

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

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



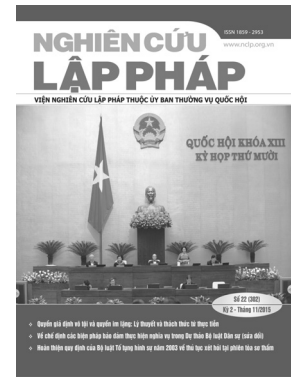
Số 22 (302)

Kỳ 2 - Tháng 11/2015

- ❖ Quyền giả định vô tội và quyền im lặng: Lý thuyết và thách thức từ thực tiễn
- ❖ Về chế định các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)
- ❖ Hoàn thiện quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2003 về thủ tục xét hỏi tại phiên tòa sơ thẩm

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Mục lục 11/2015

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Quyền giả định vô tội và quyền im lặng: Lý thuyết và thách thức từ thực tiễn

ThS. Bùi Tiến Đạt

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 12** Về chế định các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)

TS. Nguyễn Bích Thảo

- 23** Cấu thành tội khung bổ nhằm chống chính quyền nhân dân trong Bộ luật Hình sự năm 1999 và một số kiến nghị sửa đổi

ThS. Nguyễn Quyết Thắng

- 30** Mở rộng phạm vi công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của tòa án nước ngoài

TS. Bành Quốc Tuấn

- 37** Những vấn đề phải chứng minh tại Điều 417 Dự thảo sửa đổi Bộ luật Tố tụng hình sự

ThS. Vũ Xuân Thao

- 43** Hoàn thiện quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2003 về thủ tục xét hỏi tại phiên tòa sơ thẩm

ThS. Nguyễn Ngọc Kiên

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 49** Hoàn thiện pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính rong lĩnh vực phòng, chống tác hại của thuốc lá

ThS. Cao Vũ Minh - Trương Tư Phước

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 56** Phạm vi áp dụng trưng cầu dân ý trong pháp luật của Pháp và Nga: một số kinh nghiệm cho Việt Nam

Trần Việt Dũng - ThS. Lê Tấn Phát

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

PGS. TS. ĐINH 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 NGUU
PGS, TS. ĐINH VĂN NHẢ
PGS, TS. TRẦN ĐÌNH NHẢ
PGS, TS. HOÀNG VĂN TÚ
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

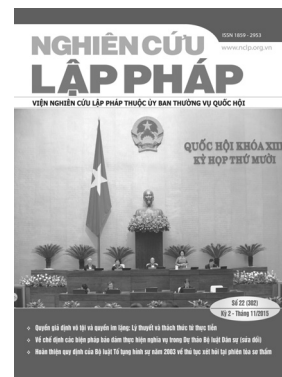
IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

GIÁ: 19.500 ĐỒNG

*Ảnh bìa: Kỳ họp thứ 10, Quốc hội khóa XIII.
Ảnh: Đinh Nam*

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Legis 11/2015

STATE AND LAW

- 3** The right to be presumed innocent and the right of silence:
Theory and practical challenges

LMM. Bui Tien Dat

DISCUSSION OF BILLS

- 12** About the provisions on measures to ensure the implementation
of obligations in the draft Civil Code (Amendment)

Dr. Nguyen Bich Thao

- 23** The elements of the crime of "Terrorism against the People's
Government" in the Penal Code of 1999 and some proposals
for amendments

LLM. Nguyen Quyet Thang

- 30** Expanding the scope of recognition and enforcement of
judgments and civil decisions of foreign courts in Vietnam

Dr. Banh Quoc Tuan

- 37** These elements having to prove in Article 417 of the draft
Criminal Procedure Code (amendment)

LLM. Vu Xuan Thao

- 43** Perfecting the provisions of the Criminal Procedure Code of
2003 on interrogation procedures at the first-instance trial

LLM. Nguyen Ngoc Kien

LEGAL PRACTICE

- 49** Improving the laws on sanctions against administrative violations
in the field of prevention and control of tobacco harm

LLM. Cao Vu Minh - Truong Tu Phuoc

FOREIGN EXPERIENCE

- 56** The scope of use of referendum according laws of the France
and the Russia: some experience for Vietnam

Tran Viet Dung - LLM. Le Tan Phat

EDITORIAL:

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 PUBLISMENT:

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**

QUYỀN GIẢ ĐỊNH VÔ TỘI VÀ QUYỀN IM LẶNG: Lý thuyết và thách thức từ thực tiễn

BÙI TIẾN ĐẠT*

Trong quá trình soạn thảo, thực hiện Hiến pháp năm 2013 và sửa đổi Bộ luật Tố tụng hình sự (TTHS), trên các diễn đàn học thuật cũng như trên báo chí đã có các thảo luận và tranh luận khá sôi nổi về quyền giả định vô tội và quyền im lặng. Bài viết này có hai mục đích chính. Thứ nhất, bài viết lý giải rằng một trong những lý do khiến quyền giả định vô tội bị xâm phạm là nó đã bị dịch một cách chưa chuẩn xác thành quyền “suy đoán” vô tội, dẫn đến sự hiểu sai về bản chất của quyền. Thứ hai, bài viết gợi ý mô hình dung hòa về quyền im lặng, vốn là cách tiếp cận khá phổ biến trên thế giới, có thể là bài học kinh nghiệm cho Việt Nam.

1. Quyền giả định vô tội

Suy đoán vô tội hay giả định vô tội?

Khi thảo luận về Dự thảo Bộ luật TTHS (sửa đổi), có đại biểu Quốc hội đã thẳng thắn nhận định rằng việc “suy đoán có tội” diễn ra phổ biến trong hoạt động tư pháp¹. Điều đó có nghĩa rằng, nguyên tắc “suy đoán vô tội” (SĐVT) trong Hiến pháp đã bị xâm phạm một cách phổ biến trên thực tế. Có nhiều nguyên nhân cho thực trạng này. Bài viết này phân tích một lý do ít khi được đề cập tới: đó là cách sử dụng thuật ngữ.

Trước hết, cần phải khẳng định Hiến pháp Việt Nam không sử dụng thuật ngữ “suy đoán vô tội” mà sử dụng một câu diễn đạt nội hàm của nguyên tắc SĐVT. Nguyên tắc này lần đầu tiên được Việt Nam chính thức ghi nhận tại Điều 10 Bộ luật TTHS năm 1988: “Không ai có thể bị coi là có tội và phải chịu hình phạt, khi chưa có bản án kết tội của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật”. Sau đó, nguyên tắc SĐVT được hiến định tại Điều 72 Hiến pháp năm 1992: “Không ai bị coi là có tội và phải chịu hình phạt khi chưa

* ThS. Đại học Macquarie, Australia.

1 <http://tuoitre.vn/tin/phap-luat/20150617/dai-bieu-le-thi-nga-suy-doan-co-toi-kha-pho-bien/762669.html>

có bản án kết tội của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật”. Gần đây, Hiến pháp năm 2013 một lần nữa khẳng định và làm rõ hơn nguyên tắc SĐVT tại khoản 1 Điều 31: “Người bị buộc tội được coi là không có tội cho đến khi được chứng minh theo trình tự luật định và có bản án kết tội của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật”.

Truy từ gốc gác tiếng Anh, chúng ta thấy thuật ngữ SĐVT đã được dịch từ thuật ngữ “presumption of innocence” trong các tài liệu khoa học hay cụm từ “the right to be presumed innocent” trong các văn kiện quốc tế về quyền con người. Chẳng hạn, Tuyên ngôn phổ quát về Quyền con người năm 1948 nêu “Everyone charged with a penal offence has the right to be *presumed innocent* until proved guilty” (khoản 1 Điều 11), và tương tự, Công ước quốc tế về Quyền dân sự và chính trị năm 1966 nêu “Everyone charged with a criminal offence shall have the right to be *presumed innocent* until proved guilty” (khoản 2 Điều 14)².

Theo các từ điển tiếng Anh cũng như Anh - Việt, động từ “presume” có hai nghĩa: (1) dự đoán, suy đoán và (2) giả định. Theo nghĩa thứ nhất, từ điển Longman định nghĩa “presume” là “nghĩ rằng điều gì là đúng, mặc dù không chắc chắn”. Cách định nghĩa này gần với từ “đoán chừng” trong tiếng Việt. Ở mức độ chắc chắn cao hơn so với “đoán chừng”, “presume” có thể hiểu là “suy đoán”, tức là “đoán ra điều chưa biết, căn cứ vào những điều đã biết”. Như vậy, nếu hiểu theo nghĩa thứ nhất của từ “presume”, “the right to be presumed innocent” là quyền được “suy đoán vô tội” của người bị buộc tội. Đại Từ điển Tiếng Việt định nghĩa “suy đoán” là “dựa vào điều đã biết mà đoán ra

điều chưa biết”³. “Suy đoán” đòi hỏi phải có thông tin, dữ kiện, tài liệu, chứng cứ để khiến con người tin vào một điều gì đó. Nếu hiểu như vậy, cơ quan điều tra rất khó có thể suy đoán vô tội vì trên nguyên tắc, việc bắt và khởi tố bị can phải có chứng cứ khiến họ tin là bị can có tội.

Chúng tôi cho rằng, khoa học pháp lý không sử dụng khái niệm “presume” theo nghĩa “suy đoán” như trên. Từ điển tiếng Anh Longman nêu rõ trong lĩnh vực luật, “presume” được hiểu là “chấp nhận một điều gì đó là đúng cho đến khi nó được chứng minh là không đúng”. Đây chính là khái niệm giả định, giả thiết trong tiếng Việt. Theo Đại Từ điển Tiếng Việt, “giả định” là “đưa ra một khả năng như có thật”⁴. Như vậy, “the right to be presumed innocent” cần được dịch là quyền được giả định vô tội, theo đó, người bị cáo buộc thực hiện một tội phạm được coi (được giả định) là không có tội cho đến khi cơ quan công tố thuyết phục được tòa án rằng bị cáo đã phạm tội. Quyền này đòi hỏi các cơ quan tiến hành tố tụng phải *coi* (giả định) bị can, bị cáo không phạm tội, mặc dù cơ quan chức năng có thể *tin* rằng bị can, bị cáo phạm tội. Như Thomas Weigend lập luận, “quyền giả định vô tội không phải là một sự suy đoán mà là sự giả định hoặc sự giả tưởng pháp lý (legal fiction): chúng ta làm ra vẻ (pretend) một người bị cáo buộc thực hiện một tội phạm không thực hiện tội phạm đó. Hay nói cách khác, quyền giả định vô tội đòi hỏi cơ quan tố tụng đối xử với nghi phạm như là người vô tội, mặc dù có sự nghi ngờ dựa trên những chứng cứ đáng tin cậy là người đó đã thực hiện hành vi phạm tội. Nguyên tắc giả định vô tội nghiêm cấm công chức nhà nước có hành vi, thái độ thể hiện

2 Các phần in nghiêng do tác giả nhấn mạnh.

3 Nguyễn Như Ý (chủ biên), Đại Từ điển Tiếng Việt. Nxb. Văn hoá - Thông tin, 1998.

4 Nt.

rằng bị can, bị cáo phạm tội (mặc dù họ có thể chủ quan suy nghĩ người đó phạm tội)⁵.

Phân tích ở trên cho thấy ngữ nghĩa tiếng Việt của “suy đoán” và “giả định” khác nhau. Việc sử dụng cụm từ “suy đoán vô tội” là chưa chuẩn xác, dẫn đến sự hiểu sai về bản chất của quyền. Cách dùng từ này khó thuyết phục được cơ quan điều tra và viện kiểm sát khi họ vốn tin vào việc phạm tội của bị can, bị cáo thông qua những bằng chứng thu thập được. Đứng về phía những cơ quan này, việc suy đoán có tội là điều hoàn toàn có thể hiểu được. Suy đoán có tội là việc bình thường vì nếu không dựa vào chứng cứ để cho rằng nghi phạm có tội thì làm sao có cơ sở để khởi tố bị can. Trong khi đó, giả định có tội mới là việc bị cấm theo luật quốc tế và các hiến pháp. Do đó, nguyên tắc “presumption of innocence” cần được dịch là “giả định vô tội” mới sát nghĩa và tránh gây hiểu lầm. Việc hiểu đúng đắn về khái niệm này sẽ khiến các cơ quan tiến hành tố tụng chấp nhận và thực hiện nguyên tắc này trên thực tế tốt hơn.

Các Hiến pháp Việt Nam năm 1992 và năm 2013 đã nội luật hóa khá chuẩn xác nguyên tắc “presumption of innocence” trong luật quốc tế. Các Hiến pháp đã chính xác khi dùng thuật ngữ “được coi” (đồng nghĩa với “được giả định”) khi diễn đạt quyền này. Thuật ngữ “suy đoán”, vốn là cách dịch chưa chuẩn xác và gây hiểu lầm, chủ yếu tồn tại trong các sách báo pháp lý khoa học. Tuy nhiên, đáng tiếc, Dự thảo Bộ luật TTHS (sửa đổi)⁶ đang “luật hóa” cách dịch chưa chính xác này bằng cách đặt tên Điều 10 là “Suy đoán vô tội”, mặc dù nội dung điều luật này rất đúng đắn. Nếu Dự thảo được thông qua, có lẽ đây là văn bản quy phạm pháp luật đầu tiên ghi nhận cụm từ này. Thiết nghĩ, vấn đề ngôn ngữ thường

không quan trọng bằng nội dung, nhưng như đã phân tích ở trên, cách sử dụng thuật ngữ làm sai lệch bản chất có nguy cơ gây cản trở cho việc thực hiện đúng đắn nội dung.

Liên hệ vụ án giết người đặc biệt nghiêm trọng tại Bình Phước

Chỉ sau vài ngày vụ án xảy ra, cơ quan điều tra đã thu thập được những chứng cứ để có thể kết luận rằng: Nguyễn Hải Dương và Vũ Văn Tiến là hai nghi can thực hiện hành vi giết 6 người và cướp tài sản tại Bình Phước. Dựa vào những thông tin mà cơ quan điều tra cung cấp cho báo chí, có lẽ đa số dân chúng tin rằng hai bị can Dương và Tiến phạm tội và phải chịu án tử hình. Và nếu không có gì bất thường xảy ra, lực lượng cảnh sát điều tra sẽ công bố kết luận điều tra để khẳng định điều đó. Nhưng, nếu việc đi tìm sự thật khách quan của các vụ án hình sự vốn dĩ đơn giản, có lẽ thế giới văn minh đã không cần giai đoạn truy tố và xét xử. Theo đó, bị can sẽ bị thi hành án ngay sau khi điều tra. Trái lại, vì cuộc sống vốn phức tạp, quá trình điều tra vẫn chỉ là giai đoạn ban đầu nhằm đi tìm sự thật khách quan của vụ án.

Theo luật quốc tế và Hiến pháp, Bộ luật TTHS hiện hành của Việt Nam, quyền được giả định vô tội của bị can, bị cáo trong vụ án này cần được đảm bảo. Một khi chưa có bản án của tòa án có hiệu lực pháp luật khẳng định bị cáo phạm tội, các nghi phạm vẫn phải được hưởng quyền giả định vô tội.

Vậy, quyền giả định vô tội đưa ra những đòi hỏi cụ thể nào liên quan đến vụ án này? Trong nhiều giai đoạn TTHS, bài viết này tập trung vào việc đảm bảo quyền giả định vô tội ở giai đoạn điều tra.

Mọi cơ quan tiến hành tố tụng (cơ quan điều tra, viện kiểm sát, tòa án) phải giả định

5 Thomas Weigend, ‘Assuming that the Defendant Is Not Guilty: The Presumption of Innocence in the German System of Criminal Justice’ (2014) 8(2) *Criminal Law and Philosophy* 285, tr. 287.

6 duthaonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/...DUTHAO.../View_Detail.aspx?..., truy cập ngày 29/9/2015

rằng bị can, bị cáo vô tội cho đến khi tòa án bị thuyết phục rằng chắc chắn bị can, bị cáo đã thực hiện hành vi phạm tội (thể hiện qua việc bản án của tòa án có hiệu lực pháp luật). Nguyên tắc “giả định vô tội” có nghĩa là người bị cáo buộc thực hiện một tội phạm được coi (được giả định) là không có tội cho đến khi cơ quan công tố thuyết phục được tòa án rằng bị cáo đã phạm tội. Dựa trên những chứng cứ thu thập được, cơ quan điều tra có cơ sở để tin rằng hai bị can Dương và Tiến đã phạm tội, nhưng theo Hiến pháp và Bộ luật TTHS, họ vẫn phải giả định hai bị can vô tội ở thời điểm này.

Đối với một vụ án đặc biệt nghiêm trọng như vậy, khi toàn xã hội đều chú ý vào diễn biến vụ việc, những phát ngôn báo chí của những người đại diện cho các cơ quan tiến hành tố tụng cần rất cẩn trọng. Pháp luật Liên minh châu Âu đã có những hướng dẫn khá cụ thể. Theo đó, phát ngôn của các cơ quan tiến hành tố tụng không được phép khiến cho công chúng tin chắc rằng các nghi can chính là thủ phạm. Các cơ quan này cần tránh đưa ra những phát ngôn báo chí có khả năng dẫn đến những thành kiến lớn, làm ảnh hưởng đến sự công bằng của quy trình tố tụng⁷. Các thông tin về vụ án trên các phương tiện thông tin đại chúng cần tránh làm tổn hại đến quyền được giả định vô tội của bị can, bị cáo⁸.

Tuy vậy, theo những thông tin trên báo chí, dường như cơ quan điều tra chưa cẩn trọng về ngôn từ, khiến cho nguyên tắc giả định vô tội chưa được đảm bảo đầy đủ. Trong buổi họp báo ngày 11/7/2015, đại diện Bộ Công an cho rằng: “Với tài liệu chứng cứ

thu thập được và lời khai nhận tội của các nghi can, cơ quan điều tra có đủ căn cứ *khẳng định* Dương và Tiến đã gây ra vụ giết người, cướp tài sản đặc biệt nghiêm trọng”⁹. Cơ quan điều tra không thể làm thay nhiệm vụ xét xử của tòa án. Có lẽ nên nói rằng: “cơ quan điều tra có đủ căn cứ *để cáo buộc* Dương và Tiến đã gây ra vụ giết người, cướp tài sản đặc biệt nghiêm trọng”. Đại diện Bộ Công an cũng khẳng định: “Trong vụ án này *không thể có oan sai*, bởi các chứng cứ về vật chất rất rõ ràng. Đến giờ cơ bản chúng tôi đã thu được tất cả tài liệu, chứng cứ, không còn vướng mắc như các vụ án khác”¹⁰. Có lẽ việc khẳng định rằng, vụ án không thể có oan sai nên là một nhận định nội bộ trong cơ quan điều tra mà không nên tuyên bố trước công chúng. Ngoài ra, một thiếu sót nữa là một số từ dùng để chỉ hai nghi can chưa phù hợp: “Hai *hung thủ* này chưa có tiền án, tiền sự và không có dấu hiệu nghiện. Trước khi gây án, *chúng* chỉ uống một ít rượu nhưng không ảnh hưởng đến vấn đề thần kinh”¹¹. Nên thay “hung thủ” bằng “nghi can”, “nghi phạm” hoặc “bị can”; và cũng nên thay “chúng” bằng “họ”.

2. Quyền im lặng

Pháp luật Việt Nam đã công nhận quyền im lặng?

Hiện nay, đã có khá nhiều ý kiến phân tích (ủng hộ cũng như phản đối) về quyền giữ im lặng của người bị cáo buộc phạm tội (bị can, bị cáo). Đó là một tín hiệu tốt cho việc hoàn thiện pháp luật về TTHS ở nước ta. Cũng như ở nhiều nước khác, việc ghi nhận và bảo vệ quyền im lặng gây nhiều tranh cãi và gặp nhiều rào cản ở Việt Nam.

7 Council of Europe Recommendation Rec (2003)13 on the Provision of Information through the Media, Principle 10.

8 Council of Europe Recommendation Rec (2003)13 on the Provision of Information through the Media, Principles 1 and 2.

9 <http://vnexpress.net/tin-tuc/phap-luat/bo-cong-an-chi-co-2-hung-thu-gay-ra-vu-tham-sat-3247108.html> (phần in nghiêng do tác giả nhấn mạnh).

10 Nt (phần in nghiêng do tác giả nhấn mạnh).

11 Nt (phần in nghiêng do tác giả nhấn mạnh).

Có quan điểm cho rằng, quyền im lặng không tồn tại vì Công ước quốc tế về Quyền dân sự và chính trị năm 1966 (International Covenant of Civil and Political Rights - ICCPR) cũng như nhiều hiến pháp trên thế giới không thể hiện rõ ràng quyền này. Cách lập luận cứng nhắc này vốn rất phổ biến ở hệ thống dân luật (civil law) khi pháp luật được hiểu chủ yếu dựa trên lời văn của pháp luật thực định. Nếu nhìn vào ngôn từ, chỉ có một số ít hiến pháp quốc gia cũng như văn kiện quốc tế nêu rõ quyền im lặng¹². Tuy nhiên, chúng ta cần hiểu rằng, với tư cách là thành viên tham gia ICCPR, Việt Nam có nghĩa vụ thực thi các điều khoản về quyền giả định vô tội (the right to be presumed innocent) và quyền không phải buộc tội chính mình (the right not to be compelled to testify against oneself or to confess guilt). Mặc dù quyền im lặng không được thể hiện rõ bằng lời văn của Công ước, *quyền này được ngầm định và là thành tố thiết yếu của hai quyền nêu trên*¹³. Ủy ban Quyền con người của Liên hợp quốc (khi giải thích ICCPR) và Tòa án Quyền con người châu Âu (khi giải thích Công ước châu Âu về quyền con người) đều khẳng định quyền im lặng là thành tố của quyền xét xử công bằng¹⁴. Vì vậy, lập luận cho rằng quyền im lặng không tồn tại vì nó không được chính thức quy định trong Công ước quốc tế về Quyền dân sự và chính trị năm 1966 là không

chính xác. Quyền im lặng không phải là một quyền đơn lẻ mà nó chứa đựng một nhóm nguyên tắc và quy tắc¹⁵, gồm các khía cạnh: quyền không phải buộc tội chính mình, quyền từ chối trợ giúp người buộc tội và quyền không tiết lộ lời bào chữa cho đến phiên tòa¹⁶.

Ngoài ra, cũng có quan điểm không phủ nhận quyền im lặng nhưng cho rằng, vấn đề này còn mới mẻ và đang có nhiều tranh cãi, do đó chưa nên đưa vào Bộ luật TTHS sửa đổi. Đây là một sự trì hoãn không thuyết phục vì nó không phù hợp xu thế chung trên thế giới cũng như những cam kết thực thi Công ước quốc tế của Việt Nam. Các cơ quan tiến hành tố tụng, đặc biệt là lực lượng điều tra hình sự, có khuynh hướng e ngại với quyền im lặng. Họ cho rằng, quyền này sẽ gây cản trở hoạt động điều tra và bỏ lọt tội phạm. Sự e ngại này tồn tại ở nhiều nơi trên thế giới, ngay cả ở những nước có nền tư pháp phát triển như Liên hiệp Anh và Australia. Nhưng quan điểm này không đứng vững vì nó đi ngược với các nguyên tắc của nhà nước pháp quyền: bảo vệ quyền con người; phòng chống sự lạm quyền của nhà nước; “thà bỏ sót tội phạm còn hơn làm oan người vô tội”¹⁷. Đã có những khảo sát trên thế giới chứng minh rằng, chỉ có một tỷ lệ rất nhỏ nghi phạm thực hiện quyền im lặng¹⁸, nên không gây quá nhiều khó khăn cho cơ quan điều tra như thường lo ngại.

12 Ví dụ: Quyền im lặng được nêu rõ tại một số văn kiện như Các nguyên tắc về xét xử công bằng ở châu Phi, Quy tắc của Tòa án Hình sự Quốc tế ICC, và Quy tắc Nam Tư và Rwanda.

13 Tổ chức Ân xá Quốc tế (Amnesty International), Cẩm nang về Xét xử công bằng (Fair Trial Manual), 2014, tr. 83.

14 HRC Concluding Observations: France, UN Doc. CCPR/C/FRA/CO/4 (2008) §14; HRC Concluding Observations: Algeria, UN Doc. CCPR/C/DZA/CO/3 (2007) §18; Murray v United Kingdom (1996) 22 EHRR 29, 47-58.

15 Azzopardi v The Queen (2001) 205 CLR 50 [7] (Gleeson CJ).

16 Ashley Cameron, 'Common Sense or Unnecessary Complexity? The Recent Change to the Right to Silence in New South Wales' (2014) 19(2) Deakin Law Review 311, tr. 319.

17 Nguyên văn câu này là: "For the law holds it better that ten guilty persons escape, than that one innocent party suffer" ("Thà mười người phạm tội được thoát tội còn hơn một người vô tội chịu án oan"). William Blackstone, Commentaries on the Laws of England (West Publishing Co., 1897), tr. 713.

18 New South Wales Law Reform Commission, The Right to Silence and Pretrial Disclosure in New South Wales (Research Report 10, 2000), Table 4.1, para 4.4-4.5; Gareth Griffith, 'The Right to Silence' (NSW Parliamentary Library Research Service, 1997) <<http://www.parliament.nsw.gov.au/prod/parliament/publications.nsf/0/29C6C17EDF2500FBCA256ECF000842F6/File/11-97.pdf>>, tr. 30-33.

Những rào cản kể trên phản ánh sự chưa sẵn sàng đổi mới theo những giá trị toàn cầu tiên bộ của các cơ quan thi hành pháp luật. Tuy nhiên, việc đảm bảo quyền im lặng là tất yếu theo các cam kết của Nhà nước. Sự đảm bảo quyền này sẽ nâng cao tính nhân bản của nền tư pháp cũng như nâng cao tính chuyên nghiệp của cơ quan điều tra.

Cũng như Hiến pháp năm 1992, Hiến pháp hiện hành tiếp tục khẳng định nguyên tắc giả định vô tội tại khoản 1 Điều 31. Mặc dù theo ICCPR, quyền giả định vô tội và quyền không phải buộc tội chính mình là hai quyền khác nhau nhưng về mặt lý thuyết, quyền không phải buộc tội chính mình phát sinh từ quyền giả định vô tội. Một khi trách nhiệm buộc tội thuộc về nhà nước, công dân không có nghĩa vụ phải tự buộc tội hoặc trợ giúp cho sự buộc tội chính mình. Khi Việt Nam thực hiện quyền giả định vô tội này cũng chính là thực thi quyền im lặng đã được bao hàm trong đó. Do đó, dù Bộ luật TTHS có quy định rõ về quyền im lặng hay không, việc bảo đảm quyền này là đương nhiên nhằm thực hiện các cam kết của luật quốc tế. Chúng tôi đồng tình với quan điểm cho rằng, pháp luật hiện hành của Việt Nam đã ngầm định công nhận quyền im lặng¹⁹.

Có thể chứng minh sự tồn tại của quyền im lặng bằng phương pháp phản chứng. Nếu nghi can, bị can không có quyền im lặng thì hệ thống pháp luật cần có những dấu hiệu: (i) pháp luật có quy định rõ ràng cấm nghi phạm im lặng trước các câu hỏi của cơ quan chức năng và việc im lặng bị coi là một vi

phạm pháp luật và phải chịu hình phạt²⁰; (ii) việc im lặng bị coi là tình tiết tăng nặng trách nhiệm hình sự; (iii) cơ quan nhà nước có quyền cưỡng chế bị can, bị cáo buộc phải trả lời câu hỏi (chẳng hạn thông qua hình thức tra tấn)²¹. Thực tế chứng minh rằng, cả ba dấu hiệu trên không hề tồn tại trong pháp luật Việt Nam và thậm chí biện pháp tra tấn là vi phạm pháp luật và bị cấm. Do đó, có thể khẳng định, pháp luật Việt Nam tôn trọng quyền im lặng của nghi phạm vốn đã được ngầm định trong Hiến pháp.

Tuy nhiên, cũng phải công nhận rằng, việc thể hiện thành lời văn trong Hiến pháp và Luật TTHS sẽ đảm bảo sự chính thức hóa, tránh gây tranh cãi và bảo vệ quyền im lặng tốt hơn. Một số hiến pháp trên thế giới đã đi theo xu hướng này (ví dụ: Nam Phi, Philippines, New Zealand, Morocco, Montenegro).

Quyền tuyệt đối hay tương đối?

Như đã phân tích ở trên, ngày nay khi một quốc gia đã tham gia vào các điều ước quốc tế về quyền con người, trong đó bảo vệ quyền giả định vô tội và quyền không bị buộc phải chống lại chính mình với tư cách là thành tố quan trọng của nguyên tắc xét xử công bằng, quốc gia đó đã thừa nhận và có nghĩa vụ thực hiện quyền im lặng. Điểm khác giữa các quốc gia chỉ là mức độ bảo vệ quyền này. Kinh nghiệm thế giới cho thấy, quyền im lặng không phải là quyền tuyệt đối và có thể bị giới hạn trong một số trường hợp nhất định²². Ở nhiều nước, sự hạn chế ở mức độ cao được áp dụng đối với các vi phạm ít nghiêm trọng (minor offences/misde-

19 Vũ Công Giao và Nguyễn Minh Tâm, "Quyền im lặng" trong pháp luật quốc tế, pháp luật của một số quốc gia và Việt Nam. Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 3/2015, tr. 31-32.

20 Trong lịch sử đã tồn tại điều này ở Ireland khi vào năm 1937, Đạo luật sửa đổi Hiến pháp số 17 quy định việc người bị bắt giữ từ chối trả lời câu hỏi của cảnh sát là hành vi phạm tội và có thể phải chịu hình phạt tử hình (Yvonne Marie Daly, 'The Right to Silence: Inferences and Interference' (2014) 47(1) Australian & New Zealand Journal of Criminology 59, p. 75, footnote 11).

21 Điều này được coi là hợp pháp tại Anh vào thế kỷ 16 (New South Wales Law Reform Commission, 'Report 95: The Right to Silence' (2000) <http://www.lawreform.justice.nsw.gov.au/Documents/report_95.pdf>, p. 146.

22 Murray v United Kingdom (1996) 22 EHRR 29, 66; Cameron, above n 14, p. 319.

meanours) hay các tội phạm nghiêm trọng đặc biệt (khủng bố, ma túy, tội phạm có tổ chức). Bài viết này loại trừ những nhóm vi phạm này và tập trung vào nhóm các tội phạm nghiêm trọng thông thường. Xu hướng gần đây là quyền im lặng ngày càng bị giới hạn nhiều hơn²³.

Quyền im lặng trong giai đoạn điều tra và quyền im lặng tại phiên tòa

Quyền im lặng có thể bị hiểu sai là chỉ được áp dụng từ khi bị bắt đến khi gặp luật sư. Có lẽ, một trong những lý do dẫn đến sự hiểu nhầm này là do cách diễn đạt của cảnh báo về quyền của người bị bắt trong luật Hoa Kỳ (cảnh báo Miranda) - vốn hay được phim ảnh và truyền thông nhắc đến²⁴. Câu cuối cùng của cảnh báo Miranda “Bạn cũng có quyền dừng trả lời vào bất cứ lúc nào cho đến khi bạn nói chuyện với luật sư” có thể gây ra việc hiểu sai nêu trên.

Thực ra, quyền này có hiệu lực cả trong giai đoạn thẩm vấn trước phiên tòa và trong phiên tòa²⁵. Chính trong lời cảnh báo Miranda cũng nêu: “Bạn không cần thiết phải nói bất cứ điều gì cho chúng tôi vào *bất cứ thời điểm nào* hoặc trả lời bất cứ câu hỏi nào”. Như vậy, bị cáo có quyền từ chối trả lời các câu hỏi ngay cả tại phiên tòa. Kết luận

này có thể được rút ra từ nguyên tắc logic là: một khi các quyền gốc (quyền giả định vô tội và quyền không phải buộc tội chính mình) được áp dụng cả trong phiên tòa, quyền im lặng với tư cách là quyền phái sinh cũng có hiệu lực tương tự.

Ở nhiều nước, việc thực hiện quyền im lặng được chia làm hai giai đoạn: giai đoạn điều tra (pre-trial) và quyền im lặng tại phiên tòa (trial)²⁶. Sở dĩ phải phân loại như vậy vì mức độ đảm bảo quyền ở hai giai đoạn này khác nhau. Trong giai đoạn điều tra, nghi can thường rất yếu thế và dễ bị tổn thương, dễ bị xâm phạm quyền nên quyền im lặng cần được đảm bảo ở mức độ cao. Khi đó, quyền im lặng thường bị ràng buộc với việc đảm bảo quyền được thông báo về vụ án và quyền của mình (tương tự cảnh báo Miranda) và quyền có luật sư. Tại phiên tòa, quyền im lặng được bảo vệ thấp hơn ở giai đoạn trước do có sự đại diện của luật sư, tính dễ bị tổn thương thấp hơn và tính công khai, minh bạch của phiên xét xử²⁷.

Ba mô hình thực hiện quyền im lặng trên thế giới

Mô hình bảo đảm quyền ở mức độ cao (mô hình mạnh)

Hiện nay, không có nhiều quốc gia trong

23 Ibid, p. 319.

24 Nếu bị can, bị cáo không biết quyền của mình để thực hiện và đòi hỏi thì dù có quyền cũng như không. Chính vì vậy, các công ước quốc tế về quyền con người cũng như nhiều quốc gia đòi hỏi các cơ quan tiến hành TTHS phải thông báo về quyền cho người bị bắt. Cảnh báo Miranda của Mỹ vẫn được coi là mẫu mực và lan tỏa rộng rãi thông qua các bộ phim Hollywood. Nó phổ biến đến nỗi nhiều trẻ em đã thuộc lòng lời cảnh báo dù không có nhiều hiểu biết về pháp luật. Cảnh báo Miranda, có mục đích thông báo cho người bị bắt các quyền của họ, có nhiều phiên bản nhưng gồm những nội dung chính sau:

“Bạn đã bị bắt. Trước khi chúng tôi hỏi bạn bất cứ câu hỏi nào, bạn cần phải hiểu những quyền của bạn là gì. Bạn có quyền giữ im lặng. Bạn không cần thiết phải nói bất cứ điều gì cho chúng tôi vào bất cứ thời điểm nào hoặc trả lời bất cứ câu hỏi nào. Bất cứ điều gì bạn nói có thể được dùng để chống lại bạn trước tòa. Bạn có quyền nói chuyện với một luật sư để lấy lời khuyên trước khi chúng tôi hỏi bạn và có quyền yêu cầu luật sư ở bên cạnh bạn trong lúc chúng tôi đặt câu hỏi. Nếu bạn muốn có nhưng không thể thuê luật sư, chúng tôi sẽ cung cấp luật sư cho bạn. Nếu bạn muốn trả lời các câu hỏi bây giờ mà không cần có luật sư thì bạn vẫn sẽ có quyền dừng việc trả lời vào bất cứ lúc nào. Bạn cũng có quyền dừng trả lời vào bất cứ lúc nào cho đến khi bạn nói chuyện với luật sư”. (http://vietnamese.vietnam.usembassy.gov/doc_uslegalsystem_v.html, phần in nghiêng do tác giả nhấn mạnh).

25 Xem: Cẩm nang về Phiên tòa công bằng - Fair Trial Manual, tr. 130. (<http://www.amnesty.org/fr/library/asset/POL30/002/2014/en/7aa5c5d1-921b-422e-8ca4-944db1024150/pol300022014en.pdf>); Commission, above n 19, phần 4.

26 Xem: *ibid*.

27 Tuy nhiên, đây chỉ là nguyên lý chung. Có những nước đảm bảo quyền im lặng ngang nhau ở cả hai giai đoạn và có những nước bảo vệ quyền ở giai đoạn xét xử mạnh hơn ở giai đoạn điều tra.

nhóm bảo vệ quyền im lặng ở mức độ cao - tức gần như tuyệt đối. Hai trường hợp tiêu biểu là Hoa Kỳ và Canada. Ở đó, quyền im lặng được khẳng định rõ là quyền hiến định²⁸. Pháp luật cấm cơ quan tố tụng đưa ra những suy đoán bất lợi cho nghi phạm dựa trên sự im lặng của họ²⁹. Hay nói cách khác, sự im lặng không được dùng để chống lại nghi phạm³⁰.

Mô hình bảo đảm quyền ở mức độ thấp (mô hình yếu)

Có thể coi Việt Nam là minh chứng cho nhóm quốc gia bảo đảm quyền im lặng ở mức độ thấp. Mô hình này có hai đặc điểm. Thứ nhất, quyền im lặng không được ghi nhận rõ ràng mà ngầm định trong quyền giả định vô tội và quyền không phải buộc tội chính mình. Thứ hai, quyền im lặng không được bảo đảm trên thực tế vì pháp luật TTHS bỏ qua việc cụ thể hóa quyền hiến định này. Sự ngầm định của quyền im lặng là chưa đủ ở những nơi mà giải thích pháp luật không phải là truyền thống. Điều này phần nào giải thích tại sao có quan điểm cho rằng, quyền im lặng không phải là quyền cơ bản của con người³¹ khi không có điều khoản quy định rõ về nó trong hiến pháp và luật quốc tế nhân quyền.

Mô hình bảo đảm quyền ở mức độ trung bình (mô hình dung hòa)

Mô hình yếu không giành được nhiều sự ủng hộ vì nó gần như vô hiệu hóa quyền im lặng. Đó là sự hạn chế quá mức cần thiết đối với quyền này. Cần nhắc lại một điều trong Tuyên ngôn Phổ quát về Quyền con người năm 1948 nhằm ngăn ngừa sự lạm dụng việc

giới hạn quyền một cách tùy tiện. Điều 30 tuyên bố rằng: “Không một điều nào trong Bản Tuyên ngôn này được hiểu và hàm ý cho phép một nước, một nhóm hay một cá nhân nào được quyền có những việc làm hay hành động nhằm triệt tiêu quyền và tự do được thừa nhận ở đây”. Ở chiều hướng ngược lại, nhiều người cũng nghi ngại việc bảo vệ quyền im lặng gần như tuyệt đối ở mô hình mạnh có thể làm khó hoạt động điều tra tội phạm; đặc biệt trong bối cảnh nguy cơ toàn cầu về khủng bố, tội phạm có tổ chức.

Vi vậy, xu thế ngày càng được nhiều quốc gia ủng hộ là mô hình dung hòa - ở đó quyền im lặng vẫn được công nhận nhưng không được thực hiện tuyệt đối và chịu những hạn chế nhất định. Singapore (từ năm 1977), Ireland (từ năm 1984), Vùng Bắc Ireland Liên hiệp Anh - UK (từ năm 1988), Vùng England-Wales trong UK (từ năm 1994), Tòa án Nhân quyền châu Âu (từ năm 1996), bang New South Wales thuộc Australia (từ năm 2013) là những nơi đi theo hướng này. Có thể thấy, khá nhiều các nước thuộc hệ thống thông luật (common law), vốn có truyền thống bảo vệ các quyền thủ tục mạnh mẽ, đã có xu hướng hạn chế quyền im lặng nhiều hơn nhằm cân bằng với lợi ích công cộng.

Đặc điểm của mô hình dung hòa

Mô hình dung hòa cho phép cơ quan tố tụng đưa ra những suy đoán, đánh giá bất lợi (adverse inference) đối với người từ chối đưa ra lời khai và điều này là một cách đánh giá chứng cứ mà không nhất thiết vi phạm quyền xét xử công bằng³². Mô hình này, một mặt

28 Tu chính án V Hiến pháp Hoa Kỳ; *Miranda v. Arizona* 384 US 436 (1966); Phần VII Hiến chương về quyền và tự do của Canada.

29 Luật Chứng cứ Canada phần 4(6); *R v Hebert* (1990) 57 CCC (3d) 1; *R v Chambers* [1990] 2 SCR 1293.

30 *R v Noble* [1997] 1 SCR 874 at 933.

31 Ví dụ, quan điểm của đại biểu Quốc hội Đỗ Văn Đường “Quyền im lặng không phải quyền con người” (<http://phapluattp.vn/thoi-su/quyen-im-lang-co-phai-la-quyen-con-nguoi-499306.html>).

32 *Murray v United Kingdom* (1996) 22 EHRR 29, 63.



vẫn công nhận quyền im lặng như một quyền hiến định, mặt khác, chấp nhận sự hạn chế đối với quyền thông qua việc cho phép suy đoán bất lợi đối với việc từ chối trả lời câu hỏi.

Phân tích trường hợp bang New South Wales (Australia), Đạo luật sửa đổi chứng cứ về sự im lặng năm 2013 (sửa đổi, bổ sung Đạo luật chứng cứ năm 1995) đã quy định cơ chế suy đoán bất lợi (infaunourable inference) đối với sự im lặng của nghi phạm trong giai đoạn điều tra, thẩm vấn như sau:

Cơ chế suy đoán bất lợi chỉ áp dụng đối với các tội phạm nghiêm trọng được phép bắt giữ (serious indictable offence).

Suy đoán bất lợi có thể được áp dụng khi có chứng cứ cho rằng bị can không (fail) đưa ra hoặc từ chối (refuse) đưa ra lời khai về các thông tin thực tế (fact), trong khi bị can hoàn toàn có thể biết được những thông tin này và những thông tin đó liên quan đến việc bào chữa của bị can.

Suy đoán bất lợi chỉ được áp dụng nếu

người điều tra đã đưa ra lời cảnh báo đặc biệt cho nghi can trước khi nghi can từ chối trả lời. Lời cảnh báo này có nội dung: (i) người bị cáo buộc không có nghĩa vụ phải nói hay làm bất kỳ điều gì, nhưng điều đó có thể gây hại cho việc bào chữa nếu bị can không khai điều mà sau đó lại khai ra trước tòa; (ii) bất kỳ điều gì bị can nói hoặc làm có thể dùng làm bằng chứng. Lời cảnh báo phải được thực hiện trước luật sư bào chữa cho bị can. Bị can trước khi lựa chọn thực hiện quyền im lặng, được tạo cơ hội tham vấn riêng với luật sư về bản chất và hậu quả của lời cảnh báo đó.

Suy đoán bất lợi không được áp dụng cho người dưới 18 tuổi hoặc người không có khả năng hiểu bản chất và hậu quả của lời cảnh báo.

Suy đoán bất lợi từ việc im lặng không được sử dụng là chứng cứ kết tội duy nhất. Hay nói cách khác, sự im lặng phải đi kèm với những chứng cứ xác đáng khác để có thể kết tội ■

VỀ CHẾ ĐỊNH CÁC BIỆN PHÁP BẢO ĐẢM THỰC HIỆN NGHĨA VỤ TRONG DỰ THẢO BỘ LUẬT DÂN SỰ (SỬA ĐỔI)

NGUYỄN BÍCH THẢO*

C chế định các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (BLDS) sửa đổi (Dự thảo)¹ được kỳ vọng là sẽ đặt nền tảng cho việc hoàn thiện pháp luật về giao dịch bảo đảm Việt Nam theo hướng hiện đại nhằm khuyến khích hoạt động tài trợ vốn có bảo đảm, đáp ứng nhu cầu khơi thông nguồn vốn và thúc đẩy tăng trưởng tín dụng. Tuy nhiên, khi xem xét trên hai phương diện: mức độ đáp ứng yêu cầu thực tiễn và mức độ phù hợp với thông lệ quốc tế, có thể thấy chế định này còn chứa đựng nhiều hạn chế cần khắc phục. Trong bài viết này, “thông lệ quốc tế” được lấy làm cơ sở để đánh giá chế định các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ là Hướng dẫn lập pháp về giao dịch bảo đảm của Ủy ban Luật Thương mại quốc tế Liên hợp quốc (UNCITRAL) được thông qua năm 2007. Hướng dẫn của UNCITRAL là kết quả của quá trình gần 10 năm nghiên cứu so sánh pháp luật và tổng kết thực tiễn của các chuyên gia hàng đầu thế giới về giao dịch bảo đảm để tìm kiếm giải pháp tốt nhất cho

các quốc gia đang phát triển trong việc xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật về giao dịch bảo đảm. Các khuyến nghị trong Hướng dẫn có thể được tiếp thu ở bất kỳ quốc gia nào, không phân biệt là quốc gia theo truyền thống luật dân sự (civil law) hay thông luật (common law).

1. Phạm vi của chế định các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ

Phạm vi chế định các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong Dự thảo bao trùm cả các biện pháp bảo đảm bằng tài sản (cầm cố, thế chấp, đặt cọc, ký cược, ký quỹ, bảo lưu quyền sở hữu, cầm giữ tài sản, quyền được thanh toán trước) và biện pháp bảo đảm đối nhân (bảo lãnh). Chế định cũng điều chỉnh cả các biện pháp bảo đảm được xác lập trên cơ sở thỏa thuận và biện pháp bảo đảm phát sinh do luật định (không dựa trên thỏa thuận của các bên) như cầm giữ tài sản, quyền được thanh toán trước. Với phạm vi như vậy, khó có thể thiết kế chế định các biện pháp bảo đảm phù hợp với đặc điểm của từng loại biện pháp bảo đảm.

* **TS. Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội.**

1 Theo Nghị quyết của Quốc hội, Dự thảo BLDS (sửa đổi) được lấy ý kiến của các tầng lớp nhân dân trong nước và người Việt Nam định cư ở nước ngoài bắt đầu từ ngày 5/1/2015. Xem toàn văn Dự thảo tại: <http://baodientu.chinhphu.vn/Tin-noi-bat/Toan-van-Du-thao-Bo-luat-Dan-su/217494.vgp>. Bài viết bình luận chế định các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong Dự thảo BLDS sửa đổi trình Ủy ban Thường vụ Quốc hội tại Phiên họp thứ 40, Quốc hội khóa XIII, tháng 8-2015, xem toàn văn Dự thảo tại: http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=588&TabIndex=1&LanID=1127.

Đặc điểm của các biện pháp bảo đảm bằng tài sản phát sinh theo thỏa thuận là xác lập một vật quyền của bên nhận bảo đảm trên tài sản bảo đảm thông qua hợp đồng, vì vậy quyền của bên nhận bảo đảm bằng tài sản mang tính chất phức hợp: vừa có tính chất vật quyền, vừa có tính chất trái quyền. Tính chất vật quyền được thể hiện ở hai điểm. *Thứ nhất*, khi xảy ra sự kiện vi phạm của bên có nghĩa vụ được quy định trong hợp đồng bảo đảm, bên nhận bảo đảm được thực thi quyền trực tiếp trên tài sản bảo đảm (quyền xử lý tài sản bảo đảm) mà không phụ thuộc vào ý chí của bên bảo đảm (không cần sự đồng ý, hợp tác của bên bảo đảm). *Thứ hai*, tuy quyền của bên nhận bảo đảm được xác lập trên cơ sở hợp đồng bảo đảm, nhưng nó không chỉ có hiệu lực giữa hai bên trong hợp đồng, mà còn có hiệu lực đối kháng với bên thứ ba không tham gia vào giao dịch bảo đảm khi thỏa mãn các điều kiện nhất định. Hiệu lực đối kháng này cho phép bên nhận bảo đảm được quyền ưu tiên thanh toán trước các bên khác có quyền, lợi ích liên quan đến tài sản bảo đảm khi xử lý tài sản bảo đảm, hoặc có quyền đòi lại tài sản bảo đảm để xử lý kể cả khi bên bảo đảm đã định đoạt tài sản đó cho người khác (trừ một số trường hợp do pháp luật quy định). Bên cạnh đó, bên nhận bảo đảm bằng tài sản vẫn có các quyền khác đối với bên bảo đảm theo thỏa thuận trong hợp đồng bảo đảm (tính chất trái quyền) như quyền kiểm tra, giám sát tài sản bảo đảm, quyền được thông báo về tình trạng tài sản bảo đảm, quyền kiểm tra sổ sách kế toán và các chứng từ, tài liệu, hồ sơ kinh doanh của bên bảo đảm v.v..

Trong khi đó, bản chất của biện pháp bảo đảm đối nhân (bảo lãnh) là có thêm một bên cam kết thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ nếu bên có nghĩa vụ không thực hiện nghĩa vụ. Trong thông lệ quốc tế, nghĩa vụ của bên bảo lãnh được coi là nghĩa vụ bổ trợ (“secondary obligation” hay “supporting obligation”), và quan hệ giữa bên bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh hoàn toàn là quan hệ

nghĩa vụ (hợp đồng), chứ không mang tính phức hợp như trong quan hệ bảo đảm bằng tài sản. Bên nhận bảo lãnh không xác lập một vật quyền nào trên tài sản cụ thể của bên bảo lãnh, do đó không đặt ra vấn đề xử lý tài sản của bên bảo lãnh hay thứ tự ưu tiên giữa bên nhận bảo lãnh với bên nhận bảo đảm bằng tài sản.

Với những phân tích ở trên, việc đưa các biện pháp bảo đảm bằng tài sản và biện pháp bảo đảm đối nhân (bảo lãnh) vào cùng một chế định là không hợp lý, vì nhiều quy định đặc thù của biện pháp bảo đảm bằng tài sản không áp dụng cho bảo lãnh (hầu hết các quy định chung từ Điều 299 đến Điều 317 của Dự thảo). Khi xếp bảo lãnh vào chế định này, có thể dẫn đến cách hiểu không đúng về bản chất của bảo lãnh, cho rằng bảo lãnh cũng xác lập một quyền của bên nhận bảo lãnh trên tài sản của bên bảo lãnh, và do đó bên nhận bảo lãnh cũng có quyền xử lý tài sản của bên bảo lãnh và hưởng thứ tự ưu tiên. Trong trường hợp bên bảo lãnh cũng đưa tài sản của mình ra làm tài sản bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh, thì giao dịch này sẽ chịu sự điều chỉnh của các quy định về cầm cố, thế chấp.

Cầm giữ tài sản và quyền được thanh toán trước mặc dù cũng xác lập một vật quyền trên tài sản của bên có nghĩa vụ, nhưng không phát sinh trên cơ sở thỏa thuận mà do pháp luật quy định. Quyền của bên cầm giữ hay bên có quyền được thanh toán trước hết sức hạn chế (chỉ có quyền giữ tài sản mà không có quyền xử lý tài sản như bên nhận bảo đảm bằng tài sản theo thỏa thuận). Vì vậy, hầu hết các quy định chung về biện pháp bảo đảm từ Điều 299 đến Điều 317 của Dự thảo cũng không áp dụng được đối với cầm giữ tài sản và quyền được thanh toán trước.

Bên cạnh đó, Dự thảo vẫn giữ nguyên quy định về tín chấp trong BLDS năm 2005, trong khi về mặt lý luận cũng như về thực tiễn hoạt động tín dụng, tín chấp không phải là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, bởi bên nhận bảo đảm (ngân hàng, tổ chức tín dụng)

không có quyền gì đối với bên bảo đảm (tổ chức chính trị - xã hội tại cơ sở) trong trường hợp bên có nghĩa vụ không thực hiện nghĩa vụ (ví dụ: quyền yêu cầu bên bảo đảm thực hiện nghĩa vụ thay, quyền xử lý tài sản bảo đảm). Do đó, khoản vay có tín chấp về bản chất vẫn là khoản vay không có bảo đảm và không cần có quy định riêng trong BLDS để điều chỉnh quan hệ này, mà chỉ cần quy định ở cấp độ nghị định hay thông tư nếu muốn thể chế hóa chính sách an sinh xã hội thông qua hoạt động tín chấp của các tổ chức chính trị - xã hội. Nếu tiếp tục quy định tín chấp trong BLDS sẽ gây ra sự lộn xộn, thiếu lô gic và thống nhất trong cấu trúc của chế định các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ.

Kiến nghị:

- Tách các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ thành 3 phần: (I) Các biện pháp bảo đảm bằng tài sản phát sinh theo thỏa thuận (bao gồm cầm cố tài sản, thế chấp tài sản, bảo lưu quyền sở hữu, đặt cọc, ký cược, ký quỹ và các biện pháp bảo đảm khác được xác lập theo thỏa thuận nhằm mục đích bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ), (II) Các biện pháp bảo đảm bằng tài sản phát sinh theo luật định (bao gồm cầm giữ tài sản, quyền được thanh toán trước) và (III) Bảo lãnh.

- Bỏ biện pháp tín chấp.

- Phần (I) - Các biện pháp bảo đảm bằng tài sản phát sinh theo thỏa thuận nên được thiết kế theo cấu trúc 4 phần: xác lập giao dịch bảo đảm có hiệu lực giữa hai bên, xác lập hiệu lực đối kháng với bên thứ ba, thứ tự ưu tiên, xử lý tài sản bảo đảm.

2. Xác lập giao dịch bảo đảm có hiệu lực giữa hai bên

Dự thảo - tuy đã cố gắng thể hiện bốn nội dung của pháp luật về giao dịch bảo đảm

hiện đại, nhưng chưa thực sự rõ ràng, mạch lạc và còn nhiều khoảng trống chưa được quy định. Về xác lập giao dịch bảo đảm, Dự thảo chưa phân biệt rõ hiệu lực của giao dịch bảo đảm giữa hai bên và hiệu lực đối kháng của giao dịch bảo đảm đối với bên thứ ba. Theo Hướng dẫn của UNCITRAL, giao dịch bảo đảm trước tiên phải thỏa mãn một số điều kiện nhất định để giao dịch được xác lập và có hiệu lực đối với bên bảo đảm và bên nhận bảo đảm. Ngoài ra, bên nhận bảo đảm cần thực hiện thêm một hoặc một số bước nữa để giao dịch bảo đảm có hiệu lực đối kháng với bên thứ ba (như đăng ký giao dịch bảo đảm, chiếm hữu tài sản bảo đảm, kiểm soát chi phối tài sản bảo đảm). Sự phân biệt này có ý nghĩa rất quan trọng trong việc thiết kế các quy định về giao dịch bảo đảm, bởi nếu không phân biệt rõ ràng sẽ dẫn đến một trong hai hệ quả tiêu cực: (i) không bảo đảm tính minh bạch, công khai của giao dịch bảo đảm, không bảo đảm an toàn pháp lý cho bên thứ ba (nếu quy định khi giao dịch bảo đảm được xác lập thì đồng thời có hiệu lực đối với hai bên và với cả bên thứ ba); hoặc (ii) không bảo đảm quyền tự do hợp đồng, tự do thỏa thuận giữa hai bên, tạo ra thêm điều kiện, thủ tục rắc rối để xác lập giao dịch bảo đảm (nếu quy định điều kiện để xác lập hiệu lực đối kháng với bên thứ ba cũng là điều kiện để xác lập giao dịch bảo đảm có hiệu lực giữa hai bên)².

Do không phân biệt được rõ hiệu lực của giao dịch bảo đảm đối với hai bên và với bên thứ ba, nên trong một thời gian dài kể từ năm 2000, khi bắt đầu có cơ chế đăng ký giao dịch bảo đảm bằng động sản ở Việt Nam cho đến nay, nhiều tổ chức tín dụng và cả tòa án vẫn nhầm tưởng đăng ký giao dịch bảo đảm là

2 UNCITRAL (2007), *Legislative Guide on Secured Transactions* (sau đây gọi là "Hướng dẫn của UNCITRAL"), tr. 66, đoạn 6-7. Xem toàn văn Hướng dẫn của UNCITRAL (tiếng Anh) tại trang http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-ig/e/09-82670_Ebook-Guide_09-04-10English.pdf

một điều kiện để giao dịch bảo đảm có hiệu lực giữa hai bên, và vì vậy, tổ chức tín dụng chỉ được quyền xử lý tài sản bảo đảm nếu giao dịch bảo đảm đã được đăng ký, kể cả khi không có tranh chấp nào với bên thứ ba.

Hướng dẫn của UNCITRAL khuyến nghị pháp luật cần có sự phân biệt rõ ràng giữa hiệu lực của giao dịch bảo đảm với hai bên giao dịch và với bên thứ ba. Hướng dẫn đề xuất các điều kiện cơ bản sau đây để giao dịch bảo đảm được xác lập và có hiệu lực giữa bên bảo đảm và bên nhận bảo đảm: (i) hai bên giao kết một hợp đồng bảo đảm bằng văn bản trong đó có mô tả hợp lý tài sản bảo đảm, hoặc tuy chỉ thỏa thuận miệng nhưng bên nhận bảo đảm giữ tài sản bảo đảm (coi như là bằng chứng của việc giao kết hợp đồng bảo đảm); (ii) điều kiện về tài sản bảo đảm (có thể là tài sản hiện có hoặc tài sản hình thành trong tương lai, và bên bảo đảm có quyền nhất định đối với tài sản bảo đảm nhưng không nhất thiết phải là quyền sở hữu); (iii) điều kiện về nghĩa vụ được bảo đảm (có thể là bất kỳ loại nghĩa vụ nào, bao gồm nghĩa vụ hiện tại hoặc nghĩa vụ trong tương lai, đã được xác định hoặc có thể xác định được, có điều kiện hoặc vô điều kiện, cố định hoặc biến động)³.

Mặc dù Dự thảo đã có quy định về phạm vi nghĩa vụ được bảo đảm ở Điều 300, về tài sản bảo đảm ở Điều 301 và một số quy định về xác lập cầm cố, thế chấp, nhưng chưa thể hiện rõ đây là điều kiện để xác lập giao dịch bảo đảm có hiệu lực giữa hai bên. Nếu chỉ dựa vào các quy định chung về điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự thì chưa đủ để thể hiện được đặc thù của giao dịch bảo đảm bằng tài sản.

Hơn nữa, khoản 4 Điều 301 là một bước

lùi so với Nghị định số 163/2006/NĐ-CP về giao dịch bảo đảm khi quy định “Tài sản bảo đảm là tài sản thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm, trừ trường hợp cầm giữ tài sản, bảo lưu quyền sở hữu và quyền được thanh toán trước”. Hướng dẫn của UNCITRAL đã nhấn mạnh để khuyến khích và thúc đẩy hoạt động cấp tín dụng có bảo đảm, pháp luật cần phải cho phép bên bảo đảm được sử dụng cả những tài sản mà mình không có quyền sở hữu trọn vẹn, nhưng có một phần quyền, lợi ích nhất định làm tài sản bảo đảm để đưa vào giao dịch⁴. Quy định tại khoản 4 Điều 301 đi ngược lại xu hướng chung của quốc tế và cũng mâu thuẫn ngay với khoản 2 Điều 301 (Tài sản bảo đảm có thể là tài sản hiện có hoặc tài sản hình thành trong tương lai), vì tài sản hình thành trong tương lai có thể là tài sản chưa hình thành hoặc tài sản đã hình thành nhưng chỉ thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm sau thời điểm xác lập giao dịch bảo đảm (khoản 2 Điều 109 Dự thảo).

Kiến nghị:

- Quy định rõ về các điều kiện xác lập giao dịch bảo đảm có hiệu lực giữa bên bảo đảm và bên nhận bảo đảm, bao gồm: (i) các điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự nói chung và (ii) các điều kiện riêng đối với giao dịch bảo đảm, gồm:

(a) điều kiện về hợp đồng bảo đảm (hình thức hợp đồng, mô tả tài sản bảo đảm, nhưng cần quy định rõ hơn mô tả chung như thế nào thì được coi là đầy đủ để xác lập giao dịch bảo đảm, để tránh tình trạng tòa án tuyên giao dịch bảo đảm vô hiệu do không mô tả cụ thể tài sản bảo đảm),

(b) điều kiện về tài sản bảo đảm (như Điều 301, nhưng bỏ khoản 4)

(c) điều kiện về nghĩa vụ được bảo đảm

³ Hướng dẫn của UNCITRAL, Khuyến nghị số 13-14, tr. 466.

⁴ Hướng dẫn của UNCITRAL, Khuyến nghị số 17, tr. 466.

(như Điều 300, nhưng khoản 2 Điều 303 cần bổ sung là các bên không phải *ký lại hợp đồng bảo đảm* hoặc đăng ký thay đổi giá trị nghĩa vụ được bảo đảm).

- Quy định rõ khi giao dịch bảo đảm được xác lập và có hiệu lực giữa hai bên thì bên nhận bảo đảm có các quyền được quy định trong hợp đồng bảo đảm và quyền xử lý tài sản bảo đảm để thu hồi nợ khi xảy ra sự kiện vi phạm đã được quy định trong hợp đồng bảo đảm, kể cả khi giao dịch bảo đảm chưa phát sinh hiệu lực đối kháng với bên thứ ba⁵.

3. Xác lập hiệu lực đối kháng của giao dịch bảo đảm với bên thứ ba

Giao dịch bảo đảm xác lập một vật quyền của bên nhận bảo đảm trên tài sản bảo đảm, vì vậy nó không chỉ có hiệu lực đối với các bên trong giao dịch bảo đảm, mà còn có hiệu lực đối kháng với các chủ thể khác có quyền, lợi ích xung đột với bên nhận bảo đảm trên cùng tài sản bảo đảm, ví dụ: các chủ nợ khác của bên bảo đảm, bên mua, bên nhận chuyển nhượng tài sản bảo đảm. Tuy nhiên, vì các chủ thể thứ ba này không tham gia vào giao dịch bảo đảm, nên không thể biết được sự tồn tại của giao dịch bảo đảm. Trong khi đó, bên nhận bảo đảm đương nhiên muốn được ưu tiên trước các chủ thể khác (đối kháng với quyền lợi của các chủ thể khác). Vì vậy, cần phải có cơ chế công khai hóa giao dịch bảo đảm bằng các phương thức như đăng ký giao dịch bảo đảm, bên nhận bảo đảm trực tiếp giữ tài sản bảo đảm, hoặc bên nhận bảo đảm kiểm soát chi phối tài sản bảo đảm (đối với một số tài sản đặc thù như chứng khoán, tài khoản tiền gửi, thư tín dụng). Chỉ khi được công khai hóa thì giao dịch bảo đảm mới có hiệu lực đối kháng với bên thứ ba, nhằm đảm bảo tính minh bạch,

công khai của giao dịch, hạn chế rủi ro cho các bên thứ ba khi tham gia giao dịch liên quan đến tài sản bảo đảm. Tóm lại, mục đích của các phương thức xác lập hiệu lực đối kháng với bên thứ ba là nhằm thông báo cho tất cả các bên thứ ba biết về sự tồn tại của giao dịch bảo đảm, giúp họ đưa ra quyết định sáng suốt trước khi cấp tín dụng hoặc tham gia các giao dịch khác liên quan đến tài sản bảo đảm, đồng thời tạo căn cứ rõ ràng để xác định thứ tự ưu tiên giữa bên nhận bảo đảm và bên thứ ba.

Về xác lập hiệu lực đối kháng với bên thứ ba, Dự thảo còn có các hạn chế sau:

Thứ nhất, Dự thảo chưa làm rõ nội hàm khái niệm “hiệu lực đối kháng với người thứ ba” và mới chỉ đặt ra hai phương thức xác lập hiệu lực đối kháng với bên thứ ba, bao gồm: (i) đăng ký biện pháp bảo đảm và (ii) bên nhận bảo đảm hoặc người thứ ba được bên nhận bảo đảm ủy quyền chiếm hữu tài sản bảo đảm (Điều 304). Dự thảo chưa ghi nhận phương thức kiểm soát chi phối (control) là một phương thức xác lập hiệu lực đối kháng với người thứ ba đối với tài sản bảo đảm là chứng khoán, tài khoản tiền gửi và quyền được thanh toán theo thư tín dụng. Đây là phương thức đã được thừa nhận rộng rãi trong thực tiễn tài trợ vốn có bảo đảm trên thế giới⁶, và trên thực tế, các loại tài sản này cũng đã được sử dụng làm tài sản bảo đảm ở Việt Nam.

Thứ hai, quy định của Dự thảo về phương thức bên nhận bảo đảm chiếm hữu tài sản bảo đảm chưa đầy đủ và chưa phù hợp với thực tế. Dự thảo quy định “Cầm cố tài sản được xác lập và có hiệu lực đối kháng với người thứ ba kể từ thời điểm bên cầm cố chuyển giao tài sản cho bên nhận cầm cố” (Điều 319), nhưng không làm rõ khái niệm

5 Hướng dẫn của UNCITRAL, Khuyến nghị số 30, tr. 470.

6 Hướng dẫn của UNCITRAL, Khuyến nghị số 49-50, tr. 475.

“chuyển giao tài sản”. Trong thông lệ quốc tế về giao dịch bảo đảm không dùng khái niệm “chuyển giao tài sản” mà là bên nhận bảo đảm “nắm quyền chiếm hữu tài sản bảo đảm”, vì không phải trong mọi trường hợp đều có sự di chuyển tài sản bảo đảm từ bên bảo đảm sang bên nhận bảo đảm⁷. Có thể xảy ra một số trường hợp sau đây: (i) bên nhận bảo đảm trước đó đã giữ tài sản bảo đảm, (ii) tài sản bảo đảm là hàng hóa vẫn ở trong kho của bên bảo đảm, nhưng bên bảo đảm bị hạn chế tiếp cận hàng hóa và bên nhận bảo đảm thuê một bên thứ ba trông giữ, quản lý hàng hóa, (ii) hàng hóa được chuyển đến kho của một bên thứ ba, và bên thứ ba có văn bản xác nhận rằng mình giữ tài sản bảo đảm vì lợi ích của bên nhận bảo đảm. Hình thức chiếm hữu tài sản bảo đảm thông qua bên thứ ba khá phổ biến trong thực tiễn cho vay có bảo đảm ở Việt Nam, nhưng Dự thảo chưa quy định rõ đây có được coi là một phương thức xác lập hiệu lực đối kháng của biện pháp cầm cố tài sản với bên thứ ba hay không và có phải là căn cứ để xác định thứ tự ưu tiên hay không.

Kiểm nghị:

- Quy định rõ khi giao dịch bảo đảm phát sinh hiệu lực đối kháng với bên thứ ba thì bên nhận bảo đảm có quyền theo đuổi tài sản và quyền ưu tiên thanh toán từ việc xử lý tài sản bảo đảm trước bên thứ ba, trừ trường hợp Bộ luật này có quy định khác.

- Bổ sung một phương thức xác lập hiệu lực đối kháng với bên thứ ba là bên nhận bảo đảm kiểm soát chi phối tài sản bảo đảm (đối với tài sản bảo đảm là chứng khoán, tài khoản tiền gửi và thư tín dụng). Đồng thời quy định rõ khái niệm “chuyển giao tài sản cầm cố” bao gồm bên nhận bảo đảm trực tiếp chiếm hữu tài sản hoặc chiếm hữu thông qua người thứ ba và khái niệm “kiểm soát chi

phối” (có thể quy định trong BLDS hoặc quy định trong Nghị định hướng dẫn).

4. Thứ tự ưu tiên

Theo Hướng dẫn của UNCITRAL, pháp luật giao dịch bảo đảm cần xây dựng một hệ thống quy tắc rõ ràng, chi tiết, toàn diện về thứ tự ưu tiên nhằm đảm bảo tính có thể dự đoán trước của giao dịch bảo đảm, nhờ đó khuyến khích bên nhận bảo đảm cấp tín dụng. Muốn vậy, pháp luật cần dự liệu được tất cả các trường hợp có thể xảy ra tranh chấp về thứ tự ưu tiên giữa bên nhận bảo đảm với các bên thứ ba⁸.

Các quy định về thứ tự ưu tiên trong Dự thảo còn có nhiều bất cập sau:

Thứ nhất, cách hiểu và cách tiếp cận của Dự thảo về “thứ tự ưu tiên” còn hạn hẹp. Ngay tiêu đề của Điều 306 (thứ tự thanh toán giữa các bên cùng nhận tài sản bảo đảm) đã phản ánh điều này. Trong thông lệ quốc tế, thứ tự ưu tiên không chỉ là việc xác định chủ nợ nào được thanh toán trước khi xử lý tài sản bảo đảm, mà vấn đề quan trọng hơn là pháp luật ưu tiên bảo vệ chủ thể nào nếu có xung đột về quyền, lợi ích giữa bên nhận bảo đảm với các chủ thể khác trên cùng tài sản bảo đảm, bao gồm cả các chủ nợ khác của bên bảo đảm, bên mua hay bên nhận chuyển nhượng tài sản bảo đảm, bên thuê hay nhận chuyển quyền sử dụng tài sản bảo đảm v.v..

Trong khi đó, Điều 306 thiếu vắng hoàn toàn các quy định về thứ tự ưu tiên liên quan đến các chủ thể không phải là bên nhận bảo đảm. Có lẽ vì Ban soạn thảo cho rằng quyền lợi của họ đã được quy định ở Điều 315 và Điều 316. Tuy nhiên, Điều 315 chỉ đề cập những trường hợp bên cầm cố, thế chấp có quyền bán hoặc định đoạt tài sản bảo đảm và trách nhiệm thông báo của bên cầm cố, thế chấp khi bán, còn Điều 316 quy định quyền của bên nhận cầm cố, thế chấp yêu cầu bên

7 Hướng dẫn của UNCITRAL, tr. 116-117, đoạn 54-60.

8 Hướng dẫn của UNCITRAL, tr. 189, đoạn 16-18.

thứ ba giao lại tài sản bảo đảm để xử lý. Đã đến lúc cần một cách tiếp cận khác về việc bên bảo đảm bán hay định đoạt tài sản bảo đảm. Để thúc đẩy hoạt động thương mại và sự lưu thông của tài sản trong giao dịch dân sự, pháp luật không nên quy định theo hướng bên bảo đảm có quyền hay không có quyền bán, định đoạt tài sản bảo đảm, mà nên quy định theo hướng *xác định thứ tự ưu tiên giữa bên nhận bảo đảm và bên mua, bên nhận chuyển nhượng* một cách công bằng, hợp lý và rõ ràng. Nói cách khác, pháp luật cần quy định rõ quyền của bên nhận bảo đảm có được tiếp tục duy trì trên tài sản bảo đảm hay không sau khi bên bảo đảm đã bán, định đoạt tài sản, hay bên mua, bên nhận chuyển nhượng có quyền sở hữu trọn vẹn đối với tài sản, không chịu ràng buộc bởi quyền của bên nhận bảo đảm? Xét cho cùng, giao dịch bảo đảm là một quan hệ dân sự, do đó, việc bên bảo đảm có quyền bán tài sản bảo đảm hay không nên để cho các bên thỏa thuận trong hợp đồng bảo đảm; nếu hợp đồng đã quy định bên bảo đảm không được bán khi không có sự đồng ý của bên nhận bảo đảm mà bên bảo đảm vẫn bán thì nên coi đó là vi phạm hợp đồng chứ không phải là vi phạm điều cấm của luật dẫn đến giao dịch bán vô hiệu.

Để giải quyết vấn đề “được bán hay không được bán”, lý thuyết vật quyền được các học giả ở Việt Nam hiện nay cho là lý thuyết tối ưu để vừa bảo vệ quyền lợi của bên nhận bảo đảm, vừa bảo đảm cho tài sản được lưu thông. Theo lý thuyết này, quyền của bên nhận bảo đảm là một vật quyền, có thể thực hiện trực tiếp trên tài sản bảo đảm và đối kháng với tất cả các bên thứ ba, do đó, bên nhận bảo đảm có quyền “theo đuổi” tài sản bảo đảm, bất kể tài sản bảo đảm ở đâu hay đang nằm trong tay ai, việc bán tài sản bảo đảm không làm chấm dứt vật quyền của bên nhận bảo đảm. Vì vậy, bên nhận bảo đảm luôn luôn có quyền đòi lại tài sản bảo đảm từ bên thứ ba để xử lý. Lý thuyết vật quyền đã

được phản ánh ở Điều 316 của Dự thảo.

Tuy nhiên, lý thuyết vật quyền không giải quyết được tất cả các vấn đề phức tạp về thứ tự ưu tiên trong giao dịch bảo đảm bởi những hạn chế sau đây:

Một là, lý thuyết này giả định tài sản bảo đảm không thay đổi về trạng thái vật lý trong suốt thời gian có hiệu lực của vật quyền bảo đảm, nhưng trên thực tế, tài sản bảo đảm, đặc biệt là động sản, luôn luôn biến đổi và chuyển hóa từ dạng này sang dạng khác trong quá trình sản xuất kinh doanh của bên bảo đảm. Ví dụ, tài sản bảo đảm là nguyên liệu có thể chuyển hóa thành bán thành phẩm rồi đến thành phẩm, tài sản bảo đảm là vật cùng loại có thể được trộn lẫn với vật cùng loại khác... Trong những trường hợp đó, quyền theo đuổi của bên nhận bảo đảm được thực hiện như thế nào?

Hai là, nếu áp dụng triệt để lý thuyết vật quyền, tức là thừa nhận quyền theo đuổi của bên nhận bảo đảm trong mọi trường hợp, sẽ dẫn đến cản trở hoạt động thương mại, không phù hợp với thực tiễn kinh doanh phong phú, sôi động hiện nay. Ví dụ, nếu tài sản bảo đảm là hàng hóa luân chuyển trong kinh doanh hay giấy tờ có giá như hối phiếu thì phải được lưu thông một cách tự do, bên mua không thể chịu sự ràng buộc của một vật quyền bảo đảm trên hàng hóa hay giấy tờ có giá đó; hoặc nếu tài sản bảo đảm là tài khoản tiền gửi tại ngân hàng thì bên được chuyển khoản không thể chịu sự ràng buộc của một vật quyền bảo đảm trên tài khoản đó...

Ba là, kể cả khi pháp luật thừa nhận quyền theo đuổi, nhưng nếu bên nhận bảo đảm không thể hoặc khó khăn trong việc xác định tài sản bảo đảm đang ở đâu hay đã được chuyển nhượng cho ai thì làm thế nào để bảo vệ được quyền lợi của bên nhận bảo đảm?

Giải pháp được khuyến nghị bởi UNCITRAL là một mặt thừa nhận quyền theo đuổi của bên nhận bảo đảm trên tài sản bảo đảm, mặt khác quy định cụ thể những

ngoại lệ của quyền theo đuổi⁹, tức là các trường hợp bên mua, bên nhận chuyển nhượng tài sản bảo đảm có được quyền sở hữu trọn vẹn đối với tài sản bảo đảm mà không bị ràng buộc bởi quyền của bên nhận bảo đảm (như người mua trong hoạt động thương mại bình thường - “buyer in ordinary course of business”¹⁰, bên nhận chuyển nhượng giấy tờ có giá, bên nhận chuyển khoản từ tài khoản ngân hàng của bên bảo đảm). Ngoài ra, UNCITRAL cũng khuyến nghị mở rộng phạm vi quyền của bên nhận bảo đảm không chỉ đối với tài sản bảo đảm ban đầu, mà còn đối với tài sản phái sinh từ tài sản bảo đảm (“proceeds”), để bảo vệ quyền lợi của bên nhận bảo đảm trong trường hợp không thể thực hiện quyền theo đuổi tài sản bảo đảm¹¹. Tài sản phái sinh có nội hàm rất rộng, bao gồm bất kỳ tài sản nào thu được liên quan đến tài sản bảo đảm, như tài sản thu được từ việc bán tài sản bảo đảm hay định đoạt tài sản bảo đảm theo phương thức khác, tài sản thu được từ việc cho thuê hoặc chuyển giao quyền sử dụng tài sản bảo đảm, tài sản thu được từ chính tài sản phái sinh, hoa lợi, lợi tức của tài sản bảo đảm, cổ tức, tài sản được chia, số tiền bảo hiểm và các quyền yêu cầu phát sinh từ việc tài sản bảo đảm có khuyết tật, bị hư hỏng hay bị mất mát¹². Dự thảo tuy đã bước đầu đề cập đến tài sản phái sinh nhưng mới chỉ dừng lại ở phạm vi rất hẹp, chưa bao quát được các loại tài sản phái sinh khác. Ví dụ, khoản 1 Điều 315 quy định “quyền yêu cầu thanh toán tiền, số tiền thu được hoặc tài sản có được từ việc bán, thay thế hàng hóa luân chuyển trở thành tài sản cầm cố, thế chấp”, hay khoản 4 Điều

325 quy định “Khoản tiền bảo hiểm được chi trả trở thành tài sản thế chấp”..

Thứ hai, các quy định về thứ tự ưu tiên trong Dự thảo còn khá sơ sài, giản đơn, chưa dự liệu được đầy đủ các trường hợp tranh chấp về thứ tự ưu tiên xảy ra trong thực tiễn giao dịch bảo đảm ở Việt Nam... Ví dụ, Dự thảo chưa ghi nhận quyền của bên tài trợ vốn để mua tài sản bảo đảm và thứ tự ưu tiên cao nhất của chủ thể này so với các bên nhận bảo đảm thông thường. Bên tài trợ vốn để mua tài sản bảo đảm có thể là bên bán có bảo lưu quyền sở hữu hoặc bên cho vay để mua tài sản hình thành từ vốn vay. Trên thực tế, các ngân hàng Việt Nam thường cho rằng khi họ tài trợ vốn cho bên đi vay để mua một tài sản cụ thể và nhận chính tài sản đó làm tài sản bảo đảm cho khoản vay thì họ đương nhiên có thứ tự ưu tiên cao nhất mặc dù tài sản đó đã được dùng làm tài sản bảo đảm trong một giao dịch xác lập trước. Chẳng hạn, ngân hàng 1 cho vay trước, nhận thế chấp bằng toàn bộ hàng hóa của bên bảo đảm chứa tại kho X và đã đăng ký thế chấp với mô tả tài sản bảo đảm là “hàng hóa tại kho X”, sau đó ngân hàng 2 cho bên bảo đảm vay để mua một lô hàng cụ thể nhưng cũng được chứa tại kho X. Ngân hàng 2 cho rằng mình phải có quyền ưu tiên thanh toán từ việc xử lý lô hàng này nhưng ngân hàng 1 có thể tranh cãi rằng mình có quyền ưu tiên vì xác lập giao dịch bảo đảm và đăng ký trước với mô tả tài sản bảo đảm bao trùm cả lô hàng do ngân hàng 2 tài trợ. Do đó, ngân hàng 2 sẽ ngần ngại nhận tài sản bảo đảm là tài sản hình thành từ vốn vay do pháp luật không có quy định ưu tiên riêng cho bên tài trợ vốn để mua tài sản bảo

9 Hướng dẫn của UNCITRAL, tr. 107, đoạn 16-17.

10 Người mua trong hoạt động thương mại bình thường là người mua hàng hóa luân chuyển trong kinh doanh của bên bảo đảm, không biết rằng việc mua hàng xâm phạm đến quyền của bên nhận bảo đảm đối với hàng hóa đó, và bên bảo đảm là bên chuyên kinh doanh loại hàng hóa đó. Xem Hướng dẫn của UNCITRAL, tr. 202, đoạn 67-68.

11 Hướng dẫn của UNCITRAL, tr. 84, đoạn 74.

12 Xem định nghĩa về “tài sản phái sinh” (proceeds) trong Hướng dẫn của UNCITRAL, tr. 460.

đảm như khuyến nghị của UNCITRAL¹³. Theo thông lệ quốc tế, bên tài trợ vốn để mua tài sản bảo đảm được pháp luật dành quyền ưu tiên thanh toán trước bên nhận bảo đảm thông thường bởi vì pháp luật muốn khuyến khích hoạt động cấp tín dụng của các nhà cung cấp (bên bán trả chậm, trả dần) và các tổ chức tài chính cho các doanh nghiệp để mua sắm trang thiết bị, nguyên liệu, hàng hóa kịp thời phục vụ sản xuất kinh doanh, cũng như khuyến khích việc cấp tín dụng cho người tiêu dùng có thể mua được hàng hóa giá trị lớn để sử dụng ngay, mặc dù doanh nghiệp hay người tiêu dùng đó không có đủ tiền mặt để thanh toán ngay và cũng không có bất động sản để thế chấp. Như vậy, quy định ưu tiên cho bên tài trợ vốn để mua tài sản bảo đảm gián tiếp kích cầu tiêu thụ, thúc đẩy các ngành sản xuất, tăng khả năng tiếp cận vốn của các doanh nghiệp vừa và nhỏ cũng như của người tiêu dùng.

Thứ ba, Dự thảo cũng chưa quy định hay chỉ ít là đề cập thứ tự ưu tiên giữa bên nhận bảo đảm và Nhà nước khi bên bảo đảm nợ thuế, thứ tự ưu tiên giữa bên nhận bảo đảm và người được thi hành án, thứ tự ưu tiên trong trường hợp bên bảo đảm lâm vào tình trạng phá sản. Hoặc trong trường hợp tài sản bảo đảm được trộn lẫn với vật cùng loại đã được các chủ nợ khác nhận bảo đảm (ví dụ trong vụ 7 ngân hàng tranh chấp kho cà phê của công ty TNHH Trường Ngân)¹⁴ thì thứ tự ưu tiên được giải quyết như thế nào giữa các chủ nợ mà tài sản bảo đảm của họ đã bị trộn lẫn với tài sản bảo đảm của các chủ nợ khác?

Thứ tư, các quy định về thứ tự ưu tiên trong Dự thảo còn tản mạn và thiếu tính hệ thống. Mặc dù hầu hết các quy định về thứ tự ưu tiên được đưa vào Điều 306, nhưng có quy định lại được đặt ở các phần khác. Ví dụ,

khoản 2 Điều 360 cũng quy định về thứ tự ưu tiên giữa bên nhận bảo đảm và bên có quyền được thanh toán trước trên cùng một vật.

Kiến nghị:

- Bổ quy định ở Điều 315 và Điều 316, thay vào đó, bổ sung quy định về thứ tự ưu tiên giữa bên nhận bảo đảm với bên mua, bên nhận chuyển nhượng, bên thuê, bên nhận chuyển quyền sử dụng tài sản bảo đảm, trong đó phân biệt giữa bên mua trong hoạt động thương mại bình thường và các bên mua khác.

- Bổ sung quy định về thứ tự ưu tiên giữa bên nhận bảo đảm và bên tài trợ vốn để mua tài sản bảo đảm, giữa bên nhận bảo đảm với cơ quan thuế, người được thi hành án và các chủ nợ khác khi bên bảo đảm lâm vào tình trạng phá sản, giữa các bên nhận bảo đảm mà tài sản bảo đảm là vật cùng loại đã bị trộn lẫn...

- Chuyển quy định về thứ tự ưu tiên ở khoản 2 Điều 360 sang Điều 306 để bảo đảm tính hệ thống.

- Bổ sung quy định về tài sản phái sinh từ tài sản bảo đảm.

5. Xử lý tài sản bảo đảm

Các quy định về xử lý tài sản bảo đảm trong Dự thảo, một mặt chưa tạo điều kiện thuận lợi cho bên nhận bảo đảm trong việc xử lý tài sản bảo đảm, mặt khác chưa có cơ chế rõ ràng bảo vệ quyền lợi của bên bảo đảm và các chủ thể khác có liên quan.

Thứ nhất, Điều 311 chưa khẳng định rõ bên nhận bảo đảm có quyền lựa chọn xử lý tài sản bảo đảm bằng phương thức khởi kiện ra tòa án hoặc tự mình xử lý tài sản bảo đảm. Điều 311 dẫn đến cách hiểu là khi xảy ra sự kiện vi phạm hoặc sự kiện khác làm phát sinh quyền xử lý tài sản bảo đảm, bên nhận bảo đảm phải thỏa thuận được với bên bảo đảm về phương thức xử lý, nếu không thỏa

13 Hướng dẫn của UNCITRAL, Khuyến nghị số 180, tr. 504-505.

14 http://kinhdoanhnet.vn/tai-chinh/ngan-hang/7-ngan-hang-tranh-nhau-mot-kho-ca-phe-bai-hoc-de-doi_t114c20n17113

thuận được thì chỉ có thể bán đấu giá tài sản bảo đảm. Điều này không phù hợp với thông lệ quốc tế và sẽ gây khó khăn cho bên nhận bảo đảm trong việc xử lý tài sản bảo đảm. Theo thông lệ quốc tế, bên nhận bảo đảm và bên bảo đảm đã thỏa thuận trước về phương thức xử lý tài sản trong hợp đồng bảo đảm, nên khi phát sinh quyền xử lý tài sản bảo đảm, không cần có thỏa thuận gì thêm với bên bảo đảm, hoặc nếu không có thỏa thuận trong hợp đồng bảo đảm thì sẽ áp dụng quy định của pháp luật giao dịch bảo đảm, theo đó, bên nhận bảo đảm có quyền chủ động và lựa chọn phương thức xử lý nào phù hợp nhất đối với từng loại tài sản, và có thể áp dụng đồng thời nhiều phương thức khác nhau đối với các loại tài sản bảo đảm khác nhau, không nhất thiết phải bán đấu giá tài sản¹⁵. Hơn nữa, theo lý thuyết vật quyền, bên nhận bảo đảm có quyền xử lý trực tiếp tài sản bảo đảm, không phụ thuộc vào ý chí của bên bảo đảm.

Thứ hai, mặc dù Dự thảo đã có tiến bộ khi quy định bên nhận bảo đảm được quyền tự mình thu giữ tài sản bảo đảm trong trường hợp bên bảo đảm hoặc người thứ ba đang giữ tài sản không giao tài sản bảo đảm để xử lý (Điều 308) nhằm tạo thuận lợi hơn cho việc xử lý tài sản bảo đảm, nhưng quy định về các điều kiện để bên nhận bảo đảm thực hiện quyền này (khoản 2 Điều 308) còn nhiều điểm chưa hợp lý. Một là, chưa có sự phân biệt giữa tài sản bảo đảm là bất động sản và động sản. Đối với bất động sản, do liên quan đến quyền có chỗ ở của công dân nên sự chống đối, cản trở của bên bảo đảm quyết liệt hơn rất nhiều so với khi thu giữ tài sản bảo đảm là động sản; vì vậy, quy trình thu giữ cần tiến hành một cách thận trọng và thường phải thông qua một bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của tòa án cho phép xử lý

bất động sản, và khi thu giữ cần thông báo cho chính quyền địa phương nơi có tài sản. Còn đối với động sản thì cơ chế tự thu giữ cần được quy định một cách linh hoạt, thuận tiện hơn, trao quyền chủ động lớn hơn cho bên nhận bảo đảm do tính chất dễ di dời của động sản, ví dụ: có thể không cần thông báo trước về thời gian, địa điểm, phương thức thu giữ nếu như các bên đã có thỏa thuận trong hợp đồng bảo đảm để tránh việc động sản bị tẩu tán; không cần phải thông báo cho Ủy ban nhân dân cấp xã nơi có tài sản về việc thu giữ bởi động sản có thể có ở nhiều nơi và có thể tồn tại dưới hình thức tài sản vô hình nên việc thông báo này không có ý nghĩa. Hai là, điều kiện “không vi phạm điều cấm của luật, trái đạo đức xã hội” khi thu giữ tài sản bảo đảm là quá rộng, có thể được viện dẫn tùy tiện để cho rằng việc bên nhận bảo đảm tự mình thu giữ tài sản là không hợp pháp, trái đạo đức xã hội. Theo Hướng dẫn của UNCITRAL, khi tự mình thu giữ tài sản bảo đảm là động sản, bên nhận bảo đảm phải tuân thủ ba điều kiện: (i) các bên đã có thỏa thuận trong hợp đồng bảo đảm về việc bên nhận bảo đảm được quyền tự mình thu giữ tài sản bảo đảm, (ii) bên nhận bảo đảm đã thông báo cho bên bảo đảm, bên thứ ba giữ tài sản bảo đảm về việc vi phạm nghĩa vụ dẫn đến quyền xử lý tài sản bảo đảm và về việc bên nhận bảo đảm sẽ tiến hành thu giữ tài sản (nhưng không cần ghi rõ thời gian, địa điểm, phương thức thu giữ), và (iii) tại thời điểm thu giữ, bên bảo đảm, bên thứ ba giữ tài sản bảo đảm không chống đối¹⁶.

Thứ ba, Dự thảo chưa quy định bên nhận bảo đảm phải tuân thủ các nghĩa vụ gì khi tự mình bán tài sản bảo đảm để tránh tình trạng giá bán quá thấp, ảnh hưởng đến quyền lợi của bên bảo đảm. Khoản 2 Điều 313 của Dự thảo mới quy định việc định giá tài sản bảo

15 Hướng dẫn của UNCITRAL, Khuyến nghị 141-143, tr. 496-497.

16 Hướng dẫn của UNCITRAL, Khuyến nghị 147, tr. 498.

đảm phải bảo đảm khách quan, phù hợp với giá thị trường, nhưng quy định này chưa đầy đủ. Theo Hướng dẫn của UNCITRAL, trong quá trình xử lý tài sản bảo đảm, bên nhận bảo đảm phải tuân thủ hai nguyên tắc là “thiện chí” (good faith) và “đảm bảo tính hợp lý về thương mại” (commercially reasonable)¹⁷. “Thiện chí” thể hiện ở việc thông báo trong thời hạn hợp lý cho bên bảo đảm và các bên có liên quan về xử lý tài sản bảo đảm, tạo điều kiện cho bên bảo đảm nhận lại tài sản bảo đảm khi thỏa mãn các điều kiện luật định, tôn trọng thỏa thuận của các bên v.v.. Tuy nhiên, thiện chí không có nghĩa là bên nhận bảo đảm phải được sự nhất trí, hợp tác của bên bảo đảm về mọi vấn đề (phương thức xử lý tài sản, giá bán tài sản...) thì mới xử lý được tài sản. Còn “tính hợp lý về thương mại” có nghĩa là bên nhận bảo đảm phải định đoạt (bán) tài sản bảo đảm một cách hợp lý về thời gian, địa điểm tổ chức bán, về phương thức quảng cáo, thông báo để tìm người mua, về các hành vi bên nhận bảo đảm cần thực hiện sau khi thu giữ tài sản và trước khi bán tài sản (bảo quản, sửa chữa, làm sạch tài sản...), để bán được tài sản với giá cao nhất có thể. Tiêu chí này được đánh giá tùy theo từng trường hợp cụ thể, đối với từng loại tài sản cụ thể.

Thứ tư, Dự thảo chưa quy định một cách khái quát về quyền của bên bảo đảm và các bên thứ ba (quyền khởi kiện, quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại...) trong trường hợp bên nhận bảo đảm vi phạm các nghĩa vụ của mình khi xử lý tài sản bảo đảm, ảnh hưởng đến quyền lợi của bên bảo đảm và các bên thứ ba, mà mới chỉ quy định quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại của bên bảo đảm và các bên nhận bảo đảm khác phát sinh trong hai

trường hợp: bên nhận bảo đảm không thông báo về việc xử lý tài sản bảo đảm hoặc có hành vi trái pháp luật, gây thiệt hại trong quá trình định giá tài sản bảo đảm khi xử lý

Kiến nghị:

- Sửa đổi, bổ sung khoản 1 Điều 311 theo hướng quy định rõ bên nhận bảo đảm có quyền xử lý tài sản bảo đảm bằng cách (i) khởi kiện ra tòa án hoặc (ii) tự mình xử lý tài sản bảo đảm bằng các phương thức: bán tài sản bảo đảm; nhận chính tài sản bảo đảm thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ; khai thác, sử dụng, cho thuê hoặc chuyển quyền sử dụng tài sản bảo đảm; trực tiếp thu nợ từ bên thứ ba có nghĩa vụ trả nợ cho bên bảo đảm, nếu tài sản bảo đảm là quyền đòi nợ; định đoạt tài sản bảo đảm theo phương thức khác. Cũng cần quy định rõ là bên nhận bảo đảm có quyền thực hiện đồng thời các phương thức xử lý tài sản bảo đảm khác nhau nhằm tối đa hóa giá trị thu được từ tài sản bảo đảm.

- Sửa đổi, bổ sung khoản 2 Điều 311 theo hướng bên nhận bảo đảm có quyền lựa chọn phương thức xử lý tài sản bảo đảm mà không cần có sự đồng ý của bên bảo đảm hoặc bên thứ ba đang giữ tài sản bảo đảm.

- Sửa đổi Điều 308 theo hướng quy định riêng về cơ chế thu giữ tài sản bảo đảm là bất động sản và động sản.

- Bổ sung quy định về nghĩa vụ của bên nhận bảo đảm phải tuân thủ điều kiện “tính hợp lý về thương mại” khi bán hoặc định đoạt tài sản bảo đảm¹⁸.

- Bổ sung quy định về quyền khởi kiện và yêu cầu bồi thường thiệt hại của bên bảo đảm hoặc bên thứ ba trong trường hợp bên nhận bảo đảm vi phạm các nghĩa vụ do pháp luật quy định khi xử lý tài sản bảo đảm¹⁹■

17 Hướng dẫn của UNCITRAL, Khuyến nghị 131, tr. 495.

18 Hướng dẫn của UNCITRAL, Khuyến nghị số 131, tr. 495.

19 Hướng dẫn của UNCITRAL, Khuyến nghị số 136-137, tr. 495.

CẤU THÀNH TỘI KHỦNG BỐ NHẪM CHỐNG CHÍNH QUYỀN NHÂN DÂN TRONG BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 1999 VÀ MỘT SỐ KIẾN NGHỊ SỬA ĐỔI

NGUYỄN QUYẾT THẮNG*

Bài viết phân tích, làm rõ những điểm bất cập, chưa phù hợp trong quy định của Bộ luật Hình sự (BLHS) hiện hành về Tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân (Điều 84) trên cơ sở tìm hiểu tình hình tội phạm này xảy ra trên thực tế cũng như nghiên cứu quy định của các điều ước quốc tế về chống khủng bố mà Việt Nam là thành viên, từ đó đưa ra một số đề xuất hoàn thiện quy định của BLHS.

1. Quy định hiện hành của Bộ luật Hình sự về Tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân

Tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân là tội phạm đặc biệt nguy hiểm nằm trong nhóm các tội xâm phạm an ninh quốc gia. Tính nguy hiểm của tội phạm này không chỉ thể hiện thông qua hành vi khách quan xâm phạm đến tính mạng, sức khỏe, tự do thân thể, uy hiếp tinh thần mà còn bởi nó tiềm ẩn những hậu quả lâu dài cho xã hội. Dấu hiệu pháp lý trong cấu thành Tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân về cơ bản không có sự thay đổi kể từ BLHS năm 1985 cho đến BLHS năm 1999¹. Nội dung điều luật như sau:

“Điều 84. Tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân

1. Người nào nhằm chống chính quyền nhân dân mà xâm phạm tính mạng của cán bộ, công chức hoặc công dân, thì bị phạt tù từ mười hai năm đến hai mươi năm, tù chung thân hoặc tử hình.

2. Phạm tội trong trường hợp xâm phạm tự do thân thể, sức khỏe, thì bị phạt tù từ năm năm đến mười lăm năm.

3. Phạm tội trong trường hợp đe dọa xâm phạm tính mạng hoặc có những hành vi khác uy hiếp tinh thần, thì bị phạt tù từ hai năm đến bảy năm.

4. Khủng bố người nước ngoài nhằm gây khó khăn cho quan hệ quốc tế của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, thì cũng bị xử phạt theo Điều này”.

Có thể rút ra một số điểm lưu ý về dấu hiệu pháp lý của tội này như sau:

* ThS, GV. Đại học An ninh nhân dân.

1 Luật sửa đổi, bổ sung một số điều BLHS (năm 2009) chỉ thay đổi tên tội danh quy định tại Điều 84 từ Tội khủng bố thành Tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân, cùng với việc bổ sung 02 tội danh khác về khủng bố là Tội khủng bố (Điều 230a) và Tội tài trợ khủng bố (Điều 230b).

Khách thể của tội phạm là sự vững mạnh của chính quyền nhân dân, an ninh đối nội, an toàn đối ngoại. Đối tượng tác động của tội phạm có thể là bất kỳ ai (có thể là cán bộ, công dân hay người nước ngoài).

Hành vi khách quan của tội phạm bao gồm: hành vi xâm phạm tính mạng người khác; hành vi xâm phạm sức khỏe, tự do thân thể của người khác (như cố ý gây thương tích, bắt giữ,...); hành vi khác uy hiếp tinh thần (như đe dọa đốt nhà, dọa tố cáo một điều gì đó...).

Lỗi của người phạm tội là lỗi cố ý trực tiếp. *Mục đích phạm tội* là nhằm làm suy yếu chính quyền nhân dân. *Động cơ phạm tội* có thể là sự thù hận giai cấp nhưng cũng có thể là động cơ khác, nhưng đây không phải là dấu hiệu định tội của tội phạm này.

2. Quá trình tham gia, ký kết các Công ước quốc tế và công tác đấu tranh phòng, chống khủng bố của Việt Nam

Khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân thường là hoạt động có tính tổ chức cao, do cơ quan tình báo nước ngoài chỉ đạo hoặc do tổ chức khủng bố quốc tế, tổ chức “tôn giáo cực đoan”, lực lượng phản động người Việt lưu vong ở nước ngoài, bọn phản động trong nước hoặc bọn tội phạm hình sự hoạt động có tổ chức sử dụng vũ khí, chất nổ, chất độc hại... tấn công vào các cơ quan nhà nước, cơ quan nước ngoài tại Việt Nam, nơi công cộng, dùng các thủ đoạn khác nhau để ám sát, bắt cóc con tin, khống chế người khác hoặc phương tiện, phá hủy tài sản... nhằm chống lại chính quyền nhân dân, gây nguy hại cho an ninh quốc gia². Hành vi khủng bố nói chung và khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân nói riêng hiện nay không chỉ gây thiệt hại hoặc đe dọa gây thiệt hại an ninh trật tự của một quốc gia mà nó còn đe dọa đến an ninh, hòa bình thế giới.

Xuất phát từ tính chất nguy hiểm và phạm vi hoạt động xuyên quốc gia của loại tội phạm này, nên trong Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày 25/5/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020 hiện đang được triển khai thực hiện đã xác định phương hướng “...chủ động hội nhập quốc tế, thực hiện đầy đủ các cam kết quốc tế... Chú trọng việc nội luật hóa những điều ước quốc tế mà Nhà nước ta là thành viên liên quan đến an ninh, trật tự, an toàn xã hội...” nhưng phải trên cơ sở phù hợp với thực tiễn của nước ta, đồng thời phải đảm bảo tính khả thi.

Về phương diện hợp tác quốc tế, cho đến nay, Việt Nam đã tham gia 12 trên tổng số 18 điều ước đa phương về lĩnh vực đấu tranh chống khủng bố³. Mới đây, Việt Nam cũng gia nhập thêm 02 Công ước chống khủng bố khác, đó là: Công ước quốc tế về chống bắt con tin (1979); Công ước quốc tế về trừng trị khủng bố bằng bom (1997) Ngoài ra, Việt Nam cũng đã tham gia Hiệp định chống khủng bố của ASEAN (2007) và Hiệp định Tương trợ tư pháp về hình sự giữa các nước ASEAN, ký kết hơn 10 hiệp định tương trợ tư pháp với các nước và nhiều hiệp định, thỏa thuận hợp tác quốc tế phòng, chống tội phạm có liên quan đến khủng bố. Việt Nam cũng đang nghiên cứu và từng bước tiếp tục ký kết và tham gia các công ước quốc tế khác có liên quan đến vấn đề chống khủng bố và tài trợ cho khủng bố.

Bên cạnh việc hợp tác gia nhập, thực thi các công ước và nghị định thư của Liên hợp quốc về chống khủng bố mà Việt Nam là thành viên, Việt Nam đã cùng với cộng đồng quốc tế thực thi các Nghị quyết của Hội đồng bảo an về chống khủng bố như Nghị quyết 1267 (năm 1999), Nghị quyết 1373 (năm

2 Chỉ thị số 25/2007/CT-TTg ngày 15/11/2007 của Thủ tướng Chính phủ về công tác phòng, chống khủng bố trong tình hình mới.

3 Ban chỉ đạo phòng, chống khủng bố, Bộ Công an, Các Điều ước quốc tế, Asean và pháp luật Việt Nam về phòng, chống khủng bố, Nxb. Công an nhân dân, 2013.

2013)... Để thực thi các Điều ước và Nghị quyết về chống khủng bố, Việt Nam bước đầu ban hành các văn bản quy phạm pháp luật mới (Luật Phòng, chống khủng bố năm 2013, Nghị định số 116/2013/NĐ-CP hướng dẫn Luật Phòng, chống khủng bố,...) cùng các kế hoạch hành động quốc gia về chống khủng bố; tiếp tục nghiên cứu sửa đổi, bổ sung các quy định của BLHS hiện hành về loại tội phạm này.

Trên thực tế, qua thời gian 30 năm kể từ khi BLHS đầu tiên năm 1985 được ban hành, cùng với sự thay đổi về tình hình kinh tế, văn hóa, xã hội trong và ngoài nước, tình hình tội phạm khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân xảy ra ở Việt Nam thời gian qua diễn biến rất phức tạp về số vụ, phương thức, thủ đoạn tiến hành khủng bố tinh vi và thường xuyên thay đổi... Chỉ tính từ năm 2010 đến năm 2014, lực lượng an ninh đã phát hiện, đấu tranh và xử lý 10 vụ với hơn 10 đối tượng về Tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân⁴. Tuy số lượng không nhiều, nhưng trên thực tế, nguy cơ về khủng bố ở Việt Nam là không nhỏ. Riêng trong năm 2014, đã xảy ra hơn 40 vụ nổ liên quan đến khủng bố, rất nhiều vụ đe dọa khủng bố, gọi điện, nhắn tin quấy nhiễu, đe dọa các đồng chí lãnh đạo ở trung ương⁵... Thực tiễn đấu tranh đối với loại tội phạm khủng bố nói chung và khủng bố nhằm chống chính quyền nói riêng cũng đã và đang đặt ra yêu cầu cần phải nhanh chóng hoàn thiện pháp luật về các tội khủng bố.

3. Những bất cập trong quy định hiện hành của Bộ luật Hình sự về Tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân và kiến nghị hoàn thiện

Thứ nhất, phạm vi đối tượng tác động của Tội khủng bố nhằm chống chính quyền

nhân dân quy định trong BLHS còn hẹp và không còn phù hợp với thực tiễn.

Theo quy định của BLHS hiện hành, đối tượng tác động của Tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân chỉ bao gồm tính mạng, sức khỏe, tự do thân thể và tinh thần của con người. Còn trong trường hợp đối tượng khủng bố hướng đến đối tượng tác động là cơ sở vật chất kỹ thuật của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam thì không bị xử lý về Tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân mà sẽ bị xử lý về Tội phá hoại cơ sở vật chất - kỹ thuật của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (Điều 85) nếu thỏa mãn các dấu hiệu khác của cấu thành tội phạm này. Trong đó, cơ sở vật chất kỹ thuật được hiểu là "...kho tàng, xí nghiệp, máy móc, thiết bị, vật tư, sản phẩm, trụ sở cơ quan, hoặc các tài sản xã hội chủ nghĩa khác v.v... về an ninh, quốc phòng, kinh tế, khoa học, kỹ thuật, công trình văn hoá, nghệ thuật"⁶, tức chỉ bao gồm các tài sản của Nhà nước. Cách quy định như vậy dẫn đến một số điểm không phù hợp sau đây:

Về mặt thực tiễn, đối tượng khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân bên cạnh xâm phạm tính mạng, sức khỏe, tự do thân thể... của nạn nhân còn hướng đến gây thiệt hại hoặc đe dọa gây thiệt hại về tài sản vật chất, nhất là các mục tiêu quan trọng về an ninh chính trị, kinh tế, xã hội của nước ta. Cụ thể, qua khảo sát một số vụ án khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân, đối tượng khủng bố thường nhắm vào các cơ quan của Đảng, Nhà nước, trụ sở các cơ quan đại diện ngoại giao, đài phát thanh, truyền hình, rạp chiếu phim, những nơi tập trung đông người... Điều này phù hợp với mục đích của bọn khủng bố là gây tiếng vang, thu hút dư luận, làm xáo trộn xã hội, gây khó

4 Cục An ninh Điều tra - Bộ Công an, Báo cáo tình hình công tác an ninh điều tra qua các năm (từ năm 2010 đến năm 2014).

5 Báo cáo của Bộ Công an tại Hội nghị tổng kết Công tác công an năm 2014.

6 Nghị quyết số 4/HĐTP ngày 29/11/1986 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn áp dụng một số quy định trong Phần Các tội phạm của BLHS.

khăn cho hoạt động của các cơ quan chính quyền. Điển hình như vụ Nguyễn Hữu Chánh đã chỉ đạo đồng bọn mua thuốc nổ, kíp nổ để mang về Việt Nam thực hiện hành vi gây nổ tại khu vực bến Ninh Kiều - Cần Thơ, bưu điện, đài phát thanh - truyền hình TP. Hồ Chí Minh từ 30/1/2000 đến 14/2/2000. Trong các trường hợp này, về mặt áp dụng pháp luật hình sự, cơ quan tiến hành tố tụng đều xử lý các đối tượng về tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân, qua đó đảm bảo được cả yêu cầu về mặt chính trị và nghiệp vụ. Vì thế từ năm 2000 cho đến nay, chưa có trường hợp nào chúng ta xử lý về Tội phá hoại cơ sở vật chất - kỹ thuật của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam.

Ngoài ra, nếu giữ cách quy định như trong BLHS hiện hành thì trong trường hợp nhằm chống chính quyền nhân dân, tài sản bị phá hoại hoặc bị đe dọa phá hoại không phải là của Nhà nước mà là những tài sản của công dân, doanh nghiệp tư nhân nhưng có ý nghĩa quan trọng về kinh tế, xã hội (như nhà cửa, khu du lịch...) thì sẽ bị xét xử về tội phạm nào? Quy định hiện hành tại Điều 84 và 85 BLHS đang tạo nên “khoảng trống” pháp lý. Hơn nữa, cách quy định như vậy còn tạo ra sự không tương thích về dấu hiệu pháp lý cũng như việc định tội danh đối với Tội khủng bố quy định tại Điều 230a cũng như hành vi khủng bố trong Luật Phòng, chống khủng bố năm 2013, theo đó khủng bố còn bao gồm cả hành vi phá hủy công trình phương tiện quan trọng về an ninh quốc gia hoặc tài sản của công dân, tổ chức⁷.

Do vậy, việc bổ sung “tài sản” vào nhóm đối tượng tác động của Tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân là cần thiết, nhằm khắc phục những thiếu sót của BLHS

hiện hành. Điều này cũng sẽ phù hợp với tinh thần các Công ước quốc tế về đấu tranh phòng, chống khủng bố mà Việt Nam là thành viên, ngoài đối tượng xâm hại chủ yếu là con người, tội phạm khủng bố còn có thể tấn công vào các mục tiêu khác mà không bắt buộc phải nhằm vào con người, có thể là các cơ sở kinh tế chiến lược hoặc các cơ sở có tầm quan trọng đặc biệt (bất kể là của cá nhân hay của Nhà nước). Chẳng hạn, theo Công ước quốc tế về trừng trị việc khủng bố bằng bom năm 1997⁸, tại Điều 2 quy định hành vi khủng bố là “...nhằm chống lại một địa điểm, một trang thiết bị của Nhà nước hoặc chính phủ, một hệ thống giao thông công cộng hoặc một cơ sở hạ tầng:

a/ Với ý định giết người hoặc gây thương tích nghiêm trọng đối với thân thể; hoặc

b/ Với ý định phá hoại địa điểm, trang thiết bị hoặc hệ thống đó trên quy mô lớn, dẫn đến hoặc có thể dẫn đến những tổn thất lớn về kinh tế”⁹.

Trong đó, cơ sở hạ tầng là “bất kỳ cơ sở nào thuộc sở hữu nhà nước hoặc tư nhân...” (Điều 1 Công ước giải thích).

Đồng thời, nếu bổ sung “tài sản” vào đối tượng tác động của Tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân thì trong dấu hiệu pháp lý của tội phạm này sẽ bao hàm cả tội phá hoại cơ sở vật chất kỹ thuật của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam quy định tại Điều 85 BLHS. Khi đó, việc quy định Điều 85 BLHS là không cần thiết nữa.

Thứ hai, khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân diễn ra ngày càng đa dạng, phức tạp với nhiều dạng hành vi mới xuất hiện đang đặt ra yêu cầu cần phải tội phạm hóa để kịp thời đấu tranh.

7 Khoản 1, Điều 3 Luật Phòng, chống khủng bố 2013 và Thông tư liên tịch số 06/2012/TTLT/BCA-BQP-BTP-NHNNVN-VK-SNDTC-TANDTC hướng dẫn áp dụng một số quy định của BLHS về Tội khủng bố và tội tài trợ khủng bố.

8 Công ước được thông qua tại New York ngày 15/12/1997 và có hiệu lực ngày 23/5/2001. Công ước này có hiệu lực với Việt Nam từ ngày 8/2/2014.

9 Vụ Pháp chế - Bộ Công an, Bình luận khoa học Công ước quốc tế về trừng trị việc khủng bố bằng bom năm 1997 (Sách chuyên khảo), Nxb. Lao động, Hà Nội, 2014.

Trước hết là hành vi tuyển lựa, huấn luyện, chứa chấp các phần tử khủng bố. Các đối tượng chủ mưu, cầm đầu trong các vụ án khủng bố hiện nay không trực tiếp tiến hành khủng bố mà thường tuyển mộ người khác để thực hiện. Nghiên cứu một số vụ án khủng bố nhằm chống chính quyền trong thời gian gần đây, chúng ta thấy rằng, các tổ chức phản động lưu vong thường thực hiện hoạt động tuyển lựa và huấn luyện người ở nước ngoài để đảm bảo tính bí mật. Việc tuyển lựa có thể thực hiện bằng trực tiếp gặp gỡ, phỏng vấn song cũng có thể thực hiện thông qua mạng Internet. Các đối tượng khủng bố lập ra các website riêng để tuyển lựa người, liên lạc, nhận tài trợ và huấn luyện cách chế tạo bom, mìn... Các đối tượng được tuyển lựa thường được hứa hẹn trả tiền, tạo điều kiện xuất cảnh, định cư nước ngoài hoặc cho giữ vị trí nhất định trong tổ chức.

Ngoài ra, cùng với hành vi tuyển lựa, huấn luyện các phần tử khủng bố là hành vi tham gia vào tổ chức khủng bố.

Ở Việt Nam, mặc dù chưa xảy ra vụ khủng bố nào do các tổ chức khủng bố quốc tế gây ra nhưng trước nguy cơ có thể xảy ra đòi hỏi chúng ta phải có sự chủ động đối phó, phòng ngừa. Trong thời gian qua, Cơ quan an ninh đã phát hiện nhiều đối tượng khủng bố quốc tế xâm nhập vào Việt Nam. Một số đối tượng phản động trong nước có liên lạc, quan hệ với một số tổ chức khủng bố, Hồi giáo cực đoan trên thế giới và khu vực Đông Nam Á để tham gia nhằm thực hiện các hoạt động khủng bố¹⁰. Riêng trong năm 2014, lực lượng công an đã phát hiện một số đối tượng

nghe khủng bố quốc tế nhập cảnh vào Việt Nam, một số đối tượng Hồi giáo tại Bình Phước xuất cảnh sang Trung Đông¹¹...

Đồng thời, ngày 4/4/2007, Bộ Công an Việt Nam¹² cũng đã liệt tổ chức phản động “Việt Tân” vào danh sách các tổ chức khủng bố¹³ và thông báo cho các quốc gia khác biết để cùng hợp tác đấu tranh - sau một thời gian dài chúng thực hiện các hoạt động khủng bố nhằm chống phá nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam. Trong thời gian qua, “Việt Tân” thường xuyên tuyển lựa, lôi kéo người vào tổ chức của chúng để phục vụ cho mưu đồ chống phá Nhà nước ta.

Tuy nhiên, pháp luật hình sự Việt Nam chưa coi hành vi tham gia vào tổ chức khủng bố (quốc tế) là tội phạm, trừ khi cơ quan bảo vệ pháp luật chứng minh được việc tham gia vào tổ chức khủng bố là để nhằm thực hiện một vụ khủng bố cụ thể xâm hại đến an ninh, an toàn xã hội ở Việt Nam thì mới bị coi là đồng phạm và có thể bị xử lý hình sự. Cho nên, trên thực tế, đối với các đối tượng tìm cách tham gia vào một tổ chức khủng bố (quốc tế) bằng các thủ đoạn khác nhau, chẳng hạn tìm cách trốn ra nước ngoài... thì lực lượng Công an chỉ chủ động phòng ngừa nghiệp vụ là chủ yếu.

Để góp phần đảm bảo yêu cầu của công cuộc đấu tranh phòng, chống tội phạm, đồng thời góp phần hoàn thiện hơn nữa BLHS hiện hành, chúng tôi nhận thấy cần thiết phải tội phạm hóa loại hành vi này. Pháp luật hình sự một số nước hiện nay cũng đã ngăn cấm hành vi tham gia vào một tổ chức khủng bố (quốc tế) trong pháp luật hình sự. Chẳng hạn,

10 Trung tâm Nghiên cứu khoa học, Viện Nghiên cứu Lập pháp, Ủy ban thường vụ Quốc hội, Thông tin chuyên đề: Cơ sở lý luận và thực tiễn hoàn thiện pháp luật về phòng, chống khủng bố ở Việt Nam hiện nay, Hà Nội, tháng 5/2013.

<http://vnclp.gov.vn/uploaded/2013/14/18/c3c7c9df-43f0-42e0-8603-05b33fbb3f62.doc>

11 Bộ Công an, Báo cáo tổng kết công tác công an năm 2014 (ngày 29/12/2014)

12 Theo Luật Phòng, chống rửa tiền năm 2012, tại Điều 38 đã xác định Bộ Công an có trách nhiệm “Chủ trì lập danh sách tổ chức, cá nhân thuộc danh sách đen”, trong đó “Danh sách đen là danh sách tổ chức, cá nhân có liên quan tới khủng bố và tài trợ khủng bố do Bộ Công an chủ trì lập theo quy định của pháp luật” (Điều 4).

13 GS, TS. Nguyễn Ngọc Anh, ThS. Phạm Thị Chung Thủy, ThS. Nguyễn Thị Thu Thủy, Hoàn thiện pháp luật về phòng, chống khủng bố - Những vấn đề lý luận và thực tiễn, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2011, tr. 117.

khoản 7 Điều 108 Bộ luật hình Slovakia quy định: “(7) Người nào tham gia vào một tổ chức hoặc nhóm khủng bố nhằm thực hiện hành vi phạm tội quy định tại khoản 1, 2, 4 hoặc 5 của điều này sẽ bị phạt tù không quá 8 năm”¹⁴. Hay Điều 83.18 BLHS Canada quy định về hành vi tham gia vào hoạt động của nhóm khủng bố, đó là hành vi “...tham gia có chủ đích hoặc đóng góp trực tiếp hay gián tiếp vào bất kỳ hoạt động nào của nhóm khủng bố với mục đích tăng cường khả năng của nhóm khủng bố...” bất kể “nhóm khủng bố có thực sự thực hiện được hoạt động khủng bố hay không”, hoặc “sự tham gia hay đóng góp của người phạm tội có giúp tăng cường khả năng của nhóm khủng bố trong việc hỗ trợ hoặc thực hiện hành vi khủng bố hay không”, hoặc “người phạm tội có biết hành vi khủng bố cụ thể có được thực hiện bởi nhóm khủng bố hay không”¹⁵.

Bên cạnh đó, cần thiết phải nghiên cứu hình sự hóa hành vi tài trợ khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân và hành vi hoạt động thành lập tổ chức khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân để qua đó góp phần đảm bảo yêu cầu phòng chống tội phạm.

Thứ ba, quy định của BLHS hiện hành về Tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân chưa có nội dung về miễn trách nhiệm hình sự đối với người đã phạm tội này nhưng đáng khoan hồng trong một số trường hợp đặc biệt.

Trên thực tế, nhiều người nhận lời thực hiện hành vi khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân do trình độ nhận thức hạn chế, lạc hậu, bị mua chuộc, lôi kéo tham gia. Nếu những người này không thực hiện nhiệm vụ được giao, tự thú, thành khẩn khai báo, lập công chuộc tội thì cần được khoan hồng. Rõ ràng, với chính sách như vậy sẽ

khuyến khích nhiều người lầm đường lạc lối trở về với lẽ phải, qua đó góp phần đảm bảo hiệu quả phòng ngừa tội phạm và tránh được những thiệt hại rất lớn do hành vi khủng bố gây ra. Theo chúng tôi, có thể bổ sung thêm một khoản (khoản 5) tại Điều 84 BLHS Việt Nam về nội dung này, cụ thể như sau: “5. *Người nào đã phạm tội này nhưng tự thú, thành khẩn, kịp thời khai báo với cơ quan nhà nước có thẩm quyền và bằng cách nào đó góp phần tích cực vào việc ngăn chặn không để vụ khủng bố xảy ra thì được miễn trách nhiệm hình sự*”.

Thứ tư, một số điểm hạn chế về kỹ thuật lập pháp đối với Tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân

Xuất phát từ tính chất đặc biệt nguy hiểm của các tội xâm phạm an ninh quốc gia nói chung và Tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân nói riêng, thời điểm hoàn thành của nhóm tội phạm này là rất sớm. Do vậy, để đảm bảo sự thống nhất trong nhận thức, giải thích luật và áp dụng pháp luật và để phản ánh đúng tầm quan trọng cũng như yêu cầu bảo vệ khách thể, cần phải coi tất cả các tội xâm phạm an ninh quốc gia là tội có cấu thành hình thức, được coi là hoàn thành từ lúc thực hiện hành vi khách quan.

Tuy nhiên, hiện nay có một số tài liệu, giáo trình khoa học vẫn cho rằng, Tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân và Tội phá hoại cơ sở vật chất - kỹ thuật của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam có cấu thành vật chất, tội phạm hoàn thành khi nào có hậu quả xảy ra (chết người, gây thương tích, tự do thân thể bị xâm hại, đối tượng tác động bị hủy hoại, hư hỏng)⁹. Điều này xuất phát từ việc nhà làm luật sử dụng các cụm từ như “xâm phạm” tính mạng, sức khỏe, tự do thân thể (Điều 84) hay “phá hoại” cơ sở vật

14 https://www.unodc.org/doc/enl/2009/Slovenia_Penal_Code_2008_Excerpts_R-09-18.pdf, truy cập ngày 3/2/2015.

15 <http://www.lawofcanada.net/statutes/r-s-c-1985-c-c-46/83-18>, truy cập ngày 3/2/2015.

chất - kỹ thuật (Điều 85) khi mô tả dấu hiệu hành vi khách quan trong cấu thành tội phạm, từ đó dẫn đến cách hiểu không thống nhất về mặt khoa học khi xác định loại cấu thành tội phạm cũng như thời điểm hoàn thành của tội phạm. Do vậy, theo chúng tôi, cần thiết phải sửa đổi các cụm từ trên hoặc ban hành văn bản hướng dẫn về tội phạm này để đảm bảo sự thống nhất về mặt nhận thức cũng như áp dụng pháp luật trên thực tế.

Một điểm hạn chế khác về kỹ thuật lập pháp đối với Tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân khi tại khoản 4 Điều 84 BLHS Việt Nam, nhà làm luật lại quy định “Khủng bố người nước ngoài nhằm gây khó khăn cho quan hệ quốc tế của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, thì cũng bị xử phạt theo Điều này”. Theo chúng tôi, việc nhà làm luật quy định khoản 4 tại Điều 84 BLHS xuất phát từ thực tế vụ án khủng bố nhằm chống chính quyền xảy ra trên thực tế trước đây. Các đối tượng phản động ở nước ngoài xâm nhập vào Việt Nam tiến hành các hành vi khủng bố người nước ngoài (bao gồm cả người không quốc tịch) để nhằm gây bất ổn về tình hình an ninh, trật tự trong nước đồng thời tạo ra những khó khăn về mặt ngoại giao giữa Việt Nam với các nước trên thế giới.

Thế nhưng chính quy định tại khoản 4 Điều 84 sẽ dẫn đến cách hiểu là: hành vi khủng bố người nước ngoài chỉ bị xử lý theo Điều 84 khi nào cơ quan tiến hành tố tụng chứng minh được mục đích của người phạm tội là gây khó khăn cho quan hệ quốc tế của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, qua đó chống chính quyền nhân dân. Vậy trường hợp để chống chính quyền, các đối tượng khủng bố hướng đến mục tiêu là người nước ngoài tại Việt Nam nhằm gây ra sự mất ổn định về an ninh trật tự trong nước, gây

ảnh hưởng xấu trực tiếp đến tâm lý các nhà đầu tư nước ngoài hay khách du lịch nước ngoài thì phạm tội gì? Do vậy, quy định tại khoản 4 Điều 84 là không cần thiết và nên bỏ, bởi lẽ dù đối tượng hướng đến xâm hại của hành vi khủng bố nhằm chống chính quyền là ai (công dân Việt Nam hay là người nước ngoài) đều có thể bị xét xử theo Điều 84 BLHS nếu thỏa mãn các dấu hiệu pháp lý khác của tội này. Ngoài ra, nhà làm luật cũng cần thay cụm từ “cán bộ, công chức hoặc công dân” bằng cụm từ “người khác” thì sẽ phù hợp và bao quát đầy đủ hơn đối tượng tác động của tội phạm.

Từ những phân tích trên, chúng tôi xin đề xuất sửa đổi như sau:

“Điều 84. *Tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân*

1. Người nào nhằm chống chính quyền nhân dân mà thực hiện hành vi gây nguy hiểm đến tính mạng của người khác hoặc phá hủy tài sản của cơ quan, tổ chức, cá nhân thì bị phạt tù từ...

2. Phạm tội trong trường hợp xâm phạm tự do thân thể, sức khỏe hoặc chiếm giữ, làm hư hại tài sản của cơ quan, tổ chức, cá nhân thì bị phạt tù từ...

3. Phạm tội trong trường hợp đe dọa thực hiện một trong các hành vi quy định tại khoản 1 Điều này hoặc có những hành vi khác uy hiếp tinh thần, thì bị phạt tù từ...

4. Phạm tội trong trường hợp tuyển lựa, huấn luyện, chứa chấp các phần tử khủng bố hoặc tham gia vào tổ chức khủng bố thì...

5. Người nào đã phạm tội này nhưng tự thú, thành khẩn, kịp thời khai báo với cơ quan nhà nước có thẩm quyền và bằng cách nào đó góp phần tích cực vào việc ngăn chặn không để vụ khủng bố xảy ra thì được miễn trách nhiệm hình sự” ■

16 Xem Đại học Luật Hà Nội, Giáo trình Luật hình sự Việt Nam, Tập 1, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2008, tr. 349 và tr.351.

MỞ RỘNG PHẠM VI CÔNG NHẬN VÀ CHO THI HÀNH TẠI VIỆT NAM BẢN ÁN, QUYẾT ĐỊNH DÂN SỰ CỦA TÒA ÁN NƯỚC NGOÀI

BÀNH QUỐC TUẤN*

Trong quá trình hội nhập quốc tế, khi các tranh chấp dân sự có yếu tố nước ngoài xảy ra càng nhiều và phức tạp thì yêu cầu công nhận và cho thi hành bản án, quyết định dân sự của tòa án nước này trên lãnh thổ một nước khác cũng tăng lên. Đối với Việt Nam, thực tiễn cho thấy, quá trình hội nhập quốc tế càng diễn ra mạnh mẽ thì số lượng các bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài (TANN) có yêu cầu công nhận và cho thi hành tại Việt Nam ngày càng gia tăng và tính chất càng phức tạp. Hệ thống pháp luật Việt Nam điều chỉnh hoạt động công nhận và cho thi hành bản án, quyết định dân sự của TANN đang ngày càng được hoàn thiện mà một trong những văn bản pháp luật quan trọng là Bộ luật Tố tụng dân sự (TTDS) năm 2004, sửa đổi, bổ sung năm 2011 (Bộ luật TTDS 2004/2011). Bài viết tập trung vào vấn đề phạm vi công nhận và cho thi hành theo quy định tại Phần thứ sáu "Thủ tục công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của TANN, quyết định của Trọng tài nước ngoài" của Bộ luật TTDS 2004/2011 nhằm phục vụ cho việc sửa đổi, bổ sung Bộ luật TTDS trong giai đoạn sắp tới.

1. Khái quát chung về phạm vi công nhận và cho thi hành bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài

Về mặt lý luận, có hai loại phạm vi công nhận và cho thi hành bản án, quyết định dân sự của nước ngoài được quy định trong pháp luật các nước cũng như các điều ước quốc tế có liên quan:

- Phạm vi công nhận và cho thi hành hẹp: Chỉ công nhận bản án, quyết định dân

sự của TANN ban hành. Điều này có nghĩa là những văn bản của nước ngoài mà không có tên gọi là bản án, quyết định dân sự và không do cơ quan có tên là Tòa án ban hành sẽ không được xem xét công nhận và cho thi hành ở những nước này. Pháp luật những nước tiêu biểu áp dụng cách quy định này là: Liên bang Nga (Điều 409 Bộ luật TTDS 2003)¹, Trung Quốc (Điều 267, Điều 268 Luật TTDS ngày 09/4/1991)², Hoa Kỳ (Luật

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

1 Nguyễn Ngọc Khánh dịch, Trần Văn Trung hiệu đính, Bộ luật TTDS Liên bang Nga năm 2003, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2005, tr. 253.

2 Dự án VIE/95/017 - Tăng cường năng lực xét xử tại Việt Nam (2000), Luật TTDS Cộng hòa nhân dân Trung Hoa, Tài liệu tham khảo trong Kỳ yếu của dự án, Hà Nội, tr. 198.

thống nhất về Thi hành phán quyết nước ngoài năm 1948)³, Lào⁴, ... Cụ thể: khoản 2 Điều 409 Bộ luật TTDS Liên bang Nga năm 2003 quy định: “Bản án, quyết định của TANN là bản án, quyết định về vụ việc dân sự, trừ tranh chấp kinh tế và những vụ việc khác liên quan đến hoạt động kinh doanh hoặc hoạt động kinh tế khác, và phần quyết định trong bản án kết tội về bồi thường thiệt hại gây ra do hành vi phạm tội” sẽ được công nhận và cho thi hành tại Liên bang Nga.

Bộ luật TTDS 2004/2011 (Điều 342) quy định công nhận và cho thi hành theo phạm vi hẹp, chỉ công nhận và cho thi hành bản án, quyết định dân sự, quyết định về tài sản trong bản án, quyết định hình sự, hành chính và bản án, quyết định khác của TANN ban hành. Một số Hiệp định tương trợ tư pháp (TTTP) giữa Việt Nam với các nước như: Hiệp định TTTP giữa Việt Nam với Trung Quốc năm 1999 (Điều 15), Hiệp định TTTP giữa Việt Nam với Lào năm 1999 (Điều 44), Hiệp định TTTP giữa Việt Nam với Triều Tiên năm 2002 (Điều 30), ... cũng quy định tương tự. Khoản 2 Điều 15 Hiệp định TTTP giữa Việt Nam với Trung Quốc năm 1999 quy định: “Các quyết định của Tòa án nói trong hiệp định này ở Cộng hòa XHCN Việt Nam bao gồm: bản án, quyết định, biên bản hòa giải của Tòa án”⁵.

- Phạm vi công nhận và cho thi hành

rộng: Bên cạnh công nhận và cho thi hành bản án, quyết định dân sự của TANN còn công nhận và cho thi hành các quyết định của một số cơ quan khác không phải là tòa án ban hành như quyết định của các cơ quan hành chính, tư pháp... Cách quy định này được áp dụng tại một số công ước quốc tế tiêu biểu. Công ước La Haye ngày 01/02/1971 về việc Công nhận và cho thi hành phán quyết của nước ngoài về các vấn đề dân sự và thương mại, tại Điều 2 quy định về phán quyết của nước ngoài được công nhận và cho thi hành như sau: “Công ước này được áp dụng cho tất cả các phán quyết được ban hành bởi cơ quan có thẩm quyền của một quốc gia là thành viên công ước, không phụ thuộc vào tên gọi của cơ quan ban hành ra phán quyết hoặc tên gọi của phán quyết như bản án, quyết định, án lệnh”⁶, Điều 25 Công ước Brussels ngày 27/12/1968⁷, Điều 25 Công ước Lugano ngày 16/12/1988⁸, Điều 32 Quy tắc Brussels 2001⁹... đều quy định tương tự. Pháp luật một số nước tiêu biểu áp dụng phạm vi công nhận và cho thi hành rộng như: Pháp, Đức (Điều 328 Bộ luật TTDS năm 1877), Nhật Bản (Điều 24 Luật Thi hành án dân sự năm 1979, sửa đổi, bổ sung năm 2003), Bỉ (khoản 3 Điều 22 Luật Tư pháp quốc tế ngày 16/7/2004), Italia (Điều 64 Luật Tư pháp quốc tế ngày 31/5/1995), Australia (Điều 3 Luật liên bang về Phán quyết của

3 The United State of America Uniform Enforcement of Foreign Judgments Act of 1948.

4 Sida Lokaphone (Viện trưởng Viện Khoa học pháp lý và hợp tác quốc tế, Bộ Tư pháp Lào), Một số nét về Tư pháp quốc tế của Cộng hòa dân chủ nhân dân Lào, Tham luận trình bày tại Hội thảo khu vực Một số vấn đề thực tiễn về quan hệ nhân thân và tài sản trong Tư pháp quốc tế (Nhà pháp luật Việt - Pháp tổ chức tháng 5/2005 tại Hà Nội).

5 Hiệp định TTTP và pháp lý ký kết giữa Cộng hòa XHCN Việt Nam và các nước, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2001, tr. 347.

6 Hague Conference on Private International Law (1971), Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters dated 01/02/1971.

7 European Community (1968), Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgement in Civil and Commercial matters dated 27/12/1968 (Brussels I Convention).

8 Lugano Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgement in Civil and Commercial matters dated 16/12/1988.

9 European Union (2000), Council Regulation (EC) No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters dated 22/12/2000 (Brussels Regulation 2001).

nước ngoài năm 1991)... cũng áp dụng cách quy định này. Theo pháp luật của Pháp, ngoài việc công nhận và cho thi hành bản án, quyết định dân sự của TANN ban hành, các văn bản khác như các quyết định của Tham chính viện của Pháp cũng được xem xét công nhận và cho thi hành¹⁰ hoặc theo pháp luật của Vương quốc Liên hiệp Anh và Bắc Ailen còn có bản án của Ủy ban phúc thẩm của Thượng nghị viện¹¹, ...

Trong các Hiệp định TTTP mà Việt Nam đã ký kết với các nước, bên cạnh những Hiệp định quy định phạm vi công nhận và cho thi hành hẹp có một số Hiệp định TTTP quy định phạm vi công nhận và cho thi hành rộng hơn Bộ luật TTDS 2004/2011. Cụ thể: Hiệp định TTTP giữa Việt Nam với Liên bang Nga năm 1999 (Điều 51, 52), Hiệp định TTTP giữa Việt Nam với Mông Cổ năm 2000 (Điều 42, Điều 43), Hiệp định TTTP giữa Việt Nam với Belarus năm 2000 (khoản 2 Điều 56)... Theo đó, ngoài bản án, quyết định dân sự của tòa án ban hành còn có các quyết định về những vụ kiện hôn nhân, gia đình không mang tính chất tài sản của các cơ quan khác, không phải là tòa án ban hành, quyết định về các vấn đề dân sự (bao gồm cả lao động) và gia đình không mang tính chất tài sản do cơ quan tư pháp, cơ quan hộ tịch, cũng như cơ quan giám hộ và trợ tá ban hành cũng được xem xét công nhận và cho thi hành. Tuy nhiên, phạm vi công nhận và cho thi hành theo quy định của các Hiệp định TTTP này vẫn hẹp hơn quy định của pháp luật các nước Pháp, Đức, Italia, Australia, Bỉ... bởi các Hiệp định TTTP áp dụng phương pháp liệt kê nên vẫn giới hạn được

những bản án, quyết định dân sự nước ngoài được công nhận và cho thi hành trong khi pháp luật các nước kể trên thì gần như không có giới hạn cụ thể.

Một vấn đề lý luận có liên quan đến phạm vi công nhận và cho thi hành là việc phân loại các bản án, quyết định của nước ngoài có yêu cầu công nhận và cho thi hành. Theo quy định của pháp luật nhiều nước thì bản án, quyết định dân sự của tòa án bao gồm hai loại cơ bản: bản án, quyết định mang tính chất tài sản và bản án, quyết định không mang tính chất tài sản¹². Bản án, quyết định dân sự mang tính chất tài sản luôn có liên quan đến một khoản tiền, một nghĩa vụ tài sản hoặc một giá trị vật chất như bản án, quyết định giải quyết các vấn đề về quyền sở hữu tài sản, thừa kế, bồi thường thiệt hại trong hợp đồng và ngoài hợp đồng... Bản án, quyết định dân sự không mang tính chất tài sản chỉ liên quan đến các vấn đề nhân thân như bản án ly hôn mà chỉ giải quyết quan hệ nhân thân, quyết định công nhận thuận tình ly hôn mà không giải quyết vấn đề tài sản, quyết định thay đổi họ tên... Những công ước quốc tế, pháp luật quốc gia áp dụng phạm vi công nhận và cho thi hành hẹp thì không phân chia bản án, quyết định thành hai loại như trên. Ngược lại, những công ước quốc tế, pháp luật quốc gia áp dụng phạm vi công nhận và cho thi hành rộng thì phân định rất rõ hai loại bản án, quyết định: loại mang tính chất tài sản và loại không mang tính chất tài sản. Việc phân chia bản án, quyết định dân sự thành hai loại như trên không có nhiều ý nghĩa trong việc xem xét nội dung của bản án, quyết định nhưng có ý nghĩa rất quan

10 Jean Claude Ricci, *Nhập môn luật học*, Nxb. Văn hóa - Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 159.

11 Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình Luật so sánh*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 2009, tr. 242.

12 Viện Khoa học xét xử, *Tòa án nhân dân tối cao (2009), Chuyên đề Khoa học xét xử: Những vấn đề lý luận và thực tiễn của công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của TANN, quyết định của Trọng tài nước ngoài (Thông tin khoa học xét xử số 4/2009)*, tr. 3.

trọng về mặt lý luận cũng như thực tiễn đối với việc xây dựng các quy định pháp luật cụ thể về công nhận và cho thi hành, bởi lẽ những bản án, quyết định không có tính chất tài sản chỉ phát sinh yêu cầu công nhận còn những bản án, quyết định có tính chất tài sản thường phát sinh yêu cầu thi hành. Từ yêu cầu khác nhau này sẽ dẫn đến sự khác nhau trong việc xác định các điều kiện để công nhận và cho thi hành như điều kiện đối với tư cách chủ thể nộp đơn yêu cầu, điều kiện về nơi cư trú, tài sản của bên phải thi hành và quan trọng nhất là xác định trình tự, thủ tục công nhận và cho thi hành... Đặc biệt, sự khác biệt trong việc phân định này có ý nghĩa quyết định đối với quy định về phạm vi công nhận và cho thi hành.

2. Phạm vi công nhận và cho thi hành theo quy định của Bộ luật Tố tụng dân sự 2004/2011

Điều 342 Bộ luật TTDS 2004/2011 quy định: “1. Bản án, quyết định dân sự của TANN là bản án, quyết định về dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại, lao động, quyết định về tài sản trong bản án, quyết định hình sự, hành chính của TANN và bản án, quyết định khác của TANN mà theo pháp luật của Việt Nam được coi là bản án, quyết định dân sự”. Quy định của điều luật thể hiện một số vấn đề sau đây:

Thứ nhất, xét ở góc độ hình thức văn bản và chủ thể ban hành văn bản, Bộ luật TTDS 2004/2011 quy định việc công nhận và cho thi hành theo phạm vi hẹp, chỉ công nhận và cho thi hành bản án, quyết định dân sự của TANN ban hành. Xuất phát từ chủ quyền quốc gia, việc xác định thế nào là một bản án, quyết định dân sự của TANN phải căn cứ vào pháp luật của nước nơi nhận được yêu cầu công nhận và cho thi hành. Vì vậy, việc xác định một bản án, quyết định dân sự của TANN tại Việt Nam phải tuân theo pháp luật Việt Nam. So với quy định của pháp luật nhiều nước trên

thế giới như Luật Tư pháp quốc tế của Bỉ ngày 16/7/2004; Luật Tư pháp quốc tế của Bulgaria ngày 04/5/2005 hoặc các công ước quốc tế tiêu biểu như Công ước La Haye ngày 01/02/1971, các công ước của EU... quy định phạm vi công nhận và cho thi hành rất rộng thì phạm vi công nhận và cho thi hành theo quy định của Bộ luật TTDS 2004/2011 tương đối hẹp, chỉ công nhận và cho thi hành bản án, quyết định dân sự của TANN. Việc quy định công nhận và cho thi hành theo phạm vi hẹp như trên trong một số trường hợp thực tế đã gây khó khăn cho các chủ thể có yêu cầu công nhận và cho thi hành tại Việt Nam một văn bản giải quyết một vấn đề dân sự nhưng không phải là TANN ban hành.

Thứ hai, Bộ luật TTDS 2004/2011 không quy định cụ thể, rõ ràng về hai loại bản án, quyết định dân sự của TANN là bản án, quyết định không mang tính chất tài sản và bản án, quyết định mang tính chất tài sản. Khoản 5 Điều 343 Bộ luật TTDS 2004/2011 quy định việc đương nhiên công nhận những bản án, quyết định dân sự của TANN không có yêu cầu thi hành tại Việt Nam nếu giữa Việt Nam và nước đó có điều ước quốc tế liên quan. Tuy nhiên, quy định này chưa cụ thể và cũng không xuất phát từ tính chất của bản án, quyết định dân sự của TANN mà xuất phát từ yêu cầu của đương sự. Đây cũng là một điểm khác biệt của Bộ luật TTDS 2004/2011 so với quy định của pháp luật các nước cũng như các điều ước quốc tế thường quy định rất cụ thể hai loại bản án, quyết định có tính chất tài sản và bản án, quyết định không có tính chất tài sản.

Thứ ba, phạm vi công nhận và cho thi hành theo quy định của Bộ luật TTDS 2004/2011 cũng hẹp hơn quy định trong một số Hiệp định TTTP giữa Việt Nam với các nước (Hiệp định TTTP giữa Việt Nam với Liên bang Nga năm 1999, Hiệp định TTTP giữa Việt Nam với Mông Cổ năm 2000, Hiệp

định TTTP giữa Việt Nam với Belarus năm 2000...). Các Hiệp định này ngoài bản án, quyết định dân sự của TANN còn quy định việc công nhận và cho thi hành một số văn bản khác không phải do TANN ban hành để giải quyết các vấn đề dân sự. Điều này ảnh hưởng đến tính thống nhất của hệ thống pháp luật cũng như tính khả thi của việc áp dụng các quy định của pháp luật trên thực tế.

3. Một số vấn đề đặt ra và đề xuất hoàn thiện pháp luật

Điều 342 Bộ luật TTDS 2004/2011 quy định công nhận và cho thi hành theo phạm vi hẹp, chỉ công nhận và cho thi hành bản án, quyết định dân sự của TANN ban hành. Điều này làm phát sinh một số vấn đề cần xem xét, phân tích sau đây:

Thứ nhất, quy định của Bộ luật TTDS 2004/2011 khác biệt với quy định của các công ước quốc tế tiêu biểu như Điều 2 Công ước La Haye ngày 01/02/1971, Điều 25 Công ước Brussels ngày 27/12/1968, Điều 25 Công ước Lugano ngày 16/12/1988 và pháp luật ở nhiều nước trên thế giới quy định phạm vi công nhận và cho thi hành rất rộng. Cụ thể: Pháp luật Pháp quy định phạm vi công nhận và cho thi hành tại Pháp bản án, quyết định dân sự của nước ngoài bao gồm: *bản án, quyết định của Tòa án; quyết định của Trọng tài nước ngoài; quyết định của cơ quan hành chính nước ngoài có hiệu lực như bản án, quyết định dân sự của Tòa án (ly hôn theo thủ tục hành chính); các văn bản do các viên chức công quyền nước ngoài lập (văn bản hành chính)*¹³; khoản 3 Điều 22 Luật Tư pháp quốc tế của Bỉ ngày 16/7/2004; Điều 64 Luật Tư pháp quốc tế của Italia ngày 31/5/1995 cũng quy định tương tự. Quy định

của Bộ luật TTDS 2004/2011 cũng khác biệt với một số Hiệp định TTTP mà Việt Nam là thành viên. Việc Bộ luật TTDS 2004/2011 quy định phạm vi công nhận và cho thi hành hẹp trong một số trường hợp trên thực tế đã gây khó khăn cho các chủ thể có yêu cầu công nhận tại Việt Nam một quyết định giải quyết một vấn đề dân sự nhưng không do TANN tuyên. Đặc biệt, trên thực tế, những quyết định ly hôn của cơ quan có thẩm quyền nước ngoài chưa ký kết Hiệp định TTTP với Việt Nam mà không phải là tòa án ban hành có yêu cầu công nhận tại Việt Nam rất nhiều nhưng không thể áp dụng cơ chế của Bộ luật TTDS 2004/2011 để giải quyết. Điều này cũng cho thấy quy định của Bộ luật TTDS 2004/2011 không đáp ứng được yêu cầu của thực tiễn.

Thứ hai, việc Bộ luật TTDS 2004/2011 không phân chia bản án, quyết định dân sự của TANN thành bản án, quyết định có tính chất tài sản và bản án, quyết định không có tính chất tài sản mà phân chia thành bản án, quyết định có yêu cầu thi hành và bản án, quyết định không có yêu cầu thi hành tại Việt Nam đã dẫn đến sự không hợp lý trong việc xây dựng thủ tục giải quyết đối với từng loại yêu cầu bởi lẽ tính chất của từng loại bản án, quyết định là hoàn toàn khác nhau. Pháp luật hiện hành chỉ được xây dựng căn cứ vào yêu cầu của chủ thể nộp đơn mà lẽ ra phải căn cứ vào tính chất của bản án, quyết định dân sự của TANN.

Kinh nghiệm lập pháp quốc tế cho thấy, xuất phát từ tính chất của bản án, quyết định sẽ có hai loại thủ tục khác nhau: thủ tục công nhận hoặc không công nhận đối với bản án, quyết định chỉ có yêu cầu công nhận (bản án,

13 Jean Derruppe, *Tư pháp quốc tế*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2005, tr. 181.

quyết định không có tính chất tài sản) và thủ tục công nhận và cho thi hành đối với bản án, quyết định dân sự của TANN có yêu cầu thi hành (bản án, quyết định có tính chất tài sản)¹⁴. Pháp luật nhiều nước trên thế giới đều quy định rất cụ thể hai loại thủ tục này. Ví dụ: Hoa Kỳ, Hà Lan, Canada, Italia, Đức. Bên cạnh hai loại thủ tục trên, pháp luật một số nước còn quy định thủ tục rút gọn (Summary Proceeding) trong việc giải quyết yêu cầu công nhận và cho thi hành. Cụ thể, án lệ của Ireland quy định việc áp dụng thủ tục rút gọn trong một số trường hợp công nhận phán quyết của cơ quan tài phán nước ngoài¹⁵. Việc xác định rõ từng loại thủ tục tương ứng với từng loại bản án, quyết định dân sự của TANN sẽ đảm bảo được kết quả giải quyết phù hợp với yêu cầu của chủ thể nộp đơn.

Thứ ba, trên thực tế có những vụ việc dân sự tại Việt Nam do tòa án giải quyết (Ví dụ: giải quyết thuận tình ly hôn) thì ở nước ngoài không do tòa án giải quyết. Các quyết định này nếu có yêu cầu công nhận tại Việt Nam sẽ không giải quyết được theo các quy định của Bộ luật TTDS 2004/2011. Thực tế cho thấy, nhiều quyết định công nhận thuận tình ly hôn do cơ quan quản lý tư pháp hộ tịch của nước ngoài tuyên mà một bên chủ thể là công dân Việt Nam (Trung Quốc, lãnh thổ Đài Loan, Hàn Quốc) có yêu cầu công nhận tại Việt Nam để công dân Việt Nam kết hôn lần 2 đã không được công nhận theo những quy định của Bộ luật TTDS 2004/2011 do đó không phải là quyết định của TANN tuyên. Chủ thể Việt Nam nếu có yêu cầu kết hôn tại Việt Nam đều phải xin ly hôn lại tại Tòa án Việt Nam.

Thứ tư, phạm vi công nhận và cho thi hành theo quy định của Bộ luật TTDS

2004/2011 hẹp hơn quy định của một số Hiệp định TTTP giữa Việt Nam với các nước. Xét ở góc độ kỹ thuật lập pháp rõ ràng đã không có sự tương đồng giữa pháp luật trong nước với quy định trong từng điều ước quốc tế cụ thể mà Việt Nam là thành viên.

Như vậy, việc các công ước quốc tế tiêu biểu cũng như pháp luật các quốc gia điển hình đều quy định công nhận và cho thi hành theo phạm vi rộng thì việc pháp luật Việt Nam vừa có những quy định theo phạm vi hẹp, vừa có những quy định theo phạm vi rộng là vấn đề cần phải xem xét trong quá trình hoàn thiện pháp luật bởi lẽ một mặt, tính đồng bộ của pháp luật Việt Nam không được bảo đảm, mặt khác, sự phù hợp của pháp luật Việt Nam với pháp luật quốc tế cũng chưa đạt được.

Để giải quyết các vấn đề đã phân tích ở trên, chúng tôi có một số đề xuất sau đây:

Thứ nhất, mở rộng phạm vi công nhận và cho thi hành trong quy định của Bộ luật TTDS 2004/2011. Bộ luật TTDS 2004/2011 quy định công nhận và cho thi hành theo phạm vi hẹp, chỉ công nhận và cho thi hành bản án, quyết định của TANN ban hành. Trong khi đó, nghiên cứu nội dung của các công ước quốc tế tiêu biểu, pháp luật ở các quốc gia điển hình đều quy định phạm vi công nhận và cho thi hành rất rộng, bên cạnh bản án, quyết định dân sự của Tòa án còn công nhận và cho thi hành các văn bản do các cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài không phải là tòa án ban hành để giải quyết một vấn đề dân sự. Một số Hiệp định TTTP giữa Việt Nam với các nước cũng đã quy định phạm vi công nhận và cho thi hành rộng. Bên cạnh đó, thực tiễn giải quyết các yêu cầu công nhận và cho thi hành tại Việt Nam cũng cho

14 J.G. Collier (2001), *Conflict of Laws*, Cambridge University Press (Third edition), Cambridge, p. 173.

15 John Doyle (Partner of Dillon Eustace), "Enforcement of Foreign Judgments in Ireland".

thấy yêu cầu công nhận và cho thi hành trên thực tế không chỉ bao gồm bản án, quyết định dân sự của TANN mà còn bao gồm các văn bản do các cơ quan nước ngoài không phải là tòa án ban hành như các quyết định về những vụ kiện hôn nhân, gia đình không mang tính chất tài sản, quyết định về các vấn đề dân sự (bao gồm cả lao động) và gia đình không mang tính chất tài sản do cơ quan tư pháp, cơ quan hộ tịch, cũng như cơ quan giám hộ và trợ tá ban hành ...

Như vậy, việc mở rộng phạm vi công nhận và cho thi hành trong quy định của Bộ luật TTDS 2004/2011 là hoàn toàn phù hợp với xu hướng lập pháp của thế giới hiện nay đồng thời đáp ứng được yêu cầu của tình hình thực tiễn Việt Nam về công nhận và cho thi hành bản án, quyết định dân sự của TANN. Tuy nhiên, việc mở rộng theo hướng không giới hạn phạm vi như quy định của pháp luật các nước Pháp, Đức, Nhật Bản, Bỉ, Thụy Sĩ, Italia, Australia... hoặc các công ước đa phương của Hội nghị La Haye về tư pháp quốc tế, các quy định của EU là điều chưa thể áp dụng tại Việt Nam bởi lẽ việc mở rộng tối đa phạm vi công nhận và cho thi hành mà không kèm theo cơ chế kiểm soát hiệu quả của Nhà nước sẽ dễ dẫn đến các lợi ích công bị xâm phạm. Phân tích quy định của pháp luật Hoa Kỳ, Liên bang Nga, một số Hiệp định TTTP giữa Việt Nam với Liên bang Nga, Mông Cổ, Belarus cho thấy, phạm vi công nhận và cho thi hành bao gồm bản án, quyết định dân sự, phần quyết định về tài sản trong bản án hình sự, hành chính của TANN ban hành, các quyết định về những vụ kiện hôn nhân, gia đình không mang tính chất tài sản của các cơ quan khác, không phải là tòa án ban hành, quyết định về các vấn đề dân sự (bao gồm cả lao động) và gia đình không mang tính chất tài sản do cơ quan tư

pháp, cơ quan hộ tịch, cũng như cơ quan giám hộ và trợ tá ban hành là giải pháp phù hợp hơn đối với Việt Nam hiện nay.

Thứ hai, Bộ luật TTDS 2004/2011 cần xác định rõ hai nhóm bản án, quyết định dân sự của TANN căn cứ vào tính chất là những bản án, quyết định có tính chất tài sản và những bản án, quyết định không có tính chất tài sản. Việc phân biệt này sẽ tạo điều kiện cho việc xây dựng các quy định cụ thể có liên quan như nguyên tắc, điều kiện, thủ tục công nhận và cho thi hành... Kinh nghiệm lập pháp quốc tế đã cho thấy, đây là cách thức phân biệt các bản án, quyết định dân sự của TANN phù hợp nhất để xây dựng các quy định cụ thể khác có liên quan như điều kiện công nhận và cho thi hành, những trường hợp từ chối công nhận, trình tự, thủ tục công nhận và cho thi hành...

Như vậy, cần mở rộng phạm vi công nhận và cho thi hành trong quy định của Bộ luật TTDS 2004/2011 theo hướng ngoài việc công nhận và cho thi hành bản án, quyết định dân sự của TANN, còn công nhận và cho thi hành các quyết định về những vụ kiện hôn nhân, gia đình không mang tính chất tài sản của các cơ quan khác, không phải là tòa án ban hành, quyết định về các vấn đề dân sự (bao gồm cả lao động) và gia đình không mang tính chất tài sản do cơ quan tư pháp, cơ quan hộ tịch, cũng như cơ quan giám hộ và trợ tá ban hành... Các bản án, quyết định này có thể mang tính chất tài sản hoặc không mang tính chất tài sản và những quy định cụ thể có liên quan đến yêu cầu của chủ thể nộp đơn công nhận hoặc yêu cầu thi hành bản án, quyết định đó tại Việt Nam, đặc biệt là thủ tục giải quyết yêu cầu công nhận hoặc yêu cầu thi hành, sẽ được xây dựng trên cơ sở sự phân biệt này ■

NHỮNG VẤN ĐỀ PHẢI CHỨNG MINH TẠI ĐIỀU 417 DỰ THẢO SỬA ĐỔI BỘ LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ

VŨ XUÂN THAO*

1. Đối tượng chứng minh trong vụ án hình sự do người bị mất hoặc hạn chế khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi thực hiện

Khoản 1 Điều 13 Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 1999 quy định: “Người thực hiện hành vi nguy hiểm (HVNH) cho xã hội trong khi đang mắc bệnh tâm thần (BTT) hoặc một bệnh khác làm mất khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi của mình, thì không phải chịu trách nhiệm hình sự, đối với người này phải áp dụng biện pháp bắt buộc chữa bệnh”¹. Tuy nhiên, theo Điều 311 Bộ luật Tố tụng hình sự (TTHS) hiện hành thì chỉ có Viện Kiểm sát hoặc Tòa án mới có thẩm quyền quyết định vấn đề năng lực trách nhiệm hình sự của người có HVNH². Vì vậy, khi người thực hiện HVNH có dấu hiệu bị BTT hoặc bệnh khác làm rối loạn tâm thần (kể cả trong trường hợp biết rõ người thực hiện HVNH là người mất khả năng nhận thức, hoặc khả năng điều khiển hành vi do mắc BTT hoặc bệnh khác), thì Cơ quan điều tra vẫn phải khởi tố vụ án hình sự

để tiến hành các hoạt động tố tụng theo quy định của pháp luật.

Khi giải quyết vụ án hình sự, việc chứng minh người thực hiện HVNH có bị mắc BTT hoặc bệnh lý khác làm mất hoặc hạn chế khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi hay không, không chỉ có ý nghĩa trong việc áp dụng biện pháp bắt buộc chữa bệnh, mà còn có ý nghĩa quan trọng đối với việc xác định trách nhiệm hình sự của người đã thực hiện HVNH; xác định phương hướng điều tra, thu thập chứng cứ để giải quyết đúng đắn vụ án... Theo quy định của pháp luật hiện hành, việc kết luận người thực hiện HVNH có mắc BTT hoặc bệnh khác làm rối loạn tâm thần hay không, người bệnh có mất hoặc hạn chế khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi hay không thuộc thẩm quyền của Hội đồng giám định pháp y tâm thần. Vì vậy, trong quá trình điều tra, thu thập chứng cứ của vụ án, nếu có nghi ngờ về năng lực trách nhiệm hình sự của bị can, hoặc có căn cứ cho rằng bị can mắc BTT hoặc bệnh lý khác ảnh hưởng đến khả năng

* **ThS. Bệnh viện Y học cổ truyền, Bộ Công an.**

1 Xem: BLHS năm 1999 (sửa đổi, bổ sung năm 2009), Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2009, tr. 46.

2 Xem: GS.TS Võ Khánh Vinh (chủ biên), Bình luận khoa học Bộ luật TTHS, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2012, tr. 680.

nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi của họ, thì sau khi xác định được HVNH và người đã thực hiện HVNH, Cơ quan điều tra cần phải trung cầu giám định pháp y tâm thần theo quy định để kết luận người đã thực hiện HVNH có bị mắc BTT hoặc bệnh khác làm rối loạn tâm thần hay không, người bệnh có mất hoặc hạn chế khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi hay không.

Căn cứ kết luận giám định của Hội đồng giám định pháp y, nếu người thực hiện HVNH không bị mắc BTT hoặc bệnh khác làm mất hoặc hạn chế khả năng nhận thức, hoặc khả năng điều khiển hành vi thì việc điều tra, thu thập chứng cứ để giải quyết vụ án được thực hiện như các vụ án thông thường khác (chứng minh các nhóm tình tiết làm căn cứ để xác định tội phạm, các nhóm tình tiết làm căn cứ để xử lý người phạm tội và nhóm tình tiết có ý nghĩa đối với việc giải quyết toàn bộ vụ án hình sự đúng đắn, khách quan, đúng quy định của pháp luật...). Nếu người thực hiện HVNH bị mắc BTT hoặc bệnh khác làm mất hoặc hạn chế khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi thì Cơ quan điều tra phải chứng minh các tình tiết sau:

- *Chứng minh thời điểm mắc bệnh của người thực hiện HVNH.*

Nếu kết quả giám định pháp y cho thấy người thực hiện HVNH mắc BTT hoặc bệnh khác ảnh hưởng đến khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi thì Cơ quan điều tra cần phải chứng minh, làm rõ người thực hiện HVNH bị mắc bệnh khi nào? Trước, tại thời điểm hay sau khi thực hiện hành vi? Việc chứng minh tình tiết này có ý nghĩa quan trọng đối với việc xác định trách nhiệm hình sự của người đã thực hiện HVNH và việc ra quyết định của Cơ quan điều tra trong quá trình điều tra giải quyết vụ án. Bởi vì:

+ Trường hợp người thực hiện HVNH mắc bệnh sau khi thực hiện hành vi thì sẽ xảy

ra một trong hai khả năng sau: (i) Nếu bệnh mà người đó mắc không ảnh hưởng hoặc chỉ hạn chế khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi của người thực hiện HVNH thì Cơ quan điều tra phải tiến hành điều tra, thu thập chứng cứ để giải quyết vụ án như các vụ án thông thường khác. Đối với người bệnh mà tình trạng bệnh làm hạn chế khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi thì họ vẫn phải chịu trách nhiệm hình sự về hành vi đã thực hiện nhưng được xét hưởng tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự theo quy định tại điểm n, khoản 1 Điều 46 BLHS hiện hành; (ii) Nếu người thực hiện HVNH mất khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi thì theo quy định của Bộ luật TTHS năm 2003, Cơ quan điều tra phải đề nghị Viện Kiểm sát cùng cấp ra quyết định áp dụng biện pháp bắt buộc chữa bệnh đối với bị can và ra quyết định tạm đình chỉ điều tra đối với bị can nếu như Viện Kiểm sát ra quyết định áp dụng biện pháp bắt buộc chữa bệnh đối với họ. Trong quá trình áp dụng biện pháp bắt buộc chữa bệnh nếu bị can khỏi bệnh thì theo khoản 2 Điều 13 BLHS hiện hành, người thực hiện HVNH có thể phải chịu trách nhiệm hình sự về tội phạm mà họ đã thực hiện.

+ Trường hợp người thực hiện HVNH bị mắc bệnh trước hoặc tại thời điểm thực hiện hành vi thì Cơ quan điều tra phải chứng minh, làm rõ tại thời điểm thực hiện hành vi, người thực hiện HVNH có mất khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi hay không. Ở trường hợp này sẽ xảy ra một trong hai khả năng sau: (i) Nếu tại thời điểm thực hiện hành vi, tình trạng bệnh làm cho người thực hiện HVNH mất khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi thì theo quy định tại khoản 1 Điều 13 BLHS hiện hành, người thực hiện HVNH không phải chịu trách nhiệm hình sự về hành vi đã thực hiện. Theo quy định của Bộ luật TTHS năm 2003, Cơ quan điều tra phải đề nghị

Viện Kiểm sát cùng cấp ra quyết định áp dụng biện pháp bắt buộc chữa bệnh đối với người đã có HVNH, nếu Viện Kiểm sát ra quyết định áp dụng biện pháp bắt buộc chữa bệnh đối với bị can thì Cơ quan điều tra phải ra quyết định đình chỉ điều tra đối với bị can; (ii) Nếu tại thời điểm thực hiện hành vi, tình trạng bệnh không ảnh hưởng hoặc chỉ làm hạn chế khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi của người thực hiện HVNH thì Cơ quan điều tra phải điều tra, thu thập chứng cứ để giải quyết vụ án như các vụ án thông thường khác vì người thực hiện HVNH vẫn phải chịu trách nhiệm hình sự về hành vi đã thực hiện. Người thực hiện HVNH được xét hưởng tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự theo quy định tại điểm n khoản 1 Điều 46 BLHS hiện hành nếu như họ bị hạn chế khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi.

Từ sự phân tích như trên cho thấy, để xác định đúng đắn trách nhiệm hình sự của người thực hiện HVNH thì đối với những người bị mắc bệnh trước hoặc tại thời điểm thực hiện hành vi, Cơ quan điều tra phải chứng minh tại thời điểm thực hiện hành vi, người thực hiện HVNH có mất khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi hay không.

- Chứng minh tại thời điểm thực hiện hành vi, người thực hiện HVNH có mất khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi hay không

Theo khoản 1 Điều 13 BLHS hiện hành thì người thực hiện HVNH không phải chịu trách nhiệm hình sự về hành vi mình đã thực hiện nếu tại thời điểm thực hiện hành vi, người thực hiện hành vi có đồng thời hai điều kiện sau: Một là, đang mắc BTT hoặc bệnh khác làm rối loạn tâm thần. Hai là, mất khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển

hành vi. Việc chứng minh thời điểm mắc bệnh của người thực hiện HVNH sẽ là căn cứ để xác định điều kiện thứ nhất. Chứng minh tại thời điểm thực hiện hành vi, người thực hiện HVNH có mất khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi hay không sẽ là cơ sở để xác định điều kiện thứ hai. Để chứng minh tình tiết này, trước hết cần phải phân biệt BTT và bệnh khác (không phải là BTT nhưng cũng làm rối loạn hoạt động tâm thần) ảnh hưởng đến khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi của người bệnh.

Các BTT thường gặp là: trầm cảm, tâm thần phân liệt, bệnh mất trí, bệnh tâm lý, các rối loạn tăng động ở trẻ em, ảo giác, hoang tưởng... và ở những mức độ nhất định các BTT đều gây ra các rối loạn tâm thần và hành vi cho người bệnh³. Ngoài BTT thì các bệnh khác như: trạng thái đi khi đang ngủ, lú lẫn sau chấn thương sọ não hoặc lú lẫn sau cơn động kinh, tội phạm mắc phải trong các trạng thái trên có thể được lợi từ việc tuyên án là hành động vô thức song không phải là người điên (BTT), có nghĩa là sự tuyên bố trắng án⁴.

Các tài liệu nghiên cứu về y học nêu trên cho thấy BTT có nguồn gốc và biểu hiện phức tạp, đa dạng. Ngoài BTT thì một số bệnh khác như lú lẫn sau chấn thương sọ não, lú lẫn sau cơn động kinh hoặc các bệnh về thần kinh... ít hay nhiều đều gây ra các rối loạn về tâm thần và hành vi của người bệnh. Nhưng BTT và các bệnh lý nêu trên không

3 Xem: Tổ chức Y tế thế giới (1992), *Phân loại bệnh quốc tế lần thứ 10 về các rối loạn tâm thần và hành vi*, (Nhóm tác giả dịch, GS Nguyễn Việt hiệu đính), Viện Sức khỏe tâm thần - Bệnh viện Tâm thần Trung ương, Hà Nội.

4 Xem: Sidney Bloch và Bruce S.Singh (2003), *Cơ sở của lâm sàng tâm thần học*, Nxb. Y học, Hà Nội, tr. 427.

phải lúc nào và bệnh nào cũng làm mất khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi của người bệnh mà khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi của người bệnh phụ thuộc vào bệnh người đó bị mắc là bệnh gì, mức độ bệnh như thế nào, bệnh đang ở giai đoạn nào v.v.. Điều này đã được khẳng định trong Phân loại bệnh quốc tế lần thứ 10 về các rối loạn tâm thần và hành vi của Tổ chức Y tế thế giới: “Trong một môi trường văn hóa xã hội ít đòi hỏi kết quả học tập, một số mức độ chậm phát triển tâm thần nhẹ bản thân nó có thể không gây ra vấn đề gì”⁵.

Theo quy định của pháp luật TTSH hiện hành, việc kết luận người thực hiện HVNH bị mắc bệnh hay không, nếu mắc bệnh thì bệnh đó là bệnh gì, bệnh đang ở giai đoạn nào, khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi của người bệnh ra sao... thuộc chức năng, nhiệm vụ của Cơ quan giám định tâm thần pháp y và kết luận này chỉ có ý nghĩa chính xác, sát thực tại thời điểm người thực hiện hành vi được giám định. Một tài liệu nghiên cứu về bệnh học tâm thần đã viết: “Trong các trường hợp phạm tội có bệnh lý rối loạn tâm thần và phạm tội một cách vô thức, các bác sĩ tâm thần có thể được yêu cầu để cho ý kiến: Trạng thái tâm thần cụ thể của bị cáo ra sao tại thời điểm phạm tội, có thể có ảnh hưởng ra sao tới năng lực bị cáo khi tạo ra một chủ ý phạm tội”⁶. Trên thực tế, việc trưng cầu giám định pháp y thường được tiến hành sau khi HVNH được thực hiện nên việc kết luận của Cơ quan giám định pháp y về tình trạng bệnh và tâm thần cũng như khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi của người thực hiện hành vi cho xã hội tại thời điểm thực hiện hành vi cũng chỉ mang tính chất tương đối. Vì vậy, để xác định chính xác tại thời điểm thực hiện

hành vi, người thực hiện HVNH có bị mất khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi hay không thì bên cạnh việc căn cứ vào kết luận giám định pháp y tâm thần, Cơ quan điều tra cần phải căn cứ vào các biểu hiện khách quan (như hoạt động, di chuyển, cách ăn mặc, thái độ, lời nói và các hành động khác v.v..) của họ xung quanh thời điểm thực hiện hành vi và trong quá trình điều tra để đánh giá, kết luận về khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi của người thực hiện HVNH.

Tại thời điểm thực hiện hành vi, nếu người thực hiện HVNH không bị mất mà chỉ bị hạn chế khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi thì họ vẫn phải chịu trách nhiệm hình sự về hành vi đã thực hiện, nhưng được xét hưởng tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự theo quy định tại điểm n khoản 1 Điều 46 BLHS hiện hành. Nếu tại thời điểm thực hiện hành vi, người thực hiện HVNH bị mất khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi thì người thực hiện HVNH không phải chịu trách nhiệm hình sự về hành vi mình đã thực hiện, trong trường hợp này Cơ quan điều tra đề nghị Viện Kiểm sát cùng cấp ra quyết định áp dụng biện pháp bắt buộc chữa bệnh đối với người đã có HVNH, nếu Viện Kiểm sát ra quyết định áp dụng biện pháp bắt buộc chữa bệnh đối với bị can thì Cơ quan điều tra phải ra quyết định đình chỉ điều tra đối với bị can.

- Chứng minh tình trạng bệnh và tâm thần của họ có liên quan đến sự nguy hiểm cho bản thân họ, cho những người xung quanh hoặc có thể gây nên những thiệt hại khác cho xã hội hay không.

Trong trường hợp người thực hiện HVNH bị mắc BTT hoặc bệnh lý khác làm mất khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi thì Cơ quan điều tra cần phải

5 Xem: tldđ, tr. 217.

6 Xem: Sidney Bloch và Bruce S.Singh (2003), Cơ sở của lâm sàng tâm thần học, Nxb Y học, Hà Nội, tr. 426.

chứng minh tình trạng bệnh và tâm thần của họ có liên quan đến sự nguy hiểm cho bản thân họ, hoặc có thể gây nên các thiệt hại khác cho cộng đồng hay không. Việc chứng minh tình tiết này thực chất nhằm bảo vệ người có HVNH, đồng thời còn nhằm mục đích phòng ngừa, ngăn chặn họ thực hiện hành vi nguy hiểm mới. Bởi vì, nếu tình trạng bệnh làm mất khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi thì họ có thể gây nên những nguy hiểm cho chính bản thân họ (rơi từ trên cao xuống, ngã xuống ao hồ, lao vào phương tiện giao thông...), hoặc họ bị tấn công lại từ các nguồn nguy hiểm khác (bị người khác đánh đập, sát hại...), hoặc cũng có thể họ sẽ gây nên những nguy hiểm khác cho những người xung quanh, hoặc gây ra các thiệt hại khác về vật chất cho xã hội. Vì vậy, cần phải chứng minh tình tiết này để thấy được có cần thiết phải áp dụng biện pháp bảo vệ đối với họ hay không hoặc có cần áp dụng biện pháp phòng ngừa, ngăn chặn các hành vi nguy hiểm mới mà họ có thể gây ra hay không.

2. Những vấn đề phải chứng minh trong vụ án hình sự tại Điều 417 Dự thảo Bộ luật Tố tụng hình sự (sửa đổi)

Đối chiếu Điều 312 Bộ luật TTHS hiện hành cho thấy, Điều 417 Dự thảo Bộ luật TTHS được bổ sung, sửa đổi tương đối nhiều⁷. Một là, sửa đổi khoản 2 với nội dung: Khi tiến hành tố tụng, Cơ quan điều tra phải bảo đảm có người bào chữa tham gia tố tụng từ khi xác định được người thực hiện HVNH mắc bệnh khác (không phải là BTT) làm mất khả năng nhận thức hoặc điều khiển hành vi. Hai là, bổ sung mới khoản 3 và khoản 4 để phân định rõ ràng trách nhiệm giữa Cơ quan điều tra và Viện Kiểm sát trong việc áp dụng

biện pháp bắt buộc chữa bệnh đối với người có HVNH trong giai đoạn điều tra, đồng thời định hướng giải quyết cho Cơ quan điều tra khi Viện kiểm sát ra quyết định áp dụng biện pháp bắt buộc chữa bệnh đối với bị can. Những sửa đổi, bổ sung nêu trên là căn cứ pháp lý nhằm bảo vệ quyền lợi cho bị can là người không có năng lực trách nhiệm hình sự khi họ thực hiện HVNH. Tuy nhiên, những tình tiết cần làm sáng tỏ tại khoản 1 của điều luật để xác định tại thời điểm thực hiện hành vi, người thực hiện HVNH có năng lực trách nhiệm hình sự hay không hoặc năng lực trách nhiệm của họ có hạn chế hay không lại chưa được bổ sung, sửa đổi. Từ lý luận chung về những vấn đề cần phải chứng minh trong vụ án hình sự do người bị hạn chế hoặc mất năng lực nhận thức hoặc năng lực điều khiển hành vi thực hiện cho thấy, khoản 1 Điều 417 Dự thảo Bộ luật TTHS (sửa đổi) còn một số hạn chế sau:

- *Thứ nhất*, chưa quy định việc chứng minh bệnh khác (không phải BTT) mà bệnh đó cũng có thể làm mất hoặc hạn chế khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi của người thực hiện HVNH.

- *Thứ hai*, chưa quy định việc chứng minh thời điểm mắc bệnh của người thực hiện HVNH.

- *Thứ ba*, chưa quy định việc chứng minh tại thời điểm thực hiện hành vi, người thực hiện HVNH có mất khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi hay không.

- *Thứ tư*, chưa quy định việc chứng minh tình trạng bệnh và tâm thần của họ có liên quan đến sự nguy hiểm cho bản thân họ, cho những người xung quanh hoặc có thể gây nên những thiệt hại khác cho xã hội hay không.

7 Xem: Dự thảo Bộ luật TTHS (sửa đổi, bổ sung), <http://duthaonline.quochoi.vn>.

3. Kiến nghị bổ sung, hoàn thiện quy định về những vấn đề phải chứng minh trong vụ án hình sự tại Điều 417 Dự thảo Bộ luật Tố tụng hình sự (sửa đổi)

Theo Điều 311 Bộ luật TTHS hiện hành và Điều 416 Dự thảo Bộ luật TTHS (sửa đổi) thì việc quyết định vấn đề năng lực trách nhiệm hình sự và áp dụng biện pháp bắt buộc chữa bệnh đối với người thực hiện HVNH thuộc thẩm quyền của Viện Kiểm sát hoặc Tòa án tùy thuộc vào từng giai đoạn tố tụng cụ thể. Tuy nhiên, để Viện Kiểm sát hoặc Tòa án thực hiện được quyền năng của mình theo quy định của pháp luật thì trong giai đoạn điều tra, Cơ quan điều tra cần phải tiến hành điều tra thu thập chứng cứ, chứng minh “ai là người thực hiện HVNH và người đó có căn cứ cho rằng mắc BTT hoặc một bệnh lý khác làm mất khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi của mình hay không; người bệnh khi thực hiện HVNH có tình trạng tâm thần và loại BTT gì; người đã thực hiện HVNH có mất đi khả năng nhận thức hoặc điều khiển hành vi của mình trong khi thực hiện tội phạm hay không; tính chất và mức độ thiệt hại do HVNH gây ra v.v..”⁸ Căn cứ vào kết quả điều tra, kết luận giám định pháp y tâm thần và hồ sơ vụ án, Viện Kiểm sát hoặc Tòa án mới có cơ sở để quyết định vấn đề năng lực trách nhiệm hình sự và quyết định áp dụng hay không áp dụng biện pháp bắt buộc chữa bệnh đối với người thực hiện HVNH.

Nghiên cứu quy định tương ứng trong pháp luật TTHS một số nước, đặc biệt là trong pháp luật TTHS Liên bang Nga cho thấy, bên cạnh việc quy định những tình tiết phải chứng minh như pháp luật TTHS của nước ta, pháp luật TTHS Liên bang Nga còn quy định thêm khi giải quyết vụ án hình sự

do người bị bệnh lý làm rối loạn tâm thần gây ra thì cơ quan có thẩm quyền phải chứng minh, làm rõ các tình tiết về thời gian, địa điểm, phương pháp và những tình tiết khác của hành vi phạm tội; tính chất và mức độ thiệt hại do hành vi nguy hiểm gây ra; thời điểm mắc bệnh của người có HVNH; dự báo tình huống nguy hiểm mới để có biện pháp bảo vệ hoặc phòng ngừa đối với họ⁹.

Trên cơ sở nhận thức lý luận về những vấn đề cần phải chứng minh trong vụ án hình sự do người bị mất hoặc bị hạn chế khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi thực hiện và trên cơ sở tham khảo quan điểm của một số chuyên gia trong lĩnh vực tư pháp hình sự trong nước, tham khảo kinh nghiệm lập pháp trong pháp luật TTHS nước ngoài về nội dung này, chúng tôi xin đề xuất giải pháp hoàn thiện quy định về những vấn đề phải chứng minh trong vụ án hình sự tại Điều 417 Dự thảo Bộ luật TTHS (sửa đổi) như sau:

Điều 417. Áp dụng biện pháp bắt buộc chữa bệnh trong giai đoạn điều tra

1. Đối với vụ án có căn cứ quy định tại khoản 1 Điều 416 của Bộ luật này, Cơ quan điều tra phải làm sáng tỏ:

1.1. HVNH đã xảy ra và ai là người thực hiện hành vi đó; tính chất và mức độ thiệt hại do hành vi đã thực hiện gây ra; và trung cầu giám định pháp y tâm thần theo quy định tại khoản 1 Điều 416 Bộ luật này.

1.2. Kết quả giám định pháp y tâm thần kết luận người thực hiện HVNH mắc BTT hoặc bệnh khác làm mất khả năng nhận thức hoặc điều khiển hành vi thì cần phải làm rõ những tình tiết sau:

(Xem tiếp trang 55)

8 Xem: GS.TS Võ Khánh Vinh (chủ biên), *Bình luận khoa học Bộ luật TTHS*, Sđd. tr. 680, 681.

9 Xem: Viện Khoa học kiểm sát – Viện Kiểm sát nhân dân tối cao, *Bộ luật TTHS của nước Cộng hòa Liên bang Nga*, (tài liệu dịch tham khảo), Hà Nội, 2002, tr. 190.

HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ NĂM 2003 VỀ THỦ TỤC XÉT HỎI TẠI PHIÊN TÒA SƠ THẨM

NGUYỄN NGỌC KIẾN*

1. Quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2003 về thủ tục xét hỏi tại phiên tòa sơ thẩm

1.1. Thủ tục trình bày cáo trạng

Theo quy định tại Điều 206 Bộ luật Tố tụng hình sự (TTHS) năm 2003 thì trước khi tiến hành xét hỏi, kiểm sát viên (KSV) đọc cáo trạng và trình bày ý kiến bổ sung, nếu có. Cần khẳng định rằng, đọc cáo trạng không phải là hoạt động xét hỏi, mà là một thủ tục TTHS bắt buộc tạo cơ sở cho hoạt động xét hỏi liền ngay sau đó. Đồng thời với đọc cáo trạng, KSV được trình bày ý kiến bổ sung, nếu có. Vấn đề đặt ra ở đây là, việc bổ sung của KSV chỉ để làm rõ, giải thích cáo trạng hay bao gồm cả những tình tiết vụ án?

Ở nước ta, Viện kiểm sát thường lập cáo trạng rất dài, phải công bố tốn rất nhiều thời gian của phiên tòa. Cáo trạng đã tổng hợp đầy đủ các vấn đề cần phải giải quyết trong vụ án thì việc xét hỏi, lập luận, đưa ra chứng cứ tranh tụng tại Tòa án sẽ mất đi tính hấp dẫn. Cáo trạng trước đó đã được giao cho bị cáo và người tham gia tố tụng¹, giao cho Tòa án và Cơ quan điều tra thì việc công bố lại một lần nữa tại phiên tòa là không cần thiết,

lãng phí rất nhiều thời gian của phiên tranh tụng. Để tránh khỏi định kiến thì nhiều nước trên thế giới không có thủ tục đọc cáo trạng, thậm chí cáo trạng được xây dựng rất vắn tắt và chỉ giao cho Hội đồng xét xử (HĐXX) trước khi bước vào hoạt động xét hỏi.

Pháp luật TTHS hiện hành không quy định thủ tục trình bày ý kiến của bị cáo về sự buộc tội của KSV và đưa ra ý kiến về việc có nhận tội hay không trước khi bước vào hoạt động xét hỏi. Việc quy định bị cáo được đưa ra ý kiến lập luận về nội dung buộc tội (có nhận tội hay không, đồng ý hay không một phần hay toàn bộ nội dung bị cáo buộc, lý do?) giúp cho định hướng hoạt động tố tụng tiếp theo được thuận lợi, là cách thức thực hiện quyền bào chữa, quyền không phải chứng minh là mình vô tội. Bên cạnh đó, pháp luật TTHS cũng chưa đặt ra thủ tục người bị hại trình bày lời buộc tội, nếu vụ án được khởi tố theo yêu cầu của họ. Trong vụ án khởi tố theo yêu cầu của người bị hại, xảy ra hai khả năng: thứ nhất, người bị hại tự mình thực hiện việc buộc tội và không cần phải KSV tham gia phiên tòa; thứ hai, người bị hại và KSV cùng thực hiện việc buộc tội, trường hợp này KSV phải tham gia phiên tòa. Ở

* ThS. Trường Đại học Luật - Đại học Huế.

1 Ở nước ta, thủ tục tố tụng chưa quy định phải giao cáo trạng cho bị hại và người tham gia tố tụng khác là một bất cập.

trường hợp thứ hai, phương thức, thời điểm buộc tội có thể khác nhau. Đó là người bị hại có thể tự mình hoặc người đại diện trình bày lời buộc tội ngay sau khi KSV đọc cáo trạng tại phiên tòa.

1.2. Chủ thể và phạm vi xét hỏi

Theo quy định tại Chương XX của Bộ luật TTHS (Thủ tục xét hỏi tại phiên tòa) thì có thể phân chủ thể xét hỏi thành hai nhóm đối tượng. Nhóm thứ nhất là người tiến hành tố tụng và nhóm thứ hai là người tham gia tố tụng. Ở nhóm thứ nhất, chủ thể xét hỏi gồm có thẩm phán chủ tọa, các hội thẩm và KSV; nhóm thứ hai, chủ thể xét hỏi gồm có: người bào chữa, người bảo vệ quyền lợi của đương sự, người giám định, bị cáo; người bị hại, nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án, người đại diện hợp pháp của những người này; người làm chứng.

Vấn đề đặt ra là thủ tục xét hỏi chỉ xác lập quyền xét hỏi trực tiếp thuộc về các thành viên HĐXX, KSV và người bào chữa (nhóm thứ nhất), còn các chủ thể xét hỏi khác (nhóm thứ hai) chỉ có quyền xét hỏi gián tiếp. Nghĩa là việc đặt câu hỏi phải thông qua đề nghị HĐXX và HĐXX là người đặt câu hỏi. Như vậy, ở đây đã xảy ra sự giới hạn và sự phụ thuộc trong hoạt động xét hỏi, ảnh hưởng đến việc thực hiện quyền của chủ thể tham gia tố tụng và hiệu quả chứng minh bị giám sát.

Về phạm vi xét hỏi, được quy định tại khoản 3 Điều 209 Bộ luật TTHS, đó là, “KSV hỏi về những tình tiết của vụ án liên quan đến việc buộc tội, gỡ tội bị cáo. Người bào chữa hỏi về những tình tiết liên quan đến việc bào chữa, người bảo vệ quyền lợi của đương sự hỏi về những tình tiết liên quan đến việc bảo vệ quyền lợi của đương sự. Những người tham gia phiên tòa có quyền đề nghị với chủ tọa phiên tòa hỏi thêm về những tình tiết liên quan đến vụ án”. Quy định này vẫn còn một số hạn chế là:

Một là, theo quy định của Bộ luật TTHS thì HĐXX chịu trách nhiệm chính trong hoạt động xét hỏi, có toàn quyền quyết định hỏi mọi vấn đề trong vụ án. Dẫn đến một hệ quả tất yếu là thực tế HĐXX đã lạm dụng hoạt động xét hỏi; hỏi tường tận mọi vấn đề làm cho KSV và người bào chữa không còn gì để hỏi. KSV thường tìm xem có vấn đề gì HĐXX chưa hỏi để đặt câu hỏi tránh bị trùng lặp.

Hai là, việc xác định giới hạn phạm vi xét hỏi chưa hợp lý. Theo đó, KSV được hỏi về những tình tiết liên quan đến việc buộc tội, gỡ tội. Hiểu và xác định như thế nào là một tình tiết liên quan đến việc buộc tội và không liên quan đến việc buộc tội? Chắc chắn là không thể xác định đúng và đủ được. Ví dụ, KSV cần phải hỏi để làm rõ hóa đơn viện phí, ngày công lao động và thu nhập thực tế của người bị hại để xác định trách nhiệm bồi thường dân sự, hoặc là thủ tục xử lý vật chứng, tài sản trong vụ án v.v.. thì có phải là tình tiết buộc tội không? Giới hạn nội dung xét hỏi của KSV đã hạn chế quyền hạn chứng minh của chủ thể này, và trên thực tế phạm vi xét hỏi như vậy đã không được KSV xác định. Chủ thể này có thể hỏi bất kỳ vấn đề nào liên quan đến vụ án. Bên cạnh đó, phạm vi xét hỏi của KSV còn là những tình tiết liên quan đến gỡ tội. Điều này có mâu thuẫn chẳng, vì tại phiên tòa, KSV chỉ làm chức năng buộc tội, sao lại còn phải hỏi gỡ tội? Ở đây có thể giải thích rằng, ở nước ta Viện kiểm sát vừa thực hiện chức năng thực hành quyền công tố nhà nước, vừa thực hiện chức năng kiểm sát các hoạt động tư pháp. Tại phiên tòa, KSV vừa phải giữ quyền công tố, tiến hành buộc tội, vừa phải kiểm sát hoạt động xét xử của HĐXX để khắc phục vi phạm tố tụng, bảo vệ quyền và lợi ích của bị cáo và người tham gia tố tụng. Đơn cử như HĐXX đã bỏ qua thủ tục giải thích quyền và nghĩa vụ của người bào chữa hoặc người tham gia tố tụng nào đó, hoặc thành viên HĐXX không đúng, có vi phạm v.v., lúc này KSV trực tiếp yêu cầu HĐXX khắc phục

ngay. Do đó, nhiệm vụ được pháp luật TTHS đặt ra là các cơ quan tiến hành tố tụng nói chung, KSV nói riêng không được làm oan người vô tội. Như vậy, không đơn thuần là KSV chỉ đặt câu hỏi để buộc tội. Điều này là có lợi cho hoạt động của bên bào chữa và bị cáo. Trong trường hợp này, có thể nhìn thấy ở đó sự hợp tác của KSV với người bào chữa chứ không hoàn toàn là xét hỏi mang tính đối tụng nữa.

Ba là, người bào chữa hỏi về những tình tiết liên quan đến việc bào chữa, và người bảo vệ quyền lợi của đương sự hỏi về những tình tiết liên quan đến bảo vệ quyền lợi của đương sự. Việc giới hạn như vậy cũng không thể xác định được tình tiết nào là liên quan hay không liên quan đến việc bào chữa, việc bảo vệ quyền lợi của đương sự. Thực tế tại phiên tòa sơ thẩm không thể phân định hay bắt buộc các chủ thể xét hỏi và chủ thể đề nghị xét hỏi làm đúng phạm vi xét hỏi như vậy. Vì xét hỏi gắn liền với việc chứng minh, với nhiều đối tượng chứng minh khác nhau cần phải hỏi toàn diện và phải có phương pháp, nghệ thuật trong hoạt động nghiệp vụ, nghề nghiệp thì mới đạt hiệu quả. Dù biết rằng nhà làm luật với ý chí mong muốn là tránh cho việc xét hỏi lan man, kéo dài không cần thiết, nhưng muốn vậy thì phải xác định lại thủ tục, phương pháp xét hỏi, chứ không phải là đặt ra phạm vi để giới hạn.

1.3. Phương pháp và trình tự xét hỏi

- *Về phương pháp xét hỏi.* Theo quy định tại Điều 207, Điều 209, Điều 210, Điều 211 và Điều 215 của Bộ luật TTHS, có thể phân chia các phương pháp xét hỏi như sau: xét hỏi từng người, xét hỏi bổ sung, xét hỏi kết hợp với biện pháp cách ly bị cáo và người làm chứng, xét hỏi kết hợp với công bố lời khai tại cơ quan điều tra, xem xét vật chứng, xem

xét tại chỗ và trình bày, công bố các tài liệu của vụ án. Trong các phương pháp xét hỏi đó, chúng ta chú ý đến phương pháp xét hỏi kết hợp với biện pháp cách ly bị cáo và người làm chứng. Phương pháp này với ý nghĩa là tạo tâm lý thuận lợi cho người khai, làm cho người được xét hỏi không nghe được lời khai của nhau hoặc tiếp xúc với những người có liên quan. Trong quá trình xét hỏi, chủ tọa phiên tòa có thể cho cách ly các bị cáo với nhau, cách ly bị cáo với người làm chứng và cách ly người làm chứng với nhau.

Vấn đề đặt ra, *một là*, các quy phạm của Bộ luật TTHS nêu trên chỉ quy định cho HĐXX được áp dụng biện pháp cách ly trong xét hỏi, còn các chủ thể khác như KSV, người bào chữa, bị cáo và người tham gia tố tụng khác muốn áp dụng thủ tục này phải thông qua đề nghị HĐXX (thực tế hiếm khi gặp)². Đó là một hạn chế, ảnh hưởng đến quyền chứng minh thông qua tranh tụng của các bên. Do vậy, pháp luật tố tụng không những phải mở rộng về chủ thể có quyền yêu cầu, đề nghị chủ tọa áp dụng biện pháp cách ly, mà về thời gian thực hiện cách ly phải quy định cụ thể cả trước và trong khi xét hỏi để tạo ra sự linh động, hiệu quả. *Hai là*, trên phương diện thực tiễn, HĐXX hiếm khi thực hiện biện pháp cách ly trong xét hỏi như đã nêu, cho dù vụ án đó phải cách ly. Lý do là dự đoán lời khai của bị cáo có trái ngược nhau hay không, người làm chứng khai có ảnh hưởng đến bị cáo, đến người làm chứng đối lập hay không thì rất khó và do luật chưa quy định cụ thể người tham gia tố tụng được yêu cầu, đề nghị chủ tọa phiên tòa thực hiện biện pháp cách ly. *Ba là*, về mặt kỹ thuật lập pháp, khoản 2 Điều 204 Bộ luật TTHS chỉ nên quy định về giải thích quyền và nghĩa vụ cho người làm chứng, còn biện pháp cách ly đối

2 *Pháp luật nhiều nước trên thế giới quy định rõ ràng quyền đề nghị này, như Pháp, Nga, Nhật Bản. Ở Pháp còn quy định Công tố viên, bị cáo và người tham gia tố tụng khác có quyền đề nghị chủ tọa cách ly người làm chứng trước khi xét hỏi; Ở Nhật, việc cách ly bị cáo khi lấy lời khai người làm chứng chỉ khi có mặt luật sư của...*

với chủ thể này nên được quy định thống nhất tại Điều 211 Bộ luật TTHS, nhằm tránh cùng vấn đề nhưng lại được quy định tản mạn.

Bên cạnh đó còn phải chú ý đến phương pháp xét hỏi kết hợp với xem xét vật chứng. Vật chứng là một nguồn chứng cứ có giá trị chứng minh cao nhất, nhưng Điều 212 Bộ luật TTHS lại không quy định bắt buộc là trong quá trình xét hỏi, chủ tọa phiên tòa phải để cho bị cáo, người làm chứng hoặc những người tham gia tố tụng khác trực tiếp xem xét vật chứng và đưa ra lời nhận xét³. Vì thế mà trên thực tế hầu hết các phiên tòa hình sự sơ thẩm ở nước ta chưa coi trọng việc trưng diện vật chứng ra trước tòa để kết hợp với việc xét hỏi, hoặc là khi cần phải đưa vật chứng ra để chứng minh thì Tòa án chỉ đưa biên bản xác nhận vật chứng. Đó là một trong những nguyên nhân làm giảm hiệu quả chứng minh. Bên cạnh vật chứng và ảnh, thì cần thiết phải bổ sung quy định công bố băng ghi âm hoặc ghi hình và phim đáp ứng yêu cầu thực tiễn.

- *Về trình tự xét hỏi.* Theo quy định tại Điều 207 Bộ luật TTHS thì lần lượt chủ tọa hỏi trước rồi đến các hội thẩm, sau đó đến KSV, người bào chữa, người bảo vệ quyền lợi của đương sự. Vận dụng quy định này trong những năm qua, HĐXX đã đảm trách chính hoạt động xét hỏi, khiến cho KSV và người bào chữa bị lu mờ, và sự áp đặt chính kiến của HĐXX là không thể tránh khỏi. Chính vì trình tự xét hỏi và trách nhiệm xét hỏi không hợp lý, đã không làm rõ được các chức năng cơ bản tại phiên tòa; không bảo đảm yếu tố bình đẳng trong hoạt động tranh tụng.

Trong thời gian qua có nhiều ý kiến cho rằng, khi cải cách, sửa đổi thủ tục xét hỏi thì nên để cho HĐXX làm vai trò “trọng tài”, đứng giữa các bên để đưa ra phán quyết như

ở nhiều nước trên thế giới theo hệ tranh tụng. Thiết nghĩ, không nên hiểu và thiết kế vai trò của HĐXX trong xét hỏi là “trọng tài”. Như vậy sẽ rập khuôn, làm cho HĐXX sẽ bị động. Vì vậy, cần quy định để cho HĐXX xét hỏi sau cùng, với vai trò phụ, chỉ hỏi bổ sung khi các tình tiết vụ án chưa được làm rõ.

2. Hoàn thiện Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2003 về các quy định thủ tục xét hỏi tại phiên tòa sơ thẩm

Một là, kiến nghị sửa đổi, bổ sung Điều 206 Bộ luật TTHS về thủ tục trình bày cáo trạng: i) đổi tên gọi điều luật là “Độc bản cáo trạng” thành “Trình bày lời buộc tội và ý kiến của bị cáo”; ii) về nội dung điều luật: loại bỏ thủ tục đọc cáo trạng của KSV tại phiên tòa hình sự sơ thẩm nhằm khắc phục hạn chế, vướng mắc của nó, thay vào đó là bổ sung thủ tục trình bày lời buộc tội của KSV và giải thích, bổ sung luận điểm truy tố nếu cần thiết; bổ sung thủ tục người bị hại trình bày ý kiến buộc tội trong trường hợp khởi tố vụ án theo yêu cầu của họ; bổ sung thủ tục chủ tọa phiên tòa hỏi bị cáo có hiểu nội dung buộc tội hay không, có nhận tội hay không và có cần trình bày ý kiến của bị cáo về việc bị KSV cáo buộc hay không. Cụ thể Điều 206 được thiết kế như sau:

“Điều 206. Trình bày lời buộc tội và ý kiến của bị cáo

Trước khi tiến hành xét hỏi, KSV trình bày lời buộc tội; giải thích, bổ sung làm rõ nội dung luận điểm truy tố, nếu có. Người bị hại hoặc người đại diện của họ có mặt tại phiên tòa trình bày lời buộc tội trong trường hợp vụ án bắt buộc phải khởi tố theo yêu cầu của họ.

Sau đó chủ tọa phiên tòa hỏi bị cáo về việc có hiểu nội dung buộc tội hay không, có nhận tội hay không và bị cáo (kể cả người

3 Trường hợp vật chứng không thể đưa đến phiên tòa thì khi có yêu cầu của các bên tham gia phiên tòa, hoặc xét thấy cần thiết mới đến nơi giữ/giữ vật chứng để xem xét.

bào chữa cho bị cáo) có cần bày tỏ thái độ với lời buộc tội hay không”.

Hai là, kiến nghị sửa đổi, bổ sung Điều 207 Bộ luật TTHS về trình tự xét hỏi, bằng việc đổi tên gọi điều luật là “Trình tự xét hỏi” thành “Phương pháp xét hỏi và trình tự xét hỏi”. Về nội dung điều luật: i) bổ sung quyền xét hỏi trực tiếp của bị cáo và người tham gia tố tụng khác để bảo đảm quyền chất vấn trực tiếp và đối mặt với những cáo buộc lẫn nhau từ hai phía buộc tội và bào chữa. Điều đó làm tăng cường yếu tố tranh tụng. Các chủ thể này có quyền được xét hỏi trực tiếp theo trình tự, chỉ đề nghị HĐXX khi muốn hỏi bổ sung; ii) bổ sung cụ thể hơn về các phương pháp xét hỏi nhằm tạo ra sự linh hoạt. Đó là đặt KSV chịu trách nhiệm chính trong việc xét hỏi, HĐXX chỉ hỏi bổ sung khi thấy cần thiết; chủ thể xét hỏi được quyền lựa chọn bị cáo hoặc người tham gia tố tụng nào trước để hỏi; khắc phục thực trạng trong hoạt động xét hỏi không gắn với việc trưng diện và làm rõ vật chứng, cũng như bị cáo và người tham gia tố tụng khác không được nhận xét vật chứng tại phiên tòa (chỉ xem qua biên bản mô tả vật chứng trong giai đoạn điều tra); iii) nhằm khắc phục bất cập trong việc điều khiển phiên tòa, tạo ra sự bình đẳng, dân chủ trong hoạt động tranh tụng, kiến nghị bổ sung quy định chủ tọa phiên tòa không được hạn chế thời gian xét hỏi, nhưng có quyền cắt những câu hỏi có tính gợi ý, vòng vo, hoặc không liên quan đến vụ án. Cụ thể, Điều 207 nên được thiết kế như sau:

“Điều 207. Phương pháp và trình tự xét hỏi

1. KSV phải xác định đầy đủ các tình tiết về từng sự việc và về từng tội của vụ án theo thứ tự xét hỏi hợp lý. KSV hỏi bị cáo trước, khi cần thiết thì có thể hỏi người bị hại, người làm chứng trước.

2. KSV hỏi trước rồi đến người bào chữa, người bảo vệ quyền lợi của đương sự,

bị cáo và người tham gia tố tụng khác, sau đó đến HĐXX.

Bị cáo và người tham gia tố tụng khác có quyền trực tiếp đặt câu hỏi đối với bị cáo và người tham gia tố tụng khác. HĐXX chỉ hỏi khi xét thấy việc xét hỏi chưa đầy đủ hoặc có mâu thuẫn.

3. Khi xét hỏi, KSV, người bào chữa và HĐXX phải xem xét vật chứng trong vụ án; trong quá trình xét hỏi, chủ tọa phiên tòa phải để cho bị cáo, người làm chứng hoặc những người tham gia tố tụng khác trực tiếp xem xét vật chứng và đưa ra lời nhận xét.

4. Chủ tọa phiên tòa không được hạn chế thời gian xét hỏi, tạo điều kiện cho người bào chữa, người tham gia tố tụng đặt câu hỏi, nhưng có quyền cắt những câu hỏi có tính gợi ý, vòng vo lặp lại hoặc không liên quan đến vụ án”.

Ba là, kiến nghị sửa đổi Điều 209 Bộ luật TTHS về hỏi bị cáo. Theo đó, loại bỏ khoản 2 của Điều luật này. Bởi vì, nội dung của quy định này cho thấy sự lặp lại, khó hiểu và rườm rà, đó là: bị cáo trình bày ý kiến về bản cáo trạng và những tình tiết vụ án, sau đó HĐXX hỏi thêm những điểm mà bị cáo trình bày chưa đầy đủ hoặc có mâu thuẫn. Ngoài ra, cần loại bỏ khoản 3 Điều luật này. Bởi vì ở đó đã giới hạn nội dung xét hỏi của KSV, người bào chữa, người bảo vệ quyền lợi của đương sự (chỉ được hỏi những tình tiết liên quan đến việc buộc tội, gỡ tội, việc bào chữa, việc bảo vệ quyền lợi của đương sự) là thiếu tính khả thi. Nó cũng không đạt được mục đích của nhà làm luật là tránh cho việc xét hỏi thiếu trọng tâm, bị kéo dài. Về mặt quy phạm, vô hình trung nó đã bó hẹp những vấn đề cần phải chứng minh trong vụ án.

Bốn là, kiến nghị sửa đổi, bổ sung quy định tại Điều 204 Bộ luật TTHS về giải thích quyền, nghĩa vụ và cách ly người làm chứng và Điều 211 Bộ luật TTHS về hỏi người làm chứng. Theo đó, mở rộng các chủ thể là KSV,

người bào chữa và bị cáo, người tham gia tố tụng khác có quyền đưa ra yêu cầu, đề nghị chủ tọa áp dụng biện pháp cách ly người làm chứng, về thời gian thực hiện cách ly phải quy định cụ thể cả trước và trong khi xét hỏi để tạo ra sự linh hoạt; về mặt kỹ thuật lập pháp, cùng một vấn đề cách ly người làm chứng nhưng được quy định tại khoản 2 Điều 204 và lặp lại tại khoản 1 Điều 211 là không hợp lý, do đó cần sửa đổi nhằm tránh việc quy định tản mạn và được cụ thể hơn; đồng thời để tạo ra sự linh hoạt, thuận lợi về thời gian tham gia phiên tòa, thì không nên bắt buộc trong mọi trường hợp người làm chứng phải ở lại phiên tòa khi họ đã trình bày xong. Như vậy, bỏ đi quy định tại khoản 2 Điều 204 và đặt tên gọi mới của Điều 204 là “Điều 204. Giải thích quyền, nghĩa vụ người làm chứng”. Điều 211 với tên gọi mới “Thủ tục hỏi người làm chứng”, được bổ sung khoản 1 và sửa đổi khoản 4 như sau: (lưu ý là nội dung của các khoản 1, 2, 3 và 5 Điều 211 được giữ nguyên, sắp xếp lại thứ tự theo số thập phân):

“Điều 211. Thủ tục hỏi người làm chứng

1. Theo yêu cầu của KSV, người bào chữa, hoặc khi cần thiết chủ tọa phiên tòa có thể quyết định cách ly người làm chứng để cho họ không nghe được lời khai của nhau hoặc tiếp xúc với những người có liên quan. Nếu lời khai của người làm chứng và bị cáo có ảnh hưởng lẫn nhau thì chủ tọa phiên tòa có thể cách ly bị cáo trước khi hỏi người làm chứng.

Người làm chứng được cách ly trước khi được hỏi về vụ án, hoặc trước khi hỏi bị cáo, hoặc khi người làm chứng và bị cáo đang trả lời việc xét hỏi thì có thể bị tạm dừng và thực hiện việc cách ly đối với họ.

2. ...

3. ...

4. Người làm chứng đã trình bày xong

nếu không cần phải trình bày gì thêm hoặc lời khai của họ không có mâu thuẫn, giả tạo thì họ có thể được rời phòng xử án khi phiên tòa đang tiếp tục.

5. ...”

Năm là, kiến nghị bổ sung trường hợp bắt buộc phải công bố những lời khai tại Cơ quan điều tra khi bị cáo chối tội và khi cần phải đối chất tại khoản 2 Điều 208 Bộ luật TTHS, vì trên thực tế xảy ra nhiều phiên tranh tụng bị cáo không nhận tội, hoặc không thừa nhận hành vi nào đó xuyên suốt từ quá trình điều tra cho đến khi xét hỏi tại phiên tòa. Cụ thể khoản 2 Điều 208 Bộ luật TTHS được thiết lập như sau:

“Điều 208. Công bố những lời khai tại Cơ quan điều tra

1. ...

2. Chỉ được công bố những lời khai tại Cơ quan điều tra trong những trường hợp sau đây:

...

d) Bị cáo chối tội hoặc không thừa nhận một trong những hành vi phạm tội do mình gây ra, hoặc HĐXX xét thấy cần phải đối chất tại phiên tòa”.

Sáu là, kiến nghị mở rộng đối tượng của vật chứng và vật thể được đưa ra xem xét tại phiên tòa theo quy định tại khoản 1 Điều 212 Bộ luật TTHS, gồm băng ghi âm, ghi hình và phim, nhằm đáp ứng với yêu cầu thực tiễn. Cụ thể khoản 1 Điều 212 được thiết lập như sau (bao gồm đặt tên gọi mới của điều luật là “Xem xét vật chứng và vật thể liên quan đến vụ án” thay cho tên gọi cũ là “Xem xét vật chứng”).

“Điều 212. Xem xét vật chứng và vật thể liên quan đến vụ án

1. Vật chứng, ảnh chụp vật chứng hoặc biên bản xác nhận vật chứng, và băng ghi âm hoặc ghi hình và phim được đưa ra để xem xét tại phiên tòa.”■

HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ XỬ PHẠT VI PHẠM HÀNH CHÍNH TRONG LĨNH VỰC PHÒNG, CHỐNG TÁC HẠI CỦA THUỐC LÁ

CAO VŨ MINH*

TRƯƠNG TƯ PHƯỚC**

Ý thức được tác hại của thuốc lá trong việc bảo vệ sức khỏe nhân dân, Quốc hội khóa XIII đã thông qua Luật Phòng, chống tác hại (PCTH) của thuốc lá năm 2012 tại kỳ họp thứ 3. Luật PCTH của thuốc lá năm 2012 được ban hành đã tạo ra hành lang pháp lý cần thiết cho việc kiểm soát thuốc lá. Tuy nhiên, những quy định hiện hành về xử phạt vi phạm hành chính (VPHC) liên quan đến thuốc lá vẫn còn nhiều bất cập. Nhiều quy định pháp luật chưa cụ thể, rõ ràng, từ đó gây khó khăn trong việc áp dụng vào thực tiễn.

1. Một số hạn chế của pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính liên quan đến thuốc lá

Thứ nhất, việc xử phạt hành chính các vi phạm liên quan đến thuốc lá chưa nghiêm minh

Trong Quốc lệnh tháng 1/1946, Hồ Chí Minh có nêu: “Thường phạt nghiêm minh là cần thiết. Nếu không thưởng thì không khuyến khích, nếu không phạt thì không giữ vững kỷ luật”¹. Hiện nay, các chế tài hành chính liên quan đến vi phạm thuốc lá đã tương đối đầy đủ nhưng việc thực thi của các cơ quan chức năng lại rất hạn chế. Theo thống kê, từ năm 2010 đến giữa năm 2011, địa phương xử phạt người hút thuốc lá không

đúng nơi quy định nhiều nhất là Lào Cai (phạt được 10 người, mức phạt tổng cộng 1,5 triệu đồng), Tp. Hồ Chí Minh phạt được 02 trường hợp, một số địa phương thì không phạt được bất kỳ trường hợp nào². Trong khi đó, vi phạm liên quan đến hút thuốc lá nơi công cộng là rất phổ biến. Đồng thời, không chỉ ở nơi công cộng mà tại các cơ sở y tế, trường học - những nơi cấm hút thuốc lá hoàn toàn - vẫn có người “vô tư” hút thuốc song không bị xử phạt. Theo một thống kê, 38,7% số người được hỏi đã trả lời là có nhìn thấy việc hút thuốc lá tại cơ quan nhà nước; 23,6% thấy có hút thuốc tại cơ sở y tế; 22,3% thấy có hút thuốc tại trường mầm non, trường phổ thông; 34,4% nhìn thấy có hút

* *ThS, GV. Khoa Hành chính - Nhà nước, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.*

** *GV. Khoa Hành chính - Nhà nước, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.*

1 *Hồ Chí Minh, Toàn tập, Tập 7, Nxb Sự Thật, H., 1984, tr.116.*

2 *Thông báo của Văn phòng Chương trình phòng chống tác hại thuốc lá (Bộ Y tế).*

thuốc lá trên phương tiện giao thông công cộng³. Hàng loạt nguyên nhân được nêu ra như “thiếu người xử phạt”, “người vi phạm không có tiền nộp phạt”, “vi phạm giao thông nếu không có tiền còn có thể tạm giữ xe, chứ hút thuốc lá nơi công cộng nếu không có tiền thì tạm giữ bao thuốc lá hay bật lửa” để “bào chữa” cho việc buông lỏng xử lý vi phạm. Theo chúng tôi, những giải thích trên không phải là lý do chính để “bỏ mặc” hoàn toàn việc xử phạt các vi phạm liên quan đến hút thuốc lá. Tình trạng các doanh nghiệp sử dụng lực lượng nữ xinh đẹp để tiếp thị thuốc lá trực tiếp tới người tiêu dùng tại các quán ăn, nhà hàng vẫn phổ biến. Tình trạng thuốc lá không ghi nhãn, không in cảnh báo sức khỏe trên bao bì thuốc lá vẫn diễn ra hàng ngày, hàng giờ với cường độ cao. Đây là những hành vi vi phạm (HVVP) rõ ràng, dễ phát hiện nhưng tại sao lại không bị xử phạt? Ở một góc độ tiêu cực, việc không xử lý nghiêm minh các vi phạm liên quan đến thuốc lá cũng chính là khuyến khích cho HVVP.

Thứ hai, việc áp dụng các nguyên tắc xử phạt VPHC liên quan đến thuốc lá vào thực tiễn gặp nhiều khó khăn.

- *Việc áp dụng nguyên tắc “mọi VPHC liên quan đến thuốc lá phải được phát hiện kịp thời và phải bị đình chỉ ngay” gặp nhiều trở ngại.*

Theo quy định của pháp luật thì khi phát hiện vi phạm liên quan đến thuốc lá, người có thẩm quyền phải đình chỉ ngay. Đình chỉ vi phạm là công việc đầu tiên cần làm nhằm đảm bảo ngăn chặn kịp thời vi phạm tiếp diễn. Có thể nhận thấy, hiện nay, lực lượng chủ yếu phát hiện các vi phạm chỉ là các chiến sĩ công an và kiểm soát viên thị trường, nhưng lực lượng này lại không có quyền xử phạt trên 500.000 đồng. Trong khi đó, mức

tiền phạt đối với nhiều HVVP liên quan đến thuốc lá thường lên đến từ vài triệu đến vài chục triệu đồng. Đơn cử, đối với các hành vi như bán thuốc lá cho người chưa đủ 18 tuổi; bán thuốc lá không ghi nhãn, không in cảnh báo sức khỏe trên bao bì thuốc lá... đều có mức tiền phạt từ 1.000.000 đồng đến 2.000.000 đồng. Nếu phát hiện hành vi này thì chiến sĩ công an hoặc kiểm soát viên thị trường chỉ có thể lập biên bản rồi chuyển lên cấp trên để ra quyết định xử phạt. Một khi chưa ra được quyết định xử phạt thì không thể áp dụng các hình thức phạt bổ sung và biện pháp khắc phục hậu quả như: tịch thu tang vật vi phạm, buộc thu hồi sản phẩm. Điều đó có nghĩa là những hành vi này vẫn có khả năng được tiếp diễn. Trong một chừng mực nào đó thì biên bản của chiến sĩ công an hoặc kiểm soát viên thị trường lập lại có thể trở thành “bùa hộ mệnh” cho người vi phạm vì cứ trình biên bản này ra là có thể không bị xử phạt nữa.

- *Việc áp dụng nguyên tắc “người có thẩm quyền xử phạt có trách nhiệm chứng minh VPHC” vào thực tiễn rất khó khăn.*

Điều 3 khoản 1 Điều 3 Luật Xử lý VPHC năm 2012 quy định: “Người có thẩm quyền xử phạt có trách nhiệm chứng minh VPHC. Cá nhân, tổ chức bị xử phạt có quyền tự mình hoặc thông qua người đại diện hợp pháp chứng minh mình không VPHC”. Đối với VPHC liên quan đến thuốc lá thì nguyên tắc này được hiểu rằng, các cơ quan nhà nước có nghĩa vụ chứng minh lỗi của người vi phạm. Nếu các cơ quan nhà nước không chứng minh được cá nhân, tổ chức có lỗi thì không được xử phạt họ. Không thể phủ nhận đây là một nguyên tắc rất nhân văn và là đảm bảo pháp lý quan trọng trong việc bảo vệ quyền con người, quyền công dân⁴. Tuy

3 Báo Tuổi trẻ online, “Anh Một năm rưỡi, chỉ phạt được... 10 người hút thuốc lá” ngày 23/05/2011.

4 Cao Vũ Minh, Những điểm mới của Luật Xử lý VPHC năm 2012 trong việc bảo đảm quyền con người, quyền công dân, Tạp chí Tòa án nhân dân số 13, tháng 7/2014.

nhiên, đối với nhiều HVVP liên quan đến thuốc lá thì nguyên tắc này lại tạo ra những trở ngại đáng kể. Để xử phạt hành vi hút thuốc lá tại địa điểm có quy định cấm, điều cần thiết là phải bắt quả tang và có bằng chứng. Thế nhưng, người ta chỉ hút 1 - 2 phút là xong một điếu thuốc, thậm chí chỉ châm lửa hút 1 - 2 hơi rồi bỏ hoặc khi phát hiện lực lượng chức năng, họ vút luôn điếu thuốc xuống đất. Trong những trường hợp như thế, lực lượng chức năng rất khó khăn trong việc chứng minh vi phạm. Thường khi điều này xảy ra thì lực lượng chức năng sẽ có hai cách giải quyết: một là, sẽ vẫn tiếp tục xử phạt để rồi phải lo lắng vì có thể bị khiếu nại, khởi kiện và hai là, “ngó lơ” để không bị khiếu nại hoặc trở thành người bị kiện trong vụ án hành chính. Khi lực lượng chức năng tiến hành xử phạt mà việc chứng minh vi phạm trở nên phức tạp, khó khăn thì điều rất dễ nhận thấy là đa số sẽ lựa chọn cách hành xử thứ hai. Điều đó có nghĩa, vi phạm liên quan đến thuốc lá vẫn ngang nhiên tiếp diễn.

- Việc áp dụng nguyên tắc xác định thẩm quyền “trường hợp HVVP liên quan đến thuốc lá thuộc thẩm quyền xử phạt của nhiều người, thì việc xử phạt do người thụ lý đầu tiên thực hiện” cũng có nhiều bất cập.

Thực tế cho thấy, nếu đó là vụ việc dễ dàng xác định HVVP (như sản xuất, mua bán, nhập khẩu, tàng trữ, vận chuyển thuốc lá) thì các cơ quan cùng “chạy đua” nhau phát hiện để trở thành người thụ lý đầu tiên và tiến hành xử phạt. Ngược lại, trong những vụ việc phức tạp, khó khăn, nhạy cảm (xử phạt người chưa đủ 18 tuổi sử dụng thuốc lá, xử phạt người bán thuốc lá cho người chưa đủ 18 tuổi) thì lại né tránh, đùn đẩy nhau, thậm chí để vụ việc rơi vào tình trạng “cha chung không ai khóc”. Với lý do cho rằng có nhiều cơ quan có thẩm quyền xử phạt, nếu cơ quan này không phạt thì vẫn có cơ quan khác xử phạt nên tình trạng “đùn đẩy” công

việc xảy ra khá thường xuyên. Kết quả của sự né tránh, đùn đẩy này là tình hình vi phạm liên quan đến thuốc lá rất đáng báo động.

Thứ ba, các quy định của pháp luật về xử phạt VPHC liên quan đến thuốc lá chưa đầy đủ, tản mạn và còn nhiều bất cập.

Điều 9 Luật PCTH của thuốc lá năm 2012 nghiêm cấm các hành vi:

1. Sản xuất, mua bán, nhập khẩu, tàng trữ, vận chuyển thuốc lá giả, sản phẩm được thiết kế có hình thức hoặc kiểu dáng như bao, gói hoặc điếu thuốc lá; mua bán, tàng trữ, vận chuyển nguyên liệu thuốc lá, thuốc lá nhập lậu.

2. Quảng cáo, khuyến mại thuốc lá; tiếp thị thuốc lá trực tiếp tới người tiêu dùng dưới mọi hình thức.

3. Tài trợ của tổ chức, cá nhân kinh doanh thuốc lá, trừ trường hợp quy định tại Điều 16 của Luật này.

4. Người chưa đủ 18 tuổi sử dụng, mua, bán thuốc lá.

5. Sử dụng người chưa đủ 18 tuổi mua, bán thuốc lá.

6. Bán, cung cấp thuốc lá cho người chưa đủ 18 tuổi.

7. Bán thuốc lá bằng máy bán thuốc lá tự động; hút, bán thuốc lá tại địa điểm có quy định cấm.

8. Sử dụng hình ảnh thuốc lá trên báo chí, xuất bản phẩm dành riêng cho trẻ em.

9. Vận động, ép buộc người khác sử dụng thuốc lá.

Tuy liệt kê các hành vi bị nghiêm cấm nhưng Luật PCTH thuốc lá năm 2012 không quy định chế tài cụ thể đối với từng hành vi. Điều này chỉ có thể được làm rõ thông qua các nghị định của Chính phủ. Tuy nhiên, điều bất cập là chế tài của các hành vi này lại nằm tản mạn trong rất nhiều các nghị định khác nhau. Cụ thể, khoản 2 Điều 9 Luật PCTH của thuốc lá năm 2012 quy định hành vi bị cấm

là: “quảng cáo, khuyến mại thuốc lá; tiếp thị thuốc lá trực tiếp tới người tiêu dùng dưới mọi hình thức” nhưng chế tài lại nằm trong 03 nghị định khác nhau. Theo đó, hành vi quảng cáo thuốc lá bị xử phạt theo chế tài của Nghị định số 158/2013/NĐ-CP ban hành ngày 12/11/2013 quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực văn hóa, thể thao, du lịch và quảng cáo; hành vi khuyến mại thuốc lá bị xử phạt theo chế tài của Nghị định số 185/2013/NĐ-CP ban hành ngày 15/11/2013 quy định xử phạt VPHC trong hoạt động thương mại, sản xuất, buôn bán hàng giả, hàng cấm và bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng; còn hành vi tiếp thị thuốc lá trực tiếp tới người tiêu dùng dưới mọi hình thức bị xử phạt theo chế tài của Nghị định số 176/2013/NĐ-CP ban hành ngày 31/12/2013 quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực y tế. Về kỹ thuật lập pháp thì việc thiết kế các chế tài như trên là không hợp lý. Đầu biết rằng, mỗi HVVP có thể thuộc một lĩnh vực khác nhau và được điều chỉnh trong một nghị định chuyên ngành nhưng sự tản mạn của các chế tài này đã gây ra khó khăn trong quá trình xem xét, xử lý cũng như công tác tuyên truyền, phổ biến pháp luật. Ngay đối với những nhà nghiên cứu và các chuyên gia luật thì việc tìm hiểu tất cả HVVP cũng như chế tài xử phạt đã là điều không đơn giản. Điều này càng trở nên phức tạp hơn đối với những người không chuyên về luật.

Một nghịch lý là chế tài xử phạt các HVVP về thuốc lá tuy nhiều nhưng lại không đầy đủ. Khoản 6 Điều 9 Luật PCTH của thuốc lá năm 2012 quy định hành vi bị cấm

là: “Bán, cung cấp thuốc lá cho người chưa đủ 18 tuổi”. Hành vi “bán thuốc lá cho người chưa đủ 18 tuổi” bị phạt tiền từ 1.000.000 đồng đến 2.000.000 đồng theo quy định tại khoản 2 Điều 32 Nghị định số 185/2013/NĐ-CP. Tuy nhiên, hành vi “cung cấp thuốc lá cho người chưa đủ 18 tuổi” thì lại không tìm thấy chế tài tương ứng trong các nghị định của Chính phủ. Theo chúng tôi, hành vi “cung cấp thuốc lá cho người chưa đủ 18 tuổi” không thể đồng nhất với hành vi “bán thuốc lá cho người chưa đủ 18 tuổi” vì đơn giản “bán thuốc lá cho người chưa đủ 18 tuổi” phải tồn tại yếu tố trao đổi ngang giá. Trong khi đó, “cung cấp thuốc lá cho người chưa đủ 18 tuổi” thì không cần yếu tố này vì có thể là tặng cho... Như vậy, đầu biết “cung cấp thuốc lá cho người chưa đủ 18 tuổi” là HVVP pháp luật nhưng chế tài xử lý thế nào thì lại không rõ ràng. Thông thường, các quy định thiếu chế tài sẽ chỉ là các khẩu hiệu. Nếu nói, đạo luật trong nhà nước pháp quyền cũng phải có thuộc tính riêng, thì chắc chắn, thuộc tính của đạo luật ấy không thể là tính nửa vời trong việc điều chỉnh pháp luật⁵. Thay vào đó, trong nhà nước pháp quyền, các đạo luật được xây dựng phải có tính minh bạch cao, tạo ra các thông điệp rõ ràng với hệ thống thưởng phạt tương xứng để điều chỉnh hành vi của mọi cá nhân, tổ chức⁶.

Thứ tư, chế tài xử phạt VPHC liên quan đến thuốc lá không đa dạng, dẫn đến việc áp dụng vào thực tế còn tồn tại nhiều hạn chế.

Theo quy định của pháp luật, mỗi HVVP liên quan đến thuốc lá thì chủ thể phải chịu

5 Nguyễn Văn Cường, Đạo luật thiếu chế tài - bàn về một thông lệ xây dựng luật ở nước ta hiện nay, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 115, tháng 2/2008.

6 Giáo sư luật nổi tiếng người Hoa Kỳ Lon Fuller đã chỉ rõ trong tác phẩm Đạo của pháp luật (Morality of Law) những yếu tố khiến cho một hệ thống pháp luật trở nên vô nghĩa, trong đó có một yếu tố là sự thiếu minh bạch trong việc quy định các biện pháp chế tài. Xem thêm Lon Fuller, The Morality of Law (revised edition); New Haven and London: Yale University Press, 1969 at. 39.

một trong các hình thức xử phạt chính là cảnh cáo hoặc phạt tiền. Ngoài ra, cá nhân, tổ chức còn có thể bị áp dụng các hình thức xử phạt bổ sung và biện pháp khắc phục hậu quả: tịch thu tang vật đối với HVVP; tước quyền sử dụng giấy phép kinh doanh; buộc tiêu hủy hàng hóa vi phạm; buộc thu hồi hàng hóa vi phạm... Tuy nhiên, hệ thống các hình thức xử phạt VPHC và biện pháp khắc phục hậu quả trong lĩnh vực PCTH của thuốc lá ở nước ta hiện nay còn quá đơn giản. Hiện nay, HVVP phổ biến nhất ở nước ta là hút thuốc lá tại địa điểm có quy định cấm. Đối với hành vi này thì chế tài xử phạt là cảnh cáo hoặc phạt tiền từ 100.000 đồng đến 300.000 đồng. Cảnh cáo thì quá nhẹ, không có tác dụng lớn trong đấu tranh PCTH của thuốc lá. Trong khi đó, hình thức phạt tiền chỉ có tính răn đe với “người nghèo” còn “người giàu” thì tình nguyện chịu nộp phạt để tiếp tục vi phạm. Bằng chứng là báo chí hằng ngày vẫn cứ than phiền rằng nhiều người nghiện thuốc lá nặng (trong đó có cả cán bộ, công chức, viên chức, nhân viên y tế) tình nguyện chịu phạt tiền chỉ để xin được hút thuốc lá⁷. Thậm chí, có trường hợp, khi lực lượng chức năng phát hiện hành vi hút thuốc lá tại địa điểm có quy định cấm thì người vi phạm xin được phạt cảnh cáo vì không có tiền nộp phạt. Trong những trường hợp này, rõ ràng, chế tài xử phạt đã không phát huy được tác dụng như mục đích vốn dĩ nó phải có.

2. Một số giải pháp cụ thể

Không thể phủ nhận việc xử phạt VPHC liên quan đến thuốc lá là rất khó khăn, phức tạp. Tuy nhiên, không phải vì “bài toán” khó này mà các cơ quan, các đoàn thể và cả xã

hội lại “bó tay”, để mặc cho các VPHC liên quan đến thuốc lá hoành hành. Trên cơ sở phân tích những hạn chế nêu trên, chúng tôi đề xuất một số giải pháp nhằm hoàn thiện cơ chế thực thi pháp luật về PCTH của thuốc lá.

Thứ nhất, cá nhân, tổ chức có thẩm quyền cần thực hiện nghiêm minh việc phát hiện, xử phạt các VPHC liên quan đến thuốc lá. Thậm chí, có thể đưa “xử lý nghiêm minh các VPHC liên quan đến thuốc lá” là một tiêu chí để phân loại thi đua cuối năm hoặc xem xét mức độ hoàn thành công việc. Việc buông lỏng xử phạt đã làm cho tình trạng vi phạm liên quan đến thuốc lá tiếp tục nở rộ như nấm sau cơn mưa. Suy cho cùng, đó là lỗi của cơ quan quản lý. Vì vậy, đưa nội dung đánh giá như trên vào tiêu chí phân loại thi đua là hoàn toàn hợp lý. Tất nhiên, khi thực hiện tiêu chí này cũng cần phải phân biệt với hiện tượng “phạt theo chỉ tiêu” đã từng áp dụng trong lĩnh vực giao thông⁸. Giữa “xử lý nghiêm minh” với “phạt theo chỉ tiêu” có mục đích hoàn toàn khác nhau. “Phạt theo chỉ tiêu” chỉ nhằm mục đích thu tiền phạt, trong khi đó, mục đích của việc “xử lý nghiêm minh” là nhằm đảm bảo lợi ích chung của cộng đồng, bảo vệ sức khỏe nhân dân và bảo vệ môi trường.

Bên cạnh đó, các lực lượng chức năng cần làm tốt và phát huy tác dụng của công tác nắm tình hình. Cụ thể, lực lượng chức năng phải tổ chức triển khai thực hiện tốt công tác điều tra cơ bản, tiến hành kiểm tra, khảo sát các địa điểm thường xuyên xảy ra HVVP liên quan đến thuốc lá. Từ đó phối hợp với các cơ quan hữu quan nhằm đảm bảo cho việc xử lý nghiêm minh các vi phạm liên

7 Báo Người Lao động, Ngọc Dung, “Phạt nặng vẫn khó cấm hút thuốc lá”, ngày 12/12/2013.

8 Vũ Văn Nhiêm, Mấy ý kiến về một số biện pháp xử lý VPHC trong lĩnh vực giao thông dưới góc nhìn bảo vệ quyền con người - quyền công dân, Tham luận Hội thảo khoa học “Sửa đổi Luật Xử lý VPHC” do Khoa Luật Hành chính Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh phối hợp với Viện Nghiên cứu chính sách pháp luật và phát triển thuộc Hội Liên hiệp Khoa học kỹ thuật Việt Nam tổ chức tại Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh ngày 29/04/2010.

quan đến thuốc lá. Đơn cử, các quyết định xử phạt của lực lượng chức năng cũng cần được sự hỗ trợ rất lớn từ phía chính quyền địa phương trong việc tổng đạt, thông báo và cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt.

Thứ hai, những quy định hiện nay về thẩm quyền xử phạt VPHC liên quan đến thuốc lá cần có sự điều chỉnh khoa học và hợp lý, tránh tình trạng quá tải đối với một số chủ thể có thẩm quyền xử phạt. Trước hết, cần nâng thẩm quyền xử phạt cho chiến sĩ công an và kiểm soát viên thị trường. Hiện nay, mức tiền phạt của các chủ thể này là quá thấp và trong nhiều trường hợp không thể đình chỉ ngay HVVP. Quy định nâng thẩm quyền xử phạt của chiến sĩ công an đang thi hành công vụ và kiểm soát viên thị trường sẽ hạn chế được tình trạng vi phạm không được xử lý kịp thời hay tình trạng quá tải trong việc xử phạt của cơ quan cấp trên.

Để góp phần nâng cao hiệu quả công tác xử phạt hành chính liên quan đến thuốc lá thì việc Nhà nước đầu tư những phương tiện kỹ thuật đồng bộ, hiện đại là cần thiết. Nhờ có sự hỗ trợ của phương tiện khoa học kỹ thuật mà những chủ thể làm công tác thanh tra, kiểm tra, giám sát sẽ nhanh chóng phát hiện ra các vi phạm để kịp thời xử lý nghiêm minh. Tại các “điểm nóng” vi phạm liên quan đến thuốc lá có thể trang bị đồng bộ hệ thống camera quan sát tự động nhằm hỗ trợ lực lượng chức năng phát hiện và xử phạt vi phạm. Ngoài camera thì Nhà nước cần trang bị cho các lực lượng chức năng một số phương tiện nghiệp vụ kỹ thuật như máy chụp ảnh, máy quay phim cầm tay để có thể xử phạt các HVVP. Thiết nghĩ, nếu có sự hỗ trợ của các phương tiện nghiệp vụ kỹ thuật hiện đại này thì việc chứng minh các vi phạm của cá nhân, tổ chức sẽ trở nên thuận lợi, minh bạch hơn.

Thứ ba, như đã trình bày, hiện nay các chế tài xử phạt liên quan đến thuốc lá nằm

trong quá nhiều văn bản pháp luật khác nhau. Điều này là không hợp lý và không tạo điều kiện thuận lợi cho quá trình sưu tra, tìm kiếm nhằm phổ biến, tuyên truyền, xử lý các vi phạm liên quan đến thuốc lá. Theo chúng tôi, Chính phủ nên ban hành một nghị định duy nhất để điều chỉnh tất cả HVVP liên quan đến thuốc lá. Nếu thực hiện theo cách này thì chỉ cần tập hợp hóa các quy định tản mạn ở các nghị định khác nhau để ban hành thành một nghị định duy nhất. Tất nhiên, để tránh sự trùng lặp thì những nghị định khác phải bãi bỏ hết các quy định liên quan để xử phạt hành chính về thuốc lá vì những hành vi này đã được điều chỉnh trong nghị định chuyên ngành. Bên cạnh đó, cần bổ sung chế tài đối với hành vi “cung cấp thuốc lá cho người chưa đủ 18 tuổi”. Theo chúng tôi, nếu không quy định chế tài đối với các hành vi này thì sẽ gây ra nhiều khó khăn cho quá trình áp dụng pháp luật, đồng thời cũng không đạt hiệu quả trong việc phòng ngừa, ngăn chặn, những HVVP trên thực tế.

Cuối cùng, trong chế tài hành chính tồn tại biện pháp “khắc phục hậu quả”. Giá trị của biện pháp này là ở chỗ buộc người vi phạm phải “khắc phục” mọi hậu quả do HVVP của mình gây ra và đưa tình trạng vi phạm trở về trạng thái ban đầu. Mặc dù được gọi là biện pháp khắc phục hậu quả nhưng tính chất cưỡng chế và mức độ “khắc nghiệt” của nó lại không thua kém các hình thức trách nhiệm pháp lý. Như đã trình bày, đối với hầu hết các vi phạm liên quan đến thuốc lá thì hình thức xử phạt chỉ là cảnh cáo hoặc phạt tiền. Hiện nay, các cơ quan chức năng đang “đau đầu” với tình trạng xử phạt cảnh cáo vì hình phạt này ít có tác dụng răn đe, còn phạt tiền thì nhiều người vi phạm không có tiền để nộp. Thiết nghĩ, đối với các vi phạm liên quan đến thuốc lá thì cần quy định thêm các biện pháp khắc phục hậu quả. Điều 28 Luật Xử lý VPHC

năm 2012 sau khi liệt kê các biện pháp khắc phục hậu quả cụ thể thì còn quy định thêm “các biện pháp khắc phục hậu quả khác do Chính phủ quy định”. Như vậy, Chính phủ có thể quy định thêm các biện pháp khắc phục hậu quả khác mà chưa được định danh trong Luật Xử lý VPHC năm 2012. Theo chúng tôi, có thể nghiên cứu để áp dụng biện pháp “buộc lao động công ích” đối với những người VPHC liên quan đến thuốc lá. Về nguyên tắc, những hành vi hút thuốc lá nơi công cộng, hút thuốc lá tại địa điểm có quy định cấm ảnh hưởng trực tiếp đến môi trường, sức khỏe của những người xung quanh nên phải thực hiện những hoạt động nhằm cải tạo môi trường. Như vậy, đối với những vi phạm này thì bên cạnh hình thức

xử phạt chính còn có thể áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả như tổ chức cho người vi phạm lao động tại các công trình công ích như chăm sóc cây xanh, dọn dẹp vệ sinh ở công viên, cải tạo kênh mương... Đây hoàn toàn không phải là cưỡng bức lao động mà nhằm mục đích nâng cao ý thức pháp luật của người vi phạm. Một hình thức lao động giản đơn, hợp lý luôn có ý nghĩa giáo dục sâu sắc. Những cảnh cáo, nhắc nhở đơn thuần, “thiếu mồ hôi, thiếu công sức” sẽ không mang lại kết quả khả quan. Tuy nhiên, cần lưu ý là cơ chế thực hiện, hình thức, cách làm phải khoa học, thận trọng, tránh lạm dụng, vừa thực hành vừa giáo dục, thuyết phục để người vi phạm không tái phạm trong tương lai ■

Những vấn đề...

(Tiếp theo trang 42)

a) Người thực hiện HVNH mắc bệnh từ thời điểm nào (trước, trong hay sau khi thực hiện HVNH);

b) Nếu người thực hiện HVNH mắc bệnh trước hoặc trong khi thực hiện hành vi thì phải chứng minh tại thời điểm thực hiện hành vi, người thực hiện HVNH có mất khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi hay không.

c) Tình trạng bệnh và tâm thần của người thực hiện HVNH có liên quan đến sự nguy hiểm cho bản thân họ, cho những người xung quanh hoặc có thể gây nên những thiệt hại khác cho xã hội hay không.

2. Khi tiến hành tố tụng, Cơ quan điều tra phải bảo đảm có người bào chữa tham gia tố tụng từ khi xác định được người có HVNH mắc BTT hoặc bệnh khác làm mất khả năng nhận thức hoặc điều khiển hành vi.

Người đại diện hợp pháp của người đó có thể tham gia tố tụng trong trường hợp cần thiết.

3. Trường hợp kết quả giám định xác định bị can mắc BTT hoặc bệnh khác làm mất khả năng nhận thức hoặc điều khiển hành vi thì Cơ quan điều tra gửi văn bản đề nghị áp dụng biện pháp bắt buộc chữa bệnh kèm theo kết luận giám định và toàn bộ hồ sơ vụ án cho Viện kiểm sát cùng cấp để xem xét, quyết định.

Trong thời hạn ba ngày, kể từ ngày nhận được văn bản đề nghị của Cơ quan điều tra cùng kết luận giám định và toàn bộ hồ sơ vụ án, Viện kiểm sát quyết định áp dụng biện pháp chữa bệnh đối với bị can hoặc yêu cầu Cơ quan điều tra trưng cầu giám định bổ sung, giám định lại nếu thấy chưa đủ căn cứ để quyết định.

4. Trường hợp Viện kiểm sát ra quyết định áp dụng biện pháp bắt buộc chữa bệnh thì Cơ quan điều tra phải ra quyết định tạm đình chỉ hoặc đình chỉ điều tra đối với bị can ■

PHẠM VI ÁP DỤNG TRƯNG CẦU DÂN Ý TRONG PHÁP LUẬT CỦA PHÁP VÀ NGA: MỘT SỐ KINH NGHIỆM CHO VIỆT NAM

TRẦN VIỆT DŨNG*

LÊ TẤN PHÁT **

Trưng cầu ý dân (referendum) là một hình thức thể hiện dân chủ thông qua bỏ phiếu trực tiếp, trong đó các công dân sẽ được yêu cầu thể hiện (thông qua cuộc bỏ phiếu toàn dân) ý kiến hoặc ý chí của mình đối với một vấn đề của đất nước theo yêu cầu của nhà nước¹. Trong cơ chế dân chủ trực tiếp này, nhà nước sẽ dành quyền quyết định cho các cử tri là công dân có quyền lợi và trách nhiệm đối với vấn đề liên quan; nhà nước có nghĩa vụ thực hiện quyết nghị theo ý kiến của nhân dân. Bài viết phân tích một khía cạnh quan trọng của pháp luật về trưng cầu ý dân, đó là phạm vi các vấn đề áp dụng trưng cầu ý dân trên cơ sở pháp luật và thực tiễn pháp lý của Pháp và Nga, hy vọng có thể đóng góp tích cực cho quá trình soạn thảo Luật Trưng cầu ý dân của Việt Nam.

1. Pháp luật về trưng cầu ý dân của Liên bang Nga

Trưng cầu ý dân là một hiện tượng tương đối mới tại Nga. Nó chỉ mới được ghi nhận trong hệ thống pháp luật Nga vào cuối thập niên 1930. Mặc dù trong lịch sử nước Nga cổ đại cũng đã tồn tại một hình thức dân chủ trực tiếp là “biểu quyết toàn dân” (всенародное голосование), nhưng ý nghĩa và tầm vóc, cách thức tổ chức sự kiện này khác với trưng cầu ý dân².

Nghiên cứu về pháp luật về trưng cầu ý dân tại Nga có thể được phân thành hai giai đoạn phát triển cơ bản: (i) giai đoạn nước Nga thuộc Liên Xô và (ii) giai đoạn nước Nga độc lập (sau khi Liên Xô tan rã) từ năm 1992 tới nay.

1.1. Pháp luật và thực tiễn trưng cầu ý dân của Nga thời kỳ Liên Xô

Chế định trưng cầu ý dân bắt đầu được hình thành hệ thống pháp luật của Liên Xô vào cuối thập niên 1930 và được đưa vào Hiến pháp năm 1936³. Sau đó, nước Cộng

* TS. Trường khoa Luật Quốc tế, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

** ThS, GV. khoa Luật Quốc tế, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

1 Julien Laferrière (1947), *Manuel de droit constitutionnel*, Domat – Monchrestien, Paris, p. 289.

2 Комарова В. В. (2014), *Референдумный процесс Российской Федерации*, Thủ tục trưng cầu ý dân của Liên bang Nga, DirectMedia. Trước khi Hiến pháp 1936, Chính quyền Xô viết giai đoạn 1917-1936 cũng đã từng tổ chức hỏi ý kiến toàn dân nhưng chỉ dưới hình thức trao đổi với nhân dân và không dựa trên một cơ sở pháp lý cụ thể.

hòa XHCN Xô viết Liên bang Nga (với tư cách là một chủ thể của Liên Xô lúc bấy giờ) cũng đã pháp điển hóa cơ chế trưng cầu ý dân để quyết định các vấn đề quan trọng trong bản Hiến pháp của mình năm 1937 (với nội dung tương tự như Hiến pháp năm 1936 của Liên Xô)⁴. Mặc dù không quy định cụ thể trong Hiến pháp về phạm vi trưng cầu ý dân, trong giai đoạn này, các cuộc trưng cầu ý dân tại các nước cộng hòa thuộc Liên Xô (chủ thể liên bang) của Nga⁵ và của Liên Xô chỉ giới hạn ở các vấn đề về lãnh thổ và các vấn đề dân tộc.

Năm 1977, Liên Xô ban hành hiến pháp mới, trong đó quy định hai hình thức: (i) lấy ý kiến nhân dân và (ii) trưng cầu ý dân⁶. Quy định tương tự cũng được thể hiện một cách minh thị trong Điều 5 Hiến pháp Nga vào năm 1978. Tuy nhiên, pháp luật Liên Xô và Nga trong giai đoạn này không quy định cụ thể về phạm vi các vấn đề được đưa ra trưng cầu ý dân cũng như thủ tục cho cơ chế trưng cầu ý dân. Mãi tới năm 1990, Luật Trưng cầu ý dân đầu tiên mới được xây dựng và thông qua tại Đại hội Xô viết Tối cao của Liên Xô, có hiệu lực trên toàn Liên Xô (bao gồm Nga)⁷.

Điều 4 Luật Trưng cầu ý dân của Liên Xô quy định bốn vấn đề có thể được quyết định bằng trưng cầu ý dân, bao gồm: (i) ban hành luật liên bang (Liên Xô) mới, (ii) thay đổi toàn bộ hoặc một phần của một đạo luật liên bang, (iii) quyết định nội dung chính của đạo luật và các văn bản pháp luật khác của liên bang và (iv) quyết định những vấn đề quan trọng khác của liên bang.

Tính hợp pháp và hợp lý của Luật này đã gây tranh cãi chính vì quy định về phạm vi các vấn đề là đối tượng của trưng cầu ý dân. Hai vấn đề đầu thuộc thẩm quyền và chức năng của cơ quan lập pháp của Liên Xô - Đại hội Xô viết và được quy định trong Hiến pháp. Vấn đề thứ ba bị đánh giá thiếu thực tế vì khó có thể lượng hóa được nội dung nào của văn bản pháp luật là nội dung chính. Vấn đề thứ tư cũng bị nhiều học giả chỉ trích là mơ hồ vì khó xác định những vấn đề nào thuộc thẩm quyền của Liên bang sẽ được coi là quan trọng và đồng thời có những vấn đề quan trọng mang tính sống còn của Liên bang Xô viết như việc duy trì và thay đổi cơ cấu liên bang thì lại không thuộc thẩm quyền của Liên bang (theo Hiến pháp), mà phải dựa vào thỏa thuận của các chủ thể liên bang. Mong muốn của các lãnh đạo Liên Xô dành cho cơ chế trưng cầu ý dân tại Liên Xô giá trị bắt buộc đã không có một nền tảng pháp lý vững vàng. Điều này đã thể hiện qua tác động của cuộc trưng cầu ý dân tại Liên Xô năm 1991.

Ngày 17/03/1991, Liên Xô đã tổ chức một cuộc trưng cầu ý dân để xác định ý chí của nhân dân về một trong những vấn đề quan trọng nhất của xã hội Liên Xô lúc bấy giờ, đó là sự cần thiết của việc duy trì Liên bang Xô viết⁸. Cuộc trưng cầu được tiến hành theo đề xuất của Tổng thống Liên Xô, Mikhail S. Gorbachev, với mục đích làm rõ rằng mặc dù chủ nghĩa ly khai đang phát triển tại nhiều chủ thể của Liên Xô, nhưng đa số công dân Liên Xô vẫn mong muốn tiếp

3 Комарова В. В. (2014), *тлдд*, tr. 27.

4 Nga là một nước trong Liên bang Xô viết (Liên Xô), nhưng bản thân Nga cũng là một liên bang các nước cộng hòa. Theo truyền thống pháp lý của Liên Xô và Nga, các nước cộng hòa và khu vực tự trị trong khuôn khổ liên bang được gọi là các chủ thể liên bang. Cũng xem: Комарова В. В. (2014), *тлдд*, tr. 26-27.

5 Điều 5 Hiến pháp Liên Xô năm 1977.

6 Luật Trưng cầu ý dân của Liên Xô (luật No 1869-1), ban hành ngày 27/12/1990. Điều 29: "Quyết định được lấy từ kết quả trưng cầu ý dân tại Liên Xô, sẽ là cuối cùng, có hiệu lực bắt buộc trên toàn lãnh thổ của Liên Xô, và chỉ có thể bị hủy bỏ hay chỉ sửa đổi bởi một cuộc trưng cầu ý dân khác tại Liên Xô".

7 Brady, Henry E., and Kaplan, Cynthia S. (1994). "Eastern Europe and the Former Soviet Union" in *Referendums around the World: The Growing Use of Direct Democracy*, Washington, DC: AEI Press, tr. 25.

8 Như trên, tr. 25, 26.

tục duy trì đất nước dưới hình thức một liên bang thống nhất⁹. Câu hỏi được đưa ra để trưng cầu ý dân là “[Quý vị] có cho rằng cần thiết phải duy trì Liên bang Xô viết dưới hình thức một liên bang mới của các nước cộng hòa có chủ quyền bình đẳng, mà trong đó bảo đảm các quyền và tự do của con người thuộc mọi dân tộc?”. Sáu nước cộng hòa có phong trào ly khai mạnh nhất là Armenia, Estonia, Georgia, Latvia, Lithuania, Moldavia¹⁰ đã tẩy chay cuộc trưng cầu ý dân này. Tuy nhiên, dân số của họ chỉ chiếm khoảng 7% tổng số dân Liên Xô. Trong tất cả các nước cộng hòa, nơi mà trưng cầu ý dân được tổ chức, lá phiếu ủng hộ cho sự duy trì liên bang là khá cao. Tại Nga, nước cộng hòa chiếm 2/3 dân số của Liên Xô, số lượng cử tri tham gia trưng cầu ý dân là 80%, và có 76,4% bỏ phiếu “ủng hộ” duy trì liên bang¹¹. Kết quả này ban đầu được nhìn nhận như chiến thắng của chính quyền trung ương và những người ủng hộ liên bang. Tuy nhiên, tầm quan trọng của cuộc trưng cầu ý dân đã bị suy giảm do sự mơ hồ của câu hỏi. Quan trọng hơn, bản thân tính hợp hiến của vấn đề được đưa ra trưng cầu ý dân cũng bị thách thức. Theo Hiến pháp Liên Xô, các nước cộng hòa Xô viết chính là chủ thể quyết định sự tồn tại của Liên Xô và vì vậy, vấn đề quyết định về sự tồn tại của Liên Xô bị coi là không thuộc thẩm quyền của liên bang. Kết quả là cuộc trưng cầu ý dân đã thất bại trong việc giải quyết vấn đề khủng hoảng về toàn vẹn lãnh thổ của Liên Xô. Sáu tháng sau cuộc trưng cầu ý dân lịch sử này, Liên Xô đã chấm dứt tồn tại theo quyết định của lãnh đạo các nước cộng hòa thuộc liên bang Xô Viết.

1.2. Pháp luật và thực tiễn trưng cầu ý dân của Nga từ sau khi tuyên bố độc lập

Sau khi tuyên bố độc lập, tách ra khỏi Liên Xô¹², Liên bang Nga đã tiến hành những thay đổi sâu rộng về hệ thống chính trị, trong đó đặc biệt đề cao vai trò của dân chủ trực tiếp (được thể hiện thông qua trưng cầu ý dân). Nước Nga khẳng định tôn trọng quyền lực tối cao của nhân dân và coi đó là nền tảng cho nền dân chủ của liên bang thời hậu Liên Xô.

Năm 1993, để giải quyết khủng hoảng chính trị do những mâu thuẫn về thẩm quyền và chức năng của các cơ quan nhà nước thời kỳ hậu Xô viết, Tổng thống Liên bang Nga đã tổ chức trưng cầu ý dân về bốn vấn đề: (i) sự tin tưởng của nhân dân đối với tổng thống Boris N. Elsin; (ii) sự đồng thuận với chính sách kinh tế - xã hội được thực hiện bởi Liên bang Nga và Chính phủ Liên bang Nga; (iii) ý kiến về sự cần thiết tổ chức bầu tổng thống Liên bang Nga trước thời hạn; và (iv) ý kiến về sự cần thiết tổ chức bầu đại biểu Hạ viện (Duma) Liên bang Nga trước thời hạn. Dựa trên kết quả lá phiếu bầu của người dân Nga, Tổng thống Bori N. Elsin đã ra quyết định giải tán Quốc hội để bầu lại các đại biểu của Duma. Năm 1993, Liên bang Nga cũng tổ chức một sự kiện tương tự để thông qua Hiến pháp mới.

Điều đáng lưu ý ở đây là mặc dù sự kiện được truyền thông và Chính phủ Nga coi như trưng cầu ý dân, thực tế nó được vận hành theo cơ chế “toàn dân biểu quyết” (все-народное голосование)¹³ và không dựa trên một cơ sở pháp lý cụ thể nào vì vào thời điểm đó Nga không có Luật Trưng cầu ý dân. Để tránh tình trạng phe đối lập đặt vấn đề về tính

9 Liên Xô được hình thành trên cơ sở thỏa thuận liên minh của 15 nước cộng hòa.

10 *Gale Encyclopedia of Russian History: Referendum of March 1991* (Từ điển Bách khoa toàn thư của Gale về lịch sử Nga: Trưng cầu ý dân tháng 3 năm 1991).

11 <http://www.answers.com/topic/referendum-of-march-1991#ixzz3Yp1JqUbU> (truy cập: 20/4/2015).

12 Tuyên bố về chủ quyền quốc gia của Liên bang Cộng hòa XHCN Nga (Декларация о государственном суверенитете РСФСР, принята Первым Съездом Народных Депутатов РСФСР), 12/06/1990.

13 Cuộc trưng cầu ý dân này được thực hiện trên cơ sở Sắc lệnh của Tổng thống Liên bang Nga số 1633 về việc “Tổ chức lấy ý kiến toàn dân về dự án Hiến pháp Liên bang Nga vào ngày 12/12/1993”. Thực chất việc dùng khái niệm “lấy ý kiến nhân

hợp hiến và hợp pháp của sự kiện trưng cầu ý dân, các nhà lập pháp Nga đã khẳng định vai trò của trưng cầu ý dân trong Hiến pháp năm 1993 và sau đó tiếp tục ban hành Luật Trưng cầu ý dân¹⁴.

Rút kinh nghiệm từ Luật Trưng cầu ý dân năm 1991, các nhà lập pháp Liên bang Nga đã quy định rất cụ thể các vấn đề có thể được trưng cầu ý dân. Trước hết, vấn đề thông qua Hiến pháp mới của Liên bang sẽ phải được thực hiện thông qua cuộc trưng cầu ý dân bắt buộc, nếu Hội đồng lập hiến có quyết định lấy ý kiến toàn dân về dự thảo hiến pháp mới¹⁵. Quy định này gợi ý việc ban hành hiến pháp mới của Liên bang Nga nên được thực hiện thông qua trưng cầu ý dân (cần lưu ý là việc thông qua Hiến pháp mới không bắt buộc phải dựa trên trưng cầu ý dân, đây vẫn là vấn đề thuộc thẩm quyền của Quốc hội).

Bên cạnh đó, Điều 3 Luật Trưng cầu ý dân Liên bang Nga năm 1995 cũng nêu rõ những vấn đề không phải là đối tượng của trưng cầu ý dân như sau:

- 1) Thay đổi tư cách pháp lý của các chủ thể của Liên bang Nga;
- 2) Kéo dài hoặc hạn chế thời hạn nhiệm kỳ của Tổng thống Liên bang Nga, Hội đồng Liên bang, Duma Quốc gia; bầu cử trước thời hạn của Tổng thống Liên bang Nga, Hội đồng Liên bang, Duma Quốc gia;
- 3) Thông qua và thay đổi ngân sách liên bang, thực hiện và sửa đổi các nghĩa vụ tài chính của nhà nước;
- 4) Giới thiệu, thay đổi và chấm dứt chính sách thuế liên bang hoặc bãi bỏ thu thuế cũng như cho phép miễn đóng thuế;

5) Ban hành các biện pháp khẩn cấp để đảm bảo an toàn và sức khỏe cho người dân; và

6) Ân xá và đặc xá.

Luật cũng nhấn mạnh, các vấn đề được đưa ra trưng cầu ý dân tại Liên bang Nga không được giới hạn hoặc thu hồi, thay đổi các quyền và tự do phổ thông của con người, của công dân và các bảo đảm của Hiến pháp về việc thực hiện các quyền tự do này¹⁶.

Trong lần sửa đổi năm 2004, Luật Trưng cầu ý dân của Liên bang Nga đã bổ sung phạm vi các giới hạn của trưng cầu ý dân. Theo đó, sẽ không được đưa ra trưng cầu ý dân các vấn đề liên quan tới các thẩm quyền mang tính “đặc quyền” của cơ quan nhà nước Liên bang như (i) bầu, bổ nhiệm, bãi nhiệm, đình chỉ quyền hạn quan chức trong bộ máy nhà nước của Liên bang, (ii) quyết định thành phần của các cơ quan liên bang, và (iii) thành lập, thay đổi, giải tán các cơ quan được thành lập theo các điều ước quốc tế của Liên bang Nga.

Có thể thấy, phạm vi trưng cầu ý dân trong pháp luật Liên bang Nga tương đối rộng, nhưng cũng có giới hạn đối với một số vấn đề nhạy cảm như quyền tự quyết về chủ quyền của các nước cộng hòa thuộc Liên bang (liên quan tới việc một chủ thể tách khỏi Liên bang), sự tồn tại và vận hành của các nhánh quyền lực nhà nước, ngân sách liên bang và chính sách thuế, cũng như thay đổi, thu hồi các quyền tự do công dân và quyền con người đã được ghi nhận trong Hiến pháp.

Hiến pháp và Luật Trưng cầu ý dân trao cho Tổng thống quyền yêu cầu tổ chức trưng cầu ý dân¹⁷. Bên cạnh đó, để đảm bảo vấn đề được đưa ra trưng cầu ý dân không vi hiến và

dân” của Liên bang Nga là một hình thức lách luật bởi lúc đó Liên bang Nga chưa có Luật liên bang về trưng cầu ý dân trong khi cũng không muốn thực hiện trưng cầu ý dân trên cơ sở Luật về Trưng cầu ý dân của Liên Xô.

14 Luật Liên bang Nga về Trưng cầu ý dân (Федеральный конституционный закон от 10 октября 1995 года N2-ФКЗ “О референдуме Российской Федерации”) sau đây gọi là “Luật Trưng cầu ý dân Liên bang Nga”. Luật này đã được bổ sung sửa đổi vào 28/06/2004 và 24/04/2008.

15 Điều 3 Luật Trưng cầu ý dân Liên bang Nga 1995 (Điều 6 Luật Trưng cầu ý dân Liên bang Nga năm 2004).

16 Như trên.

17 Điều 84 Hiến pháp Liên bang Nga năm 1993 và Điều 23.1 Luật Trưng cầu ý dân năm 2004.

không vi phạm các quyền tự do của con người và công dân được bảo đảm bởi Hiến pháp, Tổng thống sẽ phải xin ý kiến của Tòa hiến pháp Liên bang. Nếu sáng kiến trung cầu ý dân là hợp hiến, Tổng thống sẽ công bố ngày trung cầu ý dân trong vòng 15 ngày kể từ ngày có quyết định của tòa; ngược lại nếu Tòa hiến pháp coi sáng kiến không phù hợp với Hiến pháp thì cuộc trung cầu ý dân sẽ không được tổ chức¹⁸. Cơ chế này được hình thành nhằm khẳng định vai trò của Hiến pháp và đồng thời tránh hậu quả tương tự như cuộc trung cầu ý dân của Liên Xô năm 1991.

Theo quy định của pháp luật Liên bang Nga, kết quả của trung cầu ý dân có hiệu lực ngay lập tức mà không cần phê chuẩn của bất kỳ cơ quan nhà nước nào, và chỉ có thể bị thay thế bởi một quyết định trung cầu ý dân khác. Các vi phạm quy định của Luật Trung cầu ý dân sẽ bị xử phạt hành chính hoặc hình sự.

2. Phạm vi trung cầu ý dân trong pháp luật của Pháp

Pháp là một quốc gia có truyền thống dân chủ lâu đời. Chế định trung cầu ý dân ở đây cũng đã được xây dựng và phát triển, củng cố qua nhiều thăng trầm của lịch sử chế độ cộng hòa dân chủ. Ngày nay, trung cầu ý dân là hình thức tối thượng mà người dân Pháp thể hiện và thực hiện quyền dân chủ và chủ quyền¹⁹. Như vậy, về vai trò và giá trị pháp lý, trung cầu ý dân hoàn toàn khác với các hình thức lấy ý kiến nhân dân khác (ví dụ: lấy kiến nhân dân hay toàn dân biểu quyết).

Hiến pháp năm 1958 của Pháp quy định cụ thể về trung cầu ý dân tại Điều 11, Điều 89 và Điều 72.1. Theo đó, các vấn đề thuộc phạm vi trung cầu ý dân được xác định bao gồm:

1) Thông qua một dự thảo luật liên quan đến tổ chức cơ quan Nhà nước, cải cách chính sách kinh tế, xã hội, môi trường của đất nước, dịch vụ công cộng.

2) Thông qua một dự thảo luật để phê chuẩn điều ước quốc tế.

3) Sửa đổi Hiến pháp.

4) Ở cấp địa phương, các dự thảo Nghị quyết và văn bản thuộc thẩm quyền của Cộng đồng lãnh thổ.

Có thể thấy, các vấn đề có thể đưa ra trung cầu ý dân của Pháp được quy định rất rộng. Tinh thần này được phản ánh ngay từ bản Hiến pháp đầu tiên của nền đệ ngũ cộng hòa vào năm 1958, và tiếp tục được bổ sung, mở rộng thông qua các bản Hiến pháp sau này, gần nhất là Hiến pháp năm 2008²⁰. Một trong những sự kiện đáng chú ý nhất có thể kể đến là quy định trong dự thảo Hiến pháp ngày 20/7/1984. Theo đó, vấn đề “bảo đảm các quyền con người” đã được đề xuất đưa vào phạm vi trung cầu ý dân với quan điểm ủng hộ cho rằng, quyền con người nói chung và vấn đề bảo đảm quyền con người nói riêng là cực kỳ quan trọng và là lợi ích thiết thân của mỗi công dân Pháp. Vì vậy, những dự thảo luật có thể mang đến hệ quả là thu hẹp hoặc gây phương hại đến quyền con người phải được quyết định bởi tất cả công dân Pháp thông qua hình thức trung cầu ý dân. Tuy nhiên, các quan điểm chiếm đa số lại tỏ ra thận trọng và chỉ trích quy định này vì lo ngại rằng, việc tổ chức trung cầu ý kiến toàn dân đối với các vấn đề liên quan đến quyền cơ bản của con người có thể là một “con dao hai lưỡi” vì nó có thể bị một phe phái hoặc một sắc dân có vị thế cao trong xã hội lợi dụng để gây phương hại đến các quyền cơ bản của con người mà Hội đồng Hiến pháp

18 Điều 23.2 Luật Trung cầu ý dân năm 2004.

19 Hiến pháp Pháp 1958.

20 Tên đầy đủ của văn bản: Luật Hiến pháp số 2008-724 ngày 23/7/2008 về hiện đại hóa các chế định của Hiến pháp. (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichSarde.do?reprise=true&page=1&idSarde=SARDOBJT000007105278&ordre=null&nature=null&g=ls>), truy cập: 28/3/2015.

không thể kiểm soát được²¹. Các quan điểm thận trọng của Pháp xuất phát từ những kinh nghiệm “xương máu” đã diễn ra tại Hoa Kỳ và một số nước vào thế kỷ XIX và XX. Điển hình, trong thập niên 1960 ở Hoa Kỳ, rất nhiều tiểu bang đã tổ chức những cuộc bỏ phiếu trưng cầu ý dân nhằm chống lại việc phân chia bình đẳng nhà ở giữa người da đen và người da trắng (anti-fair housing). Ngoài ra, không hiếm những trường hợp bỏ phiếu trưng cầu ý dân nhằm chống lại người nhập cư hay người đồng tính²². Theo quy định của Pháp, các sáng kiến, đề xuất, đề nghị trưng cầu ý dân phải được kiểm tra tính hợp hiến bởi Hội đồng Hiến pháp trước khi đưa ra tổ chức. Về mặt lý thuyết, hoạt động của Hội đồng Hiến pháp vẫn có thể đóng vai trò là cái “van an toàn” để ngăn chặn những trường hợp trên tái hiện ở nước Pháp. Tuy nhiên, trên thực tế, việc bác bỏ hoặc gạt bỏ vấn đề quan trọng có ảnh hưởng tới các lợi ích của các giai tầng xã hội, sắc tộc, tôn giáo sẽ luôn rất nhạy cảm và nhiều áp lực.

Cách quy định rộng trong Hiến pháp của Pháp về trưng cầu ý dân đã tạo nên nhiều cách diễn giải về các vấn đề thuộc phạm vi của Điều 11 Hiến pháp, đặc biệt trong bối cảnh các luật tổ chức (Loi organique)²³ của Pháp cũng không đề cập và làm rõ phạm vi của Điều 11. Vì thế, những câu hỏi như vấn đề nào (dự thảo luật nào) liên quan đến chính sách kinh tế, xã hội của đất nước, một dự toán ngân sách nhà nước hoặc luật sửa đổi Bộ luật Hình sự với mục đích bãi bỏ hình phạt tử hình, vấn đề ly khai của một bộ phận lãnh thổ²⁴... có thể là đối tượng để trưng cầu ý dân hay không thực sự không dễ để tìm ra

câu trả lời. Thực tế, đã có rất nhiều tranh luận diễn ra trong khuôn khổ nước Pháp về những vấn đề có thể được đưa ra trưng cầu ý dân. Gần đây nhất là tranh cãi về các vấn đề liên quan đến hôn nhân đồng tính, nhận con nuôi của người đồng tính có thuộc phạm vi của trưng cầu ý dân hay không.

Đối với vấn đề thông qua một dự thảo luật để *phê chuẩn điều ước quốc tế*, lời văn của Điều 11 quy định rằng: “... dự luật phê chuẩn điều ước quốc tế không có quy định trái với Hiến pháp nhưng có ảnh hưởng đến hoạt động của các thiết chế Nhà nước...”. Rõ ràng, nếu căn cứ vào phạm vi trưng cầu ý dân, đây là một quy phạm chung chung và rất rộng. Rất hiếm các điều ước quốc tế không có ảnh hưởng đến hoạt động của các thiết chế nhà nước, từ các điều ước quốc tế về quyền con người cho đến các điều ước quốc tế về thương mại đều đòi hỏi sự thiết lập hoặc thay đổi bộ máy các cơ quan hành pháp trong nước. Quy định này đặt ra nhiều vấn đề tranh cãi. Chẳng hạn, việc phê chuẩn điều ước quốc tế nào sẽ phải được đưa ra trưng cầu ý dân?

Hơn thế nữa, tại Pháp, việc phê chuẩn các điều ước quốc tế về thương mại, hòa bình, hiệp ước về tổ chức quốc tế, điều ước liên quan đến tài chính của Nhà nước... phải được thực hiện bằng một đạo luật (nghĩa là phải là phê chuẩn của Nghị viện - cơ quan duy nhất có thẩm quyền lập pháp tại Pháp) quy định tại Điều 53 Hiến pháp. Như vậy, nếu sau khi Nghị viện đã ban hành đạo luật về việc phê chuẩn một điều ước quốc tế thì có thể tổ chức trưng cầu ý dân về việc phê chuẩn điều ước đó hay đạo luật đó không?

21 Trong khi đó, vấn đề về quyền cơ bản của con người thuộc thẩm quyền lập hiến (và phải được kiểm soát bởi Hội đồng Hiến pháp).

22 Marthe Fatin-Rouge Stéfanini, *Le référendum et la protection des droits fondamentaux*, *Revue française de droit constitutionnel*, p. 79.

23 Trong pháp luật Pháp, luật tổ chức là văn bản quy phạm pháp luật do Nghị viện ban hành nhằm bổ sung hay cụ thể hóa các quy định của Hiến pháp. Các đạo luật tổ chức có giá trị pháp lý cao ngay dưới Hiến pháp và trên các đạo luật thông thường khác.

24 Diémert Stéphane, « Le référendum législatif d'initiative minoritaire dans l'article 11, révisé, de la Constitution », *Revue française de droit constitutionnel* 1/2009 (n° 77), p. 55-97.

Nếu thừa nhận loại việc này cũng thuộc phạm vi trung cầu ý dân thì khi xảy ra trường hợp ý dân ủng hộ việc bãi bỏ luật phê chuẩn điều ước quốc tế của Nghị viện, nước Pháp có vi phạm nguyên tắc *pacta sunt servanda*²⁵ trong quan hệ quốc tế và nguyên tắc giá trị pháp lý cao hơn của một điều ước quốc tế (so với pháp luật quốc gia) tại Điều 55 của Hiến pháp hay không²⁶. Nhìn nhận một cách chủ quan, có lẽ đây là những vấn đề khó có câu trả lời cụ thể và chính xác và cội nguồn của chúng xuất phát từ việc quy định về phạm vi trung cầu ý dân của pháp luật Pháp.

Nghiên cứu về pháp luật và thực tiễn của Pháp đối với trung cầu ý dân, có thể nhận thấy về mặt lý thuyết, việc quy định rộng và chung chung như Pháp sẽ tạo ra những vấn đề gây tranh cãi, mặc dù trên thực tế nó cũng không phải là thách thức thường xuyên trước nhà nước. Việc kiến nghị tổ chức trung cầu ý dân sẽ phải được thực hiện bởi Tổng thống và cũng phải được “kiểm duyệt” bởi Hội đồng Hiến pháp. Nói cách khác, không phải tất cả các vấn đề chính trị - xã hội đều có thể được đưa ra trung cầu ý dân tại Pháp²⁷. Cho tới nay, hầu hết các cuộc trung cầu ý dân tại Pháp đều chỉ giới hạn trong hai vấn đề (i) thông qua dự thảo Hiến pháp (kể từ khi có EU thì còn bao gồm cả Hiến pháp EU) và (ii) phê duyệt các điều ước quốc tế quan trọng.

3. Một số kiến nghị cho Việt Nam trong việc thiết lập phạm vi trung cầu ý dân trong Dự thảo Luật Trung cầu ý dân

Từ những phân tích về kinh nghiệm lập pháp và thực tiễn pháp lý của Pháp và Nga,

có thể thấy, pháp luật Việt Nam cũng phải làm rõ những đối tượng thuộc phạm vi trung cầu ý dân và các vấn đề không thể được trung cầu ý dân. Việc quy định rộng và chung chung như Điều 11 của Hiến pháp Pháp sẽ làm cho người dân có cảm giác nhà nước đề cao dân chủ trực tiếp, nhưng cách tiếp cận đó có thể gây khó khăn cho việc thực thi chế định trung cầu ý dân. Có lẽ Việt Nam nên tiếp cận mô hình của Liên bang Nga, tức là quy định trong Hiến pháp những vấn đề mang tính nguyên tắc về đối tượng và cơ chế trung cầu ý dân, đồng thời cũng liệt kê rõ *các vấn đề không thể được đưa ra trung cầu ý dân*.

Xét từ góc độ khoa học pháp lý, phương án tối ưu sẽ là các nội dung trên được quy định trực tiếp trong Hiến pháp. Tuy nhiên, trong bối cảnh chúng ta vừa sửa đổi Hiến pháp thì không nên tiếp tục sửa đổi Hiến pháp nữa. Luật Trung cầu ý dân sẽ làm việc này. Việc quy định các đối tượng không được đưa ra trung cầu ý dân bên cạnh các vấn đề thuộc phạm vi trung cầu ý dân, có thể đáp ứng được tính minh bạch, giúp nhân dân tin tưởng thực sự vào tính khả thi của đạo luật này. Ngoài ra, việc quy định những vấn đề không thuộc phạm vi trung cầu ý dân có thể giúp Quốc hội không phải đưa ra thảo luận và biểu quyết một số vấn đề thuộc thẩm quyền riêng biệt của Nhà nước, qua đó tiết kiệm được nguồn lực cho đất nước.

Trên tinh thần đó, chúng tôi đề xuất các vấn đề sau không thể được đưa vào phạm vi trung cầu ý dân²⁸:

Một là, các vấn đề trái với Hiến pháp

25 Trong tiếng La-tinh có câu châm ngôn "pacta sunt servanda" ("Pacta" là những điều giao ước; "sunt" là thì; "servanda" là cần phải được giữ). Nghĩa là những điều đã giao ước thì phải được tuân giữ; nói cách khác là phải tôn trọng những nội dung mình đã giao ước. Câu trên đã được vận dụng vào ngành luật quốc tế, trở thành một nguyên tắc pháp lý cơ bản trong quan hệ quốc tế, tồn tại dưới hình thức tập quán quốc tế. Theo các văn kiện pháp lý quốc tế hiện hành, nguyên tắc *pacta sunt servanda* bao gồm các nội dung: Mọi quốc gia đều có nghĩa vụ thực hiện tự nguyện và có thiện chí, trung thực và đầy đủ các nghĩa vụ từ các điều ước quốc tế mà nước mình đã ký kết, tham gia, không phụ thuộc vào các sự kiện trong và ngoài nước (chú thích của BTV).

26 Diémert Stéphane, « Le référendum législatif d'initiative minoritaire dans l'article 11, révisé, de la Constitution », *Revue française de droit constitutionnel* 1/2009 (n° 77), p. 55-97.

27 <http://www.jolpress.com/mariage-pour-tous-adoption-homosexuels-referendum-constitution-conseil-constitutionnel-didier-maus-article-816382.html> (truy cập: 20/4/2015).

28 Trong các cuộc thảo luận liên quan đến cải cách Hiến pháp Pháp vào năm 1995, nhiều tác giả nêu quan điểm phải loại bỏ một số vấn đề ra khỏi phạm vi áp dụng referendum, điển hình: Bộ trưởng Bộ Tư pháp - Toubon, đại diện của Chính phủ

Rõ ràng, không nên đưa ra trung cầu ý dân đối với các vấn đề trái với Hiến pháp, đạo luật gốc của một quốc gia, chẳng hạn trung cầu ý dân đối với sự lãnh đạo của Đảng Cộng sản Việt Nam (Điều 4 Hiến pháp năm 2013). Chúng ta thấy tại Điều 89 của Hiến pháp Pháp về trung cầu ý dân đối với sửa đổi Hiến pháp thì hình thức chính thể Cộng hòa của nước Pháp là không thể sửa đổi. Điều đó có nghĩa là, vấn đề thay đổi hình thức chính thể của nước Pháp là vấn đề không thể được đưa ra trung cầu ý dân cho dù đây rõ ràng là một vấn đề quan trọng có thể liên quan đến việc tổ chức nhà nước, vốn rơi vào phạm vi của Điều 11 Hiến pháp. Ngoài ra, Điều 61 Hiến pháp Pháp (được sửa đổi, bổ sung bởi Hiến pháp năm 2008) quy định các dự thảo luật được đưa ra trung cầu ý dân theo Điều 11 phải được đệ trình lên Hội đồng Hiến pháp để kiểm tra tính hợp hiến. Tóm lại, những vấn đề bị coi là vi hiến sẽ không thể được đưa ra trung cầu ý dân.

Hai là, các vấn đề liên quan đến quyền cơ bản của con người

Với những phân tích ở trên liên quan đến trường hợp cụ thể của Pháp, chúng ta cũng không nên đưa vấn đề này vào phạm vi trung cầu ý dân. Ở Pháp, Nga và hầu hết các quốc gia dân chủ trên thế giới, các vấn đề liên quan đến quyền tự do cơ bản của con người và đặc biệt là vấn đề liên quan tới hạn chế các quyền tự do cơ bản của con người này không thể được đưa ra trung cầu ý dân. Trung cầu ý dân về một vấn đề liên quan tới việc công nhận bổ sung quyền tự do của con người cũng cần phải rất cẩn trọng. Từ những thực tiễn đã diễn ra tại Pháp trong việc đưa ra trung cầu ý dân đối với các quyền con người mang tính chất nhạy cảm (ví dụ hôn nhân đồng tính hoặc chế độ nhập cư, lao

động của người nước ngoài...) có thể gây bất lợi nhiều hơn cho nhà nước và có thể tạo ra nhiều mâu thuẫn xã hội. Cần tránh tình trạng những vấn đề của nhóm thiểu số bị bỏ qua hoặc bị áp đặt do mô hình “chuyên chế số đông”²⁹.

Ba là, các vấn đề liên quan đến luật thuế và ngân sách nhà nước

Luật thuế và ngân sách nhà nước là những vấn đề có tác động sâu rộng tới toàn bộ hệ thống kinh tế, xã hội của đất nước. Nga quy định rõ trong Luật Trung cầu ý dân rằng, vấn đề tài chính và ngân sách nhà nước không thuộc phạm vi trung cầu ý dân. Kinh nghiệm của Pháp, Nga cho thấy, mặc dù không quy định rõ trong Hiến pháp nhưng họ coi ngân sách là vấn đề “bất khả xâm phạm” của Quốc hội và không thể đưa vấn đề liên quan đến ngân sách nhà nước vào phạm vi trung cầu ý dân. Nguyên nhân có thể do 2 vấn đề sau: (i) thuế và ngân sách nhà nước liên quan mật thiết đến hoạt động của các cơ quan trong bộ máy nhà nước. Do đó, nếu can thiệp quá sâu và quá nhiều ý kiến sẽ dẫn đến hạn chế quyền lực nhà nước. Trên hết, vấn đề thông qua ngân sách cũng đã được xem xét, thảo luận và biểu quyết bởi cơ quan đại diện và qua đó cũng thể hiện ý chí của nhân dân; và (ii) vấn đề thuế và ngân sách nhà nước rất phức tạp, liên quan đến kiến thức rộng lớn của nhiều lĩnh vực, nhiều bộ ngành. Việc đưa ra biểu quyết toàn dân có thể không đạt hiệu quả do người dân không đủ thông tin và kiến thức để thực sự đưa ra quyết định độc lập và duy lý của mình. Phần lớn họ sẽ đưa ra quyết định theo cảm tính (ví dụ thấy chi ngân sách nhiều thì không đồng tình trong khi không có đủ kiến thức và thông tin để nhìn thấy được những lợi ích mà nó có thể mang lại hoặc giá trị thực sự của dự án đó)

thuyết trình về dự thảo sửa đổi Hiến pháp, cho rằng các vấn đề như quyền con người, luật hình sự, các luật về tài chính, và những vấn đề thuộc về chủ quyền như quốc phòng, cảnh sát, đối ngoại thuộc “đặc quyền truyền thống của Nghị viện”. Vấn đề tự do công đoàn không được đưa ra trung cầu ý dân. Xem thêm Marthe Fatin-Rouge Stéfanini, *Le référendum et la protection des droits fondamentaux*, Revue française de droit constitutionnel, p. 76.

29 Paula Cossart, *Initiative, référendum, recall: progrès ou recul démocratique*, Paris, 2011.

hoặc bị ảnh hưởng bởi các cuộc vận động hành lang.

Theo kinh nghiệm của Pháp và Nga, những vấn đề về tài chính, ngân sách nhà nước và thuế thuộc thẩm quyền tuyệt đối của Quốc hội. Người dân có thể thực hiện quyền dân chủ gián tiếp thông qua đại diện chứ không được thực hiện dân chủ trực tiếp.

Bốn là các vấn đề liên quan đến quốc phòng an ninh, chiến tranh và hòa bình

Đây là các vấn đề liên quan đến việc tham gia liên minh quân sự quốc phòng, hoặc hợp tác quốc phòng an ninh với các quốc gia khác và rõ ràng có liên quan đến các bí mật về quân sự và quốc phòng. Ngoài ra, nó còn liên quan đến quan điểm nhất quán của Đảng và Nhà nước ta về việc Việt Nam không tham gia liên minh quân sự để chống lại bất kỳ nước thứ ba nào. Do đó, thiết nghĩ không nên đưa ra trung cầu ý dân. Như đã trình bày ở trên, Pháp cũng không đưa vấn đề này vào phạm vi của trung cầu ý dân. Lời văn của Hiến pháp không quy định và ngay cả trong các cuộc thảo luận về việc mở rộng phạm vi của trung cầu ý dân, người ta vẫn thường tranh luận về các quyền con người cơ bản chứ không đề cập đến quốc phòng an ninh.

Ngoài ra, đối với vấn đề chiến tranh và hòa bình (như hội nghị Diên Hồng trong lịch sử) thì đầu tiên, xét về tầm quan trọng, vấn đề này rõ ràng phải được đưa ra trung cầu ý dân vì nó liên quan trực tiếp đến vận mệnh đất nước nói chung và từng công dân nói riêng. Tuy nhiên, như đã đề cập ở trên, một khi vấn đề an ninh quốc phòng đã không được đưa ra trung cầu ý dân thì vấn đề cần phải biết nhiều đến các thông tin bí mật quốc phòng như chiến tranh và hòa bình thì lại càng không thể đưa ra công khai (vì người dân cần phải biết rõ tiềm lực quân sự của Việt Nam để có thể quyết định hòa hay chiến). Vì thế, theo cùng logic, chúng ta cũng không nên cho phép

trung cầu ý dân đối với các vấn đề liên quan đến chiến tranh và hòa bình.

Năm là, phê chuẩn điều ước quốc tế

Việc quốc gia tham gia vào một điều ước quốc tế, từ đó phát sinh các nghĩa vụ ràng buộc, có thể gây ảnh hưởng sâu sắc đến đời sống xã hội trong nước. Về bản chất, việc phê chuẩn một điều ước quốc tế rõ ràng là một vấn đề liên quan đến chính sách kinh tế, xã hội của đất nước³⁰. Tuy nhiên, phê chuẩn một điều ước quốc tế bằng hình thức trung cầu ý dân không phải không có những khía cạnh tiêu cực của nó. Thủ tục tiến hành trung cầu ý dân luôn kéo dài (từ việc thực hiện cho đến kiểm soát trung cầu ý dân, kiểm tra kết quả, khiếu nại, kháng cáo quyết định...) có thể làm Việt Nam bỏ lỡ các lợi ích khi chậm gia nhập vào một điều ước quốc tế, nhất là điều ước quốc tế về hợp tác kinh tế và tự do hóa thương mại. Ví dụ, việc chậm gia nhập vào một điều ước quốc tế thiết lập nên một FTA có thể làm các doanh nghiệp Việt Nam không được hưởng các ưu đãi thương mại và có thể tiếp tục gánh chịu các chi phí trong khoảng thời gian kéo dài đó. Ngoài ra, những thế lực bảo thủ trong nước có thể gây ra sự cản trở đối với công cuộc đổi mới và hội nhập sâu rộng hơn của quốc gia vào cộng đồng quốc tế, chẳng hạn có thể cản trở các điều ước quốc tế song phương tạo thuận lợi cho sự dịch chuyển lao động có tay nghề cao từ nước ngoài. Cuối cùng, từ những gì đã đề cập đối với trường hợp của Pháp, việc quy định đưa ra trung cầu ý dân đối với phê chuẩn điều ước quốc tế có thể kéo theo hệ quả là việc bãi bỏ một đạo luật về phê chuẩn điều ước quốc tế của Quốc hội cũng có thể thuộc phạm vi trung cầu ý dân, như vậy Việt Nam có thể đứng trước tình huống vi phạm cam kết quốc tế và nguyên tắc *pacta sunt servanda*. Vì những lý do trên, thiết nghĩ nên tiếp tục giữ ổn định thẩm quyền phê chuẩn điều ước quốc tế tuyệt đối thuộc về Quốc hội ■

30 Ví dụ, việc tham gia vào tiến trình tự do hóa thương mại trong khuôn khổ WTO không chỉ ảnh hưởng rất lớn đến các ngành sản xuất trong nước mà còn liên quan đến chính sách cổ phần hóa doanh nghiệp nhà nước (từ đó tạo động lực phát triển kinh tế) của Đảng và Nhà nước ta.