

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

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



Số 13 (317)

Kỳ 1 - Tháng 7/2016

- ❖ Cụ thể hóa các quy định mới về quyền con người, quyền công dân trong Hiến pháp năm 2013
- ❖ Chính sách xã hội hóa hoạt động trợ giúp pháp lý và các đề xuất sửa đổi Luật trợ giúp pháp lý
- ❖ Tội dâm ô với trẻ em: một số thực trạng và giải pháp pháp lý

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

Mục lục 7/2016

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Cụ thể hóa các quy định mới về quyền con người, quyền công dân trong Hiến pháp năm 2013

PGS, TS. Tường Duy Kiên

- 10** Vai trò của Bộ luật Dân sự năm 2015 trong việc xây dựng nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa

PGS, TS. Dương Đăng Huệ

- 18** Mua sắm chính phủ trong Hiệp định Đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP) và đề xuất giải pháp triển khai cam kết của Việt Nam

Nguyễn Đăng Trương

- 25** Sự thỏa thuận trong giao kết hợp đồng gia nhập

ThS. Ngô Văn Hiệp

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 29** Chính sách xã hội hóa hoạt động trợ giúp pháp lý và các đề xuất sửa đổi Luật Trợ giúp pháp lý

TS. Trần Huy Liệu

ThS. Nguyễn Việt Khoa

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 39** Tội phạm xâm hại tình dục trẻ em và vấn đề bảo vệ quyền trẻ em: nhìn từ thực tiễn huyện Đắk Mil

Lữ Thị Hằng

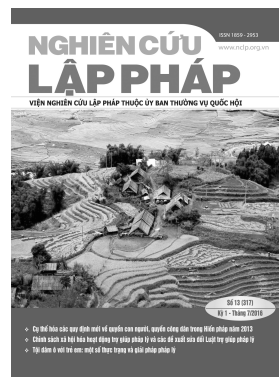
- 44** Tội dâm ô với trẻ em: một số thực trạng và giải pháp pháp lý

ThS. Phạm Quang Huy

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 52** Các nội dung về bảo mật trong hòa giải thương mại ngoài tòa án theo Luật mẫu UNCITRAL và Luật Hòa giải thống nhất của Hoa Kỳ

Th.S Hoàng Minh Khôi - Hoàng Bảo Ngọc



HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

PGS, TS. ĐÌNH XUÂN THẢO (CHỦ TỊCH)
GS, TSKH. ĐÀO TRỌNG THI
GS, TS. PHAN TRUNG LÝ
TS. NGUYỄN SĨ DŨNG
GS, TS. TRẦN NGỌC ĐƯỜNG
TS. NGÔ ĐỨC MẠNH
TS. DƯƠNG NGỌC NGƯU
PGS, TS. ĐÌNH VĂN NHẢ
PGS, TS. TRẦN ĐÌNH NHẢ
PGS, TS. HOÀNG VĂN TỬ
TS. PHẠM VĂN HÙNG

TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

TRỤ SỞ:

27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI
ĐT: 043.2121204/043.2121206
FAX: 043.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

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: 043.2121202

TÀI KHOẢN:

0011000467735
TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP
NGÂN HÀNG TM CỔ PHẦN
NGOẠI THƯƠNG VIỆT NAM

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

GIÁ: 19.500 ĐỒNG

*Ảnh bìa: Mùa vàng Sapa.
Ảnh: ST*

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

Legis 7/2016

STATE AND LAW

- 3** Concretize the new regulations on human rights, civil rights in the Constitution in 2013

Prof, Dr. Tuong Duy Kien

- 10** The role of the Civil Code in 2015 in the building of the socialist-oriented market economy

Prof, Dr. Duong Dang Hue

- 18** Government procurement in Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP) and the proposed solution to implement Vietnam's commitments

Nguyen Dang Trung

- 25** The agreement in adhesion contract

LLM. Ngo Van Hiep

DISCUSSION OF BILLS

- 29** Policy on socialization of legal aid and proposals to amend the Law on legal aid

Dr. Tran Huy Lieu

LLM. Nguyen Viet Khoa

LEGAL PRACTICE

- 39** Sexual crimes against children and the protection of children's rights: the view from current situation in Dak Mil district

Lu Thi Hang

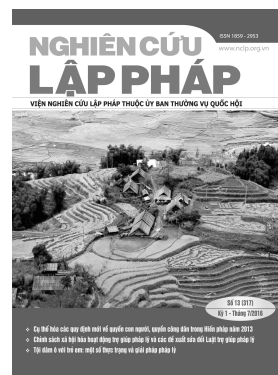
- 44** Obscenity against children: the current situation and some legal solutions

LLM. Pham Quang Huy

FOREIGN EXPERIENCE

- 52** The contents of security in commercial mediation outside court system under the UNCITRAL Model Law and the US Uniform Mediation Act

LLM. Hoang Minh Khoi - Hoang Bao Ngoc



EDITORIAL BOARD:

Prof. Dr. DINH XUAN THAO (Chairman)
Prof. Dr. DAO TRONG THI
Prof. Dr. PHAN TRUNG LY
Dr. NGUYEN SI DUNG
Prof. Dr. TRAN NGOC DUONG
Dr. NGO DUC MANH
Dr. DUONG NGOC NGUU
Prof. Dr. DINH VAN NHA
Prof. Dr. TRAN DINH NHA
Prof. Dr. HOANG VAN TU
Dr. PHAM VAN HUNG

EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

OFFICE:

27A VONG THI - TAY HO - HA NOI
ĐT: 043.2121204/043.2121206
FAX: 043.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

DESIGN:

HOANG NHI

LICENSE OF PUBLISHPMENT:

N^o 438/GP-BTTTT DATE 29-10-2013
MINISTRY OF INFORMATION
AND COMMUNICATION

DISTRIBUTION:

HA NOI: 043.2121202

ACCOUNT NUMBER:

0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19,500 VND

CỤ THỂ HÓA CÁC QUY ĐỊNH MỚI VỀ QUYỀN CON NGƯỜI, QUYỀN CÔNG DÂN TRONG HIẾN PHÁP NĂM 2013

TƯỜNG DUY KIÊN*

Chế định quyền con người (QCN), quyền công dân (QCD) được quy định trong Hiến pháp là những quy phạm, nguyên tắc có tính chất nền tảng. Muốn các quy phạm, nguyên tắc hiến pháp về QCN, QCD - nhất là các quy định, nguyên tắc mới - được thực thi trong thực tiễn cuộc sống, thì cần phải cụ thể hóa, chi tiết hóa bằng pháp luật. Bài viết tập trung phân tích làm sáng tỏ yêu cầu khách quan cụ thể hóa các quy định mới về QCN, QCD trong Hiến pháp năm 2013; quan điểm, nguyên tắc cụ thể hóa các quy định mới của Hiến pháp và các giải pháp cụ thể hóa bằng pháp luật.

1. Yêu cầu khách quan cụ thể hóa các quy định mới về quyền con người, quyền công dân trong Hiến pháp năm 2013

Hiến pháp năm 2013, được Quốc hội thông qua ngày 28/12/2013. Hiến pháp đã thể chế hóa Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ đi lên CNXH, kế thừa, phát triển các bản Hiến pháp năm 1946, Hiến pháp năm 1959, Hiến pháp năm 1980 và Hiến pháp năm 1992. Mục tiêu của việc xây dựng, thi hành và bảo vệ Hiến pháp mới là vì mục tiêu dân giàu, nước mạnh, dân chủ, công bằng, văn minh, vững bước tiến lên con đường XHCN.

Hiến pháp mới, trong tổng số 120 điều, đã dành trọn vẹn 36 điều để quy định về QCN, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân. Điều đáng chú ý, các quy định về QCN, bảo đảm QCN, QCD còn được quy định ở nhiều chương khác của Hiến pháp.

Việc cụ thể hóa các nguyên tắc, quy định mới về QCN, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân trong Hiến pháp năm 2013 xuất phát từ những yêu cầu khách quan sau đây:

Thứ nhất, các quy định mới về QCN, quyền và nghĩa vụ của công dân được quy định trong Hiến pháp là những quy phạm có tính nguyên tắc, quy định nền tảng, tạo khuôn khổ pháp lý chung cho toàn bộ hệ thống pháp luật.

Hiến pháp là đạo luật gốc, có hiệu lực pháp lý cao nhất, quy định những nguyên tắc chung. Chính vì vậy, để các nguyên tắc, các quy phạm của Hiến pháp có thể thực hiện được trong cuộc sống, đòi hỏi phải được thể chế hóa, chi tiết hóa bằng các luật, đạo luật, hay sự giải thích, hướng dẫn của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Theo nghĩa đó, từ những quy phạm/nguyên tắc

* PGS, TS. Học viện Chính trị quốc gia Hồ Chí Minh.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

của Hiến pháp, xuất phát từ thực tiễn quản lý nhà nước, bảo đảm QCN, các cơ quan có thẩm quyền cần xác định cụ thể việc ban hành văn bản pháp luật mới để thể chế hóa Hiến pháp, bảo đảm thực hiện được các quyền, hoặc sửa đổi, bổ sung các văn bản hiện hành có liên quan nhưng đã lạc hậu, hay trái với các quy định của Hiến pháp.

Thứ hai, Hiến pháp của Việt Nam, về cơ bản là Hiến pháp ở thể “tĩnh”, ít và khó có thể viện dẫn, áp dụng trực tiếp để giải quyết tại tòa án, nếu không được cụ thể hóa trong luật, hoặc không được giải thích của cơ quan có thẩm quyền.

Theo quy định của pháp luật nhiều nước, các quy phạm Hiến pháp có thể được viện dẫn trực tiếp tại tòa án để phán xét về một vấn đề cụ thể; và tòa án được giao trực tiếp để giải thích Hiến pháp. Ở Việt Nam, việc giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh, Hiến pháp giao cho Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH)¹. Trong khi trên thực tiễn, vì nhiều lý do khác nhau, UBTVQH rất ít khi giải thích Hiến pháp. Vì vậy, nếu không cụ thể hóa các quy định của Hiến pháp về QCN, QCD bằng văn bản luật thì sẽ khó đi vào cuộc sống.

Để khắc phục những hạn chế nêu trên, Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014, đã dành riêng một điều (Điều 49) để quy định về thủ tục giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh. Theo đó, tùy vào tính chất, nội dung của vấn đề cần được giải thích, UBTVQH giao cho các cơ quan có thẩm quyền² xây dựng dự thảo nghị quyết giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh trình UBTVQH xem xét, quyết định. Tuy vậy, theo các quy định của pháp luật hiện hành, vẫn chưa có cơ quan được giao quyền độc lập để tuyên bố đạo luật nào

đó, hoặc quyết định của cơ quan có thẩm quyền là vi phạm Hiến pháp, vi phạm QCN.

Thứ ba, các nguyên tắc, quy định mới về QCN, QCD trong Hiến pháp điều chỉnh nhiều quan hệ xã hội ở phạm vi rộng, có liên quan đến nhiều chủ thể và hầu hết các lĩnh vực của đời sống xã hội.

QCN, QCD, xét về mặt nội hàm khái niệm có quan hệ rộng, phức tạp, liên quan tới nhiều lĩnh vực thuộc phạm vi quản lý của Nhà nước, và xác định vị trí, vai trò của nhiều chủ thể trong xã hội. Trước hết khi một quy phạm QCN được quy định, nó xác lập quan hệ hai chiều giữa một bên là cá nhân, công dân - chủ thể hưởng quyền với một bên là Nhà nước - chủ thể mang nghĩa vụ bảo vệ, bảo đảm thực hiện quyền.

Ví dụ: Hiến pháp quy định công dân có quyền và nghĩa vụ học tập³. Quy định này xác lập quan hệ giữa các chủ thể, trong đó trước hết là Nhà nước, rồi đến nhà trường, xã hội, gia đình có trách nhiệm bảo đảm quyền của công dân được đến trường. Theo đó, Nhà nước có trách nhiệm hoàn thiện pháp luật để thể chế hóa nguyên tắc quyền được học tập của công dân, nghiêm cấm các hành vi phân biệt đối xử, kỳ thị...; xây dựng và hoàn thiện các văn bản quản lý của Nhà nước trong lĩnh vực giáo dục; phải đầu tư kinh phí, xây dựng hệ thống trường, lớp, đào tạo nguồn nhân lực, đội ngũ nhà giáo...; nhà trường phải có đội ngũ giáo viên, các phương tiện giảng dạy, giảng đường, cơ sở vật chất...; gia đình có trách nhiệm, nghĩa vụ tạo điều kiện thuận lợi để con em được đến trường, tham gia đóng góp xây dựng nhà trường; xã hội có trách nhiệm giúp đỡ, động viên, khuyến khích, hỗ trợ, nhất là đối

1 Điều 74 Hiến pháp năm 2013.

2 Điều 49 Luật Tổ chức Quốc hội. Các cơ quan có thẩm quyền bao gồm: Chính phủ, Tòa án nhân dân tối cao, Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội.

3 Điều 39 Hiến pháp năm 2013.

tượng công dân có hoàn cảnh khó khăn được đến trường, hỗ trợ xây dựng trường lớp...

Chính vì QCN có nội dung rộng, nên việc cụ thể hóa, chi tiết các quy phạm, nguyên tắc về QCN trong Hiến pháp là một nhiệm vụ không thể thiếu để các quy phạm, nguyên tắc hiến pháp về QCN đi vào cuộc sống.

Thứ tư, việc cụ thể hóa các nguyên tắc, quy định mới về QCN, QCD trong Hiến pháp là cách thức, biện pháp hữu hiệu nhất để Hiến pháp đi vào cuộc sống.

Từ thực tiễn tổng kết, thi hành các Hiến pháp và đặc điểm của Hiến pháp Việt Nam cho thấy, do các biện pháp, cơ chế thực thi Hiến pháp còn có nhiều bất cập, nhất là chưa có mô hình bảo hiến, chưa có cơ quan độc lập để tuyên bố các đạo luật cụ thể là vi phạm QCN, vi phạm Hiến pháp; việc giải thích Hiến pháp trên thực tế còn nhiều bất cập, nên một trong những giải pháp khả thi nhất để Hiến pháp đi vào cuộc sống, đó chính là phải thể chế hóa, cụ thể hóa các quy định, nguyên tắc của Hiến pháp trong các văn bản dưới Hiến pháp.

2. Quan điểm/nguyên tắc cụ thể hóa các quy định mới về quyền con người, quyền công dân trong Hiến pháp năm 2013

Việc cụ thể hóa các quy định mới về QCN, QCD trong Hiến pháp năm 2013 dựa trên các quan điểm/nguyên tắc cơ bản sau đây:

Thứ nhất, QCN xác lập mối quan hệ hai chiều giữa cá nhân, công dân với Nhà nước, theo đó Nhà nước, là chủ thể đầu tiên và quan trọng nhất trong việc công nhận, tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm QCN, QCD.

Phù hợp với luật nhân quyền quốc tế, xuất phát từ bản chất của QCN, và bản chất của Nhà nước ta, lần đầu tiên trong lịch sử lập hiến Việt Nam quy định: “Nhà nước bảo

đảm và phát huy quyền làm chủ của Nhân dân; công nhận, tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm QCN, QCD”⁴.

Với việc quy định trách nhiệm công nhận, bảo vệ và bảo đảm QCN, QCD là thuộc về Nhà nước, Hiến pháp - đạo luật có hiệu lực pháp lý cao nhất đã đặt trách nhiệm lên vai Nhà nước, cụ thể là các cơ quan trong bộ máy nhà nước, các cán bộ, công chức nhà nước từ trung ương đến cơ sở. Đây là nguyên tắc đặc biệt quan trọng, là linh hồn, là sợi chỉ đỏ xuyên suốt, xác lập địa vị pháp lý của cá nhân, công dân trong mối quan hệ với Nhà nước. Quán triệt đầy đủ nội dung, ý nghĩa của nguyên tắc này vào công tác xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật của Việt Nam sẽ là tiêu chí đánh giá bản chất dân chủ, tiến bộ, cũng như mức độ, hiệu quả áp dụng Hiến pháp trong thực tế.

Thứ hai, các QCN, QCD được quy định, liệt kê trong Hiến pháp là nguyên tắc tối thượng và bất khả xâm phạm.

Về mặt lý luận cũng như trên thực tế, không chỉ ở Việt Nam mà nhận thức chung của các nhà lập hiến, lập pháp trên thế giới, QCN được quy định trong Hiến pháp không chỉ xác lập vị trí của cá nhân, công dân - chủ thể mang quyền, mà còn là nguyên tắc mệnh lệnh, bắt buộc các chủ thể có nghĩa vụ phải tuân thủ. Lời mở đầu của Tuyên ngôn quốc tế về QCN năm 1948, đã viết: “Việc thừa nhận phẩm giá vốn có, các quyền bình đẳng và không thể tách rời của mọi thành viên trong gia đình nhân loại là cơ sở cho tự do, công bằng và hòa bình thế giới;

Sự coi thường và xâm phạm các QCN đã dẫn tới những hành động tàn bạo xúc phạm tới lương tâm nhân loại... Điều cốt yếu QCN cần phải được pháp luật bảo vệ để con người không buộc phải nổi dậy như là

4 Điều 3 Hiến pháp năm 2013.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

một biện pháp cuối cùng nhằm chống lại sự độc tài và áp bức⁵”.

Phải quán triệt quan điểm/nguyên tắc này trong thực tiễn, nhằm ngăn ngừa hành vi vi phạm QCN từ phía Nhà nước và các thực thể trong xã hội; đồng thời có ý nghĩa trong xây dựng hệ thống pháp luật. Theo đó, cần hiểu đầy đủ ý nghĩa, giá trị của nguyên tắc này. Theo các quy định của pháp luật hiện hành, QCN, QCD do Hiến pháp và luật quy định. Các QCN, QCD trong Hiến pháp, luật là tối thượng, là bất khả xâm phạm. Vì vậy, việc thể chế hóa, chi tiết hóa các quy định của Hiến pháp, trước hết là để bảo đảm thực hiện quyền; tiếp đến là nhằm làm cho cá nhân, công dân, các cơ quan, tổ chức dễ hiểu, dễ vận dụng, dễ thực hiện. Và như vậy, nguyên tắc thể chế hóa các quyền trong Hiến pháp không được gây khó, cản trở, hay hạn chế thực hiện quyền.

Ví dụ, Hiến pháp quy định: Mọi công dân có quyền tự do đi lại và cư trú ở trong nước, có quyền ra nước ngoài và từ nước ngoài về nước. Việc thực hiện các quyền này do pháp luật quy định⁶.

Tự do đi lại và cư trú, theo Hiến pháp là quyền tự do của cá nhân, công dân, và quyền này là bất khả xâm phạm. Tuy nhiên, cũng phải hiểu quyền tự do này, không phải là quyền tuyệt đối, vì có thể bị hạn chế theo khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013. Và trên thực tế, vì lý do an ninh, quốc phòng, chiến tranh, thảm họa tự nhiên, quyền này có thể bị hạn chế thực hiện.

Ngoài các lý do trên, tự do đi lại, tự do cư trú của công dân phải được cơ quan nhà nước tôn trọng và bảo đảm thực hiện. Nhưng để thực hiện được quyền này, cần phải có pháp luật quy định. Và theo nguyên tắc QCN là tối thượng, thì thể chế hóa quy định này bằng các văn bản pháp luật phải theo hướng tạo điều kiện thuận lợi cho công dân thực hiện được quyền tự do này của họ. Vì vậy, quy định các điều kiện như để được cư trú, phải có điều kiện về thời gian lưu trú, thu nhập, có nhà ở, có hộ khẩu... vô hình chung là các quy định hạn chế cá nhân, công dân thực hiện quyền tự do cư trú.

Thứ ba, QCN, QCD dù được quy định trong Hiến pháp hay trong các đạo luật khác cũng không phải là quy phạm có giá trị tuyệt đối, có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong những trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe cộng đồng.

Lần đầu tiên Hiến pháp quy định QCN, QCD chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp nhất định⁷. Quy định này trước hết, phù hợp với chuẩn mực quốc tế chung về QCN, và hầu hết Hiến pháp các nước trên thế giới đều có các quy định xác định những giới hạn trong việc thực hiện quyền. Tuy nhiên, nên hiểu không phải tất cả các quyền và tự do của con người đều có thể bị hạn chế trong việc thực hiện. Theo luật nhân quyền quốc tế, quyền có thể được phân loại là quyền tuyệt đối⁸, quyền tương đối⁹ và quyền có thể bị hạn chế¹⁰.

5 Viện Nghiên cứu Quyền con người, Một số văn kiện của Liên hợp quốc về quyền con người trong quản lý tư pháp, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2009, tr. 13.

6 Điều 23 Hiến pháp năm 2013.

7 Khoản 2 Điều 14 Hiến pháp 2013.

8 Quyền tuyệt đối là các quyền trong bất cứ hoàn cảnh nào cũng không thể bị xâm phạm, bị hạn chế. Ví dụ quyền không bị tra tấn, nhục hình...

9 Quyền tương đối là các quyền cần phải được thực hiện dần dần, từng bước một vì phụ thuộc các hoàn cảnh, điều kiện cụ thể, đó là các quyền chăm sóc y tế, giáo dục, việc làm, nhà ở...

10 Quyền có thể bị hạn chế thực hiện, là các quyền tự do dân chủ, cá nhân, như ngôn luận, báo chí, đi lại, cư trú...

Hiến pháp năm 2013 chỉ quy định nguyên tắc chung là QCN, QCD có thể bị hạn chế, nhưng chưa chỉ ra cụ thể quyền nào có thể bị hạn chế. Và do vậy, rất có thể sẽ bị lạm dụng trong thực thi công vụ. Quán triệt quan điểm, nguyên tắc này trong thực tiễn, cũng như thể chế hóa trong các đạo luật, các văn bản dưới luật cần phải hiểu và làm rõ nguyên tắc này. Theo đó, cần phải xác định cụ thể quyền nào có thể bị hạn chế, các lý do có thể bị hạn chế, cơ quan nào có thẩm quyền hạn chế...

Thứ tư, QCN, QCD gắn với nghĩa vụ của công dân đối với Nhà nước, cộng đồng và xã hội.

Mặc dù còn có nhiều quan điểm khác nhau về QCD gắn với nghĩa vụ công dân. Quy định này, về mặt quan điểm, nguyên tắc chung là đúng, vì trong xã hội dân chủ, mọi người đều bình đẳng về quyền và nghĩa vụ, không thể có người chỉ được hưởng quyền mà lại không thực hiện nghĩa vụ và ngược lại. Tuy nhiên, khi viện dẫn vào cụ thể từng quyền, thì không phải quyền nào cũng có nghĩa vụ đi kèm.

Hiểu và vận dụng nguyên tắc này trong thực tế và trong xây dựng, hoàn thiện pháp luật có ý nghĩa quan trọng trong thực tiễn.

Thứ năm, bảo đảm thực hiện QCN, QCD phụ thuộc vào điều kiện phát triển kinh tế, xã hội, vào lịch sử cụ thể, bối cảnh văn hóa của quốc gia, dân tộc.

QCN là tối thượng, là bất khả xâm phạm. Tuy nhiên, việc thể chế hóa, quy định các biện pháp bảo đảm thực hiện quyền trên thực tế là việc không dễ. Bởi vì, việc quy định quyền trong Hiến pháp, trong luật mới chỉ là cơ sở pháp lý bảo đảm ban đầu, để các quyền có khả năng thực thi trong cuộc sống thì còn cần phải có hàng loạt các biện pháp bảo đảm khác, trong đó các bảo đảm về kinh tế, về quyết tâm chính trị, các yếu tố văn hóa, lịch sử cụ thể là rất quan trọng. Chính vì vậy, việc thể chế hóa nguyên tắc này trong

thực tiễn và quán triệt vào quá trình xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật, nhất là quy định các biện pháp bảo đảm trong luật để thực hiện các quyền đã được Hiến pháp, luật quy định cần phải xuất phát từ thực tế khách quan, vào các điều kiện cụ thể.

3. Các giải pháp cụ thể hóa bằng pháp luật nhằm bảo đảm hiện thực hóa các quy định mới về quyền con người, quyền công dân trong Hiến pháp năm 2013

3.1 Giải pháp chung

- Xây dựng và thực hiện kế hoạch tổng thể rà soát hệ thống pháp luật hiện hành, đề xuất sửa đổi các văn bản quy phạm pháp luật hiện hành và nghiên cứu xây dựng chương trình pháp luật cho nhiệm kỳ Quốc hội khóa mới và chiến lược lập pháp cho các nhiệm kỳ tiếp theo của Quốc hội.

- Rà soát, đối chiếu, so sánh và bổ sung cơ chế thực thi Hiến pháp, trong đó cần cụ thể hóa vai trò, trách nhiệm của UBTVQH trong việc giải thích Hiến pháp; vai trò của tòa án, và các cơ quan nhà nước khác có thẩm quyền trong việc áp dụng, thực thi Hiến pháp trong điều kiện chưa có cơ quan bảo hiến.

3.2 Các giải pháp cụ thể

3.2.1 Thể chế hóa các quy định mới của Hiến pháp về QCN, QCD bằng việc xây dựng mới các đạo luật

Từ các quy định của Hiến pháp, yêu cầu khách quan đối với một số quyền muốn bảo đảm thực hiện được phải ban hành các luật riêng để quy định về trình tự, thủ tục về bảo đảm thực hiện. Đó là các quyền chính trị, quyền tự do dân chủ của công dân được quy định tại các Điều 25, Điều 27, Điều 28, Điều 29 Hiến pháp. Bao gồm các quyền sau đây: Quyền tiếp cận thông tin của công dân; quyền về lập hội; quyền hội họp, biểu tình; quyền tham gia quản lý nhà nước và xã hội; quyền biểu quyết khi Nhà nước tổ chức trưng cầu ý dân.

Mặc dù theo quy định tại Điều 25 Hiến pháp, việc thực hiện các quyền tự do dân chủ về ngôn luận, báo chí, tiếp cận thông tin, lập hội, hội họp, biểu tình do pháp luật quy định; nghĩa là có thể dùng các văn bản dưới luật để quy định. Tuy nhiên, thể chế hóa Hiến pháp bằng các văn bản dưới luật phải bảo đảm nguyên tắc, các văn bản dưới luật chỉ quy định cách thức, biện pháp để thực hiện các quyền được liệt kê trong Hiến pháp. Không được quy định các hạn chế thực hiện quyền trong các văn bản dưới luật. Vì nếu quy định các hạn chế/giới hạn là trái với nguyên tắc Hiến pháp.

3.2.2 Thể chế hóa các quy định mới của Hiến pháp về QCN, QCD bằng việc sửa đổi, bổ sung các văn bản pháp luật hiện hành

Cùng với việc ban hành các đạo luật riêng, cần rà soát, bổ sung, sửa đổi các quy định pháp luật có liên quan, và thể chế hóa các quy định của Hiến pháp, luật bằng các văn bản dưới luật, theo hướng hoàn thiện về cơ chế, thủ tục để bảo đảm thực hiện các quyền đã được Hiến pháp và luật quy định. Trước hết, đó các quy định mới về QCN, QCD như: quyền sống (Điều 19); quyền hiến mô, bộ phận cơ thể và hiến xác; thử nghiệm y học (khoản 3 Điều 20); quyền được bảo đảm an sinh xã hội (Điều 34); quyền hưởng thụ và tiếp cận các giá trị văn hóa, tham gia vào đời sống văn hóa, sử dụng các cơ sở văn hóa (Điều 41); quyền xác định dân tộc của mình (Điều 42); quyền của mọi người được sống trong môi trường trong lành và có nghĩa vụ bảo vệ môi trường (Điều 43).

Giải pháp này đòi hỏi các quy định mới về QCN, QCD trên lĩnh vực về dân sự, kinh tế, xã hội, văn hóa cần được quy định cụ thể

hơn, chính xác hơn trong các đạo luật và bảo đảm phù hợp với thông lệ quốc tế về QCN.

- Về quyền sống: Quyền sống của cá nhân, công dân liên quan tới việc quy định hình phạt tử hình trong Bộ luật Hình sự. Về nguyên tắc, theo luật nhân quyền quốc tế, không cấm các quốc gia áp dụng hình phạt tử hình. Tuy nhiên, việc áp dụng hình phạt tử hình chỉ được phép áp dụng đối với những tội ác nghiêm trọng nhất căn cứ vào pháp luật hiện hành¹¹. Hiện nay, đa số các nước trên thế giới đã xóa hình phạt tử hình trong Bộ luật Hình sự. Những nước thuộc Liên minh châu Âu, điều kiện bắt buộc để một quốc gia trở thành thành viên là phải xóa hình phạt tử hình.

- Quyền hiến mô, bộ phận cơ thể người và hiến xác; việc thử nghiệm y học, dược học, khoa học hay bất kỳ hình thức thử nghiệm nào khác trên cơ thể người phải có sự đồng ý của người được thử nghiệm. Bảo đảm các quy định này, cần bổ sung, quy định chi tiết trong Bộ luật Dân sự, Luật Hiến, lấy, ghép mô, bộ phận cơ thể người và hiến, lấy xác...

- Về quyền bảo đảm an sinh xã hội, cần rà soát, bổ sung, sửa đổi các luật có liên quan lao động, việc làm, bảo hiểm xã hội, an toàn, vệ sinh lao động...

- Về quyền hưởng thụ và tiếp cận các giá trị văn hóa, tham gia vào đời sống văn hóa, sử dụng các cơ sở văn hóa, cần rà soát, bổ sung, sửa đổi các luật có liên quan trên các lĩnh vực du lịch, văn hóa, di sản văn hóa, thể thao...

- Về quyền xác định dân tộc của mình, sử dụng ngôn ngữ mẹ đẻ, lựa chọn ngôn ngữ giao tiếp, cần sửa đổi, bổ sung Luật Giáo dục, Luật Phổ cập giáo dục tiểu học...

¹¹ Xem Điều 6 Công ước quốc tế về các Quyền dân sự, chính trị năm 1966.

- Về quyền của mọi người được sống trong môi trường trong lành và có nghĩa vụ bảo vệ môi trường, cần sửa đổi, bổ sung Luật Bảo vệ môi trường, Luật Tài nguyên nước, Luật Bảo vệ và phát triển rừng, Luật Sử dụng năng lượng tiết kiệm và hiệu quả...

- Quyền của các nhóm xã hội dễ bị tổn thương trong xã hội, quyền trẻ em, bình đẳng giới, quyền của người cao tuổi, quyền của người khuyết tật đã được bảo đảm bằng các đạo luật, cần được nghiên cứu sửa đổi, bổ sung phù hợp với các quy định của Hiến pháp, thực tiễn của cuộc sống và thông lệ quốc tế.

3.3.3 Thể chế hóa các quy định mới của Hiến pháp về QCN, QCD bằng việc hiểu, vận dụng, quán triệt đầy đủ các nguyên tắc của Hiến pháp về QCN, QCD vào quá trình xây dựng các văn bản quy phạm pháp luật

Các nguyên tắc mới đã được bổ sung trong Hiến pháp cần phải được hiểu, áp dụng, thực hiện một cách thống nhất như:

- Các QCN, QCD về dân sự, chính trị, kinh tế, xã hội và văn hóa được Nhà nước công nhận, tôn trọng, bảo vệ, bảo đảm theo Hiến pháp và pháp luật;

- QCN, QCD chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe cộng đồng;

- Người bị buộc tội phải được tòa án xét xử kịp thời trong thời hạn luật định, công bằng, công khai;

- Không ai bị kết án hai lần vì một tội phạm.

3.3.4 Thể chế hóa các quy định mới của Hiến pháp về QCN, QCD bằng việc nâng cao hiệu quả hoạt động của UBTVQH trong việc giải thích hiến pháp, luật và nghiên cứu khả năng áp dụng trực tiếp các quy phạm, nguyên tắc của Hiến pháp tại tòa án, nếu chưa có các văn bản luật quy định chi tiết

để bảo đảm thực hiện các quyền hiến định.

Việc nâng cao hiệu quả hoạt động của UBTVQH trong việc giải thích Hiến pháp, xuất phát từ thực tiễn khách quan là nhiều quy định, nguyên tắc của Hiến pháp cần phải được giải thích nhằm khắc phục những hạn chế, thiếu hụt trong các quy định của pháp luật hiện hành như: một số quyền tự do dân chủ của công dân được Hiến pháp quy định, nhưng chưa có văn bản luật quy định chi tiết; chưa có quy định về trình tự, thủ tục thực hiện, nên khó thực hiện; nhiều quy định, nguyên tắc của Hiến pháp còn có nhiều quan điểm và cách hiểu khác nhau, nếu không có sự giải thích dễ dẫn đến sự tùy tiện trong việc hiểu, vận dụng và thực hiện.

Do vậy, tăng cường giải thích Hiến pháp là một trong những cơ sở quan trọng không chỉ có ý nghĩa về mặt lý luận, mà còn có ý nghĩa thực tiễn để cơ quan nhà nước có thẩm quyền xác định các hành vi của công dân trong việc thực hiện các quyền tự do, dân chủ được quy định trong Hiến pháp là đúng, hay sai, có được phép thực hiện hay không được thực hiện, lý do không được thực hiện, cơ quan nào có thẩm quyền cho phép, cơ quan nào có thẩm quyền ngăn cấm; các hành vi của công dân, và việc thực thi công vụ của của cán bộ, công chức, của cơ quan có thẩm quyền là đúng hay sai.

Bên cạnh việc tăng cường giải thích Hiến pháp của UBTVQH, để các quy định, nguyên tắc của Hiến pháp được thực hiện trong cuộc sống, cũng cần nghiên cứu khả năng công dân có thể viện dẫn các quy định của Hiến pháp, đến cơ quan nhà nước có thẩm quyền và tòa án được áp dụng trực tiếp các quy định, nguyên tắc của Hiến pháp để giải quyết các tranh chấp phát sinh liên quan tới quyền, lợi ích và nghĩa vụ của công dân, trong mối quan hệ với Nhà nước ngay cả khi chưa có các văn bản luật hay dưới luật quy định ■

VAI TRÒ CỦA BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015 TRONG VIỆC XÂY DỰNG NỀN KINH TẾ THỊ TRƯỜNG ĐỊNH HƯỚNG XÃ HỘI CHỦ NGHĨA

DUƠNG ĐĂNG HUỆ*

Việt Nam đã có 2 Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 1995 và năm 2005. Ngày 24/11/2015, Quốc hội đã ban hành BLDS mới (BLDS 2015), có hiệu lực thi hành từ ngày 01/01/2017. Tuy nhiên, không phải bộ luật nào cũng được gọi là bộ luật của nền kinh tế thị trường (KTTT) như yêu cầu của thực tiễn xây dựng đất nước, cũng như mong đợi của Chính phủ. Khi trình dự án BLDS 2015, Chính phủ đã đề ra một yêu cầu là phải làm sao để BLDS này phải là bộ luật của nền KTTT định hướng XHCN¹, tạo được cơ sở pháp lý tốt hơn để thúc đẩy giao lưu kinh tế, phát triển sản xuất, kinh doanh, đẩy mạnh hội nhập kinh tế quốc tế của Việt Nam. Yêu cầu này có đạt được không, đạt ở mức độ nào, tính thị trường của BLDS đã được thể hiện ra sao, ở quy định nào sẽ là những câu hỏi mà bài viết này muốn đưa ra câu trả lời.

1. Thế nào là tính thị trường của nền kinh tế

Thế giới hiện đại đã và đang chứng kiến hai loại mô hình kinh tế là kinh tế kế hoạch hoá và KTTT. Một trong những đặc trưng cơ bản của nền kinh tế kế hoạch hoá, mà hiện thân đầy đủ nhất của nó là nền kinh tế Liên Xô và các nước XHCN Đông Âu trước đây, là tính kế hoạch của các hoạt động kinh tế. Ở các nền kinh tế này, hoạt động kinh tế của các xí nghiệp được thực hiện trên cơ sở

các chỉ tiêu kế hoạch được nhà nước giao, và vì vậy, các xí nghiệp hầu như không có động lực để phát triển hoạt động sản xuất, kinh doanh, dẫn đến sự trì trệ và cuối cùng là sự phá sản của cả hệ thống nền kinh tế quốc dân ở các nước này.

Việt Nam đã từng xây dựng một nền kinh tế như vậy², nhưng đã buộc phải từ bỏ nó và bắt đầu xây dựng một nền kinh tế kiểu mới - nền KTTT định hướng XHCN từ năm 1986. Chủ trương xây dựng cũng như những

* PGS, TS. Giám đốc Trung tâm Thông tin, Tư vấn pháp luật và Bồi dưỡng nghiệp vụ, Câu lạc bộ Pháp chế doanh nghiệp, Bộ Tư pháp.

1 Trong tờ trình số 287/TTr-CP ngày 15/8/2014 về dự án BLDS gửi Quốc hội, Chính phủ đã xác định bốn quan điểm chỉ đạo của việc xây dựng BLDS mới, trong đó có quan điểm thứ hai là: "(1) Tạo cơ chế pháp lý hữu hiệu để công nhận, tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm quyền dân sự của các chủ thể...; hạn chế đến mức tối đa sự can thiệp của cơ quan công quyền về việc xác lập, thay đổi, chấm dứt các quan hệ dân sự. (2) Bộ luật của quan hệ thị trường thông qua việc ghi nhận một cách nhất quán nguyên tắc bình đẳng, tự nguyện, tự do thuận và tự chịu trách nhiệm của các chủ thể quan hệ pháp luật dân sự".

2 Điều 22 Hiến pháp năm 1980 quy định: "Các cơ sở kinh tế quốc doanh hoạt động theo phương hướng, nhiệm vụ của kế hoạch Nhà nước"; Điều 23 Hiến pháp này cũng viết: "hợp tác xã kinh doanh theo phương hướng, nhiệm vụ kế hoạch của cả nước và của địa phương"; Điều 33 viết: "Nhà nước lãnh đạo nền kinh tế quốc dân theo một kế hoạch thống nhất".

đặc điểm cơ bản của nền kinh tế này đã được ghi nhận trong Hiến pháp năm 1992 và Hiến pháp năm 2013.

Tính thị trường của nền kinh tế thể hiện ở những điểm nào? Sau 20 năm xây dựng, chúng ta đang mong muốn được nhiều nước trên thế giới công nhận nền kinh tế nước ta là nền KTTT. Tuy nhiên, cho đến nay, chỉ mới khoảng 1/3 quốc gia trên thế giới đáp ứng mong muốn này. Như vậy, tuyệt đại đa số các nước vẫn chưa thừa nhận nền kinh tế nước ta là nền KTTT vì theo họ, một nền KTTT, về cơ bản, cần phải thỏa mãn 10 tiêu chí sau đây³:

Thứ nhất, có sự tách bạch một cách rõ ràng về mặt tài sản của các chủ thể tham gia quan hệ dân sự. Hình thức pháp lý của sự tách bạch này được thể hiện thông qua hệ thống các loại vật quyền, bao gồm quyền sở hữu và các loại vật quyền khác mà chủ thể của các quan hệ này có được đối với tài sản của mình. Như vậy, yêu cầu thứ nhất của tính thị trường của bất cứ nền kinh tế nào là mỗi một tài sản phải có một người chủ rõ ràng, cụ thể. Sự biệt lập (độc lập, tách bạch) về mặt tài sản của chủ thể quan hệ dân sự là rất quan trọng, vì sự độc lập về mặt tài sản là tiền đề để các chủ thể này có được sự độc lập trong quan hệ tài sản; sự độc lập trong quan hệ tài sản dẫn đến sự độc lập về quyền và nghĩa vụ của các bên với nhau và cuối cùng, sự độc lập về quyền và nghĩa vụ của các bên tất yếu dẫn đến sự độc lập về lợi ích và trách nhiệm của mỗi bên trong quan hệ dân sự. Như vậy, một quốc gia không có một hệ thống vật quyền và pháp luật về vật quyền đầy đủ và ổn định thì khó có thể có được một hệ thống các quan hệ hàng hóa - tiền tệ phong phú, đa dạng, rõ ràng, minh bạch và ổn định - yêu cầu đầu tiên của KTTT;

Thứ hai, sự bình đẳng về mặt pháp lý cũng như về mặt thực tế của các chủ thể tham gia quan hệ tài sản;

Thứ ba, sự bất khả xâm phạm về mặt tài sản của chủ sở hữu cũng như của các chủ thể các vật quyền khác;

Thứ tư, sự tự do của các chủ thể kinh doanh trong việc ra các quyết định liên quan đến hoạt động sản xuất kinh doanh nói chung, và việc sử dụng tài sản của mình nói riêng. Cụ thể là, chủ sở hữu được tự mình quyết định cách thức sử dụng tài sản sao cho hợp lý nhất, có lợi nhất, và nhà nước không được can thiệp vào quá trình này, trừ các trường hợp do luật định;

Thứ năm, các quan hệ tài sản phải được thực hiện, tồn tại chủ yếu dưới hình thức hàng hóa - tiền tệ; các hình thức trao đổi hàng hóa đơn giản hàng đổi hàng ngày càng bị loại bỏ và được thay thế bằng sự phát triển nhanh chóng của quan hệ hàng hóa - tiền tệ;

Thứ sáu, tồn tại một loại đồng tiền quốc gia ổn định và được bảo đảm tốt cả về mặt kinh tế và về mặt pháp lý;

Thứ bảy, có một môi trường cạnh tranh lành mạnh giữa các chủ thể kinh doanh; hạn chế và đi đến loại bỏ mọi hình thức độc quyền;

Thứ tám, các chủ thể quan hệ tài sản phải chịu trách nhiệm về kết quả hoạt động của mình; chấm dứt tình trạng bao cấp, xóa nợ, khoan nợ một cách tùy tiện từ phía nhà nước cho doanh nghiệp. Đồng thời, các chủ thể quan hệ kinh tế phải thực hiện một cách kịp thời và đầy đủ các nghĩa vụ phát sinh; khắc phục sự dây dưa trong thanh toán các khoản nợ thương mại;

Thứ chín, người sản xuất có quyền tự do quyết định giá cả của hàng hóa, dịch vụ do mình cung cấp; hạn chế đến mức thấp nhất việc định giá của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền đối với hàng hóa, dịch vụ do các chủ thể quan hệ thị trường thực hiện;

Thứ mười, có sự đảm bảo đáng tin cậy từ phía nhà nước trong việc bảo vệ quyền

3 Xem C.E.Rufincki, *Giáo trình Luật Kinh doanh (Tiếng Nga)*, xuất bản lần thứ 5; M., 2004, tr. 80 - 82.

của các chủ thể quan hệ thị trường; đảm bảo khi có quyền lợi bị vi phạm thì bên bị vi phạm có thể sử dụng một cách nhanh chóng và hiệu quả sự trợ giúp của nhà nước, nhất là của các cơ quan tài phán như Tòa án và trọng tài thương mại, chứ không phải thông qua các thể lực khác của xã hội đen.

Căn cứ vào mức độ thỏa mãn 10 tiêu chí nêu trên mà các nước thừa nhận hay không thừa nhận một nền kinh tế là thị trường hay phi thị trường, trong đó có Việt Nam.

Như vậy, tính thị trường của nền kinh tế được thể hiện trong nhiều tiêu chí khác nhau và để góp phần đạt được tất cả các tiêu chí này thì không một văn bản pháp luật nào hay một lĩnh vực pháp luật nào có thể đảm đương nổi. Đó phải là nhiệm vụ của hầu như toàn bộ hệ thống pháp luật của Nhà nước ta, bắt đầu từ Hiến pháp đến các văn bản quy phạm pháp luật có giá trị pháp lý thấp nhất. Tuy nhiên, có thể nhận định rằng, BLDS là văn bản pháp luật có vai trò quan trọng, nếu không nói là quan trọng nhất trong việc tạo cơ sở pháp lý để xây dựng thành công nền KTTT định hướng XHCN ở Việt Nam vì đa số các yêu cầu (tiêu chí) nêu trên của nền KTTT chỉ có thể đạt được nhờ sự tác động, hỗ trợ của bộ luật này.

2. Bộ luật Dân sự đã đáp ứng tính thị trường của nền kinh tế Việt Nam như thế nào?

KTTT không tự nhiên mà có. Đó là kết quả của hàng loạt các hoạt động và giải pháp đa tính chất, đa lĩnh vực được Nhà nước và các chủ thể khác thực hiện một cách bền bỉ, lâu dài, liên tục. Trong số các giải pháp, không thể không nhắc đến giải pháp pháp lý, và trong số các giải pháp pháp lý đó không thể không nhắc đến vai trò của BLDS. BLDS 2015 đã góp phần xây dựng nền KTTT ở nước ta thông qua các biện pháp sau đây:

2.1 BLDS đã xác lập một hệ thống quyền đối với tài sản (các nước gọi là hệ

thống vật quyền) tương đối hoàn chỉnh, phù hợp với trình độ phát triển kinh tế - xã hội của Nhà nước ta trong giai đoạn hiện nay

Cũng như mọi chủ thể khác của quan hệ pháp luật dân sự, các doanh nghiệp với tư cách là chủ thể chủ yếu của nền KTTT, muốn hoạt động được thì phải có tài sản độc lập. Tính độc lập về mặt tài sản của doanh nghiệp phải được thể hiện thông qua các hình thức pháp lý nhất định, trước hết là quyền sở hữu và các loại quyền khác trên tài sản mà các nước gọi chung là các loại vật quyền. BLDS 2005 quan tâm rất nhiều đến việc ghi nhận quyền sở hữu, trong khi đó lại không mấy “mặn mà” với việc ghi nhận các loại vật quyền khác (vật quyền hạn chế). Điều này đã làm suy yếu tính độc lập về tài sản của doanh nghiệp, qua đó đã có ảnh hưởng không nhỏ đến việc thực hiện các hoạt động sản xuất kinh doanh của doanh nghiệp. Khắc phục tình trạng này, BLDS 2015 đã dành hẳn một chương là Chương XIV để quy định về các loại quyền khác đối với tài sản ngoài quyền sở hữu là (1) Quyền đối với bất động sản liền kề (quyền địa dịch) tại Mục 1, Chương XIV, (2) Quyền hưởng dụng (Mục 2, Chương XIV) và (3) Quyền bề mặt (Mục 3, Chương XIV). Có được các quyền này, tính độc lập về tài sản và năng lực về mặt tài sản - một yêu cầu quan trọng hàng đầu của các doanh nghiệp đã được cải thiện một cách cơ bản.

Tóm lại, không có các chủ thể độc lập với nhau về mặt tài sản thì sẽ không có các chủ thể đích thực trên thương trường và do đó, sẽ không có KTTT.

2.2 BLDS 2015 đã củng cố vững chắc hơn nguyên tắc bình đẳng giữa các chủ thể sản xuất kinh doanh; xóa bỏ hoàn toàn sự phân biệt đối xử giữa doanh nghiệp nhà nước với các loại hình doanh nghiệp khác

Nghiên cứu Hiến pháp và các đạo luật quan trọng của Nhà nước ta trong thời gian

trước khi BLDS 2015 có hiệu lực cho thấy, tiêu chí về sự bình đẳng của các chủ thể trong nền KTTT đã không được ghi nhận và bảo đảm thực hiện một cách đầy đủ và triệt để. Cụ thể là:

- Hiến pháp năm 1959, tại Điều 12 quy định: “Kinh tế quốc doanh thuộc hình thức sở hữu của toàn dân, giữ vai trò lãnh đạo trong nền kinh tế quốc dân và được Nhà nước bảo đảm ưu tiên phát triển”.

- Hiến pháp năm 1980, tại Điều 18 quy định: “Kinh tế quốc doanh giữ vai trò chủ đạo trong nền kinh tế quốc dân và được phát triển ưu tiên”. Trong khi đó, theo Điều 23 của Hiến pháp này thì kinh tế hợp tác xã chỉ được Nhà nước “hướng dẫn và giúp đỡ”; kinh tế phụ gia đình xã viên (biểu hiện sơ khai của kinh tế cá thể) thì lại chỉ được “Nhà nước thừa nhận và bảo hộ theo pháp luật” (Điều 23), còn kinh tế tư nhân thì dường như đã được coi là ngoài vòng pháp luật.

- Hiến pháp năm 1992 và BLDS 2005 bước đầu đã khắc phục tình trạng phân biệt đối xử giữa các chủ thể sản xuất, kinh doanh nhưng vẫn chưa đảm bảo tính triệt để, vẫn còn thể hiện tính nửa vời. Ví dụ, Hiến pháp năm 1992 vẫn duy trì quan điểm ưu tiên cho kinh tế nhà nước và doanh nghiệp nhà nước thông qua việc quy định tại Điều 15, theo đó, vẫn coi “sở hữu toàn dân và sở hữu tập thể là nền tảng” của hệ thống quan hệ sở hữu tồn tại trong nền kinh tế. BLDS 1995 và ngay cả BLDS 2005 vẫn chưa chấm dứt được tình trạng “nhất bên trọng nhất bên khinh” vì tài sản nhà nước vẫn được ưu tiên bảo vệ hơn tài sản của các chủ sở hữu khác. Cụ thể là, theo khoản 1 Điều 247 BLDS 2005, đối với tài sản tư nhân thì chủ sở hữu sẽ mất quyền sở hữu đối với tài sản đó nếu tài sản đã rời khỏi sự quản lý của mình quá 10 năm đối với động sản, 30 năm đối với bất động sản. Trong khi đó, đối với tài sản của Nhà nước thì thời hạn này là không được áp

dụng, tức là nếu đã là tài sản của Nhà nước thì không bao giờ có thể trở thành tài sản của người khác (tư nhân) cho dù họ có chiếm hữu tài sản này một cách liên tục, ngay tình, công khai trong thời gian dài bao lâu chăng nữa (khoản 2 Điều 247).

Hiện nay, với sự ra đời của BLDS 2015 thì sự bất bình đẳng này đã được loại trừ. Theo quy định tại Điều 236 của Bộ luật này thì “người chiếm hữu, người được lợi về tài sản không có căn cứ pháp luật nhưng ngay tình, liên tục, công khai trong thời hạn 10 năm đối với động sản, 30 năm đối với bất động sản thì trở thành chủ sở hữu tài sản đó, kể từ thời điểm bắt đầu chiếm hữu, trừ trường hợp bộ luật này, luật khác có liên quan quy định khác”. Như vậy, BLDS 2015 đã áp dụng chung thời hiệu xác lập quyền sở hữu do chiếm hữu, được lợi không có căn cứ pháp luật mà không phân biệt tài sản đó thuộc sở hữu của ai (Nhà nước hay tư nhân).

Như vậy, xét về mặt pháp lý thì biểu hiện cuối cùng của sự phân biệt đối xử giữa các chủ sở hữu khác nhau thông qua quy định về việc xác lập quyền sở hữu theo thời hiệu đã bị loại bỏ ở nước ta từ ngày 01/01/2017 - khi BLDS 2015 có hiệu lực thi hành.

2.3 Một trong những tiêu chí quan trọng của nền KTTT là sự tôn trọng của Nhà nước ở mức độ cao nhất đối với tài sản thuộc mọi hình thức sở hữu. Nói cách khác, đây là tiêu chí về sự bất khả xâm phạm về mặt tài sản của tất cả các chủ sở hữu

Cơ chế pháp lý để bảo đảm thực hiện tiêu chí này đã được đặt nền móng trong Hiến pháp năm 2013, cụ thể là:

- Hiến pháp quy định ai có quyền hạn chế và khi nào thì quyền dân sự bị hạn chế: “Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe cộng đồng” (khoản 2

Điều 14). Cụ thể hơn, để thể hiện chính sách tôn trọng quyền tài sản với tư cách là một loại quyền quan trọng bậc nhất của tổ chức, cá nhân, Hiến pháp năm 2013 cũng đã ghi nhận nguyên tắc, theo đó, việc Nhà nước trung mua, trưng dụng tài sản của tổ chức, cá nhân chỉ được thực hiện trong những trường hợp thật sự cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh hoặc vì lợi ích quốc gia, tình trạng khẩn cấp, phòng, chống thiên tai mà thôi (khoản 3 Điều 32);

- Hiến pháp ghi nhận quyền của tổ chức, cá nhân được làm gì khi quyền dân sự của mình bị vi phạm: “Mọi người có quyền khiếu nại, tố cáo đối với cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền về những việc làm trái pháp luật của cơ quan, tổ chức, cá nhân” (khoản 1 Điều 30);

- Hiến pháp ghi nhận quyền được bồi thường các loại thiệt hại khi tổ chức, cá nhân bị người khác gây thiệt hại cho mình: “Người bị thiệt hại có quyền được bồi thường về vật chất, tinh thần và phục hồi danh dự theo quy định của pháp luật” (khoản 2 Điều 30).

Những gì quy định trong Hiến pháp như vừa nêu trên là cần thiết, nhưng rõ ràng là chưa đủ để ghi nhận và bảo đảm thực hiện trên thực tế yêu cầu về tính bất khả xâm phạm về mặt tài sản của các chủ sở hữu tài sản.

BLDS 2015 với tư cách là đạo luật gốc trong hệ thống pháp luật dân sự không chỉ dừng lại ở chỗ nhắc lại các quy định nêu tại Hiến pháp năm 2013 mà còn đã ghi nhận thêm nhiều cơ chế, biện pháp cụ thể nhằm góp phần thực hiện yêu cầu này. Cụ thể là:

Thứ nhất, không ai có thể bị hạn chế, bị tước đoạt trái pháp luật quyền sở hữu, các quyền khác đối với tài sản (khoản 1 Điều 163 BLDS 2015);

Thứ hai, chủ sở hữu, chủ thể có quyền khác đối với tài sản được tự mình sử dụng mọi biện pháp không trái với quy định của

pháp luật để bảo vệ các quyền tài sản của mình khi chúng bị vi phạm bởi bất kỳ ai (khoản 1 Điều 164);

Thứ ba, chủ sở hữu, chủ thể có quyền khác đối với tài sản cũng được quyền yêu cầu Tòa án, các cơ quan nhà nước có thẩm quyền khác để buộc trả lại tài sản cho mình, chấm dứt hành vi cản trở trái pháp luật việc thực hiện quyền sở hữu, quyền khác đối với tài sản và yêu cầu bồi thường thiệt hại (khoản 2 Điều 164).

2.4 Một tiêu chí quan trọng nữa của nền KTTT là các chủ thể kinh doanh phải được tự mình quyết định các công việc của mình theo ý chí, nguyện vọng và vì lợi ích của mình mà không chịu bất cứ sự can thiệp trái pháp luật của bất kỳ ai từ bên ngoài

Có thể nói, yêu cầu này đã được BLDS 2015 đáp ứng một cách tương đối đầy đủ thông qua các quy định tại phần thứ 3: “Nghĩa vụ và Hợp đồng”, cụ thể là:

- *Thứ nhất*, cá nhân, pháp nhân được tự do quyết định việc giao kết hợp đồng với ai và với nội dung gì (quyền tự do thỏa thuận); không ai, kể cả cơ quan nhà nước, có thể can thiệp, trừ những trường hợp đặc biệt được quy định bởi luật (khoản 2, Điều 2; khoản 2, Điều 3; khoản 1 Điều 398);

- *Thứ hai*, cá nhân, pháp nhân được quyền tự do quyết định ngành nghề kinh doanh và quy mô kinh doanh (khoản 2 Điều 205);

- *Thứ ba*, BLDS có nhiều quy định mới giúp các chủ thể quan hệ pháp luật dân sự được dễ dàng, thuận lợi hơn trong việc giao kết, thực hiện hợp đồng. Ví dụ, theo quy định tại khoản 2 Điều 137 BLDS 2015 thì một pháp nhân có thể có hơn một đại diện theo pháp luật. Như vậy, quy định này đã chấm dứt tình trạng một pháp nhân chỉ có thể có một người đại diện theo pháp luật đã tồn tại hàng chục năm qua ở nước ta trong BLDS 1995 và 2005, qua đó, góp phần khắc phục được rất nhiều khó khăn cho các doanh

ng nghiệp lớn, có quy mô kinh doanh đa ngành, đa nghề, hoạt động ở nhiều vùng lãnh thổ khác nhau trong việc ký kết và thực hiện hợp đồng. Ngoài ra, theo quy định của BLDS 2005 thì người được ủy quyền được hiểu chỉ có thể là cá nhân mà không thể là pháp nhân. Quy định này đã hạn chế quyền của doanh nghiệp trong việc ủy quyền cho pháp nhân khác thực hiện các công việc mà mình không thể thực hiện một cách trực tiếp, làm giảm khả năng giao kết hợp đồng trong điều kiện kinh doanh năng động của các doanh nghiệp. Khắc phục tình trạng này, BLDS 2015 đã bổ sung quy định mới rất quan trọng, có khả năng giúp doanh nghiệp được dễ dàng hơn trong việc giao kết và thực hiện các hợp đồng, đó là quy định tại khoản 1 Điều 134 và khoản 1 Điều 138, theo đó, pháp nhân có thể là người đại diện theo ủy quyền;

- *Thứ tư*, cá nhân, pháp nhân được tự do xác định chế độ trách nhiệm tài sản do vi phạm nghĩa vụ hợp đồng.

BLDS 2015 ghi nhận quyền của các bên giao kết hợp đồng trong việc thỏa thuận áp dụng các loại chế tài tài sản và quy mô của các loại chế tài đó. Ví dụ: Theo khoản 2 Điều 418 thì: “Mức phạt do các bên thỏa thuận trừ trường hợp luật liên quan có quy định khác”, còn theo khoản 3 Điều này thì: “Các bên có thể thỏa thuận về việc bên vi phạm nghĩa vụ chỉ phải chịu phạt vi phạm mà không phải bồi thường thiệt hại hoặc vừa phải chịu phạt vi phạm và vừa phải bồi thường thiệt hại”.

Thứ năm, một trong những quy định mới thể hiện sự tôn trọng của Nhà nước đối với ý chí của các bên trong quá trình giải quyết tranh chấp dân sự, qua đó, thể hiện tính thị trường của BLDS 2015, là quy định về sự hạn chế vai trò của Tòa án trong việc áp dụng thời hiệu khi giải quyết các tranh chấp dân sự.

Thời hiệu và việc áp dụng thời hiệu là vấn đề không mới ở nước ta. Tuy nhiên, nếu

như trước đây, phạm vi chủ thể có quyền áp dụng thời hiệu là rất rộng, bao gồm không chỉ các bên đương sự (các bên tranh chấp) mà còn cả Tòa án thì ngày nay, theo BLDS 2015, chỉ có các đương sự mới có quyền này. Cụ thể là, Điều 149 BLDS 2015 đã bổ sung quy định, theo đó, Tòa án chỉ được áp dụng thời hiệu theo yêu cầu của đương sự mà không được quyền chủ động, theo sáng kiến của mình nêu vấn đề còn hay không còn thời hiệu để trên cơ sở đó ra quyết định công nhận hay không công nhận, bảo vệ hay không bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của các bên có liên quan. Quy định này là phù hợp với tính tự chủ, tự quyết định của các chủ thể quan hệ thị trường, phù hợp với tính trung lập của Tòa án trong quá trình giải quyết tranh chấp và đặc biệt là đã làm cho các quy định về thời hiệu trong BLDS Việt Nam phù hợp với quy định của pháp luật ở nhiều nước trên thế giới.

2.5 Một trong các yêu cầu quan trọng thể hiện tính thị trường của nền kinh tế là phải có một hệ thống các cơ quan tài phán đáng tin cậy để bảo vệ một cách kịp thời, đúng pháp luật, hiệu quả quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể kinh doanh

Theo yêu cầu này thì ở đâu, thay vì đến với tòa án, trọng tài thương mại (các cơ quan tài phán chính thống của Nhà nước), các bên tranh chấp lại đến với các thể lực của xã hội đen, thì ở đó không có sự tồn tại của KTTT.

Xét về thực tế thì hiện nay, mặc dù Tòa án và Trọng tài thương mại ở Việt Nam đã có nhiều cố gắng, nhưng nhìn chung, vẫn chưa trở thành địa chỉ đáng tin cậy của các nhà kinh doanh khi tranh chấp xảy ra với họ. Tuy nhiên, xét về mặt pháp lý thì yêu cầu này, về cơ bản, đã được BLDS 2015 đáp ứng, cụ thể là:

- *Thứ nhất*, BLDS đã ghi nhận nguyên tắc, theo đó các cơ quan nhà nước, nhất là Tòa án không được quyền từ chối giải quyết

các vụ việc dân sự với lý do không có điều luật để áp dụng.

Giữa cơ chế thị trường và cơ chế bảo vệ quyền dân sự có mối quan hệ mật thiết với nhau. Nếu pháp luật khuyến khích xây dựng nền KTTT, khuyến khích phát triển sản xuất, kinh doanh mà lại không quy định đầy đủ các cơ chế, biện pháp để bảo đảm rằng, các quyền của cá nhân, pháp nhân phát sinh từ hoạt động kinh tế luôn được nằm trong sự bảo hộ của Nhà nước, thì các chủ thể này cũng không thể yên tâm thực hiện các hoạt động sản xuất, kinh doanh theo nguyện vọng của mình. Hậu quả là, hoạt động kinh doanh sẽ không được triển khai một cách mạnh mẽ, rộng khắp trong thực tiễn. Ví dụ, theo quy định của Luật Doanh nghiệp 2014 thì doanh nghiệp có quyền tự quyết định ngành, nghề kinh doanh, kể cả khi các ngành, nghề đó chưa được Nhà nước quy định trong hệ thống ngành nghề kinh tế của Việt Nam. Quy định như vậy là nhằm khuyến khích các doanh nghiệp luôn luôn tìm tòi, sáng tạo, có thể sản xuất, kinh doanh bất cứ ngành nghề, mặt hàng nào do mình nghĩ ra mà không hạn chế hoạt động sản xuất, kinh doanh của mình trong các ngành nghề được Nhà nước ghi nhận. Tuy nhiên, quy định này của Luật Doanh nghiệp 2014 chắc chắn sẽ không được các doanh nghiệp hưởng ứng một cách nhiệt tình, bởi doanh nghiệp khó tránh khỏi tâm lý lo ngại rằng, khi kinh doanh các ngành nghề này mà xảy ra tranh chấp thì Nhà nước có thụ lý để giải quyết, qua đó bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của họ hay không? Để đáp ứng yêu cầu này, BLDS 2015 đã đưa ra quy định, theo đó các cơ quan nhà nước có thẩm quyền, trong đó có Tòa án, không được quyền từ chối giải quyết các vụ việc dân sự với lý do không có điều luật để áp dụng (khoản 2 Điều 14). Như vậy, BLDS 2015 đã góp phần khuyến khích các cá nhân, pháp nhân mở rộng sản xuất, kinh

doanh thông qua sự cam kết của Nhà nước rằng, trong bất cứ trường hợp nào, kể cả khi không có điều luật quy định, nhưng nếu doanh nghiệp đã tiến hành các hoạt động sản xuất, kinh doanh một cách hợp pháp, đem lại lợi ích cho mình và cho xã hội, thì quyền và lợi ích của họ cũng sẽ được Nhà nước bảo hộ bằng mọi biện pháp.

- Thứ hai, BLDS 2015 đã ghi nhận cơ chế mới trong việc bảo vệ quyền dân sự, theo đó trong nhiều trường hợp, các quyết định hành chính còn có thể được xem xét lại theo thủ tục tư pháp tại Tòa án.

Hiện nay, ở Việt Nam, nhiều vấn đề dân sự đang được giao cho các cơ quan hành chính giải quyết. Đây là điều không thể tránh khỏi do những đặc thù trong cơ cấu tổ chức và trong cơ chế quản lý của Nhà nước ta. Tuy nhiên, cơ chế này bên cạnh mặt tích cực cũng còn hàm chứa không ít hạn chế. Nếu cơ chế này tiếp tục tồn tại mà không có sự đổi mới thì chắc chắn sẽ cản trở hoạt động sản xuất, kinh doanh của doanh nghiệp, vì bản thân cơ chế giải quyết tranh chấp bằng con đường hành chính không bảo đảm các yêu cầu của quá trình giải quyết các tranh chấp dân sự, như nguyên tắc công khai, minh bạch, tranh luận và độc lập của quá trình giải quyết tranh chấp. Chỉ có Tòa án với các quy định đặc thù trong tố tụng tư pháp, mới có thể bảo vệ tốt hơn các quyền và lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp. Vì vậy, việc BLDS 2015 đưa ra quy định theo đó, các quyết định hành chính có thể được đưa ra xem xét lại tại các cơ quan tư pháp được coi là một quy định mới, góp phần bảo vệ tốt hơn quyền và lợi ích hợp pháp của các cá nhân, pháp nhân, qua đó tạo điều kiện để cá nhân, pháp nhân thực hiện quyền tự do kinh doanh của mình (khoản 1 Điều 14).

2.6 BLDS 2015 đã có nhiều quy định góp phần giúp các nhà kinh doanh ứng phó một cách hiệu quả với những rủi ro

tiềm tàng trong nền KTTT đầy biến cố không thể lường trước được

Một trong những đặc điểm của KTTT là tính rủi ro cao của nó. Tính rủi ro cao này được phát sinh do sự năng động của hoạt động kinh tế, do khát vọng làm giàu không bao giờ có giới hạn của con người và do sự nghiệt ngã của môi trường cạnh tranh. Hệ thống pháp luật nói chung và pháp luật dân sự nói riêng phải hạn chế đến mức thấp nhất hậu quả của các rủi ro mà doanh nghiệp có thể gặp phải, qua đó tạo điều kiện để thúc đẩy hoạt động sản xuất, kinh doanh, khuyến khích mọi người làm giàu cho mình và cho xã hội. Các BLDS của Nhà nước ta từ trước đến nay đều không làm được chức năng này. Điều này thể hiện ở chỗ, trong BLDS 1995 và ngay cả BLDS 2005 luôn luôn ghi nhận một cách cứng nhắc, tuyệt đối, không có ngoại lệ nguyên tắc tuân thủ đúng cam kết. Điều đó có nghĩa là theo các BLDS trước đây, khi đã cam kết điều gì thì các bên phải tuân thủ nghiêm chỉnh cam kết đó, cho dù việc tiếp tục thực hiện cam kết có thể gây ra một sự bất lợi vô cùng lớn cho một bên. Quy định này là có thể chấp nhận được trong hoàn cảnh khi Việt Nam mới bắt đầu xây dựng nền KTTT, nhưng đến nay thì không thể chấp nhận được nữa. Thực tế cho thấy, bên cạnh nguyên tắc thực hiện đúng cam kết thì BLDS 2015 còn ghi nhận một nguyên tắc không kém phần quan trọng là nguyên tắc thiện chí, trung thực (khoản 3 Điều 3) trong ký kết, thực hiện hợp đồng. Vì vậy, xuất phát từ tính không thể lường trước được của môi trường kinh doanh trong nền KTTT, để vừa bảo đảm tính nghiêm minh trong việc tuân thủ các cam kết trong kinh doanh lại vừa bảo

đảm được sự hợp lý, công bằng, chống lại sự bất công, pháp luật dân sự ở nhiều nước trên thế giới, trong đó có BLDS 2015 của nước ta (Điều 420) đã “phát minh” ra một quy định, theo đó trong những trường hợp nhất định và với những điều kiện nhất định được luật định thì nguyên tắc tuân thủ đúng hợp đồng phải được có ngoại lệ. Đây là lý do ra đời của một điều luật, theo đó khi việc tiếp tục thực hiện nghiêm chỉnh hợp đồng có thể gây ra một sự bất lợi quá lớn về tài sản cho một bên thì bên đó có quyền yêu cầu bên kia thương thảo để thay đổi hoặc chấm dứt hợp đồng. Nếu yêu cầu này bị từ chối thì bên bị thiệt hại có quyền yêu cầu Toà án hoặc Trọng tài thương mại can thiệp để đưa ra phán quyết về việc huỷ bỏ hoặc sửa đổi hợp đồng cho phù hợp với hoàn cảnh mới đã xảy ra sau khi hợp đồng được giao kết. Trong BLDS các nước, điều luật này thường được gọi là: “Sửa đổi, huỷ bỏ hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi một cách cơ bản”⁴.

Tóm lại, để có một nền KTTT đích thực thì Việt Nam còn có quá nhiều việc cần phải làm. Trong các việc phải làm này, có việc tiếp tục xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật, nhất là các luật điều chỉnh quan hệ thị trường như Luật Doanh nghiệp, Luật Đầu tư, các luật kinh doanh chuyên ngành (Luật Kinh doanh bảo hiểm, Luật Kinh doanh chứng khoán, Luật Các tổ chức tín dụng...). Xét về lâu dài thì riêng BLDS vẫn đang còn nhiều việc cần phải tiếp tục hoàn thiện. Tuy nhiên, những gì đã có được trong BLDS 2015 là rất đáng được tôn trọng vì trong một chừng mực nhất định, bộ luật này đã góp phần không nhỏ vào việc tạo cơ sở pháp lý để xây dựng một nền kinh tế mới ở nước ta - KTTT định hướng XHCN ■

4 Ví dụ, ở Liên bang Nga trước đây, suốt 70 năm tồn tại chế độ Xô-Việt cùng với nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung, trong BLDS của nước này không hề có quy định nêu trên. Tuy nhiên, sau khi bắt đầu xây dựng nền kinh tế mới, kinh tế thị trường định hướng xã hội, BLDS 1995 đã bổ sung quy định tại Điều 451 với tên gọi là: “Sửa đổi và huỷ bỏ hợp đồng do hoàn cảnh thay đổi một cách cơ bản”.

MUA SẮM CHÍNH PHỦ TRONG HIỆP ĐỊNH ĐỐI TÁC XUYÊN THÁI BÌNH DƯƠNG (TPP) VÀ ĐỀ XUẤT GIẢI PHÁP TRIỂN KHAI CAM KẾT CỦA VIỆT NAM

NGUYỄN ĐĂNG TRƯỜNG*

1. Tổng quan, phạm vi của Hiệp định Đối tác xuyên Thái Bình Dương

Sau hơn 5 năm đàm phán với hơn 30 phiên làm việc cấp kỹ thuật và hơn 10 cuộc đàm phán cấp Bộ trưởng, các nước tham gia Hiệp định Đối tác xuyên Thái Bình Dương (Hiệp định TPP) đã chính thức kết thúc đàm phán Hiệp định vào ngày 05/10/2015 tại Hội nghị Bộ trưởng tại Át-lan-ta, Hoa Kỳ.

Ngày 04/02/2016, Bộ trưởng Bộ Công thương Việt Nam và các Bộ trưởng phụ trách thương mại của 11 nước còn lại tham gia Hiệp định TPP gồm Ôt-xtrây-li-a, Bru-nây, Ca-na-đa, Chi-lê, Nhật Bản, Ma-lai-xi-a, Mê-hi-cô, Niu Di-lân, Pê-ru, Xinh-ga-po, Hoa Kỳ đã tham dự Lễ ký kết xác thực lời văn Hiệp định TPP tại Niu Di-lân.

Bộ trưởng Bộ Công thương Vũ Huy Hoàng đã thay mặt Chính phủ Việt Nam ký xác thực lời văn Hiệp định TPP và 35 thỏa thuận song phương trong các lĩnh vực liên quan đến dịch vụ tài chính, dệt may, nông nghiệp, sở hữu trí tuệ, mua sắm chính phủ...

mà Việt Nam đã thống nhất với một số nước TPP. Các thỏa thuận song phương này sẽ có hiệu lực cùng thời điểm với Hiệp định TPP.

Hiệp định TPP tập hợp một nhóm các nước khác nhau về địa lý, ngôn ngữ và lịch sử, quy mô và mức độ phát triển. Tất cả các nước TPP đều nhận thức được tính đa dạng về phát triển là một tài sản độc đáo nhưng cũng yêu cầu sự hợp tác chặt chẽ, góp phần tăng cường năng lực cho các nước thành viên TPP có trình độ phát triển thấp hơn. Trong một số trường hợp, một số thành viên TPP được phép có một khoảng thời gian chuyển đổi để nâng cao năng lực thực thi các nghĩa vụ mới (phi truyền thống) được cam kết trong Hiệp định TPP.

Hiệp định TPP gồm 30 chương điều chỉnh thương mại và các vấn đề liên quan tới thương mại, bắt đầu từ thương mại hàng hóa với hải quan và thuận lợi hóa thương mại; vệ sinh kiểm dịch động thực vật; hàng rào kỹ thuật đối với thương mại; quy định về phòng vệ thương mại; đầu tư; dịch vụ;

* *Cục trưởng Cục Quản lý Đấu thầu, Bộ Kế hoạch và Đầu tư.*

thương mại điện tử; sở hữu trí tuệ... đến các nội dung có tính chất “phi truyền thống” như lao động; môi trường; mua sắm chính phủ (MSCP); các chương về “các vấn đề xuyên suốt” nhằm bảo đảm Hiệp định TPP đạt được tiềm năng của mình về phát triển, tính cạnh tranh và tính bao hàm; giải quyết tranh chấp; ngoại lệ và các điều khoản về thể chế.

Bên cạnh việc nâng cấp cách tiếp cận truyền thống đối với những vấn đề đã được điều chỉnh bởi các hiệp định thương mại tự do trước đó (FTAs), Hiệp định TPP còn đưa vào những vấn đề thương mại mới và đang nổi lên cũng như những vấn đề xuyên suốt. Những vấn đề này bao gồm những nội dung liên quan đến Internet và nền kinh tế số, sự tham gia ngày càng tăng của các doanh nghiệp nhà nước vào thương mại và đầu tư quốc tế, khả năng của các doanh nghiệp nhỏ và vừa trong việc tận dụng các hiệp định thương mại và những nội dung khác.

2. Mua sắm chính phủ trong Hiệp định Đối tác xuyên Thái Bình Dương

Các thành viên TPP cùng quan tâm tới mở cửa thị trường đấu thầu mua sắm công (MSCP) rộng lớn của nhau trên cơ sở các quy tắc cơ bản là công bằng, minh bạch đối xử quốc gia và không phân biệt đối xử. Các thành viên cũng đồng ý các thông tin liên quan về MSCP phải được công bố kịp thời (i) để các nhà thầu cung cấp hàng hoá, dịch vụ có đủ thời gian tiếp cận hồ sơ mời thầu và chuẩn bị hồ sơ dự thầu, (ii) để đối xử với các nhà thầu một cách công bằng, bình đẳng và (iii) để duy trì tính bảo mật cho các nhà thầu. Thêm vào đó, các thành viên TPP đồng ý sẽ sử dụng các tiêu chuẩn kỹ thuật cụ thể và khách quan; chỉ đánh giá và lựa chọn nhà thầu dựa trên những tiêu chí đánh giá đã mô tả trong hồ sơ mời thầu và căn cứ các nội dung trong hồ sơ dự thầu của nhà thầu; xây dựng các quy trình hợp lý để giải quyết các kiến nghị trong quá trình lựa chọn nhà thầu.

Chương MSCP trong Hiệp định TPP

bao gồm (i) phần Lời văn và (ii) phần Bản chào mở cửa thị trường MSCP hay còn gọi là Biểu cam kết (sau đây gọi tắt là “Bản chào”).

Phần Lời văn đưa ra các nguyên tắc, quy định và thủ tục mà các bên tham gia Hiệp định TPP phải tuân thủ trong quá trình lựa chọn nhà thầu đối với gói thầu thuộc phạm vi điều chỉnh. Về cơ bản, phần Lời văn có ý nghĩa tương tự như quy định đấu thầu của Việt Nam với một số nội dung cơ bản như sau:

1. Về phạm vi điều chỉnh, Chương MSCP trong Hiệp định TPP chỉ áp dụng đối với các gói thầu thuộc phạm vi điều chỉnh của Hiệp định. Gói thầu thuộc phạm vi điều chỉnh của Hiệp định TPP phải đáp ứng cả 4 điều kiện sau đây: (i) có giá gói thầu bằng hoặc cao hơn một ngưỡng nhất định - được quy định cụ thể trong Bản chào, (ii) thuộc dự án, dự toán của cơ quan mua sắm được liệt kê trong Bản chào, (iii) mua sắm hàng hoá, dịch vụ (bao gồm cả dịch vụ xây dựng) được mở cửa trong Bản chào và (iv) không được loại trừ khỏi phạm vi điều chỉnh của Hiệp định.

2. Về nguyên tắc cơ bản đối xử quốc gia và không phân biệt đối xử, các bên không được phân biệt đối xử: (i) giữa hàng hoá, dịch vụ và nhà thầu của nước mình với hàng hoá, dịch vụ và nhà thầu của các nước thành viên TPP khác và (ii) giữa hàng hoá, dịch vụ và nhà thầu của các nước thành viên TPP. Ngoài ra, nguyên tắc này cũng yêu cầu các Bên tham gia TPP không được (i) đối xử với một nhà thầu trong nước kém thuận lợi hơn một nhà thầu trong nước khác do mức độ phụ thuộc về tổ chức với tổ chức, cá nhân nước ngoài hoặc do mức độ sở hữu của nước ngoài; hoặc (ii) phân biệt đối xử với một nhà thầu trong nước do hàng hoá hoặc dịch vụ mà nhà thầu đó cung cấp cho một gói thầu cụ thể là hàng hoá hoặc dịch vụ của các Bên khác.

3. Về hình thức lựa chọn, Chương MSCP trong Hiệp định TPP quy định 03 hình thức lựa chọn nhà thầu, gồm đấu thầu rộng rãi, đấu thầu hạn chế và chỉ định thầu. Trong đó, hình thức đấu thầu hạn chế giống với hình thức đấu thầu rộng rãi có lựa chọn danh sách ngắn ở Việt Nam.

4. Về thời gian trong đấu thầu, Chương MSCP trong Hiệp định TPP quy định thời gian tối thiểu cho việc chuẩn bị hồ sơ quan tâm, hồ sơ dự sơ tuyển là 25 ngày kể từ ngày đăng thông báo mời nộp hồ sơ quan tâm, thông báo mời sơ tuyển. Thời gian chuẩn bị hồ sơ dự thầu tối thiểu là 40 ngày kể từ khi đăng thông báo mời thầu trong trường hợp áp dụng đấu thầu rộng rãi hoặc kể từ khi cơ quan mua sắm (bên mời thầu) thông báo cho các nhà thầu về việc nộp hồ sơ dự thầu trong trường hợp đấu thầu hạn chế. Thời gian chuẩn bị hồ sơ dự thầu có thể giảm xuống trong trường hợp áp dụng đấu thầu qua mạng (đấu thầu điện tử) hoặc một số trường hợp đặc biệt song không được giảm xuống dưới 10 ngày.

5. Về nội dung công bố thông tin, các thông báo theo quy định của Chương MSCP trong Hiệp định TPP (thông báo mời thầu, thông báo về kết quả lựa chọn nhà thầu, thông báo mời nộp hồ sơ quan tâm, thông báo mời sơ tuyển...) phải có nội dung chi tiết, rõ ràng. Chẳng hạn như, theo yêu cầu của Hiệp định TPP, ngoài các nội dung cơ bản, thông báo mời thầu phải nêu rõ “danh mục điều kiện tham dự thầu của nhà thầu và mô tả tóm tắt các điều kiện đó, có thể bao gồm yêu cầu về các tài liệu hay chứng nhận cần thiết mà nhà thầu phải cung cấp” và “nêu rõ các tiêu chí lựa chọn nhà thầu và số lượng nhà thầu trong danh sách ngắn được phép nộp hồ sơ dự thầu nếu bên mời thầu có ý định lựa chọn số lượng hạn chế các nhà thầu đáp ứng yêu cầu để tham dự thầu”.

6. Trong vấn đề giải quyết kiến nghị, Chương MSCP trong Hiệp định TPP yêu

cầu các nước thành viên phải thành lập hay chỉ định ít nhất một đơn vị hành chính hoặc tư pháp độc lập với cơ quan mua sắm để xử lý kiến nghị trong đấu thầu. Các nước thành viên cũng phải có cơ chế để cơ quan giải quyết kiến nghị như đưa ra các biện pháp tạm thời nhằm bảo vệ cơ hội tham dự thầu của nhà thầu trong khi chờ quyết định giải quyết kiến nghị và đưa ra các giải pháp khắc phục trong trường hợp quyết định cuối cùng cho thấy có sự vi phạm.

3. Bản chào mở cửa thị trường mua sắm chính phủ trong Hiệp định Đối tác xuyên Thái Bình Dương

Các Bên tham gia TPP đều có Bản chào mở cửa thị trường MSCP quy định mức độ mở cửa cụ thể của từng Bên. Cấu trúc của Bản chào có các phần như sau:

- o Phần A: Danh sách các cơ quan cấp trung ương có gói thầu thuộc phạm vi điều chỉnh
- o Phần B: Danh sách các cơ quan cấp địa phương có gói thầu thuộc phạm vi điều chỉnh
- o Phần C: Danh sách các cơ quan khác có gói thầu thuộc phạm vi điều chỉnh
- o Phần D: Danh mục hàng hoá thuộc phạm vi điều chỉnh
- o Phần E: Danh mục dịch vụ, trừ dịch vụ xây dựng, thuộc phạm vi điều chỉnh
- o Phần F: Danh mục dịch vụ xây dựng thuộc phạm vi điều chỉnh
- o Phần G: Lưu ý chung
- o Phần H: Công thức điều chỉnh ngưỡng áp dụng
- o Phần I: Thông tin cần công bố theo quy định về công bố thông tin
- o Phần J: Các biện pháp trong thời kỳ chuyển đổi.

Đối với Bản chào của Việt Nam trong Hiệp định TPP, một số nội dung cơ bản được nhấn mạnh như sau:

Thứ nhất, Việt Nam sẽ dần mở cửa thị trường MSCP theo lộ trình với thời gian chuyển đổi thông qua ngưỡng giá gói thầu.

Theo đó, Việt Nam ban đầu sẽ mở cửa các gói thầu hàng hoá, dịch vụ, xây lắp có giá gói thầu cao và ngưỡng áp dụng sẽ được giảm dần theo thời gian. Ví dụ, đối với gói thầu mua sắm hàng hoá và dịch vụ của các cơ quan tại Phần A, giá gói thầu thuộc phạm vi điều chỉnh của Hiệp định TPP là 2 triệu Quyền rút vốn đặc biệt -SDR - (tương đương 60 tỷ đồng) trong 5 năm đầu tiên kể từ khi Hiệp định có hiệu lực đối với Việt Nam. Ngưỡng giá gói thầu giảm dần và về mức 130.000 SDR (tương đương 4 tỷ đồng) như đa số các nước thành viên TPP khác kể từ năm thứ 26.

Thứ hai, cùng với một số thành viên như Hoa Kỳ, Ma-lai-xi-a, Mê-hi-cô, Niu Di-lân, Việt Nam chưa cam kết mở cửa việc mua sắm của các cơ quan cấp địa phương (Phần B). Nội dung này sẽ được Việt Nam và các nước thành viên TPP khởi động đàm phán mở cửa sau 3 năm kể từ khi Hiệp định TPP có hiệu lực.

Thứ ba, Việt Nam cam kết mở cửa dần thị trường thuốc theo lộ trình kéo dài 15 năm. Sau thời gian đó, Việt Nam sẽ mở cửa 50% thị trường thuốc tính theo tổng giá trị hợp đồng mua thuốc thuộc phạm vi điều chỉnh của Hiệp định TPP. Trong 3 năm đầu tiên kể từ khi Hiệp định TPP có hiệu lực, Việt Nam hoàn toàn không mở cửa thị trường thuốc cho nhà thầu nước ngoài để có thời gian xây dựng chính sách phù hợp với cam kết trong Hiệp định TPP.

Thứ tư, cùng với các biện pháp trong thời kỳ chuyển đổi khác, nhằm khuyến khích sự phát triển của các ngành sản xuất, cung cấp dịch vụ trong nước, Việt Nam được phép áp dụng các biện pháp ưu đãi cho hàng hoá, dịch vụ và nhà thầu nội địa (Offsets) trong vòng 25 năm kể từ khi Hiệp định TPP có hiệu lực. Cụ thể, trong 10 năm kể từ khi Hiệp định TPP có hiệu lực, Việt Nam có thể áp dụng bất kỳ hình thức ưu đãi trong nước nào, kể cả cơ chế ưu đãi về giá, ở mức tối

đa 40% tổng giá hợp đồng các gói thầu thuộc phạm vi điều chỉnh của từng năm; tỷ lệ này giảm xuống mức tối đa 30% kể từ năm thứ 11 cho đến hết năm thứ 25. Biện pháp ưu đãi nội địa sẽ được loại bỏ từ năm thứ 26 kể từ khi Hiệp định TPP có hiệu lực.

4. Thách thức đối với Việt Nam khi triển khai cam kết mua sắm chính phủ

TPP là Hiệp định thương mại tự do đầu tiên Việt Nam cam kết về MSCP. Khi mở cửa thị trường đối với lĩnh vực MSCP sau khi Hiệp định TPP có hiệu lực, hoạt động đấu thầu mua sắm công của Việt Nam được dự báo sẽ chịu nhiều tác động, ảnh hưởng. Một số thách thức cơ bản có thể thấy là:

- *Thứ nhất*, việc tổ chức lựa chọn nhà thầu đối với những gói thầu thuộc phạm vi điều chỉnh của Hiệp định TPP sẽ phải tuân thủ các nguyên tắc, quy định trong Chương MSCP của Hiệp định TPP thay vì áp dụng Luật Đấu thầu và các văn bản pháp luật về đấu thầu của Việt Nam. Hiện nay, khung pháp lý và hệ thống văn bản quy phạm pháp luật hướng dẫn thực thi có thể chưa bao hàm hết các tình huống, trường hợp diễn ra trên thực tế khi triển khai cam kết về MSCP theo Hiệp định TPP. Trong quá trình triển khai, các cơ quan chủ quản mua sắm sẽ khó tránh khỏi những tình huống phát sinh trong quá trình lựa chọn nhà thầu mà hệ thống văn bản pháp lý hiện hành chưa quy định cụ thể.

- *Thứ hai*, các cơ quan chủ quản của Việt Nam sẽ gặp khó khăn trong tổ chức lựa chọn nhà thầu đối với gói thầu phải tuân thủ quy định của Hiệp định TPP liên quan đến những quy định thương mại có tính chất thông lệ quốc tế nhưng có thể là những nội dung mới đối với Việt Nam. Hơn nữa, cam kết về MSCP trong Hiệp định TPP có một số khác biệt nhất định so với Luật Đấu thầu năm 2013, chẳng hạn: (i) phạm vi điều chỉnh chỉ bao gồm một phần thị trường MSCP của Việt Nam; (ii) không được phép ưu đãi cho hàng hóa, nhà thầu trong nước; (iii) chỉ áp

dụng 03 hình thức lựa chọn nhà thầu thay vì 07 hình thức theo quy định trong nước; (iv) nội dung công bố thông tin về mời thầu chi tiết hơn; (v) thời gian tối thiểu cho các nhà thầu chuẩn bị hồ sơ dự thầu dài hơn.

- *Thứ ba*, nguy cơ bị cạnh tranh và thua ngay trên “sân nhà” của nhà thầu trong nước. Đặc biệt, những doanh nghiệp có năng lực cạnh tranh kém, quen với cơ chế “xin-cho” sẽ rất dễ đối mặt với khả năng bị thu hẹp quy mô sản xuất kinh doanh, thậm chí đóng cửa và phá sản. Sức ép cạnh tranh vừa là thách thức, đồng thời cũng là động lực để doanh nghiệp trong nước buộc phải đầu tư cải tiến công nghệ, nâng cao hiệu quả, năng suất lao động, quy trình quản trị, chiến lược kinh doanh - bán hàng... Hàng hoá có chất lượng kém, giá cả thiếu cạnh tranh, chất lượng dịch vụ thấp... chắc chắn sẽ bị các sản phẩm, dịch vụ do nhà thầu từ các nước thành viên TPP khác cung cấp lấn át và đào thải.

- *Thứ tư*, thách thức về việc bị nhà thầu nước ngoài và chính phủ các nước thành viên TPP kiện do vi phạm các quy định, nghĩa vụ trong Hiệp định TPP. Mặc dù Việt Nam đã đàm phán được thời gian 05 “ân hạn”, không áp dụng cơ chế giải quyết tranh chấp (Chính phủ và Chính phủ), nếu năng lực của Bên mời thầu không được cải thiện, tình trạng thông đồng, “quân xanh quân đỏ” vẫn diễn ra thì nguy cơ bị kiện là rất rõ ràng.

5. Một số giải pháp triển khai cam kết về mua sắm chính phủ

Dự kiến, Hiệp định TPP có thể có hiệu lực từ đầu năm 2018. Như vậy, Việt Nam sẽ chỉ có 24 tháng cho quá trình chuẩn bị và phê chuẩn. Trên cơ sở những nội dung cơ bản của Hiệp định TPP và các thách thức được đề cập, trong quá trình chuẩn bị triển khai cam kết MSCP theo Hiệp định TPP, Việt Nam cần tập trung giải quyết một số vấn đề cơ bản sau:

5.1 Đẩy mạnh công tác tuyên truyền, nâng cao nhận thức xã hội

Việc phổ biến kiến thức cho các đối tượng liên quan ngay sau khi toàn văn của Hiệp định TPP được chính thức công bố là công việc cần phải được các cơ quan liên quan thực hiện càng sớm càng tốt.

Mục đích cơ bản nhất của hoạt động này là nâng cao hiểu biết về Hiệp định TPP nói chung và nhấn mạnh cam kết về MSCP trong Hiệp định nói riêng cho các bên liên quan, đặc biệt là cơ quan quản lý, cơ quan mua sắm (bên mời thầu) và các doanh nghiệp Việt Nam (với tư cách là các nhà thầu), giúp nhận thức đầy đủ quyền lợi và nghĩa vụ, cơ hội và thách thức khi tham gia sân chơi chung quốc tế. Đồng thời, hoạt động tuyên truyền còn phổ biến, giới thiệu các quy định, hướng dẫn của Nhà nước và Chính phủ trong việc triển khai cam kết về MSCP theo Hiệp định TPP. Nội dung, chủ đề chính của công tác tuyên truyền gồm:

o Giới thiệu nội dung cam kết của 12 nước thành viên tham gia Hiệp định TPP (bao gồm Lời văn và các Bản chào) trong Chương MSCP và giới thiệu lộ trình thực thi cam kết của Việt Nam về mở cửa thị trường như lộ trình mở cửa thị trường thuốc, các biện pháp ưu đãi trong nước... và những tác động chính tới nền kinh tế Việt Nam nói chung và lĩnh vực đấu thầu mua sắm công nói riêng.

o Các thuật ngữ, khái niệm trong Chương MSCP của Hiệp định TPP cũng cần được giải thích, phân tích, kết hợp với việc đối chiếu, so sánh nội dung các cam kết của Việt Nam trong Hiệp định TPP với hệ thống pháp luật trong nước về đấu thầu.

o Giới thiệu hệ thống luật pháp và thị trường MSCP của các nước tham gia TPP để nghiên cứu các điều kiện cần thiết, chuẩn bị nguồn lực hỗ trợ nhà thầu Việt Nam tiếp cận những thị trường đó. Đồng thời, giới thiệu những bài học kinh nghiệm,

thực tiễn tốt nhất về MSCP của một số quốc gia trên thế giới.

o Sau khi các văn bản pháp quy được xây dựng và ban hành để hướng dẫn triển khai cam kết, tổ chức phổ biến những quy định mới cho các cơ quan liên quan và công chúng. Hệ thống văn bản quy phạm pháp luật quy định và hướng dẫn thực thi cam kết MSCP trong Hiệp định TPP dự kiến bao gồm cả luật, nghị định và thông tư hướng dẫn.

5.2 Xây dựng khung pháp lý quy định, hướng dẫn thực thi cam kết

Việc xây dựng khung pháp lý hướng dẫn thực thi cam kết quốc tế về MSCP để nội luật hoá các nội dung cam kết về MSCP khi thực hiện Hiệp định TPP, giải quyết những khác biệt giữa chế định trong nước về đấu thầu mua sắm với cam kết quốc tế về MSCP và bảo đảm tính thống nhất, minh bạch của hệ thống pháp luật là đặc biệt quan trọng. Hoạt động này phải được ưu tiên hàng đầu và cũng là yêu cầu bắt buộc trong quá trình xây dựng, hoàn thiện hệ thống pháp luật về đấu thầu của Việt Nam khi hội nhập ngày càng sâu rộng vào nền kinh tế thế giới.

Khoản 4 Điều 3 Luật Đấu thầu năm 2013 quy định “Trường hợp điều ước quốc tế mà Cộng hòa XHCN Việt Nam là thành viên có quy định về lựa chọn nhà thầu, nhà đầu tư khác với quy định của Luật này thì áp dụng theo quy định của điều ước quốc tế đó”. Như vậy, khi Hiệp định TPP chính thức có hiệu lực, việc tổ chức lựa chọn nhà thầu đối với những gói thầu thuộc phạm vi điều chỉnh của Hiệp định sẽ phải tuân thủ các quy định trong Chương MSCP thay vì áp dụng Luật Đấu thầu năm 2013.

Tuy nhiên, Chương MSCP của Hiệp định TPP chỉ quy định các nguyên tắc, nghĩa vụ cơ bản mà các thành viên tham gia, cụ thể là cơ quan mua sắm, nhà thầu và các đối tượng liên quan phải tuân thủ chứ

không quy định chi tiết và đầy đủ như Luật Đấu thầu năm 2013 và các văn bản hướng dẫn dưới luật. Do đó, chúng ta sẽ phải quy định chi tiết hay gọi là “nội luật hóa” các quy định trong Chương MSCP của Hiệp định TPP thành các văn bản quy phạm pháp luật để quy định, hướng dẫn cụ thể việc thực thi cam kết, trên cơ sở so sánh và rà soát quy định trong nước về đấu thầu.

Việc nội luật hoá các quy định trong Chương MSCP trong Hiệp định TPP có thể được thực hiện theo nhiều phương án khác nhau, chẳng hạn như (i) sửa đổi, bổ sung Luật Đấu thầu năm 2013 hoặc (ii) xây dựng luật/ng nghị định mới để quy định, hướng dẫn thực hiện các điều ước quốc tế. Tuy nhiên, do cam kết về MSCP trong TPP chỉ bao gồm một phần thị trường MSCP ở Việt Nam, do đó, phương án xây dựng quy định mới, áp dụng riêng cho các gói thầu thuộc phạm vi điều chỉnh là phương án khả thi hơn. Quá trình này cần sự phối hợp, trao đổi thông tin rộng rãi giữa các bộ, ban ngành và những đối tượng liên quan.

Việc ban hành chế định để thực thi cam kết về MSCP trong Hiệp định TPP sẽ tạo ra một bộ quy tắc riêng cho các gói thầu thuộc phạm vi điều chỉnh, giúp cơ quan mua sắm dễ dàng thực hiện nhiệm vụ và hạn chế những khó khăn về pháp lý, rào cản thương mại cho các nhà thầu trong nước và nhà thầu nước ngoài tham gia đấu thầu. Yêu cầu đặt ra đối với chế định mới về mua sắm là phải tuân thủ đầy đủ nội dung cam kết về MSCP trong Hiệp định TPP và phải đủ chi tiết, cụ thể, dễ hiểu để tạo điều kiện thuận lợi cho các bên liên quan trong quá trình triển khai, thực thi cam kết.

Ngoài ra, quá trình và tiến độ xây dựng, thông qua chế định quy định, hướng dẫn triển khai cam kết về MSCP trong Hiệp định TPP phải được tính toán, bám sát lộ trình mà Việt Nam đã đàm phán trong việc thực thi các nghĩa vụ của Hiệp định TPP.

5.3 Chuẩn bị nguồn nhân lực có đủ năng lực để thực thi Hiệp định

Cam kết mở cửa thị trường MSCP trong Hiệp định TPP đồng nghĩa với việc cơ quan mua sắm (chủ đầu tư, bên mời thầu) và nhà thầu Việt Nam sẽ phải tuân thủ quy định trong Hiệp định đối với những gói thầu thuộc phạm vi điều chỉnh. Với việc lần đầu tiên mở cửa lĩnh vực này, chắc chắn các chủ đầu tư, bên mời thầu cũng như cộng đồng doanh nghiệp nước ta sẽ gặp khó khăn, ngỡ ngàng do có sự khác biệt nhất định giữa cam kết quốc tế và pháp luật trong nước về đấu thầu. Bên cạnh đó, nhân lực làm công tác đấu thầu tại các cơ quan mua sắm và nhà thầu cũng cần phải cải thiện đáng kể các kỹ năng, kiến thức như trình độ ngoại ngữ, tính chuyên nghiệp khi tham gia hoạt động đấu thầu, khả năng xử lý tình huống, kiến thức về pháp luật và thương mại quốc tế... Đặc biệt, khi tham gia sân chơi lớn này, tính thượng tôn và sự nghiêm minh của pháp luật được đề cao hàng đầu nếu không muốn bị kiện ở tầm quốc tế, đồng nghĩa với việc nếu vi phạm các quy định sẽ coi như tự loại bỏ mình khỏi cuộc chơi và nguy cơ “mất ngay, thua ngay” trên sân nhà là hiện hữu.

Bên cạnh việc phổ biến nội dung cam kết MSCP một cách tổng thể cho các cơ quan liên quan của Việt Nam đã được nêu ở trên, chúng ta cần tăng cường năng lực cho các cơ quan mua sắm thực hiện các cam kết của Việt Nam trong Chương MSCP. Các hoạt động nâng cao kiến thức cho cơ quan mua sắm là một nội dung quan trọng trong chuỗi hoạt động nâng cao nhận thức của xã hội. Quá trình phổ biến, tuyên truyền, đào tạo tập huấn cần được tổ chức thường xuyên và liên tục. Nội dung truyền tải phải được xây dựng phù hợp, tương ứng với giai đoạn hiện tại và giai đoạn sau khi nội luật hoá các quy định về MSCP vào khung pháp lý, chế định trong nước.

Đối với giai đoạn hiện nay, yêu cầu cơ bản nhất là nâng cao mức độ hiểu biết của các bên liên quan về quy định và cam kết MSCP của Việt Nam trong Hiệp định TPP, giúp các cơ quan này nhận diện đầy đủ quyền lợi và nghĩa vụ, cơ hội và thách thức khi tham gia vào sân chơi chung quốc tế.

Sau khi khung pháp lý được sửa đổi, bổ sung, các cơ quan thực thi cần tổ chức tuyên truyền, phổ biến các quy định, hướng dẫn thực thi cam kết MSCP trong Hiệp định TPP đã được nội luật hoá tại các luật, nghị định và thông tư một cách kịp thời và khoa học. Hoạt động tăng cường năng lực được thực hiện bằng việc tổ chức các khoá tập huấn, đào tạo chuyên sâu nhằm trang bị, củng cố kiến thức, mức độ hiểu biết cho cơ quan mua sắm, doanh nghiệp trong quá trình chuẩn bị trước khi Hiệp định TPP có hiệu lực. Tăng cường năng lực cho cơ quan mua sắm, cộng đồng doanh nghiệp sẽ góp phần nâng cao hiệu quả đấu thầu, đồng thời hạn chế rủi ro vi phạm cam kết quốc tế và những phát sinh trong đấu thầu.

Ngoài ra, cần có một cơ chế giám sát và hỗ trợ nội bộ trước trong việc thực hiện các cam kết trong TPP để giúp các bên liên quan tránh những sai phạm không đáng có, khắc phục ngay những tồn tại, xóa bỏ các rào cản, ngỡ ngàng, tự tin trong việc tham gia sân chơi lớn này.

Để đạt được hiệu quả cao, các khoá tập huấn, đào tạo nên được thiết kế phù hợp cho các nhóm đối tượng khác nhau và từng nội dung cụ thể như khoá đào tạo kiến thức cơ bản; khoá đào tạo chuyên sâu dành cho cơ quan mua sắm liên quan đến ưu đãi trong nước, mở cửa thị trường thuốc, thủ tục và cơ chế giải quyết các kiến nghị, vướng mắc và xử lý tình huống trong đấu thầu, các kinh nghiệm quốc tế...; các khoá tập huấn dành cho nhà thầu về các quy định của pháp luật và cơ hội tại thị trường MSCP của các nước thành viên TPP ■

SỰ THỎA THUẬN TRONG GIAO KẾT HỢP ĐỒNG GIA NHẬP

NGÔ VĂN HIỆP*

Theo lý thuyết truyền thống thì hợp đồng là sự thỏa thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ theo hợp đồng. Như vậy, trước hết hợp đồng là sự kiện pháp lý, là một giao dịch nhằm tạo lập hệ quả pháp lý. Với tư cách là một sự kiện pháp lý, hợp đồng bao gồm hai yếu tố cơ bản là: 1. Sự thỏa thuận; 2. Mục đích tạo lập hệ quả pháp lý (mục đích xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ theo hợp đồng). Như vậy, hợp đồng chỉ được thiết lập khi có sự thỏa thuận của hai hoặc nhiều bên, tức là khi có sự đồng thuận của các ý định hay sự thống nhất ý chí giữa các chủ thể tham gia giao kết hợp đồng. Hợp đồng phải chứa đựng yếu tố tự nguyện khi giao kết, tức là nó phải có sự trùng hợp ý chí của các bên, do đó, yếu tố thỏa thuận trong giao kết hợp đồng đã bao hàm trong nó yếu tố tự nguyện, tự định đoạt và sự thống nhất về mặt ý chí. Đây chính là quan niệm chung về pháp luật hợp đồng của nhiều nước trên thế giới liên quan đến các yếu tố bắt buộc của hợp đồng.

Hợp đồng gia nhập¹ là một dạng đặc thù của hợp đồng dân sự do được thiết lập giữa một bên là thương nhân và bên kia là người tiêu dùng nhằm cung ứng một số loại hàng

hóa, dịch vụ thiết yếu của cuộc sống. Chính vì vậy, khi nghiên cứu hợp đồng gia nhập, có một số vấn đề quan trọng cần được đặt ra là: Khi người tiêu dùng chấp nhận các điều kiện và điều khoản do thương nhân đưa ra trong hợp đồng gia nhập thì đã thể hiện được ý chí đích thực của mình chưa? Bằng hành vi ký kết hợp đồng gia nhập, các bên tham gia hợp đồng đã thống nhất ý chí chưa? Đã cấu thành nên sự thỏa thuận (ung thuận) giữa các bên - một trong những yếu tố cơ bản hình thành nên hợp đồng chưa? Đã thiết lập nên một hợp đồng có hiệu lực pháp lý chưa? Chúng tôi sẽ bàn đến các nội dung cơ bản này.

1. Yếu tố thỏa thuận (ung thuận) trong hợp đồng

Từ thời La Mã cổ đại, hợp đồng đã được xem là sự đồng thuận hay hiệp ý (consensus)², cho nên sự ưng thuận của các bên kết ước bao giờ cũng được cho là điều kiện hay thành tố đầu tiên của hợp đồng. Reinhard Zimmermann xác nhận rằng, trong luật hợp đồng hiện đại, ưng thuận là khái niệm hạt nhân³. Trong khi đó, nội dung các quy định từ Điều 16 đến Điều 24 của Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 thì lại coi năng lực giao kết hợp đồng là yếu tố đầu tiên để

* **ThS, LS. Trường Văn phòng Luật sư Hiệp và Liên danh (HALF).**

1 Hiện nay, ở góc độ lý luận cũng thực tiễn, có nhiều cách tiếp cận và gọi tên khác nhau đối với loại hợp đồng này. Tuy nhiên, trong bài viết này, chúng tôi tiếp cận hợp đồng ở góc độ nội dung và phương thức giao kết, do đó dùng thuật ngữ hợp đồng gia nhập.

2 Paul Latimer, *Australian Business Law*, CCH Australia Limited, 1987, p. 257.

3 Corinne Renault - Brahinsky, *Đại cương về pháp luật hợp đồng*, Nxb. Văn hóa - Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 46.

xác định hiệu lực của hợp đồng, còn yếu tố tự nguyện chỉ được xếp ở hàng thứ yếu. Chính vì vậy, có thể nói, năng lực giao kết hợp đồng là một bộ phận hay một phần quan trọng cấu thành yếu tố ưng thuận.

Học thuyết tự do ý chí - cơ sở triết học của hợp đồng, có một hạt nhân lý luận hợp lẽ là con người chỉ bị ràng buộc bởi ý chí của chính mình. Hợp đồng tạo ra sự ràng buộc. Nên ý chí ràng buộc hay sự ưng thuận ràng buộc phải là yếu tố khởi đầu có tính chất nền tảng cho việc xem xét tới hợp đồng. Ngày nay, dường như bất kỳ nước nào, xuất phát từ truyền thống pháp luật nào, cũng nhìn nhận một cách thích đáng tới yếu tố ưng thuận của hợp đồng⁴.

Ưng thuận có bản chất là một trạng thái tâm lý hay sự mong ước bên trong của các chủ thể tham gia giao kết hợp đồng và được biểu lộ ra bên ngoài thông qua việc các bên chấp thuận các điều kiện và điều khoản của hợp đồng. Các luật gia Việt Nam luôn có ý tưởng thống nhất giữa ý chí và sự thể hiện. Họ cho rằng, mong muốn chủ quan của con người có nội dung được xác định bởi các nhu cầu về sản xuất, tiêu dùng của bản thân, và phải được thể hiện ra bên ngoài dưới một hình thức nhất định để người khác biết. Theo họ, giao dịch phải là sự thống nhất giữa ý chí và sự thể hiện, và nếu thiếu đi sự thống nhất này thì có thể vô hiệu⁵.

Brian H. Bix phân tích, trong lĩnh vực hợp đồng, ưng thuận có hai thành tố chủ yếu. Đó là sự hiểu biết và sự lựa chọn hợp lý⁶. Hai thành tố này cần được đánh giá khi xem xét

sự ưng thuận về một hậu quả pháp lý nhất định. Một số luật gia Nhật Bản xuất phát từ khoa học tâm lý đi tới nhận định, ý chí được biểu lộ ra bên ngoài cần phải được xem xét ở ba thành tố: *thứ nhất*, mong muốn tạo lập một hậu quả nhất định; *thứ hai*, mong muốn biểu lộ liên quan tới hậu quả đó; và *thứ ba*, quá trình biểu lộ sự mong muốn đó⁷.

Các phân tích trên cho chúng ta thấy, ưng thuận chính là việc biểu lộ ý chí của các bên tham gia hợp đồng. Do đó, muốn xem xét một cách cụ thể việc biểu lộ ý chí của các bên thì cần phải làm rõ ba vấn đề, đó là: Các bên tham gia hợp đồng có mong muốn tạo lập ra một hệ quả pháp lý cụ thể không? Mong muốn đó được biểu lộ ra bên ngoài như thế nào? Quy trình biểu lộ sự mong muốn đó ra làm sao? Việc làm rõ được ba vấn đề này kết hợp với việc đối chiếu các quy định của pháp luật liên quan đến yếu tố ưng thuận chính là tiền đề cho việc nhận định sự biểu lộ ý chí đó có đem lại hệ quả pháp lý hay không trong thực tế.

2. Yếu tố thỏa thuận trong giao kết hợp đồng gia nhập

Thỏa thuận chính là một trong những điều kiện quan trọng tạo nên hợp đồng. Thỏa thuận = Sự thể hiện ý chí làm phát sinh các quan hệ pháp lý⁸. Khi một bên đưa ra đề nghị giao kết hợp đồng và bên còn lại chấp thuận đề nghị đó, thì đã cấu thành nên một sự thỏa thuận giữa các bên⁹. Như vậy, khi các bên không có sự gặp nhau ở những ý định và đi đến thống nhất ý chí đối với các điều kiện và điều khoản liên quan đến hợp

4 Ngô Huy Cương, Về yếu tố ưng thuận của hợp đồng, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 7 (168) tháng 4/2010, tr. 23, 24.

5 Paul Latimer, *Australian Business Law*, CCH Australia Limited, 1987, p. 256 - 257.

6 Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo - Quyển II: Nghĩa vụ và kế ước*, In lần thứ nhất, Bộ Quốc gia Giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 121- 122; Corinne Renault - Brahinsky, *Đại cương về pháp luật hợp đồng*, Nxb. Văn hóa - Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 46.

7 Robert W. Emerson, John W. Hardwick, *Business Law*, Barron's educational series Inc., USA, 1997, pp. 89 - 91; R. Keith Yorston and Edward E. Fortescue, *Australian Mercantile Law*, The Law Book Co. of Australia PTY LTD, Sydney, Melbourne, Brisbane, 1943, pp. 35 & 37.

8 Nhà Pháp luật Việt - Pháp (2002), *Đại cương pháp luật về hợp đồng*, Nxb. Văn hóa - Thông tin, Hà Nội, tr. 4.

9 Daughtrey, William H., Jr., *Adapting contract law to accommodate electronic contracts overview and suggestions*, Rutgers

đồng thì sẽ không có hợp đồng được ký kết. Trong các hợp đồng, yếu tố quan trọng nhất chính là sự thỏa hiệp giữa các ý chí, tức là có sự ưng thuận giữa các bên với nhau liên quan đến các điều kiện và điều khoản của hợp đồng. Đương nhiên, tự do hợp đồng không phải là tự do tuyệt đối thể hiện ở việc Nhà nước buộc các bên giao kết hợp đồng phải tôn trọng đạo đức, trật tự xã hội, trật tự công cộng. Chính vì vậy, trong một số trường hợp luật định, nhân danh tổ chức quyền lực công, Nhà nước có thể can thiệp vào việc thỏa thuận hợp đồng và do đó đã giới hạn quyền tự do giao kết hợp đồng của các bên. Tuy nhiên, sự can thiệp này của Nhà nước phải là sự can thiệp hợp lý và được pháp luật quy định chặt chẽ để tránh sự lạm dụng, vi phạm quyền tự do hợp đồng.

Trong nền kinh tế thị trường hiện nay, yếu tố thỏa thuận trong giao kết hợp đồng được đề cao. Tất cả các hợp đồng có hiệu lực pháp luật đều là hệ quả sự thỏa thuận cho dù sự thỏa thuận đó được thể hiện ở hình thức này hay hình thức khác. Tuy nhiên, không thể suy luận ngược lại là mọi sự thỏa thuận của các bên đều là hợp đồng, bởi sự thỏa thuận chỉ được coi là hợp đồng nếu những thỏa thuận đó phù hợp với ý chí của các bên, tức là có sự ưng thuận đích thực của các bên. Hợp đồng phải là giao dịch hợp pháp, do vậy, sự ưng thuận ở đây phải là sự ưng thuận hợp lẽ công bằng, không trái pháp luật, đạo đức xã hội. Các hợp đồng được giao kết dưới tác động của lừa dối, đe dọa, cưỡng bức hoặc mua chuộc là không có sự ưng thuận đích thực. Những trường hợp có sự lừa dối, đe dọa, cưỡng bức thì dù có sự

ưng thuận cũng không được coi là hợp đồng, tức là hợp đồng thuộc các trường hợp vô hiệu theo quy định của pháp luật. Như vậy, mọi sự thỏa thuận không thể hiện ý chí đích thực của các bên thì không phát sinh các quyền và nghĩa vụ pháp lý theo hợp đồng.

Khi so sánh sự thỏa thuận trong hợp đồng thông thường với sự thỏa thuận trong hợp đồng gia nhập có thể thấy sự thỏa thuận trong hợp đồng gia nhập đã bị cắt đi do quá trình đàm phán, thương lượng không được hình thành giữa thương nhân và người tiêu dùng, hay nói một cách khác thì sự thỏa thuận chỉ mang tính lý thuyết. Điều này xuất phát từ đặc trưng của hợp đồng gia nhập là dạng hợp đồng đã được chuẩn hóa các điều kiện và điều khoản để sử dụng thường xuyên cho một loại hàng hóa, dịch vụ nhất định và được soạn thảo bởi một bên tham gia hợp đồng (thường là bên có vị thế mạnh như người bán hàng, bên cung ứng dịch vụ, ngân hàng hay công ty bảo hiểm...) để giao dịch với nhiều người (người tiêu dùng) và thường được cho là có hiệu lực miễn là nó hợp lý và công bằng với bên còn lại.

Khi xem xét về yếu tố thỏa thuận trong hợp đồng nói chung và hợp đồng gia nhập nói riêng, có thể thấy là ngoài yếu tố mục đích mà các bên hướng tới khi giao kết hợp đồng thì cần phải xem xét thấu đáo đến hai yếu tố cơ bản cấu thành lên sự thỏa thuận đó là: tự do ý chí và sự ưng thuận.

Tự do ý chí là một nguyên tắc cơ bản của giao kết hợp đồng nói chung (principle de l'autonomie de la volonté - the principle of autonomy) và được thể hiện khá dài dòng trong khoản 2 Điều 3 BLDS năm 2005 tại Điều 4¹⁰. Mặc dù

Computer & Technology Law Journal, 2000, <http://www.allbusiness.com/legal/laws-government-regulations-business/644084-1.html>.

10 Khoản 2 Điều 3 BLDS năm 2015 quy định các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự: Cá nhân, pháp nhân xác lập, thực hiện, chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự của mình trên cơ sở tự do, tự nguyện cam kết, thỏa thuận. Mọi cam kết, thỏa thuận không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội có hiệu lực thực hiện đối với các bên và phải được chủ thể khác tôn trọng.

nguyên tắc tự do ý chí được quy định dài dòng như vậy trong luật thực định, nhưng hiểu chung nhất thì đó chính là việc tổ chức, cá nhân có quyền tự do giao kết hợp đồng theo ý chí của mình nhưng không được trái pháp luật, trái đạo đức xã hội, quyền và lợi ích hợp pháp của bên thứ ba. Trong đó, việc không được trái pháp luật, trái đạo đức xã hội cũng như không được làm ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của bên thứ ba chính là những hạn chế được đặt ra đối với nguyên tắc tự do ý chí này, do đó, tự do ý chí trong hợp đồng không phải là sự tự do tuyệt đối.

Sau khi ý chí của các bên giao kết hợp đồng được tự do thể hiện trong khuôn khổ quy định của pháp luật như đã đề cập thì bước tiếp theo là ý chí đó sẽ gặp nhau và có thể được thống nhất dẫn đến hệ quả là hợp đồng được giao kết. Thông thường, một bên của hợp đồng (bên đề nghị) sẽ đưa ra ý chí của mình trước, bên còn lại (bên được đề nghị) tiếp xúc với ý chí đó, nếu có sự gặp gỡ giữa ý chí của các bên thì kết quả sẽ tạo ra một thỏa thuận. Quá trình này chính là quá trình của sự ưng thuận¹¹. Chính vì vậy, ý chí chính là nguyên liệu, là tiền đề và sự ưng thuận chính là một quá trình chế biến nguyên liệu đó để tạo ra một thỏa thuận, một hợp đồng. Để một hợp đồng được giao kết thì ý chí giữa các bên, sự trao đổi giữa các bên là vô cùng quan trọng và sự ưng thuận muốn đạt được hiệu quả cao thì thiện chí của các bên giao kết hợp đồng là nhân tố có ý nghĩa quyết định. Các bên càng bình đẳng, thiện chí trong giao dịch, càng hiểu rõ về nhau thì hợp đồng được giao kết sẽ càng giảm thiểu được những rủi ro cũng như tranh chấp có thể phát sinh trong tương lai.

Xuất phát từ tính chất đặc thù vốn có của hợp đồng gia nhập cho thấy, yếu tố ưng thuận trong giao kết hợp đồng gia nhập đã

không được diễn ra một cách hoàn chỉnh như trong hợp đồng thông thường mà gần như chỉ mang tính lý thuyết, bởi thực tiễn cho thấy là người tiêu dùng thường phải chấp nhận tất cả các điều kiện và điều khoản do thương nhân đưa ra mà không có quyền đàm phán, thương lượng về các điều kiện và điều khoản đó. Điều này được phản ánh rõ trong nội hàm định nghĩa về hợp đồng gia nhập được quy định tại khoản 1 Điều 405 BLDS năm 2005 “Hợp đồng theo mẫu là hợp đồng gồm những điều khoản do một bên đưa ra theo mẫu để bên kia trả lời trong một thời gian hợp lý; nếu bên được đề nghị trả lời chấp nhận thì coi như chấp nhận toàn bộ nội dung hợp đồng theo mẫu mà bên đề nghị đã đưa ra”.

Như vậy, về cơ bản thì ý chí của hai bên vẫn được thể hiện trong quá trình giao kết hợp đồng gia nhập, song quá trình tương tác các ý chí để từ đó hai bên đồng ý đi đến ràng buộc quyền và nghĩa vụ với nhau trong hợp đồng không tồn tại. Nếu sự ưng thuận trong giao kết hợp đồng thông thường là một quá trình được thể hiện qua việc các bên đàm phán, thương lượng để sửa đổi, bổ sung các điều kiện và điều khoản của hợp đồng thì sự ưng thuận trong giao kết hợp đồng gia nhập chỉ là một thời điểm và diễn ra khi người tiêu dùng chấp nhận hoặc không chấp nhận toàn bộ nội dung của hợp đồng. Do đó, sự ưng thuận trong giao kết hợp đồng gia nhập gần như bị triệt tiêu trên thực tế và đây chính là điểm khác biệt cơ bản giữa hợp đồng thông thường và hợp đồng gia nhập liên quan đến yếu tố thỏa thuận.

Mặc dù hầu như không có quyền đàm phán, thương lượng về các điều kiện và điều khoản của hợp đồng gia nhập do thương nhân

(Xem tiếp trang 51)

11 Theo cách diễn đạt của tác giả Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo, Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước, Phần thứ nhất: Nguồn gốc của nghĩa vụ (1962), trang 92: "Phân tích sự ưng thuận của các người kết ước, có thể nói rằng sự ưng thuận này gồm hai yếu tố: Thứ nhất: Sự đề ước (l'offre ou la pollicitation); Thứ hai: Sự ưng nhận (l'acceptation). Sự ưng thuận chính là sự thỏa hợp của hai ý chí ấy".*

CHÍNH SÁCH XÃ HỘI HÓA HOẠT ĐỘNG TRỢ GIÚP PHÁP LÝ VÀ CÁC ĐỀ XUẤT SỬA ĐỔI LUẬT TRỢ GIÚP PHÁP LÝ

TRẦN HUY LIỆU*
NGUYỄN VIỆT KHOA**

Theo Luật Trợ giúp pháp lý (TGPL) được Quốc hội thông qua năm 2006, TGPL là việc cung cấp dịch vụ pháp lý miễn phí (tư vấn pháp luật, tham gia tố tụng, đại diện ngoài tố tụng và các hình thức khác) cho người được TGPL theo quy định của pháp luật, giúp người được TGPL bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của mình, nâng cao hiểu biết pháp luật, ý thức tôn trọng và chấp hành pháp luật; góp phần bảo vệ công lý, bảo đảm công bằng xã hội, phòng ngừa, hạn chế tranh chấp và vi phạm pháp luật.

Hoạt động TGPL cho người nghèo, người “yếu thế” được coi là chức năng xã hội của Nhà nước, là một trong những tiêu chí bảo vệ quyền con người của Nhà nước pháp quyền. Việc nước ta thành lập tổ chức TGPL từ năm 1997 để cung cấp dịch vụ pháp lý miễn phí cho người nghèo, người có công với cách mạng và các đối tượng có hoàn cảnh đặc biệt khác xuất phát từ những nguyên tắc hiến định, như quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân, mọi công dân đều bình đẳng trước pháp luật, và chủ trương xoá

đói, giảm nghèo, đền ơn đáp nghĩa, đảm bảo công bằng xã hội của Đảng và Nhà nước.

TGPL là trách nhiệm của Nhà nước, nhưng Nhà nước không chỉ thực hiện một mình mà còn khuyến khích sự tham gia của cả cộng đồng, sự đóng góp nguồn lực tự nguyện về mọi mặt (trực tiếp cung cấp dịch vụ pháp lý, đóng góp tài chính và các nguồn lực hỗ trợ từ cá nhân, cơ quan, tổ chức trong và ngoài nước).

Xã hội hóa (XHH) TGPL được hiểu là Nhà nước tạo cơ chế huy động mọi lực lượng xã hội (cơ quan, tổ chức, cá nhân) tham gia vào việc thực hiện các hoạt động TGPL cùng với Nhà nước. Đối với các tổ chức xã hội, Nhà nước khuyến khích tham gia TGPL để tổ chức xã hội vừa thực hiện trách nhiệm đối với thành viên, hội viên của tổ chức mình, vừa cùng với Nhà nước thực hiện TGPL cho cộng đồng xã hội; đối với tổ chức hành nghề luật sư và các luật sư, TGPL đối với người nghèo, nhóm yếu thế vừa là nghĩa vụ cao cả, vừa là đạo đức nghề nghiệp của luật sư.

* TS, LS. Đoàn luật sư thành phố Hà Nội.

** ThS, Trung tâm Trợ giúp pháp lý Nhà nước - Sở Tư pháp tỉnh Bắc Ninh.

1. Cơ sở pháp lý thực hiện xã hội hoá hoạt động trợ giúp pháp lý

Luật TGPL năm 2006 đã xác định chính sách XHH TGPL và luật hóa các quy định XHH trong các lĩnh vực: *tổ chức thực hiện TGPL; người thực hiện TGPL; phối hợp tham gia thực hiện TGPL; thành lập Quỹ TGPL để huy động nguồn lực tài chính và cơ sở vật chất hỗ trợ hoạt động TGPL phát triển*. Cùng với việc xác định chính sách TGPL: “Nhà nước giữ vai trò nòng cốt trong việc thực hiện”, Điều 6 Luật TGPL đã quy định: “khuyến khích, tạo điều kiện để Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức thành viên, tổ chức hành nghề luật sư và luật sư, cơ quan, tổ chức cá nhân khác tham gia thực hiện, đóng góp hỗ trợ hoạt động TGPL”. Nhìn chung, pháp luật về TGPL đã quy định XHH hoạt động TGPL trong một số lĩnh vực sau đây:

1.1 Quy định XHH về tổ chức thực hiện TGPL

Điều 13 Luật TGPL quy định tổ chức thực hiện TGPL không chỉ có Trung tâm TGPL của Nhà nước mà còn có cả các tổ chức hành nghề luật sư (Văn phòng luật sư, Công ty luật) và tổ chức tư vấn pháp luật (Trung tâm tư vấn pháp luật) thuộc các tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức xã hội - nghề nghiệp (sau đây gọi chung là tổ chức xã hội). Để được tham gia thực hiện TGPL, các Văn phòng luật sư, Công ty luật được thành lập theo pháp luật về luật sư, Trung tâm tư vấn pháp luật thuộc các tổ chức xã hội được thành lập theo Nghị định số 77/2008/NĐ-CP ngày 16/7/2008 của Chính phủ về tư vấn pháp luật chỉ cần đăng ký tham gia TGPL tại Sở Tư pháp nơi tổ chức hành nghề luật sư, Trung tâm tư vấn pháp luật có trụ sở.

Nghị định số 07/2007/NĐ-CP ngày 12/01/2007 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật

TGPL (Nghị định số 07/NĐ-CP) đã cụ thể hóa hơn các quy định của Luật TGPL về vấn đề XHH hoạt động TGPL như: quy định về Quỹ TGPL; quy định tổ chức thực hiện TGPL (Điều 13); quy định về trách nhiệm của các cơ quan nhà nước và cơ quan thông tin đại chúng trong hoạt động TGPL (Điều 4); khuyến khích Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức thành viên tham gia công tác TGPL (Điều 5); quy định về việc thành lập và quản lý Quỹ TGPL (Điều 6) nhằm huy động sự đóng góp tự nguyện, tài trợ của tổ chức, cá nhân; quy định về việc tham gia TGPL của Văn phòng luật sư, Công ty luật và Trung tâm tư vấn pháp luật (từ Điều 15 đến Điều 18).

1.2 Quy định XHH về người thực hiện TGPL

Pháp luật về TGPL quy định các Trung tâm TGPL của Nhà nước được sử dụng đội ngũ *cộng tác viên TGPL* là những luật sư, tư vấn viên pháp luật, luật gia, chuyên gia pháp lý có đủ tiêu chuẩn theo quy định của pháp luật được tham gia thực hiện TGPL. Để có cơ sở pháp lý vững chắc, có hiệu lực cao khuyến khích, tạo điều kiện cho các cá nhân tham gia TGPL, Luật TGPL dành cả Chương V quy định về người thực hiện TGPL, trong đó có Trợ giúp viên pháp lý, *cộng tác viên* của Trung tâm TGPL của Nhà nước, luật sư của các tổ chức hành nghề luật sư và tư vấn viên pháp luật của các tổ chức tư vấn pháp luật (Điều 20).

1.3 Pháp luật về luật sư và về tư vấn pháp luật đều quy định khuyến khích các tổ chức hành nghề luật sư, luật sư và tổ chức tư vấn pháp luật tham gia thực hiện TGPL

Luật Luật sư năm 2006 và Luật Luật sư được sửa đổi, bổ sung năm 2012, Nghị định số 77/2008/NĐ-CP về tư vấn pháp luật đều có những quy định về việc khuyến khích tổ chức hành nghề luật sư, luật sư và Trung tâm

tư vấn pháp luật, tư vấn viên pháp luật tham gia TGPL.

Việc thực hiện TGPL miễn phí cho người được TGPL không chỉ là *nghĩa vụ* mà còn là *đạo đức nghề nghiệp của luật sư*. Luật sư là người thực hiện TGPL với tư cách thực hiện nghĩa vụ và đạo đức nghề nghiệp, với tư cách cộng tác viên TGPL hoặc thực hiện TGPL tại tổ chức hành nghề luật sư đã đăng ký tham gia thực hiện TGPL. Chiến lược phát triển nghề luật sư đến năm 2020 (Quyết định số 1072/QĐ-TTg ngày 05/07/2011 của Thủ tướng Chính phủ) yêu cầu “*đề cao trách nhiệm và nghĩa vụ của luật sư trong công tác TGPL miễn phí cho người nghèo, đối tượng chính sách và các nhiệm vụ chính trị xã hội khác*”.

Nghị định số 77/NĐ-CP của Chính phủ quy định Trung tâm tư vấn pháp luật thực hiện tư vấn pháp luật miễn phí cho thành viên, hội viên của tổ chức chủ quản và *thực hiện TGPL miễn phí cho người được TGPL theo quy định của pháp luật về TGPL*. Nhà nước khuyến khích Trung tâm tư vấn pháp luật thực hiện tư vấn pháp luật miễn phí cho người nghèo và các đối tượng chính sách theo quy định của pháp luật; cử luật sư làm việc theo hợp đồng cho Trung tâm tư vấn pháp luật tham gia tố tụng để bào chữa, đại diện, bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức có yêu cầu (Điều 7).

2. Thực trạng thực hiện xã hội hoá hoạt động trợ giúp pháp lý trong thời gian qua

2.1 Thực trạng XHH về tổ chức thực hiện TGPL

Hiện nay, trong toàn quốc có hơn 3.400 tổ chức hành nghề luật sư dưới hình thức

Văn phòng luật sư, Công ty luật với gần 9.900 luật sư chính thức, gần 3.500 luật sư tập sự¹ và 139 Trung tâm tư vấn pháp luật với hơn 420 Tư vấn viên pháp luật của các tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức chính trị - xã hội, nghề nghiệp, tổ chức xã hội - nghề nghiệp, nhưng chỉ có 297 tổ chức hành nghề luật sư và 61 Trung tâm tư vấn pháp luật của Hội Luật gia các cấp và tổ chức xã hội đăng ký tham gia TGPL² và thực hiện TGPL cho người nghèo và đối tượng chính sách.

Thực hiện pháp luật về TGPL đến năm 2015, đã có hơn 5.343 Câu lạc bộ TGPL³ được thành lập và hoạt động tại các xã nghèo và các xã thuộc các huyện nghèo theo Nghị quyết số 30a/NQ-CP và Nghị quyết số 80/NQ-CP của Chính phủ. Đây là tổ chức xã hội rộng rãi thu hút được mọi tầng lớp dân cư ở cơ sở tham gia vào hoạt động TGPL, góp phần không nhỏ vào việc nâng cao nhận thức pháp luật cho người nghèo, đồng bào dân tộc thiểu số để họ thực hiện quyền và nghĩa vụ của mình phù hợp với pháp luật, thực hiện pháp luật và tự bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình khi cần thiết, góp phần bảo đảm ổn định chính trị và giữ gìn trật tự, an toàn xã hội ở cơ sở.

2.2 Thực trạng XHH về người thực hiện TGPL

Thực hiện XHH về người thực hiện TGPL, các Trung tâm TGPL của Nhà nước đã xây dựng được đội ngũ *cộng tác viên* đông đảo là những luật sư, tư vấn viên pháp luật, luật gia, chuyên gia pháp lý có đủ tiêu chuẩn quy định tại khoản 1 Điều 22 Luật TGPL tham gia thực hiện TGPL. Đến nay, các Trung tâm TGPL của Nhà nước trong

1 Tài liệu Tổng kết 8 năm thi hành Luật TGPL, Bộ Tư pháp, Hà Nội, 6/2015.

2 Như trên.

3 Xem chú thích 4.

toàn quốc chỉ có 572 Trợ giúp viên pháp lý, nhưng đã thu hút được hơn 10.700 cộng tác viên (gấp gần 20 lần Trợ giúp viên pháp lý), trong đó có 1.136 cộng tác viên là luật sư, 174 Tư vấn viên pháp luật⁴, còn lại là các chuyên viên pháp lý có trình độ chuyên môn, nghiệp vụ pháp lý giỏi, có phẩm chất đạo đức, có tinh thần trách nhiệm tham gia thực hiện TGPL cho người nghèo và đối tượng chính sách. Đây là lực lượng xã hội đông đảo, có tâm, có đức, tự nguyện góp công, góp sức, trí tuệ cùng với Nhà nước thực hiện TGPL.

2.3 Thực trạng XHH về nguồn lực tài chính và cơ sở vật chất hỗ trợ hoạt động TGPL

Trong những năm qua, nguồn tài chính bảo đảm cho hoạt động TGPL bao gồm: ngân sách nhà nước (NSNN), dự án hợp tác quốc tế, Quỹ TGPL, ngân sách của các tổ chức xã hội... nhưng chiếm ưu thế vẫn là tài chính từ NSNN. Đối với luật sư, tư vấn viên pháp luật là cộng tác viên của tổ chức TGPL nhà nước, việc tham gia TGPL của họ vẫn nhận được sự hỗ trợ về mặt tài chính từ tổ chức TGPL mà họ ký hợp đồng cộng tác dưới dạng tiền bồi dưỡng thực hiện vụ việc TGPL. Mặc dù mức bồi dưỡng còn thấp so với mức thù lao mà các luật sư nhận được từ khách hàng nhưng họ vẫn tích cực tham gia thực hiện TGPL, thể hiện lòng hảo tâm, coi như tự mình đóng góp một phần về tài chính cho Nhà nước trong việc thực hiện TGPL.

2.4 Thực trạng về hoạt động TGPL của các tổ chức hành nghề luật sư, Trung tâm tư vấn pháp luật tham gia thực hiện TGPL

Qua thực tiễn hoạt động TGPL của các cộng tác viên cho thấy hàng năm, đội ngũ cộng tác viên thực hiện hơn 51,5% tổng số

vụ việc TGPL. Cộng tác viên là luật sư tham gia thực hiện TGPL hơn 70% tổng số vụ việc tham gia tố tụng⁵.

Riêng đối với các Trung tâm tư vấn pháp luật thuộc Hội Luật gia các cấp, qua khảo sát thực tiễn từ năm 2009 đến tháng 6/2011 cho thấy các Trung tâm này đều tham gia hoạt động TGPL với hình thức TGPL, chủ yếu là tư vấn pháp luật. Việc tư vấn pháp luật được thực hiện trực tiếp tại văn phòng, qua tổng đài 1080, qua đường bưu điện hoặc thực hiện TGPL lưu động. Tổng số vụ việc tư vấn pháp luật và TGPL do 21 Trung tâm tư vấn pháp luật thực hiện là 25.566 vụ việc (trung bình mỗi Trung tâm thực hiện 487 vụ việc/năm).

3. Đánh giá chung về chính sách xã hội hoá hoạt động trợ giúp pháp lý

Thực tiễn tổ chức và hoạt động trợ giúp pháp lý trong gần 17 năm qua đã chứng minh chính sách xã hội hóa hoạt động trợ giúp pháp lý của Đảng và Nhà nước ta trong điều kiện hiện nay, theo cơ chế nhà nước và nhân dân cùng làm, trong đó Nhà nước chịu trách nhiệm và giữ vai trò nòng cốt là hoàn toàn đúng đắn, phù hợp với trình độ phát triển kinh tế - xã hội của đất nước, đáp ứng nguyện vọng của đông đảo quần chúng nhân dân, tạo cơ chế giúp đỡ pháp lý miễn phí cho người nghèo và đối tượng chính sách, nhằm nâng cao nhận thức, hiểu biết và ý thức chấp hành pháp luật để họ ứng xử phù hợp với pháp luật, thực hiện pháp luật, tự bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình khi bị xâm phạm. Hoạt động trợ giúp pháp lý do Nhà nước và xã hội thực hiện đã góp phần đưa chủ trương xoá đói, giảm nghèo, đền ơn, đáp nghĩa, bảo đảm công bằng xã hội của Đảng và Nhà nước vào cuộc sống; giúp các cơ quan tiến hành tố tụng và các cơ quan nhà

4 Như trên.

5 Xem chú thích 4.

nước khác giải quyết các vụ việc một cách chính xác, khách quan, công bằng và đúng pháp luật; góp phần giải toả những vướng mắc pháp luật của nhân dân, giữ gìn ổn định chính trị, trật tự an toàn xã hội, tạo niềm tin của nhân dân đối với Đảng và Nhà nước; góp phần vào sự nghiệp cải cách hành chính, cải cách tư pháp và xây dựng Nhà nước pháp quyền Việt Nam.

Tuy nhiên, trong quá trình thực hiện chính sách TGPL nói chung và chính sách XHH hoạt động TGPL nói riêng, trong thời gian qua còn có những hạn chế và khó khăn sau đây:

3.1. Cơ chế, chính sách bảo đảm sự tham gia thực hiện TGPL của các tổ chức xã hội chưa phù hợp và chưa cụ thể nên chưa tạo cơ chế hỗ trợ các tổ chức xã hội tham gia thực hiện TGPL có hiệu quả

Luật TGPL quy định chung về chính sách TGPL, khuyến khích và tạo điều kiện cho các tổ chức xã hội tham gia thực hiện TGPL, hỗ trợ đào tạo, bồi dưỡng chuyên môn nghiệp vụ, kỹ năng TGPL, nhưng đến nay vẫn chưa có văn bản hướng dẫn cụ thể cơ chế bảo đảm, hỗ trợ tạo điều kiện cụ thể trên thực tế, nên chưa thu hút được sự tham gia TGPL của tất cả các tổ chức hành nghề luật sư, các Trung tâm tư vấn pháp luật. Cũng vì vậy, hoạt động tư vấn pháp luật và TGPL của các tổ chức hành nghề luật sư, các Trung tâm tư vấn pháp luật của các tổ chức Hội mang tính tự phát, chưa mang tính chuyên nghiệp, chưa phát huy hết tiềm năng để tham gia TGPL.

3.2 Số lượng tổ chức hành nghề luật sư, tổ chức tư vấn pháp luật của các tổ chức xã hội tham gia TGPL chưa nhiều

Các tổ chức hành nghề luật sư, tổ chức tư vấn pháp luật tham gia TGPL còn ít và mang tính tự phát, thiếu cơ chế quản lý, hướng dẫn, kiểm tra hoạt động TGPL. Đến

nay, chỉ có hơn 10% tổ chức hành nghề luật sư và 40% các Trung tâm tư vấn pháp luật đăng ký tham gia TGPL. Nguồn lực thực hiện TGPL của các tổ chức xã hội còn hạn chế. Trung bình mỗi Trung tâm tư vấn pháp luật có khoảng 2 - 5 tư vấn viên pháp luật thường trực tại Trung tâm, trong khi số thành viên của họ rất đông, nên hoạt động tư vấn pháp luật miễn phí cho người nghèo, đối tượng chính sách chưa thực sự đáp ứng được nhu cầu của các thành viên, hội viên.

Mặc dù hiện nay đã xây dựng được đội ngũ cộng tác viên TGPL đông đảo, có đủ kiến thức pháp luật, có chuyên môn nghiệp vụ và kỹ năng thực hiện TGPL nhưng phần lớn đang làm việc trong bộ máy nhà nước, tổ chức xã hội nên chưa tích cực tham gia hoạt động TGPL.

3.3 Số lượng vụ việc TGPL của các tổ chức hành nghề luật sư và Trung tâm tư vấn pháp luật còn ít so với nhu cầu

Số lượng vụ việc TGPL của các tổ chức hành nghề luật sư và Trung tâm tư vấn pháp luật còn quá khiêm tốn do khó khăn về nguồn kinh phí hoạt động và nguồn nhân lực thực hiện. Số lượng vụ việc TGPL ít, minh chứng năng lực thực hiện TGPL của các tổ chức hành nghề luật sư, Trung tâm tư vấn pháp luật còn yếu, chưa xây dựng được thương hiệu để thu hút nhiều khách hàng có nhu cầu tư vấn pháp luật đến yêu cầu, từ đó không có nguồn thu để hỗ trợ cho hoạt động TGPL miễn phí.

3.4 Cơ sở vật chất của các Trung tâm tư vấn pháp luật còn nhiều thiếu thốn, kinh phí hoạt động rất hạn hẹp, nhiều Trung tâm không có nguồn thu

Khó khăn phổ biến nhất là nhiều tổ chức hành nghề luật sư, các Trung tâm tư vấn pháp luật còn nghèo, thiếu cơ sở vật chất (trụ sở chật hẹp, trang thiết bị làm việc thiếu...) và kinh phí hoạt động hạn chế. Có Trung tâm hầu như không có nguồn kinh phí nào

đáng kể, chưa được Nhà nước hỗ trợ hoặc được hỗ trợ nhưng rất hạn chế⁶. Một số dự án hợp tác quốc tế tài trợ trong thời gian qua chỉ hỗ trợ được một vài Trung tâm và trong thời gian ngắn. Nguồn thu từ hoạt động cung cấp dịch vụ pháp lý của Trung tâm về cơ bản chỉ đáp ứng được một phần rất nhỏ nhu cầu kinh phí, không đủ lấy thu bù chi và hỗ trợ cho hoạt động TGPL.

3.5 Chưa được sự quan tâm đúng mức của các cơ quan quản lý và chính quyền

Cơ quan quản lý nhà nước về TGPL nhận thức chưa đầy đủ về chính sách XHH tổ chức và hoạt động TGPL. Các cơ quan quản lý nhà nước và chính quyền các cấp ở một số địa phương chưa quan tâm hỗ trợ cơ sở vật chất, trang thiết bị làm việc và kinh phí hoạt động cho các tổ chức thực hiện TGPL, đặc biệt chưa hỗ trợ cho các tổ chức tham gia TGPL, nên ảnh hưởng đến chất lượng và hiệu quả hoạt động TGPL của các Trung tâm này.

Việc hướng dẫn, theo dõi và kiểm tra hoạt động TGPL của các tổ chức hành nghề luật sư, Trung tâm tư vấn pháp luật hầu như không được thực hiện. Các tổ chức tham gia TGPL chưa thực hiện nghiêm kỷ luật báo cáo, thống kê về hoạt động TGPL cho cơ quan quản lý và tổ chức chủ quản nên không nắm được kết quả hoạt động và chất lượng cung cấp dịch vụ pháp lý của các tổ chức tham gia TGPL. Vì vậy, chưa có cơ chế hỗ trợ bảo đảm hoạt động của các tổ chức tham gia TGPL.

4. Một số kiến nghị nhằm nâng cao hiệu quả thực hiện chính sách xã hội hoá hoạt động trợ giúp pháp lý trong thời gian tới và đề xuất sửa đổi Luật Trợ giúp pháp lý

Để thực hiện có hiệu quả chính sách TGPL nói chung, chính sách XHH hoạt động

TGPL nói riêng và khắc phục những khó khăn, vướng mắc trong thời gian qua, cần tiến hành đồng bộ một số giải pháp sau đây:

4.1 Hoàn thiện thể chế tạo môi trường pháp lý đầy mạnh XHH hoạt động TGPL

- Kế thừa có sửa đổi, bổ sung một số chế định về XHH hoạt động TGPL quy định trong Luật TGPL

Trong điều kiện thực hiện cải cách hành chính, cải cách tư pháp, xây dựng Nhà nước pháp quyền của nhân dân, do nhân dân và vì nhân dân, Nhà nước cần tiếp tục kế thừa các quy định về chính sách XHH hoạt động TGPL và mô hình XHH tổ chức thực hiện TGPL, người thực hiện TGPL hiện nay theo hướng Nhà nước và nhân dân cùng thực hiện TGPL. Theo đó, tiếp tục củng cố, kiện toàn các Trung tâm TGPL của Nhà nước, bảo đảm đủ năng lực để chủ động cung cấp dịch vụ pháp lý cho người được TGPL, thể hiện bản chất và trách nhiệm của Nhà nước pháp quyền của dân, do dân và vì dân, đồng thời hoàn thiện thể chế, tạo môi trường pháp lý thông thoáng, hỗ trợ hoạt động TGPL của xã hội phát triển nhằm thu hút, huy động mọi nguồn lực, đặc biệt là các tổ chức hành nghề luật sư, Trung tâm tư vấn pháp luật, luật sư, tư vấn viên pháp luật cùng với Nhà nước thực hiện TGPL có chất lượng cao, đáp ứng nhu cầu TGPL ngày một tăng của nhân dân, bởi các lý do sau đây:

i) Chính sách XHH hoạt động TGPL và mô hình XHH tổ chức thực hiện TGPL, người thực hiện TGPL hoàn toàn phù hợp với chính sách TGPL của Đảng và Nhà nước. Về mặt lý luận và thực tiễn, chính sách này phù hợp với quan điểm TGPL là chức năng xã hội của Nhà nước, là trách nhiệm của Nhà

6 Qua khảo sát và phỏng vấn sâu, các Giám đốc Trung tâm tư vấn pháp luật tỉnh Bà Rịa - Vũng Tàu và tỉnh Thừa Thiên - Huế... đều cho rằng, khó khăn lớn nhất hiện nay là thiếu kinh phí hoạt động, chưa được chính quyền địa phương hoặc trung ương hỗ trợ nên hạn chế kết quả hoạt động. Một số dịch vụ có thu nhưng không đáng kể, không đủ chi phụ cấp cho nhân viên của Trung tâm làm việc chuyên trách v.v..

nước, thể hiện bản chất của Nhà nước pháp quyền của dân, do dân và vì dân;

ii) Chính sách XHH hoạt động TGPL theo mô hình hiện nay đã được kiểm nghiệm trong thực tiễn 17 năm qua và khẳng định là đúng đắn, bảo đảm cho hoạt động TGPL phát triển. Sau khi rút các dự án tài trợ, chuyên gia nước ngoài đánh giá TGPL ở Việt Nam theo Luật TGPL đã phát triển, là bài học kinh nghiệm tốt cho các nước nghèo noi theo;

iii) Chính sách XHH hoạt động TGPL đã được quy định tương đối đồng bộ trong hệ thống pháp luật về TGPL và pháp luật về luật sư, tư vấn pháp luật, tạo khuôn khổ pháp lý cho tổ chức xã hội tham gia vào hoạt động TGPL, được khẳng định là phù hợp trong điều kiện hiện nay;

iv) Các quy định của Luật TGPL về chính sách XHH hoạt động TGPL và mô hình XHH tổ chức thực hiện TGPL, người thực hiện TGPL đã tiếp thu có chọn lọc kinh nghiệm tổ chức và hoạt động TGPL của các nước có hoạt động TGPL phát triển như Úc, Nhật Bản, Philippines, Trung Quốc..., nhưng có cải tiến cho phù hợp với điều kiện kinh tế, xã hội của Việt Nam.

Để khắc phục những tồn tại, bất cập trong việc thực hiện chính sách XHH TGPL trong thời gian qua, cần sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật TGPL như sau:

i) Bổ sung thêm cụm từ “hỗ trợ” vào đoạn cuối Điều 6 Luật TGPL như sau: “...khuyến khích, *hỗ trợ*; tạo điều kiện để Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức thành viên, tổ chức hành nghề luật sư và luật sư, cơ quan, tổ chức, cá nhân khác tham gia thực hiện, đóng góp, hỗ trợ hoạt động TGPL”;

ii) Sửa đổi, bổ sung một khoản vào Điều 18 về quyền và nghĩa vụ của tổ chức hành nghề luật sư, tổ chức tư vấn pháp luật khi tham gia TGPL: “Được Nhà nước hỗ trợ kinh phí khi thực hiện vụ việc TGPL theo quy định của pháp luật”, làm cơ sở pháp lý

cho việc hỗ trợ NSNN cho các tổ chức xã hội tham gia TGPL. Còn hỗ trợ bao nhiêu, như thế nào thì do Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ hoặc Bộ Tài chính hướng dẫn thi hành;

iii) Sửa đổi, bổ sung vào Điều 23, luật sư tham gia TGPL như sau: luật sư tham gia TGPL với tư cách thực hiện nghĩa vụ và đạo đức nghề nghiệp theo quy định của pháp luật về luật sư; luật sư hành nghề với tư cách cá nhân ký hợp đồng lao động với các Trung tâm TGPL của Nhà nước; tham gia TGPL với tư cách cộng tác viên của Trung tâm TGPL của Nhà nước hoặc *tại tổ chức hành nghề luật sư, nơi luật sư làm việc đã đăng ký tham gia TGPL* theo quy định của Luật này.

Bên cạnh đó, có ý kiến cho rằng, chính sách XHH TGPL hiện nay không còn phù hợp, phủ nhận vai trò nòng cốt của Nhà nước trong hoạt động TGPL, không coi TGPL là chức năng xã hội của Nhà nước pháp quyền và quan niệm XHH TGPL đồng nghĩa với việc Nhà nước chỉ quản lý nhà nước, thôi không trực tiếp cung cấp dịch vụ TGPL cho người được TGPL nữa, mà giao cho tổ chức hành nghề luật sư (và chỉ có tổ chức hành nghề luật sư; bỏ Trung tâm tư vấn pháp luật và chế định cộng tác viên) thực hiện bằng hợp đồng dịch vụ giữa cơ quan quản lý nhà nước và tổ chức hành nghề luật sư. Nhà nước bảo đảm toàn bộ kinh phí cho tổ chức hành nghề luật sư tham gia TGPL. Quan niệm này thể hiện nhận thức chưa đầy đủ về chính sách TGPL ở Việt Nam đã được thể chế hóa trong Luật TGPL và được kiểm nghiệm trong thực tiễn 17 năm qua, không phù hợp với lý luận và thực tiễn Việt Nam, bởi lẽ sau đây:

Thứ nhất, XHH theo hướng TGPL chỉ do tổ chức hành nghề luật sư thực hiện bằng nguồn NSNN, xét về bản chất là *nhà nước hóa tổ chức xã hội*, chứ không phải XHH theo đúng nghĩa: là tổ chức xã hội cùng với Nhà nước thực hiện TGPL bằng chính

nguồn lực của mình (qua dịch vụ có thu hoặc thu hút nguồn lực từ các chủ thể khác hoặc Nhà nước hỗ trợ); và TGPL sẽ không còn là đạo đức nghề nghiệp của luật sư nữa;

Thứ hai, về mặt lý luận và thực tiễn, định hướng giao TGPL cho các tổ chức hành nghề luật sư thực hiện không có gì mới và đã đề xuất trong quá trình xây dựng dự án Luật TGPL năm 2006 nhưng không được chấp nhận, bởi không phù hợp với thực tiễn Việt Nam, làm mờ nhạt đi vai trò, trách nhiệm của Nhà nước trong hoạt động TGPL; làm mất đi vai trò của TGPL theo quan niệm chung là chức năng xã hội của Nhà nước, không thể hiện bản chất của Nhà nước pháp quyền của dân, do dân và vì dân;

Thứ ba, quan niệm cho rằng Nhà nước không trực tiếp cung cấp dịch vụ pháp lý và giao cho tổ chức hành nghề luật sư thực hiện là chưa phù hợp với điều kiện Việt Nam hiện nay và không khả thi, bởi lẽ Nhà nước chưa có đủ ngân sách để chi cho luật sư thực hiện TGPL theo giá thị trường hoặc bằng 80% giá thị trường như các nước giàu có trên thế giới. Phần lớn giới luật sư ở Việt Nam còn phải tập trung vào việc cung cấp dịch vụ pháp lý có thu phí để tồn tại. Hơn nữa, Luật TGPL không thể quy định buộc tổ chức hành nghề luật sư phải thực hiện TGPL được, bởi tổ chức hành nghề luật sư hành nghề tự do theo quy định của pháp luật, chỉ tham gia thực hiện TGPL trên cơ sở tự nguyện. Một số địa phương, tổ chức hành nghề luật sư (có ít luật sư) không có đủ nguồn lực để thực hiện TGPL hoặc họ không tham gia TGPL thì sẽ không có tổ chức nào cung cấp dịch vụ pháp lý cho người được TGPL khi không có tổ chức TGPL của Nhà nước;

Thứ tư, quan niệm trên chỉ tập trung dịch vụ TGPL cho tổ chức hành nghề luật sư, loại bỏ nguồn lực lớn là các Trung tâm tư vấn pháp luật của các tổ chức xã hội và

bỏ chế định cộng tác viên là các chủ thể thực hiện TGPL trung bình hằng năm cung cấp hơn 51% vụ việc TGPL, làm lãng phí nguồn lực xã hội đã và đang cùng với Nhà nước thực hiện chức năng xã hội của Nhà nước.

Thứ năm, định hướng giao cho tổ chức hành nghề luật sư thực hiện TGPL được hình thành ngay từ khi mô hình TGPL mới ra đời trong nhà nước tư sản, và đã từng áp dụng ở Việt Nam giai đoạn đầu mới thành lập các Trung tâm TGPL (1998 - 2005) trong khuôn khổ các Dự án hợp tác quốc tế hỗ trợ hoạt động TGPL (hỗ trợ kinh phí thuê luật sư tham gia tố tụng) theo chỉ định của các nhà tài trợ. Trong giai đoạn này, các Trung tâm TGPL chỉ có chuyên viên pháp lý nên chỉ thực hiện TGPL bằng hình thức tư vấn pháp luật, còn gần như 100% các vụ việc tham gia tố tụng đều chuyển cho tổ chức hành nghề luật sư để phân công luật sư là cộng tác viên thực hiện. Khi thực hiện xong vụ việc, Trung tâm thanh toán tiền thù lao cho luật sư (chứ không chi cho tổ chức hành nghề luật sư). Sau khi có Luật TGPL, chuyển sang cơ chế mới, các Trung tâm TGPL ký hợp đồng trực tiếp với luật sư là cộng tác viên - người trực tiếp thực hiện TGPL mà không phải thông qua tổ chức hành nghề luật sư - là tổ chức trung gian nữa. Theo cơ chế này mình bạch hơn là thông qua tổ chức hành nghề luật sư. Còn tổ chức hành nghề luật sư muốn tham gia TGPL thì đăng ký tham gia TGPL bằng nguồn lực của mình và thực hiện nghĩa vụ, đạo đức nghề nghiệp thực hiện TGPL như hiện nay.

- *Xây dựng văn bản hướng dẫn cụ thể thực hiện chính sách XHH hoạt động TGPL*

Để khuyến khích, động viên luật sư, tư vấn viên pháp luật tích cực thực hiện TGPL có chất lượng, cần sửa đổi một số văn bản hướng dẫn thi hành Luật TGPL và hướng dẫn về chế độ chi bồi dưỡng vụ việc cho

cộng tác viên theo mức cao hơn hiện nay.

Để thể hiện đúng bản chất TGPL là nghĩa vụ và đạo đức nghề nghiệp của luật sư, thể hiện tính nhân đạo, nhân văn và lòng hảo tâm của luật sư, đề nghị Liên đoàn Luật sư Việt Nam sửa đổi Quyết định số 93/QĐ-BTV ngày 9/10/2014 của Ban Thường vụ Liên đoàn Luật sư Việt Nam hướng dẫn về nghĩa vụ thực hiện TGPL của luật sư theo hướng mỗi năm luật sư thực hiện tư vấn pháp luật 20-30 giờ/một năm (hiện nay quy định nghĩa vụ thực hiện TGPL của Luật sư là 8 giờ/năm) và tham gia tổ tụng ít nhất 01 vụ/năm. Trường hợp do quá bận, không thực hiện TGPL bằng vụ việc cụ thể thì luật sư đóng góp bằng tiền: 1.000.000đ/năm. Nhiều nước trên thế giới có quy định như vậy, chỉ có khác nhau ở mức độ và thời gian thực hiện.

4.2 Củng cố, kiện toàn tổ chức và tăng cường năng lực cho các tổ chức thực hiện TGPL

Tiếp tục củng cố, kiện toàn tổ chức, tăng cường năng lực thực hiện TGPL của các tổ chức thực hiện TGPL theo Luật TGPL trên cơ sở phù hợp với chương trình cải cách hành chính, cải cách tư pháp, xây dựng Nhà nước pháp quyền Việt Nam. Trong điều kiện hiện nay, khi phần lớn các tổ chức hành nghề luật sư còn chưa đủ nguồn lực và chưa sẵn sàng tích cực thực hiện TGPL thì việc tiếp tục duy trì và củng cố, kiện toàn các Trung tâm TGPL Nhà nước hiện có là yêu cầu khách quan và cần thiết để bảo đảm thực hiện chức năng xã hội của Nhà nước là cung cấp đầy đủ dịch vụ pháp lý cho người được TGPL. Đặc biệt, đối với các tỉnh nghèo, miền núi có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn, nơi có rất ít luật sư hành nghề, thiếu nguồn lực thực hiện TGPL, thì cần phải tập trung củng cố, kiện toàn Trung tâm TGPL, đầu tư cơ sở vật chất, bảo đảm cho Trung tâm có đủ đội ngũ người thực

hiện TGPL (trung bình mỗi Trung tâm có từ 12 đến 15 Trợ giúp viên pháp lý), đủ năng lực cung cấp dịch vụ pháp lý có chất lượng cho người được TGPL.

4.3 Đẩy mạnh thực hiện XHH, mở rộng mạng lưới tổ chức tham gia thực hiện TGPL

Để có cơ sở khuyến khích các tổ chức hành nghề luật sư đăng ký tham gia TGPL và luật sư tham gia thực hiện TGPL, Liên đoàn Luật sư Việt Nam cần có hướng dẫn các tổ chức hành nghề luật sư, các luật sư tham gia TGPL tự nguyện, thực hiện nghĩa vụ và đạo đức nghề nghiệp của luật sư theo quy định của Luật Luật sư và tham gia làm cộng tác viên TGPL.

Trên cơ sở Nghị định số 77/2008/NĐ-CP về tư vấn pháp luật, các tổ chức xã hội, các cơ sở nghiên cứu, đào tạo chuyên ngành luật cần củng cố các Trung tâm tư vấn pháp luật hiện có và thành lập mới các Trung tâm tư vấn pháp luật để hình thành mạng lưới tư vấn pháp luật rộng khắp cho các thành viên, hội viên của mình và đăng ký tham gia TGPL. Mỗi Trung tâm có ít nhất 5 tư vấn viên pháp luật chuyên trách, trong đó có ít nhất một luật sư để cung cấp đầy đủ dịch vụ pháp lý bằng các hình thức khác nhau. Có cơ chế thu hút, động viên hội viên là luật sư, chuyên gia pháp lý làm cộng tác viên tư vấn pháp luật với tinh thần trách nhiệm, tích cực tham gia tư vấn pháp luật và TGPL.

4.4 Xây dựng đội ngũ người thực hiện TGPL đáp ứng nhu cầu TGPL của nhân dân

Đề nghị sửa đổi, bổ sung Điều 20 Luật TGPL về người thực hiện TGPL theo hướng xây dựng đội ngũ luật sư công (luật sư thực hiện TGPL và hưởng lương từ NSNN) như nhiều nước trên thế giới, thay thế cho chức danh Trợ giúp viên pháp lý hiện nay. Theo hướng này, tại Trung tâm TGPL có Trợ giúp viên pháp lý và Luật sư là người thực hiện TGPL. Nguồn của đội ngũ luật sư công là Trợ giúp viên pháp lý đã thực hiện TGPL,

có nhiều kinh nghiệm chuyên sang, hoặc luật sư đang hành nghề tự do với tư cách cá nhân có nguyện vọng làm việc tại Trung tâm, được Trung tâm tạo điều kiện ký hợp đồng lao động và được trả lương từ NSNN. Để bảo đảm thực hiện định hướng này và bảo đảm tính đồng bộ của hệ thống pháp luật, cần sửa đổi Luật Luật sư cho phép luật sư hành nghề với tư cách cá nhân được hành nghề trong các Trung tâm TGPL của Nhà nước thông qua hợp đồng lao động.

Bên cạnh việc xây dựng đội ngũ luật sư công, cần chú trọng việc xây dựng và phát triển cộng tác viên, đặc biệt các cộng tác viên là luật sư, tư vấn viên pháp luật để hỗ trợ Trung tâm TGPL thực hiện các vụ việc tham gia tố tụng vì luật sư là những người có nhiều kinh nghiệm, có chuyên môn sâu và có tính chuyên nghiệp trong việc thực hiện các vụ việc đại diện, bào chữa.

4.5 Hỗ trợ cơ sở vật chất và tài chính cho các tổ chức tham gia thực hiện hoạt động TGPL

- Xây dựng cơ chế hỗ trợ cơ sở vật chất và kinh phí thực hiện vụ việc TGPL

Trước mắt, cần xây dựng văn bản hướng dẫn cụ thể thực hiện chính sách XHH hoạt động TGPL, theo đó xác định rõ cơ chế Nhà nước hỗ trợ cơ sở vật chất và kinh phí thực hiện vụ việc TGPL, tạo điều kiện cho các tổ chức hành nghề luật sư, Trung tâm tư vấn pháp luật tham gia thực hiện TGPL. Có chính sách ưu đãi như miễn, giảm thuế cho các tổ chức thực hiện TGPL và hỗ trợ cơ sở vật chất và kinh phí thực hiện vụ việc TGPL thông qua dự án đặt hàng với Nhà nước cung cấp dịch vụ pháp lý cho người được TGPL.

Để có nguồn kinh phí hỗ trợ cho các tổ chức xã hội mang tính bền vững, cần thực hiện cơ chế, chính sách hỗ trợ kinh phí hoạt động từ nguồn NSNN theo Quyết định số 71/2011/QĐ-TTg ngày 20/12/2011 của Thủ

tướng Chính phủ về hỗ trợ kinh phí từ NSNN đối với các hội có tính chất đặc thù, trong đó có khoản chi thực hiện nhiệm vụ thường xuyên và hỗ trợ kinh phí tham gia hoạt động tư vấn, phản biện và giám định xã hội do cơ quan nhà nước yêu cầu, tham gia thực hiện các chương trình, đề tài, dự án (thực hiện TGPL). Thực hiện Quyết định này, các tổ chức xã hội cần xây dựng đề án thực hiện TGPL và lập dự toán trình cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt kinh phí hỗ trợ cho hoạt động TGPL mang tính đặc thù của các tổ chức hành nghề luật sư, Trung tâm tư vấn pháp luật.

- Thu hút Dự án tài trợ cho các hoạt động TGPL

Đây là nguồn tài chính hỗ trợ có tính khả thi nhất của các tổ chức xã hội, bởi các tổ chức xã hội là đối tác được các chính phủ và tổ chức quốc tế quan tâm nên có nhiều cơ hội tiếp cận với nguồn tài trợ của các tổ chức quốc tế. Vì vậy, các tổ chức xã hội cần chủ động, tăng cường hợp tác quốc tế, thu hút các nguồn tài trợ hỗ trợ cho các hoạt động của các cấp hội, đặc biệt là các hoạt động tăng cường năng lực, bảo vệ quyền con người và TGPL.

4.6 Tăng cường hợp tác quốc tế về TGPL

Trong xu thế hội nhập quốc tế, TGPL có vai trò quan trọng trong việc bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, thực hiện công bằng xã hội, trở thành một chính sách quan trọng trong Chiến lược toàn diện về tăng trưởng và xóa đói giảm nghèo và chương trình giảm nghèo bền vững, nên đang được các Chính phủ và tổ chức quốc tế trên thế giới quan tâm hỗ trợ. Thông qua hợp tác quốc tế trong lĩnh vực TGPL, chúng ta có nhiều cơ hội thực hiện giao lưu, chia sẻ, học tập kinh nghiệm về tổ chức và hoạt động TGPL của các nước trong khu vực và trên thế giới; nhận được sự quan tâm, hỗ trợ kỹ thuật và ủng hộ cả về vật chất, kinh phí hoạt động TGPL ■

TỘI PHẠM XÂM HẠI TÌNH DỤC TRẺ EM VÀ VẤN ĐỀ BẢO VỆ QUYỀN TRẺ EM: NHÌN TỪ THỰC TIỄN HUYỆN ĐẮK MIL

LỮ THỊ HẰNG*

Bài viết đề cập đến việc bảo vệ quyền trẻ em trước sự xâm hại của loại tội phạm về tình dục trên địa bàn huyện Đăk Mil, tỉnh Đăk Nông, thông qua kết quả xét xử, giải quyết của Tòa án nhân dân huyện Đăk Mil từ năm 2010 đến tháng 8/2014, từ đó, phân tích nguyên nhân xảy ra tội phạm và đề xuất các biện pháp phòng, chống tội phạm dưới góc độ bảo vệ quyền trẻ em.

1. Các quy định của pháp luật về bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em trước nguy cơ xâm hại của các loại tội phạm về tình dục

Điều 34 Công ước của Liên hợp quốc về Quyền trẻ em năm 1989 quy định: “Các quốc gia thành viên cam kết bảo vệ trẻ em chống tất cả các hình thức bóc lột tình dục và lạm dụng tình dục. Vì mục đích này, các quốc gia thành viên phải đặc biệt thực hiện các biện pháp thích hợp ở cấp quốc gia, song phương và đa phương để ngăn ngừa: a) việc xúi giục hay ép buộc trẻ em tham gia bất kỳ hoạt động tình dục trái pháp luật nào; b) việc sử dụng có tính chất bóc lột trẻ em trong mại dâm hay các hoạt động tình dục trái pháp luật khác; c) việc sử dụng có tính chất bóc lột trẻ em trong các cuộc biểu diễn hay tài liệu khiêu dâm”¹.

Như vậy, việc bảo vệ trẻ em trước nguy cơ xâm hại của các loại tội phạm về tình dục không chỉ giới hạn trong việc bị xâm hại bởi các hành vi tình dục cụ thể, mà còn là phòng, chống sự xâm hại của các hình thức văn hoá phẩm khiêu dâm. Hiện nay, các hình thức truyền thông không ngừng phát triển và trở thành công cụ hiệu quả trong các giao dịch thương mại điện tử cũng như thông tin điện tử. Cùng với đó là sự xuất hiện ngày càng nhiều văn hoá phẩm khiêu dâm. Vì vậy, lời nói đầu Nghị định thư không bắt buộc bổ sung cho Công ước về Quyền trẻ em, về buôn bán trẻ em, mại dâm trẻ em và văn hoá phẩm khiêu dâm trẻ em năm 2000, đã lo ngại rằng “ngày càng xuất hiện nhiều văn hoá phẩm khiêu dâm trẻ em trên Internet, các công nghệ đang phát triển khác và nhắc lại

* Thư ký Tòa án nhân dân tỉnh Đăk Nông.

1 Điều 34 Công ước của Liên hợp quốc về Quyền trẻ em năm 1989.

Hội nghị quốc tế về Phòng, chống văn hoá phẩm khiêu dâm trẻ em trên Internet tổ chức ở Việt Nam năm 1999 và nhất là kết luận của Hội nghị kêu gọi việc hình sự hoá trên toàn thế giới việc sản xuất, phân phối, xuất khẩu, chuyển giao, nhập khẩu, sở hữu có dụng ý, quảng cáo văn hoá phẩm khiêu dâm trẻ em và nhấn mạnh tầm quan trọng của sự hợp tác và cộng tác chặt chẽ hơn nữa giữa các Chính phủ về công nghệ Internet². Trong đó, có một số nhóm trẻ em đặc biệt dễ bị tổn thương, nhất là trẻ em gái là đối tượng rất dễ gặp nguy cơ bị bóc lột tình dục và chiếm tỉ lệ cao trong số những người bị bóc lột tình dục. Vì vậy, việc bảo vệ trẻ em, nhất là trẻ em gái trước nguy cơ xâm hại của tội phạm tình dục là vấn đề quan trọng hàng đầu của từng gia đình, nhà trường, xã hội, quốc gia và toàn thế giới.

Việt Nam đã phê chuẩn Công ước của Liên hợp quốc về Quyền trẻ em vào năm 1990 và Nghị định thư không bắt buộc bổ sung cho Công ước về Quyền trẻ em, về buôn bán trẻ em, mại dâm trẻ em và văn hoá phẩm khiêu dâm trẻ em vào năm 2000. Điều đó thể hiện sự nhất quán trong việc thực thi pháp luật quốc gia và hợp tác quốc tế trong lĩnh vực bảo vệ trẻ em trước sự xâm hại của các loại tội phạm tình dục ở Việt Nam.

Pháp luật Việt Nam cũng đã có những quy định cụ thể nhằm bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em trước nguy cơ xâm hại của các loại tội phạm tình dục như: coi hành vi dụ dỗ, dẫn dắt, chứa chấp, ép buộc trẻ em hoạt động mại dâm, xâm hại tình dục trẻ em; lợi dụng, dụ dỗ, ép buộc trẻ em mua, bán, sử dụng văn hoá phẩm đồi trụy, làm ra, sao chép, lưu hành, vận chuyển, tàng trữ văn hoá

phẩm khiêu dâm trẻ em, sản xuất, kinh doanh đồ chơi, trò chơi có hại cho sự phát triển lành mạnh của trẻ em là những hành vi bị nghiêm cấm³. Đồng thời, pháp luật cũng quy định rõ trách nhiệm của gia đình, của Nhà nước và toàn xã hội trong việc ngăn chặn tội phạm xâm hại tình dục trẻ em và các biện pháp hỗ trợ, giúp đỡ trẻ em là nạn nhân của tội phạm xâm hại tình dục⁴. Cùng với việc phê chuẩn Công ước của Liên hợp quốc về Quyền trẻ em và Nghị định thư không bắt buộc bổ sung cho Công ước về quyền trẻ em, về buôn bán trẻ em, mại dâm trẻ em và văn hoá phẩm khiêu dâm trẻ em, pháp luật Việt Nam đã quy định các hành vi sau đây là tội phạm: Hành vi hiếp dâm trẻ em (Điều 112 Bộ luật Hình sự - BLHS); Hành vi cưỡng dâm trẻ em (Điều 114 BLHS); Hành vi giao cấu với trẻ em (Điều 115 BLHS); Hành vi dâm ô đối với trẻ em (Điều 116 BLHS); Hành vi mua dâm người chưa thành niên (Điều 256 BLHS). Các hành vi xâm hại tình dục trẻ em được quy định ở các điều luật nêu trên đều có khách thể trực tiếp là danh dự, nhân phẩm, sự phát triển lành mạnh về thể chất và tinh thần của trẻ em mà đối tượng là những người dưới 16 tuổi (đối với các hành vi hiếp dâm trẻ em, cưỡng dâm trẻ em, giao cấu với trẻ em, dâm ô đối với trẻ em) và dưới 18 tuổi (đối với hành vi mua dâm người chưa thành niên).

Như vậy, pháp luật Việt Nam và pháp luật quốc tế đã có những quy định cụ thể nhằm bảo vệ trẻ em trước sự xâm hại của các loại tội phạm về tình dục. Điều này góp phần bảo vệ trẻ em trước sự xâm hại của những loại tội phạm nguy hiểm này, đồng thời ngăn ngừa và hạn chế tác hại của tội

2 Nghị định thư không bắt buộc bổ sung cho Công ước về Quyền trẻ em, về buôn bán trẻ em, mại dâm trẻ em và văn hoá phẩm khiêu dâm trẻ em, năm 2000.

3 Điều 7, Luật Bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em năm 2004.

4 Điều 56, Luật Bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em năm 2004.

phạm đối với sự phát triển bình thường về mọi mặt của trẻ em.

2. Tình hình tội phạm xâm hại tình dục trẻ em những năm gần đây ở Đắk Mil

Đắk Mil là huyện đông bắc của tỉnh Đắk Nông, có diện tích tự nhiên 682,99 km² có biên giới tiếp giáp với tỉnh Moldulkiri (Vương quốc Campuchia). Những năm gần đây, nền kinh tế - xã hội ở Đắk Mil đã có bước phát triển vượt bậc, mức tăng trưởng khá, cơ cấu kinh tế bước đầu có sự chuyển dịch theo hướng sản xuất hàng hoá; đời sống vật chất tinh thần giữa các vùng đã có sự chuyển biến theo hướng tiến bộ, nạn đói được đẩy lùi; sự nghiệp giáo dục - đào tạo, y tế đều có sự phát triển rõ rệt⁵. Tuy nhiên, tình hình tội phạm cũng có diễn biến phức tạp do ảnh hưởng của quá trình đô thị hoá, mở cửa nền kinh tế. Tình hình vi phạm pháp luật tiếp tục diễn biến phức tạp, đáng lo ngại là tội phạm ở lứa tuổi vị thành niên và thanh niên gia tăng, tập trung ở các đối tượng lang thang, không việc làm, thanh thiếu niên từ các vùng có điều kiện kinh tế khó khăn đến địa bàn phạm tội chiếm tỷ lệ cao trên 40%. Tội phạm gia tăng chủ yếu là nhóm tội phạm tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm; tội phạm xâm phạm quyền sở hữu về tài sản; tội phạm ma túy, mại dâm (mức tăng từ 5-10%/năm)⁶. Trong đó, tình trạng trẻ em bị xâm hại của các loại tội phạm gia tăng hoặc/và bị xâm hại nhiều lần nhưng gia đình và nhà trường vẫn không nắm bắt được, dẫn đến những hậu quả đáng tiếc xảy ra. Tuy việc bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em được chính quyền địa phương quan tâm sát sao, nhưng do xuất phát điểm từ một huyện thuần nông, nên việc bảo vệ, chăm sóc và

giáo dục trẻ em ở Đắk Mil còn nhiều hạn chế. Đã vậy, công tác điều tra, truy tố và xét xử các vụ án xâm hại tình dục trẻ em cũng bộc lộ nhiều điều phải xem xét thấu đáo.

Từ năm 2010 đến tháng 8/2014, Toà án nhân dân huyện Đắk Mil, tỉnh Đắk Nông đã thụ lý và giải quyết 05 vụ án xâm hại tình dục trẻ em⁷, trong đó có 03 bị cáo bị truy tố và xét xử về tội “Giao cấu với trẻ em” theo quy định tại Điều 115 BLHS và 02 bị cáo bị truy tố và xét xử về tội “Dâm ô đối với trẻ em” theo quy định tại Điều 116 BLHS. Kết quả xét xử như sau: 05 bị cáo bị tuyên là có tội, không có bị cáo nào bị tuyên không có tội. Tuy nhiên, công tác điều tra, truy tố và xét xử chưa phản ánh trung thực về tình hình tội phạm xâm hại tình dục trẻ em xảy ra trên địa bàn, bởi lẽ việc tiếp cận thông tin liên quan đến tội phạm mới chỉ xuất phát từ sự tố cáo của gia đình nạn nhân. Còn nhiều trường hợp nạn nhân bị xâm hại nhưng gia đình nạn nhân không biết hoặc cố tình che giấu, hoặc không xác định được chủ thể thực hiện tội phạm, trên thực tế xảy ra lớn hơn số liệu thống kê (thông qua việc truy tố và xét xử) nhiều lần. Tuy nhiên, các trường hợp phạm tội này đều có đặc điểm chung là: chủ thể trong các vụ án xâm hại tình dục trẻ em tại địa bàn huyện Đắk Mil những năm vừa qua đều là người quen, hàng xóm, người làm thuê (đối với tội “dâm ô đối với trẻ em”) của gia đình nạn nhân hoặc có mối quan hệ tình cảm, yêu đương đối với nạn nhân (đối với tội “giao cấu với trẻ em”). Do đó, mức độ cảnh giác của gia đình nạn nhân đối với người phạm tội rất hạn chế, dẫn đến hậu quả đáng tiếc xảy ra đối với nạn nhân.

5 Báo cáo kết quả tình hình kinh tế - xã hội của UBND huyện Đắk Mil trình Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ XI.

6 Báo cáo tổng kết thi hành Hiến pháp năm 1992 của Toà án nhân dân huyện Đắk Mil, 2011, tr. 2-3.

7 Báo cáo tình hình giải quyết các loại án xâm hại tình dục trẻ em của Toà án nhân dân huyện Đắk Mil, tỉnh Đắk Nông tháng 8/2014.

Như vậy, có thể xác định nguyên nhân xảy ra các vụ án xâm hại tình dục trẻ em ở Đắk Mil phần lớn do sự chủ quan của gia đình khi không để ý đến sự phát triển tâm sinh lý của các cháu ở lứa tuổi dậy thì hoặc chủ quan đối với những môi nguy hại ngay bên cạnh các cháu. Đồng thời, cha mẹ lại luôn thiếu quan tâm, định hướng cho các cháu, nhiều người phó mặc việc giáo dục các cháu cho nhà trường. Đối với nạn nhân trong các vụ án “giao cấu với trẻ em”, các cháu đã bước vào độ tuổi vị thành niên, lẽ ra phải có sự quan tâm, định hướng của gia đình, nhưng với tâm lý e ngại nên các bậc phụ huynh thường không trực tiếp trao đổi với các cháu về các nguy cơ có thể xảy ra. Trên thực tế, có nhiều cháu có tâm lý muốn khám phá cơ thể mình và trong một số trường hợp, muốn khẳng định mình không chỉ bằng việc học hành, thi cử mà khẳng định bằng cách có người yêu⁸. Trong các vụ án này, nạn nhân thường là người chủ động trong việc yêu cầu bị cáo quan hệ tình dục với mình, do sự thôi thúc của bản năng mà thiếu sự định hướng của người lớn. Các cháu thường dậy thì sớm, cơ thể phát triển tương đối hoàn chỉnh nhưng sự phát triển về nhận thức còn hạn chế. Vì vậy, vô hình trung, các cháu đã bị lợi dụng bản năng của mình mà không hay biết và trở thành nạn nhân của loại tội phạm nguy hiểm này. Do đó, việc giáo dục nhận thức cho các cháu là vô cùng quan trọng và các bậc cha mẹ phải chủ động trong việc giáo dục giới tính cho trẻ em từ khi các cháu còn nhỏ. Đối với nạn nhân trong

các vụ án “dâm ô đối với trẻ em”, gia đình nạn nhân thường chủ quan đối với những môi nguy hại xung quanh các cháu. Thủ phạm có thể là người quen, hàng xóm hay một số người mà ngay cả gia đình nạn nhân cũng không ngờ tới như những người có mối quan hệ ruột thịt⁹ (pháp luật hình sự quy định đây là tình tiết tăng nặng “có tính chất loạn luân” trong một số điều luật của BLHS).

Ở địa bàn huyện Đắk Mil, tỉnh Đắk Nông thời gian vừa qua chưa phát hiện và xử lý loại tội phạm buôn bán trẻ em nhằm mục đích bóc lột tình dục hoặc mục đích khác. Tuy nhiên, việc tuyên truyền, giáo dục để phòng tránh vẫn rất cần thiết, nhằm đảm bảo cho các bậc cha mẹ và trẻ em có những kiến thức nhất định đối phó với các loại tội phạm này.

3. Kiến nghị, đề xuất một số biện pháp bảo vệ trẻ em trước nguy cơ xâm hại của các loại tội phạm về tình dục trẻ em

- *Nâng cao nhận thức của cha mẹ trong gia đình*: việc nâng cao nhận thức của cha mẹ đối với quyền bất khả xâm phạm về thân thể, nhân phẩm danh dự của trẻ em là vô cùng quan trọng. Các bậc cha mẹ phải nắm vững các quy định của pháp luật đối với vấn đề này để có hướng bảo vệ, chăm sóc và giáo dục con cái phù hợp. Song song đó, các bậc cha mẹ cần lưu ý những vấn đề sau:

Thứ nhất, cha mẹ phải quan tâm sâu sát đến con cái đang trong độ tuổi dậy thì, bởi đây là độ tuổi có nguy cơ cao trở thành nạn nhân trong các vụ án xâm hại tình dục trẻ em, đồng thời cần hạn chế tối đa việc tạo ra

8 Trích biên bản phỏng vấn một số học sinh và giáo viên các trường THPT ở địa bàn huyện Đắk Mil ngày 28/8/2014.

9 Vụ án cha hiếp dâm ba con ruột ở địa bàn huyện Đắk Mil năm 2009; và loạt bài trên báo Thanh niên số ra gần đây: <http://www.thanhnienvn.com.vn/pages/20140720/dua-be-la-gi-sau-toi-ac-hiep-dam-ky-3-khi-ong-noi-lam-ac-tinh-cha-tinh-con.aspx>.

những tình huống có thể đẩy con mình vào thế bị xâm hại như cho người lạ đến thuê nhà, đến chơi, ngủ qua đêm hoặc cho con cái tiếp xúc với người từ nơi khác đến mà mình không thể kiểm soát được. Có ý thức giáo dục con cái về nguy cơ xâm hại của loại tội phạm nguy hiểm này, tư vấn, hướng dẫn cho con tránh một số tình huống có thể dự liệu trước ngay khi con cái bắt đầu nhận thức được (khoảng 2 - 3 tuổi trẻ em đã có thể nhận thức được về các bộ phận trên cơ thể mình).

Thứ hai, khi con cái bị xâm hại, chính cha mẹ cần xoá bỏ tư tưởng đổ lỗi cho con cái vì lỗi ở đây hoàn toàn không phải của các cháu. Có những trường hợp, các cháu bị xâm hại suốt một thời gian dài nhưng không dám nói với cha mẹ vì sợ bị cha mẹ đánh, mắng. Chính vì vậy, các cháu bị khủng hoảng tâm lý do lo sợ cha mẹ phát hiện và sự đe dọa của tội phạm. Cha mẹ phải thực sự là bạn của con để có thể nắm bắt mọi tâm tư tình cảm cũng như những biểu hiện khác thường của con mình.

Thứ ba, cần có biện pháp bảo vệ con cái sau khi các cháu bị xâm hại vì lúc này tâm lý của các cháu thường bất ổn, hoảng sợ. Cần tránh cho các cháu khỏi dư luận cũng là một biện pháp quan trọng. Nếu cần thiết có thể đưa các cháu đến nơi sinh sống, học tập mới.

- *Đề cao vai trò của nhà trường:* giáo dục ý thức tôn trọng quyền trẻ em bao gồm các quyền cơ bản được đề cập trong Luật Bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em năm 2004 và phổ biến các quy định của pháp luật hình sự về các hành vi nguy hiểm cho xã hội và các ví dụ điển hình về tội phạm để các em tự biết cách bảo vệ mình trước các nguy cơ xâm hại. Đồng thời, cần thực hiện các giải pháp cơ bản như sau:

Một là, đưa bộ môn giáo dục giới tính vào chương trình giảng dạy ở mọi cấp độ để giúp các em học sinh có thể phân biệt được hành vi được phép và hành vi bị cấm đối với cơ thể các cháu. Kết hợp giáo dục trí óc và giáo dục thể chất cho trẻ em.

Hai là, có sự phối hợp chặt chẽ với gia đình trong việc quản lý giờ giấc sinh hoạt, học tập của các cháu. Liên lạc với gia đình ngay khi các cháu có biểu hiện sao nhãng, trốn học hay đua đòi bạn bè hoặc có một số mối quan hệ mới với người khác giới.

- *Vai trò của xã hội:*

Một là, việc tuyên truyền, giáo dục ý thức bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em đến với mọi lứa tuổi, mọi đối tượng trong xã hội cũng như phổ biến, giáo dục pháp luật bảo vệ chăm sóc và giáo dục trẻ em cũng như luật hình sự đến với mọi đối tượng trong xã hội là biện pháp quan trọng nhằm nâng cao nhận thức của cộng đồng trong việc bảo vệ quyền trẻ em trước sự xâm hại của các loại tội phạm về tình dục. Do đó, đây được coi là biện pháp chủ chốt trong việc bảo vệ quyền trẻ em.

Hai là, cần có biện pháp quản lý, giáo dục đối với những đối tượng lang thang, không có nơi ở nhất định hoặc đối tượng di dân đến địa bàn vì đây là những đối tượng dễ sa ngã hoặc/ và rất khó quản lý khi có hành vi vi phạm xảy ra.

Ba là, có biện pháp quản lý việc sản xuất, phân phối, xuất khẩu, chuyển giao, nhập khẩu, sở hữu có dụng ý, quảng cáo văn hoá phẩm khiêu dâm trẻ em và nhấn mạnh tầm quan trọng của sự hợp tác quốc tế về công nghệ Internet. Ngăn cấm việc sản xuất và phổ biến các tài liệu, văn hoá phẩm khiêu dâm trẻ em ■

TỘI DÂM Ô VỚI TRẺ EM: MỘT SỐ THỰC TRẠNG VÀ GIẢI PHÁP PHÁP LÝ

PHẠM QUANG HUY*

1. Thực trạng tội phạm dâm ô với trẻ em

1.1. Từ vụ việc “Minh Béo”

Ngày 29/3/2016, Kênh truyền hình ABC7 (Hoa Kỳ) đưa tin Hồng Quang Minh (tên thật của diễn viên hài Minh Béo) bị Công tố viên Quận Orange (Quận Cam) bắt vì tấn công tình dục một nam thiếu niên. Theo ABC7, Minh Béo phải đối mặt với nhiều tội, trong đó có khẩu dâm trẻ vị thành niên và cố gắng để thực hiện một hành động khiêu dâm đối với một đứa trẻ ở độ tuổi dưới 14¹. Cũng theo hãng tin này, Công tố viên nói rằng ngày 20/3, Minh Béo tiếp cận với một nhóm vũ công tham gia cuộc thi tài năng trên đài phát thanh ở Huntington Beach. Anh bị cáo buộc lạm dụng tình dục một cậu bé vào ngày 23/3/2016 tại một buổi làm việc. Cậu bé này đã báo lại sự việc cho cảnh sát và nhà chức trách nhanh chóng tiến hành điều tra. Ngày hôm sau, một cảnh sát mật của khu Garden Grove đóng giả trẻ dưới 14 tuổi, tiếp cận Minh Béo. Diễn viên hài bị

cáo buộc cố gắng sắp xếp cuộc gặp với trẻ vị thành niên với ý định lạm dụng tình dục và bị bắt giữ ngay sau đó. Nếu muốn tại ngoại, số tiền bảo lãnh Minh Béo phải lên tới một triệu USD. Phiên điều trần đầu tiên tại Tòa án diễn ra vào ngày 15/4/2016 (một số báo chí Việt Nam nhầm lẫn đây là phiên xét xử tại Tòa án).

Trong khi vụ Minh Béo vẫn còn đang tồn giấy mực của báo chí và mạng xã hội thì đến ngày 01/4/2016, Báo Lao động đưa tin về vụ việc một thầy giáo tiểu học dâm ô với học sinh² tại Lào Cai. Vì tính chất đạo đức, các vụ việc liên quan đến xâm hại tình dục trẻ em thường thu hút sự chú ý của công luận.

1.2. Thực trạng tội phạm dâm ô với trẻ em

Theo thống kê của ngành Tòa án, thực trạng 02 năm gần nhất (2014-2015) của tội phạm này như sau³:

* **ThS, LS. Nghiên cứu viên độc lập, Trưởng Văn phòng luật sư Hàn Sĩ Huy.**

1 Eileen Frere, ABC7, vietnamese entertainer in garden grove charged with sexual assault of boy, see <http://abc7.com/news/vietnamese-entertainer-accused-of-sexually-assaulting-boy/1267594/>.

2 Long Nguyễn, Báo Lao động, Lào Cai lại rúng động vì thầy giáo dâm ô học sinh tiểu học, <http://laodong.com.vn/phap-luat/lao-cai-lai-rung-dong-vi-thay-giao-dam-o-hoc-sinh-tieu-hoc-535787.blđ>

3 Vụ Tổng hợp - Tòa án nhân dân tối cao (2015), Báo cáo thống kê của Tòa án nhân dân tối cao năm 2014-2015.

Bảng 1. Thực trạng tội phạm dâm ô với trẻ em 2014-2015

Năm	Số vụ án thụ lý	Số bị cáo	Án treo	Dưới 3 năm	3-7 năm	7-15 năm	15-20 năm
2014	278	280	36	179	39	1	0
2015	249	251	40	142	24	1	1

Theo bảng nêu trên, hình phạt cho người phạm tội dâm ô với trẻ em chủ yếu là dưới 3 năm. Trong đó, xét trên tổng số vụ án được Tòa án thụ lý, năm 2014, hình phạt này chiếm 64,34% và năm 2015 là 57,03%. Hình phạt nặng cho tội phạm này rất hiếm.

2. Tội dâm ô với trẻ em theo pháp luật hình sự Việt Nam

2.1. Bộ Hình luật Việt Nam Cộng hòa 1972

Trần Thúc Linh định nghĩa và nhận định về “Dụ dỗ vị thành niên” là “Dùng gian trá hay bạo lực mà đoạt ngang trẻ vị thành niên, hay là quyến rũ, dẫn dắt chúng ra khỏi nơi mà chúng được người có quyền quản giáo đặt để là phạm tội dụ dỗ vị thành niên, do các điều 354 và kế tiếp hình luật canh cải dụ liệu và trừng phạt”⁴. Theo đó, “nếu đưa trẻ bị dụ dỗ dưới 14 tuổi mà lại là con gái, hình phạt sẽ là giam tù 1 năm đến 5 năm. Hình luật áp dụng ở Nam phần chỉ trừng trị riêng một tội dụ dỗ vị thành niên. Hình luật Trung phần và Bắc phần phạt luôn cả tội dụ dỗ đàn bà, con gái: tù từ 1 đến 5 năm. Nếu đã dụ dỗ lại đem cầm bán thì bị khổ sai từ 6 đến 8 năm (điều 311 HLTP⁵ và 208 HLBP⁶)”⁷. Đối

với loại tội phạm này, Hà Như Vinh nhận định: “Bị cáo phải có ý định phạm pháp. Tòa án không chú ý tới mục đích mà bị cáo đã theo đuổi. Không nhất thiết là bị cáo đã có ý định lợi dụng (abusés) vị thành niên; chỉ cần rằng bị cáo đã muốn đặt vị thành niên ra ngoài phạm vi quyền lực của cha mẹ nó”⁸.

Pháp luật hình sự Việt Nam Cộng hòa quy định về các tội liên quan đến trẻ em trong Chương thứ II (Trọng tội và khinh tội xâm phạm mỹ tục), từ Điều 354 đến Điều 356, cụ thể:

- Điều thứ 354 Bộ Hình luật 1972: “Người nào xâm phạm hay toan xâm phạm liêm sỉ có bạo hành trên thân thể một người, nam hay nữ, sẽ bị phạt cấm cố. Nếu nạn nhân là vị thành niên dưới 15 tuổi, can phạm sẽ bị phạt khổ sai hữu hạn”

- Điều thứ 355 Bộ Hình luật 1972: “Người nào phạm tội hiếp dâm sẽ bị phạt khổ sai hữu hạn. Nếu nạn nhân là vị thành niên dưới 15 tuổi, can phạm sẽ bị phạt mức tối đa khổ sai hữu hạn”.

- Điều thứ 356 Bộ Hình luật 1972: “Nếu can phạm là tôn thuộc của nạn nhân, hoặc thuộc hạng người có quyền hành đối với nạn

4 Trần Thúc Linh, *Danh từ pháp luật lược giải*, Khai Trí, Sài Gòn, 1966, tr. 357.

5 HLTP: *Hình luật Trung phần*.

6 HLBP: *Hình luật Bắc phần*.

7 Trần Thúc Linh, *Sdd*, tr 358.

8 Hà Như Vinh, *Hình luật đặc biệt Việt Nam*, Khai Trí, Sài Gòn, 1969, tr. 365.

nhân, hoặc là thầy giáo hay gia nhân của nạn nhân, hoặc là gia nhân của những người kẻ trên, hoặc là giáo sĩ, tu sĩ, hình phạt sẽ là khổ sai hữu hạn, trong trường hợp nói ở đoạn 1 của các điều 353 và 354 và khổ sai chung thân, trong các trường hợp nói ở đoạn 2 của các điều 354 và 355”⁹.

Như vậy, riêng với các chủ thể có quyền hành đối với nạn nhân của các tội liên quan đến trẻ em, Bộ Hình luật 1972 dự liệu tăng nặng hình phạt.

2.2. Ba Bộ luật Hình sự thống nhất

Tính đến năm 2015, Quốc hội Việt Nam thống nhất đã ban hành ba Bộ luật Hình sự (BLHS) gồm có BLHS mới (BLHS 2015) thay thế BLHS 1999, sửa đổi, bổ sung năm 2009 (BLHS 2009); BLHS 2009 thay thế BLHS 1985. Theo đó, tội dâm ô với trẻ em được sửa đổi qua ba lần pháp điển hóa BLHS, cụ thể như sau: (xem **Bảng 2. So sánh ba BLHS đối với tội dâm ô trẻ em - trang sau**)

Bình luận về Điều 114 BLHS 1985, nhóm tác giả của Viện Nghiên cứu Khoa học pháp lý cho rằng, “Khách thể của tội giao cấu với người dưới 16 tuổi là sự phát triển bình thường về thể chất và sinh lý của các em ở lứa tuổi này” và “Mặt khách quan của tội phạm biểu hiện ở hành vi của người đã thành niên giao cấu với người chưa thành niên từ 13 tuổi đến dưới 16 tuổi. Tính chất nguy hiểm của hành vi là ở chỗ, người chưa thành niên ở lứa tuổi này là người chưa phát triển đầy đủ về tâm sinh lý và sức khỏe, do

đó giao cấu với đối tượng này sẽ gây nguy hiểm cho sự phát triển bình thường của họ. Mặt khác, tuy việc giao cấu có sự thuận tình của người bị hại nhưng do bị hạn chế về kinh nghiệm sống, việc quyết định tình dục khó được sáng suốt, nên dễ bị rủ rê nhẹ dạ, bởi vậy cần bảo vệ các em khỏi sự lợi dụng của người lớn tuổi”. Cũng nhóm tác giả này nhận định “Về mặt chủ quan, tội phạm được thực hiện do cố ý. Người phạm tội biết rõ người mà mình giao cấu chưa đủ 16 tuổi nhưng vẫn có quan hệ tình dục. Nếu người phạm tội nhằm về độ tuổi của người bị hại do hình dáng bên ngoài (như chiều cao, sự phát triển về cơ thể...) thì không xử lý về hình sự” và “Chủ thể của tội phạm, như điều luật đã chỉ rõ, chỉ có thể là người đã thành niên, không kể là nam hay nữ”¹⁰.

Ngay với BLHS 1985, nhóm tác giả của Viện Nghiên cứu Khoa học pháp lý cũng cho rằng: “Hình phạt đối với tội giao cấu với người dưới 16 tuổi chỉ có một khung với mức độ nhẹ”¹¹.

Xét về lý luận tội phạm học, Nguyễn Ngọc Hòa cho rằng “Cấu thành tội phạm trong luật hình sự Việt Nam đồng thời cũng là sự phản ánh pháp lý bản chất xã hội của một loại tội phạm, cho nên những dấu hiệu trong cấu thành tội phạm đòi hỏi phải thể hiện được đầy đủ tính nguy hiểm cho xã hội của một loại tội phạm”¹². Nguyễn Ngọc Hòa nhấn mạnh “...hành vi chỉ bao gồm những “BIỂU HIỆN” của con người ra thế giới khách quan mà mặt thực tế của nó được ý

9 Bộ Hình luật, Thần Chung, Sài Gòn, 1972, tr.124.

10 Viện Nghiên cứu Khoa học pháp lý (Nhóm tác giả: Phạm Thái, Vũ Thiện Kim, Đặng Cân, Nguyễn Quốc Việt, Trần Đăng Tuấn, Cù Đình Lộ), Bình luận khoa học BLHS (Phần các tội phạm) - Tập 1, Nxb. Pháp lý, Hà Nội, 1987.

11 Viện Nghiên cứu Khoa học pháp lý (Nhóm tác giả: Phạm Thái, Vũ Thiện Kim, Đặng Cân, Nguyễn Quốc Việt, Trần Đăng Tuấn, Cù Đình Lộ), Sđd.

12 Nguyễn Ngọc Hòa, Tội phạm trong Luật Hình sự Việt Nam, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 1991, tr. 117.

Bảng 2. So sánh ba BLHS đối với tội dâm ô trẻ em

BLHS 1985	BLHS 2009	BLHS 2015
Không có	Điều 116. Tội dâm ô đối với trẻ em	Điều 146. Tội dâm ô đối với người dưới 16 tuổi
<p>Tội phạm tương tự:</p> <p>Điều 114. Tội giao cấu với người dưới 14 tuổi</p>	<p>1. Người nào đã thành niên mà có hành vi dâm ô đối với trẻ em, thì bị phạt tù từ sáu tháng đến ba năm.</p> <p>2. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ ba năm đến bảy năm:</p> <p>a) Phạm tội nhiều lần;</p> <p>b) Đối với nhiều trẻ em;</p> <p>c) Đối với trẻ em mà người phạm tội có trách nhiệm chăm sóc, giáo dục, chữa bệnh;</p> <p>d) Gây hậu quả nghiêm trọng;</p> <p>đ) Tái phạm nguy hiểm.</p> <p>3. Phạm tội gây hậu quả rất nghiêm trọng hoặc đặc biệt nghiêm trọng, thì bị phạt tù từ bảy năm đến mười hai năm.</p> <p>4. Người phạm tội còn có thể bị cấm đảm nhiệm chức vụ, cấm hành nghề hoặc làm công việc nhất định từ một năm đến năm năm.</p>	<p>1. Người nào đủ 18 tuổi trở lên mà có hành vi dâm ô đối với người dưới 16 tuổi không nhằm mục đích giao cấu hoặc không nhằm thực hiện các hành vi quan hệ tình dục khác, thì bị phạt tù từ 06 tháng đến 03 năm.</p> <p>2. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ 03 năm đến 07 năm:</p> <p>a) Phạm tội có tổ chức;</p> <p>b) Phạm tội 02 lần trở lên;</p> <p>c) Đối với 02 người trở lên;</p> <p>d) Đối với người mà người phạm tội có trách nhiệm chăm sóc, giáo dục, chữa bệnh;</p> <p>đ) Gây rối loạn tâm thần và hành vi của nạn nhân từ 11% đến 45%;</p> <p>e) Tái phạm nguy hiểm.</p> <p>3. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ 07 năm đến 12 năm:</p> <p>a) Gây rối loạn tâm thần và hành vi của nạn nhân 46% trở lên;</p> <p>b) Làm nạn nhân tự sát.</p> <p>4. Người phạm tội còn có thể bị cấm đảm nhiệm chức vụ, cấm hành nghề hoặc làm công việc nhất định từ 01 năm đến 05 năm.</p>

thức kiểm soát và ý chí điều khiển”¹³. Tương tự, Phan Hiền cũng cho rằng, chủ thể của tội phạm là con người có hành vi nguy hiểm theo luật hình sự nước ta¹⁴.

Đối với các tội phạm xâm hại tình dục trẻ em (Điều 115 và 116 BLHS 2009), nhóm tác giả Đại học Luật Hà Nội nhận định “Tội này được quy định nhằm bảo vệ sự phát triển bình thường về tâm sinh lý cho trẻ em, ngăn chặn những hành vi lợi dụng sự non nớt, nhẹ dạ của trẻ em để đẩy họ vào những quan hệ tình dục quá sớm, gây ảnh hưởng xấu về mọi mặt cho họ”¹⁵. Tương tự, nhóm tác giả này cũng cho rằng, với tội phạm quy định tại Điều 116 BLHS 2009: “Cấu thành tội phạm tội này đòi hỏi người thành niên có hành vi dâm ô đối với trẻ em. Đó là hành vi tình dục nhưng không phải hành vi giao cấu. Những hành vi đó có đặc điểm thỏa mãn hoặc kêu gọi, kích thích nhu cầu tình dục. Đối tượng của hành vi dâm ô ở tội này là trẻ em. Trẻ em có thể bị hành vi dâm ô tác động đến thân thể nhưng cũng có thể chỉ bị chứng kiến những hành vi dâm ô...”¹⁶.

Theo luật sư Lê Thành Kính (luật sư bào chữa cho ca sĩ người Anh Paul Francis Gadd G.Glitter - bị truy tố về tội dâm ô trẻ em theo Điều 116 BLHS 2009) thì: “Sau khi Tòa án nhân dân tỉnh Bà Rịa - Vũng Tàu tuyên án ba năm tù giam, rất nhiều nhà báo của các hãng thông tấn nước ngoài phỏng vấn tôi đã tỏ ý ngạc nhiên vì cho là mức án quá thấp,

họ nói rằng ở nước họ chắc chắn sẽ bị phạt nặng hơn. Với pháp luật Hoa Kỳ, quấy rối tình dục trẻ em là trọng tội. Nghiêm trọng nhất là hành vi dùng lời lẽ, cử chỉ để dụ dỗ trẻ cho xem bộ phận cơ thể hoặc thực hiện hành vi giao cấu. Pháp luật Mỹ quy định cha mẹ không được tắm chung với con khác giới tính từ sáu tuổi trở lên bởi nếu đụng chạm vào vùng kín của con khiến trẻ quen và bị lệ thuộc vào chuyện đó thì cha mẹ phạm tội xâm phạm tình dục. Người lớn xem phim khiêu dâm mà vô tình để con em nhìn thấy cũng phạm tội”¹⁷. Qua đối chiếu tại Bảng 2 so sánh ba BLHS nêu trên, ta thấy hình phạt tại khoản 1 Điều 146 BLHS 2015 không hề thay đổi so với khoản 1 Điều 116 BLHS 2009, vẫn là từ 06 tháng đến 03 năm. Về vấn đề này, chúng tôi sẽ có kiến nghị cụ thể dưới đây.

3. Quy định về các tội phạm tấn công tình dục trẻ em tại Hoa Kỳ

“Mặc dù bắt nguồn từ hệ thống thông luật Anh, song luật hình sự của Hoa Kỳ là luật pháp định. Không có thông luật trong lĩnh vực hình sự ở Hoa Kỳ”¹⁸. Tuy “hai phần ba các bang của Hoa Kỳ đã áp dụng toàn bộ hoặc một phần BLHS Mẫu (Model Penal Code - MPC)...”¹⁹ nhưng đối chiếu vụ việc Minh Bé, vụ việc này sẽ được xét xử và phán quyết theo pháp luật hình sự Bang California - nơi hành vi phạm tội được thực hiện.

13 Nguyễn Ngọc Hòa, *Sđd*, tr. 60.

14 Viện Luật học (Nguyễn Niên chủ biên), *Những vấn đề lý luận cơ bản về Tội phạm trong Luật Hình sự Việt Nam*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 1986, tr. 91.

15 Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình Luật Hình sự Việt Nam*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2000, tr. 331.

16 Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình Luật Hình sự Việt Nam*, *Sđd*, tr. 332.

17 Thanh Tùng-Hồng Cẩm, *Từ vụ Minh Bé: Cõi chùng đi tù vì những khác biệt luật lệ*, xem <http://plo.vn/phap-luat/tu-vu-minh-beo-bi-bat-o-my-coi-chung-di-tu-vi-nhung-khac-biet-luat-le-620589.html>, truy cập ngày 31/3/2016.

18 Khoa Luật Trường Đại học New York, Alan B. Morrison chủ biên, *Những vấn đề cơ bản của pháp luật Hoa Kỳ*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2007, tr. 454.

19 Khoa Luật Trường Đại học New York, Alan B. Morrison chủ biên (2007), *Sđd*, tr. 455.

Về lý luận, sau khi phân tích bảy điều kiện của tội phạm theo pháp luật Hoa Kỳ, Philip L. Reichel nhận định “Dù có ngoại lệ để tăng trách nhiệm hình sự như kể trên thì ý định vẫn là yếu tố quan trọng nhất trong quan điểm của chúng ta (Hoa Kỳ) về trách nhiệm hình sự”²⁰. Theo cách nhìn của người Mỹ, tội phạm là “một hành vi chống lại nhà nước có thể bị trừng phạt bằng tiền, phạt tù, hoặc tử hình”²¹ và gồm hai thành tố chính là “Mens rea” (tạm dịch *thành tố tâm lý*) và “Actus reus” (*thành tố vật chất*), trong đó “Thành tố tâm lý là thành tố tâm lý của tội phạm - mà rằng, là ý định của người phạm tội. Thường thì càng chủ ý nhiều và đầy đủ trong thành tố tâm lý, tội phạm càng nguy hiểm”²². Xuất phát từ khác biệt quan niệm trong cấu thành tội phạm, pháp luật Hoa Kỳ

chú trọng thành tố tâm lý (mens rea) còn pháp luật Việt Nam định nghĩa thành 04 cấu thành tội phạm khách thể/chủ thể/khách quan/chủ quan²³.

Trong pháp luật Hoa Kỳ, các tội liên quan đến xâm hại tình dục trẻ em là Trọng tội (Felony - Bất cứ vi phạm nào mà hình phạt là tử hình hoặc tù) khác với Khinh tội (Misdemeanor - Tội phạm nhỏ. Hình phạt là phạt tù tại nhà tù hạt hoặc thành phố ít hơn 01 năm)²⁴. Theo pháp luật Hoa Kỳ, phạm vi của hành vi tình dục bất hợp pháp khá rộng trong xã hội. Điều này xuất phát từ một số yếu tố, bao gồm cả di sản của các quy tắc đạo đức ứng xử của Kinh Thánh trong việc cố gắng để duy trì các tiêu chuẩn của lễ nghi công cộng thông qua các quy tắc đạo đức, và những nỗ lực để bảo vệ những người trẻ

Bảng 3. So sánh hình phạt giữa pháp luật Việt Nam và Hoa Kỳ

Việt Nam	Hoa Kỳ
<p>Điều 116 BLHS (tội dâm ô với trẻ em) quy định: “Người nào đã thành niên mà có hành vi dâm ô đối với trẻ em thì bị phạt...”. Có ba khung hình phạt chính và có hình phạt phụ. Theo đó, mức hình phạt cao nhất là đến 12 năm tù. Tội giao cấu với trẻ em (Điều 115 BLHS) thì hình phạt cao nhất là đến 15 năm tù. Tội hiếp dâm trẻ em (Điều 111 BLHS) được coi là tội đặc biệt nghiêm trọng có hình phạt cao nhất là tử hình. Việc tổng hợp hình phạt đối với tù có thời hạn (mức án cộng dồn các tội, các bản án) không được cao hơn 30 năm tù.</p>	<p>Tấn công tình dục được xếp vào dạng trọng tội. Hình phạt tù tối đa cho tội phạm tấn công tình dục đối với nạn nhân trong độ tuổi 13-18 là 20 năm. Mức án tùy thuộc vào hình thức phạm tội và tuổi nạn nhân.</p> <p>Việc tổng hợp hình phạt đối với tù có thời hạn có thể cao hơn 30 năm tù (đã có trường hợp một người tấn công tình dục một trẻ em chịu mức án lên đến 250 năm tù).</p>

20 Philip L. Reichel, *Tư pháp hình sự so sánh (Bản dịch của Thông tin Khoa học pháp lý - Viện Nghiên cứu khoa học pháp lý - Bộ Tư pháp, Tủ sách Luật so sánh), Thông tin Khoa học pháp lý - Số Đặc biệt phục vụ việc thảo luận toàn dân Dự thảo BLHS (sửa đổi) năm 1999, Viện Nghiên cứu khoa học pháp lý - Bộ Tư pháp xuất bản, tr. 71.*

21 Bureau of International Information Programs, United States Department of State (2004), *Outline of U.S. legal system*, pg. 206.

22 Bureau of International Information Programs, United States Department of State (2004). *Ibid*, page 208.

23 Xem thêm: Lê Cẩm, *Những vấn đề cơ bản trong khoa học Luật Hình sự (Phần chung)*. Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội, 2005, tr. 294 - 297.

24 Bureau of International Information Programs, United States Department of State (2004). *Ibid*, page 207, 208.

tuổi hoặc người chưa thể đưa ra quyết định về hành vi tình dục của mình²⁵. Quy định về hiếp dâm như quan hệ tình dục với một người dưới một độ tuổi được nêu (thường là 16 hoặc 18, nhưng đôi khi 14), có hoặc với sự đồng ý của họ. Pháp luật hình sự Hoa Kỳ cũng mô tả về các hành vi kê gian giữa nam với nam (giao hợp phi tự nhiên giữa một người đàn ông và một cậu bé) gạ gẫm trẻ em, kêu gọi, mơn trớn, hoặc liên lạc khác có tính chất tình dục với một đứa trẻ²⁶.

Các tội xâm phạm tình dục trẻ em thường được pháp luật hình sự các bang của Hoa Kỳ quy định hình phạt nặng từ 20 - 30 năm, tổng hợp hình phạt không giới hạn²⁷.

4. Một số kiến nghị liên quan đến quy định về Tội dâm ô trẻ em

Thứ nhất, theo chúng tôi, để tăng tính răn đe với loại tội phạm này và nhằm bảo vệ tốt hơn nữa trẻ em, bởi “hình phạt là phản ứng của xã hội đối với những hành vi gây nguy hại cho xã hội, là cái giá mà xã hội bắt người phạm tội phải trả vì hành vi gây nguy hại cho xã hội của người đó (bị cảnh cáo, bị tước đoạt tài sản, bị tước tự do, thậm chí bị tước sinh mạng...)”²⁸, cần thiết phải tăng nặng hình phạt đối với loại tội phạm này. Hơn nữa, lấy ví dụ vụ việc Minh Béo, nếu các cáo buộc về hành vi tương tự tại Việt Nam trong giới nghệ sĩ được làm sáng tỏ thì câu chuyện sẽ không trở nên đáng tiếc tại nước ngoài. Vì vậy, với lý do “nếu luật pháp không được tôn trọng, thì xã hội không thể tồn tại được. Biện pháp an toàn nhất làm cho người ta tôn trọng luật pháp là làm cho luật pháp đáng được tôn trọng”²⁹, theo chúng tôi, đối với tội phạm quy định tại khoản 1 Điều 146 BLHS 2015, Hội đồng Thẩm phán Tòa

án nhân dân tối cao cần ban hành nghị quyết riêng hướng dẫn về loại hình tội phạm này.

Hơn nữa, loại tội phạm này ảnh hưởng rất lớn đến sự phát triển bình thường về tâm sinh lý của nạn nhân cũng như tương lai và nhân cách của các em. Chính vì vậy, để bảo vệ trẻ em trước sự xâm hại của các “yêu râu xanh”, trước mắt, cần áp dụng tăng nặng hình phạt và không cho hưởng án treo thông qua Nghị quyết của Hội đồng Thẩm phán hướng dẫn riêng loại hình tội phạm này cho tòa án cấp dưới. Trong đó, khuyến nghị các tòa án cấp dưới *áp dụng hình phạt từ 3-7 năm, và /hoặc khuyến nghị trong ngành Tòa án không cho bị cáo của loại tội phạm này hưởng án treo* (hiện án treo rất nhiều như số liệu thống kê đã dẫn tại Mục 1 trên đây).

Thứ hai, chúng ta cần đẩy mạnh *tuyên truyền, giáo dục pháp luật* tại các cộng đồng dễ xảy ra xâm hại tình dục (như trường học; vùng sâu, vùng xa;...) về các loại hình xâm hại tình dục trẻ em nói chung và tội dâm ô trẻ em nói riêng. Chúng ta cần giáo dục và định rõ hình thức và nội dung của loại tội phạm này để trẻ em biết, tránh xa và trong trường hợp bị xâm hại sẽ biết tố cáo hành vi của can phạm. Việc tuyên truyền, giáo dục pháp luật cần thực hiện khẩn trương, có trọng điểm, đặc biệt là ở các vùng sâu, vùng xa, nơi tri thức pháp luật nói chung và các kiến thức về xâm hại tình dục nói riêng ít được phổ cập. Như đã đề cập trên, đặc thù của nhóm tội phạm này là chứng cứ khó thu thập và bảo quản tốt, chính vì vậy, nạn nhân cần tố cáo ngay kẻ xâm hại, tạo điều kiện cho quá trình thu thập chứng cứ và điều tra được khách quan, toàn diện.

25 James. A. Inciardi, 2005. *Criminal Justice (7th edition)*. Mc GrawHill. New York, USA. Page 77,78.

26 Bureau of International Information Programs, United States Department of State (2004). *Ibid*, Pp 207.

27 Sir John Smith and Brian Hogan (1996), *Criminal Law*, London, The United Kingdom, p. 467.

28 Phan Hiền, *Một số vấn đề chủ yếu trong BLHS*, Nxb. Sự thật, Hà Nội, 1987, tr. 60.

29 Claude Frédéric Bastiat, *Phạm Nguyên Trường dịch, Luật pháp*, Nxb. Trí thức, Hà Nội, 2016, tr. 54, 55.

Thứ ba, về dài hạn, với sự thay đổi về quan niệm và thực tế xu hướng tình dục hiện nay, quan hệ đồng tính có xu hướng gia tăng (nam - nam; nữ - nữ), vì vậy, trong trường hợp sửa đổi bổ sung BLHS 2015, để tránh bỏ lọt tội phạm, cần mở rộng chủ thể của loại tội phạm này theo hướng buộc tội cả các chủ thể hành vi là nữ dâm ô trẻ em nữ và/hoặc nam. Việc này cần thay đổi đồng thời với việc tăng nặng hình phạt theo hướng nêu trên (sau một thời gian áp dụng theo hướng dẫn của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao như kiến nghị trên đây), tất nhiên, cần cân nhắc, tính toán trong bối cảnh toàn thể các tội phạm trong BLHS 2015 (nếu được sửa đổi, bổ sung trong thời

gian 5-10 năm tới). Ngoài ra, Việt Nam có thể áp dụng hình phạt bổ sung đối với loại tội phạm này bằng cách “thiến hóa học” đối với các bị cáo xâm hại tình dục trẻ em (hiếp dâm, dâm ô với trẻ em) như một số nước đã áp dụng (Ba Lan, Hàn Quốc, Philipines, Indonesia, một số bang của Hoa Kỳ...)

Tóm lại, nhằm bảo vệ tốt hơn nữa trẻ em trước loại hình tội phạm xâm hại tình dục, trong tương lai, pháp luật hình sự nên mở rộng chủ thể đối với loại tội phạm này. Đồng thời, tăng nặng hình phạt và có thể sử dụng hình phạt bổ sung (thiến hóa học, tiêm học môn làm giảm khả năng tình dục...) đối với các bị cáo phạm tội loại này ■

Sự thỏa thuận...

(Tiếp theo trang 28)

đưa ra nhưng người tiêu dùng có quyền chấp nhận hoặc không chấp nhận các điều kiện và điều khoản đó. Việc ưng thuận của người tiêu dùng được thể hiện ra bên ngoài bằng hành vi giao kết hợp đồng. Trong trường hợp này, sự tự do ý chí của người tiêu dùng đã được thực hiện đầy đủ, do đó đương nhiên hợp đồng đã được giao kết sẽ có hiệu lực pháp luật vì không vi phạm quyền tự do ý chí trong giao kết hợp đồng. Tuy nhiên, hợp đồng được giao kết cũng có thể vô hiệu nếu vi phạm các quy định khác của pháp luật.

Từ sự phân tích ở trên, chúng ta có thể thấy sự phát triển của khoa học, kỹ thuật và kinh tế đã làm thay đổi bản chất truyền thống của hợp đồng thể hiện ở việc loại hợp đồng gia nhập xuất hiện và được giao kết ngày càng nhiều. Nếu như trước đây, việc thiết lập hợp đồng được xây dựng chủ yếu

thông qua việc đàm phán, thương lượng riêng lẻ từng hợp đồng thì ngày nay, trong một số lĩnh vực cung ứng hàng hóa, dịch vụ thiết yếu của đời sống, thương nhân đơn phương dự thảo các mẫu hợp đồng nhất định để giao dịch với nhiều người tiêu dùng khi họ có nhu cầu mua, sử dụng một loại hàng hóa, dịch vụ nhất định. Hợp đồng gia nhập là điển hình của sự bất cân xứng về thông tin, về khả năng đàm phán, thương lượng giữa các bên bởi người tiêu dùng luôn ở thế yếu trong khi thương nhân luôn ở thế mạnh bởi họ biết rõ hơn về hàng hóa, dịch vụ bán ra, do đó, họ thường soạn thảo hợp đồng với những điều kiện và điều khoản bất bình đẳng, đẩy phần bất lợi cho người tiêu dùng. Trong bối cảnh đó, pháp luật cần phải xây dựng những quy chế pháp lý đặc thù cho hợp đồng gia nhập để làm sao vừa không ảnh hưởng tới quá trình thỏa thuận, vừa cân bằng được lợi ích hợp pháp của các bên, đồng thời vẫn có thể bảo vệ tốt nhất quyền lợi của người tiêu dùng ■

CÁC NỘI DUNG VỀ BẢO MẬT TRONG HÒA GIẢI THƯƠNG MẠI NGOÀI TÒA ÁN THEO LUẬT MẪU UNCITRAL VÀ LUẬT HÒA GIẢI THỐNG NHẤT CỦA HOA KỲ

HOÀNG MINH KHÔI*
HOÀNG BẢO NGỌC**

1. Đối tượng được bảo mật

1.1. Theo Luật mẫu UNCITRAL¹

Theo cách tiếp cận thông thường, đối tượng được bảo mật trong quá trình hòa giải chính là các thông tin mà các bên tranh chấp tiết lộ. Luật mẫu UNCITRAL cũng theo cách tiếp cận này. Điều 9, Luật mẫu UNCITRAL quy định về nghĩa vụ bảo mật như sau: “Trừ khi các bên tranh chấp có thỏa thuận khác, tất cả các thông tin liên quan đến quá trình hòa giải sẽ được giữ bí mật, trừ khi việc tiết lộ những thông tin đó là bắt buộc theo pháp

luật hoặc vì mục đích thực hiện hoặc thi hành một thỏa thuận giải quyết tranh chấp”².

Cần chú ý rằng, theo Luật mẫu UNCITRAL, những thông tin “liên quan” đến quá trình hòa giải không chỉ hạn chế trong các thông tin được các bên đưa ra trong quá trình hòa giải mà còn bao gồm cả các thông tin từ việc thỏa thuận sử dụng biện pháp hòa giải, lựa chọn hòa giải viên, thỏa thuận thời điểm và địa điểm hòa giải, lời mời hòa giải và chấp nhận lời mời đó³.

Ngoài quy định mang tính chất nguyên tắc trên, khoản 1 Điều 10 Luật

* *ThS. Học viện Hành chính Quốc gia - cơ sở TP. Hồ Chí Minh.*

** *Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.*

1 Ủy ban Liên hợp quốc về Luật Thương mại quốc tế (viết tắt tiếng Pháp là CNUDCI, tiếng Anh là UNCITRAL) thông qua Luật Mẫu về Trọng tài Thương mại quốc tế ngày 21/6/1985 nhằm mục đích hướng dẫn các quốc gia khi xây dựng luật nội địa về trọng tài quốc tế của mình. Luật mẫu được UNCITRAL chính sửa lại toàn bộ vào năm 2006 và kèm theo giải thích.

2 Nguyên văn: “Unless otherwise agreed by the parties, all information relating to the conciliation proceedings shall be kept confidential, except where disclosure is required under the law or for the purposes of implementation or enforcement of a settlement agreement”.

3 United Nations (2004), “UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use 2002”, New York, p. 41.

mẫu UNCITRAL còn đưa ra những thông tin liên quan đến quá trình hòa giải sẽ được bảo mật trong các quá trình tố tụng khác, như sau:

Các bên hòa giải, hòa giải viên và bất kỳ bên thứ ba nào, bao gồm cả những người tham gia hỗ trợ hành chính trong quá trình hòa giải, không được dựa vào, giới thiệu chứng cứ hoặc làm chứng hoặc cung cấp chứng cứ trong thủ tục tố tụng trọng tài, tư pháp hoặc các thủ tục tương tự đối với:

(a) Lời đề nghị tham gia hòa giải của một bên hòa giải hoặc việc một bên hòa giải đã sẵn sàng để tham gia hòa giải;

(b) Quan điểm được thể hiện hoặc kiến nghị bởi một bên hòa giải trong khi hòa giải về phương án có thể giải quyết tranh chấp;

(c) Nhận định hoặc sự thừa nhận bởi một bên hòa giải trong quá trình hòa giải;

(d) Đề xuất bởi hòa giải viên;

(e) Việc một bên hòa giải đã cho thấy ý muốn chấp nhận đề xuất giải quyết tranh chấp của hòa giải viên;

(f) Tài liệu được chuẩn bị chỉ nhằm phục vụ cho quá trình hòa giải.

Trong quá trình hòa giải, các bên và hòa giải viên thường sẽ đưa ra những ý kiến của mình về hòa giải, bắt đầu bằng lời mời hòa giải và chấp nhận hòa giải, tiếp theo là các quan điểm, kiến nghị để có thể đưa ra một giải pháp chung cho tranh chấp. Tuy nhiên, không phải bao giờ biện pháp hòa giải cũng có thể đem lại kết quả như mong muốn. Trong trường hợp hòa giải không thành, các bên có quyền đem tranh chấp ra tòa án, trọng tài, hoặc thậm chí là các cơ quan giải quyết tranh chấp khác do từng hệ thống pháp luật quy định. Do đó, điều khoản trên áp dụng đối với các quá trình giải quyết tranh chấp bằng tố tụng trọng tài, tòa án và các biện pháp khác, như là biện pháp hành

chính và các thủ tục “khám phá chứng cứ”, “lấy lời khai” trong pháp luật của các nước⁴. Trong các quá trình này, tất cả các bên trong mối quan hệ hòa giải (gồm các bên tranh chấp, hòa giải viên, người thứ ba) đều không được sử dụng các thông tin liên quan đến quá trình hòa giải được liệt kê để làm bằng chứng hoặc tiết lộ chúng trước tòa, trước trọng tài viên hay người tiến hành tố tụng của các quá trình tố tụng khác.

Có thể thấy, các thông tin được liệt kê tại Điều 10 này đều là những thông tin chỉ nhằm phục vụ cho quá trình hòa giải. Nói một cách khác, nếu không có hoạt động hòa giải, các thông tin này sẽ không xuất hiện hoặc không được tiết lộ. Do đó, việc không cho phép tiết lộ các thông tin này thực chất sẽ không ảnh hưởng đến khả năng chứng minh, cung cấp chứng cứ liên quan tới nội dung vụ việc.

Điều 9 và Điều 10 có sự khác biệt rất lớn trong phạm vi thông tin được bảo mật. Nguyên nhân của sự khác biệt này chính là bối cảnh mà mỗi điều luật hướng đến. Điều 9 quy định về bảo mật trong mọi trường hợp, dù là trong thủ tục tố tụng hay không. Điều 10 được thiết kế riêng cho các thủ tục tố tụng. Có thể nói, Điều 9 là quy định chung còn Điều 10 là quy định riêng. Việc bảo mật thông tin sẽ xung đột với khả năng thu thập chứng cứ của các cơ quan giải quyết tranh chấp như tòa án, trọng tài. Thu hẹp phạm vi thông tin được bảo mật tại Điều 10 là cách thức điều hòa sự xung đột này. Hòa giải thương mại có thể bảo mật nhưng vẫn phải đảm bảo hiệu quả, khả năng hoạt động của các cơ chế giải quyết tranh chấp khác.

Tuy vậy, cái hay của Luật mẫu UNCITRAL là giới hạn nhưng vẫn rất “mở”. Thứ nhất, điểm (f) khoản 1 cho phép

4 United Nations (2004), trích dẫn số 82, p. 44.

các bên liên quan tự xác định thế nào là tài liệu “chỉ nhằm phục vụ cho quá trình hòa giải”. Thứ hai, khoản 2 Điều 10 quy định hình thức của thông tin không bị giới hạn. Chính vì thế, danh sách trên có thể xem là danh sách mở vì “tài liệu được chuẩn bị chỉ nhằm phục vụ cho quá trình hòa giải” tại điểm (f) không chỉ giới hạn ở hình thức văn bản. Đó có thể là lời nói của các bên hòa giải hay lời chứng của nhân chứng.

1.2. Theo Luật Hòa giải thống nhất của Hoa Kỳ (UMA)⁵

Tương tự khái niệm các “thông tin liên quan đến quá trình hòa giải” của Luật mẫu UNCITRAL, UMA đề cập đến nghĩa vụ bảo mật thông qua thuật ngữ “mediation communication” (nội dung giao tiếp trong hòa giải), cũng mang hàm nghĩa là các thông tin được cung cấp trong quá trình bảo mật tại Mục 8: “Trừ khi chịu sự điều chỉnh của [dẫn chiếu đến những văn bản yêu cầu phải có hành động mở phiên họp hoặc hành động ghi lại hồ sơ]⁶, nội dung giao tiếp trong hòa giải được bảo mật trong phạm vi mà các bên thỏa thuận hoặc theo luật hoặc quy tắc của Bang này”⁷.

Để định nghĩa rõ hơn về khái niệm “nội dung giao tiếp trong hòa giải”, khoản 2 Mục 2 UMA quy định: “Nội dung giao tiếp trong hòa giải là những khẳng định, dù bằng miệng hay trong bản ghi, dù bằng lời nói hay không bằng lời nói, diễn ra trong quá trình hòa giải hoặc được thực hiện vì mục đích xem xét, tiến hành, tham gia vào, bắt đầu,

tiếp tục hoặc triệu tập lại một sự hòa giải hay giữ lại hòa giải viên”⁸.

Theo UMA, nội dung giao tiếp trong hòa giải trước hết là những khẳng định. Vậy thế nào là khẳng định? UMA không đưa ra giải thích. Hình thức của khẳng định có thể bằng bất cứ cách thức gì. Khẳng định này có thể được đưa ra trong quá trình hòa giải hoặc vì mục đích thực hiện hòa giải.

Tuy nhiên, không phải mọi thông tin liên quan đến quá trình hòa giải hay nội dung giao tiếp trong hòa giải đều được hưởng quyền bảo mật. Để một thông tin được hưởng đặc quyền bảo mật, thông tin đó cũng phải đáp ứng những điều kiện về nội dung. UMA đã liệt kê những trường hợp ngoại lệ các thông tin không được hưởng quyền bảo mật tại khoản (a) Mục 6 UMA, bao gồm:

(1) Một nội dung giao tiếp trong một thỏa thuận đã được ghi lại trong bản ghi và được ký bởi tất cả các bên của thỏa thuận;

(2) Một nội dung giao tiếp khi mà [đưa vào một văn bản pháp luật yêu cầu phải có các bản ghi công khai] phải được công khai hoặc được thực hiện trong một buổi họp công khai, hay phải thực hiện một cách công khai theo pháp luật;

(3) Một nội dung giao tiếp thể hiện sự đe dọa hay khẳng định một kế hoạch gây thương tích hoặc tội phạm bạo lực;

(4) Một nội dung giao tiếp được cố ý sử dụng để lên kế hoạch tội phạm, cố gắng thực hiện hoặc thực hiện tội phạm, hoặc che giấu

5 Uniform Mediation Act 2001 amended in 2003 - Luật Hòa giải thống nhất 2001 của Hoa Kỳ được sửa đổi năm 2003. Luật được soạn thảo phối hợp với các mục trong bộ quy tắc ứng xử của Hội Luật gia Hoa Kỳ (ABA Model Rules of Professional Conduct) về giải quyết tranh chấp, thiết lập một đặc quyền giữ bí mật cho các bên hòa giải và người tham gia. Đạo luật này được sửa đổi vào năm 2003 để tạo điều kiện cho việc áp dụng Luật mẫu UNCITRAL 2002 về hòa giải thương mại quốc tế.

6 Vì UMA mang tính chất là một luật mẫu để các Bang có thể tham khảo và áp dụng vào pháp luật của Bang, một số quy định sẽ được để trống để nhà lập pháp của Bang có thể dẫn chiếu đến văn bản quy phạm pháp luật của Bang mình quy định về vấn đề đó.

7 UMA – Section 8. Unless subject to the [insert statutory references to open meetings act and open records act], mediation communications are confidential to the extent agreed by the parties or provided by other law or rule of this State.

8 UMA – Section 2.2

tội phạm hay một hoạt động tội phạm đang diễn ra;

(5) Một nội dung giao tiếp nhằm tìm kiếm hoặc đề nghị chứng minh hoặc bác bỏ một yêu cầu bồi thường thiệt hại về hành vi sai trái hoặc sơ suất trong công việc của hòa giải viên;

(6) Một nội dung giao tiếp nhằm tìm kiếm hoặc đề nghị chứng minh hoặc bác bỏ một yêu cầu bồi thường thiệt hại về hành vi sai trái hoặc sơ suất trong công việc của một bên hòa giải; bên thứ ba, hay đại diện của một bên dựa trên hành động xảy ra trong quá trình hòa giải trừ khi được quy định ở khoản (c); hoặc

(7) Một nội dung giao tiếp nhằm tìm kiếm hoặc đề nghị chứng minh hoặc bác bỏ việc lạm dụng, bỏ mặc, bỏ rơi, hay bóc lột trong một quá trình tố tụng, mà ở đó, cơ quan dịch vụ bảo vệ trẻ em và người lớn là một bên, trừ khi [lựa chọn 1: trường hợp án lệ được tòa án sử dụng có sự tham gia hòa giải của cơ quan nhà nước] [lựa chọn 2: cơ quan nhà nước tham gia vào hòa giải trong vụ việc bảo vệ trẻ em và người lớn].

Khoản (a) Mục 6 UMA quy định những thông tin sẽ không được hưởng quyền bảo mật. Có thể nhận thấy đây là những trường hợp mà việc tiết lộ thông tin sẽ bảo vệ lợi ích công cộng, và sự cần thiết của lợi ích công cộng được bảo vệ hoàn toàn lớn hơn so với quyền bảo mật của các bên. Do đó, các ngoại lệ ở khoản (a) được áp dụng bất kể có cân bằng chứng hay không.

Trong ngoại lệ đầu tiên, thỏa thuận đã được ghi lại và được ký bởi tất cả các bên không được bảo mật, bao gồm các thỏa thuận sử dụng biện pháp hòa giải, trình tự tiến hành hòa giải, hay thường gặp hơn là thỏa thuận phương hướng giải quyết tranh chấp. Điều này hướng đến mục đích cho phép các bên hòa giải đem tranh chấp ra các cơ quan giải quyết tranh chấp khác trong trường hợp một bên hòa giải vi phạm thỏa

thuận giải quyết tranh chấp đã được ký. Khi đó, những nội dung đã thỏa thuận trong bản ghi này sẽ là chứng cứ cho tòa án xác định tình tiết của vụ việc. Quy định này trái ngược với quy định bảo mật “các thông tin liên quan đến hòa giải” tại Điều 9 Luật mẫu UNCITRAL, nhưng lại thể hiện sự hợp lý hơn khi nó bảo vệ lợi ích của các bên tốt hơn. Cũng cần chú ý rằng những thỏa thuận này phải được ghi lại và xác nhận bởi các bên, có thể dưới bất kỳ hình thức nào như văn bản, email, fax, ghi âm, ghi hình... thì là đối tượng được phép tiết lộ, còn những thỏa thuận miệng không được ghi lại thì vẫn là đối tượng bảo mật.

Ngoại lệ thứ hai là các thông tin trong một buổi hòa giải được tổ chức công khai hoặc theo quy định của pháp luật, buổi hòa giải phải được công khai. Bằng quy định này, UMA thể hiện sự tôn trọng đối với pháp luật các Bang khi công nhận rằng có những việc hòa giải phải tổ chức công khai. Việc tổ chức công khai này bắt nguồn từ phạm vi điều chỉnh của UMA, theo đó, không chỉ bao gồm hòa giải thương mại mà còn áp dụng để hòa giải các tranh chấp hành chính hay những tranh chấp mà pháp luật quy định phải hòa giải. Do tính chất “tư” của tranh chấp, nhìn chung, hòa giải công khai thường ít khi rơi vào các tranh chấp thương mại. Tuy nhiên, nếu pháp luật của Bang có quy định những trường hợp ngoại lệ thì những thông tin liên quan đến hòa giải này sẽ không được hưởng quyền bảo mật.

Ngoại lệ thứ ba liên quan đến những thông tin hàm chứa sự đe dọa, sử dụng vũ lực hoặc gây thương tích. Trong một buổi hòa giải, không phải lúc nào các bên hòa giải cũng có thể giữ được thái độ ôn hòa đối với những người còn lại. Nếu trong quá trình hòa giải, một bên có những hành vi, lời nói, cử chỉ không phù hợp, hướng đến sử dụng vũ lực thì những việc đó sẽ không được bảo mật. UMA đặt tính mạng, sức khỏe của con người lên trên hết, do đó không ai có quyền

viện dẫn quyền bảo mật thông tin để có những hành vi vi phạm pháp luật đối với người tham gia hòa giải với mình.

Ngoại lệ thứ tư được quy định khá rõ ràng là các thông tin về kế hoạch tội phạm, tiến hành và che giấu tội phạm... sẽ không được bảo mật. Điều này là khá hiển nhiên khi các bên không có quyền thỏa thuận hay làm những gì trái với pháp luật, và do đó những nội dung này cũng không được bảo mật, cũng là để đáp ứng nhu cầu đấu tranh phòng chống tội phạm. Tuy nhiên, cũng cần chú ý rằng khái niệm tội phạm (crime) được sử dụng không bao gồm lừa dối, vì bản thân hành vi này là chưa đủ nguy hiểm cho xã hội để trở thành một ngoại lệ và sẽ được giải quyết theo pháp luật dân sự. Ngoài ra, những tội phạm trong quá khứ và ý định phạm tội trong quá khứ cũng không thuộc phạm vi của ngoại lệ này, nghĩa là vẫn được bảo mật⁹.

Ngoại lệ thứ năm liên quan đến hoạt động chuyên môn của hòa giải viên. Nhằm củng cố tinh thần trách nhiệm của hòa giải viên trong hoạt động hòa giải, UMA cho phép các bên được tiết lộ nếu hòa giải viên có sơ suất hoặc những hành vi sai trái, cho phép các bên hòa giải và bên thứ ba được yêu cầu hòa giải viên bồi thường, cũng như cho phép hòa giải viên đưa ra những chứng cứ để bác bỏ yêu cầu bồi thường đó. Tương tự như vậy, ngoại lệ thứ sáu được quy định là những hành vi sai trái hoặc sơ suất của các bên hòa giải, bên thứ ba hay người đại diện của họ cũng không được hưởng quyền bảo mật. Đối tượng của quy định này là hành vi, lời nói của luật sư, người đại diện - những người tham gia vào giải quyết tranh chấp. Bên bị thiệt hại có thể kiện những đối tượng này và ngược lại, những đối tượng này cũng có quyền đưa ra chứng cứ bảo vệ họ. Cần

chú ý rằng trong cả hai ngoại lệ thứ năm và thứ sáu này, hành vi có thể bị kiện đòi bồi thường phải là những hành vi mang tính chất vi phạm về chuyên môn, nghiệp vụ (thiếu khả năng, không cẩn trọng trong công việc, thực hiện sai các nguyên tắc cơ bản nghề nghiệp...).

Ngoại lệ cuối cùng hướng đến mục đích bảo vệ con người, cụ thể là những người dễ tổn thương và không có khả năng tự bảo vệ như trẻ em, người tàn tật... Tùy theo pháp luật mỗi Bang mà đối tượng này có thể khác nhau. Do đó, UMA chỉ sử dụng thuật ngữ “trẻ em và người lớn” là nhằm phù hợp với pháp luật của Bang, không hạn chế các đối tượng mà pháp luật Bang bảo vệ. UMA nhấn mạnh rằng chỉ trong trường hợp hòa giải mà có sự tham gia của cơ quan nhà nước có chức năng bảo vệ các đối tượng dễ tổn thương như đã đề cập ở trên, với mục đích hòa giải là để khẳng định hoặc bác bỏ việc lạm dụng, bỏ mặc, bỏ rơi trẻ em, người lớn thì không được hưởng quyền bảo mật. Tuy nhiên, vì đây không phải là loại tranh chấp thương mại, nên không đề cập sâu trong bài nghiên cứu này.

Tiếp theo, khoản (b) Mục 6 UMA cũng quy định:

Không có một đặc quyền nào theo Điều 4 trong trường hợp tòa án, cơ quan hành chính, hay hòa giải viên nhận ra sau khi nghe các bên trình bày một cách riêng tư, rằng bên đang hướng đến việc thu thập chứng cứ thông tin hay người đưa ra bằng chứng đã cho thấy rằng chứng cứ không thể tìm thấy ở nguồn khác, nhận ra rằng cần phải có chứng cứ đó, lợi ích từ chứng cứ đó sẽ lớn hơn đáng kể so với lợi ích từ việc bảo mật, và rằng nội dung giao tiếp trong hòa giải được tìm kiếm hoặc đề nghị trong: (1) một thủ tục tố tụng liên quan đến tội nghiêm

9 National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (2003), trích dẫn số 44, p.29.

trọng [hoặc tội nhẹ]; hoặc, (2) trừ khi được quy định tại khoản (c), một thủ tục nhằm chứng minh một yêu cầu hủy bỏ hoặc thay đổi hoặc chống lại nghĩa vụ thực hiện một hợp đồng phát sinh từ việc hòa giải¹⁰.

Bên cạnh bảy ngoại lệ đã đề cập ở trên, UMA còn quy định thêm hai ngoại lệ đặc biệt mà thông tin có thể không được hưởng quyền bảo mật. Những thông tin này là thông tin trong quá trình hòa giải của một vụ án hình sự, và thông tin để chứng minh yêu cầu hủy bỏ hoặc thay đổi nghĩa vụ của thỏa thuận hòa giải thành. Trong trường hợp đầu tiên, theo UMA, trong một vụ án hình sự mà bị cáo gây thiệt hại cho nguyên đơn dân sự, và quá trình hòa giải giữa bị cáo và nguyên đơn dân sự diễn ra, thì nội dung giao tiếp của quá trình hòa giải đó có thể sẽ không được bảo mật. UMA cũng cho phép các Bang khi áp dụng có thể mở rộng ngoại lệ dành cho hòa giải các tội nghiêm trọng trong tố tụng hình sự đến cả những tội ít nghiêm trọng. Trong trường hợp thứ hai, sau khi hai bên đã tiến hành hòa giải và đạt được thỏa thuận giải quyết tranh chấp, nếu một bên vì một lý do nào đó không muốn thực hiện thỏa thuận đó, thì có thể đưa ra các chứng cứ để chứng minh cho yêu cầu đó. Ngoại lệ này xuất phát từ một án lệ *Randle v. Mid Gulf, Inc.*, của Tòa phúc thẩm Texas năm 1996¹¹, theo đó “bị đơn đưa ra lý do đã bị ép buộc và tìm kiếm chứng cứ về việc anh ta đã yêu cầu hòa giải viên phải để cho anh ta rời khỏi buổi hòa giải vì bị đau ngực và có tiền sử bệnh tim, và hòa giải viên đã từ chối để anh ta đi”¹². Tuy nhiên, khác với bảy ngoại lệ theo quy định tại khoản (a) Mục 6 UMA luôn được áp dụng vô điều kiện,

khoản (b) cho phép không bảo mật trên cơ sở hai điều kiện như sau:

- Lợi ích từ chứng cứ phải lớn hơn lợi ích có được từ quyền bảo mật của các bên, và

- Cơ quan giải quyết tranh chấp trong quá trình tố tụng sau đó sẽ nghe một cách riêng rẽ từ các bên tranh chấp, và sẽ quyết định rằng nội dung đó có đủ quan trọng để được trở thành chứng cứ hay không. Như vậy, không phải trong mọi trường hợp, các thông tin được quy định tại khoản (b) mục 6 UMA đều sẽ là ngoại lệ của quyền bảo mật mà còn tùy vào nhận xét chủ quan của người tiến hành tố tụng sau khi nghe các bên trình bày.

Khác với quy định chi tiết các ngoại lệ không được hưởng quyền bảo mật của UMA, Luật mẫu UNCITRAL chỉ đơn giản quy định “trừ khi việc tiết lộ những thông tin đó là bắt buộc theo pháp luật hoặc vì mục đích thực hiện hoặc thi hành một thỏa thuận giải quyết tranh chấp”¹³. Luật mẫu UNCITRAL chỉ điều chỉnh một cách chung nhất mà chưa đi sâu vào từng vấn đề như UMA, và đã để vấn đề tiết lộ thông tin cho pháp luật quốc gia giải quyết, chỉ quy định thêm việc tiết lộ thông tin để thi hành thỏa thuận giải quyết tranh chấp.

Về điều kiện hình thức của thông tin, cả Luật mẫu UNCITRAL và UMA đều không đặt một điều kiện nào để hạn chế thông tin được bảo mật. Luật mẫu UNCITRAL quy định rõ tại khoản 2 Điều 10 rằng: “Đoạn 1 của Điều này áp dụng bất kể thông tin hay chứng cứ được đề cập đến có hình thức gì”¹⁴. Mặc dù khoản 2 Điều 10 Luật mẫu UNCITRAL chỉ đề cập đến các thông tin

10 *UMA – Section 6. Exception to privilege.*

11 *Randle v. Mid Gulf, Inc., No. 14-95-01292-CV (Tex. App.–Houston [14th Dist.] Aug. 8, 1996)*

12 *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (2003), trích dẫn số 44, p. 33.*

13 *Điều 9 Luật mẫu UNCITRAL.*

14 *United Nations (2004), trích dẫn số 82, p. 5.*

trong khoản 1, tức là các thông tin không được đưa ra trong quá trình tố tụng khác chứ không phải là mọi thông tin liên quan đến hòa giải như nguyên tắc chung, chúng ta vẫn có thể nhận ra Luật mẫu UNCITRAL không đặt bất cứ hạn chế nào về hình thức của thông tin. Tương tự như vậy, theo định nghĩa về nội dung giao tiếp tại khoản 2, Mục 2 UMA, thông tin có thể được đưa ra bằng cách nào, dù bằng lời nói hay bằng văn bản, dù có được ghi chép lại hay không. Hai văn bản này đều hướng đến bảo mật tất cả các thông tin đủ điều kiện bảo mật về nội dung, từ đó đảm bảo quyền bảo mật cho các bên một cách tối đa.

2. Quyền và nghĩa vụ bảo mật thông tin hòa giải của các bên tranh chấp

2.1. Cơ sở xác lập quyền và nghĩa vụ bảo mật

Nhìn chung, cả Luật mẫu UNCITRAL và UMA đều thể hiện tính bảo mật thông tin qua việc hạn chế tiết lộ thông tin trong mối quan hệ giữa các bên tranh chấp với nhau, giữa các bên tranh chấp và hòa giải viên, giữa các bên tranh chấp, hòa giải viên với bên thứ ba tham gia hòa giải. Mối quan hệ này diễn ra rõ ràng nhất trong quá trình hòa giải, nhưng ngay cả khi không trong quá trình hòa giải (đơn cử như thời gian mà hòa giải viên không gặp hai bên, không thực hiện nhiệm vụ, hay khi đã kết thúc hòa giải,...) thì các bên vẫn phải đảm bảo thực hiện nghĩa vụ. Mặc dù thông tin liên quan đến hòa giải là đối tượng bảo mật, nhưng Luật mẫu UNCITRAL và UMA đã đặt ra những cách thức xác lập quyền hoàn toàn khác nhau để một thông tin được bảo mật. Cụ thể hơn, tại Điều 9 Luật mẫu UNCITRAL¹⁵, trừ một số trường hợp ngoại lệ, thông tin được bảo mật

một cách mặc nhiên. Các bên khi tham gia hòa giải sẽ có nghĩa vụ bảo mật, và do đó, các bên còn lại được hưởng đặc quyền bảo mật mà không cần phải có sự thỏa thuận. Tuy nhiên, Điều 9 Luật mẫu UNCITRAL chỉ là nguyên tắc chung, khi đi sâu vào từng quy định, không phải thông tin nào cũng được bảo mật mà tùy vào từng giai đoạn hòa giải, thông tin cần phải có những điều kiện kèm theo mới được bảo mật. UMA theo hướng tiếp cận hoàn toàn ngược lại khi yêu cầu nghĩa vụ thỏa thuận của các bên, chỉ những thông tin nào mà các bên thỏa thuận sẽ phải bảo mật mới được hưởng đặc quyền này¹⁶, bên cạnh những thông tin mà pháp luật quy định phải được bảo mật. Mỗi cách tiếp cận đều có ưu điểm và nhược điểm riêng như đã phân tích, do đó khi thỏa thuận sử dụng biện pháp hòa giải, các bên cần nắm rõ pháp luật áp dụng cho việc giải quyết tranh chấp của mình để có thể vận dụng được một cách hiệu quả nhất, tránh những rủi ro có thể xảy ra.

Theo Điều 8 Luật mẫu UNCITRAL, khi tiếp nhận từ một bên tranh chấp các thông tin liên quan đến tranh chấp, hòa giải viên có thể tiết lộ nội dung của thông tin đó cho bên hòa giải kia. Tuy nhiên, khi một bên đưa ra bất cứ thông tin nào cho hòa giải viên mà thông tin đó phải chịu một điều kiện đặc biệt là được giữ bí mật thì sẽ không được phép tiết lộ cho bên hòa giải còn lại¹⁷. Như vậy, xuất phát từ tinh thần của biện pháp hòa giải là hòa giải viên sẽ tạo cho các bên tranh chấp có thể hiểu được vấn đề của bên còn lại và thông cảm cho nhau nhằm hướng đến một giải pháp chung. Luật mẫu UNCITRAL không quá đặt nặng vấn đề bảo mật một cách tuyệt đối mà hòa giải viên vẫn có thể

15 United Nations (2004).

16 United Nations (2004).

17 United Nations (2004), trích dẫn số 82, p. 4.

tiết lộ thông tin, chỉ trừ những thông tin mà một bên tranh chấp đã yêu cầu hòa giải viên phải có nghĩa vụ bảo mật. Quy định này cũng giúp hạn chế nghĩa vụ của hòa giải viên, giúp họ phát huy được vai trò trung gian tạo môi trường thuận lợi, tin tưởng cho các bên.

UMA cũng có những quy định cụ thể hơn về bảo mật thông tin trong quá trình hòa giải. Theo khoản a và b Mục 4 UMA:

(a) Trừ khi thuộc một trong các ngoại lệ tại Mục 6, một nội dung giao tiếp trong hòa giải là một đặc quyền như quy định tại khoản (b) và sẽ không chịu sự thu thập chứng cứ hoặc chấp nhận làm bằng chứng trong một quá trình tố tụng khác, ngoại trừ được từ bỏ hay mất quyền theo Điều 5.

(b) Trong các quá trình tố tụng sau đó, các quyền sẽ được thực hiện như sau:

- Một bên hòa giải có thể từ chối tiết lộ, và có thể ngăn chặn người khác tiết lộ một nội dung giao tiếp hòa giải.

- Hòa giải viên có thể từ chối tiết lộ, và có thể ngăn chặn người khác tiết lộ một nội dung giao tiếp hòa giải của hòa giải viên đó.

- Một người tham gia không phải là bên hòa giải có thể từ chối tiết lộ, và có thể ngăn chặn người khác tiết lộ một nội dung giao tiếp hòa giải của người đó¹⁸.

Về chủ thể, Mục 4 UMA quy định rõ hơn quyền bảo mật của các bên đối với nội dung hòa giải, trong đó, các bên tranh chấp, hòa giải viên và bên thứ ba tham gia hòa giải (những người liên quan đến tranh chấp nhưng không phải là các bên tranh chấp) đều có quyền bảo mật thông tin của mình và ngăn chặn người khác tiết lộ các thông tin đó. Nói cách khác, dù không quy định nghĩa vụ bảo mật, nhưng việc cho phép các bên có quyền ngăn chặn người khác tiết lộ thông tin đã gián tiếp đặt nghĩa vụ bảo mật thông tin lên các chủ thể, không chỉ là các chủ thể liên

quan đến quá trình hòa giải mà có thể còn là bất kỳ ai biết được những thông tin này. Như vậy, UMA đã có sự mở rộng hơn hẳn Luật mẫu UNCITRAL khi Luật mẫu UNCITRAL chỉ đặt ra quy định về nghĩa vụ bảo mật của hòa giải viên.

Về phạm vi bảo mật, Điều 8 Luật mẫu UNCITRAL chỉ bảo mật đối với những thông tin mà một bên hòa giải đưa ra cho hòa giải viên, trong khi đó, Điều 4 UMA còn mở rộng phạm vi bảo mật ra cả nội dung giao tiếp của hòa giải viên, nội dung giao tiếp của bên thứ ba, nghĩa là mọi chủ thể liên quan đến quá trình hòa giải. Ở điểm này, ta nhận thấy UMA đã có quy định bảo vệ tính bảo mật của thông tin hòa giải một cách trọn vẹn hơn Luật mẫu UNCITRAL khi tất cả các bên (bao gồm cả hòa giải viên) đều được quyền bảo mật những thông tin mà mình đưa ra.

Về yêu cầu phải có sự thỏa thuận giữa các bên, mặc dù Điều 4 UMA không quy định rõ là các bên cần phải thỏa thuận những nội dung nào sẽ được bảo mật, nhưng theo nguyên tắc chung quy định tại Mục 8 UMA, nội dung giao tiếp sẽ chỉ được bảo mật trong phạm vi mà các bên thỏa thuận. Trong khi đó, Điều 8 Luật mẫu UNCITRAL chỉ đòi hỏi một sự thông báo từ bên tranh chấp đến hòa giải viên, không cần phải có thỏa thuận (vì bản chất mối quan hệ giữa bên tranh chấp và hòa giải viên không phải là một mối quan hệ dân sự bình đẳng, hai bên không có vai trò như nhau). Như vậy, có thể khẳng định Điều 8 Luật mẫu UNCITRAL và Mục 4 UMA đã thể hiện rõ yêu cầu về hình thức đối với vấn đề bảo mật trong hoạt động tiết lộ thông tin: Điều 8 Luật mẫu UNCITRAL không yêu cầu phải có thỏa thuận mà chỉ cần thông báo, và ngược lại, Mục 4 UMA chỉ được áp dụng nếu các bên có thỏa thuận về việc bảo mật các nội dung giao tiếp.

Khi đề cập đến những ngoại lệ của quyền bảo mật, các thông tin được quy định tại khoản (a) Mục 6 và các thông tin tại khoản (b) Mục 6 UMA (nếu đáp ứng các điều kiện) không được hưởng quyền bảo mật, hậu quả pháp lý là các bên liên quan đến quá trình hòa giải, gồm các bên tranh chấp, hòa giải viên và bên thứ ba đều có quyền tiết lộ những thông tin này. Cơ quan giải quyết tranh chấp của quá trình tố tụng sau đó cũng có quyền yêu cầu các bên liên quan đến quá trình hòa giải cung cấp thông tin và những thông tin đó được chấp nhận làm chứng cứ. Tuy nhiên, không phải trong mọi trường hợp, hòa giải viên cũng bị buộc phải cung cấp chứng cứ. Theo khoản (c) Mục 6 UMA, “Hòa giải viên không bị buộc phải cung cấp chứng cứ về nội dung giao tiếp trong hòa giải được đề cập tại (a) (6) và (b) (2)”¹⁹. Các chứng cứ được đề cập tại (a) (6) và (b) (2) là:

- Một nội dung giao tiếp nhằm tìm kiếm hoặc đề nghị chứng minh hoặc bác bỏ một yêu cầu bồi thường thiệt hại về hành vi sai trái hoặc sơ suất trong công việc của một bên hòa giải; bên thứ ba, hay đại diện của một bên dựa trên hành động xảy ra trong quá trình hòa giải;

- Một thủ tục nhằm chứng minh một yêu cầu hủy bỏ hoặc thay đổi hoặc chống lại nghĩa vụ thực hiện một hợp đồng phát sinh từ việc hòa giải.

Đây là các ngoại lệ thể hiện sự xung đột lợi ích trực tiếp của các bên, cụ thể là sự xung đột giữa bên có hành vi sai trái, sơ xuất và bên bị thiệt hại, giữa bên yêu cầu hủy bỏ hợp đồng là kết quả của quá trình hòa giải

và bên còn lại. Trong các xung đột này, vì hòa giải viên có thể là người nắm rõ nhất các tình tiết của vụ việc do thường có mặt ở các buổi hòa giải nên họ thường xuyên bị các bên yêu cầu phải thực hiện việc cung cấp chứng cứ. Tuy nhiên, vai trò của hòa giải viên là một người trung gian độc lập, nếu hòa giải viên bị buộc phải cung cấp chứng cứ, một bên sẽ cảm thấy hòa giải viên không công bằng trong công việc, và do đó gián tiếp hạn chế sự phát triển của biện pháp hòa giải. Vì thế, UMA không buộc họ phải cung cấp chứng cứ, nhưng họ hoàn toàn có thể tự nguyện đưa ra các chứng cứ này.

Chúng ta cũng cần chú ý đến quy định tại khoản (d) Mục 6 UMA: “Nếu một nội dung giao tiếp trong hòa giải không được hưởng quyền bảo mật theo khoản (a) hay (b), chỉ phần nội dung giao tiếp cần thiết cho việc áp dụng ngoại lệ đó được chấp nhận. Sự chấp nhận chứng cứ theo khoản (a) hay (b) không làm cho chứng cứ khác, hay bất cứ nội dung giao tiếp trong hòa giải nào khác có thể bị tìm kiếm hoặc tiếp cận được cho bất cứ mục đích gì”²⁰.

Những ngoại lệ được quy định tại khoản (a) và (b) của Mục 6 UMA cũng chỉ cho phép các bên tiết lộ những thông tin cần thiết cho việc áp dụng ngoại lệ đó. Những nội dung giao tiếp khác vẫn được các bên xác lập quyền bảo mật theo cách thức đã đề cập ở trên, và những thông tin đó, nếu được đưa ra trong quá trình tố tụng sau đó thì cũng sẽ bị xem như không thể tiếp cận được. Ví dụ như trong quá trình hòa giải, nếu một bên tranh chấp đe dọa sẽ sử dụng vũ lực với bên còn lại, thì nội dung giao tiếp đó sẽ không được hưởng quyền bảo mật, nhưng

19 UMA – Section 6. (c) – “A mediator may not be compelled to provide evidence of a mediation communication referred to in subsection (a) (6) or (b)(2)”.

20 UMA – Section 6.

những nội dung còn lại (tình tiết của vụ việc, đề xuất của hòa giải viên,...) thì vẫn được bảo mật nếu các bên có thỏa thuận như vậy.

Để có thể xác lập được quyền bảo mật, thông tin của các bên đưa ra không chỉ phải thuộc đối tượng được bảo mật, được xác lập theo hình thức quy định mà còn phải là thông tin không thể tiếp cận được bằng cách thức khác.

Điều 10.5 Luật mẫu UNCITRAL quy định: “Trong giới hạn của khoản 1 Điều này, chứng cứ mà có thể tìm thấy bằng cách khác trong các quá trình tố tụng trọng tài, tố tụng tòa án hay các quá trình tố tụng khác không trở nên không thể tiếp cận được như là hậu quả của việc đã sử dụng biện pháp giải quyết tranh chấp hòa giải”²¹.

Tương tự như vậy, khoản c Mục 3 UMA cũng quy định: “Chứng cứ hoặc các thông tin tiếp cận được bằng cách khác hoặc bị khám phá không trở nên không thể tiếp cận được hay được bảo vệ khỏi việc khám phá chỉ vì lý do chúng được tiết lộ hoặc sử dụng trong một việc hòa giải”²².

Như chúng ta đã biết, vấn đề cốt lõi của hòa giải là tạo ra được một môi trường đủ tin tưởng để các bên có thể đưa ra các thông tin, đề xuất các giải pháp cho tranh chấp. Sẽ có những thông tin mà các bên muốn giữ bí mật, và chỉ có quyền bảo mật mới đảm bảo được cho các bên có thể tin tưởng trình bày trong quá trình hòa giải, hay nói cách khác, “nếu không có quyền bảo mật, thông tin sẽ không được tiết lộ cho người khác biết”²³. Do đó, yêu cầu cơ bản của quyền bảo mật chính là thông tin không thể tìm được, tiếp cận được bằng một cách nào khác. Nếu

thông tin có thể tiếp cận được bằng một cách khác, thì quyền bảo mật sẽ không còn ý nghĩa, và bản thân của quá trình hòa giải không thể đem lại sự bí mật cho một thông tin vốn đã không bí mật từ đầu.

Cũng cần chú ý rằng các bên sẽ có quyền bảo mật với điều kiện là các bên không từ bỏ quyền hay bị mất này. UMA đã quy định các trường hợp các bên từ bỏ và mất quyền tại Mục 5 như sẽ được trình bày cụ thể sau đây.

2.2. Các trường hợp từ bỏ quyền bảo mật

Vì hòa giải thương mại là một quan hệ dân sự, các bên hoàn toàn có quyền thỏa thuận với nhau những điều pháp luật không cấm và từ bỏ quyền bảo mật cũng là một thỏa thuận như vậy. Mục 5 UMA quy định:

(a) Một đặc quyền theo Điều 4 có thể bị từ bỏ trong biên bản hoặc bằng lời nói trong quá trình tố tụng nếu nó được từ bỏ một cách minh thị bởi tất cả các bên hòa giải, và: (i) hòa giải viên từ bỏ một cách minh thị đối với đặc quyền của hòa giải viên, và (ii) bên tham gia không phải là một bên tranh chấp từ bỏ một cách minh thị đối với quyền của chính bên đó²⁴.

Dựa vào quy định trên, ta có thể thấy rằng để từ bỏ quyền bảo mật, điều kiện tiên quyết là tất cả các bên đều phải cùng từ bỏ một cách minh thị đối với quyền bảo mật của mình. Cụ thể hơn, theo phần giải thích và bình luận của UMA, có ba trường hợp mà các bên sẽ từ bỏ quyền bảo mật của mình:

+ Đối với việc lấy lời khai về nội dung giao tiếp trong hòa giải của một bên, tất cả các bên đều là người có quyền bảo mật và

21 UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation - Article 10. Admissibility of evidence in other proceedings.

22 UMA – Section 4.

23 Alan Kirtley (1995), trích dẫn số 48, tr.17: “but for” the privilege the information would be unknown.

24 UMA – Section 5. Waiver and preclusion of privilege.

do đó, tất cả các bên phải từ bỏ quyền của mình trước khi một bên hoặc bên thứ ba không phải là bên tranh chấp có thể khai báo hoặc cung cấp chứng cứ; nếu chứng cứ [của một bên] đó được cung cấp bởi hòa giải viên thì tất cả các bên và hòa giải viên phải từ bỏ quyền bảo mật.

+ Đối với việc lấy lời khai về nội dung giao tiếp trong hòa giải của hòa giải viên, cả hai bên tranh chấp và hòa giải viên đều là người có quyền bảo mật và do đó, tất cả các bên và Hòa giải viên phải từ bỏ quyền trước khi một bên, hòa giải viên, hay bên thứ ba không phải bên tranh chấp có thể khai báo hoặc cung cấp chứng cứ về một nội dung giao tiếp của hòa giải viên.

+ Đối với việc lấy lời khai về nội dung giao tiếp trong hòa giải của bên thứ ba, cả hai bên tranh chấp và bên thứ ba đều là người có quyền bảo mật và do đó, cả hai bên tranh chấp và bên thứ ba phải từ bỏ quyền trước khi một bên tranh chấp hay hay bên thứ ba có thể khai báo hoặc cung cấp chứng cứ về một nội dung giao tiếp của hòa giải viên. Nếu việc cung cấp chứng cứ đó được đề nghị thông qua hòa giải viên, hòa giải viên cũng phải từ bỏ quyền của mình²⁵.

UMA quy định việc từ bỏ quyền phải thể hiện một cách minh thị, nhưng lại không quy định rõ hình thức của việc từ bỏ này. Do đó các bên hoàn toàn có quyền từ bỏ bằng lời nói, văn bản, ghi âm, ghi hình... nhưng lại không có quyền từ bỏ bằng hành động. Việc quy định này là để ngăn ngừa các trường hợp các bên vô ý từ bỏ quyền của mình bằng hành động, vốn không mang tính rõ ràng và dễ gây nhầm lẫn. Phân bình luận của UMA cũng đề cập đến thời điểm từ bỏ quyền là “trước khi bên tranh chấp/hòa giải

viên/bên thứ ba khai báo hoặc cung cấp chứng cứ đó. Chúng ta có thể hiểu rằng UMA không hạn chế thời hạn từ bỏ quyền mà chỉ cần từ bỏ quyền trước khi thông tin đó được tiết lộ, các bên hoàn toàn có quyền từ bỏ quyền trước khi hòa giải, trong khi hòa giải và thậm chí sau khi hòa giải xong.

2.3. Các trường hợp mất quyền bảo mật

Bên cạnh các trường hợp từ bỏ quyền, UMA cũng quy định tại Mục 5 hai trường hợp mà người có quyền bảo mật sẽ bị mất quyền:

(b) Một người tiết lộ hoặc trình bày về nội dung giao tiếp trong hòa giải nhằm gây hại cho người khác trong quá trình tố tụng sau đó thì sẽ bị mất quyền bảo mật theo Mục 4, nhưng chỉ trong phạm vi cần thiết để người bị thiệt hại đó phản ứng lại với sự trình bày hoặc tiết lộ đó.

(c) Một người cố ý sử dụng việc hòa giải để lên kế hoạch, tìm cách thực hiện tội phạm hay thực hiện tội phạm trên thực tế, hay che giấu một tội phạm hay hành vi phạm tội đang xảy ra thì sẽ bị mất quyền theo Mục 4²⁶.

Ngoại lệ đầu tiên nhằm mục đích ngăn ngừa một bên lợi dụng quyền bảo mật để gây hại cho bên khác. Ví dụ như một bên tranh chấp A khai báo với tòa án bên tranh chấp B đã thừa nhận việc tẩu tán tài sản tranh chấp, thì A sẽ mất các quyền bảo mật đối với những chứng cứ có vai trò giúp B chứng minh lời khai của A là sai. Quyền bảo mật của A bị mất chỉ trong phạm vi mà B cần để phản ứng lại với lời khai của A, chứ không phải tất cả nội dung giao tiếp của A đều bị mất. Quy định này nhằm bảo đảm cho bên còn lại có quyền phản ứng đối với những thông tin thuộc quyền bảo mật của

25 National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (2003), trích dẫn số 44, tr. 21.

26 UMA - Section 5. Waiver and preclusion of privilege.

mình bị bên khác xâm phạm. Tuy nhiên, chúng ta có thể chú ý rằng dù A đã bị mất quyền bảo mật, nhưng B vẫn hoàn toàn có quyền bảo mật đối với những thông tin đã bị A cung cấp cho tòa án. Do đó, chỉ trong trường hợp B từ bỏ quyền bảo mật của mình đối với thông tin đó thì nội dung lời khai của A và B mới có thể trở thành bằng chứng mà tòa án có thể tiếp cận được. UMA hầu như không đưa ra hình phạt cho bên vi phạm nghĩa vụ bảo mật. UMA cũng không định nghĩa thế nào là vi phạm quyền bảo mật²⁷. Đây có thể xem là biện pháp duy nhất để phòng chống, bên đã không thực hiện nghĩa vụ bảo mật của mình, gây hại cho bên còn lại.

Ngoại lệ thứ hai là ngoại lệ chống lại việc lạm dụng quyền bảo mật trong hòa giải để đấu tranh phòng, chống tội phạm. Theo đó không chỉ nội dung giao tiếp trong quá trình hòa giải không là đối tượng của quyền bảo mật theo khoản (a) (4) Mục 6 (đã đề cập tại phần 2.1.1) mà việc các bên sử dụng biện pháp hòa giải để bảo mật những thông tin kế hoạch tội phạm, che giấu tội phạm cũng bị ngăn cấm. Sở dĩ UMA chia làm hai quy định này là vì đối tượng của khoản (a) (4) Mục 6 chỉ là những thông tin riêng lẻ xuất hiện trong quá trình hòa giải²⁸, có thể không phải là nội dung chính của việc hòa giải. Còn tại khoản (c) Mục 5, UMA hướng đến những buổi hòa giải có nội dung chính là thực hiện hay che giấu tội phạm, do tính chất nghiêm trọng hơn mà các bên tham gia vào hòa giải này sẽ bị mất quyền bảo mật chứ không chỉ dừng lại ở những thông tin liên quan đến tội phạm không được bảo mật. Cũng có nghĩa là nếu các bên tham gia vào một buổi hòa giải nhằm mục đích thực hiện hay che giấu

tội phạm, thì tất cả những thông tin trong đó đều không được bảo mật, kể cả những thông tin không nhằm ý định phạm tội. Tóm lại, dựa trên những lập luận đã trình bày, có thể thấy rõ rằng cần có các quy phạm pháp luật riêng cho vấn đề bảo mật thông tin hòa giải trong thủ tục thu thập, chấp nhận chứng cứ là cần thiết. Việc xây dựng các quy định này sẽ không dễ dàng vì Luật mẫu UNCITRAL quy định vấn đề trên rất khái quát, xuất phát từ bản chất đặc thù của pháp luật tố tụng, hầu như không thể đạt được sự thống nhất ở mức độ chi tiết giữa các quốc gia.

3. So sánh Luật mẫu UNCITRAL với UMA

Như vậy, xét theo môi trường pháp luật, Hoa Kỳ có cách tiếp cận vấn đề khác với Luật mẫu UNCITRAL. UMA không quy định trực tiếp việc cấm hòa giải viên làm trọng tài viên. Mục 4 của UMA quy định về cơ chế đặc quyền, như đã phân tích tại Mục 1.2.3, cho phép các bên ngăn chặn việc tiết lộ nội dung hòa giải trong một thủ tục. “Thủ tục” cũng được định nghĩa là bao gồm cả thủ tục trọng tài, như đã trình bày, vì thế, có quan điểm nghiên cứu cho rằng trọng tài viên sẽ không thể đưa ra phán quyết dựa trên các thông tin hòa giải đang được bảo mật²⁹. Như vậy, UMA vẫn đảm bảo được hiệu quả bảo mật trong thủ tục trọng tài sau khi hòa giải. Quan điểm này tuy có cơ sở về mặt lý luận nhưng xét trên thực tế thì chưa hoàn toàn chính xác. Vì, *thứ nhất*, không phải mọi thông tin hòa giải được dùng để giải quyết tranh chấp trước trọng tài đều có thể ghi vào phán quyết trọng tài. Chẳng hạn, các thông tin hòa giải được bảo mật như thái độ, biểu cảm, lời nói của các bên tranh chấp trong khi hòa giải. *Thứ hai*, không phải hội đồng trọng

27 Nancy F. Lesser (2005), *How much confidentiality does the UMA Provide?*, *National Law Journal*, p. 3.

28 *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (2003), trích dẫn số 44, p. 23.

29 Kristen M. Blankley (2011), “Keeping a secret from yourself? Confidentiality when the same Neutral serves both as Mediator and as Arbitrator in the same case”, *University of Nebraska – Lincoln, College of Law, Faculty Publications*, p. 342.

tài nào cũng giải thích rõ mọi chứng cứ mình đã dùng để đưa ra phán quyết. Do đó, chúng tôi cho rằng, cách tiếp cận của UMA về vấn đề này chưa hợp lý bằng Luật mẫu UNCITRAL.

Mặc dù UMA không quy định nhưng pháp luật Hoa Kỳ vẫn chứa đựng các quy định tương tự như Điều 12 Luật mẫu thông qua bộ quy tắc đạo đức nghề nghiệp hay qua quy tắc về trọng tài thương mại của các tổ chức có thẩm quyền quản lý hoạt động của trọng tài viên. Hội Luật gia Hoa Kỳ (ABA) đã ban hành Quy tắc về Trọng tài Thương mại và Thủ tục Hòa giải³⁰. Theo đó, khoản c Điều L-2 quy định về trọng tài viên có hạn chế như sau: “Trong trường hợp không có sự đồng ý của các bên, trọng tài viên không được là người đã làm hòa giải viên trong một thủ tục hòa giải đang diễn ra”³¹.

Bên cạnh trọng tài viên, hòa giải viên vẫn còn có thể đồng thời đóng vai trò khác trong thủ tục tố tụng tòa án và thủ tục trọng tài mà Luật mẫu UNCITRAL không quy định, cụ thể là thẩm phán và đại diện cho một bên tranh chấp. Đối với thẩm phán, Luật mẫu không quy định là hợp lý vì thẩm phán thuộc hệ thống tòa án, mà quy định pháp luật về chủ thể này liên quan đến tổ chức tòa án mỗi nước. Đây là vấn đề không thể đạt được sự thống nhất giữa các quốc gia nên quy định ở đây sẽ trở nên vô nghĩa. Đối với vai trò của

người đại diện cho một bên tranh chấp, Luật mẫu không quy định vì ban soạn thảo không tìm ra giải pháp thống nhất giữa các hệ thống pháp luật quốc gia. Ở nhiều quốc gia, việc hòa giải viên làm người đại diện cho một bên hòa giải là hành vi vi phạm quy tắc ứng xử nghề nghiệp của hòa giải viên. Mặt khác, nếu quy định theo hướng cấm như vậy sẽ đi ngược lại nguyên tắc tôn trọng quyền tự thỏa thuận, tự định đoạt của các bên³². Như vậy, vấn đề hòa giải viên giữ các vai trò khác đối với cùng một tranh chấp rất cần thiết để đảm bảo được nguyên tắc bảo mật trong hòa giải thương mại.

Trong bối cảnh hội nhập kinh tế cùng nhu cầu phát triển nội tại của quốc gia, đã đến lúc cơ chế hòa giải thương mại ngoài tòa án cần sớm được luật hóa tại Việt Nam. Việc sắp tới đây Chính phủ sẽ ban hành Nghị định về hòa giải thương mại là nền tảng pháp lý đầu tiên hướng dẫn chi tiết cho hoạt động này. Tuy nhiên, cơ sở pháp lý về vấn đề bảo mật thông tin trong hòa giải thương mại ở Việt Nam vẫn còn bỏ ngõ và thiếu thống nhất với quy định tố tụng dân sự hiện tại. Xuất phát từ bản chất của phương thức hòa giải thương mại cùng kinh nghiệm các nước trên thế giới, nguyên tắc bảo mật chính là ưu điểm nổi bật, hấp dẫn và cũng là nền tảng cho sự thành công của phương thức hòa giải thương mại ngoài tòa án ■

30 American Bar Association, “Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures (Including Procedures for Large, Complex Commercial Disputes)”,

[https://www.adr.org/aaa/faces/rules/searchrules/rulesdetail?doc=ADRSTG_004130&_afLoop=819321211818476&_afWindowMode=0&_afWindowId=seirmjzjc_72#%40%3F_afWindowId%3Dseirmjzjc_72%26_afLoop%3D819321211818476%26doc%3DADRSTG_004130%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3Dseirmjzjc_290] (truy cập ngày 05/04/2015).

31 Nguyên văn: “Absent agreement of the parties, the arbitrator(s) shall not have served as the mediator in the mediation phase of the instant proceeding”.

32 United Nations (2004), trích dẫn số 82, p. 52.