Việt Nam hoạt động tuân theo Điều lệ riêng. Mặc dù vậy, vấn đề tài chính của tổ chức công đoàn gồm các nguồn thu từ: i) đoàn phí công đoàn do đoàn viên công đoàn đóng theo quy định của Điều lệ Công đoàn Việt Nam; ii) kinh phí công đoàn do cơ quan, tổ chức, doanh nghiệp đóng bằng 2% quỹ tiền lương làm căn cứ đóng bảo hiểm xã hội cho NLĐ; iii) ngân sách nhà nước cấp hỗ trợ; iv) nguồn thu khác từ hoạt động văn hóa, thể thao, hoạt động kinh tế của Công đoàn; từ đề án, dự án do Nhà nước giao; từ viện trợ, tài trợ của tổ chức, cá nhân trong nước và nước ngoài. Chính vì sự lệ thuộc về tài chính của tổ chức công đoàn vào NSDLĐ có ảnh hưởng đến tính độc lập trong tổ chức và hoạt

12 Điều 19.3 Hiệp định CPTPP.
13 Công ước 87 về Quyền tự do liên kết.
14 Điều 5, Công ước số 135 về việc Bảo vệ và những thuận lợi dành cho đại diện NLĐ trong các doanh nghiệp, 1971.

động khi công đoàn tham gia vào QHLĐ.

1.2 Quy định về quyền thương lượng tập thể lao động

Thương lượng tập thể là một nhóm quyền không thể thiếu của tập thể lao động khi tham gia vào QHLĐ. Quyền thương lượng tập thể là nhóm quyền phản ánh tiếng nói của tập thể lao động, thể hiện vai trò của tổ chức công đoàn cũng như tập thể lao động trong mối quan hệ với NSDLĐ.

Pháp luật lao động đã quy định cụ thể về thương lượng và thỏa ước lao động tập thể. Theo đó, lần đầu tiên trong BLLĐ năm 2012 ghi nhận mục đích của thương lượng tập thể[15]; nguyên tắc của thương lượng tập thể[16]; quyền yêu cầu thương lượng[17]; đại diện thương lượng[18]; nội dung thương lượng; quy trình thương lượng tập thể[19].

Ngoài ra, pháp luật cũng ghi nhận chi tiết và cụ thể các vấn đề liên quan đến thỏa ước lao động tập thể doanh nghiệp và thỏa ước lao động tập thể cấp ngành, các nội dung liên quan đến chủ thể tham gia thương lượng và ký kết thỏa ước lao động tập thể doanh nghiệp và cấp ngành, trình tự ký kết thỏa ước lao động tập thể cấp doanh nghiệp và cấp ngành; các vấn đề liên quan đến hiệu lực và thực thi thỏa ước lao động tập thể cấp doanh nghiệp và cấp ngành (Quy định từ Điều 73 đến Điều 89 BLLĐ năm 2012).

Nhìn chung, pháp luật hiện hành đã thiết lập hành lang pháp lý tương đối vững chắc để tập thể lao động, đại diện tập thể lao động và NSDLĐ thực hiện việc thương lượng tập thể một cách hiệu quả.

Thứ nhất, thừa nhận và cho phép tập thể lao động và NSDLĐ được quyền tự do linh hoạt trong thương lượng tập thể và ký kết thỏa ước lao động tập thể.

Thứ hai, mở rộng và đa dạng hóa các hình thức thương lượng tập thể để bảo đảm việc xây dựng QHLĐ hài hòa, ổn định, bền vững, giải quyết tốt những mầm mống tranh chấp xảy ra trong tương lai giữa tập thể lao động và NSDLĐ.

Thứ ba, mở rộng phạm vi thỏa ước lao động tập thể đáp ứng yêu cầu linh hoạt của thị trường lao động. Thừa nhận phạm vi áp dụng thỏa ước lao động tập thể cấp doanh nghiệp, cấp ngành để bảo đảm tính liên kết giữa tập thể lao động trong phạm vi doanh nghiệp và các ngành nghề có chung điều kiện lao động.

Thứ tư, pháp luật ghi nhận vai trò đại diện của tổ chức công đoàn và tổ chức công đoàn cấp trên trực tiếp cơ sở trong quá trình tham gia thương lượng và ký kết thỏa ước lao động tập thể.

Đồng thời, pháp luật cũng quy định chặt chẽ quy trình thương lượng, ký kết thỏa ước lao động tập thể, trách nhiệm của NSDLĐ và các cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong việc thương lượng, ký kết và thực thi thỏa ước lao động tập thể. Về cơ bản, các quy định pháp luật Việt Nam về quyền thương lượng tập thể đã bước đầu đáp ứng các yêu cầu trong Tiêu chuẩn lao động quốc tế và Hiệp định CPTPP.

Tuy nhiên, thực tế cho thấy, do không thừa nhận tổ chức công đoàn độc lập cho nên hiện nay, pháp luật chưa đa dạng hóa thẩm quyền thương lượng tập thể và ký kết thỏa ước lao động tập thể. Tập thể lao động không được cử đại diện của chính mình đứng ra thực hiện việc thương lượng và ký kết thỏa ước lao động tập thể.

Theo quy định pháp luật hiện hành, chủ thể duy nhất được thương lượng với

15 Điều 66 BLLĐ.
16 Điều 67 BLLĐ.
17 Điều 68 BLLĐ.
18 Điều 69 BLLĐ.
19 Điều 71 BLLĐ.

NSDLĐ là tổ chức công đoàn cơ sở hoặc tổ chức công đoàn cấp trên trực tiếp cơ sở nơi doanh nghiệp chưa thành lập tổ chức công đoàn cơ sở. Điều này cản trở tính tự do công đoàn và tự do thương lượng trong doanh nghiệp; chưa đáp ứng được các yêu cầu khách quan của thị trường lao động.

Thực tế hiện nay đã phát sinh rất nhiều hình thức thương lượng tập thể và thỏa ước lao động tập thể mà pháp luật chưa điều chỉnh. Trong đó có hình thức thỏa ước lao động tập thể nhóm doanh nghiệp. Điều này liên quan đến chủ thể tham gia thương lượng và ký kết thỏa ước lao động tập thể nhóm doanh nghiệp. Vì vậy, vấn đề chủ thể thương lượng và ký kết thỏa ước lao động tập thể cấp vùng, cấp khu vực cũng cần phải được xem xét cân nhắc và điều chỉnh cho phù hợp.

2. Các yêu cầu hoàn thiện pháp luật về quyền tự do liên kết và thương lượng tập thể

Hiệp định CPTPP được ký kết như "một luồng gió mới" thúc đẩy tiến trình hoàn thiện pháp luật lao động nói chung và pháp luật về quyền tự do liên kết và thương lượng tập thể nói riêng. Việc gia nhập Hiệp định CPTPP đã thực sự tạo ra một "sân chơi" với nhiều cơ hội để bảo vệ tốt hơn quyền lợi của NLĐ khi tham gia vào QHLĐ. Các cơ hội "vàng" mà Hiệp định CPTPP mang lại cho thị trường lao động Việt Nam bao gồm:

Thứ nhất, hướng tới sự phát triển QHLĐ ổn định, bền vững với những cam kết mạnh mẽ trong việc thực thi các tiêu chuẩn lao động quốc tế nói chung và các tiêu chuẩn quốc tế về quyền tự do liên kết và thương lượng tập thể.

Trong đó, thiết lập một cơ sở pháp lý minh bạch để QHLĐ được xây dựng ổn định và tiến bộ, NLĐ được bảo vệ nhóm quyền mang tính tự nhiên của mình.

Thứ hai, Hiệp định CPTPP góp phần bảo đảm thực thi về tính bình đẳng và công bằng của NLĐ khi NLĐ tham gia vào QHLĐ.

NLĐ được thực thi quyền tự do liên kết và thương lượng tập thể một cách linh hoạt, tự do. NLĐ được tự do lựa chọn người đại diện và nhân danh mình để tham gia vào QHLĐ. NLĐ được tham gia vào quá trình thương lượng tập thể mang tính thực chất.

Thứ ba, Hiệp định CPTPP thúc đẩy việc thực hiện Tuyên bố năm 1998 của ILO, đặc biệt là Công ước số 87 về Tự do liên kết và Công ước số 98 về Quyền thương lượng tập thể.

Đây là cơ hội vàng đối với hệ thống công đoàn của Tổng Liên đoàn Lao động Việt Nam để hiện đại hoá tổ chức và chức năng nhằm đại diện tốt hơn cho tiếng nói của NLĐ[20].

Tuy nhiên, Hiệp định CPTPP cũng đặt ra nhiều thách thức trong quá trình Việt Nam thực thi chính sách pháp luật về quyền tự do liên kết và thương lượng tập thể.

Thứ nhất, các quy định về quyền tự do liên kết và thương lượng tập thể chưa đáp ứng với các yêu cầu trong cam kết về Tiêu chuẩn lao động quốc tế và Hiệp định CPTPP.

Thứ hai, năng lực cạnh tranh của tổ chức công đoàn trong giai đoạn hiện nay khi pháp luật thừa nhận một tổ chức công đoàn độc lập song hành với tổ chức công đoàn trực thuộc Tổng Liên đoàn lao động Việt Nam. Trong đó, đáng chú ý là năng lực của tổ chức công đoàn cơ sở; năng lực chỉ đạo, hỗ trợ của công đoàn cấp trên trực tiếp cơ sở đối với công đoàn cơ sở; năng lực thương lượng và ký kết thỏa ước lao động tập thể…

Thứ ba, năng lực của tổ chức NSDLĐ trong mối quan hệ với tổ chức đại diện NLĐ khi pháp luật thừa nhận tổ chức công đoàn độc lập. Khi pháp luật thừa nhận nhiều tổ

20 https://www.ilo.org/hanoi/Informationresources/Publicinformation/comments-and-analysis/WCMS_620717/lang--vi/index.htm; truy cập vào 25/06/2018.

chức đại diện cho NLĐ, điều này cũng có nghĩa là tổ chức đại diện của NSDLĐ tại doanh nghiệp chưa tương thích với tổ chức đại diện của NLĐ. Tính bình đẳng trong số lượng, vị thế, địa vị pháp lý giữa tổ chức đại diện tập thể lao động và tổ chức đại diện NSDLĐ chưa được bảo đảm.

Thứ tư, cơ chế bảo đảm thực thi cho tổ chức công đoàn độc lập bên cạnh tổ chức công đoàn trực thuộc Tổng Liên đoàn Lao động Việt Nam cũng cần phải tính đến. Thiết chế và hành lang pháp lý bảo đảm thực thi quyền tự do liên kết và thương lượng tập thể của NLĐ khi Hiệp định CPTPP có hiệu lực cũng là bài toán được đặt ra.

Với những cơ hội và thách thức đặt ra khi Việt Nam thực thi Hiệp định CPTPP, các yêu cầu hoàn thiện pháp luật về quyền tự do liên kết và thương lượng tập thể cần chú ý:

Thứ nhất, hoàn thiện pháp luật về quyền tự do liên kết và thương lượng tập thể phải bảo đảm các điều kiện về kinh tế - xã hội và chính trị của Việt Nam.

Để bảo đảm quyền tự do liên kết và thương lượng tập thể được thực thi hiệu quả, trong thời gian tới, cần hoàn thiện các quy định pháp luật trên cơ sở điều kiện kinh tế - xã hội và chính trị của Việt Nam. Mỗi quốc gia khi xây dựng pháp luật để điều chỉnh các quan hệ xã hội đều dựa trên các điều kiện kinh tế - xã hội và thể chế chính trị của quốc gia đó. Pháp luật có thực thi hiệu quả hay không phụ thuộc vào cơ sở hạ tầng đặc biệt là yếu tố kinh tế và chính trị tác động đến.

Chính vì vậy, khi hoàn thiện pháp luật về quyền tự do liên kết và thương lượng tập thể cần chú ý đến điều kiện kinh tế và nền chính trị Việt Nam. Thừa nhận tổ chức công đoàn độc lập và quyền thương lượng tập thể của NLĐ nhưng tổ chức công đoàn độc lập vẫn chịu sự lãnh đạo của Đảng cộng sản Việt Nam. Thừa nhận sự tự do, tự nguyện trong thành lập tổ chức đại diện nhưng vẫn bảo đảm việc hoạt động thống nhất trong tầm kiểm soát của pháp luật. Quyền tự do liên kết và thương lượng tập thể chỉ phát huy hiệu quả trong thực tiễn khi pháp luật phù hợp với điều kiện kinh tế, xã hội và hệ thống chính trị của Việt Nam.

Thứ hai, hoàn thiện pháp luật về quyền tự do liên kết và thương lượng tập thể cần đặt trong vấn đề hoàn thiện các chế định khác nhau của BLLĐ và Luật Công đoàn.

"Tính khả thi của một quy phạm pháp luật không chỉ phụ thuộc vào nội dung của quy định đó có phù hợp với thực tiễn hay không mà còn phụ thuộc vào sự tương hỗ giữa các quy định có liên quan và khả năng thực thi của các cơ quan, tổ chức có thẩm quyền"[21]. Việc hoàn thiện quy định về quyền tự do liên kết và thương lượng tập thể chỉ đạt hiệu quả khi hoàn thiện các chế định khác của BLLĐ.

Hiện nay, nhiều chế định của BLLĐ đã được quy định thành một Luật đơn hành như: Luật Việc làm, Luật An toàn, vệ sinh lao động. Trong khi đó, các quy định về quyền tự do liên kết và thương lượng tập thể có liên quan đến hầu hết các chế định khác nhau của BLLĐ và Luật Công đoàn.

Để thực thi có hiệu quả quyền tự do liên kết và thương lượng tập thể, Nhà nước cũng cần chú ý đến việc hoàn thiện các nội dung liên quan đến hợp đồng lao động, thỏa ước lao động tập thể, tiền lương, kỷ luật lao động, trách nhiệm vật chất, tranh chấp lao động, đình công. Các vấn đề này xuyên xuốt QHLĐ, từ khi NLĐ thiết lập QHLĐ, thay đổi hay chấm dứt QHLĐ đều liên quan đến quyền tự do liên kết của NLĐ. Chính vì vậy, hoàn thiện quyền tự do liên kết và thương lượng tập thể cần đặt trong bối cảnh việc ban hành các quy định về tiền lương tối thiểu, Luật về Tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp hay Luật về nhân lực…

21 Đào Mộng Điệp, (2015), Sđd; tr.242.

Thứ ba, hoàn thiện pháp luật về quyền tự do liên kết và thương lượng tập thể cần đặt trong việc thúc đẩy ký kết các Công ước quốc tế về Quyền tự do liên kết và thương lượng tập thể.

Mặc dù hiện nay Việt Nam đã phê chuẩn rất nhiều công ước cơ bản, ưu tiên, kỹ thuật, tuy nhiên cho đến thời điểm này Việt Nam vẫn chưa phê chuẩn các công ước quốc tế về quyền cơ bản của NLĐ tại nơi làm việc (còn được gọi là các tiêu chuẩn lao động quốc tế cơ bản)[22] trong đó có hai Công ước quy định về Quyền tự do liên kết (Công ước 87) và bảo vệ quyền thương lượng tập thể (Công ước 98).

Trong các Công ước này, dù đã phê chuẩn hay chưa, các quốc gia vẫn phải báo cáo về tình hình thực hiện các tiêu chuẩn trên và lý do chưa phê chuẩn Công ước. Hiện nay, có 153 quốc gia đã phê chuẩn Công ước 87; 164 quốc gia phê chuẩn Công ước 98 trên tổng số 185 quốc gia[23], trong khi đó Việt Nam vẫn chưa phê chuẩn hai công ước này[24].

Chính vì vậy, để bảo đảm thực thi Hiệp định CPTPP, Việt Nam cần thúc đẩy việc ký kết các Công ước quốc tế về Quyền tự do liên kết và thương lượng tập thể. Việc ký kết các Công ước quốc tế về Quyền tự do liên kết và thương lượng tập thể nhằm:

i) Mở ra cơ hội để ghi nhận quyền công đoàn của mọi NLĐ bao gồm cả NLĐ Việt Nam và NLĐ nước ngoài;

ii) Thừa nhận tổ chức công đoàn độc lập hoạt động song hành với tổ chức công đoàn trực thuộc hệ thống Tổng Liên đoàn Lao động Việt Nam;

iii) Mở rộng và đa dạng phạm vi thương lượng và thỏa ước lao động tập thể, mở rộng chủ thể thương lượng và ký kết thỏa ước lao động tập thể.

3. Các giải pháp hoàn thiện pháp luật về quyền tự do liên kết và thương lượng tập thể

3.1 Quy định về tổ chức công đoàn độc lập

Bảo đảm sự phù hợp với yêu cầu của Hiệp định CPTPP, Việt Nam cần ban hành các văn bản cho phép thành lập tổ chức công đoàn độc lập. Khi ban hành văn bản này cần chú ý những nội dung sau:

i) Ghi nhận quyền của NLĐ được tự do thành lập tổ chức đại diện cho mình;

ii) Quy định cụ thể thành phần tham gia tổ chức đại diện lao động cho tập thể lao động;

iii) Quy định cụ thể chủ thể có quyền thành lập tổ chức công đoàn độc lập; quy trình và thủ tục thành lập;

iv) Quy định địa vị pháp lý của tổ chức công đoàn độc lập;

v) Quy định về cơ cấu tổ chức hoạt động của tổ chức công đoàn độc lập;

---

22 Công ước 29 (1930) về Lao động cưỡng bức hoặc bắt buộc; Công ước 87 (1948) về Quyền tự do hiệp hội và việc bảo vệ quyền được tổ chức; Công ước 98 (1951) về Áp dụng những nguyên tắc của quyền tổ chức và thương lượng tập thể; Công ước 100 (1951) về Trả công bình đẳng giữa lao động nam và lao động nữ cho một công việc có giá trị như nhau; Công ước 105 (1957) về Xóa bỏ lao động cưỡng bức; Công ước 111 (1958) về Phân biệt đối xử trong việc làm và nghề nghiệp; Công ước 138 (1973) về Tuổi tối thiểu được đi làm việc; Công ước 182 (1999) về Nghiêm cấm và hành động khẩn cấp xóa bỏ các hình thức lao động trẻ em tồi tệ nhất.

23 Internatinal Labour Organization (ILO), "Ratifications of Co87 – Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948" (No. 87).
http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312232:NO; Internatinal Labour Organization (ILO), "Ratifications of Co98 – Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949" (No. 98),
http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312243:NO.

24 Đào Mộng Điệp, (2015), Tổng quan quyền của NLĐ theo pháp luật Việt Nam, Tạp chí Khoa học pháp lý.

vi) Quy định vai trò của tổ chức công đoàn độc lập; mối quan hệ của tổ chức công đoàn độc lập với NSDLĐ; mối quan hệ của tổ chức công đoàn độc lập với tổ chức công đoàn cấp trên trực tiếp cơ sở; mối quan hệ của tổ chức công đoàn độc lập với các cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền;

vii) Quy định mối liên hệ, tính liên kết chéo giữa tổ chức công đoàn độc lập với tổ chức công đoàn ngành và các tổ chức công đoàn theo cơ cấu lãnh thổ;

viii) Quy định về cơ chế bảo đảm thực thi của tổ chức công đoàn độc lập; cơ chế kiểm tra giám sát của tổ chức này trên thực tế.

3.2 Hoàn thiện các quy định về tổ chức công đoàn trực thuộc Tổng Liên đoàn lao động Việt Nam

Để bảo đảm thực thi Hiệp định CPTPP, khi Việt Nam thừa nhận tổ chức công đoàn độc lập, pháp luật cần bổ sung hoàn thiện các quy định về tổ chức đại diện tập thể lao động như sau:

i) Quy định cụ thể vai trò, vị trí của tổ chức công đoàn cơ sở trong bối cảnh mới khi Việt Nam thực thi Hiệp định CPTPP;

ii) Quy định rõ mối quan hệ giữa tổ chức công đoàn cơ sở với tổ chức đại diện NSDLĐ và NSDLĐ trong QHLĐ;

iii) Quy định trách nhiệm và mối quan hệ đại diện tập thể lao động của tổ chức công đoàn cơ sở với tổ chức công đoàn cấp trên trực tiếp cơ sở;

iv) Quy định cơ chế bảo đảm thực thi vai trò của tổ chức công đoàn cơ sở và tổ chức công đoàn cấp trên trực tiếp cơ sở;

v) Quy định về tính độc lập trong hoạt động của tổ chức công đoàn cơ sở. Ghi nhận nguồn thu tài chính của tổ chức công đoàn cơ sở tách bạch khỏi nguồn thu từ quỹ của NSDLĐ.

3.3 Ban hành Luật về QHLĐ

Việt Nam cần ban hành Luật về QHLĐ để điều chỉnh mối quan hệ giữa NLĐ và NSDLĐ. Luật về QHLĐ giữ vai trò quan trọng trong việc điều tiết mối quan hệ của NLĐ và NSDLĐ, các chủ thể tham gia trong QHLĐ, nội dung của QHLĐ, cơ chế điều chỉnh QHLĐ.

Hiện nay trên thế giới, nhiều quốc gia đã ban hành Luật về QHLĐ để điều chỉnh mối quan hệ giữa các bên, vấn đề thoả ước, đại diện lao động và đại diện NSDLĐ, tranh chấp lao động như: Luật về QHLĐ năm 1975 của Thái Lan; Luật về Quan hệ công nghiệp năm 1967 của Malayxia; Luật về QHLĐ quốc gia năm 1935, sửa đổi năm 1947 của Mỹ; Luật QHLĐ năm 2007 của Macedonia; Luật QHLĐ năm 1995 sửa đổi năm 2002 của Nam Phi; Luật Tranh chấp lao động và QHLĐ năm 1975 của Jamaica; Luật QHLĐ của Indonexia; Luật QHLĐ năm 1973 của Newzeland[25].

Khi ban hành Luật về QHLĐ cần chú ý những nội dung sau:

i) Quy định về các chủ thể tham gia QHLĐ, NLĐ, NSDLĐ, các tổ chức đại diện tập thể lao động và đại diện NSDLĐ; mối quan hệ giữa Nhà nước, NLĐ, NSDLĐ và các tổ chức đại diện tập thể lao động, đại diện NSDLĐ;

ii) Quy định về cơ chế điều tiết QHLĐ, cơ chế hai bên và cơ chế ba bên trong QHLĐ;

iii) Quy định về nội dung của QHLĐ;

iv) Quy định về các cơ quan chuyên trách trong thực thi QHLĐ;

v) Quy định vai trò của cơ quan quản lý nhà nước về lao động trong điều tiết QHLĐ.

vi) Quy định các thiết chế bảo đảm thực thi có hiệu quả QHLĐ.

25 Đào Mộng Điệp, (2015), Sđd, tr.240.

3.4 Hoàn thiện các quy định về tổ chức đại diện NSDLĐ

Theo quy định pháp luật hiện hành, tổ chức đại diện NSDLĐ gồm có: Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam; Liên minh Hợp tác xã Việt Nam và Hiệp hội Doanh nghiệp nhỏ và vừa Việt Nam.

Theo đó, tổ chức đại diện NSDLĐ giữ vai trò rất quan trọng trong QHLĐ như: i) Tham gia xây dựng chính sách pháp luật về lao động liên quan đến quyền, lợi ích hợp pháp của NLĐ và NSDLĐ; ii) Phòng ngừa, giải quyết tranh chấp lao động; đánh giá tình hình triển khai thực hiện các biện pháp phòng ngừa, giải quyết tranh chấp lao động; iii) Tham gia xây dựng báo cáo quốc gia theo yêu cầu của cơ quan quản lý nhà nước về việc thực hiện Công ước của ILO liên quan đến quyền, lợi ích hợp pháp của NLĐ và NSDLĐ;

Chính vì vậy, khi thừa nhận tổ chức công đoàn độc lập, Nhà nước cũng cần sửa đổi, bổ sung các quy định về tổ chức đại diện NSDLĐ theo hướng:

i) Ban hành một văn bản thống nhất quy định về tổ chức đại diện NSDLĐ;

ii) Quy định tổ chức đại diện NSDLĐ tương ứng với tổ chức đại diện tập thể lao động;

iii) Thừa nhận tổ chức đại diện NSDLĐ theo phạm vi cấp doanh nghiệp, theo ngành nghề, theo phạm vi lãnh thổ để bảo đảm tính thực thi khi tham gia vào QHLĐ.

3.5 Hoàn thiện quy định về quyền thương lượng tập thể

Pháp luật hiện hành đã quy định nội dung thương lượng tập thể chung bao gồm cả thương lượng tập thể cấp doanh nghiệp và cấp ngành. Tuy nhiên, do đặc thù mỗi doanh nghiệp khác nhau, mỗi cấp thương lượng tập thể khác nhau sẽ có những nội dung khác nhau. Chính vì vậy, pháp luật cần quy định rõ nội dung thương lượng tập thể theo phạm vi cấp độ của thương lượng tập thể.

Ngoài ra, pháp luật hiện hành cũng chưa quy định các nội dung thương lượng tập thể mang tính chuyên sâu theo từng nhóm lĩnh vực. Chính vì vậy, pháp luật cần bổ sung nội dung thương lượng tập thể mang tính chuyên biệt như: các nội dung thương lượng tập thể về lương, về an toàn, vệ sinh lao động, về bảo đảm các điều kiện lao động của doanh nghiệp hay thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi…

Bên cạnh đó, pháp luật cần bổ sung các quy định về thương lượng tập thể nhóm doanh nghiệp. Pháp luật cần quy định cụ thể chủ thể tham gia thương lượng tập thể nhóm doanh nghiệp, quy trình, thủ tục thương lượng tập thể nhóm doanh nghiệp, nội dung thương lượng tập thể nhóm doanh nghiệp.

Đồng thời, pháp luật cần sửa đổi các quy định về sự tham gia của NLĐ trong chính quá trình thương lượng để bảo đảm cho tập thể lao động được thực hiện quyền thương lượng tập thể. Bên cạnh đó, pháp luật cũng cần quy định trách nhiệm của NSDLĐ không được cản trở, gây khó khăn trong quá trình công đoàn làm việc với công nhân trong suốt quá trình thương lượng tập thể.

Tóm lại, tự do liên kết và thương lượng tập thể là "một nguyên tắc định hướng mang tính phổ quát của QHLĐ hiện đại, không phân biệt giai đoạn phát triển kinh tế - đó là nền tảng cho QHLĐ không chỉ ở các quốc gia đã phát triển, mà còn ở các nước thu nhập thấp. Đây là quyền con người cơ bản và là quyền lao động, được tất cả các nước thành viên ILO và Liên hiệp quốc công nhận"[26].

Để thực thi Hiệp định CPTPP, Việt Nam cần sớm thúc đẩy việc hoàn thiện pháp luật lao động nói chung và pháp luật về

26 https://www.ilo.org/hanoi/Informationresources/Publicinformation/comments-and-analysis/WCMS_620717/lang--vi/index.htm; truy cập vào 10/07/2018

quyền tự do liên kết và thương lượng tập thể nói riêng. Tham gia Hiệp định CPTPP là "cơ hội để Việt Nam hiện đại hóa pháp luật lao động và hệ thống QHLĐ, qua đó tạo việc làm bền vững trong tương lai"[27].

Để thực thi cơ hội này, ngoài việc thiết lập một hành lang pháp lý minh bạch, mang tính khả thi, cần chú trọng nâng cao vai trò của tổ chức công đoàn cơ sở và tổ chức công đoàn cấp trên trực tiếp cơ sở trong đại diện và bảo vệ quyền lợi cho tập thể lao động. Đồng thời, nâng cao vai trò của NSDLĐ trong việc xây dựng mối QHLĐ hài hòa ổn định, bền vững. Quyền tự do liên kết và thương lượng tập thể của NLĐ chỉ có hiệu quả khi có cơ chế thực thi pháp luật hỗ trợ và bảo đảm thực hiện ■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Bộ luật Lao động năm 2012.

2. Công ước 87 năm 1948 Quyền tự do liên kết và quyền được tổ chức.

3. Công ước quốc tế các Quyền kinh tế - xã hội và văn hóa năm 1966.

4. Công ước quốc tế về các Quyền dân sự và chính trị năm 1966.

5. Công ước 98 (1951) về Áp dụng những nguyên tắc của quyền tổ chức và thương lượng tập thể.

6. Công ước số 135 về Việc bảo vệ và những thuận lợi dành cho đại diện NLĐ trong các doanh nghiệp, 1971.

7. *CPTPP là cơ hội bảo đảm việc làm bền vững;* http://tapchitaichinh.vn/nghien-cuu-trao-doi/cptpp-la-co-hoi-dam-bao-viec-lam-ben-vung-137236.html; truy cập vào 27/06/2018.

8. Đào Mộng Điệp, (2015), *Đại diện lao động và pháp luật về đại diện lao động - Những vấn đề lý luận và thực tiễn ở Việt Nam,* NXB Tư pháp.

9. Đào Mộng Điệp, (2015), *Tổng quan quyền của NLĐ theo pháp luật Việt Nam,* Tạp chí Khoa học pháp lý.

10. *Điều khoản về lao động trong hiệp định thương mại tự do đảm bảo phát triển kinh tế công bằng, bền vững;* https://www.ilo.org/hanoi/Informationresources/Publicinformation/comments-and-analysis/WCMS_620717/lang--vi/index.htm; truy cập vào 25/06/2018.

11. *Hiệp định Đối tác Toàn diện và Tiến bộ xuyên Thái Bình Dương* (Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership - CPTPP)

12. Luật Công đoàn 2012.

13. Tuyên ngôn thế giới về Nhân quyền năm 1948.

14. Internatinal Labour Organization (ILO)*, "Ratifications of Co87 – Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948" (No. 87)*,

http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312232:NO;

15. Internatinal Labour Organization (ILO)*, "Ratifications of Co98 – Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949" (No. 98),*

http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312243:NO

27 http://tapchitaichinh.vn/nghien-cuu-trao-doi/cptpp-la-co-hoi-dam-bao-viec-lam-ben-vung-137236.html;truy cập vào 27/06/2018.

VƯỚNG MẮC VỀ HÌNH THỨC XỬ PHẠT VI PHẠM HÀNH CHÍNH ĐỐI VỚI NGƯỜI CHƯA THÀNH NIÊN

Cao Vũ Minh*

* TS. Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012, vi phạm hành chính, xử phạt vi phạm hành chính, người chưa thành niên.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 18/10/2018
Biên tập : 27/11/2018
Duyệt bài : 07/12/2018

Tóm tắt:

Để xử phạt người chưa thành niên vi phạm hành chính, Nhà nước đã dự liệu các hình thức xử phạt và biện pháp khắc phục hậu quả phù hợp. Xuất phát từ đặc điểm tâm, sinh lý của người chưa thành niên và yêu cầu bảo vệ quyền lợi của người chưa thành niên, Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 đã có nhiều quy định tiến bộ liên quan đến việc áp dụng các hình thức xử phạt. Tuy nhiên, thực tiễn áp dụng các hình thức xử phạt đối với người chưa thành niên cho thấy còn nhiều hạn chế, chưa phát huy hiệu quả xử phạt hành chính đối với đối tượng này.

Article Infomation:

Keywords: Law on Handling of Administrative Violations of 2012, administrative violation, sanctioning of an administrative violation, juveniles.

Article History:

Received : 18 Oct. 2018
Edited : 27 Nov. 2018
Approved : 07 Dec. 2018

Abstract

In order to sanction the juveniles in administrative violations, appropriate sanctions and remedies have been defined. Based on the characteristics and the physiology of the juvenile and the required protectection of the rights of juveniles, the Law on Handling of Administrative Violations of 2012 consists of a number of advanced regulations relating to the application of modality of sanctions. However, the sanctions in practices for juveniles shows that there are still several shortcomings, not in effective manner of administrative sanctions for those objects.

1. Hạn chế, bất cập của pháp luật hiện hành về hình thức xử phạt đối với người chưa thành niên

1.1. Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 không quy định áp dụng hình thức xử phạt trục xuất đối với người chưa thành niên vi phạm hành chính

Theo quy định của Điều 135 Luật Xử lý vi phạm hành chính (VPHC) năm 2012, người chưa thành niên[1] VPHC có thể bị áp

1 Điều 21 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: "người chưa thành niên là người chưa đủ mười tám tuổi". Người chưa thành niên là người chưa phát triển hoàn thiện về thể chất và tinh thần, chưa có đầy đủ các quyền và nghĩa vụ pháp lý như người đã thành niên. Ở ngưỡng trước 18 tuổi, con người bước vào thời kỳ phát triển bản lề, có sự thay đổi nhanh, rõ rệt về thể chất, tâm sinh lý nhưng sự phát triển này vẫn nằm trong giai đoạn cuối của thời kỳ chưa trưởng thành, nhận thức chưa đầy đủ, tâm lý chưa ổn định. Người chưa thành niên lại luôn có nhu cầu khẳng định sự độc lập về suy nghĩ và dần hình thành cá tính nên dễ bị kích động, dụ dỗ, lôi kéo vào việc thực hiện các vi phạm pháp luật, trong đó có VPHC.

dụng các hình thức xử phạt: *i.* Cảnh cáo; *ii.* Phạt tiền; *iii.* Tịch thu tang vật, phương tiện VPHC. Như vậy, việc loại trừ áp dụng hình thức xử phạt trục xuất đối với người nước ngoài chưa thành niên VPHC của Luật Xử lý VPHC năm 2012 sẽ không đảm bảo hiệu quả trong công tác đấu tranh phòng ngừa các VPHC.

Một tình huống thực tiễn đặt ra: Ngày 04/01/2018, ông Wu Wan Nhom (sinh năm 1972) và con trai Wu Wan Pe (sinh năm 2001), cùng có quốc tịch Malaysia đã sử dụng hộ chiếu giả để nhập cảnh cửa khẩu Tân Sơn Nhất. Lực lượng Công an TP. Hồ Chí Minh đã phát hiện việc VPHC này. Người có thẩm quyền đã áp dụng hình thức xử phạt trục xuất đối với Wu Wan Nhom. Tuy nhiên, do Wu Wan Pe là người chưa thành niên nên không thể áp dụng hình thức xử phạt trục xuất[2]. Rõ ràng, trong trường hợp trên, việc xử phạt đối với Wu Wan Pe rơi vào tình trạng "tiến thoái lưỡng nan". Với hành vi sử dụng hộ chiếu giả để nhập cảnh Việt Nam thì không có cơ sở cho Wu Wan Pe ở lại Việt Nam. Tuy nhiên, trục xuất Wu Wan Pe thì cũng không được bởi Luật Xử lý VPHC năm 2012 không cho phép áp dụng hình thức xử phạt này đối với người nước ngoài chưa thành niên VPHC.

Bên cạnh đó, theo Luật Xử lý VPHC năm 2012 và Nghị định số 112/2013/NĐ-CP của Chính phủ (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 17/2016/NĐ-CP), trong thời gian làm thủ tục trục xuất, người có thẩm quyền có thể ra quyết định quản lý đối với người nước ngoài bị trục xuất bằng các biện pháp sau đây: i. *Hạn chế việc đi lại của người bị quản lý;* ii. *Chỉ định chỗ ở của người bị quản lý;* iii. *Tạm giữ hộ chiếu hoặc giấy tờ tùy thân khác thay hộ chiếu;* iv. *Bắt buộc lưu trú tại cơ sở lưu trú do Bộ Công an quản lý.* Biện pháp "bắt buộc lưu trú tại cơ sở lưu trú do Bộ Công an quản lý" được áp dụng đối với trường hợp người bị trục xuất không có hộ chiếu hoặc giấy tờ thay thế hộ chiếu; không có nơi thường trú, tạm trú. Nhưng người không bị áp dụng hình thức xử phạt trục xuất thì không thể bị áp dụng biện pháp "bắt buộc lưu trú tại nhà lưu trú của Bộ công an". Tuy nhiên, Nghị định số 112/2013/NĐ-CP lại quy định việc áp dụng biện pháp này đối với người nước ngoài chưa thành niên. Cụ thể, Điều 31 Nghị định số 112/2013/NĐ-CP quy định: "trẻ em dưới 16 tuổi là con của người bị trục xuất trong thời gian làm thủ tục trục xuất tại cơ sở lưu trú ở cùng cha, mẹ tại cơ sở lưu trú được bố trí diện tích chỗ nằm cùng phòng với cha, mẹ tại cơ sở lưu trú phù hợp với điều kiện thực tế và đặc điểm lứa tuổi, giới tính. Các chế độ ăn, mặc, ở, khám chữa bệnh và chi phí an táng được thực hiện như đối với người lưu trú. Ngày 01 tháng 6, Tết Trung thu được hưởng mức ăn gấp hai lần ngày thường; nếu ốm đau được thực hiện chế độ khám, chữa bệnh, nếu chết được cấp chi phí an táng như người lưu trú". Quy định trên đồng nghĩa với việc người nước ngoài chưa thành niên cũng bị áp dụng biện pháp "bắt buộc lưu trú tại nhà lưu trú của Bộ Công an". Như vậy, về cơ bản, quy định này vô hình trung đã thừa nhận việc áp dụng biện pháp "bắt buộc lưu trú tại nhà lưu trú của Bộ Công an" đối với người không bị áp dụng hình thức xử phạt trục xuất.

1.2 Chưa quy định rõ việc áp dụng hình thức xử phạt "tịch thu tang vật, phương tiện VPHC" đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi

Như đã trình bày, người chưa thành niên VPHC có thể bị áp dụng các hình

2 Cao Vũ Minh - Thái Thị Tuyết Dung (đồng chủ biên), Luật Hành chính Việt Nam - Những vấn đề cơ bản, câu hỏi, tình huống và văn bản quy phạm pháp luật, tập 1, Nxb. Thanh Niên, năm 2018, tr. 219.

thức xử phạt: cảnh cáo; phạt tiền; tịch thu tang vật, phương tiện VPHC. Cảnh cáo và phạt tiền luôn được áp dụng với tư cách là hình thức xử phạt chính, tịch thu tang vật, phương tiện VPHC có thể được áp dụng với tư cách là hình thức xử phạt chính hoặc bổ sung. Đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi VPHC không được áp dụng hình thức phạt tiền (khoản 3 Điều 134 Luật Xử lý VPHC năm 2012). Đây là một quy định hợp lý và phù hợp với các quy định về độ tuổi lao động được quy định trong Bộ luật Lao động năm 2012. Người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi - tức là trẻ em[3] chưa thể tham gia vào các quan hệ lao động, làm công ăn lương. Với tinh thần đó, Điều 22 Luật Xử lý VPHC năm 2012 cũng quy định: "cảnh cáo được áp dụng *đối với mọi VPHC do người chưa thành niên từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi thực hiện*". Tuy nhiên, một câu hỏi đặt ra là "người chưa thành niên từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi VPHC liệu có thể bị áp dụng hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện VPHC hay không? Nếu có thì hình thức xử phạt này được áp dụng với tư cách hình thức xử phạt chính hay bổ sung?

Khoản 7 Điều 23 Nghị định số 158/2013/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 28/2017/NĐ-CP) về xử phạt VPHC trong lĩnh vực văn hóa, thể thao, du lịch và quảng cáo quy định áp dụng hình thức xử phạt chính là "tịch thu tang vật VPHC" đối với hành vi "mua, bán, trao đổi, vận chuyển trái phép trên lãnh thổ Việt Nam di vật, cổ vật, bảo vật quốc gia thuộc di tích lịch sử - văn hóa, danh lam thắng cảnh và di vật, cổ vật, bảo vật quốc gia có nguồn gốc bất hợp pháp". Trên thực tế, người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi vẫn có thể thực hiện hành vi "vận chuyển trái phép trên lãnh thổ Việt Nam di vật, cổ vật, bảo vật quốc gia thuộc di tích lịch sử - văn hóa, danh lam thắng cảnh và di vật, cổ vật, bảo vật quốc gia có nguồn gốc bất hợp pháp". Nếu vậy, người có thẩm quyền có áp dụng hình thức xử phạt chính "tịch thu tang vật VPHC" đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi hay không?

Xét về logic pháp lý, Điều 134 và Điều 135 Luật Xử lý VPHC năm 2012 không cấm áp dụng hình thức xử phạt chính là tịch thu tang vật, phương tiện VPHC đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi. Tuy nhiên, theo quy định của Điều 22 Luật Xử lý VPHC năm 2012, mọi VPHC do người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi thực hiện sẽ chỉ bị áp dụng hình thức xử phạt cảnh cáo. Nói cách khác, đối với mọi VPHC do người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi thực hiện thì người có thẩm quyền chỉ áp dụng hình thức phạt chính là cảnh cáo.

Mỗi VPHC lại chỉ được quyền áp dụng một hình thức xử phạt chính. Do đó, một khi đã áp dụng hình thức xử phạt cảnh cáo đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi thì không được đồng thời áp dụng hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện VPHC.

Từ phân tích trên, có thể nhận thấy, hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện VPHC nếu là cần thì chỉ có thể áp dụng với tư cách hình thức xử phạt bổ sung mà không thể áp dụng với tư cách là hình thức xử phạt chính. Tuy nhiên, các quy định của

3 Điều 1 Luật Trẻ em năm 2016 quy định: "Trẻ em là người dưới 16 tuổi".

Luật Xử lý VPHC năm 2012 đã làm hẹp đi phạm vi và điều kiện áp dụng hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện VPHC. Do vậy, các quy định trên có thể bị lợi dụng vào mục đích bất hợp pháp là sử dụng người đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi thực hiện VPHC. Khi bị phát hiện thì đối tượng này chỉ bị phạt cảnh cáo và không thể bị áp dụng hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện VPHC nếu pháp luật không có quy định về việc áp dụng hình thức xử phạt này với tư cách là hình thức xử phạt bổ sung.

1.3 Biện pháp nhắc nhở trong Luật Xử lý VPHC năm 2012 chưa rõ ràng khi áp dụng đối với người chưa thành niên

Lần đầu tiên trong lịch sử lập pháp, pháp luật về cưỡng chế hành chính quy định hai biện pháp thay thế xử lý VPHC. Đó là biện pháp nhắc nhở và quản lý tại gia đình. Nhìn chung, các biện pháp thay thế xử lý VPHC phù hợp với thông lệ quốc tế về chính sách xử lý chuyển hướng với các biện pháp thích hợp nhằm thay thế cho việc xử phạt người chưa thành niên[4]. Qua 6 năm triển khai thi hành, việc áp dụng các biện pháp thay thế này được đánh giá là hiệu quả và được ủng hộ rộng rãi. Tuy nhiên, đối với biện pháp nhắc nhở thì vẫn còn nhiều điều chưa rõ ràng, gây khó khăn trong quá trình áp dụng pháp luật.

Theo quy định của Điều 139 Luật Xử lý VPHC năm 2012, nhắc nhở là biện pháp mang tính giáo dục được áp dụng thay thế cho hình thức xử phạt cảnh cáo đối với người chưa thành niên VPHC để người chưa thành niên nhận thức được những vi phạm của mình. Nhắc nhở được người có thẩm quyền áp dụng khi có đủ các điều kiện cần và đủ sau: *i. về điều kiện cần*: biện pháp này chỉ áp dụng đối với người chưa thành niên; *ii. về điều kiện đủ:* biện pháp này chỉ áp dụng đối với *VPHC theo quy định bị phạt cảnh cáo* và người vi phạm *đã tự nguyện khai báo, thành thật hối lỗi về hành vi vi phạm của mình*. Nếu thiếu một trong hai điều kiện đã nêu thì xem như không thể áp dụng biện pháp nhắc nhở.

Điều kiện cần là tiêu chí bất di bất dịch một khi muốn áp dụng biện pháp nhắc nhở. Liên quan đến điều kiện đủ thì tiêu chí "đã tự nguyện khai báo, thành thật hối lỗi về hành vi vi phạm của mình" tương đối dễ xác định. Trong khi đó, tiêu chí "VPHC theo quy định bị phạt cảnh cáo" thì lại gây ra nhiều cách hiểu khác nhau. Trên thực tế, tiêu chí "VPHC theo quy định bị phạt cảnh cáo" có thể được hiểu dưới ba góc độ như sau.

Góc độ thứ nhất: VPHC theo quy định trong các văn bản quy phạm pháp luật về xử phạt VPHC *chỉ* bị áp dụng hình thức xử phạt cảnh cáo.

Ví dụ: khoản 1 Điều 17 Nghị định số 155/2016/NĐ-CP xử phạt VPHC trong lĩnh vực bảo vệ môi trường quy định phạt cảnh cáo đối với hành vi "gây tiếng ồn vượt quy chuẩn kỹ thuật về tiếng ồn dưới 02 dBA". Như vậy, đối với trường hợp này, người có thẩm quyền chỉ được áp dụng hình thức phạt cảnh cáo chứ không được áp dụng bất cứ một hình thức xử phạt nào khác. Theo thống kê của chúng tôi, VPHC *chỉ* bị áp dụng

4 Hội đồng phối hợp công tác phổ biến, giáo dục pháp luật của Chính phủ, Pháp luật về xử lý VPHC, Đặc san tuyên truyền pháp luật số 7, năm 2012, tr. 83.

hình thức xử phạt cảnh cáo hiện diện trong khoảng 25 nghị định về xử phạt VPHC trong các lĩnh vực[5].

Góc độ thứ hai: VPHC theo quy định trong các văn bản quy phạm pháp luật về xử phạt VPHC *có thể* bị áp dụng hình thức xử phạt cảnh cáo.

Ví dụ: khoản 1 Điều 5 Nghị định số 132/2015/NĐ-CP xử phạt VPHC trong lĩnh vực giao thông đường thủy nội địa quy định phạt *cảnh cáo* hoặc *phạt tiền* từ 100.000 đồng đến 200.000 đồng đối với hành vi "đổ rác hoặc rơm, rạ xuống đường thủy nội địa, vùng nước cảng, bến thủy nội địa". Như vậy, tùy vào tình hình cụ thể, người có thẩm quyền có thể xem xét áp dụng hình thức phạt cảnh cáo hoặc phạt tiền đối người vi phạm. Theo thống kê của chúng tôi, VPHC *có thể* bị áp dụng hình thức xử phạt cảnh cáo hiện diện trong đa phần các nghị định về xử phạt VPHC trong các lĩnh vực[6].

Góc độ thứ ba: VPHC do người người chưa thành niên từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi thực hiện. Như đã trình bày, đối với mọi VPHC do người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi thực hiện thì không bị phạt tiền mà đều chỉ bị áp dụng hình thức cảnh cáo với tư cách là hình thức xử phạt chính.

Ví dụ: khoản 1 Điều 21 Nghị định số 46/2016/NĐ-CP xử phạt VPHC trong lĩnh vực giao thông đường bộ và đường sắt quy định "phạt cảnh cáo người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi điều khiển xe mô tô, xe gắn máy (kể cả xe máy điện) và các loại xe tương tự xe mô tô hoặc điều khiển xe ô tô, máy kéo và các loại xe tương tự xe ô tô".

---

5 Có khoảng 25 nghị định xử phạt VPHC quy định chỉ áp dụng hình thức xử phạt cảnh cáo đối với một số VPHC cụ thể. Đó là: Nghị định số 98/2013/NĐ-CP quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực kinh doanh bảo hiểm, kinh doanh xổ số; Nghị định số 120/2013/NĐ-CP quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực quốc phòng, cơ yếu; Nghị định số 129/2013/NĐ-CP quy định về xử phạt VPHC về thuế và cưỡng chế thi hành quyết định hành chính thuế; Nghị định số 134/2013/NĐ-CP quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực điện lực, an toàn đập thủy điện, sử dụng năng lượng tiết kiệm và hiệu quả; Nghị định số 138/2013/NĐ-CP quy định về việc xử phạt VPHC trong lĩnh vực giáo dục; Nghị định số 176/2013/NĐ-CP quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực y tế; Nghị định số 178/2013/NĐ-CP quy định xử phạt VPHC về an toàn thực phẩm; Nghị định số 192/2013/NĐ-CP quy định việc xử phạt VPHC trong lĩnh vực quản lý, sử dụng tài sản nhà nước; thực hành tiết kiệm, chống lãng phí; dự trữ quốc gia; kho bạc nhà nước; Nghị định số 64/2013/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 93/2014/NĐ-CP xử phạt VPHC trong hoạt động khoa học và công nghệ, chuyển giao công nghệ); Nghị định số 96/2014/NĐ-CP xử phạt VPHC trong lĩnh vực tiền tệ và hoạt động ngân hàng; Nghị định số 110/2013/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 67/2015/NĐ-CP) xử phạt VPHC trong lĩnh vực bổ trợ tư pháp, hành chính tư pháp, hôn nhân và gia đình, thi hành án dân sự, phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã; Nghị định số 95/2013/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 88/2015/NĐ-CP) xử phạt VPHC trong lĩnh vực lao động, bảo hiểm xã hội, đưa người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng; Nghị định số 108/2013/NĐ-CP (được sửa đổi bổ sung bởi Nghị định số 145/2016/NĐ-CP) xử phạt VPHC trong lĩnh vực chứng khoán và thị trường chứng khoán; Nghị định số 109/2013/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 49/2016/NĐ-CP xử phạt VPHC trong lĩnh vực quản lý giá, phí, lệ phí, hóa đơn); Nghị định số 95/2016/NĐ-CP quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực thống kê; Nghị định số 155/2016/NĐ-CP xử phạt VPHC trong lĩnh vực bảo vệ môi trường; Nghị định số 162/2013/NĐ-CP (Nghị định số 23/2017/NĐ-CP) xử phạt VPHC trên các vùng biển, đảo và thềm lục địa của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam; Nghị định số 103/2013/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 41/2017/NĐ-CP) xử phạt VPHC trong hoạt động thủy sản; Nghị định số 33/2017/NĐ-CP quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực tài nguyên nước và khoáng sản; Nghị định số 104/2017/NĐ-CP xử phạt VPHC trong lĩnh vực phòng, chống thiên tai; khai thác và bảo vệ công trình thủy lợi; đê điều; Nghị định số 119/2017/NĐ-CP quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực tiêu chuẩn, đo lường và chất lượng sản phẩm, hàng hóa; Nghị định số 142/2017/NĐ-CP quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực hàng hải; Nghị định số 41/2018/NĐ-CP xử phạt VPHC trong lĩnh vực kế toán, kiểm toán độc lập; Nghị định số 55/2018/NĐ-CP xử phạt VPHC trong lĩnh vực phân bón; Nghị định số 64/2018/NĐ-CP quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực giống vật nuôi, thức ăn chăn nuôi, thủy sản.

6 Nghị định số 127/2013/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 45/2016/NĐ-CP) xử phạt VPHC và cưỡng chế thi hành quyết định hành chính trong lĩnh vực hải quan và Nghị định số 67/2017/NĐ-CP xử phạt VPHC trong lĩnh vực dầu khí, kinh doanh xăng dầu và khí là hai nghị định không quy định áp dụng hình thức xử phạt cảnh cáo đối với bất kỳ một VPHC nào được liệt kê trong hai nghị định này.

Ở góc độ thứ ba này thì chỉ cần căn cứ vào đối tượng (người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi) và điều kiện (đã tự nguyện khai báo, thành thật hối lỗi về hành vi vi phạm của mình)[7] là người có thẩm quyền đã có thể áp dụng biện pháp nhắc nhở.

Nếu nhìn nhận ở góc độ thứ ba thì việc áp dụng biện pháp nhắc nhở sẽ không phát huy được ý nghĩa giáo dục đối với người vi phạm. Người chưa thành niên từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi bị xử phạt VPHC về lỗi cố ý, các vi phạm đó có thể bị phạt tiền từ 50.000 đồng đến 1.000.000.000 đồng, nhưng do chính sách khoan hồng, nhân đạo nên nhà làm luật quy định việc chuyển hóa từ phạt tiền thành cảnh cáo. Nếu chỉ vì một tình tiết "đã tự nguyện khai báo, thành thật hối lỗi về hành vi vi phạm của mình" mà lại tiếp tục thay thế hình thức phạt cảnh cáo thành nhắc nhở thì hoàn toàn không tương xứng với tính chất và mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi vi phạm. Trong trường hợp này, việc áp dụng biện pháp nhắc nhở - một biện pháp được thực hiện bằng lời nói, ngay tại chỗ không khéo lại gây ra "tác dụng ngược" vì không đủ sức răn đe để có thể tác động đến ý thức của người vi phạm.

2. Một số kiến nghị cụ thể nhằm hoàn thiện các quy định về xử phạt vi phạm hành chính đối với người chưa thành niên

Thứ nhất, sửa đổi Luật Xử lý VPHC năm 2012 theo hướng thừa nhận có thể áp dụng hình thức xử phạt trục xuất đối với người nước ngoài chưa thành niên VPHC tại Việt Nam[8]. Việc bổ sung hình thức xử phạt trục xuất vào hệ thống các hình thức xử phạt được áp dụng đối với người nước ngoài chưa thành niên không chỉ giúp chủ thể có thẩm quyền có nhiều lựa chọn hơn khi ban hành quyết định xử phạt mà còn xóa bỏ được nghịch lý trong việc áp dụng biện pháp "bắt buộc lưu trú tại nhà lưu trú của Bộ Công an" đối với người nước ngoài chưa thành niên.

Thứ hai, sửa đổi Luật Xử lý VPHC năm 2012 theo hướng quy định rõ ràng nguyên tắc áp dụng các hình thức xử phạt đối với người chưa thành niên nói chung và đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi nói riêng. Theo đó, sửa đổi Điều 22, Điều 134, Điều 135 Luật Xử lý VPHC năm 2012 theo hướng thống nhất như sau:

"Người chưa thành niên VPHC thì có thể bị áp dụng một trong các hình thức xử phạt là Cảnh cáo; Phạt tiền; Tịch thu tang vật, phương tiện VPHC; Trục xuất.

Người chưa thành niên từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi VPHC thì có thể bị áp dụng một trong các hình thức xử phạt là Cảnh cáo; Tịch thu tang vật, phương tiện VPHC; Trục xuất. Trường hợp pháp luật có quy định phạt tiền là hình thức xử phạt chính thì đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi vẫn phải áp dụng hình xử thức phạt cảnh cáo để thay thế".

Thứ ba, nhằm bảo đảm sự phù hợp của biện pháp nhắc nhở với tính chất, mức độ của các hành vi vi phạm, mọi hành vi vi phạm của người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi mà theo quy định đều bị phạt cảnh cáo thì không nên sử dụng làm căn cứ để áp dụng biện pháp nhắc nhở ■

---

7 Khoản 2 Điều 15 Nghị định số 81/2013/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 97/2017/NĐ-CP) quy định đối tượng và điều kiện áp dụng biện pháp nhắc nhở:

"a) Người chưa thành niên từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi bị xử phạt VPHC khi họ tự nguyện khai báo, thừa nhận và thành thật hối lỗi về hành vi vi phạm của mình.

b) Người chưa thành niên từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi bị xử phạt VPHC khi hành vi vi phạm quy định bị phạt cảnh cáo và người chưa thành niên tự nguyện khai báo, thừa nhận về hành vi vi phạm, thành thật hối lỗi về hành vi vi phạm của mình".

8 **Cao Vũ Minh, Hình thức xử phạt trục xuất trong Luật Xử lý VPHC năm 2012,** Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 1, năm 2018.

PHÁT HIỆN, XỬ LÝ CÁC VỤ ÁN THAM Ô TÀI SẢN: THỰC TRẠNG VÀ GIẢI PHÁP KHẮC PHỤC HẠN CHẾ, BẤT CẬP

Nguyễn Thị Hương*

* ThS. Viện kiểm sát nhân dân tối cao.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: tham nhũng, khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử, tội tham ô tài sản

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 30/10/2018
Biên tập : 07/12/2018
Duyệt bài : 09/01/2019

Tóm tắt:

Thực tiễn hoạt động phòng, chống tội phạm tham ô tài sản cho thấy, những tồn tại, hạn chế trong việc phát hiện, khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử các vụ án tham ô tài sản là một trong những yếu tố góp phần làm phát sinh, gia tăng số vụ và số người phạm tội tham ô tài sản trên thực tế. Chính vì vậy, việc chỉ ra những tồn tại, hạn chế trong hoạt động phát hiện, xử lý tội tham ô tài sản là cơ sở cần thiết để các chủ thể phòng ngừa tội phạm đưa ra được những giải pháp căn cơ, hiệu quả, góp phần làm giảm đáng kể tội tham ô tài sản ở Việt Nam trong thời gian tới.

Article Infomation:

Keywords: prosecution, investigation, prosecution, trial; act of embezzlement of property

Article History:

Received : 30 Oct. 2018
Edited : 07 Dec. 2018
Approved : 09 Jan. 2019

Abstract

Prevention, fighting of the corruption related crimes in practice show a number of shortcomings, limitations in recognizing, prosecuting, investigating, prosecuting and adjudicating corruption cases. These shortcoming can be seen as crucial causes leading to the large number of of corruption cases and the number of offenders of actual embezzlement of property. Therefore, pointing out the shortcomings and limitations in recognization and handling of corruption crimes is a necessary ground for crime prevention subjects to come up with basic and effective solutions, which might provide contribution to significant reduction of the corruption crimes in Vietnam in the coming time.

Phát hiện, khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử các vụ án tham ô tài sản là những hoạt động cơ bản nhằm kịp thời xử lý người có hành vi phạm tội, thu hồi tài sản của Nhà nước bị chiếm đoạt, đảm bảo hoạt động đúng đắn của các cơ quan, tổ chức, đơn vị kinh tế nhà nước. Đây là các hoạt động thực hiện quyền lực nhà nước, không chỉ trực tiếp chống lại những người thực hiện hành vi tham ô tài sản, mà còn có tác dụng răn đe, phòng ngừa đối với các thành viên khác trong xã hội. Chính vì vậy, khi các hoạt động này được thực hiện chất lượng, hiệu quả, đáp ứng được những yêu cầu thực tiễn đặt ra, sẽ góp phần tạo thêm một yếu tố quan trọng để nâng cao hiệu quả phòng ngừa đối với loại tội phạm này. Ngược lại, khi hoạt động phát hiện, khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử các vụ án về tội tham ô tài sản còn có những tồn tại, hạn chế nhất định thì không chỉ là lực cản làm giảm hiệu quả của hoạt động phòng ngừa đối với loại

tội này, mà ở mức độ nhất định nó còn là yếu tố tiêu cực có vai trò làm phát sinh, gia tăng tội tham ô tài sản. Thực tế hoạt động phòng, chống tội tham ô tài sản ở nước ta trong những năm vừa qua cho thấy, một số tồn tại, hạn chế trong việc phát hiện, khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử các vụ án tham ô tài sản đã góp phần làm phát sinh, gia tăng loại tội phạm này.

1. Những bất cập, hạn chế trong việc phát hiện, xử lý các vụ án tham ô tài sản

Thứ nhất, việc phát hiện các vụ án tham ô tài sản còn chưa kịp thời

Trong hoạt động phòng, chống tội tham ô tài sản, phát hiện kịp thời hành vi tham ô tài sản của người có chức vụ quyền hạn là việc làm có ý nghĩa quyết định đối với việc ngăn chặn tội phạm. Bởi lẽ, thực tiễn tố tụng các vụ án tham ô tài sản cho thấy: trong hầu hết các vụ án tham ô tài sản, các bị can, bị cáo đều nhiều lần thực hiện hành vi phạm tội, có không ít vụ án kéo dài trong nhiều năm với số tiền chiếm đoạt là đặc biệt lớn mới bị phát hiện, xử lý. Trên cơ sở nghiên cứu 585 bản án hình sự xét xử sơ thẩm các vụ án tham ô tài sản trong khoảng thời gian từ năm 2008 - 2017, thời gian phát hiện các vụ án tham ô tài sản được xác định ở các mức như sau: 6 tháng kể từ khi xảy ra tội phạm: 58 vụ, chiếm 10%; 12 tháng kể từ khi xảy ra tội phạm: 97 vụ, chiếm 16,5%; 24 tháng kể từ khi xảy ra tội phạm: 125 vụ, chiếm 21,3%; 36 tháng kể từ khi xảy ra tội phạm: 196 vụ, chiếm 33,5%; trên 36 tháng kể từ khi xảy tội phạm: 109 vụ, chiếm 18,7%[1]. Từ các tỷ trọng này cho thấy, không có vụ án nào được phát hiện ngay sau khi tội phạm xảy ra; hầu hết các vụ án tham ô tài sản thường được thực hiện trong một thời gian dài, hoặc đã thực hiện nhưng sau một thời gian dài mới bị phát hiện.

Việc phát hiện các vụ án tham ô tài sản chưa kịp thời là do sự tác động của nhiều nguyên nhân, trong đó nguyên nhân chủ yếu là do những hạn chế, bất cập của pháp luật về phòng, chống tham nhũng. Cụ thể như sau:

- Quy định về công khai, minh bạch tài sản mang tính liệt kê, thiếu tính bao quát cả về phạm vi, đối tượng dẫn đến tình trạng, một số chủ thể cần phải công khai, minh bạch tài sản nhưng lại không thực hiện nên không kịp thời phát hiện được sự biến động bất thường về tài sản;

- Quy định về xử lý trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị khi để xảy ra tham ô trong cơ quan, tổ chức, đơn vị mình còn chung chung, thiếu cụ thể, chưa khuyến khích được tính chủ động của người đứng đầu trong việc phát hiện, phòng ngừa tham ô tài sản;

- Quy định về cơ chế phát hiện tham ô tài sản thông qua các hoạt động chính như kiểm tra, thanh tra nhà nước, kiểm toán nhà nước và giám sát chưa phù hợp, chưa phát huy được vai trò, chức năng của mỗi cơ quan trong việc kịp thời phát hiện các vụ án tham ô tài sản;

- Quy định về tố cáo và giải quyết tố cáo còn chưa đầy đủ, chưa có cơ chế để phát huy được sự tham gia của người dân trong việc phát hiện hành vi tham ô tài sản của người có chức vụ, quyền hạn.

Thứ hai, tỷ lệ khởi tố vụ án, khởi tố bị can còn thấp so với số lượng tin báo, tố giác tội phạm, kiến nghị khởi tố

Theo quy định của pháp luật tố tụng hình sự, tin báo, tố giác tội phạm, kiến nghị khởi tố là một trong những căn cứ để xem xét việc khởi tố vụ án hình sự. Khởi tố vụ án hình sự, khởi tố bị can về tội tham ô tài sản là kết quả của việc giải quyết tin báo, tố giác tội phạm, kiến nghị khởi tố không chỉ phản ánh độ chính xác của các căn cứ khởi tố, mà còn là yếu tố trực tiếp tác động đến mức độ ẩn của loại tội phạm này. Thực tiễn hoạt động giải quyết tố giác, tin báo tội phạm, kiến nghị khởi tố và khởi tố vụ án, khởi tố bị can về tội tham ô tài sản trong những năm qua cho thấy, trong khoảng thời

1 Nguồn: Từ 585 bản án hình sự sơ thẩm xét xử các bị cáo về tội tham ô tài sản.

gian 10 năm từ năm 2008 đến năm 2017, số tin báo, tố giác tội phạm, kiến nghị khởi tố phải giải quyết là 4.505 việc/ 8.276 người; trong khi đó số vụ án, số bị can khởi tố trong cùng thời điểm là 2.796 vụ, chiếm 62% và 5.030 bị can, chiếm 60,7%[2] so với số việc và số người bị tố giác, kiến nghị khởi tố. Con số trên cho thấy có sự chênh lệch đáng kể kể giữa tỷ lệ khởi tố vụ án, khởi tố bị can về tội tham ô tài sản so với số lượng tin báo, tố giác tội phạm, kiến nghị khởi tố. Điều này có thể dẫn đến nguy cơ bỏ lọt người có hành vi tham ô tài sản, gây những tác động tiêu cực đến hiệu quả phòng, chống loại tội này ở nước ta hiện nay.

Tình trạng này diễn ra bởi các nguyên nhân sau:

- Do chủ thể của tội phạm là người có chức vụ, quyền hạn, việc thực hiện hành vi tham ô tài sản thường liên quan đến nhiều người, nhiều bộ phận, khâu hoạt động khác nhau và thường được che đậy bằng những thủ đoạn hết sức tinh vi, khó phát hiện.

- Để xác minh được một tin báo, tố giác hoặc kiến nghị khởi tố có đủ căn cứ để khởi tố vụ án, khởi tố bị can về tội tham ô tài sản hay không, cơ quan tiến hành tố tụng phải có một khoảng thời gian cần thiết để xác minh làm rõ.

- Việc tiến hành xác minh tin báo, tố giác, kiến nghị khởi tố đòi hỏi phải có sự phối hợp của các cơ quan chuyên môn ở các lĩnh vực khác nhau, hoặc sự hỗ trợ của các trang, thiết bị hiện đại. Trong khi đó điều kiện thực tế về thiết bị, phương tiện kỹ thuật hỗ trợ cho hoạt động này còn hạn chế;

- Quan hệ phối hợp giữa cơ quan tố tụng với các cơ quan chuyên môn còn mang tính tự phát, chưa được điều chỉnh bởi những quy định của pháp luật nên cơ quan tố tụng còn có phần bị động.

Thứ ba, việc giải quyết vụ án còn kéo dài do quan điểm của các cơ quan tố tụng không thống nhất trong việc xác định tội danh, hoặc phải chờ kết quả giám định tư pháp, hoặc do việc thu thập chứng cứ còn gặp nhiều khó khăn

Tiến độ giải quyết các vụ án tham ô tài sản là một trong những yếu tố tác động trực tiếp đến hiệu quả hoạt động chống tội phạm và tác dụng răn đe phòng ngừa đối với các thành viên khác trong xã hội. Thực tiễn hoạt động chống tội tham ô tài sản trong những năm qua cho thấy, việc điều tra, truy tố, xét xử hầu hết các vụ án tham ô tài sản còn kéo dài trong nhiều năm, không chỉ làm mất đi tính kịp thời của yêu cầu phòng, chống tội phạm, mà còn tạo ra sự hoài nghi của dư luận xã hội và các tầng lớp nhân dân đối với các cơ quan, người tiến hành tố tụng. Việc giải quyết các vụ án tham ô tài sản kéo dài là do sự tác động của nhiều yếu tố; trong đó, một số yếu tố có tính phổ biến là:

- Sự thiếu thống nhất trong việc xác định tội danh giữa các cơ quan tiến hành tố tụng dẫn đến phải kéo dài thời gian giải quyết vụ án. Đó là việc không chứng minh hoặc chưa đủ cơ sở để chứng minh dấu hiệu người có chức vụ quyền hạn chiếm đoạt tài sản mà họ được giao quản lý, nên đã dẫn đến tình trạng tranh chấp giữa tội tham ô tài sản và cố ý làm trái quy định của Nhà nước về quản lý kinh tế gây hậu quả nghiêm trọng. Đây là một trong lý do của việc trả hồ sơ để điều tra bổ sung giữa các cơ quan tiến hành tố tụng, làm kéo dài thời gian giải quyết vụ án trong nhiều năm[3].

Theo thống kê của Viện kiểm sát nhân dân tối cao, trong thời gian 10 năm từ năm 2008 đến năm 2017, số vụ án tham ô tài sản phải trả hồ sơ để điều tra bổ sung do việc xác định tội danh chưa đảm bảo căn cứ vững

2 Báo cáo tổng kết công tác năm của ngành Kiểm sát nhân dân từ năm 2008 đến năm 2017, trang 6. Nguồn: Cục Thống kê tội phạm, Viện kiểm sát nhân dân tối cao.

3 Chẳng hạn như vụ án Đặng Ngọc Thành và đồng phạm tham ô tài sản tại Tổng công ty Xây dựng Miền Trung, vụ án được khởi tố năm 2008, sau nhiều lần điều tra bổ sung, hủy án để điều tra lại đến năm 2016 vụ án mới được đưa ra xét xử và bản án đã có hiệu lực pháp luật.

chắc là 453 vụ/801 bị can, trong đó Viện kiểm sát trả là 258 vụ/496 bị can, chiếm 9% về số vụ và 9,8% số bị can so với số vụ án và số bị can Cơ quan điều tra đề nghị Viện kiểm sát truy tố; Tòa án trả là 195 vụ/305 bị can, chiếm 7,6% về số vụ và 6,4% số bị can mà Viện kiểm sát đã truy tố; trong đó không ít vụ án phải sử dụng hết số lần trả hồ sơ điều tra bổ sung theo luật định[4]. Thực trạng này cho thấy, việc xác định tội danh và thu thập chứng cứ vững chắc đảm bảo việc xác định chính xác tội danh là một trong những vấn đề phức tạp, khó thống nhất trong quá trình giải quyết các vụ án tham ô tài sản, là một trong những nguyên nhân làm kéo dài thời gian giải quyết vụ án, tạo ra những tác động thiếu phần tích cực đến hiệu quả hoạt động chống, phòng ngừa loại tội phạm này, cũng như những phản ánh mang tính tiêu cực đối với dư luận xã hội.

- Cho đến thời điểm hiện nay, đối với không ít vụ án tham ô tài sản, việc giám định tư pháp còn gặp những khó khăn nhất định như thời gian chờ kết quả giám định kéo dài, có những nội dung giám định phải được thực hiện bởi nhiều cơ quan chuyên môn, kết luận giám định về cùng nội dung giữa các cơ quan giám định không có sự thống nhất dẫn đến việc phải giám định lại, hoặc giám định bổ sung. Thực tế hoạt động giám định tư pháp trong tố tụng hình sự cho thấy, các vấn đề cần giám định trong các vụ án tham ô tài sản có tính chất phức tạp, nhiều nội dung mới phát sinh, trong khi điều kiện kỹ thuật, công nghệ phục vụ cho hoạt động giám định còn hạn chế, chưa đáp ứng được hết những yêu cầu của thực tiễn, có những vụ án phải trưng cầu giám định nhiều nội dung mới có cơ sở để làm rõ hành vi tham ô.

- Thực tiễn hoạt động giải quyết tố giác, tin báo tội phạm, kiến nghị khởi tố, khởi tố, điều tra các vụ án tham ô tài sản cho thấy, việc thu thập tài liệu, chứng cứ để làm rõ các hành vi chiếm đoạt tài sản của người có chức vụ, quyền hạn thường gặp nhiều khó khăn do đã bị tiêu hủy, che giấu, hoặc hợp thức hóa bằng các thủ tục thanh, quyết toán. Việc đấu tranh khai thác thông tin từ các đối tượng liên quan đến hành vi tham ô thường mất nhiều thời gian, trí tuệ do hành vi phạm tội thường được thực hiện theo một vòng tròn kép kín để bảo vệ, che giấu cho nhau nên không có tinh thần hợp tác với cơ quan điều tra. Các thủ đoạn phạm tội thường được thực hiện tinh vi thông qua việc sử dụng các chứng từ giả để thanh, quyết toán hoặc sử dụng công nghệ hiện đại để tất toán các khoản tiền bị chiếm đoạt. Đây là những trở ngại ảnh hưởng trực tiếp đến tiến độ điều tra vụ án, làm cho thời gian giải quyết vụ án bị kéo dài hơn nhiều so với thời hạn luật định.

Thứ tư, việc thu hồi tài sản tham ô còn nhiều bất cập, hiệu quả thấp, chưa thực sự có tác dụng đối với việc phòng ngừa loại tội phạm này trên thực tế

Thực tiễn quá trình giải quyết các vụ án tham ô tài sản trong những năm qua cho thấy, việc thu hồi tài sản còn rất hạn chế, số tài sản thu hồi được chỉ chiếm tỷ lệ rất nhỏ về số vụ án và lượng tài sản chiếm đoạt. Đối với những vụ án có thu hồi được tài sản tham ô, thì số lượng tài sản thu được chỉ chiếm một tỷ lệ rất nhỏ so với số tài sản bị chiếm đoạt trong vụ án, trong khi yêu cầu của chống, phòng ngừa tham nhũng nói chung và tham ô tài sản nói riêng là phải làm triệt để việc thu hồi tài sản. Trên cơ sở thống kê từ 585 bản án hình sự sơ thẩm xét xử các bị cáo về tội tham ô tài sản cho thấy, trong số 585 vụ án tham ô tài sản thì có 115 vụ án thu hồi được tài sản tham ô, trong đó có 87 vụ án thu hồi được toàn bộ tài sản tham ô (giá trị tài sản bị chiếm đoạt là đến 1 tỷ đồng), 28 vụ thu hồi được một phần tài sản tham ô (giá trị tài sản bị chiếm đoạt là đến 50 tỷ đồng)[5].

Việc thu hồi tài sản tham ô thấp do nhiều nguyên nhân, trong đó nguyên nhân cơ bản là việc điều tra các vụ án tham ô rất phức tạp và khó khăn, đòi hỏi phải có nhiều thời gian để tổ chức, xác minh, thu thập

4 Báo cáo công tác năm của ngành Kiểm sát nhân dân từ năm 2008 đến năm 2017, trang 8, tlđd.

5 Nguồn: Từ 585 Bản án hình sự sơ thẩm về tội tham ô tài sản.

chứng cứ, giám định và các hoạt động tố tụng cần thiết khác. Nhiều trường hợp hành vi phạm tội xảy ra trong thời gian dài mới bị phát hiện, đối tượng đã cất giấu, tẩu tán, hợp pháp hóa tài sản, hoặc đã sử dụng phần lớn tài sản chiếm đoạt được để đánh bạc, mua cổ phiếu, đưa cho người khác kinh doanh bất động sản và thua lỗ nên khi bị phát hiện không còn khả năng khắc phục hậu quả. Bên cạnh đó, nhiều trường hợp trong quá trình giải quyết vụ án tham ô tài sản, đặc biệt là sau khi khởi tố, các cơ quan tiến hành tố tụng chưa quyết liệt, triệt để trong việc áp dụng các biện pháp cưỡng chế cần thiết nên người thân của bị can, bị cáo vẫn có điều kiện để tẩu tán tài sản; mặt khác, không ít trường hợp tài sản tham ô đang tồn tại ở nước ngoài nên việc thu hồi càng gặp nhiều khó khăn.

Thứ năm, trong một số trường hợp, việc xác định mức độ trách nhiệm hình sự (TNHS) của bị can, bị cáo còn chưa tương xứng với tính chất của hành vi, mức độ hậu quả gây ra, chưa đảm bảo tính răn đe và phòng ngừa chung

Xác định mức độ TNHS đối với bị can, bị cáo trong các vụ án tham ô tài sản là vấn đề hết sức quan trọng, thể hiện rõ sự trừng phạt, sự lên án của Nhà nước, sự nghiêm minh của pháp luật đối với người phạm tội. Thực tiễn hoạt động truy tố, xét xử các vụ án tham ô tài sản trong những năm qua cho thấy: việc Viện kiểm sát nhân dân, Tòa án nhân dân các cấp xác định mức độ TNHS đối với bị can, bị cáo trong các vụ án tham ô tài sản còn có phần chưa đảm bảo tương xứng với tính chất của hành vi, mức độ hậu quả do bị can, bị cáo gây ra. Đó là do pháp luật quy định còn có phần chung chung, thiếu cụ thể nên khi xác định khung hình phạt để truy tố, Viện kiểm sát gặp phải những khó khăn nhất định, dẫn đến việc truy tố các bị can theo khung của điều luật có phần nhẹ hơn so với hậu quả xảy ra, chưa đảm bảo sự tương xứng với tính chất của hành vi phạm tội. Mặt khác, theo quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2003, Tòa án có thể xét xử bị cáo theo khoản khác nhẹ hơn trong cùng điều luật mà Viện kiểm sát đã truy tố. Chính vì vậy, trong quá trình xét xử các vụ án tham ô tài sản, một số trường hợp, Tòa án có thể chuyển sang khung hình phạt nhẹ hơn hoặc áp dụng loại hình phạt nhẹ hơn đối với bị cáo. Điều này không chỉ làm ảnh hưởng đến tính nghiêm minh của pháp luật đối với bản thân bị cáo, mà còn tạo ra những tác động thiếu tích cực trong việc phòng ngừa chung, nhất là đối với những vụ án được dư luận xã hội quan tâm thì tình trạng này đã tạo ra những phản ứng, bức xúc hoặc sự hoài nghi trong dư luận quần chúng nhân dân, làm giảm mục đích răn đe, phòng ngừa chung của pháp luật, góp phần thúc đẩy sự phát sinh tham ô tài sản trên thực tế.

2. Giải pháp khắc phục hạn chế, bất cập trong phát hiện, xử lý các vụ án tham ô tài sản

2.1. Hoàn thiện quy định Luật Phòng, chống tham nhũng và các văn bản luật chuyên ngành

Hoạt động phát hiện, xử lý người có chức vụ, quyền hạn tham ô tài sản là đối tượng điều chỉnh trực tiếp của Luật Phòng, chống tham nhũng. Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018 được Quốc hội khóa XIV tại kỳ họp thứ 6 đã khắc phục được những hạn chế, bất cập của Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2005 (sửa đổi năm 2012), góp phần quan trọng vào việc nâng cao hiệu quả đấu tranh phòng, chống các tội phạm về tham nhũng nói chung và tội tham ô tài sản tài sản nói riêng. Tuy nhiên, trước yêu cầu của việc đấu tranh phòng, chống các tội phạm về tham nhũng nói chung và tội tham ô tài sản nói riêng, góp phần nâng cao hơn nữa hiệu quả hoạt động phát hiện, xử lý các vụ án tham ô tài sản, cần tiếp tục hoàn thiện Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018 theo hướng sau:

- Mở rộng một cách hợp lý phạm vi đối tượng có nghĩa vụ kê khai tài sản, thu nhập sang cả lĩnh vực tư cho phù hợp với quy định của Bộ luật hình sự năm 2015, sửa đổi bổ sung năm 2017. Bởi lẽ, theo quy định của Điều 34 Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018, người có chức vụ, quyền hạn trong các doanh nghiệp ngoài nhà nước chưa được đưa vào để thực hiện nghĩa vụ

kê khai tài sản, thu nhập. Trong khi đó, theo quy định của Bộ luật hình sự năm 2015, sửa đổi, bổ sung năm 2017 thì những người này cũng là chủ thể của tội tham ô tài sản.

- Mở rộng phạm vi nghĩa vụ của người kê khai tài sản, thu nhập nhằm kiểm soát một cách chặt chẽ tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn. Bởi lẽ, theo quy định của khoản 1 Điều 33 Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018, người có nghĩa vụ kê khai phải kê khai tài sản, thu nhập và biến động về tài sản, thu nhập của mình, của vợ hoặc chồng, con chưa thành niên là chưa đủ; cần phải bổ sung thêm các đối tượng là cha, mẹ, con đã thành niên, ông nội, bà nội của người có nghĩa vụ kê khai tài sản.

- Quy định cụ thể về hình thức xử lý trách nhiệm của người đứng đầu, cấp phó của người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị khi để xảy ra tham nhũng trong cơ quan, tổ chức, đơn vị do mình quản lý, phụ trách. Theo quy định của khoản 1 Điều 73 Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018, người đứng đầu, cấp phó của người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị chịu trách nhiệm trực tiếp khi để xảy ra tham nhũng quy định tại Điều 72 của Luật này thì bị xử lý kỷ luật hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự. Việc quy định này, một mặt gây khó khăn cho cơ quan, người có thẩm quyền trong việc lựa chọn hình thức để xử lý trách nhiệm của người đứng đầu trong cơ quan, đơn vị để xảy ra tham nhũng do họ phụ trách; mặt khác, chưa đảm bảo tính nghiêm minh của pháp luật đối với việc xem xét trách nhiệm của người đứng đầu. Do vậy, Luật Phòng, chống tham nhũng cần quy định rõ trường hợp nào thì xử lý lỷ luật, trường hợp nào thì truy cứu trách nhiệm hình sự đối với người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị khi để xảy ra tham nhũng trong cơ quan, tổ chức, đơn vị do họ quản lý, phụ trách.

Đối với các văn bản luật chuyên ngành:

- Hoàn thiện quy định của Luật Báo chí nhằm tích cực phát huy vai trò của báo chí trong phát hiện tham nhũng, gắn với trách nhiệm của cơ quan báo chí trong việc phối hợp, cung cấp thông tin, tài liệu cho cơ quan chức năng để phục vụ việc xem xét, xử lý vụ việc tham nhũng mà báo chí đã phát hiện, đăng tải.

- Hoàn thiện quy định của luật hình sự theo hướng quy định hợp lý về giá trị tài sản bị chiếm đoạt trong các khung hình phạt nhằm cá thể hóa TNHS của các bị cáo trong vụ án tham ô tài sản.

- Hoàn thiện quy định của Luật Giám định tư pháp nhằm đảm bảo tính kịp thời và chính xác của kết luận giám định, tạo cơ sở cần thiết để đảm bảo tiến độ giải quyết vụ án tham ô tài sản.

2.2. Tăng cường sự phối hợp giữa cơ quan tiến hành tố tụng với các cơ quan chuyên môn

Thực tiễn công tác đấu tranh phòng, chống tội phạm tham ô tài sản cho thấy, sự phối hợp chặt chẽ giữa các cơ quan tiến hành tố tụng và cơ quan chuyên môn là điều kiện tiên quyết bảo đảm chất lượng và hiệu quả của công tác này. Vì vậy, để tăng cường hơn nữa sự phối hợp giữa các cơ quan nói trên trong phòng, chống tội phạm tham ô tài sản cần thực hiện các giải pháp:

- Liên ngành các cơ quan tố tụng trung ương cần thiết lập cơ chế phối hợp trong việc phát hiện, khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử các vụ án tham ô tài sản, tạo cơ sở cần thiết để liên ngành tố tụng địa phương thực hiện tốt chức năng, nhiệm vụ của mình trong việc phát hiện, xử lý các vụ án tham ô tài sản.

- Thiết lập cơ chế phối hợp giữa các cơ quan tố tụng với các cơ quan chuyên môn trong việc thu thập các tài liệu, chứng cứ cần thiết, cũng như đưa ra các kết luận đối với từng lĩnh vực chuyên môn, nhằm đảm bảo việc xác minh, giải quyết tin báo, tố giác tội phạm, kiến nghị khởi tố, khởi tố, điều tra người có hành vi tham ô tài sản được kịp thời, chính xác, hiệu quả.

- Thiết lập cơ chế phối hợp giữa các cơ quan tố tụng với các cơ quan giám định tư pháp trong một số lĩnh vực cần thiết như tài chính, ngân hàng, đầu tư, xây dựng, đấu giá, đấu thầu nhằm đảm bảo tính kịp thời, chính xác của kết luận giám định ■

PHÁN QUYẾT TRỌNG TÀI PHI CHÍNH THỨC: QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT ITALIA, THỰC TIỄN THI HÀNH TẠI ĐỨC VÀ MỘT SỐ ĐỀ XUẤT CHO VIỆT NAM

Lê Nguyễn Gia Thiện*
Lê Nguyễn Gia Thuận**
* NCS. GV. Khoa Luật, Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh.
** Sinh viên Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: tố tụng trọng tài, phán quyết trọng tài, phán quyết trọng tài phi chính thức, công nhận và cho thi hành

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 14/12/2018
Biên tập : 27/02/2019
Duyệt bài : 01/03/2019

Tóm tắt:

Thông thường, quy trình tố tụng trọng tài sẽ được kết thúc thông qua việc Hội đồng Trọng tài tuyên một phán quyết trọng tài, trong đó nêu rõ các quyền và nghĩa vụ mà các bên phải thực hiện. Thế nhưng, ở một số quốc gia, với đặc thù riêng, thay vì công nhận phán quyết của Hội đồng Trọng tài, lại cho phép các bên tranh chấp được tự mình quyết định về các nội dung của vụ tranh chấp. Phán quyết trọng tài được các bên tự quyết định thông qua cách thức như vậy được gọi là "phán quyết trọng tài phi chính thức" (lodo irrituale). Italia ủng hộ phán quyết trọng tài phi chính thức, trong khi đa phần các nước khác, điển hình là Đức, hoàn toàn không chấp nhận loại hình phán quyết trọng tài này.

Article Infomation:

Keywords: arbitration, arbitral award, lodo irrituale, recognition and enforcement

Article History:

Received : 14 Dec. 2018
Edited : 27 Feb. 2019
Approved : 01 Mar. 2019

Abstract

Normally, the arbitration proceedings shall cease in the event that the arbitral tribunal renders an arbitral award, which declares legitimate rights and obligations of parties to the dispute. Nevertheless, several jurisdictions, based on their own specific legislations, allow parties to decide on the content of the dispute without the rendering an award of the tribunal. Such awards made in those cases have been called "free award" (or lodo irrituale in Italian language). Italia has been the leading country that supports and encourages free award, while others, including Germany, totally refuse this type of arbitral award.

1. Những vấn đề cơ bản về phán quyết trọng tài phi chính thức

1.1. Quan niệm của Italia về phán quyết trọng tài phi chính thức

Tố tụng trọng tài là một quy trình tố tụng tư, hoàn toàn thượng tôn sự thỏa thuận của các bên tranh chấp. Các bên tranh chấp, tùy theo nhu cầu và nguyện vọng của mình,

có quyền thỏa thuận về tất cả các vấn đề, các bước của toàn bộ quy trình tố tụng. Có một nguyên tắc được thực tiễn trọng tài thương mại quốc tế áp dụng rộng rãi cũng như được ghi nhận rõ ràng trong pháp luật trọng tài của các nước đó là: *các bên hoàn toàn được quyền thỏa thuận về nội dung vụ tranh chấp của chính mình*. Cơ quan giải quyết tranh chấp, tức Hội đồng Trọng tài (HĐTT)[1], sẽ ghi nhận một cách cụ thể tất cả những sự thỏa thuận của các bên về nội dung vụ tranh chấp trong một phán quyết trọng tài, gọi là "phán quyết đồng thuận" (agreed award hay consent award)[2]. Phán quyết đồng thuận có giá trị pháp lý và có khả năng thi hành một cách hoàn toàn như phán quyết toàn phần[3] và phán quyết từng phần[4].

Quy trình tố tụng trọng tài kết thúc với việc HĐTT ra một phán quyết, có hiệu lực ràng buộc và chung thẩm như bản án của Tòa án, là hết sức phổ biến và được dự liệu trong pháp luật trọng tài của tất cả các quốc gia trên thế giới. Thế nhưng, ở Italia[5], lại có hai quan niệm khác nhau về quy trình tố tụng trọng tài. Theo đó, quy trình trọng tài mà các bên lựa chọn có thể rơi vào một trong hai tình huống hoàn toàn riêng biệt là *quy trình trọng tài chính thức* (*arbitrato rituale*) và *quy trình trọng tài phi chính thức* (*arbitrato irrituale*). Quy trình trọng tài chính thức là quy trình tố tụng trọng tài thông thường được áp dụng rộng rãi trên toàn thế giới. Theo quy trình này, trọng tài, đóng vai trò là các thẩm phán tư, sẽ ban hành một hoặc nhiều phán quyết về nội dung vụ tranh chấp, phán quyết này mang giá trị chung thẩm và ràng buộc các bên như là bản án của Tòa án. Ngược lại, quy trình trọng tài phi chính thức không dẫn đến việc ban hành phán quyết của cơ quan trọng tài. Trong quá khứ, pháp luật Italia chỉ xem trọng tài phi chính thức như là một hình thức tập quán giải quyết tranh chấp[6]. Tuy nhiên sau đó, Luật Trọng tài Italia đã quy định rất cụ thể hình thức trọng tài này. Dù vẫn còn có nhiều cách hiểu khác nhau giữa các luật gia Italia về nội dung và cách thức áp dụng quy trình trọng tài phi chính thức, nhưng các luật gia đều đồng ý rằng, quy trình trọng tài phi chính thức là *quy trình hoàn toàn dựa trên sự chủ động của các bên, và chính các bên, chứ không phải HĐTT, mới là người thiết lập nên phán quyết trọng tài nhằm giải quyết tranh chấp. Phán quyết được thiết lập dựa hoàn toàn vào ý chí của các bên và trọng tài chỉ đóng vai trò là người chứng kiến sự thỏa thuận được gọi là phán quyết trọng tài phi chính thức (PQPCT)*[7].

1.2. So sánh phán quyết trọng tài phi chính thức với phán quyết đồng thuận và thỏa thuận hòa giải thành

Điểm giống nhau cơ bản giữa PQPCT và phán quyết đồng thuận là ở chỗ, cả hai loại phán quyết này đều hình thành từ ý chí tuyệt đối thông qua sự thỏa thuận của các bên. HĐTT chỉ giúp các bên hiểu được nguyện vọng của đối phương và mang các bên lại với nhau, chứ HĐTT tuyệt đối không

1 Trường hợp tranh chấp được giải quyết thông qua một trọng tài viên duy nhất được áp dụng hoàn toàn tương tự.

2 Về phán quyết đồng thuận và việc thi hành loại phán quyết này, xem: Yaraslau Kryvoi/Dmitry Davydenko, Consent Awards in International Arbitration: From Settlement to Enforcement, Brooklyn Journal of International Law Volume 40, Issue 3, Article 3, 2015, tr. 827 - 868.

3 Phán quyết toàn phần (full award) giải quyết toàn bộ nội dung vụ tranh chấp.

4 Phán quyết từng phần (partial award) giải quyết một phần nội dung vụ tranh chấp.

5 Chỉ có Italia.

6 Pháp luật nước này không ghi nhận trọng tài phi chính thức như là một phương thức minh thị bên cạnh trọng tài chính thức. Bằng chứng là pháp luật trọng tài của Italia năm 1994 (sửa đổi năm 1997) không đề cập bất kỳ điều khoản nào trọng tài phi chính thức, xem: Reisman/Craig/Park/Paulsson, International Commercial Arbitration: Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes, Nxb. The Foundation Press, 1997, tr. 327-346.

7 Điển hình nhất là vấn đề liệu rằng toàn bộ các điều khoản của Thiên VIII Quyển IV Bộ luật Tố tụng dân sự Italia có được áp dụng cho tố tụng trọng tài phi chính thức hay không?, xem: Valerio Sangiovanni, Arbitrato irrituale e regole procedurali nel nouvo diritto italiano (Free arbitration and procedural rules in the new Italian law), ASA Bulletin, 2008, Issue 4, tr. 688-698.

dựa vào sự nhận thức và xem xét của chính mình để ban hành một phán quyết trọng tài. Thế nhưng, điểm khác biệt giữa PQPCT và phán quyết đồng thuận là rất rõ ràng. Nếu như ở phán quyết đồng thuận, HĐTT phải ban hành một phán quyết nhằm hiện thực hóa sự thỏa thuận của các bên, thì trong PQPCT vấn đề lại khác hoàn toàn. Trong PQPCT, HĐTT chỉ xuất hiện như là "người làm chứng" cho những sự thỏa thuận của các bên tranh chấp, HĐTT hoàn toàn không có thẩm quyền ban hành một phán quyết trọng tài.

Dù hoàn toàn khác với phán quyết đồng thuận, nhưng PQPCT và thỏa thuận hòa giải thành (TTHGT) lại có nhiều điểm tương đồng[8]. Khác với trọng tài, quy trình mà HĐTT đóng vai những thẩm phán tư đứng ra giải quyết tranh chấp cho các bên hòa giải là một biện pháp giải quyết tranh chấp hoàn toàn tùy thuộc vào sự thiện chí của các bên tranh chấp. Các bên tranh chấp sẽ là người quyết định cho sự thành công của hòa giải thông qua việc thiết lập TTHGT[9], còn hòa giải viên chỉ có nhiệm vụ giúp các bên thấu hiểu yêu cầu của bên kia và giúp các bên tìm ra tiếng nói chung. Hòa giải viên tuyệt đối không có thẩm quyền ban hành một văn bản mang tính ràng buộc và chung thẩm như trọng tài. Có thể thấy rằng, cả PQPCT và TTHGT đều do chính các bên chủ động thiết lập, cơ quan giải quyết tranh chấp là trọng tài (tức HĐTT) và hòa giải chỉ đóng vai trò hỗ trợ và giúp các bên đạt được những sự thỏa thuận nhằm giải quyết nội dung vụ tranh chấp.

Pháp luật Italia quan niệm rằng, PQPCT đã ghi nhận rất rõ sự đồng thuận của các bên về việc giải quyết nội dung vụ tranh chấp, vì vậy hình thức phán quyết này hoàn toàn có giá trị ràng buộc các bên[10]. Theo quy định của Điều 825 Bộ luật Tố tụng dân sự Italia, các bên có thể nộp phán quyết trọng tài tại Tòa phúc thẩm khu vực nơi mà phán quyết được lập để yêu cầu Tòa án công nhận và cho thi hành[11]. Nếu một phán quyết trọng tài nước ngoài được thiết lập theo phương thức phi chính thức, phán quyết này sẽ được Tòa án phúc thẩm khu vực[12] của Italia đảm bảo thi hành như là một phán quyết chính thức thông thường theo tinh thần của Điều 839 và 840 Bộ luật Tố tụng dân sự.

2. Thực tiễn công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài phi chính thức tại Đức

Nhiều năm trước đây, Tòa án Đức đã từng đối mặt với yêu cầu công nhận và cho thi hành PQPCT tại Đức. Theo đó, một PQPCT được các bên thống nhất thông qua tại Genova (PQPCT Genova) ngày 10/5/1976 dựa trên cơ sở thỏa thuận giữa một doanh nghiệp Đức (Ag) và 18 doanh nghiệp khác về vấn đề doanh nghiệp Đức đồng ý thực hiện nghĩa vụ trả nợ cho việc tái bảo hiểm của 18 doanh nghiệp kia. Thế nhưng, sau đó doanh nghiệp Ag của Đức từ chối thực hiện nghĩa vụ của mình, điều này làm 18 doanh nghiệp tái bảo hiểm cùng thống nhất cử Công ty bảo hiểm E làm đại diện và mang PQPCT Genova giữa các bên đến yêu cầu Tòa án Đức công nhận và cho thi hành. Sau khi Tòa sơ thẩm và Tòa phúc thẩm từ chối thi hành PQPCT Genova này, Tòa Tư pháp Liên bang của Đức (Bundesgerichtshof) đã nhận được yêu cầu xử giám đốc thẩm của Công ty bảo hiểm E. Tòa Tư pháp liên bang đã lập luận như sau[13]:

8 Marike Paulsson, The 1958 New York Convention in Action, Nxb. Kluwer Law International, 2016, tr. 85.

9 Lê Nguyễn Gia Thiện/Nguyễn Thị Thùy Linh, Hòa giải thương mại và thi hành thỏa thuận hòa giải thành ở Cộng hòa Liên bang Đức, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, Bộ Tư pháp, 2018, Số 5 (314), tr. 46 và tiếp theo.

10 Valerio Sangiovanni, tlđd, tr. 692.

11 PQPCT muốn được thi hành thì phải được Tòa án công nhận, trong khi phán quyết chính thức thì có thể thi hành ngay, xem: Gianluca Buoro, Drafting Arbitration Clauses and Arbitration Agreements Governed by Italian Law, International In-house Counsel Journal, Vol. 2, No. 5, 2008, tr. 795.

12 Tòa án có thẩm quyền là Tòa phúc thẩm khu vực nơi bên phải thi hành cư trú hoặc Tòa phúc thẩm khu vực Roma (nếu không xác định được nơi cư trú của bên phải thi hành hoặc bên phải thi hành không cư trú tại Italia).

13 Phán quyết BGH, Urteil 8/11/1981 III ZR 42/80.

- Về tính chất hợp đồng của PQPCT Genova

PQPCT Genova được thiết lập hoàn toàn dựa trên sự ưng thuận và thống nhất ý kiến của các bên tranh chấp. Vai trò của cơ quan trọng tài chỉ là hỗ trợ và mang các bên lại với nhau. Trọng tài không ban hành bất kỳ một phán quyết nào dựa trên thẩm quyền tài phán của mình. Vì được thiết lập căn cứ vào sự hợp ý của các bên, nên PQPCT Genova mang đầy đủ tính chất của quan hệ hợp đồng, với nội dung là các thỏa thuận về quyền và nghĩa vụ của các bên phát sinh sau khi tố tụng trọng tài phi chính thức kết thúc. PQPCT Genova ràng buộc các bên và các bên có nghĩa vụ phải thực hiện những gì đã cam kết.

-Về khả năng công nhận và cho thi hành tại Đức

Tòa Tư pháp liên bang nhận định rằng, mặc dù hợp đồng giữa các bên được ký vào 6/1965, nhưng khi yêu cầu công nhận và cho thi hành PQPCT được mang đến trước các Tòa án Đức thì cả Đức và Italia đều đã trở thành thành viên chính thức[14] của Công ước Liên hiệp quốc về Công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài[15] (Công ước New York) và Công ước này đã có hiệu lực hoàn toàn trên lãnh thổ của Đức và Italia[16], do đó việc công nhận và cho thi hành PQPCT Genova phải được xem xét trong khuôn khổ của Công ước New York.

Theo 5 ngôn ngữ chính thức của Công ước New York là Anh, Pháp, Nga, Trung và Tây Ban Nha thì trọng tài được hiểu như là một thiết chế tư nhân mang tính tài phán, cơ quan này có thẩm quyền tư pháp như một tòa án trong việc ban hành ra một phán quyết ràng buộc và có giá trị pháp lý như bản án của một tòa án. Vì lẽ đó, việc các bên cùng nhau thỏa thuận về các nội dung của vụ tranh chấp, cũng như về các quyền và nghĩa vụ nhằm giải quyết tranh chấp mà không được cơ quan trọng tài ghi nhận trong một phán quyết đồng thuận thì sẽ không rơi vào phạm vi điều chỉnh của Công ước New York.

PQPCT chỉ là sản phẩm đặc thù và cá biệt của nền pháp chế Italia, bên cạnh đó cũng chỉ có Italia thừa nhận hiệu lực và khả năng thi hành PQPCT[17], trong khi các quốc gia khác, bao gồm Đức, tuyệt đối không ủng hộ vấn đề này. Nếu Tòa án Đức công nhận và cho thi hành PQPCT Genova thì coi như Tòa án Đức đã đem các tiêu chuẩn của Italia về việc công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài áp vào nền pháp chế Đức, điều này là hoàn toàn không hợp lý. Hơn nữa điều này còn trái với tinh thần của chính Điều III Công ước New York, vốn dĩ trao toàn quyền cho các quốc gia thành viên trong việc thiết lập các cơ chế, quy trình để công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài, miễn là các quy trình, cơ chế này không vi phạm những tiêu chuẩn cơ bản được nêu ra trong Công ước.

Dựa vào các căn cứ không công nhận và cho thi hành theo tinh thần của Công ước New York thì PQPCT Genova đã phạm vào Điều V(1)(e) về tính hiệu lực của phán quyết. Tòa Tư pháp tối cao nhận định rằng, PQPCT Genova được hình thành trên sự thỏa thuận của các bên tranh chấp, do đó chỉ ràng buộc các bên tranh chấp mà không có hiệu lực thi hành như một phán quyết trọng tài[18]. Hơn nữa, cả Công ước châu Âu về Trọng

14 Lần lượt là 30/6/1961 và 31/1/1969.

15 Được thông qua tại New York ngày 10/6/1958, có hiệu lực từ ngày 7/6/1958. Tính đến mùa thu 2017, Công ước New York đã thu hút sự gia nhập của 159 quốc gia và vùng lãnh thổ trên thế giới, thành viên mới nhất là Sudan.

16 Lần lượt là 28/9/1961 và 1/5/1969.

17 Ngay cả các Tòa án tại vùng nói tiếng Italia của Thụy Sỹ, vốn chịu ảnh hưởng mạnh mẽ của văn hóa pháp lý Italia, cũng không hoàn toàn ủng hộ các yêu cầu công nhận và cho thi hành PQPCT, xem: Andrea Bonomi/Elza Reymond-Eniaeva, Interpretation and Application of the New York Convention in Switzerland, trong George A. Bermann (chủ biên), Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts, Nxb. Springer, 2017, tr. 914.

18 Tức phán quyết đồng thuận.

tài Thương mại quốc tế[19] và Hiệp định Công nhận và cho thi hành lẫn nhau các bản án của Tòa án giữa Italia và Đức cũng không có quy định nào liên quan đến PQPCT. Tòa Tư pháp tối cao dù không trực tiếp công nhận PQPCT Genova nhưng vẫn mở ra cho bên được thi hành "một con đường vòng" thông qua khả năng "công nhận kép". Theo đó, nếu PQPCT Genova này được một Tòa án của Italia, cụ thể là Tòa Phúc thẩm khu vực Genova, công nhận trước đó thì các Tòa án Đức sẽ chấp nhận công nhận và cho thi hành theo tinh thần của Hiệp định Công nhận và cho thi hành lẫn nhau các bản án của Tòa án giữa Italia và Đức.

3. Một số bình luận và gợi ý cho Việt Nam

3.1. Một số bình luận

Tính chất ràng buộc và chung thẩm của PQPCT là yếu tố quyết định đến khả năng có thể công nhận và cho thi hành của loại hình phán quyết này. Pháp luật Italia ủng hộ tính ràng buộc và chung thẩm của PQPCT dù rằng loại hình phán quyết này chỉ dựa trên sự đồng thuận của các bên. Ngược lại, chính vì PQPCT chỉ được thiết lập thông qua sự thỏa thuận của các bên tranh chấp mà không được cơ quan trọng tài ghi nhận thành một phán quyết đồng thuận nên Tòa án nhiều nước, mà cụ thể là Đức, không đồng ý thi hành các phán quyết này.

Việc tìm ra một mẫu số chung cho việc công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài tại các nước khác nhau, như trường hợp này là Italia và Đức, là điều không dễ dàng. Vì Công ước New York, với tư cách điều ước quốc tế hữu hiệu nhất trong lĩnh vực trọng tài thương mại quốc tế nói chung[20], chỉ thiết lập những tiêu chuẩn sàn cơ bản để một phán quyết trọng tài nước ngoài có thể được công nhận và cho thi hành. Còn quy trình cụ thể và các bước để công nhận và cho thi hành một phán quyết trọng tài nước ngoài không được Công ước New York dự liệu. Các nền pháp chế khác nhau, với những quan điểm lập pháp đặc thù, sẽ có các quy định riêng biệt nhằm hiện thực hóa tinh thần ủng hộ trọng tài (pro-arbitration) và ủng hộ việc thi hành phán quyết (pro-enforcement) của Công ước New York.

Chúng tôi cho rằng, việc Tòa Tư pháp tối cao của Đức không công nhận và cho thi hành PQPCT được lập tại Genova là một quyết định đúng, vì các lý do sau:

(i) PQPCT về mặt bản chất chỉ có giá trị pháp lý như một thỏa thuận hòa giải thành, một văn bản chỉ ràng buộc chính các bên tranh chấp chứ không thể có hiệu lực chung thẩm và có thể cho thi hành như một phán quyết đồng thuận được.

(ii) Quyền tư pháp của mỗi quốc gia, như trong trường hợp này là quyền từ chối công nhận và cho thi hành PQPCT của Tòa Tư pháp tối cao, là bất khả xâm phạm. Tòa án Đức có toàn quyền quyết định về những vụ việc mà mình đối mặt, cũng như có quyền đưa ra những nhận định, lập luận liên quan đến vụ việc đang thụ lý. Việc buộc các Tòa án Đức phải tuân theo triết lý và thực tiễn của Tòa án Italia về việc công nhận và cho thi hành PQPCT là điều hoàn toàn bất khả thi, vì vốn dĩ điều này là bất hợp lý.

Phán quyết của Tòa Tư pháp tối cao Đức đã mở ra cho bên được thi hành "một con đường vòng" thông qua khả năng "công nhận kép" PQPCT. Công nhận kép có nghĩa là, nếu bên được thi hành trước hết mang PQPCT Genova đến cho Tòa Phúc thẩm khu vực Genova công nhận, sau đó lại mang PQPCT Genova cùng với quyết định công nhận của Tòa Phúc thẩm khu vực Genova đến yêu cầu Tòa án Đức xem xét công nhận và cho thi hành thì Tòa án Đức có thể công nhận và cho thi hành PQPCT thông qua việc công nhận và cho thi hành quyết định công nhận PQPCT của Tòa Phúc thẩm khu vực Genova. Thế nhưng, đó là viễn cảnh trước đây, bởi từ năm 2009 trở về sau, Tòa Tư pháp tối cao đã không còn ủng hộ việc công nhận kép này

19 Được thông qua tại Geneva ngày 21/4/1961. Công ước này có 32 thành viên, bao gồm hầu hết các quốc gia châu Âu và một vài nước ngoài châu Âu như Cuba và Burkina Faso.

20 Mauro-Rubino Sammartano, International Arbitration: Law and Practice, Kluwer Law Internationat, 2001, p. 943.

nữa[21]. Lý do Tòa Tư pháp tối cao đoạn tuyệt với việc công nhận kép là do[22]:

(i) việc công nhận kép chỉ phù hợp với các nước common như Hoa Kỳ, tiêu chuẩn công nhận của Hoa Kỳ không thể áp đặt lên Đức;

(ii) việc công nhận kép tạo ra sự lẩn tránh thậm chí là vô hiệu hóa Công ước New York;

(iii) công nhận kép tạo nên sự phức tạp, phân tán trong việc công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài tại Đức.

Vì vậy, có thể kết luận rằng, trong bối cảnh hiện tại, PQPCT (lodo irrituale) sẽ không thể được công nhận và cho thi hành tại Đức bằng cả hình thức công nhận thông thường và công nhận kép. Các bên tham gia vào tố tụng trọng tài bắt buộc phải trình ra trước cơ quan tư pháp của Đức, mà cụ thể là một Tòa Phúc thẩm khu vực có thẩm quyền, một phán quyết trọng tài. Phán quyết này phải do cơ quan trọng tài ban hành, giải quyết toàn bộ hoặc một phần nội dung vụ tranh chấp hoặc phán quyết ghi nhận cụ thể những sự thỏa thuận của các bên về việc giải quyết nội dung của tranh chấp.

3.2. Gợi mở cho Việt Nam

PQPCT là sản phẩm đặc thù của pháp luật trọng tài Italia và được nền pháp chế này hết sức ủng hộ. Ngược lại, pháp luật Đức không hề tán thành vấn đề này và như minh chứng từ phán quyết của Tòa Tư pháp tối cao Đức, PQPCT sẽ không thể được công nhận tại Đức. Trong bối cảnh mở rộng giao thương quốc tế hiện nay của Việt Nam, đặc biệt là khi Hiệp định Thương mại tự do Việt Nam - Liên minh châu Âu (EVFTA) sắp được thông qua, việc một doanh nghiệp Việt Nam ký kết hợp đồng thương mại quốc tế với các doanh nghiệp Italia và Đức là điều hết sức bình thường. Trong các hợp đồng ký với doanh nghiệp Đức, trường hợp về PQPCT sẽ không tồn tại vì các luật sư tư vấn cho doanh nghiệp Đức sẽ không bao giờ hướng đến việc giải quyết bằng trọng tài phi chính thức.

Ngược lại, nếu đối tác của doanh nghiệp Việt Nam là một doanh nghiệp Italia thì sự xuất hiện của điều khoản PQPCT là hoàn toàn hiện hữu. Bởi vì, nếu địa điểm trọng tài là Roma, Milano, Napoli, Torino, Palermo… hay Genova như trong án lệ đã trình bày, thì các PQPCT được thiết lập nhằm giải quyết tranh chấp giữa doanh nghiệp Việt Nam và doanh nghiệp Italia sẽ được các Tòa Phúc thẩm khu vực đặt tại các thành phố này công nhận và cho thi hành. Vậy, cần phải toan tính xem doanh nghiệp Việt Nam có nên đồng ý tham gia vào các quy trình trọng tài phi chính thức hay không? Bên cạnh đó, cho đến nay, các tòa án Việt Nam chưa từng giải quyết các yêu cầu công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài phi chính thức. Vì thế, nếu một PQPCT được mang đến trước các tòa án Việt Nam thì liệu rằng tòa án Việt Nam có nên công nhận hay không? Tòa án Việt Nam sẽ công nhận trực tiếp PQPCT hay công nhận quyết định của Tòa án Italia về việc công nhận PQPCT (hình thức công nhận kép)?

Chúng tôi cho rằng, những lập luận của Tòa Tư pháp tối cao Đức về việc không công nhận và cho thi hành PQPCT là xác đáng và có thể mang lại nhiều giá trị tham khảo hữu ích cho Việt Nam. Do đó, để việc công nhận và cho thi hành diễn ra thống nhất, tránh những vấn đề pháp lý nảy sinh và đảm bảo đúng tinh thần của Công ước New York, Việt Nam không nên công nhận và cho thi hành các PQPCT. Về mặt kỹ thuật, khi một doanh nghiệp Việt Nam và một doanh nghiệp Italia soạn thảo hợp đồng có đề cập đến điều khoản giải quyết tranh chấp thì nên quy định rõ rằng, tranh chấp giữa các bên được giải quyết bằng một cơ quan trọng tài cụ thể và các bên không áp dụng hình thức trọng tài phi chính thức cũng như PQPCT. Đây là biện pháp nhằm tránh những rắc rối pháp lý không đáng có vì phán quyết trọng tài khi được ban hành theo hướng thông thường hoàn toàn có thể được công nhận và cho thi hành một cách thuận lợi tại các Tòa án Italia lẫn các Tòa án Việt Nam ■

21 Phán quyết BGH, Urteil 2/7/2009 IX ZR 152/06.

22 Lê Nguyễn Gia Thiện, Vấn đề "công nhận kép" phán quyết của trọng tài thương mại nước ngoài - nhìn từ thực tiễn tại Đức, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, Số 10, 5/2015, tr. 64.