

## SỬA ĐỔI HIẾN PHÁP: NHÌN TỪ CHIẾN LƯỢC PHÂN CẤP QUẢN LÝ

NGUYỄN CỬU VIỆT \*  
TRƯƠNG ĐẮC LINH \*\*

**B**áo cáo chính trị của Đại hội Đảng lần thứ XI đã viết: “*Khẩn trương nghiên cứu, sửa đổi, bổ sung Hiến pháp năm 1992 (đã được sửa đổi, bổ sung năm 2001) phù hợp với tình hình mới*” (mục XI.1). Thực hiện chủ trương này, bài viết góp phần bàn luận nhằm đổi mới các quy định về mô hình tổ chức đơn vị hành chính – lãnh thổ và tổ chức chính quyền địa phương ở nước ta nhìn từ chiến lược phân cấp quản lý. Vì khái niệm “phân cấp quản lý” liên quan đến các khái niệm “tập quyền” “tân quyền”, “phân quyền” và “tự quản địa phương”, nên chúng tôi sẽ bắt đầu từ việc điếm qua khái quát các khái niệm này.

### 1. Các khái niệm liên quan

#### 1.1. Khái niệm “tập quyền”

Theo tiếng Anh và tiếng Pháp, tập quyền là “centralization”, là nguyên tắc tổ chức chính quyền nhà nước có nội dung là sự tập trung mọi quyền lực vào trung ương. Các cơ quan trung ương nắm quyền quyết định mọi vấn đề từ trung ương đến địa phương. Các cơ quan chính quyền địa phương không có quyền chủ động, sáng tạo, chỉ tuân thủ, phục tùng mọi quyết định từ cấp trên đưa xuống. Tập quyền có các hình thức: tập quyền tuyệt đối; tập quyền có phân chia trách nhiệm và tập quyền XHCN (kết hợp với nguyên tắc toàn quyền Xô Viết).

#### 1.2. Khái niệm “tân quyền”

Tân quyền, theo tiếng Pháp là “deconcentration”, nguyên nghĩa là phi tích

\* và \*\* PGS-TS, Trường ĐH Luật Tp. Hồ Chí Minh.

tụ, là “*chính sách thông qua đó các công chức nhà nước trung ương tại địa phương, do nhà nước trung ương cử xuống địa phương, được giao những thẩm quyền mà trước kia do các bộ trực tiếp nắm giữ*”<sup>1</sup>. Lý thuyết về tân quyền có thể nói là được bắt đầu từ Hoàng đế Napoleon và sau đó được khoa học luật hành chính Pháp phát triển. Theo đó, các đại diện của trung ương không những thực hiện quyền giám sát địa phương mà còn trực tiếp thực hiện quyền lực ngay tại địa phương. Các đại diện này không có tư cách pháp nhân, không có năng lực pháp lý để kiện tụng, không có tài sản và ngân sách riêng, mọi việc đều chịu trách nhiệm trước chính quyền trung ương. Tân quyền cũng là tập trung quyền lực, nhưng các cơ quan tân quyền được tổ chức theo thứ bậc cả về văn bản và về nhân sự.

#### 1.3. Khái niệm “phân quyền”

Phân quyền theo tiếng Anh và tiếng Pháp là “decentralization”, nguyên nghĩa là phi tập trung, vì “centralization” là tập trung. “Decentralization” thường nói tới ở đây là “administrative decentralization”, tức là phi tập trung hóa quản lý hành chính theo lãnh thổ, theo đó quyền hạn được chuyển giao từ chính phủ trung ương đến các đơn vị chính quyền địa phương được hưởng qui chế theo luật định. Thực ra tập quyền có phân chia trách nhiệm, tân quyền hay tự quản địa

<sup>1</sup> Phát biểu của ông Philippe Marchand trong Kỳ yếu Hội thảo “*Phân cấp, phân quyền giữa trung ương và địa phương và quy chế đặc thù của các thành phố lớn*” tại Nhà pháp luật Việt - Pháp ngày 1, 2 và 3 tháng 10 năm 2001.

phương cũng đều là các hình thức của phi tập trung hóa quản lý, nhưng khi nói đến phân quyền là nói đến hình thức phi tập trung hóa cao, theo đó nhà nước trung ương chuyển giao (bằng hiến pháp và luật) cho các hội đồng dân biểu địa phương những quyền hạn độc lập và toàn vẹn (bao gồm cả phương tiện vật chất, tài chính, nhân sự...), trong phạm vi đó nó thực hiện một cách chủ động, độc lập và tự chịu trách nhiệm.

#### 1.4. Khái niệm “tự quản địa phương”

Khái niệm “tự quản địa phương” bắt nguồn từ khái niệm phân quyền. Nhưng phân quyền hiểu theo nghĩa của Pháp thì không đồng nhất với tự quản địa phương. Vì theo ông Bayle<sup>2</sup>, thì “*phân quyền có thể hiểu là „quyền tự quản“ chứ nhất định không có nghĩa là tự trị địa phương*”. Còn theo Liên minh châu Âu thì phân quyền là tự quản địa phương. Vào năm 1985, Hội đồng châu Âu đã thông qua một Công ước bao gồm khoảng 20 điều về quyền tự chủ của địa phương. Đây là điều ước quốc tế duy nhất có nội dung là những nguyên tắc chung, các tiêu chuẩn chung nhất về tự quản địa phương mà các nước muốn tham gia Cộng đồng châu Âu phải thực hiện. Từ Công ước này và lý luận cũng như thực tiễn chế độ tự quản địa phương, có thể rút ra một số kết luận sau đây: (1) Cơ quan tự quản địa phương, chủ yếu là hội đồng do dân bầu theo phương thức phổ thông đầu phiếu, chỉ đại diện cho địa phương; (2) Địa phương có quyền tự xác định cơ cấu tổ chức hành chính của mình; (3) Các cơ quan tự quản địa phương có tư cách pháp nhân (có tài sản, có ngân sách, có địa giới hành chính); (4) Không tồn tại thứ bậc hành chính giữa các chính quyền phân quyền và tự quản địa phương giữa các đơn vị hành chính - lãnh thổ nhỏ, lớn nằm trong nhau; (5) Cộng đồng địa phương được trao quyền tự quyết hoặc được tham vấn về vấn đề thay đổi địa giới hành chính của mình; (6) Quyền tự chủ của địa phương phải

<sup>2</sup> Xem phát biểu của ông Bayle trên Hội thảo đã dẫn.

được pháp luật quốc gia thừa nhận, tốt nhất là bằng hiến pháp; và (7) Chính quyền trung ương kiểm soát chính quyền phân quyền và tự quản địa phương dưới những hình thức khác nhau theo luật, chủ yếu là thông qua cơ chế tài phán. Từ năm 1998, Liên hợp quốc cũng đã soạn thảo Hiến chương quốc tế về Tự quản địa phương và đang dự định đưa ra Đại Hội đồng xem xét. Nhiều khu vực, trong đó có cả các nước ASEAN đã thành lập các hiệp hội tự quản địa phương ...

#### 1.5. Khái niệm “phân cấp quản lý”

Hai thuật ngữ “phân cấp” và “phân cấp quản lý” thực ra như là một, vì muốn quản lý thì thường phải “phân cấp”, phân cấp là để tiện quản lý. “Phân cấp quản lý” là “khái niệm Việt Nam”, nhưng có lẽ nó xuất xứ từ nước ngoài với nguyên tắc phi tập trung hóa quản lý, hay phân quyền và “tán quyền”. Quan điểm của các học giả Việt Nam về phân cấp quản lý rất khác nhau, nhưng nhìn chung thường quan niệm đó là sự phân công hợp lý chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn, trách nhiệm giữa các cấp chính quyền địa phương cho phù hợp với đặc điểm của mỗi cấp nhằm phát huy tính tự chủ, sáng tạo của các cấp nhằm thực thi quyền lực nhà nước đạt hiệu quả cao nhất. Nhưng nếu không có đơn vị hành chính – lãnh thổ thì phân định thẩm quyền, chức năng, nhiệm vụ cho ai, vì tổ chức đơn vị hành chính - lãnh thổ là cơ sở của phân cấp quản lý. Các cải cách hành chính lớn trong lịch sử nước ta và trên thế giới, đều bắt đầu bằng việc phân chia lại các đơn vị hành chính – lãnh thổ. Lược sử các triều đại, trước hết là các triều đại Việt Nam, khi mới nắm chính quyền, việc làm đầu tiên là xem xét lại việc tổ chức nền hành chính, trong đó có việc tổ chức – phân chia các các đơn vị hành chính - lãnh thổ. Minh chứng là Cải cách hành chính thời vua Lê Thánh Tông và Minh Mệnh. Các Hiến pháp nước ta cũng đều quan tâm quy định về các đơn vị hành chính – lãnh thổ và theo đó mới quy định cách tổ chức chính quyền địa phương.

Như vậy, theo chúng tôi, khái niệm “phân cấp quản lý” ở nước ta cần được hiểu là “sự

phân chia các đơn vị hành chính – lãnh thổ, tổ chức chính quyền địa phương và phân định thẩm quyền hợp lý giữa các cấp chính quyền tương ứng cho phù hợp với chức năng, nhiệm vụ và đặc điểm của mỗi cấp để nhằm thực thi hiệu quả hơn quyền lực nhà nước”.

Có thể biểu thị mức độ sự phát triển yếu tố dân chủ từ thấp đến cao trong tổ chức quản lý theo lãnh thổ của các khái niệm đã xem xét như sau: Tập quyền, Tản quyền, Phân cấp quản lý, Phân quyền, Tự quản địa phương. Cũng có thể nói tự quản địa phương là hình thức phân cấp quản lý triệt để nhất.

## 2. Mô hình tổ chức đơn vị hành chính – lãnh thổ và mô hình tổ chức chính quyền địa phương ở nước ta qua bốn bản Hiến pháp

*Nhìn khái quát, sự phân chia đơn vị hành chính – lãnh thổ và tổ chức chính quyền địa phương theo Hiến pháp 1946 khá đa dạng:* nước được chia thành bộ/ kỳ, tỉnh, huyện và xã; chỉ xã và tỉnh là tổ chức cả Hội đồng nhân dân (HĐND) và Ủy ban hành chính (UBHC), huyện và kỳ chỉ có UBHC, nghĩa là huyện và kỳ được coi là cấp trung gian, không cơ bản. **Kỳ** sau đó chia thành các **khu, liên khu** và thiết lập UBHC kháng chiến ở đó. Sau này, tuy các khu, liên khu không còn là đơn vị chính thức, nhưng luôn là cơ sở để tổ chức quân đội và trong kháng chiến chống Mỹ ở miền Nam là cơ sở để tổ chức Đảng (khu ủy, liên khu ủy). Hiến pháp 1946 đã nhắc đến đơn vị hành chính **thành phố và thị xã** (Điều 58) và theo Sắc lệnh số 77 năm 1945, thành phố được chia thành các **khu phố**<sup>3</sup>, nhưng ở khu phố lúc này chỉ có UBHC.

*Tính đa dạng giảm dần từ Hiến pháp 1959, còn Hiến pháp 1980 là đỉnh cao của tư duy hành chính cứng nhắc, máy móc, cào bằng mọi loại, không có sự phân biệt lãnh thổ tự nhiên và nhân tạo, đơn vị hành chính – lãnh thổ cơ bản và không cơ bản, thành thị và*

<sup>3</sup> Điều 1 Sắc lệnh số 77 ngày 21/12/1945 quy định: “các tỉnh lỵ và những nơi đô hội mà lâu nay về mặt hành chính được biệt lập và trực tiếp với tỉnh, từ nay sẽ gọi là thị xã”

*nông thôn, miền núi, miền xuôi và hải đảo... Riêng Hiến pháp 1992 không quy định việc thành lập chính quyền địa phương mà giành cho luật (Điều 118). Từ Hiến pháp 1959 nước được chia thành 3 loại đơn vị hành chính: tỉnh, huyện, xã và ở mọi đơn vị hành chính đều tổ chức HĐND và UBHC (từ Hiến pháp 1980 là Ủy ban nhân dân (UBND)), kể cả khu phố/quận, phường – những đơn vị hành chính nằm trong đơn vị hành chính cơ bản. Hiến pháp 1980 đưa ra khái niệm “đơn vị hành chính tương đương” (Điều 113) và sau đó Điều 4 Luật Tổ chức HĐND và UBND năm 1994 và 2003 quy định: tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương được “gọi chung là cấp tỉnh”; Huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh được „gọi chung là cấp huyện“ v.v.*

Đáng lưu ý là Hiến pháp 1992 có xu hướng tăng cường vai trò của Chủ tịch UBND (cũng như của Thủ tướng). Từ năm 2009 bắt đầu thí điểm không tổ chức HĐND quận, huyện, phường và hiện nay vẫn đang được tiếp tục thực hiện. Như vậy, lúc này đã bắt đầu có sự nhận thức phải đa dạng hơn tổ chức các cấp chính quyền địa phương.

**Tỉnh** luôn là đơn vị hành chính – lãnh thổ cơ bản mọi thời kỳ. Thời kỳ Hiến pháp 1959 quy định thêm loại **khu tự trị** (ngang cấp tỉnh), nhưng đến năm 1975 hai khu tự trị Việt Bắc và Tây Bắc bị bãi bỏ. Từ năm 1974 các khu phố của thành phố Hà Nội và Hải Phòng được chia thành **tiểu khu**, ở đó chỉ có Ban đại diện là tổ chức mang tính tự quản của nhân dân tiểu khu. Thời kỳ Hiến pháp 1980 thêm **đặc khu** Vũng tàu – Côn Đảo (ngang cấp tỉnh), nhưng đến Hiến pháp 1992 lại bị bãi bỏ. Từ Hiến pháp 1959 đặt ra loại “**thành phố trực thuộc trung ương**”, và chia thành khu phố: Từ đây, khu phố (từ Hiến pháp 1980 đổi thành quận) có cả HĐND và UBHC (sau là UBND).

**Huyện** là loại đơn vị hành chính có số phận thăng trầm. Thị xã và thành phố thuộc tỉnh thì luôn là đơn vị hành chính cơ bản, có cả HĐND và UBND. **Quận** là cấp đơn vị

hành chính thuộc thành phố thành phố trực thuộc trung ương, cũng như *phường* là cấp đơn vị hành chính thuộc quận, thị xã và thành phố thuộc tỉnh, xuất hiện từ Hiến pháp 1980.

*Xã, thị trấn* luôn là đơn vị hành chính cơ bản mọi thời kỳ, có cả HĐND và UBND.

### 3. Khái quát mô hình tổ chức đơn vị hành chính – lãnh thổ và mô hình tổ chức chính quyền địa phương trên thế giới

#### 3.1. Cơ sở khoa học của việc phân chia đơn vị hành chính – lãnh thổ trên thế giới

Thực tiễn phân chia các đơn vị hành chính – lãnh thổ ở các nước tiên tiến trên thế giới, nhìn khái quát, dựa trên khái niệm “*lãnh thổ nhân tạo*” và “*lãnh thổ tự nhiên*” được đưa ra bởi khoa học luật hành chính. Khái niệm này căn cứ vào các tiêu chí định tính.

*Đơn vị lãnh thổ tự nhiên* như tên gọi của nó là các đơn vị hình thành một cách tự nhiên, lâu dài trong lịch sử, dân cư quy tụ lại thành cộng đồng, có quan hệ chặt chẽ lâu đời, có tính cố kết cao, thường là theo dấu hiệu huyết thống, nghề nghiệp, dân tộc, tôn giáo, lối sống, các đặc điểm chung về địa lý tự nhiên, thổ ngữ v.v. Các đơn vị lãnh thổ tự nhiên không phải là một khuôn mẫu chung mà rất đa dạng về số lượng cũng như mật độ dân cư, diện tích lãnh thổ và không phân biệt đặc điểm địa lý, có thể là đô thị hay nông thôn, miền núi hoặc miền xuôi, đất liền hoặc hải đảo v.v.

*Đơn vị lãnh thổ nhân tạo* là các đơn vị hình thành một cách nhân tạo, cơ học thuần túy theo quyết định hành chính, để tiện cho việc quản lý về hành chính, ví dụ, các vùng ở Pháp, Ý, hay kỳ/bộ, khu, tỉnh, huyện, xã ở Việt Nam cũng thuộc loại này. Từ khái niệm này thì đơn vị lãnh thổ nhân tạo còn bao gồm cả những đô thị, huyện, quận, xã, phường đã và đang được hình thành một cách nhân tạo, cơ học thuần túy theo quyết định hành chính như ở Việt Nam, cả những đô thị trong đó bao gồm cả những vùng nông thôn thuần túy và hải đảo.

#### 2.2. Các ví dụ điển hình

+ *Các nước theo mô hình tập quyền* trên thế giới còn rất ít. Đó là, ví dụ: Ả-rập Xê-út; Brunây; Cô-ôét; Kenya, ... Mianma là trường hợp đặc biệt: trước 30/3/2011 thực chất là chế độ quân sự tuy có 7 bang và 7 vùng, từ 30/3/2011 đã chuyển giao cho chính quyền dân sự với lễ nhậm chức của Tổng thống mới đắc cử.

+ *Các nước theo mô hình phân quyền (tự quản địa phương)*:

Mỹ là nước có truyền thống tự quản địa phương lâu đời: Mỹ có 50 bang cộng với quận Columbia nơi chính quyền Mỹ đóng độc lập như một bang. 50 bang chia thành gần 3 ngàn lãnh địa (còn gọi là hạt), gần 17 ngàn thị trấn, làng xã, gần 14.500 khu trường học và gần 33 ngàn các khu đặc biệt khác<sup>4</sup>. Tất cả các loại đơn vị hành chính trên đều là đơn vị tư quản. Mô hình chính quyền đa dạng, không theo một khuôn mẫu nào, đặc biệt đối với đô thị: thị trường - hội đồng, ủy ban (đều được dân bầu) và nhà quản lý thành phố (được hội đồng thuê) hay kết hợp hai hay ba hình thức đó. Ở nông thôn bên cạnh chính quyền tự quản còn phổ biến hình thức “cuộc họp thị trấn” như một hình thức dân chủ trực tiếp có truyền thống đã hơn hai trăm năm. Sở dĩ có sự đa dạng đó vì tổ chức chính quyền địa phương theo Tu chính án số 10 của Hiến pháp Mỹ thuộc thẩm quyền của các bang, mà hơn 40 bang ấn định rằng Quốc hội bang không có quyền thông qua luật điều chỉnh một cách chi tiết vấn đề quản lý địa phương, nên tổ chức và hoạt động của các cơ quan công quyền ở địa phương do chính các địa phương tự quy định.

Rất nhiều nước theo mô hình phân quyền như các nước Liên minh châu Âu (EU), Canada, Nga, Nhật v.v.

<sup>4</sup> Theo con số của trang web của Đại sứ quán Mỹ thì hiện nay có không dưới 84.955 đơn vị chính quyền địa phương trên toàn Hợp chúng quốc, gồm các hạt, thị trấn, tiểu thị trấn, các khu hành chính - giáo dục, và các đặc khu (xem: “Chương 7: Một đất nước nhiều chính quyền” [http://vietnamese.vietnam.usembassy.gov/doc\\_usgovernment\\_vi.html](http://vietnamese.vietnam.usembassy.gov/doc_usgovernment_vi.html))

+ *Các nước theo mô hình kết hợp tản quyền và phân quyền:*

Pháp là ví dụ điển hình về Nhà nước đơn nhất có truyền thống này lâu đời. Ở Pháp, hiện nay chia ra 26 vùng (22 vùng quốc nội và 4 vùng lãnh thổ hải ngoại), 100 tỉnh và 36779 công xã. Một làng nhỏ, một thị trấn nhỏ có dưới 100 dân cũng là một công xã, nhưng cả Paris nhiều triệu dân cũng là một công xã và các công xã lớn, nhỏ khác nhau nhưng không nằm trong nhau. Các công xã có thể nằm trong tỉnh, nhiều tỉnh hợp lại thành vùng, nhưng có tỉnh chỉ là một công xã như Paris. Về tổ chức chính quyền, nói chung cả vùng, tỉnh và công xã từ năm 1982 đều là được coi là có tư cách tự quản (phân quyền). Ba thành phố lớn (Paris, Lion, Marseil), đảo Corse (từ Đạo luật ngày 13/5/1991) và 4 vùng lãnh thổ hải ngoại có quy chế đặc biệt. Ví dụ, Paris, Lion, Marseil chia thành các quận với Hội đồng quận và Quận trưởng, được bầu cử cùng thời gian với các Hội đồng công xã (theo Luật ngày 31/12/1982). Cơ quan tản quyền là Tỉnh trưởng do Chính phủ bổ nhiệm, chỉ là đại diện của chính quyền trung ương tại địa phương, trực thuộc chính quyền trung ương và để kiểm soát chính quyền địa phương. Tỉnh trưởng và các cơ quan tự quản hoàn toàn độc lập với nhau và hình thức kiểm soát và giải quyết tranh chấp giữa chúng là bằng cơ chế tài phán hành chính.

Ý, Ai Cập... là nước đơn nhất với mô hình đặc trưng kiểu Pháp. Đức tuy là theo chế độ tự quản địa phương nhưng cũng có yếu tố tản quyền ở vùng – cấp đơn vị hành chính lớn nhất.

+ *Mô hình tập quyền XHCN Trung Quốc:* Các đơn vị hành chính – lãnh thổ với ba cấp cơ bản là tỉnh, huyện và xã, nhưng tên gọi và quy chế rất đa dạng, là: tỉnh (22), vùng tự trị (5), thành phố trực thuộc trung ương (3); khu tự trị, các huyện, các huyện tự trị, các thành phố thuộc tỉnh, các quận trong thành phố; các làng, các bản dân tộc và các xã. Ba loại đơn vị hành chính cơ bản đều thành lập Hội

đồng đại biểu nhân dân (Nhân đại) và Chính phủ nhân dân địa phương do Nhân đại bầu ra. Như vậy, chế độ tự trị dân tộc rất rộng rãi, đa dạng ở những vùng nhiều dân tộc thiểu số. Một điểm đặc thù nữa là Trung Quốc thành lập rất nhiều đặc khu với quyền độc lập ở mức độ khác nhau, chưa kể Hồng Công, Ma Cao là lãnh thổ tự trị cả về chính trị. Ngoài ra còn có các “đơn vị hành chính – lãnh thổ trung gian”: các khu trong các tỉnh, các vùng trong một số huyện (tiểu vùng) và các khu phố (tiểu quận), ở đó chỉ có các cơ quan hành chính được bổ nhiệm bởi chính phủ nhân dân cấp trên. Cần lưu ý rằng ngay “mô hình Xô Viết” truyền thống cũng công nhận quyền tự trị rộng rãi trên các lãnh thổ tự trị ở rất nhiều cấp khác nhau: nước cộng hòa tự trị, vùng tự trị, khu tự trị, v.v.

#### **4. Các đặc điểm chủ yếu của mô hình tổ chức đơn vị hành chính – lãnh thổ và mô hình tổ chức chính quyền địa phương ở nước ta hiện nay**

Theo chúng tôi, qua so sánh khái quát với kinh nghiệm thế giới và với lịch sử nước ta, *tổ chức đơn vị hành chính – lãnh thổ và tổ chức chính quyền địa phương của nước ta hiện nay không chỉ cứng nhắc và khuôn sáo hơn nhiều lần so với các nước khác trên thế giới, mà còn cứng nhắc và khuôn sáo hơn cả thời gian trước năm 1980 ở nước ta, cũng như “mô hình Xô Viết” truyền thống và của nước XHCN Trung Quốc hiện nay.*

Cụ thể, theo chúng tôi, mô hình này có các đặc điểm chủ yếu sau:

1) Mô hình tổ chức đơn vị hành chính – lãnh thổ của nước ta rất máy móc theo ba cấp không phân biệt đô thị và nông thôn, miền núi, miền xuôi và hải đảo; nước chia thành 63 tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương là quá nhiều đầu mối. Cũng phải thấy rằng, thời kỳ Hiến pháp 1946 có tổ chức đa dạng hơn, và những thập niên sau có tìm tòi, nhưng là sự tìm tòi theo tư duy chủ quan thể hiện như sau:

Giai đoạn từ 1960 cho đến hiện nay đã có các cuộc điều chỉnh lớn các đơn vị hành

chính – lãnh thổ. Từ những năm 1960 - 1970, nhất là từ năm 1976, đã tiến hành *hợp nhất cơ học cả ba cấp tỉnh, huyện, xã*, chú trọng *tăng cường cấp huyện* cả về lãnh thổ, xây dựng thành “pháo đài” cả về tổ chức, ngân sách, quốc phòng. Kết quả là cả nước còn 36 tỉnh, 3 thành phố trực thuộc trung ương và một đặc khu Vũng Tàu - Côn Đảo. Từ cuối những năm 1980, do “sự phình to cơ học” các đơn vị hành chính đã cho thấy không hiệu quả, thậm chí gây nhiều bất ổn, nên sau đó các tỉnh, quận, huyện, phường, xã lại được chia tách để trở lại hiện trạng như trước khi sáp nhập. Bên cạnh đó lại tồn tại song song quá trình thành lập, chia tách một cách cơ học các quận, huyện, xã, phường, thị trấn mới, “nâng cấp” tỉnh lên thành phố trực thuộc trung ương, “nâng cấp” các thành phố thuộc tỉnh mà thường xuyên được thể hiện bằng các Nghị định của Chính phủ được thông báo trên hệ thống văn bản quy phạm pháp luật quốc gia, chưa kể việc lớn hệ trọng tầm quốc gia là sáp nhập tỉnh Hà Tây và một số huyện thành Thủ đô Hà Nội mới. Theo số liệu thống kê các đơn vị hành chính của nước ta (tính đến ngày đến 31/12/2009), cả nước có 63 đơn vị hành chính cấp tỉnh (trong đó có 5 thành phố trực thuộc trung ương); 692 đơn vị cấp huyện (trong đó có: 556 huyện, 47 quận, 48 thành phố thuộc tỉnh, 46 thị xã); 11.112 đơn vị cấp xã (trong đó có: 9.121 xã, 1366 phường và 625 thị trấn)<sup>5</sup>.

2) Mô hình chính quyền địa phương nói chung là “*mô hình Xô viết*” - mang tính chất “tổng hòa”, “tổng hợp”, tức là tập hợp mọi yếu tố của tập quyền, tản quyền và phân quyền kết hợp ủy quyền dưới quan điểm chính trị XHCN. Trong đó các yếu tố tập quyền là chủ đạo, tản quyền là phổ biến, phân quyền rất yếu ớt và cá lẻ, ủy quyền diễn ra phổ biến đặt dưới sự lãnh đạo trực tiếp, toàn diện và tuyệt đối của Đảng.

Yếu tố tập quyền là chủ đạo vì đó chính là bản chất của nguyên tắc tập quyền XHCN, thể hiện trong mọi góc ngách của tổ chức và

<sup>5</sup> Nguồn: website Tổng cục thống kê: <http://www.gso.gov.vn>

hoạt động của bộ máy nhà nước nói chung, chính quyền địa phương nói riêng; v.v.. Bộ máy nhà nước đều tổ chức thành hệ thống trực thuộc theo thứ bậc chặt chẽ, cả trong quan hệ giữa trung ương – địa phương, cấp dưới – cấp trên, giữa UBND các cấp, kể cả giữa HĐND các cấp, mặc dù về mặt bản chất pháp lý Quốc hội và HĐND các cấp không trực thuộc nhau, vì đều do dân bầu, đều nhận sự ủy quyền trực tiếp của dân. Vì vậy, có người ví mô hình này như cây thông quay ngược, hay với con lật đật của dân tộc Nga.

Yếu tố phân quyền thể hiện ở chỗ HĐND do dân bầu là “cơ quan quyền lực nhà nước” ở địa phương. Nhưng tản quyền và phân quyền hoàn quyền với nhau vì HĐND và UBND đều có tính hai mặt, “song trùng”, tạo thành hệ thống trực thuộc thứ bậc trên - dưới. Trong đó, tản quyền là phổ biến thể hiện ở chỗ cả UBND và các cơ quan chuyên môn thuộc UBND đều tổ chức và hoạt động theo nguyên tắc trực thuộc hai chiều. Bên cạnh đó, rất nhiều cơ quan, bộ phận trực thuộc Chính phủ và các bộ, ngành đóng ở địa phương. Thêm vào đó là sự ủy quyền phổ biến nhưng tạm thời, không ổn định. Chính quyền có “tính hai mặt”, cũng như “con người hai mặt”, sẽ không bao giờ hoạt động tốt, vì chính quyền là gồm những con người. Trong việc phân cấp, do đó, càng nhiều lần lộn.

3) Nguyên tắc tổ chức đơn vị hành chính – lãnh thổ và tổ chức chính quyền địa phương không rõ ràng. Tập trung dân chủ được quy định là nguyên tắc tổ chức và hoạt động chung của cả hệ thống chính trị, của cả bộ máy nhà nước, của từng cơ quan, tổ chức nhà nước và xã hội, nhưng bởi chính sự rộng lớn, phức tạp và không cụ thể, rõ ràng của nó, nên nguyên tắc này được giải thích và vận dụng tùy tiện, là một trong những căn nguyên dẫn đến vi phạm dân chủ trong mọi cơ quan, tổ chức, bên cạnh đó lại mở lối cho cho sự tự do, vô chính phủ.

4) Tình trạng bao biện của các cơ quan của Đảng đối với công việc của chính quyền là căn bệnh khó chữa do những cố gắng đổi mới sự lãnh đạo của Đảng đã tiến hành đã

hơn nhiều thập niên mà vẫn chưa điều trị được. Vì thế, không có cơ quan nào là độc lập và có thực quyền, vì quyền lãnh đạo tối cao, trực tiếp, toàn diện và tuyệt đối thuộc về Đảng. Điều này cũng không gây ngạc nhiên, vì chúng ta chưa thoát khỏi mô hình cực quyền.

Những đặc điểm và cũng là những hạn chế trên chứng tỏ mô hình chính quyền địa phương nước ta đã quá lỗi thời, kìm hãm rất lớn, rất nghiêm trọng đến tính chủ động, sáng tạo phù hợp với đặc điểm của các địa phương nói riêng, và do đó ảnh hưởng hạn chế sự phát triển về mọi mặt của đất nước. Hậu quả chung là hiệu lực, hiệu quả của chính quyền địa phương thấp, dân chủ trên giấy tờ và dân chủ trên thực tế cách nhau rất xa, địa phương chậm phát triển, đất nước chậm phát triển.

Những điều này cũng nói lên sự cần thiết phải thay đổi về mô hình tổ chức đơn vị hành chính – lãnh thổ và mô hình tổ chức chính quyền địa phương của nước ta.

## **5. Phương hướng, giải pháp đổi mới mô hình tổ chức đơn vị hành chính – lãnh thổ và mô hình tổ chức chính quyền địa phương ở nước ta**

### **5.1. Nhu cầu cấp bách của thực tiễn**

Nhu cầu đó thể hiện rõ qua các sự kiện diễn hình trong thực tiễn hơn một thập niên vừa qua. Đầu tiên phải kể đến hiện tượng ban hành “Quy chế dân chủ cơ sở” có ngọn nguồn đều là do tình trạng mất dân chủ ở cơ sở: xã, thôn ở một số địa phương. Rồi đến hiện tượng “xé rào” của rất nhiều tỉnh, thành trong việc ban hành các quy định về khuyến khích đầu tư, thực hiện chính sách thuế, thậm chí cả về xử lý vi phạm hành chính, v.v.

Thời gian sau là sự kiện thành phố Hồ Chí Minh trình Chính phủ xin quy chế riêng, nhưng cuối cùng chỉ là Nghị định số 93/2001 về phân cấp một số cho thành phố, không hơn các tỉnh thành khác là bao nhiêu. Tiếp đến là việc thành phố này trình Chính phủ, Bộ chính

trị mô hình chính quyền đô thị và xin tổ chức thí điểm, nội dung chủ yếu của mô hình đó cũng gắn với tư tưởng về phân quyền – trao nhiều quyền chủ động cho chính quyền đô thị và thực hiện chế độ thủ trưởng đối với cơ quan hành chính.

Sau đó là Thành ủy Đà Nẵng đề ra chủ trương xin tổ chức thí điểm dân bầu trực tiếp Chủ tịch UBND thành phố; Chủ tịch UBND thành phố bổ nhiệm Chủ tịch UBND quận, huyện; Chủ tịch UBND quận, huyện bổ nhiệm Chủ tịch UBND cấp xã.

Cùng thời gian đó đã thực hiện việc Mặt trận tổ quốc cấp xã tổ chức bỏ phiếu tín nhiệm các thành viên UBND cấp xã, nhưng qua thực hiện thấy nhiều tính hình thức (vì vốn Mặt trận là hình thức), nên có nơi đã mạnh dạn tổ chức để nhân dân cấp xã trực tiếp bỏ phiếu tín nhiệm, như ở Quảng Ninh.

## **5.2. Vấn đề đổi mới mô hình tổng thể về phân cấp quản lý: tổ chức đơn vị hành chính – lãnh thổ và chính quyền địa phương ở nước ta**

### **5.2.1. Quan điểm định hướng**

Cần đổi mới để phát huy và đa dạng hóa các hình thức dân chủ, bảo đảm quyền tham gia trực tiếp của nhân dân trong công việc nhà nước. Bên cạnh đó, cần kế thừa có cân nhắc kinh nghiệm lịch sử nước ta, các lý thuyết kinh điển và trào lưu mang tính quy luật của cộng đồng quốc tế để áp dụng một cách sáng tạo. Đó cũng là đáp ứng nhu cầu cấp bách của thực tiễn nêu trên. Trên cơ sở đó, theo chúng tôi, “Thực hiện phân cấp hợp lý cho chính quyền địa phương đi đôi với nâng cao chất lượng quy hoạch và tăng cường thanh tra, kiểm tra, giám sát của trung ương, gắn quyền hạn với trách nhiệm được giao... Tiếp tục đổi mới tổ chức hoạt động của chính quyền địa phương. Nâng cao chất lượng hoạt động của HĐND và UBND các cấp, bảo đảm quyền tự chủ và tự chịu trách nhiệm trong việc quyết định và tổ chức thực hiện những chính sách

trong phạm vi được phân cấp. Nghiên cứu tổ chức, thẩm quyền của chính quyền ở nông thôn, đô thị, hải đảo” (mục XI.2 Báo cáo chính trị trên Đại hội Đảng thứ XI) không gì khác hơn là đa dạng hóa các loại hình đơn vị hành chính – lãnh thổ theo đặc điểm riêng từng loại và đa dạng hóa mô hình tổ chức chính quyền địa phương. Không chỉ nông thôn, đô thị, hải đảo, miền núi khác nhau, mà ngay mỗi địa phương cùng loại cũng khác nhau. Vì thế, chỉ có một con đường tối ưu: thực hiện chế độ phân quyền, tiến dần tới chế độ tự quản địa phương. Về nguyên tắc tổ chức, cần cụ thể hóa nguyên tắc mang tính chính trị chung chung là tập trung dân chủ thành nguyên tắc tản quyền, kết hợp phân quyền, bỏ nguyên tắc song trùng trực thuộc. Tản quyền kết hợp phân quyền chính là cụ thể hóa của tập trung dân chủ.

### 5.2.2. Mô hình tổng thể cụ thể

Cần lựa chọn quy định trong Hiến pháp các nội dung sau đây, với phương châm quy định càng rõ càng tốt, vì quy định Hiến pháp có tính pháp lý cao và ổn định:

*Một là*, cần quy định về địa giới hành chính nước chia thành khu (hay vùng), tỉnh, huyện và xã, các loại đô thị.

Xác định **khū** là đơn vị hành chính – lãnh thổ trung gian, kê rõ tên từng khu trong Hiến pháp. Khu chỉ có cơ quan hành chính nhà nước gọn nhẹ kiểu “cơ quan tản quyền”, do Chính phủ bổ nhiệm, chỉ đại diện cho Chính phủ. Có thể lấy cơ quan hành chính các tỉnh, thành phố lớn hạt nhân của khu kiêm luôn chức năng của cơ quan hành chính khu như một số nước đang làm. Loại cơ quan hành chính như vậy đã có ở cấp kỳ nước ta thời 1946-1960. Nước ta hiện nay cũng có “những cơ quan đại diện” của Chính phủ, các bộ ở vùng, miền, nhưng chưa là thiết chế chính thức. Cơ quan tản quyền có ba chức năng chính: quản lý một số lĩnh vực và vấn đề cần quản lý tập trung cao, nhưng rất hãn

hữu; quản lý những vấn đề tổng thể của lãnh thổ khu, điều hòa, phối hợp các tỉnh; và giám sát các cấp chính quyền địa phương. Chức năng quản lý tổng thể rất quan trọng, vì thiếu phối hợp giữa bộ ngành trung ương và địa phương, giữa các tỉnh liền kề là điểm nhức nhối hiện nay (như chuyện chống ô nhiễm Kênh Ba Bò giữa hai địa phương là Tp. Hồ Chí Minh và tỉnh Bình Dương từ nhiều năm nay vẫn không giải quyết được).

*Hai là, tỉnh* (trực thuộc trung ương cũ) vẫn nên là cấp chính quyền hoàn chỉnh như hiện nay, nghĩa là có Hội đồng do dân bầu trực tiếp và Tỉnh trưởng do dân bầu hoặc hội đồng bầu tùy theo từng địa phương, được quyền tự quản, nhưng không nhiều.

*Ba là*, cần nghiên cứu trao nhiều quyền tự quản cho chính quyền các **đô thị “cũ”** có truyền thống, to lớn như Hà Nội, cho đến nhỏ như thị trấn, vì đô thị “cũ” nào cũng là một đơn vị lãnh thổ tự nhiên, một chỉnh thể thống nhất về mọi mặt. Bỏ HĐND cấp quận và phường, chỉ còn cơ quan hành chính gọn nhẹ như đang thí điểm. Riêng Thủ đô Hà Nội và thành phố Hồ Chí Minh là các “siêu đô thị”, cần tổ chức đặc thù như trên thế giới: có thể vẫn có HĐND ở các quận độc lập về địa lý hoặc thị xã, thị trấn trực thuộc, nhưng chức năng cần cải cách khác trước theo hướng chỉ đại diện cho nhân dân quận, thị trấn trong một số lĩnh vực, vấn đề chứ không độc lập với thành phố. Ở tỉnh và đô thị lớn (thành phố trực thuộc trung ương cũ) có thể đặt các cơ quan tản quyền, nhưng chỉ là những cơ quan tản quyền thẩm quyền chuyên môn cần thiết.

*Bốn là*, cần xem xét lại việc không tổ chức HĐND cấp **huyện**. Huyện khác quận (trừ quận đặc biệt của “siêu đô thị” như đã nói trên), nhiều nơi tính cổ kết rất cao, thậm chí có thổ ngữ, âm sắc riêng của tiếng nói. Vì vậy, huyện vẫn nên là cấp chính quyền hoàn chỉnh được một số quyền tự quản, nhưng không đầy đủ. Cần lưu ý rằng, ở các nước tiên tiến không đơn vị hành chính cơ bản nào



là không có hội đồng do dân bầu.

*Năm là*, cần xem xét lại **xã và thôn, làng**. Nhiều xã hiện tại chỉ là đơn vị hành chính nhân tạo, chỉ nên là đơn vị hành chính trung gian. Ngoài ra, nhiều xã do đã tồn tại lâu đời nên có truyền thống chung của xã. “Lệ làng – phép nước”, “phép vua thua lệ làng”, v.v. tục ngữ xưa nói đến làng mà ít nói đến xã. Xã như vậy là đơn vị hành chính – lãnh thổ cơ sở, vẫn nên là một cấp chính quyền hoàn chỉnh như hiện nay, cần có quyền tự quản nhiều nhất. Tương lai xa có thể nghiên cứu điều chỉnh các xã cũ thành các xã mới trên cơ sở các thôn/ làng/ ấp/ bản/ phum/ sóc ... có tính cố kết lâu đời, tuy nhiên, cần được nhân dân ở xã ưng thuận. Không phải vô cớ mà “Quy chế dân chủ cơ sở” là áp dụng ở cơ sở thôn/làng/ấp/bản chứ không ở xã. Cũng không vì thế mà sợ tốn tiền xây trụ sở, vì đã nhiều quyền tự quản thì xã, nhân dân xã tự quyết chi từ ngân sách xã, trung ương chỉ hỗ trợ.

*Sáu là*, các khu tự trị đã bỏ thì ở *các tỉnh, huyện, xã có dân tộc thiểu số chiếm đại bộ phận dân cư* nên nghiên cứu **trao nhiều quyền tự quản** hơn đơn vị thường. Cần lưu ý rằng, trong mô hình Xô Viết ở Trung Quốc hiện nay *chế độ tự trị dân tộc* có ở mọi cấp lãnh thổ địa phương, ở Liên Xô cũ hay nước Nga hiện nay, chế độ tự trị dân tộc rất đa dạng.

*Bảy là*, thực hiện **chế độ thủ trưởng** trong mọi loại cơ quan hành chính, có như vậy mới khắc phục được tình trạng thiếu trách nhiệm, nản hợp hành và bảo đảm được tính nhanh nhạy, kịp thời của hoạt động hành chính nhà nước và hành chính tự quản, mới thực hiện được ý kiến chỉ đạo như mục XI.2 Báo cáo chính trị trên Đại hội Đảng lần thứ XI đã nêu: “*Nâng cao năng lực dự báo, ứng phó và giải quyết kịp thời những vấn đề mới phát sinh*”. Hành pháp phải là cá nhân - đây là lý thuyết kinh điển của Montesquieu và cách làm của thế giới. Đương nhiên trong hoạt động phải kết hợp bàn bạc tập thể. Tuy đây là nói về

Chính phủ, nguyên tắc này cũng được áp dụng với cơ quan hành chính địa phương. Điều này cũng là thực hiện chủ trương dân bầu trực tiếp chủ tịch xã. Còn Quận trưởng và Trưởng phường vẫn do bổ nhiệm như đang thực hiện thí điểm hiện nay.

*Tám là*, “**cơ quan tản quyền chuyên môn**” một số ngành đặc biệt cần quản lý tập trung (thuế, hải quan, v.v.) có thể tổ chức đến cấp tỉnh, cấp huyện. Riêng cảnh sát, công an có thể có hai loại song song độc lập với nhau nằm ở địa phương là cảnh sát, công an trung ương và cảnh sát, công an địa phương, trong đó công an tỉnh, huyện, xã và đô thị thuộc chính quyền địa phương; công an khu thuộc Bộ Công an. Quân đội thì chỉ trực thuộc trung ương. Riêng đối với ngành giáo viên và y bác sĩ (ngành giáo dục và y tế) trước mắt Nhà nước cần tập trung quản lý kết hợp với sự chủ động của địa phương và thực hiện chính sách xã hội hóa.

*Chín là*, thiết lập **hệ thống tài phán hành chính độc lập**, bổ sung thêm thẩm quyền xét xử các tranh chấp giữa các cấp chính quyền địa phương với nhau và với Đại diện Chính phủ và Đại diện các bộ. Đương nhiên, đồng thời phải cải cách hệ thống tòa án hành chính đồng bộ với cải cách tư pháp nói chung sao cho có thể thực hiện được nhiệm vụ này.

*Mười là*, **nhất thể hóa chức vụ Đảng và chính quyền**: không chỉ nhất thể hóa chức vụ Bí thư Đảng ủy các cấp với Chủ tịch UBND (sau này là Tỉnh trưởng, Thị trưởng...) như đang làm, mà cả chức vụ Tổng Bí thư với Chủ tịch nước. Đây là cách duy nhất để sự lãnh đạo của Đảng trở thành chính đáng, vì trách nhiệm chính trị trước Đảng kết hợp với trách nhiệm trước nhân dân, trước pháp luật. Đây cũng là cách duy nhất để tránh sự bao biện của cơ quan Đảng đối với công việc nhà nước. Đây cũng là cách làm của thế giới. Cải cách này mở ra triển vọng rộng lớn về tinh giản bộ máy công quyền khi sáp nhập nhiều cơ quan Đảng và Nhà nước với nhau, trong khi đó hiệu lực quản lý nhà nước lại tăng lên. ●

## VỀ ĐỐI TƯỢNG KHỞI KIỆN VỤ ÁN HÀNH CHÍNH VÀ VIỆC HIỆN THỰC HÓA LUẬT TỔ TỤNG HÀNH CHÍNH 2010

TRẦN KIM LIỄU \*

Luật tổ tụng hành chính 2010 được Quốc hội khóa 12 thông qua ngày 24 tháng 11 năm 2010 gồm 18 chương, 265 điều với nhiều điểm tích cực, tiến bộ, thể hiện quan điểm của Đảng và Nhà nước trong việc bảo vệ hiệu quả quyền công dân. Có được một đạo luật tốt đã là điều khó khăn, nhưng đưa luật vào thực thi mới là điều quan trọng. Qua nghiên cứu nội dung các điều khoản của Luật tổ tụng hành chính 2010, chúng tôi thấy vấn đề đầu tiên cần được hướng dẫn cụ thể, chi tiết để việc áp dụng Luật được thống nhất, dễ dàng và chính xác là **đối tượng khởi kiện trong vụ án hành chính**.

Luật tổ tụng hành chính 2010 (Luật 2010) có nhiều điều khoản liên quan đến **đối tượng khởi kiện** của vụ án hành chính, trong đó tập trung nhất là Điều 3, Điều 28 và Điều 103. Theo những điều luật này “đối tượng khởi kiện” bao gồm: quyết định hành chính (QĐHC), hành vi hành chính (HVHC), quyết định kỷ luật buộc thôi việc (QĐKLBTV), quyết định giải quyết khiếu nại về quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh (QĐGQKN và QĐXLVVCT), danh sách cử tri bầu cử đại biểu Quốc hội, danh sách cử tri bầu cử đại biểu HĐND. Tuy nhiên, về mặt khoa học cũng như trong thực tiễn, có nhiều cách hiểu khác nhau, thậm chí là hiểu sai các khái niệm này. Điều đó dẫn đến tình trạng áp dụng pháp luật không thống nhất.

Thời gian gần đây, giới khoa học pháp lý cũng đã và đang có nhiều tranh luận về đối tượng khởi kiện của vụ án hành chính theo

cách đặt vấn đề: QĐHC, HVHC là đối tượng khởi kiện hay người ban hành ra QĐHC, thực hiện HVHC là đối tượng khởi kiện? Trong khoa học tổ tụng hành chính, “đối tượng khởi kiện” và “người bị kiện” là hai khái niệm khác nhau. Đối tượng khởi kiện trả lời cho câu hỏi “kiện cái gì?”, người bị kiện trả lời cho câu hỏi “kiện ai?”. Đây là hai câu hỏi quan trọng đầu tiên và có mối quan hệ mật thiết trong một vụ án hành chính nhưng là hai nội dung tách biệt với nhau vì thế không thể nhầm lẫn giữa “đối tượng khởi kiện” với “người bị kiện” trong tổ tụng hành chính. Trong thực tế xét xử cũng như nhận thức của xã hội đang có hiện tượng hiểu không đúng về “người bị kiện” và “đối tượng khởi kiện” vụ án hành chính<sup>1</sup>. Từ đó, chúng tôi thấy rằng, Luật tổ tụng hành chính 2010 cần phải được mọi người hiểu đúng.

Điều 3 Luật tổ tụng hành chính 2010 có hai định nghĩa độc lập với nhau. Định nghĩa về “người bị kiện” được quy định tại khoản 7: “*Người bị kiện* là cá nhân, cơ quan, tổ chức có quyết định hành chính, hành vi hành chính, quyết định kỷ luật buộc thôi việc, quyết định giải quyết khiếu nại về quyết định xử lý về việc cạnh tranh, lập danh sách cử tri bị khởi kiện”. Định nghĩa về QĐHC được quy định tại khoản 1: “*Quyết định hành*

<sup>1</sup> Xem các bài “Tại sao Bộ trưởng Công thương bị kiện?” <http://e-info.vn/vn/index.php/permalink/48557.html>; “Bộ trưởng bộ Công thương bị doanh nghiệp kiện” <http://vnexpress.net/gl/kinh-doanh/2010/09/3ba20b98/>. Như trường hợp vụ việc doanh nghiệp Tam Đảo kiện Bộ trưởng Bộ Công thương, người khởi kiện đã kiện không đúng đối tượng và người viết các bài báo cũng hiểu đúng về bản chất của đối tượng khởi kiện vụ án hành chính nên dẫn dư luận đi không đúng hướng.

\* NCS, Giám đốc Trung tâm Đảm bảo chất lượng đào tạo và phương pháp giảng dạy (AQAC), Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh

*chính* là văn bản do cơ quan hành chính nhà nước, cơ quan, tổ chức khác hoặc người có thẩm quyền trong các cơ quan, tổ chức đó ban hành, quyết định về một vấn đề cụ thể trong hoạt động quản lý hành chính được áp dụng một lần đối với một hoặc một số đối tượng cụ thể”. Điều đó cho thấy, theo pháp luật tố tụng, QĐHC và người bị kiện là hai vấn đề không đồng nhất.

Vấn đề chúng tôi quan tâm là xác định bản chất của đối tượng khởi kiện vụ án hành chính để từ đó có cơ sở xem xét tính phù hợp của đối tượng khởi kiện quy định trong Luật 2010. Theo các tài liệu giảng dạy luật tố tụng hành chính của các cơ sở đào tạo luật<sup>2</sup> đều xác định đối tượng khởi kiện vụ án hành chính là QĐHC và HVHC căn cứ theo quy định của Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án hành chính (1996 sửa đổi 1998 và 2006).

### 1. Đối tượng khởi kiện là QĐHC

Khoản 1 Điều 3 của Luật 2010 đã đưa ra một định nghĩa chung về QĐHC, việc xác định QĐHC theo định nghĩa này trên thực tế không phải chuyện dễ dàng và có nhiều khả năng gây tranh cãi trong quá trình thụ lý đơn khởi kiện. Vì vậy, để việc áp dụng khoản 1 Điều 3 của Luật 2010 được thuận lợi, cần có văn bản quy định chi tiết về bản chất của QĐHC trong tố tụng hành chính. Theo đó, nhà lập pháp nên quy định một cách cụ thể các thuộc tính của QĐHC dưới góc độ của pháp luật tố tụng hành chính để dễ dàng nhận diện loại văn bản này và mọi người có thể phân biệt được QĐHC trong tố tụng hành chính với QĐHC trong phạm vi của pháp luật hành chính, cũng như phân biệt nó với văn bản pháp luật của cơ quan nhà nước khác.

Căn cứ trên cơ sở khoa học pháp lý hành chính và quy định của Luật 2010 thì các tiêu chí để xác định QĐHC là đối tượng khởi kiện trong vụ án hành chính nên bao gồm: các tiêu

chí về nội dung, tiêu chí về hình thức và tiêu chí về quy trình ban hành.

#### 1.1. Các tiêu chí về nội dung

Theo chúng tôi, một văn bản được gọi là QĐHC để Tòa hành chính có thể xem xét phải là văn bản:

- a) Chứa đựng các mệnh lệnh hành chính cá biệt;
- b) Giải quyết một vấn đề cụ thể trong quá trình quản lý hành chính;
- c) Áp dụng đối với một hoặc một số đối tượng cụ thể;
- d) Áp dụng một lần;
- đ) Gây thiệt hại trực tiếp cho quyền, lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức.

Ngoài ra, năm 2006, Nghị quyết 04/2006/NQ-HĐTP hướng dẫn thi hành Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án hành chính (được sửa đổi bổ sung năm 2006) đã đặt ra tiêu chí QĐHC phải là “quyết định lần đầu”. Theo tiêu chí này, Nghị quyết 04 liệt kê các loại văn bản (kể cả văn bản được ban hành sau khi đã qua quy trình giải quyết khiếu nại hoặc xét xử) được coi là quyết định lần đầu. Các quy định trong Nghị quyết 04 dẫn đến cách hiểu là quyết định được coi là lần đầu nếu mệnh lệnh hành chính ghi trong QĐHC đó là lần đầu tiên, ngay cả quyết định ban hành lần thứ hai nhưng có nội dung mới, thì nội dung đó được coi là lần đầu. Chính vì vậy, văn bản giải quyết khiếu nại không có nội dung mới thì không là “quyết định lần đầu” và không phải là đối tượng xét xử của Tòa hành chính và Tòa án không thụ lý đơn khởi kiện đối với loại văn bản này. Tuy nhiên, trên thực tế, trong quá trình giải quyết đơn khởi kiện về QĐHC thì các Thẩm phán xem xét luôn cả văn bản giải quyết khiếu nại (nếu có). Việc nộp văn bản giải quyết khiếu nại trở thành thủ tục bắt buộc khi khởi kiện (Điều 30 Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án hành chính (sửa đổi, bổ sung năm 2006); điểm đ khoản 1 Điều 105 Luật 2010).

Tuy nhiên, nếu quy định “quyết định lần đầu” phải là tiêu chí bắt buộc thì không

<sup>2</sup> Giáo trình Luật tố tụng hành chính, Đại học Luật Hà Nội, 2007, Nxb Tư pháp; Tập bài giảng luật tố tụng hành chính, Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, 2009 (tài liệu lưu hành nội bộ).

phù hợp đối với trường hợp “*quyết định giải quyết khiếu nại về quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh*”. Quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh (QĐ XLVVCT) rõ ràng là “*văn bản lần đầu*” có nội dung là các mệnh lệnh hành chính - biện pháp xử lý hành vi vi phạm trong lĩnh vực cạnh tranh<sup>3</sup>, do cơ quan quản lý ban hành (Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh thuộc Hội đồng cạnh tranh), áp dụng một lần, gây thiệt hại trực tiếp cho cá nhân, tổ chức nhưng Luật tố tụng hành chính 2010 lại không quy định là đối tượng mà quy định tại khoản 4 Điều 28 “*Quyết định giải quyết khiếu nại về quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh*” (QĐ GQKN về QĐXLVVCT) là đối tượng xét xử của Tòa hành chính (THC). Thực tế thì khi xem xét đối với khiếu kiện về quyết định này, nhất định Tòa án phải xem xét nội dung của QĐ XLVVCT mới có thể đánh giá được QĐ GQKN về QĐXLVVCT là đúng hay sai. Điều đó có nghĩa là trên thực tế Tòa án sẽ xem xét, đánh giá cả 2 văn bản (QĐ XLVVCT và QĐ GQKN về QĐXLVVCT) nhưng trên quy định pháp luật thì thẩm quyền của Tòa án lại chỉ giới hạn ở việc thụ lý đối với QĐ GQKN về QĐXLVVCT chỉ vì đó là quyết định của cơ quan quản lý hành chính, mặc dù đó không phải QĐHC lần đầu và xét về bản chất, quyết định giải quyết khiếu nại về QĐHC thông thường có nội dung: hoặc là *giữ nguyên* QĐHC (trường hợp bác đơn khiếu nại), hoặc là *sửa* QĐHC, hoặc là *hủy* QĐHC (trường hợp chấp nhận đơn khiếu nại). Trong cả 3 trường hợp này, quyết định giải quyết khiếu nại đều *không làm xấu hơn tình trạng* của người khiếu nại, không trực tiếp gây ra hậu quả bất lợi cho người khiếu nại, mà chính các QĐHC mới là nguyên nhân gây ra thiệt hại cho người khởi kiện. Vì không trực tiếp gây thiệt hại cho người khởi kiện, không phải là QĐHC lần đầu nên nếu

<sup>3</sup> Xem Luật số 27/2004/QH11 ngày 3/12/2004 về cạnh tranh (Luật cạnh tranh), Nghị định của Chính phủ số 120/ 2005/NĐ-CP ngày 30/9/2005 quy định về xử lý vi phạm pháp luật trong lĩnh vực cạnh tranh.

xét các tiêu chí chúng tôi đưa ra ở trên thì QĐ GQKN về QĐXLVVCT không đủ điều kiện là đối tượng khởi kiện hành chính và quy định loại việc này như một trường hợp ngoại lệ tại khoản 4 Điều 28 dường như gượng ép, mang tính hình thức và dẫn đến nghi ngờ về tính khoa học của việc quy định đối tượng xét xử của Tòa hành chính.

Theo ý kiến của chúng tôi, văn bản hướng dẫn thi hành Luật 2010 cần đưa ra tiêu chí cho QĐHC như nêu trên và QĐHC phải “*là quyết định lần đầu*”. Như vậy nghĩa là quyết định giải quyết khiếu nại không là đối tượng khởi kiện trừ trường hợp quyết định giải quyết khiếu nại có nội dung khác (mới) mang đến thiệt hại thì đương sự có quyền khiếu nại, khởi kiện đối với phần mới đó như QĐHC lần đầu. Thậm chí, quyết định giải quyết khiếu nại có nội dung hủy quyết định hành chính bị khiếu nại có thể dẫn đến thiệt hại cho người thứ 3, người thứ 3 có quyền khiếu nại, khởi kiện với quyết định đó.

Nếu xem xét dưới các tiêu chí của QĐHC như trên thì không cần tách riêng việc kiện QĐKLBT thành trường hợp ngoại lệ như khoản 3 Điều 28 Luật 2010 vì QĐKLBTV có đầy đủ các tiêu chí của một QĐHC và không thuộc nhóm “*QĐHC mang tính nội bộ*” theo khoản 4 Điều 3 của Luật 2010. Vì vậy thì có thể bỏ khoản 3 Điều 28 Luật tố tụng hành chính 2010.

Mặt khác, nếu quy định chỉ công chức mới có thể kiện QĐKLBTV theo thủ tục tố tụng hành chính thì sẽ không công bằng đối với viên chức. Bởi lẽ, theo Điều 2 Luật viên chức “*Viên chức là công dân Việt Nam được tuyển dụng theo vị trí việc làm, làm việc tại đơn vị sự nghiệp công lập theo chế độ hợp đồng làm việc, hưởng lương từ quỹ lương của đơn vị sự nghiệp công lập theo quy định của pháp luật*”. Khoa học pháp lý hành chính từ lâu đã thừa nhận hoạt động của viên chức là hoạt động phục vụ lợi ích công như hoạt động công chức (chỉ khác nhau ở mức độ quyền lực mà các chủ thể đảm nhận và lĩnh vực

hoạt động). Điều 59 Luật Viên chức 2010 về “quy định chuyển tiếp” cho thấy chế độ của viên chức được tuyển dụng trước hoặc sau ngày 1/7/2003 hầu như không khác biệt so với công chức. Điểm d khoản 1 Điều 52 Luật Viên chức (2010) quy định các hình thức kỷ luật với viên chức bao gồm hình thức “buộc thôi việc”. Vì sao cùng là chủ thể hoạt động theo chế độ công vụ - phục vụ lợi ích công, cùng được tuyển dụng, bổ nhiệm vào ngạch hành chính và hưởng lương từ ngân sách Nhà nước nhưng khi bị kỷ luật “buộc thôi việc” thì chỉ công chức mới có quyền khởi kiện theo thủ tục tố tụng hành chính, viên chức thì không? Phải chăng quyết định buộc thôi việc của người đứng đầu cơ quan quản lý viên chức không phải là QĐHC? Hay vì viên chức sau khi tuyển dụng thì ký hợp đồng làm việc nên khi buộc thôi việc sẽ giải quyết theo thủ tục tố tụng lao động? Lý giải đó không phù hợp với nhận thức về vai trò và tính chất công việc của viên chức trong khoa học pháp lý hành chính từ trước đến nay. Cơ quan hướng dẫn thi hành Luật tố tụng hành chính 2010 cần xem xét đến điểm không hợp lý này để có hướng dẫn phù hợp, đảm bảo nguyên tắc bình đẳng trước pháp luật và nguyên tắc pháp chế XHCN trong Nhà nước pháp quyền Việt Nam.

Liên quan đến đối tượng khởi kiện vụ án hành chính, cơ quan có thẩm quyền hướng dẫn thi hành Luật tố tụng hành chính 2010 cũng cần xem xét lại khoản 2 Điều 28, trong đó quy định thẩm quyền của Tòa án khi xem xét “khiếu kiện về danh sách cử tri bầu cử Đại biểu quốc hội, danh sách cử tri bầu cử đại biểu HĐND”. Bản thân danh sách cử tri không phải là QĐHC vì không thỏa mãn các điều kiện của QĐHC, việc tách riêng “danh sách cử tri” thành một loại việc (một đối tượng đặc biệt) mà công dân có quyền khởi kiện thể hiện sự quan tâm của Nhà nước đối với việc bảo vệ quyền chính trị quan trọng nhất của công dân – quyền bầu cử. Tuy nhiên, bản chất của việc kiện này chính là kiện về việc lập danh sách cử tri (hành vi hành chính) làm

ảnh hưởng đến quyền bầu cử của công dân chứ không phải kiện “danh sách cử tri”. Khi xem xét loại việc này, Tòa án sẽ đánh giá tính hợp pháp trong quá trình lập danh sách cử tri dẫn đến việc công dân không có tên hoặc tên không đúng trong danh sách chứ không chỉ đơn thuần xem danh sách cử tri là chính xác hay không chính xác. Trong thẩm quyền của Hội đồng xét xử tại Điểm e khoản 2 Điều 163 Luật 2010 quy định cho Hội đồng xét xử có quyền “Chấp nhận một phần hoặc toàn bộ yêu cầu khởi kiện; buộc cơ quan lập danh sách cử tri *sửa đổi, bổ sung* danh sách cử tri theo quy định của pháp luật” – tức là hướng đến sự điều chỉnh *hành vi* của cơ quan lập danh sách cử tri chứ không tuyên “hủy hoặc sửa danh sách cử tri” như trường hợp kiện với QĐHC (điểm b,d, đ khoản 2 Điều 163). Vì thế, theo chúng tôi, cơ quan hướng dẫn thi hành Luật 2010 nên xác định lại là khiếu kiện về “*hành vi lập danh sách cử tri*” bầu cử đại biểu Quốc Hội, bầu cử HĐND (đúng như khoản 6 Điều 3 quy định) chứ không phải là “*danh sách cử tri*” (như khoản 4 Điều 28, khoản 3 Điều 103). Chúng tôi cũng cho rằng không cần tách riêng việc kiện này thành một loại việc trong Điều 28 của Luật tố tụng hành chính 2010 bởi vì như phân tích ở trên, đây là loại việc liên quan đến quyền chính trị đặc biệt quan trọng của công dân, song hành vi lập danh sách cử tri thực chất cũng chỉ là một loại HVHC theo đúng tính chất quy định tại khoản 2 Điều 3 Luật tố tụng hành chính 2010. Nên việc tách thành một loại việc riêng là không cần thiết, hơn nữa, đây là loại việc kiện không phổ biến trong thực tiễn xét xử (tham khảo báo cáo tổng kết công tác xét xử hành chính thì từ năm 2006 đến tháng 5/2009 tại Tp. Hồ Chí Minh không có một vụ việc kiện hành chính về danh sách cử tri). Giả sử cho rằng đây là loại việc đặc biệt xét về tính chất cấp bách trong việc phục hồi quyền lợi bị xâm hại nên cần quy định thành một loại việc riêng, thì chúng tôi cũng cho rằng lập luận này chưa thực sự thỏa đáng vì lẽ trong

quá trình quản lý hành chính trên rất nhiều lĩnh vực từ hành chính, chính trị đến kinh tế, văn hóa – xã hội và tự do của công dân thì có nhiều việc quy trình giải quyết cần phải rất nhanh, nếu không xử lý nhanh thì hậu quả cũng nghiêm trọng (ví dụ: liên quan đến xuất nhập cảnh, nhập khẩu, khắc phục sự cố an toàn...) chứ không phải chỉ riêng việc bầu cử. Ở một mức độ nào đó, xét trên điều kiện chính trị - xã hội Việt Nam, có thể thấy hiện tại đa số công dân vẫn có tư tưởng coi trọng các quyền kinh tế, các quyền nhân thân hơn quyền chính trị. Vì thế, nếu cần thiết phải quy định một quy trình giải quyết đặc biệt đối với các loại việc đặc biệt, thì cơ quan có trách nhiệm hướng dẫn thi hành Luật tổ tụng hành chính 2010 phải dự liệu một quy trình chung cho những loại việc cần giải quyết nhanh để phục hồi quyền của công dân thay vì chỉ quy định thủ tục đặc biệt cho loại việc kiện về danh sách cử tri.

### 1.2. Các tiêu chí về hình thức

QĐHC phải có tên gọi là quyết định và ban hành theo thể thức mẫu.

Nếu như với việc ban hành văn bản quy phạm pháp luật, Nhà nước đã quy định rất cụ thể thẩm quyền ban hành văn bản có tên gọi nhất định cho mỗi loại cơ quan nhà nước (ví dụ: Chính phủ ban hành nghị định; Bộ trưởng ban hành thông tư, UBND ban hành quyết định, chỉ thị;...) nhưng với QĐHC cá biệt thì không có văn bản quy định chung vì việc áp dụng pháp luật trong quản lý hành chính rất đa dạng và phức tạp. Thực tiễn xét xử những năm qua cho thấy, TANDTC khi hướng dẫn công tác xét xử hành chính trong ngành Tòa án cũng thừa nhận việc Tòa án có thể thụ lý việc kiện đối với loại văn bản không có tên gọi là quyết định nhưng nội dung là quyết định (chứa đựng mệnh lệnh hành chính cá biệt, có tính bắt buộc phải thi hành...), ví dụ: thông báo, công văn...

Như vậy, tính bắt buộc về tên gọi của

QĐHC cá biệt và hệ quả của sự vi phạm tiêu chí này còn rất mờ nhạt dưới góc độ pháp luật nên việc đánh giá tính hợp pháp về mặt hình thức của văn bản sẽ gặp khó khăn trong quá trình xét xử.

Để thực hiện Luật 2010 có hiệu quả, trước hết Chính phủ cần giao cho cơ quan có thẩm quyền xây dựng văn bản quy định chi tiết về hình thức của QĐHC cá biệt và hệ quả của việc ban hành sai thể thức. Ngày 08/02/2010 Chính phủ đã ban hành Nghị định 09/2010/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định 110/2004/NĐ-CP ngày 08/4/2004 của Chính phủ về công tác văn thư và Bộ trưởng Bộ Nội vụ đã ký ban hành Thông tư 01/2011/TT-BNV ngày 19/01/2011 hướng dẫn thể thức và kỹ thuật trình bày văn bản hành chính. Các văn bản này quy định chi tiết về thể thức ban hành một số loại văn bản. Tuy nhiên, đó là quy định chung về thể thức của các loại văn bản chứ không riêng của QĐHC cá biệt và nhất là không có quy định cụ thể về hậu quả pháp lý của việc ban hành sai thể thức.

Khi bàn về hệ quả của việc ban hành văn bản sai thể thức, các tài liệu nghiên cứu, các giáo trình về kỹ thuật xây dựng văn bản của các cơ sở đào tạo luật hoặc quản lý hành chính<sup>4</sup> xác định một nguyên tắc chung: “nếu văn bản ban hành trái về hình thức sẽ ảnh hưởng đến hiệu lực của văn bản”. Nhưng “ảnh hưởng” như thế nào thì không có quy định cụ thể. Thực tế ban hành văn bản và áp dụng pháp luật trong quản lý hành chính cho thấy có nhiều mức độ vi phạm khác nhau về hình thức văn bản và hệ quả pháp lý kéo theo cũng sẽ khác nhau (chẳng hạn sai về tên gọi

<sup>4</sup> Giáo trình Luật hành chính Việt Nam, khoa Luật Đại học Quốc gia Hà Nội, năm 2005, Nxb Đại học Quốc gia; Giáo trình Luật hành chính và Tài phán hành chính, Học viện hành chính quốc gia, năm 2005, Nxb Giáo dục; TS Nguyễn Thế Quyền, Hiệu lực các văn bản pháp luật – những vấn đề lý luận và thực tiễn, Nxb Chính trị quốc gia, 2005.

của văn bản có hậu quả khác với sai khi ký và đóng dấu văn bản, sai về trích yếu của văn bản sẽ có hậu quả khác với sai về ngày tháng ban hành văn bản. Trường hợp “người ký” không đúng thì hậu quả là văn bản phải bị hủy vì ký sai là vi phạm về thẩm quyền. (Ví dụ: Văn bản của UBND ban hành thì Chủ tịch UBND ký “thay mặt – TM. UBND”, nếu ký “Chủ tịch” UBND là trái thẩm quyền và hậu quả là văn bản phải bị hủy. Vụ kiện quyết định của UBND Tp. Hồ Chí Minh liên quan đến thu hồi đất của các hộ dân tại Quận 9 là ví dụ điển hình). Nếu không có quy định pháp luật rõ ràng, cụ thể về tiêu chí đánh giá mức độ vi phạm và hậu quả của những vi phạm trong quá trình ban hành QĐHC thì việc ban hành văn bản sẽ còn tùy tiện và khó kiểm soát và Tòa án trong quá trình xét xử cũng không có căn cứ pháp lý rõ ràng để tuyên hủy quyết định mà chỉ “nhắc nhở” cơ quan ban hành chỉnh sửa hình thức văn bản. Vì vậy, Nhà nước cần sớm ban hành văn bản hướng dẫn chi tiết về vấn đề này, đó cũng là cơ sở để người bị xâm phạm bởi QĐHC quyết định việc khởi kiện và họ có thể biết trước được những lợi ích mình nhận được từ việc xử lý đối với QĐHC trái quy định. Mặt khác, HĐXX cũng có cơ sở để ra phán quyết khi giải quyết vụ án hành chính, hạn chế sự tranh cãi không cần thiết đã tồn tại trong công tác xét xử những năm qua.

### *1.3. Các tiêu chí về trình tự, thủ tục ban hành*

Từ lâu, Nhà nước đã quan tâm đến việc quy định trình tự, thủ tục ban hành các văn bản quy phạm (Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật sửa đổi, bổ sung năm 2008 và Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật của HĐND và UBND các cấp năm 2004), nhưng cho đến nay vẫn không có một văn bản quy định chung về quy trình ban hành QĐHC cá biệt. Điều này không khó lí giải vì hoạt động quản lý hành chính rất đa dạng,

tùy loại công việc khác nhau mà Nhà nước quy định các quy trình ban hành quyết định áp dụng pháp luật khác nhau. Chẳng hạn, ban hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính phải tuân theo quy trình tại chương 6 Pháp lệnh xử lý vi phạm hành chính 2002 (sửa đổi 2008) bao gồm các bước: đình chỉ hành vi vi phạm (Điều 53), lập biên bản (Điều 55), ra quyết định (Điều 56). Nhưng quá trình ban hành quyết định cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất lại phức tạp hơn theo quy định tại Luật đất đai năm 2003, Nghị định 181/NĐ/2004 ngày 29/10/2004 của Chính phủ về thi hành Luật đất đai, Thông tư 08/2006/QĐ-BTNMT ngày 21/07/2006 của Bộ TNMT về việc ban hành quy định về Giấy chứng nhận QSDĐ bao gồm các bước: hoàn thiện hồ sơ; kiểm tra tính hợp pháp, hợp lý của hồ sơ; phân loại hồ sơ theo từng trường hợp; viết chứng nhận QSD đất; lập thủ tục trình ký; phát giấy chứng nhận. Việc quy định một quy trình chung cho hoạt động ban hành QĐHC cá biệt là khó khăn.

Các tài liệu nghiên cứu và giảng dạy về QĐHC mới chỉ xác định một quy trình chung đơn giản cho việc ban hành QĐHC cá biệt bao gồm các bước như sau:

- *Bước 1:* Xác định công việc cần giải quyết, những tài liệu bắt buộc cần thiết cho việc giải quyết công việc;
- *Bước 2:* Lựa chọn quy phạm cần áp dụng;
- *Bước 3:* Ban hành quyết định.

Rõ ràng là, nếu quá trình ban hành QĐHC thiếu các bước cần thiết, sẽ ảnh hưởng đến tính hợp pháp của QĐHC cá biệt đó. Nhưng cũng có thể thấy rằng các khâu trong quá trình ban hành một QĐHC có những ảnh hưởng khác nhau đến giá trị của QĐHC, chẳng hạn: trong quy trình ban hành quyết định xử phạt hành chính với mức phạt trên 200.000 đồng thì khâu bắt buộc là phải lập biên bản. Việc không lập biên bản sẽ dẫn đến việc hủy quyết định xử phạt vì xem như quyết định đó được ban hành không có căn cứ (mặc dù Pháp lệnh

xử lý vi phạm hành chính không quy định điều khoản cụ thể về hậu quả pháp lý của vấn đề này nhưng khi giải quyết khiếu nại hoặc xét xử vụ án hành chính, các cơ quan có thẩm quyền căn cứ vào nguyên tắc này để hủy quyết định xử phạt). Ngược lại, trong quy trình ban hành quyết định giao đất, có những khâu đơn giản mà nếu thực hiện tắt (bỏ qua) cũng không ảnh hưởng đến giá trị pháp lý của quyết định cấp GCNQSDĐ thì việc không thực hiện đúng thủ tục ban hành có thể không dẫn đến việc hủy giấy chứng nhận. Chúng tôi thấy rằng, để Luật 2010 được áp dụng đúng trên thực tế, Chính phủ cần sớm có hướng dẫn về xử lý đối với QĐHC vi phạm quy định về thể thức và trình tự ban hành văn bản.

Tóm lại, nếu coi QĐHC là đối tượng khởi kiện vụ án hành chính, các cơ quan có trách nhiệm hướng dẫn thi hành Luật tố tụng hành chính 2010 nên tập trung xem xét những tiêu chí căn bản thuộc về bản chất của loại văn bản này, đồng thời, cần có sự phối hợp chỉ đạo của Chính phủ trong việc ban hành các quy định liên quan đến văn bản hành chính, làm căn cứ áp dụng trong quá trình giải quyết các vụ án hành chính. Vì thông thường Hội đồng thẩm phán TANDTC hướng dẫn về nghiệp vụ xét xử, việc quy định chi tiết về văn bản quản lý thuộc thẩm quyền của Chính phủ và các bộ chức năng.

## 2. Đối tượng khởi kiện là hành vi hành chính

Khoản 2 Điều 3 Luật tố tụng hành chính 2010 quy định "*Hành vi hành chính* là hành vi của cơ quan hành chính nhà nước, cơ quan, tổ chức khác hoặc của người có thẩm quyền trong cơ quan, tổ chức đó thực hiện hoặc không thực hiện nhiệm vụ, công vụ theo quy định của pháp luật". Khái niệm này được sử dụng thống nhất trong các điều khoản của Luật 2010. .

Căn cứ vào quy định của Luật 2010 và lý luận tố tụng hành chính, chúng tôi cho rằng,

HVHC là đối tượng khởi kiện tại Tòa hành chính phải có các thuộc tính như sau:

a. Là hành vi của cơ quan hành chính, cơ quan, tổ chức khác hoặc người có thẩm quyền trong cơ quan, tổ chức đó.

b. Biểu hiện dưới dạng hành động hoặc không hành động

c. Để giải quyết một công việc cụ thể trong quá trình quản lý hành chính thuộc chức trách của cơ quan, tổ chức đó theo quy định của pháp luật.

d. Bị coi như xâm hại đến quyền, lợi ích hợp pháp của cá nhân hoặc tổ chức.

Có thể xem xét một cách chi tiết các tính chất nói trên như sau:

*Thứ nhất, HVHC phải "là hành vi của cơ quan hành chính, cơ quan, tổ chức khác".*

Khái niệm hành vi thông thường được hiểu là gắn với hoạt động của con người: làm hoặc không làm một việc gì đó. Nhận thức này dẫn đến cách hiểu là các cơ quan, tổ chức chỉ có "hành vi" thông qua hành vi của các cá nhân cho nên không cần quy định là hành vi của cơ quan hành chính, cơ quan nhà nước khác, các tổ chức mà chỉ cần quy định là "hành vi của những người có thẩm quyền trong các cơ quan nhà nước hoặc các tổ chức". Theo quan điểm của chúng tôi, khái niệm hành vi hành chính thông thường gắn với con người. Tuy nhiên, trong quá trình quản lý hành chính, nhiều công việc được giao cho cơ quan nhà nước quyết định trên nguyên tắc tập thể. Ví dụ: việc ban hành quyết định giao đất, thu hồi đất thuộc thẩm quyền của UBND. Trong trường hợp này, hành vi giao đất phải là hoạt động của tập thể UBND và dưới hình thức là ban hành quyết định hành chính. Việc không ban hành QĐHC cho đối tượng có đủ điều kiện được giao đất là vi phạm hoạt động công vụ của tập thể UBND. Tuy nhiên, nhiều cơ quan nhà nước (HĐND, Quốc hội, TAND,...) quyết định các vấn đề thuộc chức năng cơ bản của mình dưới hình thức tập thể (ví dụ:



ban hành bản án của Tòa án, nghị quyết của Quốc hội, HĐND), còn việc thực hiện HVHC để quản lý hành chính thuộc thẩm quyền của thủ trưởng cơ quan hoặc cá nhân được nhà nước trao quyền trong những trường hợp cụ thể (tuyển dụng, điều động...). Các tổ chức xã hội thông thường không thực hiện hoạt động quản lý hành chính, trừ trường hợp đặc biệt được nhà nước trao quyền để giúp nhà nước quản lý hành chính và thường thì Nhà nước trao quyền cho người đứng đầu các tổ chức đó. Vì vậy, HVHC nếu có là của người có thẩm quyền trong tổ chức. Do đó, khi hướng dẫn thi hành Luật 2010, nên giải thích rõ tiêu chí này của HVHC để giới hạn việc kiện tràn lan các loại hành vi của các cơ quan nhà nước.

*Thứ hai, HVHC phải là hành vi gắn với việc giải quyết một công việc trong quá trình quản lý hành chính thuộc chức trách của cơ quan nhà nước hoặc người có thẩm quyền.* Nghĩa là hành vi đó phải thuộc lĩnh vực quản lý hành chính chứ không phải hành vi trong quá trình lập pháp hoặc tư pháp (ví dụ hành vi bắt người, khám xét trái pháp luật trong tố tụng hình sự không phải HVHC). Đó phải là những hành vi thuộc thẩm quyền được pháp luật quy định cho cơ quan hoặc cá nhân cụ thể chứ không phải những hành vi mà công dân thấy rằng “lẽ ra” nhà chức trách phải làm việc đó. Nếu pháp luật không quy định thì việc không thực hiện hành vi nào đó cũng không phải là đối tượng để có thể khởi kiện.

*Thứ ba, HVHC phải là hành vi bị xem như gây thiệt hại cho quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức.*

Nghĩa là người khởi kiện phải chỉ ra một cách tương đối rõ ràng hành vi đó đã xâm hại đến quyền và lợi ích hợp pháp của mình. Việc kiện về hành vi lập danh sách cử tri không đúng dẫn đến hậu quả là công dân mất quyền bầu cử, đó là xâm hại rõ ràng quyền bầu cử của công dân hoặc hành vi không xác nhận tờ khai lý lịch cho công dân có khả năng làm mất quyền có việc làm. Việc “bị xâm hại các quyền và lợi ích hợp pháp” phải được xem

là có căn cứ rõ ràng, vì nếu không, tất cả các HVHC nhất là của cán bộ, công chức đều có thể bị kiện khi công dân thấy “không thích”, “khó chịu”, “không hài lòng”... Điều đó sẽ dẫn đến tình trạng quá tải cho Tòa án nhất là khi điều kiện khởi kiện quy định tại Điều 103 cho phép “Cá nhân, cơ quan, tổ chức có quyền khởi kiện vụ án hành chính đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính, quyết định kỷ luật buộc thôi việc trong trường hợp không đồng ý với quyết định, hành vi đó” – tức là cá nhân, tổ chức được kiện ngay ra Tòa án khi “không đồng ý” với HVHC của cơ quan hoặc cá nhân nào đó. Nếu không giới hạn về bản chất của HVHC là đối tượng khởi kiện thì “nguy cơ” Tòa hành chính phải đối mặt với khối lượng đơn kiện khổng lồ khi mà hiện nay một bộ phận công chức vẫn còn tình trạng hách dịch, cửa quyền và công dân thì còn nhiều chuyện “không đồng ý” với cán bộ, công chức. Gánh nặng giải quyết các “bức xúc” trong quá trình quản lý sẽ vô hình chung được “trút” lên vai Tòa án. Đó là điều các cơ quan Nhà nước phải tính đến khi hướng dẫn thi hành Luật 2010 về đối tượng khởi kiện là HVHC.

Như vậy, mặc dù Luật 2010 đã quy định tương đối rõ ràng và cụ thể về loại việc thuộc thẩm quyền xét xử hành chính của TAND, tạo điều kiện cho công dân được rộng đường kiện các cơ quan nhà nước, cán bộ, công chức trong quá trình quản lý để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình, nhưng các quy định của Luật vẫn cần được giải thích, hướng dẫn một cách chi tiết. Thậm chí, có những điều khoản chưa thống nhất trong Luật cũng cần được cân nhắc để chỉnh sửa cho hợp lý. Có như vậy thì việc thi hành Luật mới có thể thống nhất, mang lại hiệu quả cao, phát huy tính tích cực của những điều khoản mới trong Luật và đảm bảo mục tiêu của Nhà nước khi ban hành Luật 2010 - bảo vệ hiệu quả quyền công dân trong Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam. ●

# CƠ SỞ LÝ LUẬN VÀ THỰC TIỄN CỦA VIỆC THIẾT LẬP TÒA ÁN VỊ THÀNH NIÊN

NGUYỄN HỮU THẾ TRẠCH \*

## I. CƠ SỞ LÝ LUẬN CỦA VIỆC THIẾT LẬP TÒA ÁN VỊ THÀNH NIÊN

### 1. Cơ sở tâm lý và xã hội

Xét về đặc điểm tâm – sinh lý của người chưa thành niên (CTN)<sup>1</sup> có những đặc điểm khác với người đã thành niên. Người CTN là những người đang trong quá trình phát triển về thể chất, trí tuệ. Thời gian ở độ tuổi CTN hầu hết trẻ em bước vào tìm hiểu cộng đồng bên ngoài gia đình của chúng. Và cũng chính tại khoảng thời gian này, trẻ em phát triển các kỹ năng xã hội và trí tuệ mà chúng cần để có thể tự mình vận dụng hiệu quả hơn. Một môi trường gia đình và xã hội lành mạnh sẽ tạo cho các em những điều kiện thuận lợi để hình thành và phát triển nhân cách tốt, ngược lại môi trường không lành mạnh thường để lại những dấu ấn khiếm khuyết trong sự phát triển và hình thành nhân cách của các em. Sự tác động về môi trường khác nhau cũng là một trong những nhân tố ảnh hưởng đến quá trình phát triển và hình thành nhân cách của trẻ em.

Vì vậy ngày 20/11/1989, Việt Nam đã cùng với 193 nước và vùng lãnh thổ tham gia ký kết Công ước của Liên hiệp quốc về quyền trẻ em (Công ước quyền về trẻ em). Việt Nam cũng là nước đầu tiên ở Châu Á và là nước thứ hai trên thế giới phê chuẩn Công ước này ngay từ ngày 20/2/1990. Việt Nam ý thức sâu sắc đó là sự cam kết chính trị - pháp lý của Nhà nước ta trong sự nghiệp bảo vệ quyền con người, quyền trẻ em trước cộng đồng thế giới.

Công ước về quyền trẻ em đòi hỏi các quốc gia thành viên phải có luật pháp, thủ

tục, các cơ quan và cơ sở đặc biệt để giải quyết vấn đề người CTN vi phạm pháp luật. Những quy định pháp luật và thủ tục đặc biệt này phải đảm bảo rằng mọi người CTN vi phạm pháp luật được đối xử phù hợp với phẩm giá của họ, củng cố thái độ tôn trọng của các em đối với quyền con người và quyền tự do cơ bản của người khác, cân nhắc đến độ tuổi và nguyện vọng của người CTN cũng như mong muốn được sớm phục hồi và tái hòa nhập cộng đồng, khuyến nghị về sự cần thiết “thành lập Tòa án cho người chưa thành niên”<sup>2</sup> ở các quốc gia chưa thành lập Tòa án vị thành niên.

Thực hiện Nghị quyết số 49/NQ-TW ngày 02/6/2005 của Bộ Chính trị về “Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020” đề ra nhiệm vụ xây dựng, hoàn thiện tổ chức và hoạt động của hệ thống Tòa án. Mục tiêu của Nghị quyết 49 đề ra là: xây dựng nền tư pháp trong sạch, vững mạnh, dân chủ, nghiêm minh, bảo vệ công lý, từng bước hiện đại, phục vụ nhân dân, phụng sự Tổ quốc Việt Nam Xã hội chủ nghĩa; hoạt động tư pháp mà trọng tâm là hoạt động xét xử được tiến hành có hiệu quả và hiệu lực cao. Trong đó, việc xây dựng thêm các tòa chuyên trách, xây dựng một đội ngũ thẩm phán chuyên môn hóa trong lĩnh vực xét xử là vấn đề quan trọng và cần thiết. Vì vậy, thành lập Tòa án người CTN ở nước ta chính là một trong những biện pháp tổ chức - pháp lý đặc biệt góp phần hoàn thiện hệ thống tư pháp cho người CTN và cũng là sự khẳng định mạnh mẽ cam kết chính trị - pháp lý của Nhà nước ta trong việc thực hiện

\* Nghiên cứu sinh, chuyên ngành Hình sự, Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh

<sup>1</sup> Người chưa thành niên bao gồm trẻ em và người từ 16 đến dưới 18 tuổi.

<sup>2</sup> Xem: Dự thảo Báo cáo quốc gia định kỳ Việt Nam thực hiện quyền trẻ em giai đoạn 2003 – 2007, Báo cáo lần thứ 3 và 4, ngày 03/4/2007.

Công ước về quyền trẻ em.

## 2. Cơ sở pháp lý

Xuất phát từ đặc điểm người CTN nêu trên, Nhà nước ta đã có chính sách hình sự và tố tụng hình sự (TTHS) “đặc biệt” áp dụng đối với người CTN phạm tội. Bộ luật Hình sự năm 1999 được sửa đổi, bổ sung năm 2009 (BLHS) đã dành một chương riêng (Chương X, từ Điều 68 đến Điều 77) để quy định đối với người CTN phạm tội, trong đó quy định nguyên tắc xử lý đối với người CTN phạm tội, các biện pháp tư pháp và các hình phạt áp dụng đối với họ chủ yếu là nhằm giáo dục, giúp đỡ họ sửa chữa sai lầm, phát triển lành mạnh và trở thành công dân có ích cho xã hội.

Bộ luật TTHS năm 2003 cũng xác định thủ tục tố tụng đối với người CTN là loại “thủ tục đặc biệt” và quy định thành chương riêng (Chương XXXII từ Điều 301 đến Điều 310), trong đó đòi hỏi: “*Điều tra viên, Kiểm sát viên, Thẩm phán tiến hành tố tụng đối với người chưa thành niên phạm tội phải là người có những hiểu biết cần thiết về tâm lý học, khoa học giáo dục cũng như về hoạt động đấu tranh phòng, chống tội phạm của người chưa thành niên*” (khoản 1 Điều 302 Bộ luật TTHS).

Nhưng hạn chế của “thủ tục đặc biệt” này là: một mặt, thủ tục tố tụng quy định tại Chương XXXII của Bộ luật TTHS mới chỉ áp dụng đối với người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can, bị cáo là người CTN, mà chưa có quy định thủ tục tố tụng áp dụng với người bị hại, người làm chứng là người CTN. Mặt khác, do chưa có tổ chức Toà án chuyên biệt cho người CTN, nên trong thực tế ở nước ta thẩm phán được phân công xét xử người CTN phạm tội không có những tiêu chuẩn khác biệt cần thiết so với thẩm phán xét xử người thành niên phạm tội. Do cho đến nay vẫn chưa có quy định cụ thể nào về tiêu chuẩn, yêu cầu đào tạo bắt buộc đối với thẩm phán được giao nhiệm vụ chuyên xét xử bị cáo CTN, thẩm phán - chủ tọa phiên tòa cấp sơ thẩm, các thẩm phán của hội đồng xét xử cấp phúc thẩm là những người vừa xét xử các vụ

án do người thành niên phạm tội là chủ yếu, vừa xét xử các vụ án do người CTN phạm tội. Vì vậy, không phải họ đều là những người “có những hiểu biết cần thiết về tâm lý học, khoa học giáo dục cũng như về hoạt động đấu tranh phòng, chống tội phạm của người chưa thành niên” như khoản 1 Điều 302 Bộ luật TTHS hiện hành quy định.

Thực tế hiện nay, do chưa có toà án cho người CTN và văn bản pháp luật tố tụng riêng tương ứng cho loại tòa án chuyên biệt này nên ở nước ta môi trường tòa án và các thủ tục phiên tòa, cũng như cách trang trí, các vật dụng bố trí tại phòng xử án đối với người CTN và người thành niên về cơ bản là giống nhau.

Khác với Toà án vị thành niên ở nhiều nước trên thế giới, tòa án ở nước ta không bố trí khu chờ riêng biệt để người CTN và gia đình các em có thể ngồi đợi, cách ly với những bị cáo là người thành niên; việc xét xử được tiến hành ở phòng xử án chính thức dành chung cho cả người thành niên và người CTN, chứ không phải được tiến hành xét xử trong văn phòng của thẩm phán hoặc một phòng làm việc bình thường của tòa án như ở nhiều nước. Thủ tục phiên tòa xét xử với người CTN (bị cáo, người bị hại và người làm chứng) hiện nay về cơ bản như xét xử với người thành niên, chưa có quy định về thủ tục phiên tòa cũng như phòng xét xử riêng đối với người CTN. Khi hội đồng xét xử vào phòng xử án, thì mọi người phải đứng dậy, khi trình bày ý kiến phải đứng trả lời, bị cáo là người CTN cũng giống như người thành niên đều phải đứng trước “vành móng ngựa” để trả lời, không được ngồi cạnh cha, mẹ hoặc luật sư của mình. Tuy Điều 307 Bộ luật TTHS quy định: “*Trong trường hợp cần thiết, Tòa án có thể quyết định xét xử kín*”, nhưng cho đến nay cũng chưa có hướng dẫn cụ thể nào về xét xử kín theo yêu cầu giữ bí mật của đương sự hoặc những trường hợp cụ thể nào được coi là “trường hợp cần thiết” để xét xử kín đối với bị cáo CTN. Thực tế xét xử của Toà án ở nước ta phổ biến là công khai,

công chúng và phóng viên báo chí được tự do vào dự, viết bài, chụp ảnh đưa tin nói rõ danh tính của bị cáo là người CTN. Các toà án còn tổ chức các phiên toà xét xử lưu động các vụ án mà bị cáo là người CTN phạm tội với mục đích giáo dục, phòng ngừa chung v.v.

Vì vậy, để giải quyết những vấn đề nói trên cần thành lập toà án cho người CTN và ban hành văn bản pháp luật về thủ tục tố tụng đặc biệt riêng tương ứng để áp dụng cho không chỉ bị cáo như Bộ luật TTHS hiện hành quy định mà còn cho cả người bị hại, người làm chứng là người CTN tham gia tố tụng. Có như vậy, quyền lợi của trẻ em mới được đảm bảo một cách đầy đủ, đúng đắn nhất, phù hợp với chuẩn mực quốc tế.

## II. CƠ SỞ THỰC TIỄN CỦA VIỆC THIẾT LẬP TÒA ÁN VỊ THÀNH NIÊN

### 1. Thực tiễn xét xử người chưa thành niên phạm tội ở nước ta trong thời gian qua

Người CTN phạm tội là một hiện tượng thực tế, tồn tại trong tất cả xã hội. Khi phạm tội các em là những người phạm tội, nhưng đồng thời cũng là nạn nhân của sự thiếu giáo dục, chăm sóc của gia đình, nhà trường và xã hội. Trong những năm vừa qua, hiện tượng người CTN phạm tội ở nước ta diễn biến rất phức tạp và ngày càng nghiêm trọng hơn. Sở dĩ có nguyên nhân trên một phần là do còn những hạn chế còn tồn tại trong công tác xét xử người CTN phạm tội hiện nay, cụ thể:

*Thứ nhất*, trong quá trình giải quyết vụ án về người CTN phạm tội, các cơ quan tiến hành tố tụng chưa xem xét đến yếu tố về nhân thân, hoàn cảnh và động cơ phạm tội mà chỉ căn cứ vào hành vi phạm tội và mức độ thiệt hại cho xã hội để quyết định trách nhiệm hình sự người CTN phạm tội. Việc tìm hiểu nhân thân người CTN phạm tội được xem là một trong những yếu tố quan trọng giúp cho việc điều tra, truy tố và xét xử hiệu quả hơn. Tại khoản 3 Điều 69 BLHS quy định: *“Việc truy cứu trách nhiệm hình sự người chưa thành niên phạm tội và áp dụng hình phạt đối với họ được thực hiện chỉ trong trường hợp cần thiết và phải căn cứ vào tính chất của hành vi*

*phạm tội, vào những đặc điểm về nhân thân và yêu cầu của việc phòng ngừa tội phạm”*.

*Thứ hai*, tại khoản 4 Điều 69 BLHS quy định: *“Khi xét xử nếu thấy không cần thiết phải áp dụng hình phạt đối với người chưa thành niên phạm tội, thì toà án áp dụng một trong các biện pháp tư pháp được quy định tại Điều 70 của bộ luật này”*. Các biện pháp tư pháp như giáo dục tại xã, phường, thị trấn; đưa vào trường giáo dưỡng đã được quy định rất cụ thể trong BLHS và dựa vào tính chất của hành vi phạm tội, vào những đặc điểm về nhân thân của người CTN phạm tội mà áp dụng hình phạt tương xứng. Nhưng trong thực tiễn hiện nay, các toà án hầu như không áp dụng các biện pháp tư pháp đối với người CTN phạm tội. Tại khoản 5 Điều 69 BLHS quy định: *“Không xử phạt tù chung thân hoặc tử hình đối với người CTN phạm tội. Khi áp dụng hình phạt đối với người chưa thành niên phạm tội cần hạn chế áp dụng hình phạt tù. Khi xử phạt tù có thời hạn, toà án cho người chưa thành niên phạm tội được hưởng mức án nhẹ hơn mức án áp dụng đối với người thành niên đã phạm tội tương ứng”*. Mặc dù điều luật đã quy định cụ thể khi áp dụng hình phạt đối với người CTN phạm tội cần hạn chế áp dụng hình phạt tù, nhưng thực tiễn cho thấy các toà án vẫn chưa áp dụng triệt để quy định này. Có những vụ án các bị cáo là người CTN có nhân thân tốt, có nơi cư trú rõ ràng, phạm tội lần đầu, được sự bảo lãnh của gia đình, nhà trường, tập thể khu phố v.v. nhưng vẫn bị toà án áp dụng hình phạt tù.

*Thứ ba*, việc vi phạm quy định về tạm giữ, tạm giam người CTN phạm tội của các cơ quan tiến hành tố tụng đã làm ảnh hưởng đến việc xét xử của toà án rất nhiều. Nhiều vụ án có tính chất mức độ ít nghiêm trọng không cần phải áp dụng hình phạt tù, nhưng do việc tạm giữ, tạm giam quá thời hạn nên khi xét xử toà án thường áp dụng hình phạt tù có thời hạn để hợp thức hóa thời hạn tạm giam.

Theo quy định của Bộ luật TTHS, khi xác định dấu hiệu tội phạm thì các cơ quan tiến hành tố tụng phải ra quyết định khởi tố vụ án hình sự. Trong trường hợp bị can là người

CTN thì cơ quan điều tra phải xác định tuổi của người CTN, đối chiếu với quy định về tuổi chịu trách nhiệm hình sự. Nhưng thực tế, việc xác định tuổi của người CTN còn gặp nhiều khó khăn, bởi những căn cứ để xác định tuổi như giấy khai sinh, lý lịch, hộ khẩu, lời khai của cha mẹ đã khai tăng, giảm tuổi cho con trước đây vì nhiều lý do. Vẫn chưa có những hướng dẫn cụ thể về việc xác định tuổi đối với người CTN phạm tội là những trẻ sống lang thang không có nơi cư trú rõ ràng, không có giấy khai sinh v.v. để xác định tuổi chịu trách nhiệm hình sự nhằm đảm bảo thời hạn, quyền và lợi ích hợp pháp cho các chủ thể này. Trong thực tế, có nhiều trường hợp khi không có căn cứ để xác định tuổi chính xác, cơ quan tiến hành tố tụng phải trưng cầu giám định độ tuổi qua việc giám định xương nên rất mất thời gian dẫn đến khó khăn trong công tác xử lý, thậm chí còn vi phạm thời hạn tạm giữ.

Ngoài ra, còn nhiều vướng mắc trong việc áp dụng các biện pháp ngăn chặn đối với người CTN phạm tội. Theo quy định về việc bắt, tạm giữ, tạm giam đối với người CTN từ đủ 14 tuổi đến dưới 18 tuổi chỉ có thể bị bắt, tạm giữ, tạm giam trong trường hợp phạm tội rất nghiêm trọng do cố ý hoặc phạm tội đặc biệt nghiêm trọng. Trước khi quyết định áp dụng biện pháp tạm giữ, tạm giam thì phải xem xét, đánh giá một cách toàn diện khách quan, đầy đủ tính chất, mức độ hành vi phạm tội, độ tuổi, các đặc điểm về nhân thân, thái độ của người CTN trước và sau khi phạm tội, hoàn cảnh gia đình v.v. Tuy nhiên, trên thực tế, việc xác định này gặp không ít trở ngại do những lý do khách quan như người CTN phạm tội không có địa chỉ thường trú, tạm trú hoặc nơi cư trú không rõ ràng, nhân thân xấu, hoàn cảnh gia đình phức tạp v.v. Đối với một số tội nghiêm trọng, các cơ quan tiến hành tố tụng vẫn áp dụng biện pháp tạm giữ, tạm giam để bảo đảm cho công tác điều tra, truy tố, xét xử đúng hạn định. Chế độ tạm giam vẫn còn vi phạm việc giam riêng người CTN với người đã thành niên với lý do không đủ nơi giam giữ cũng đã làm ảnh hưởng đến quyền của bị can, bị cáo là người CTN.

*Thứ tư*, thực tiễn hiện nay ngoài một số thủ tục đặc biệt giành cho người CTN tại phiên tòa, phòng xử và thủ tục phiên tòa xét xử bị cáo là người CTN về cơ bản là giống người thành niên. Nếu một trong vụ án có cả bị cáo là người CTN và bị cáo là người thành niên, tòa án vẫn mở phiên tòa xét xử cả người CTN và người thành niên. Chính điều này đã làm cho tâm lý của người CTN cảm thấy sợ hãi, lúng túng gặp khó khăn khi trình bày ý kiến của mình trước các đồng phạm là người đã thành niên từng xúi giục, rủ rê lôi kéo mình vào việc phạm tội. Bên cạnh đó, không khí phòng xử án cũng làm cho các bị cáo là người CTN căng thẳng, sợ hãi dẫn đến việc khai báo gặp khó khăn hơn. Kỹ năng xét xử chưa đảm bảo được tính chính xác, khách quan, chưa đáp ứng được mục đích chính là giáo dục người CTN phạm tội, không giải quyết được những nguyên nhân sâu xa về yếu tố môi trường tác động đến hành vi vi phạm pháp luật của người CTN. Vì vậy, việc xét xử riêng bị cáo là người CTN với các thủ tục đặc biệt trong một môi trường thân thiện sẽ có tác dụng giáo dục tốt hơn, đảm bảo được quyền và lợi ích hợp pháp cho bị cáo là người CTN.

*Thứ năm*, hiện nay các tòa án vẫn đưa bị cáo là người CTN ra xét xử lưu động. Mặc dù việc xét xử lưu động có mặt tích cực, nhưng chúng ta cần quan tâm đến một số cam kết quốc tế như : “*Trong mọi hoạt động đối với trẻ em, dù của cơ quan phúc lợi xã hội của nhà nước hay của tư nhân, tòa án, nhà chức trách hành chính hay cơ quan lập pháp, những lợi ích tốt nhất của trẻ em phải là mối quan tâm hàng đầu*” (Điều 3 Công ước về quyền trẻ em). Việc xét xử lưu động trẻ vị thành niên sẽ ảnh hưởng đến tương lai của trẻ sau này, gây cho trẻ các mặc cảm về tâm lý rất khó hồi phục về sau.

*Thứ sáu*, thực tiễn giải quyết các vụ án mà bị can, bị cáo là người CTN hiện nay cho thấy, do chúng ta chưa có một đội ngũ chuyên trách để giải quyết những vụ án thuộc loại này nên những người tiến hành tố tụng thường không có sự phân biệt khi giải quyết những vụ án mà bị can, bị cáo là người CTN với những vụ án mà bị

can, bị cáo là người thành niên thực hiện đã dẫn đến chất lượng giải quyết các vụ án do người CNT phạm tội chưa được cao.

Từ các phân tích về thực tiễn xét xử người CNT phạm tội trong thời gian qua nêu trên, chúng ta có thể thấy được những hạn chế trong công tác xét xử người CNT phạm tội là do nhiều nguyên nhân khách quan và chủ quan, nhưng chủ yếu là do hai nguyên nhân cơ bản sau: Một là những vướng mắc trong quy định của pháp luật liên quan đến công tác xét xử; và hai là thực trạng cơ quan và trình độ đội ngũ cán bộ làm công tác tiến hành tố tụng còn hạn chế.

Tóm lại, xuất phát từ khả năng nhận thức của người CNT phạm tội cũng như thể hiện đường lối, chính sách hình sự của Đảng và Nhà nước đối với đối tượng này, pháp luật hình sự và TTHS nước ta đã quy định những chế định riêng về chính sách hình sự và thủ tục tố tụng đặc biệt đối với người CNT phạm tội. Việc xét xử người CNT phạm tội trong cùng một tòa hình sự với người thành niên chưa đảm bảo quyền của người CNT. Vì vậy, thiết lập Tòa án vị thành niên là điều rất cần thiết, không những cho bản thân người CNT phạm tội, mà còn cho lợi ích chung của xã hội và đặc biệt là trong điều kiện xây dựng Nhà nước pháp quyền hiện nay ở nước ta, phù hợp với các cam kết quốc tế mà nước ta đã tham gia ký kết.

## 2. Giới thiệu các mô hình Tòa án cho người chưa thành niên trên thế giới

Xây dựng tòa án cho người CNT là một xu hướng khá phổ biến. Tòa án vị thành niên đã được thành lập gắn liền với việc ban hành một đạo luật riêng về tư pháp người CNT ở nhiều nước trên thế giới từ nhiều năm nay, như Mỹ (năm 1899), Ca-na-đa (năm 1908), Phi-lip-pin (năm 2006), Ấn Độ (Luật về tư pháp người CNT năm 1986, được thay thế năm 2000 và sửa đổi năm 2006), Thái Lan (năm 1951), Niu-di-lân (năm 1989), Nhật Bản (năm 1949)<sup>3</sup>, Scot-len (năm 1971), và Cộng hòa Séc (2004) v.v.

Xuất phát từ điều kiện, hoàn cảnh cụ thể của mỗi nước khác nhau, cách tiếp cận khác nhau, nên mô hình Tòa án cho người CNT ở

<sup>3</sup> Tòa án gia đình của Nhật Bản có quyền tài phán đối với trẻ em và thanh thiếu niên dưới 20 tuổi.

mỗi nước là khác nhau. Nhưng nhìn chung có ba hướng tiếp cận chính trong việc xây dựng các hệ thống tòa án cho người CNT dựa trên những lý luận khác nhau về bản chất của thời kỳ niên thiếu, về vai trò của nhà nước trong các vấn đề về gia đình và về các nhu cầu của xã hội. Tương ứng với ba hướng tiếp cận này, có ba mô hình tòa án cho người CNT như sau:

### a. Mô hình Tòa án cho người chưa thành niên có nguy cơ cao (Mô hình An sinh phúc lợi)

Mô hình hệ thống tư pháp riêng cho người CNT được xây dựng lần đầu tiên tại Cook County, bang Illinois (Mỹ) vào năm 1899. Mô hình Tòa án cho người CNT này được trao quyền tài phán đối với ba nhóm người CNT: người CNT bị cáo buộc phạm tội; người CNT bị xâm hại, xao nhãng hoặc bị bóc lột; và người CNT không còn sự chăm sóc của cha mẹ đã mất, bị khuyết tật hoặc vì các lý do khác<sup>4</sup>. Lý do để đưa tất cả những đối tượng người CNT này vào phạm vi tài phán của một hệ thống Tòa án chuyên biệt dựa trên quan điểm nhìn nhận tất cả những người CNT đó là những đối tượng có nguy cơ phạm tội cao, dễ bị tổn hại do độ tuổi và hoàn cảnh của các em. Do đó, cần phải có sự can thiệp của nhà nước để bảo vệ, chăm sóc, giáo dục và hướng dẫn các em.

Mặc dù như định nghĩa ban đầu thì quyền tài phán của mô hình tòa người CNT này bao gồm ba nhóm thanh thiếu niên có nguy cơ cao như kể trên, nhưng thực tế cho tới những năm 1970, hầu hết các vụ án mà tòa án người CNT xử lý là những vụ việc người CNT bị cáo buộc có những hành vi sai trái, cả hành vi phạm tội lẫn những hành vi không mang tính chất tội phạm, như bỏ nhà hoặc trốn học<sup>5</sup>. Hướng tiếp cận này trong việc xử lý những hành vi vi phạm của thanh thiếu niên thường được gọi là mô hình “phục hồi” hay mô hình “an sinh phúc lợi”. Mô hình này tập

<sup>4</sup> Gwen Hoerr McNamee (BT), *A Noble Social Experiment? The First 100 years of the Cook County Juvenile Court 1899-1999*, Hiệp Hội Luật sư Chicago, 1999.

<sup>5</sup> Henry Kempe, *The Battered Child Syndrome*, 181 JAMA 17 (1962).

trung chủ yếu vào việc “chẩn đoán” và “điều trị” cho thanh thiếu niên vi phạm pháp luật. Các phiên tòa luôn được xét xử kín để bảo vệ thông tin nhận diện của trẻ em và cho phép những trẻ em này khi trưởng thành có một “lý lịch sạch”.

Tòa án người CTN hoạt động mang tính không chính thức hơn so với tòa án dành cho người đã trưởng thành rất nhiều, trong đó thẩm phán đóng vai trò của một “vị phụ huynh nghiêm khắc” hơn là vai trò người bảo vệ quyền năng tố tụng. Ban đầu mô hình tòa án này phát huy tác dụng rất lớn và được nhiều nước áp dụng. Nhưng do xu hướng trẻ em phạm tội ngày càng gia tăng nên nhiều nước đã chuyển sang mô hình thứ hai, tức là mô hình “trừng phạt”.

**b. Mô hình Tư pháp người chưa thành niên (Mô hình trừng phạt)**

Vào đầu những năm 70 của thế kỷ trước, một số nước phương Tây bắt đầu thay thế dần mô hình “An sinh phúc lợi” bằng những hướng tiếp cận mang tính trừng phạt đối với tội phạm do người CTN thực hiện, tức là giảm sự tập trung vào nhu cầu của người CTN và tăng tập trung vào bản chất và mức độ nghiêm trọng của hành vi phạm tội. Lý do dẫn đến sự thay đổi này là:

*Thứ nhất*, sự gia tăng của tội phạm nguy hiểm do người CTN thực hiện tại những nước này trong những năm từ 1950 đến 1980.

*Thứ hai*, các phương tiện thông tin đại chúng đã đóng vai trò quan trọng trong việc làm dấy lên những mối lo ngại của xã hội về tình hình tội phạm do người CTN thực hiện bằng việc đưa tin đậm nét các vụ án nổi bật do người CTN thực hiện. Xu hướng thay đổi này diễn ra rõ rệt nhất là ở Mỹ, tiếp theo là ở Ca-na-đa, Anh và xứ Wales<sup>6</sup>.

Mục tiêu của mô hình này nhấn mạnh về trách nhiệm và hình phạt trong xử lý tội phạm

là người CTN. Tuy nhiên, mô hình theo hướng tiếp cận “cứng rắn” đối với tội phạm người CTN đã không đem lại hiệu quả như mong muốn. Ngược lại, tỷ lệ tội phạm nguy hiểm do người CTN thực hiện có xu hướng ngày càng gia tăng và tỷ lệ tái phạm rất cao ở những nước áp dụng mô hình này<sup>7</sup>.

**c. Mô hình Tòa án gia đình**

Mô hình “Tòa án gia đình” đã xuất hiện trong vòng 2 thập kỷ trở lại đây. Đây là mô hình đặt hành vi của trẻ em trong một bối cảnh rộng hơn, đó là hoàn cảnh gia đình của các em. Các vấn đề của gia đình vốn đã hết sức phức tạp. Các vấn đề về hành vi của trẻ có thể nảy sinh vì những gì đang diễn ra trong gia đình các em, nhưng chính hành vi của các em đôi khi cũng lại là những tác nhân làm tăng mâu thuẫn trong gia đình. Và ngày càng có nhiều chứng cứ cho thấy rằng một trong những phương thức hữu hiệu nhất để hỗ trợ các gia đình và con cái họ chính là việc củng cố gia đình<sup>8</sup>. Hay có thể nói nguyên nhân phạm tội của người CTN là do xuất phát từ gia đình của chính họ. Mục đích của mô hình này là đưa tất cả các vấn đề gia đình vào xử lý trong một quá trình tố tụng với một mô hình tòa án chuyên biệt có tên gọi là “Toà án gia đình” (Family Court) và đội ngũ hỗ trợ dịch vụ xã hội. Cách tiếp cận này cho phép thẩm phán nhìn nhận một bức tranh đầy đủ hơn về những gì đang diễn ra trong gia đình, từ đó có thể thu thập thông tin và có thể đưa ra biện pháp xử lý mang tính “trị liệu” ưu việt nhất hướng vào cả gia đình lẫn bản thân trẻ phạm tội.

**3. Một số kiến nghị thành lập Tòa án Vị thành niên**

Xuất phát từ những nội dung đã trình bày trên đây, tác giả xin có một số kiến nghị sau:

*Một là*, cần khẩn trương nghiên cứu và tiến tới thành lập toà án cho người CTN, coi đây là một trong những nội dung của “Chiến lược cải cách tư pháp ở nước ta từ nay đến năm 2020”.

<sup>6</sup> Xem: Michael Tonry, “Why Are U.S. Incarceration Rates So High?” in Michael Tonry, (BT), *Penal Reform in Overcrowded Times* (2001); Malcolm Hill, Andrew Lockyer và Fred Stone, *Introduction: The Principles and Practice of Compulsory Intervention When Children are “At Risk” or Engage in Criminal Behavior*, trong *Youth Justice And Child Protection* (2007), tr. 9-38.

<sup>7</sup> Xem: Task Force on Community Prevention Services, *Recommendation Against Policies Facilitating the Transfer of Juveniles from Juvenile to Adult Justice Systems of the Purpose of Reducing Violence*, Tạp chí Y học dự phòng, số 4, tr. 5 - 6, tháng 4 năm 2007 v.v.

<sup>8</sup> Xem: [www.colorado.edu/cspv/blueprints/model/overview.html](http://www.colorado.edu/cspv/blueprints/model/overview.html).

Có ý kiến cho rằng Tòa án người CTN sẽ chuyên xử lý người CTN phạm tội, xử lý các vấn đề về hôn nhân gia đình (bạo hành trong gia đình, trẻ em bị xâm hại, bị bóc lột, bị bỏ rơi) và những vụ việc liên quan đến người CTN v.v. Nhưng theo chúng tôi, về lâu dài cần nghiên cứu thành lập Tòa án chuyên trách người CTN có thẩm quyền giải quyết tất cả những vụ việc liên quan đến người CTN (người CTN vi phạm pháp luật, những vấn đề gia đình ảnh hưởng đến người CTN).

Trước mắt, cần sớm thực hiện thí điểm ở một số thành phố lớn, như Tp. Hồ Chí Minh, Hà Nội và một hoặc hai tỉnh có số người CTN phạm tội cao một toà chuyên trách người CTN trong cơ cấu của toà án nhân dân cấp huyện và toà án nhân dân cấp tỉnh<sup>9</sup> để chuyên thực hiện xét xử các vụ án do người CTN phạm tội.

*Hai là*, cần sửa đổi, bổ sung các quy định của Bộ luật TTHS hiện hành theo hướng: Tất cả những hoạt động có liên quan đến người phạm tội, người bị hại và người làm chứng là người CTN (chứ không phải chỉ có bị can, bị cáo như quy định hiện hành) phải được tiến hành một cách thân thiện, trong môi trường phù hợp, tạo điều kiện đáp ứng những nhu cầu đặc biệt của các em, tùy theo khả năng, độ tuổi, nhận thức và khả năng phát triển của các em, việc can thiệp vào đời tư của trẻ em phải được hạn chế tối đa. Cụ thể là:

Cách sắp xếp, trang trí phòng xử án đảm bảo tính thân thiện để tránh cho người CTN bị ám ảnh quá nhiều bởi hành vi trái pháp luật của mình, bố trí các đồ đạc để các bên ngồi ngang bằng nhau xung quanh một cái bàn, bỏ “vành móng ngựa”; tất cả các bên đều mặc quần áo bình thường; cấm sử dụng còng tay hoặc các phương tiện hạn chế khác ở phòng xử án; cho phép người CTN ngồi cạnh cha mẹ hoặc luật sư của mình; yêu cầu các bên ngồi chứ không đứng khi tiến hành thẩm vấn; cho

<sup>9</sup> Nếu hệ thống Tòa án được xây dựng theo Nghị quyết số 49/NQ-TW ngày 02/06/2005 của Bộ Chính trị về “Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020” thì Tòa chuyên trách này tổ chức ở các Tòa án khu vực và Tòa án phúc thẩm.

phép người CTN ngồi khi các em nói; yêu cầu thẩm phán giải thích quy trình tố tụng cho người chưa thành niên ngay khi bắt đầu xét xử và giải thích đầy đủ về hành vi phạm tội bị cáo bằng ngôn ngữ đơn giản; bảo đảm rằng, tại mọi thời điểm, người CTN được hỏi, giải thích, đối đáp bằng ngôn ngữ mà người đó hiểu; bảo đảm việc giải thích thường xuyên cho người CTN trong suốt quá trình xét xử; không cho phép công chúng tham dự khi xét xử, không xét xử lưu động các vụ án có liên quan đến người CTN là người phạm tội, hoặc là người bị hại v.v. Những quy định này sẽ phù hợp với các chuẩn mực quốc tế về thủ tục tố tụng đối với người CTN được thể hiện trong Công ước về quyền trẻ em và các văn bản có liên quan mà Việt Nam đã tham gia và cam kết thực hiện<sup>10</sup>.

*Ba là*, cần nghiên cứu, tham khảo kinh nghiệm thực tiễn tổ chức và hoạt động của Tòa án người CTN (hoặc Tòa án gia đình) của các nước để có thể kế thừa, tiếp thu một cách có chọn lọc cho việc xây dựng Tòa án người CTN phù hợp với điều kiện và hoàn cảnh của nước ta.

*Cuối cùng*, kiện toàn tổ chức bộ máy và đội ngũ cán bộ làm công tác xét xử người CTN phạm tội. ●

<sup>10</sup> Xem: Công ước quyền trẻ em được thông qua theo Nghị quyết của Đại hội đồng Liên hiệp quốc ngày 29/11/1985 và các văn kiện quốc tế bổ sung về tư pháp người chưa thành niên, bao gồm: *Bản quy tắc về các chuẩn mực tối thiểu của Liên hợp quốc về quản lý tư pháp người chưa thành niên (Quy tắc Bắc Kinh)* ngày 14/12/1990; *Hướng dẫn của Liên hợp quốc về phòng ngừa tình trạng phạm tội của người chưa thành niên* (Hướng dẫn Riyadh) 14/12/1990; *Bản quy tắc của Liên hợp quốc về bảo vệ người chưa thành niên bị tước đoạt tự do (JDLS)* ngày 29/11/1985, *Tuyên bố của Liên hợp quốc về các nguyên tắc tư pháp cơ bản đối với người bị hại của tội phạm và lạm dụng quyền lực* ngày 29/11/1985, *Hướng dẫn của Liên hợp quốc về hành động đối với trẻ em trong hệ thống tư pháp hình sự* ngày 31/7/1997, *Hướng dẫn về tư pháp đối với trẻ em là người bị hại và người làm chứng của tội phạm* năm 2003 của Cơ quan quốc tế về quyền trẻ em...; Nguyễn Xuân Tình. *Pháp luật Việt Nam với việc đáp ứng các yêu cầu quốc tế về thủ tục tố tụng xét xử đối với người chưa thành niên*. Viện Khoa học pháp lý và kinh doanh quốc tế. Ngày 23/3/2009.



# PHƯƠNG THỨC GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP ĐA LỚP VÀ HỖN HỢP - KINH NGHIỆM ĐỐI VỚI VIỆT NAM

TRẦN HOÀNG HẢI \*

Trong giai đoạn hiện nay, để giải quyết các tranh chấp thương mại quốc tế, người ta sử dụng nhiều phương thức khác nhau, trong đó có các phương thức do các bên tự nguyện lựa chọn. Những phương thức này đầu tiên xuất hiện ở các nước Bắc Mỹ<sup>1</sup> và sau đó, được sử dụng rộng rãi ở Châu Âu và nhiều nước trên thế giới<sup>2</sup>.

Bài viết này đề cập hai vấn đề: (i) những vấn đề chung về các phương thức giải quyết tranh chấp ngoài tòa án do các bên lựa chọn, trong đó đi sâu phân tích phương thức giải quyết tranh chấp đa lớp và phương thức hỗn hợp, qua đó (ii) đưa ra định hướng về việc sử dụng các phương thức này trong việc giải quyết tranh chấp thương mại tại Việt Nam.

## ***I. Những vấn đề chung về các phương thức giải quyết tranh chấp ngoài Tòa án do các bên lựa chọn***

Phương thức giải quyết tranh chấp ngoài tòa án có những điểm khác biệt so với tố tụng tòa án trên nhiều phương diện: cơ sở của việc phát sinh quan hệ pháp luật, thành phần chủ thể và tính chất của quan hệ pháp luật, đối tượng điều chỉnh, phương pháp điều chỉnh,

nguyên tắc tiến hành, nguồn pháp luật điều chỉnh. Ở một số quốc gia xuất hiện lĩnh vực pháp luật về tố tụng mới, với tên gọi là “Luật giải quyết tranh chấp ngoài tòa án”<sup>3</sup>. Điều này chứng tỏ ý nghĩa quan trọng của các phương thức giải quyết tranh chấp ngoài tòa án đối với các tranh chấp thương mại hiện nay.

Có quan điểm cho rằng các phương thức giải quyết tranh chấp này có thể được chia thành hai nhóm: thứ nhất, các phương thức cơ bản và thứ hai, các phương thức phối hợp. Theo đó, các phương thức cơ bản gồm thương lượng, trung gian hòa giải, tố tụng mini (*mini-trial*), trọng tài; phương thức hỗn hợp gồm trung gian hòa giải – trọng tài, hòa giải – hội đồng thẩm định chuyên môn độc lập – trọng tài, ...<sup>4</sup>.

Nhà khoa học Mỹ L. Riskin phân chia các phương thức giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế thành ba nhóm: nhóm thứ nhất, phương thức giải quyết, trong đó cần có chứng cứ rõ ràng (tòa án, trọng tài); nhóm thứ hai – các phương thức mang tính hỗ trợ (thương lượng, hòa giải, trung gian hòa giải) và nhóm thứ ba là các thủ tục hỗn hợp giữa hai nhóm trên (trung gian hòa giải - trọng tài)<sup>5</sup>.

Trên cơ sở các quan điểm đó, xét về mục tiêu giải quyết tranh chấp, có thể thấy ba nhóm phương thức: thứ nhất, các phương thức nhằm hướng tới việc đạt được thỏa thuận của hai bên (thương lượng, trung gian hòa giải); thứ hai, các thủ tục kết thúc bằng việc ban hành phán quyết mang tính bắt buộc

\* TS, Phó Hiệu trưởng Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, Trọng tài viên Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam (VIAC)

<sup>1</sup> Xem: Носырева Е.И. *Альтернативное разрешение споров в США*, М., 2005, с. 6.

<sup>2</sup> Chính vì hiệu quả của các phương thức giải quyết tranh chấp này mà một số quốc gia đã thành lập các tổ chức hỗ trợ hoạt động giải quyết tranh chấp bằng các phương thức do các bên lựa chọn (ADR). Chẳng hạn, ở Áo, Hội đồng tư vấn quốc gia về giải quyết tranh chấp bằng các phương thức do các bên lựa chọn (NADRAC) được thành lập vào năm 1995. Xem: Р.М. Нельсон, *Мировые достижения в области разрешения конфликтов // Третейский суд*, № 5, 2000, с.57.

<sup>3</sup> Chẳng hạn, ở Liên bang Nga. Xem: Алексеев С.С., *Проблемы теории права*, Свердловск, 1972, с. 136.

<sup>4</sup> Xem: Golberg S., Sander F., Rogers N., *Dispute Resolution*, Little, Brown & Co., Boston, 1992, p. 3-4.

<sup>5</sup> Riskin L., Westbrook J. *Dispute resolution and Lawyers*, West Publishing Co., 1987. p. 2-5.

(trọng tài); thứ ba, thủ tục nhằm đưa ra những khuyến nghị cho các bên tranh chấp (giám định độc lập để xác định sự việc)<sup>6</sup>.

So với phương thức giải quyết bằng tòa án, phương thức do các bên tranh chấp lựa chọn có nhiều ưu điểm: sự linh hoạt, thủ tục đơn giản, kinh tế (ở cả hai góc độ: tài chính và thời gian), khả năng của các bên trong việc lựa chọn người khách quan giải quyết tranh chấp, đảm bảo bí mật thông tin... Trong số các phương thức đó, phương thức trọng tài giữ vị trí đặc biệt. Mặc dù vậy, trọng tài có những điểm tương đồng so với tòa án, thể hiện ở chỗ cơ sở giải quyết tranh chấp bởi trọng tài là căn cứ do các bên cung cấp, trọng tài thực hiện chức năng đánh giá chứng cứ, xác định sự kiện, ban hành phán quyết có giá trị pháp lý như phán quyết của tòa án. Chính vì vậy, có quan điểm cho rằng trọng tài cũng ban hành phán quyết mang tính bắt buộc thi hành nên không thể xem là một trong các phương thức giải quyết tranh chấp đã được đề cập ở trên<sup>7</sup>.

Theo quan điểm của một số nhà khoa học ở Liên bang Nga, ngày nay các phương thức do các bên lựa chọn để giải quyết tranh chấp nêu trên đã trở thành những phương thức phổ biến, được các trung tâm trọng tài quốc tế khuyến nghị để các bên lựa chọn nhằm giải quyết tranh chấp<sup>8</sup>. Chẳng hạn, Quy tắc hữu nghị điều chỉnh tranh chấp do Phòng Thương mại quốc tế ban hành, có hiệu lực từ ngày 01/7/2001 quy định việc giải quyết tranh chấp có sự hỗ trợ của người thứ ba. Bên cạnh đó, các bên có quyền lựa chọn bất kể phương thức nào khác mà họ cho là phù hợp, chẳng hạn trọng tài hòa giải, đánh giá độc lập hoặc

kết hợp nhiều phương thức với nhau để giải quyết tranh chấp giữa họ<sup>9</sup>. Theo xu hướng đó, một số trung tâm trọng tài quốc tế, chẳng hạn Trung tâm trọng tài quốc tế bên cạnh Phòng Thương mại và Công nghiệp Liên bang Nga (MKAC) cũng đã ban hành Quy tắc Thỏa thuận (có hiệu lực từ 01/6/2001), khuyến nghị các bên trong quan hệ thương mại quốc tế sử dụng phương thức trung gian hòa giải để giải quyết tranh chấp<sup>10</sup>.

Ở cấp độ quốc tế, Ủy ban Liên hợp quốc về Pháp luật thương mại quốc tế (UNCITRAL) cũng đã ban hành Luật mẫu “Về thủ tục thỏa thuận trong thương mại quốc tế” năm 2002<sup>11</sup>. Đạo luật này được xây dựng trong bối cảnh các phương thức nhằm hướng tới việc các bên đạt được thỏa thuận được thừa nhận rộng rãi như một phương thức quan trọng trong việc giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế. Theo đó, thuật ngữ “thủ tục thỏa thuận” được hiểu theo nghĩa rộng, bao gồm tất cả các thủ tục, trong đó người thứ ba hỗ trợ các bên một cách vô tư, khách quan nhằm đạt sự thỏa thuận giữa các bên trong việc giải quyết tranh chấp.

Tóm lại, các bên trong quan hệ thương mại quốc tế có thể sử dụng các thủ tục hòa giải và trọng tài trong giải quyết tranh chấp. Nếu việc sử dụng đơn lẻ các phương thức ngoài tòa án như: thương lượng, hòa giải, trung gian hòa giải, trọng tài đã được phân tích rất nhiều trong các công trình nghiên cứu khoa học trong và ngoài nước thì việc sử dụng phương thức đa lớp hoặc phương thức phối hợp trong quá trình giải quyết tranh chấp đối với mỗi tranh chấp cụ thể là vấn đề tương đối

<sup>6</sup> Dauer E., *ADR: Law and Practice*, Juris Publishing, 2003, Chapter 8.2.

<sup>7</sup> Hunter M., Paulsson J., *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993, p. 63–64.

<sup>8</sup> Xem, chẳng hạn, Брунцева Е.В., *От «американизации» к гармонизации: противостояние и слияние англо-американской и континентальной правовых традиций в международном коммерческом арбитраже*, Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса, Под ред. В.В. Яркова, СПб.: Издательский дом, С.-Петерб. гос. ун-та, 2004, № 3, с. 301.

<sup>9</sup> Xem: Регламент ДРС МТП и Руководство по ДРС МТП. 1-е издание на русском языке. Париж: Изд-во Goubault Imprimeur SA, 2003, с. 16–17.

<sup>10</sup> Xem: Зыкин И.С., *Мирное урегулирование споров под эгидой Международного коммерческого арбитражного суда*, Актуальные вопросы международного коммерческого арбитража: К 70-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ, Отв. ред. А.С. Комаров, М.: Спарк, 2002, с. 78–87.

<sup>11</sup> Nội dung Đạo Luật bằng Tiếng Nga. Xem: Третейский суд, 2003, № 1, с. 127–138; № 2, с. 131–140; № 3, с. 133–139.

mới, cần được nêu và phân tích sâu sắc về cách thức tiến hành, hiệu quả của việc liên kết, phối hợp đó.

Dưới đây, tác giả bài viết đi sâu vào phân tích phương thức đa lớp, phương thức phối hợp trong giải quyết tranh chấp thương mại.

**1. Phương thức giải quyết tranh chấp có sử dụng nhiều bước (giai đoạn) theo trình tự nhất định do các bên lựa chọn trong giải quyết tranh chấp (phương thức đa lớp)**

Hiện nay, những thỏa thuận về cách giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế bằng nhiều bước phát triển rộng rãi (chẳng hạn, bước một - thương lượng, bước hai - trung gian hòa giải hoặc trung gian hòa giải – trọng tài...). Thỏa thuận với nội dung nêu trên được các trọng tài viên các nước trên thế giới gọi là “thỏa thuận đa lớp”<sup>12</sup>.

K. Soderlund cho rằng thỏa thuận về giải quyết tranh chấp có thể quy định không chỉ một bước, mà nhiều bước giải quyết tranh chấp trước khi tranh chấp được giải quyết tại trọng tài. Chẳng hạn, trước tiên các bên có thể tiến hành thương lượng trong một thời gian nhất định, sau đó cố gắng điều chỉnh tranh chấp với sự hỗ trợ của người trung gian trong thời gian nhất định và cuối cùng mới chỉ sau đó có thể giải quyết bằng trọng tài. Thỏa thuận loại này được thừa nhận từ rất sớm, và dần dần trở thành đối tượng nghiên cứu của nhiều nhà khoa học và những người hoạt động trong thực tiễn<sup>13</sup>.

Thỏa thuận trọng tài có thể có nội dung đơn giản, trong đó các bên thỏa thuận rằng trong trường hợp tranh chấp xảy ra, các bên phải sử dụng mọi biện pháp để tự giải quyết tranh chấp bằng thương lượng. Nếu thương lượng không đạt thì các bên sẽ yêu cầu cơ quan trọng tài giải quyết. Chẳng hạn, hai bên có thể thỏa thuận trong hợp đồng nội dung như sau:

a. *Tất cả tranh chấp giữa các bên xảy ra trong quá trình thực hiện hợp đồng hoặc có liên quan đến hợp đồng này được giải quyết trước tiên bằng thương lượng hợp tác giữa các bên.*

b. *Trong trường hợp các bên không thể giải quyết tranh chấp phù hợp với quy định tại khoản 1 của điều này thì có thể yêu cầu trung tâm trọng tài (tên gọi trung tâm) giải quyết theo quy tắc tổ tụng của Trung tâm này.*

Thỏa thuận có nội dung linh hoạt như vậy thể hiện được mong muốn các bên là tranh chấp (nếu có xảy ra) trước tiên được dàn xếp bằng thương lượng, hòa giải; nếu các bên không đạt được thỏa thuận, tranh chấp đó sẽ được giải quyết bởi trọng tài. Cách giải quyết tranh chấp mềm dẻo, không căng thẳng này có ý nghĩa quan trọng trong việc duy trì quan hệ đối tác giữa các bên trong tương lai.

Mặc dù phương thức đa lớp có nhiều ưu điểm, nhưng khi sử dụng phương thức này, cần thấy rõ một số khó khăn có thể xảy ra trong quá trình giải quyết tranh chấp, cụ thể như sau<sup>14</sup>:

*Thứ nhất*, khả năng thực thi thỏa thuận không cao vì hoạt động thương lượng, hòa giải phụ thuộc vào ý chí của các bên và hoạt động đó không thể là đối tượng của giám sát;

*Thứ hai*, điều khoản về giải quyết tranh chấp đa lớp, trong đó quy định phương thức trọng tài là giai đoạn cuối cùng đôi khi lại không được xem là một điều khoản trọng tài, không nằm trong phạm vi điều chỉnh của Công ước New York 1958;

*Thứ ba*, trong nhiều trường hợp, bước giải quyết tiếp theo không thể tiến hành được nếu các bên không thiện chí thực hiện đầy đủ trách nhiệm được thỏa thuận đối với bước giải quyết trước đó. Vì vậy, có thể phát sinh vấn đề về thời điểm kết thúc một thủ tục và thời điểm bắt đầu một thủ tục kế tiếp.

Với những khó khăn đó, thiết nghĩ, để

<sup>12</sup> Xem: Chẳng hạn, Michael Pryles, *Thỏa thuận giải quyết tranh chấp đa lớp*, Kỹ yếu Hội nghị lần thứ 10 của Trọng tài Quốc tế ICCA, Nxb. Lao động, H., 2010, tr. 28-60.

<sup>13</sup> Содерлунд К., *Оговорки о многоуровневом (мультимодальном) разрешении споров*, Международный коммерческий арбитраж, 2006, № 3, с. 101.

<sup>14</sup> Xem: chẳng hạn: Содерлунд Кристер, *Tài liệu đã dẫn*, tr. 100–114; Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan M. Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003. № 8–62; Xem: Michael Pryles, *Thỏa thuận giải quyết tranh chấp đa lớp*, Kỹ yếu Hội nghị lần thứ 10 của Trọng tài Quốc tế ICCA. Nxb. Lao động, H., 2010, tr. 28-60.

thực hiện thỏa thuận về việc sử dụng các phương thức điều chỉnh tranh chấp trước trọng tài, việc xác lập thỏa thuận chi tiết về trình tự, thời gian; quy định minh chứng cho việc các bên đã nỗ lực hòa giải có ý nghĩa vô cùng quan trọng. Cần xác định rõ việc các bên có tuân thủ thỏa thuận về việc tiến hành hoà giải hay không, thái độ của các bên trong quá trình hòa giải, kết quả hòa giải; cho nên thông thường ở giai đoạn này cần có sự tham gia của những người thứ ba, độc lập với các bên để họ sẽ làm chứng cho việc các bên có thực hiện giai đoạn đầu của thỏa thuận đa lớp nhưng không đạt được hiệu quả.

Tuy vậy, cũng cần thấy rằng, càng quy định chi tiết bao nhiêu thì nội dung thỏa thuận về việc giải quyết tranh chấp càng dễ bị lỗi bấy nhiêu (do các bên thiếu kinh nghiệm hoặc không dành sự chú ý đúng mực cho nội dung thỏa thuận). Thông thường, khi ký kết điều khoản về phương thức giải quyết tranh chấp, các bên thường đơn giản hóa vấn đề vì cho rằng thỏa thuận đó là hình thức, họ hy vọng tranh chấp giữa họ sẽ không xảy ra trong thực tế, nên nội dung thỏa thuận thường sơ sài. Nội dung thỏa thuận về giải quyết tranh chấp phần nào chứng tỏ mức độ quan tâm của các bên đến tính bắt buộc của các thủ tục hòa giải tiền trọng tài. Rất thường xuyên các bên sử dụng cụm từ “có thể chuyển tranh chấp đến trọng tài giải quyết” trong thỏa thuận. Điều này cũng thể hiện sự không mong muốn giải quyết tranh chấp (nếu có) tại trọng tài, mà chỉ giải quyết bằng thương lượng.

Trong thực tế, đôi khi các bên thỏa thuận rất chặt chẽ rằng việc hòa giải là bước bắt buộc trong quá trình giải quyết tranh chấp. Chẳng hạn, các bên thỏa thuận: “*Nếu tranh chấp xảy ra, trước tiên phải giải quyết thông qua hòa giải, và chỉ khi nào hòa giải không thành thì mới yêu cầu trọng tài giải quyết*”. Nội dung thỏa thuận như vậy thể hiện sự cân nhắc kỹ lưỡng của các bên trong việc lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp. Thỏa thuận này thường làm phát sinh một số vấn đề đối với trọng tài khi đánh giá việc tuân thủ trình tự giải quyết tranh chấp của các

bên. Bên cạnh đó, ở một số quốc gia, chẳng hạn CHLB Đức, pháp luật quy định việc các bên tuân thủ trình tự đã thỏa thuận có ý nghĩa quyết định đối với việc yêu cầu tòa án hoặc trọng tài tiếp tục giải quyết tranh chấp, nếu một trong các bên không tuân thủ trình tự đó sẽ ảnh hưởng trực tiếp đến các bước giải quyết tranh chấp tiếp theo<sup>15</sup>. Tuy nhiên quy định như vậy cũng có thể bị bên không có thiện chí lợi dụng nhằm từ chối trọng tài bằng cách trì hoãn hoặc không tham gia hòa giải.

Sẽ hợp lý hơn nếu không có quy định cứng nhắc như vậy bởi lẽ sự hấp dẫn của phương thức trung gian hòa giải là ở chỗ khi thực hiện phương thức đó, các bên phải thực sự thoải mái, hợp tác để đạt thỏa thuận. Phương thức này không thể ràng buộc các bên, gây khó khăn thêm cho họ trong suốt quá trình giải quyết tranh chấp. Bởi lẽ, khi các bên đã thực sự không còn mong muốn hợp tác thì dù thỏa thuận được quy định cụ thể, chi tiết như thế nào đi nữa cũng sẽ không mang lại kết quả, mà việc tuân thủ trình tự chi tiết đó đồng nghĩa với việc kéo dài thời gian giải quyết tranh chấp. Cho nên dù các bên có thỏa thuận là phải hòa giải trước khi yêu cầu trọng tài, nhưng sau đó lại trực tiếp yêu cầu hoà giải cũng là điều dễ hiểu và nên chấp nhận. Trong trường hợp như vậy, thiết nghĩ pháp luật cần quy định rõ bên không có thiện chí trong hòa giải (được những người tham gia xác nhận) sẽ mất quyền phản đối việc giải quyết tranh chấp bởi trọng tài với lý do là hoà giải không đạt kết quả. Chính vì vậy, không nên cứng nhắc xem hoà giải là điều kiện bắt buộc để trọng tài có thể bắt đầu giải quyết tranh chấp, bởi điều quan trọng nhất trong hòa giải là các bên phải có thiện chí, tạo được không khí hợp tác trong hòa giải. Nếu các bên không có thái độ tích cực trong giai đoạn này thì trọng tài có thể bắt đầu giải quyết khi có thỏa thuận đa lớp.

Tóm lại, phương thức giải quyết tranh chấp đa lớp có những ưu điểm, nhưng quá trình áp dụng phương thức này cũng tiềm ẩn

<sup>15</sup> Xem: Michael Pryles, *ltd.*, tr. 59-60.

những khó khăn. Do đó, khi lập thỏa thuận về việc giải quyết tranh chấp, các bên cần quy định rõ ràng, chi tiết từng giai đoạn, thời hạn cuối cùng kết thúc từng giai đoạn để chuyển sang giai đoạn khác với phương thức giải quyết khác. Thỏa thuận đa lớp không thể tạo khó khăn cho các bên trong việc bảo vệ lợi ích của mình. Việc giải quyết tranh chấp theo thỏa thuận đó phải được thực hiện nhẹ nhàng, nhanh chóng chuyển từ giai đoạn này sang giai đoạn kế tiếp.

## 2. Phương thức phối hợp: trung gian hòa giải - trọng tài.

Trung gian hòa giải, trọng tài là các thủ tục giải quyết tranh chấp khác nhau về bản chất và cách thức tiến hành. Khác với trọng tài viên, người trung gian không xác định sự việc, không xem xét chứng cứ, không có quyền ban hành phán quyết mang tính bắt buộc đối với các bên; nhiệm vụ của người trung gian là hỗ trợ các bên thương lượng và đạt được thỏa thuận. Tuy vậy, phương thức phối hợp giữa hai phương thức khác biệt này, với tên gọi “trung gian hòa giải- trọng tài” (*mediation-arbitration*, gọi tắt là *med-arb*) hiện nay được sử dụng khá phổ biến.

Phương thức giải quyết này thường được thực hiện thông qua việc các bên chọn một người vô tư, khách quan để ban đầu thực hiện chức năng của người trung gian – hỗ trợ các bên đạt thỏa thuận; và sau đó, nếu các bên không thỏa thuận được thì chính người này sẽ thực hiện chức năng của một trọng tài viên, có quyền ban hành phán quyết mang tính bắt buộc. Phương thức này có ưu điểm là hạn chế được thời gian giải quyết tranh chấp do không cần có thời gian để chuyển giao vụ việc từ người này (trung gian) sang người khác (trọng tài viên). Như vậy, phương thức hỗn hợp trung gian hòa giải – trọng tài không đơn thuần là sự phối hợp một cách cơ học hai phương thức trung gian hòa giải và trọng tài, là sự tiếp nối của hai phương thức độc lập đó. Đây là phương thức độc lập, đặc biệt để giải quyết tranh chấp. Phương thức này mang bản chất hai mặt, trong đó mỗi giai đoạn có những đặc điểm riêng, không hoàn

toàn giống với phương thức trung gian hòa giải thuần túy và trọng tài thuần túy. Trong quá trình sử dụng phương thức đặc biệt này, ở bước đầu tiên, các bên không chỉ hướng tới việc hợp tác, mà trong mức độ nhất định phải chứng minh được quan điểm của mình; trong bước hai, người trung gian-trọng tài viên thường phải đưa ra một số phương án mang tính khuyến nghị để các bên lựa chọn.

Trong khoa học pháp lý của Hoa Kỳ, khi nghiên cứu phương thức *med-arb*, một mặt người ta cho rằng phương thức này hữu ích hơn so với hai giai đoạn của hai phương thức truyền thống (sử dụng hai cá nhân khác nhau trong hai giai đoạn trung gian hòa giải và trọng tài). Tính hiệu quả của nó thể hiện ở chỗ trọng tài viên không cần phải tốn thời gian để nghiên cứu vụ việc, xác định chứng cứ, bởi lẽ khi thực hiện vai trò người trung gian, cá nhân này đã nhận được nhiều thông tin cần thiết để giải quyết vụ tranh chấp đó. Mặt khác, có quan điểm cho rằng phương thức này cũng có hạn chế riêng. Chẳng hạn, khi biết rằng nếu không thỏa thuận được với sự hỗ trợ của người trung gian thì người trung gian này sẽ trở thành trọng tài viên để giải quyết tranh chấp, nên các bên có thể không cung cấp thông tin đầy đủ liên quan đến vụ việc; còn người trung gian, sau khi tiếp nhận đầy đủ thông tin bí mật trong quá trình hỗ trợ các bên hòa giải, có thể sẽ không ban hành được phán quyết khách quan cho các bên<sup>16</sup>.

Điều này càng khẳng định phương thức trên không hoàn toàn giống với phương thức giải quyết tranh chấp đa lớp.

Giải pháp một người thực hiện hai vai trò (trung gian hòa giải và trọng tài viên) được một số chuyên gia về trọng tài quan tâm. Tuy nhiên, họ còn nghi ngờ về khả năng thực hiện<sup>17</sup>. Sự nghi ngờ đó là có cơ sở, bởi lẽ Quy tắc hữu nghị trong điều chỉnh tranh chấp

<sup>16</sup> Sanders, *The Links between Arbitration and Conciliation in Festschrift Sandrock* (2000), p. 823, 827.

<sup>17</sup> Goldberg S., Sander F., Rogers N., *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*, Little, Brown and Company, 1992, p. 226–227; Nolan-Haley J., *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*, West Publishing Co., 1992, p. 200–201.

của Phòng Thương mại Quốc tế năm 2001 khuyến nghị: nhằm giải quyết tranh chấp các bên lựa chọn các phương thức khác nhau, trong đó có phương thức trung gian hòa giải. Bên cạnh đó, Quy tắc này lại không cho phép người làm trung gian hòa giải thực hiện vai trò trọng tài viên để giải quyết tranh chấp, trừ trường hợp có thỏa thuận của hai bên (mục 3 điều 7 Quy tắc).

Quy định tương tự cũng được thể hiện trong Quy tắc thỏa thuận của MKAC. Cụ thể, Khoản 17 Quy tắc này quy định rằng nếu các bên không có thỏa thuận khác, người trung gian không thể là trọng tài viên tham gia giải quyết tranh chấp. Luật mẫu của UNCITRAL cũng quy định như vậy (điều 13).

Cách quy định trên xuất phát từ nguyên tắc tôn trọng ý chí của các bên và nhằm mục đích tạo được lòng tin tuyệt đối vào người trung gian.

Thực tế cho thấy, việc hai bên chọn một người để thực hiện hai vai trò như đã nêu trên được sử dụng rộng rãi ở Hoa Kỳ và đạt được hiệu quả nhất định. Điều này xuất phát từ những ưu điểm của phương thức. Cụ thể như sau:

*Thứ nhất, phương thức này gồm hai giai đoạn thống nhất.* Nếu giai đoạn thứ nhất được kết thúc bằng sự thỏa thuận của hai bên thì có thể nảy sinh hai khả năng: thứ nhất, việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài là không cần thiết, lúc đó không có bất kỳ phán quyết nào được ban hành; thứ hai, mặc dù hai bên đã thỏa thuận xong tại giai đoạn thứ nhất nhưng họ mong muốn có một văn bản mang tính pháp lý cao để đảm bảo việc thực hiện nghĩa vụ của các bên; lúc đó lại cần đến thủ tục trọng tài. Tình huống này đã được dự liệu trong Quy tắc thỏa thuận của MKAC. Mục 1 khoản 17 Quy tắc nêu rõ, trong trường hợp các bên đạt được thỏa thuận, với sự đồng ý của người trung gian, các bên có thể thỏa thuận chọn người đã thực hiện chức năng của người làm trung gian làm trọng tài viên và yêu cầu người đó ban hành một quyết định trọng tài dựa trên những điều kiện, nội dung do hai bên đã thỏa thuận.

*Thứ hai, một cá nhân thực hiện đồng thời vai trò của người trung gian và của trọng tài viên.* Đặc điểm này thu hút được sự quan tâm của nhiều doanh nhân, bởi lẽ nó tiết kiệm được

nhiều chi phí cho họ. Nếu lựa chọn nhiều người để thực hiện những vai trò khác nhau, các bên sẽ phải trải qua hai thủ tục tố tụng, hai lần chi phí. Áp dụng phương thức này, những điều phức tạp đó không tồn tại. Tuy nhiên, gần đây, ở Mỹ lại xuất hiện hình thức mới của bản thân phương thức hỗn hợp *med-arb*, theo đó sẽ loại trừ được hạn chế từ việc tham gia của một cá nhân ở hai vai trò khác nhau như đã phân tích. Cụ thể, các bên lựa chọn phương thức hỗn hợp, ngay từ đầu chọn hai cá nhân tham gia hỗ trợ và giải quyết tranh chấp (hai người này được gọi là “đồng trung gian-trọng tài” (*co-med-arb*)). Cả hai tham gia từ phiên họp đầu tiên và nghe các bên trình bày. Sau đó một trong số họ thực hiện chức năng của người trung gian, cố gắng hỗ trợ để các bên đạt được thỏa thuận; người còn lại chỉ tham dự các cuộc họp. Nếu người thứ nhất hoạt động không có hiệu quả, các bên không thỏa thuận được thì người thứ hai bắt đầu công việc với tư cách trọng tài viên<sup>18</sup>. Hình thức này tốn phí hơn cho các bên tranh chấp, nhưng cũng mang lại hiệu quả nhất định.

*Thứ ba, vai trò của người trung gian và trọng tài viên của một cá nhân luân chuyển nhau trong một thủ tục thống nhất.* Trong phương thức này, hầu như không có ranh giới rạch ròi giữa người trung gian và trọng tài viên. Do có thể trở thành trọng tài viên ở giai đoạn thứ hai, nên trong giai đoạn đầu, người trung gian đã cố gắng thu thập nhiều thông tin cần thiết liên quan đến tranh chấp. Ngược lại, khi đóng vai trò là trọng tài viên ở giai đoạn thứ hai, cá nhân này cũng cố gắng để các bên thỏa thuận và hy vọng ban hành phán quyết trên cơ sở những điều kiện do hai bên thỏa thuận.

Tóm lại, phương thức hỗn hợp *med-arb* vừa hiệu quả, vừa đáp ứng được cả hai yêu cầu của các bên tranh chấp là: cố gắng đạt thỏa thuận và đảm bảo khả năng thực thi phán quyết của trọng tài.

## **II. Định hướng về việc sử dụng các phương thức giải quyết tranh chấp ngoài toà án đối với các tranh chấp thương mại tại Việt Nam**

Theo quy định hiện hành của pháp luật nước

<sup>18</sup> Xem: Michael Pryles, *tlđđ*, tr. 59-60.

ta<sup>19</sup>, tranh chấp thương mại có thể được giải quyết bằng các phương thức sau: (i) thương lượng; (ii) hòa giải; (iii) trọng tài thương mại và (iv) tòa án. Về việc hòa giải, nếu trong quá trình xét xử bằng trọng tài, các bên muốn hòa giải, trọng tài viên có thể tiến hành hòa giải. Điều 58 Luật trọng tài quy định, “theo yêu cầu của các bên, Hội đồng trọng tài tiến hành hòa giải để các bên thỏa thuận với nhau về việc giải quyết tranh chấp”.

Khi các bên thỏa thuận được với nhau về hướng giải quyết trong vụ tranh chấp thì Hội đồng trọng tài lập biên bản hòa giải thành có chữ ký của các bên và xác nhận của các Trọng tài viên (Điều 58).

Ở đây, Hội đồng trọng tài sẽ chỉ ra phán quyết phê chuẩn nội dung hòa giải thành mà sẽ không ghi căn cứ pháp lý, chỉ đơn thuần ghi nhận những gì các bên đã đạt được đối với tranh chấp.

Hội đồng trọng tài ra quyết định công nhận sự thỏa thuận của các bên. Quyết định này là chung thẩm và có giá trị như phán quyết trọng tài (Điều 58)<sup>20</sup>.

Kể từ thời điểm bắt đầu tố tụng trọng tài, các bên vẫn có quyền tự mình thương lượng, thỏa thuận chấm dứt việc giải quyết tranh chấp (Điều 38 Luật trọng tài).

Trong trường hợp các bên tự thỏa thuận được về việc chấm dứt giải quyết tranh chấp thì họ có quyền yêu cầu Chủ tịch Trung tâm trọng tài ra quyết định đình chỉ giải quyết tranh chấp.

Qua phân tích những đặc điểm của phương thức đa lớp (*multi-step*) và phương thức hỗn hợp (*med-arb*), thiết nghĩ ở nước ta hoàn toàn có nhu cầu và điều kiện để áp dụng rộng rãi các phương thức trên. Bởi, thực tiễn các nước đã chứng minh được hiệu quả của phương thức này trong việc giải quyết tranh chấp thương mại.

<sup>19</sup> *Giáo trình Luật Thương mại Trường Đại học Luật Hà Nội*, Tập II, Nxb. Công an Nhân dân, H., 2009, tr. 434.

<sup>20</sup> Trong quá trình xây dựng Luật trọng tài thương mại Việt Nam 2010, có ý kiến cho rằng trong Điều về “thương lượng, hòa giải”, cần bổ sung quy định, theo đó “*không một thông tin nào được trao đổi có thể được viện dẫn như bằng chứng trước trọng tài và trước tòa án*”. Đây là vấn đề tế nhị đối với các bên bởi các bên đã đưa ra các bằng chứng trung thực để cố gắng hòa giải thành nhưng lại lo sợ rằng các bằng chứng này có thể được sử dụng để chống lại mình trước tòa án. Tuy nhiên, Luật trọng tài đã không ghi nhận điều này.

Với những ưu điểm của các phương thức giải quyết tranh chấp thương mại ngoài toà án, tính hiệu quả của việc kết hợp hoặc phối hợp các phương thức đó, ở nhiều nước trên thế giới, pháp luật và cả các quy tắc tố tụng của các trung tâm trọng tài khuyến khích các bên lựa chọn những phương thức đó để giải quyết tranh chấp nếu có xảy ra giữa các bên trong quá trình thực hiện hợp đồng. Việc làm đó một mặt tạo điều kiện thuận lợi cho các bên, mặt khác giảm bớt gánh nặng cho hệ thống tòa án, và xét cho cùng đều nhằm mục tiêu giải quyết tốt mọi bất đồng xảy ra trong xã hội, tạo môi trường kinh doanh lành mạnh, có hiệu quả.

Trong điều kiện hiện nay, hoạt động của trọng tài thương mại có liên hệ chặt chẽ với các phương pháp hòa giải trên nhiều phương diện khác nhau. Các phương pháp hòa giải có thể được thực hiện trước khi trọng tài giải quyết tranh chấp và cũng có khi được sử dụng phối hợp với phương thức trọng tài hoặc được thực hiện ngay trong quá trình giải quyết tranh chấp tại trọng tài. Vấn đề quan trọng ở chỗ việc phối hợp giữa các phương thức khác nhau phải tiến hành nhịp nhàng, đáp ứng được yêu cầu của các bên quan hệ thương mại trong việc giải quyết tranh chấp một cách có hiệu quả.

Theo Điều 80 Luật trọng tài thương mại (có hiệu lực từ ngày 01/01/2011), “Các Trung tâm trọng tài được thành lập trước ngày Luật này có hiệu lực không phải làm thủ tục thành lập lại. Các Trung tâm trọng tài phải sửa đổi, bổ sung điều lệ, quy tắc tố tụng trọng tài cho phù hợp với quy định của Luật này trong thời hạn 12 tháng, kể từ ngày Luật này có hiệu lực”. Hiện nay các Trung tâm đang tiến hành sửa đổi, bổ sung điều lệ, quy tắc tố tụng trọng tài của mình. Thiết nghĩ, khi tiến hành sửa đổi, bổ sung điều lệ, quy tắc tố tụng trọng tài, các Trung tâm trọng tài nên cân nhắc đưa vào quy tắc tố tụng của mình khả năng các bên được tiến hành giải quyết tranh chấp theo phương thức đa lớp (*multi-step*) và phương thức hỗn hợp (*med-arb*) như đã phân tích. Việc ghi nhận khả năng này trong quy tắc sẽ tạo điều kiện cho chủ thể tham gia kinh doanh, thương mại có thêm các cách thức hữu hiệu để giải quyết bất đồng, làm giảm gánh nặng cho cơ quan tố tụng nhà nước. ●

## MỘT SỐ VẤN ĐỀ PHÁP LÝ VỀ TRÁCH NHIỆM BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI DO NGUỒN NGUY HIỂM CAO ĐỘ GÂY RA

NGUYỄN XUÂN QUANG \*

Trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng là một loại trách nhiệm dân sự áp dụng đối với chủ thể có hành vi vi phạm, hoặc có sự kiện xâm phạm đến lợi ích vật chất và tinh thần hợp pháp của chủ thể khác, buộc người có hành vi vi phạm hoặc chủ sở hữu, người chiếm hữu tài sản gây thiệt hại phải khắc phục thiệt hại do mình hoặc tài sản của mình gây ra. Về nguyên tắc, trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng phát sinh khi có các điều kiện sau:

- + Có thiệt hại thực tế xảy ra.
- + Có hành vi trái pháp luật hoặc có sự kiện gây thiệt hại.
- + Có mối quan hệ nhân quả giữa hành vi trái pháp luật hoặc sự kiện gây thiệt hại với thiệt hại thực tế xảy ra.
- + Chủ thể gây thiệt hại có lỗi, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác.

Trong cuộc sống các hành vi trái pháp luật xảy ra khá phổ biến và có những sự kiện xảy ra gây thiệt hại cho cá nhân, tổ chức. Vì vậy, các nhà làm luật đã luật hóa những trường hợp này thành các trường hợp bồi thường thiệt hại cụ thể. Trong đó có trường hợp bồi thường thiệt hại do nguồn nguy hiểm cao độ gây ra. Nhưng thực tế nghiên cứu và áp dụng loại trách nhiệm này vẫn còn có sự nhầm lẫn trong việc xác định thiệt hại do nguồn nguy hiểm cao độ gây ra với thiệt hại do hành vi trái pháp luật gây ra. Báo Pháp luật Tp. Hồ Chí Minh số ra ngày 21/4/2011 trên trang 12 có bài “Bồi thường trong tai nạn giao thông:

Rối rắm” đã nêu các trường hợp tai nạn giao thông và quá trình giải quyết việc bồi thường thiệt hại trong các vụ việc đó có nhiều quan điểm khác nhau trong việc áp dụng pháp luật. Không có sự thống nhất trong việc xác định thiệt hại là do nguồn nguy hiểm cao độ gây ra hay do người quản lý sử dụng có lỗi gây ra, hay là thiệt hại liên quan đến nguồn nguy hiểm cao độ. Với mong muốn làm sáng tỏ vấn đề này tác giả xin được trao đổi và phân tích một số vấn đề liên quan như sau:

*Thứ nhất, thế nào là nguồn nguy hiểm cao độ và thiệt hại do nguồn nguy hiểm cao độ gây ra.*

Theo quy định tại khoản 1 Điều 623 Bộ luật dân sự (BLDS/ “*Nguồn nguy hiểm cao độ là các phương tiện giao thông vận tải cơ giới, hệ thống tải điện, nhà máy công nghiệp đang hoạt động, vũ khí, chất nổ, chất cháy, chất độc, chất phóng xạ, thú dữ và các nguồn nguy hiểm cao độ khác theo quy định của pháp luật*”. Như vậy, các nhà làm luật Việt Nam không đưa ra khái niệm thế nào là nguồn nguy hiểm cao độ mà đã liệt kê các nguồn nguy hiểm cao độ. Từ những đối tượng liệt kê trên, chúng ta thấy rằng nguồn nguy hiểm cao độ là những vật thể hay chất thể tồn tại trong tự nhiên, xã hội mà trong quá trình tồn tại, hoạt động của nó có tiềm tàng gây thiệt hại về tính mạng, tài sản cho những người xung quanh, hay nói một cách khác các đối tượng là nguồn nguy hiểm cao độ luôn luôn có khả năng gây nguy hại cho con người và tài sản. Chính tính chất nguy hiểm của những loại tài sản này trong quá trình tồn tại và hoạt

\* ThS, Giảng viên khoa Luật dân sự Trường Đại học luật Tp. Hồ Chí Minh



động của chúng đòi hỏi người chiếm hữu, sử dụng phải tuân thủ nghiêm ngặt các quy định của pháp luật liên quan đến các nguồn nguy hiểm cao độ, nếu vi phạm các quy định của pháp luật về quản lý, sử dụng mà gây thiệt hại cho cá nhân tổ chức khác thì phải bồi thường thiệt hại.

Thiệt hại do hành vi trái pháp luật của chủ thể gây ra được xác định khá dễ dàng, đó là hành vi của chủ thể được thể hiện dưới dạng hành động như: đâm, chém, đánh đập, chửi mắng v.v., hành vi không hành động như: không quan tâm đúng mức đến tài sản của mình để tài sản gây thiệt hại cho chủ thể khác chẳng hạn như để cây cối bị sâu, mục gãy hoặc công trình xây dựng bị hư hỏng sụp đổ gây thiệt hại cho chủ thể khác.

Thiệt hại do nguồn nguy hiểm cao độ gây ra cũng là sự xâm phạm đến lợi ích vật chất và tinh thần của chủ thể khác nhưng không phải từ hành vi trái pháp luật của con người mà là tự thân nguồn nguy hiểm cao độ gây ra trong quá trình tồn tại và hoạt động. Bồi thường thiệt hại do nguồn nguy hiểm cao độ gây ra, chúng ta không thể viện dẫn khoản 1 Điều 604 BLDS bởi khoản này nói đến hành vi có lỗi của chủ thể khi gây thiệt hại là hành vi trái pháp luật. Còn bồi thường thiệt hại do nguồn nguy hiểm cao độ gây ra là một trường hợp đặc thù của trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, ở đây không có hành vi trái pháp luật gây thiệt hại mà chỉ có sự kiện gây thiệt hại của nguồn nguy hiểm cao độ trong quá trình tồn tại và hoạt động. Vì nguồn nguy hiểm cao độ có khả năng tiềm tàng gây thiệt hại bất cứ lúc nào cho những người xung quanh, pháp luật buộc chủ sở hữu, hay người được giao chiếm hữu sử dụng phải bồi thường do nguồn nguy hiểm cao độ gây ra mặc dù họ không có hành vi trái pháp luật và không có lỗi. Chủ thể muốn không phải bồi thường thì có thể tìm cơ chế bảo hiểm để chuyển giao trách nhiệm bồi thường. Việc xác định chính xác thiệt hại do hành vi trái pháp luật và thiệt hại do nguồn nguy hiểm cao độ gây ra có ý nghĩa hết sức

quan trọng về lý luận cũng như thực tiễn áp dụng pháp luật, đảm bảo tính chính xác, khách quan và đúng đắn.

*Vi dụ:* Công ty trách nhiệm hữu hạn X cử anh A lái xe đi công tác, trên đường đi, do không làm chủ tốc độ gây tai nạn gây thiệt hại về sức khỏe, tài sản cho anh B. Trong trường hợp này, nhiều người đã cho rằng đây là thiệt hại do nguồn nguy hiểm cao độ gây ra và áp dụng Điều 623 của BLDS để giải quyết. Chúng tôi cho rằng không thể áp dụng trách nhiệm bồi thường thiệt hại do nguồn nguy hiểm cao độ gây ra mặc dù xe ô tô là nguồn nguy hiểm cao độ được quy định tại khoản 1 Điều 623 BLDS. Vì thiệt hại của B không phải tự thân xe ô tô gây ra trong quá trình hoạt động mà là hành vi trái pháp luật của anh A trong quá trình điều khiển phương tiện giao thông cơ giới gây ra; mà anh A là người của công ty X (là một pháp nhân) do đó phải áp dụng Điều 618 BLDS để giải quyết. Thiệt hại này còn được gọi là thiệt hại liên quan đến nguồn nguy hiểm cao độ xuất phát từ hành vi trái pháp luật của người điều khiển phương tiện.

Như đã trình bày ở trên, nguồn nguy hiểm cao độ là những tài sản mà trong quá trình tồn tại hoạt động của chúng, có khả năng gây thiệt hại bất cứ lúc nào cho những người xung quanh, nguy cơ tiềm tàng gây thiệt hại đó vượt khỏi sự kiểm soát của con người, tức là tự thân các nguồn nguy hiểm cao độ này gây ra thiệt hại cho cá nhân tổ chức khác mà không phải do lỗi của người quản lý, sử dụng.

*Vi dụ:* Xe ô tô trong quá trình lưu thông bị mất phanh (thắng) hoặc tự nhiên bốc cháy, gây thiệt hại cho cá nhân, tổ chức khác mà không do lỗi của người điều khiển phương tiện cũng như nhà sản xuất thì lúc này mới xem là thiệt hại do nguồn nguy hiểm cao độ gây ra. Hoặc hệ thống tải điện tự nhiên phóng điện gây thiệt hại cho cá nhân, tổ chức mà cơ quan quản lý điện không có lỗi trong quá trình quản lý và truyền tải điện của mình.

*Thứ hai, xác định thế nào là giao nguồn nguy hiểm cao độ.* Tại khoản 2 Điều 623

BLDS quy định “*Chủ sở hữu nguồn nguy hiểm cao độ phải bồi thường thiệt hại do nguồn nguy hiểm cao độ gây ra. Nếu chủ sở hữu đã giao cho người khác chiếm hữu, sử dụng thì những người này phải bồi thường, trừ trường hợp có thỏa thuận khác*”. Tuy nhiên, thế nào là “giao” nguồn nguy hiểm cao độ cũng có nhiều cách hiểu khác nhau, chính vì vậy, để thống nhất cách hiểu trong quá trình giải quyết tranh chấp, Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao đã phải hướng dẫn tại Nghị quyết số 03/2006 ngày 8/7/2006 (NQ 03/2006), theo đó giao nguồn nguy hiểm cao độ là thông qua giao dịch dân sự như hợp đồng thuê tài sản, mượn tài sản chứ không phải giao tài sản thông qua giao việc trong quan hệ hành chính hay quan hệ lao động.

*Ví dụ:* Công ty X điều động anh A là lái xe của công ty đi công tác, trên đường đi, xe mất phanh (thắng) gây tai nạn cho chị B làm thiệt hại về tài sản và sức khỏe thì công ty X phải bồi thường thiệt hại cho chị B. Trong trường hợp này không được xem là công ty X đã giao xe cho anh A theo khoản 2 Điều 623 BLDS mà đây là hành vi giao việc giữa công ty và nhân viên của công ty trong hoạt động của mình. Hành vi của anh A lúc này được xem là hành vi của công ty và xe mất phanh gây thiệt hại thì công ty phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại do nguồn nguy hiểm cao độ gây ra.

Việc giao nguồn nguy hiểm cao độ thông qua các giao dịch dân sự phù hợp với quy định của pháp luật dân sự và pháp luật liên quan thì chủ thể được giao phải bồi thường thiệt hại khi nguồn nguy hiểm cao độ này gây ra. Trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác.

*Ví dụ:* Anh A cho anh B thuê xe ô tô, trong quá trình sử dụng, xe ô tô tự nhiên bị cháy gây thiệt hại cho anh C về sức khỏe thì anh B phải bồi thường thiệt hại cho anh C chứ không phải anh A. Vì trong trường hợp này nguồn nguy hiểm cao độ đã được chuyển giao cho anh B chiếm hữu thông qua giao dịch dân sự.

Vì vậy, chúng tôi cho rằng khoản 2 Điều 623 BLDS cần được thiết kế lại như sau: “...*Nếu chủ sở hữu đã giao nguồn nguy hiểm cao độ cho người khác thông qua các giao dịch dân sự thì những người được giao này phải bồi thường...*”

Nếu chủ sở hữu giao nguồn nguy hiểm cao độ cho chủ thể khác chiếm hữu, sử dụng nguồn nguy hiểm cao độ không đúng quy định của pháp luật thì chủ sở hữu phải bồi thường thiệt hại.

Tại điểm b mục 2 phần III NQ 03/2006 có hướng dẫn: “*Ví dụ: Chủ sở hữu biết người đó không có bằng lái xe ô tô, nhưng vẫn giao quyền chiếm hữu, sử dụng cho họ mà gây thiệt hại thì chủ sở hữu phải bồi thường thiệt hại.*”

Chúng tôi cho rằng ví dụ này là chưa hợp lý bởi đã có sự đánh đồng giữa việc giao dịch với việc sử dụng. Trong ví dụ trên, chủ sở hữu cho người không có giấy phép lái xe thuê xe, mượn xe ô tô nhưng việc thuê, mượn này không vi phạm điều kiện có hiệu lực của giao dịch, do đó giao dịch vẫn có giá trị, còn việc điều khiển xe ô tô là việc khác. Nếu người thuê, mượn xe không có bằng lái thì không được điều khiển; nếu người thuê, mượn xe cứ điều khiển là vi phạm quy định của pháp luật về điều khiển giao thông đường bộ. Nếu gây thiệt hại thì người đó phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại do hành vi trái pháp luật gây ra chứ không phải do nguồn nguy hiểm cao độ gây ra. Người đã thuê, mượn xe ô tô có thể thuê, nhờ người có giấy phép lái xe điều khiển; nếu xe ô tô tự thân gây thiệt hại thì người thuê xe phải bồi thường thiệt hại do nguồn nguy hiểm cao độ gây ra chứ không thể buộc chủ sở hữu bồi thường. Có như vậy mới bảo đảm tính chính xác trong việc áp dụng pháp luật và thúc đẩy giao lưu dân sự phát triển.

Tại khoản 3 Điều 623 BLDS quy định “*Chủ sở hữu, người được chủ sở hữu giao chiếm hữu, sử dụng nguồn nguy hiểm cao độ phải bồi thường thiệt hại ngay cả khi không có lỗi, trừ trường hợp sau đây.*”

a. *Thiệt hại xảy ra hoàn toàn do lỗi cố ý của người bị thiệt hại.*

b. *Thiệt hại xảy ra trong trường hợp bất khả kháng hay tình thế cấp thiết, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác.”*

Nguồn nguy hiểm cao độ là những vật thể, chất thể mà trong quá trình tồn tại, hoạt động của nó có nguy cơ tiềm tàng tự gây thiệt hại bất cứ lúc nào cho những người xung quanh. Do đó, pháp luật buộc chủ sở hữu, người được giao chiếm hữu, sử dụng phải bồi thường thiệt hại ngay cả khi không có lỗi. Đây là loại trách nhiệm khách quan, không cần xem xét đến yếu tố lỗi hay còn gọi là trách nhiệm nâng cao, nhằm nhanh chóng khắc phục thiệt hại cho chủ thể bị xâm hại. Tuy nhiên, loại trách nhiệm này chỉ được áp dụng nếu pháp luật có quy định, trừ trường hợp thiệt hại xảy ra hoàn toàn do lỗi cố ý của người bị thiệt hại. Như vậy, nếu người bị thiệt hại có lỗi vô ý để nguồn nguy hiểm cao độ gây thiệt hại thì chủ sở hữu hay người được chủ sở hữu giao chiếm hữu, sử dụng vẫn phải bồi thường thiệt hại. Chúng tôi cho rằng quy định như vậy là không hợp lý, không công bằng. Bởi lẽ người bị thiệt hại có lỗi, dù là lỗi vô ý mà sự vô ý ấy là nguyên nhân để nguồn nguy hiểm cao độ gây ra thiệt hại thì không thể buộc chủ sở hữu, người được giao chiếm hữu, sử dụng phải bồi thường bởi họ không có lỗi. Đồng thời, cũng không thể áp dụng đoạn đầu khoản 3 Điều 623 BLDS bởi thiệt hại trên không phải tự thân nguồn nguy hiểm cao độ gây ra mà do hành vi trái pháp luật của người bị thiệt hại gây ra, dù là lỗi vô ý.

*Ví dụ:* Anh A xây nhà vi phạm hành lang an toàn về lưới điện, trong quá trình xây dựng do đứng quá gần dây điện cao thế nên đã bị phóng điện gây bỏng, thiệt hại về sức khỏe thì cơ quan quản lý lưới điện không phải bồi thường vì anh A hoàn toàn có lỗi.

Vì vậy chúng tôi cho rằng điểm a của khoản 3 Điều 623 BLDS cần bỏ cụm từ “có

ý” mà chỉ quy định “thiệt hại xảy ra hoàn toàn do lỗi của người bị thiệt hại”, quy định như vậy vừa thỏa mãn điều kiện mối quan hệ nhân quả, vừa đảm bảo sự công bằng trong việc chịu trách nhiệm và thỏa mãn yếu tố ai có lỗi gây ra thiệt hại phải chịu trách nhiệm đối với thiệt hại ấy.

Cũng tại điểm c mục 2 phần III NQ 03/2006 có hướng dẫn về vấn đề này như sau: “*Ví dụ: Xe ô tô đang tham gia giao thông theo đúng quy định của pháp luật, thì bất ngờ có người lao vào xe để tự tử và hậu quả là người này bị thương nặng hoặc bị chết. Trong trường hợp này chủ sở hữu, người được chủ sở hữu giao chiếm hữu, sử dụng hợp pháp xe ô tô đó không phải bồi thường thiệt hại do nguồn nguy hiểm cao độ (xe ô tô) gây ra”.*

Chúng tôi cho rằng đây không phải là thiệt hại do nguồn nguy hiểm cao độ gây ra mà là thiệt hại liên quan đến nguồn nguy hiểm cao độ và thiệt hại này do chính chủ thể tự gây ra cho mình, tự tước đoạt tính mạng, sức khỏe của mình thì người đó tự chịu trách nhiệm và thiệt hại ấy hoàn toàn do lỗi của người bị hại chứ không phải tự thân nguồn nguy hiểm cao độ gây ra.

Tại khoản 4 Điều 623 BLDS quy định “*Trong trường hợp nguồn nguy hiểm cao độ bị chiếm hữu, sử dụng trái pháp luật thì người đang chiếm hữu, sử dụng phải bồi thường thiệt hại”.* Hành vi chiếm hữu trái pháp luật là việc chiếm hữu tài sản của người khác không được sự đồng ý của người chủ sở hữu cũng như không có căn cứ do pháp luật quy định, ví dụ như: Hành vi trộm cắp, cướp, chiếm đoạt nguồn nguy hiểm cao độ trái với ý chí của chủ sở hữu. Việc quy định như vậy nhằm bảo vệ chủ sở hữu cũng như chế tài đối với người có hành vi chiếm hữu bất hợp pháp, giáo dục và răn đe người khác.

*Ví dụ:* Anh A trộm cắp xe ô tô của anh B, trong quá trình tham gia giao thông xe bị mất phanh (thắng) đâm vào anh C gây thiệt hại

cho C về tài sản và sức khỏe thì anh A phải bồi thường thiệt hại cho anh C, vì anh A là người chiếm hữu, sử dụng trái pháp luật xe ô tô của anh B.

Đoạn hai khoản 4 Điều 623 BLDS quy định “*Khi chủ sở hữu, người được chủ sở hữu giao chiếm hữu, sử dụng nguồn nguy hiểm cao độ cũng có lỗi trong việc để nguồn nguy hiểm cao độ bị chiếm hữu, sử dụng trái pháp luật thì phải liên đới bồi thường thiệt hại.*” Tuy nhiên việc xác định lỗi của chủ sở hữu trong trường hợp này là rất phức tạp và còn nhiều sự nhầm lẫn, chúng ta hãy xem một ví dụ sau đây:

Công ty trách nhiệm hữu hạn X cử anh A lái xe của cơ quan đi công tác, anh B là bạn của anh A và cũng hành nghề lái xe xin đi nhờ, trên đường đi do mệt mỏi nên A đã nhờ B lái xe, khi xuống đèo xe mất phanh (thắng) nên đã đâm vào anh C gây thiệt hại về sức khỏe và tài sản là 30 triệu đồng.

Trong trường hợp này có ý kiến cho rằng cần áp dụng đoạn hai khoản 4 Điều 623 BLDS để giải quyết, buộc công ty X và anh B phải liên đới bồi thường cho anh C vì cho rằng anh B là người chiếm hữu xe ô tô trái pháp luật và công ty X cũng có lỗi. Để xác định xem B có phải là người chiếm hữu, sử dụng xe ô tô trái pháp luật không, chúng ta quay về chế định sở hữu với các khái niệm về chiếm hữu và sử dụng. Điều 182 BLDS quy định “*Quyền chiếm hữu là quyền nắm giữ, quản lý tài sản*” từ khái niệm này chúng ta thấy anh B không phải là người nắm giữ, quản lý tài sản mà chỉ là người điều khiển phương tiện theo thỏa thuận giữa anh A là lái xe của công ty và anh B là bạn. Do đó chúng tôi cho rằng chủ thể chiếm hữu xe ô tô lúc này vẫn là công ty X và anh A là người trực tiếp quản lý xe. Về quyền sử dụng, tại Điều 192 BLDS quy định “*Quyền sử dụng là quyền khai thác công dụng, hưởng hoa lợi, lợi tức từ tài sản*” từ quy định này, chúng ta thấy anh B cũng không phải là người sử dụng tài sản, như đã

trình bày ở trên anh B chỉ là người điều khiển phương tiện mà thôi, còn quyền sử dụng lúc này cũng vẫn là thuộc công ty X. Từ đó chúng ta thấy rằng không thể áp dụng đoạn hai khoản 4 Điều 623 BLDS mà phải áp dụng khoản 3 Điều 623 BLDS buộc công ty X phải bồi thường thiệt hại cho anh C.

Việc áp dụng đoạn hai khoản 4 Điều 623 BLDS phải hiểu chủ sở hữu, người chiếm hữu đã vi phạm quy định của pháp luật trong việc chiếm hữu, sử dụng nguồn nguy hiểm cao độ, sự vi phạm ấy là có lỗi, để nguồn nguy hiểm cao độ này bị chiếm hữu, sử dụng trái pháp luật và gây thiệt hại.

*Ví dụ:* Anh A là chủ sở hữu xe ô tô, trong quá trình lái xe đi làm đã dừng và xuống xe mà không tắt máy, anh B đã mở cửa và lái xe đi. Trên đường đi, xe tự bốc cháy gây thiệt hại cho anh C thì chủ xe ô tô và anh B trực tiếp gây thiệt hại phải liên đới bồi thường cho anh C. Vì anh A đã vi phạm quy định luật giao thông đường bộ, xuống xe không tắt máy, kéo phanh tay v.v. và anh B chiếm hữu, sử dụng xe không có sự đồng ý của chủ sở hữu và cũng không dựa trên quy định của pháp luật.

**Kết luận:** từ những phân tích trên đây chúng tôi kiến nghị:

*Thứ nhất,* tại khoản 1 Điều 623 BLDS cần bổ sung khái niệm nguồn nguy hiểm cao độ.

*Thứ hai,* tại khoản 2 của Điều 623 BLDS cần sửa lại theo hướng “*Chủ sở hữu nguồn nguy hiểm cao độ phải bồi thường thiệt hại do nguồn nguy hiểm cao độ gây ra. Nếu chủ sở hữu đã giao cho người khác chiếm hữu, sử dụng thì những người này phải bồi thường, trừ trường hợp có thỏa thuận khác.*”

*Thứ ba,* điểm a khoản 3 Điều 623 BLDS cần bỏ cụm từ “*cố ý*” mà chỉ quy định “*thiệt hại xảy ra hoàn toàn do lỗi của người bị thiệt hại*”

*Thứ tư,* cần sửa lại một số hướng dẫn trong NQ 03/2006 HĐTP, cụ thể: tại điểm c mục 2 phần III NQ 03/2006 như phân tích ở trên. •

## CƠ CHẾ HÌNH THÀNH VÀ ÁP DỤNG GIÁ ĐẤT THEO PHÁP LUẬT HIỆN HÀNH

LƯU QUỐC THÁI \*

### 1. Bản chất, vai trò của giá đất

Kể từ thời điểm chế độ sở hữu toàn dân đối với toàn bộ đất đai được xác lập vào năm 1980, giá đất lần đầu tiên được thừa nhận và quy định trong Luật Đất đai năm 1993 (**LĐĐ 1993**). Theo đó, “*Nhà nước xác định giá các loại đất để tính thuế chuyển quyền sử dụng đất, thu tiền khi giao đất hoặc cho thuê đất, tính giá trị tài sản khi giao đất, bồi thường thiệt hại về đất khi thu hồi đất...*”<sup>1</sup> Tuy nhiên, mãi đến khi Luật Đất đai năm 2003 (**LĐĐ 2003**) được thông qua thay thế cho LĐĐ 1993 thì giá đất mới có định nghĩa chính thức. Theo LĐĐ 2003, giá đất (hay giá quyền sử dụng đất (**QSĐĐ**)) chính là số tiền nhất định tính trên một đơn vị diện tích đất.<sup>2</sup>

Như vậy, giá đất chính là giá cả của đất đai, là thước đo “giá trị” để loại “hàng hóa” này được lưu thông trên thị trường. Về phương diện kinh tế học, giá đất chính là phạm trù kinh tế biểu thị mối tương quan giữa đất đai và các hàng hóa khác thông qua phương tiện thanh toán chung là tiền tệ. Có thể nói, thừa nhận giá cả đất đai chính là thừa nhận thuộc tính hàng hóa của nó. Thừa nhận thị trường QSĐĐ không thể không thừa nhận giá đất, bởi nó chính là yếu tố trung tâm của kinh tế hàng hóa và kinh tế thị trường. Giá đất vì vậy chính là phạm trù kinh tế khách quan trong điều kiện của một nền kinh tế hàng hóa vận động theo cơ chế thị trường, bất chấp sự đặc thù của chế độ sở hữu đất đai.

Trong điều kiện chỉ có một hình thức sở hữu nhà nước đối với đất đai như ở Việt Nam, giá đất trước hết là căn cứ quan trọng để Nhà

nước thực hiện quyền kinh tế của chủ sở hữu, bởi thông qua nó các khoản thu ngân sách từ đất đai mới có thể được xác định một cách cụ thể. Đối với các chủ thể kinh doanh, giá đất là cơ sở để xác định chi phí đầu vào, từ đó quyết định giá thành sản xuất và giá cả hàng hóa bán ra thị trường. Ngoài ra, đối với mọi người trong xã hội, giá đất luôn có ảnh hưởng rất lớn vì đất đai là yếu tố quyết định cho sự an cư, lạc nghiệp.

Chính vì vậy, đảm bảo giá đất hợp lý và bình ổn giá đất có ý nghĩa rất quan trọng đối với thị trường QSĐĐ nói riêng và toàn bộ đời sống kinh tế xã hội nói chung. Để làm được điều này, các yếu tố ảnh hưởng đến giá đất cũng như xu hướng của nó cần phải nhận thức được đầy đủ.

Cũng như các hàng hóa khác, giá đất là nơi gặp nhau giữa cung và cầu về đất đai. Tuy nhiên, khác với các hàng hóa khác, cung về đất đai (hay QSĐĐ) mang tính cố định cao và khó điều chỉnh, bởi đất đai là một yếu tố “hữu hạn” và con người không thể làm ra đất đai. Trong khi đó, cầu về đất đai luôn có xu hướng gia tăng do áp lực về dân số và nhu cầu đối với đất đai ngày càng đa dạng hơn. Chính vì vậy, tăng giá chính là xu hướng tất yếu của hàng hóa đất đai. Vấn đề quan trọng ở chỗ là làm thế nào để đảm bảo cho sự gia tăng này mang tính ổn định, không bị đột biến, phù hợp với mức độ tăng trưởng của kinh tế xã hội và thu nhập của người dân.

Để hoàn thành nhiệm vụ trên, vai trò của pháp luật và chức năng quản lý nhà nước là những yếu tố mang tính quyết định. Nếu pháp luật phù hợp, quản lý nhà nước có hiệu quả, tình trạng giá đất tăng một cách đột biến do đầu cơ về đất đai sẽ không thể xảy ra, từ đó thị trường QSĐĐ và thị trường bất động sản (**BDS**) mới có thể phát triển lành mạnh. Ngược lại, nếu để tình trạng “giá ảo” xảy ra

\* TS, Giảng viên khoa Luật Thương mại Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh

<sup>1</sup> Điều 12 Luật Đất đai 1993.

<sup>2</sup> Khoản 23 Điều 4 LĐĐ 2003. Quy định này đồng nhất giá đất với giá “QSĐĐ”.

thường xuyên thì việc “đóng băng” thị trường BĐS, như đã xảy ra ở Việt Nam trong thời gian qua, là điều không thể tránh khỏi.

Muốn quản lý nhà nước và điều chỉnh pháp luật một cách hiệu quả về giá đất, chúng ta cần phải nắm bắt được các đặc trưng của nó. *Thứ nhất*, giá đất phụ thuộc rất lớn vào khả năng sinh lợi của từng thửa đất. Yếu tố này lại phụ thuộc trực tiếp vào mục đích sử dụng đất. Nói cách khác, mục đích sử dụng khác nhau thì giá cả sẽ khác nhau. *Thứ hai*, giá đất mang tính khu vực bởi điều kiện kinh tế xã hội của mỗi nơi không giống nhau. Những thửa đất có cùng mục đích sử dụng, cùng diện tích nhưng tọa lạc ở những địa điểm khác nhau sẽ khó có giá như nhau bởi tính “cá biệt” của chúng. *Thứ ba*, giá đất có thể bị tác động bởi chính sách điều tiết của Nhà nước đối với những khoản thu từ đất và dựa vào diện tích đất tích tụ. *Thứ tư*, đầu cơ đất đai là một yếu tố ảnh hưởng trực tiếp đến tình hình giá đất. Kiểm soát tốt yếu tố này, Nhà nước sẽ xác định được giá đất phù hợp và dễ dàng bình ổn được giá đất.

## 2. Thực trạng pháp luật về giá đất

Giá đất là yếu tố cơ bản của hệ thống tài chính đất đai và là một yếu tố quan trọng của thị trường QSDĐ. Việc thừa nhận và quy định về giá đất của Nhà nước chính là cơ sở pháp lý cho sự tồn tại của các quan hệ hàng hóa QSDĐ và thị trường QSDĐ. Tuy nhiên, các yếu tố này chỉ có thể phát huy sự tích cực của mình khi chúng ta có một giá đất phù hợp. Theo quy định hiện hành, có hai loại giá đất đang tồn tại và được áp dụng trên thực tế: **giá đất của Nhà nước** và **giá đất thị trường**.

**Giá đất của Nhà nước** là giá do Nhà nước quy định, bao gồm 2 loại: **Khung giá đất** của Chính phủ và **Bảng giá đất** của Ủy ban nhân dân (UBND) cấp tỉnh các địa phương. Trong hai loại này thì chỉ có giá đất của UBND cấp tỉnh được áp dụng trực tiếp với người sử dụng đất (SDD), còn khung giá của Chính phủ chỉ có tác dụng “khống chế” giá đất trong bảng giá của UBND cấp tỉnh các địa phương. Theo pháp luật hiện hành, “*Căn cứ giá chuyển nhượng quyền sử dụng đất thực tế tại địa phương, UBND cấp tỉnh*

*được quyết định giá các loại đất cụ thể trong giới hạn cho phép cao hơn không quá 20% so với mức giá tối đa và thấp hơn không quá 20% so với mức giá tối thiểu của khung giá đất cùng loại do Chính phủ quy định*”.<sup>3</sup> Theo khoản 4 Điều 56 LDD 2003, giá đất do UBND cấp tỉnh quy định phải được điều chỉnh hàng năm và được sử dụng chủ yếu để *xác định nghĩa vụ tài chính của người SDD* đối với trường hợp Nhà nước giao, cho thuê đất không thông qua đấu giá QSDĐ và trường hợp *bồi thường cho người có đất bị Nhà nước thu hồi*. Để đảm bảo giá đất này hợp lý, pháp luật đã quy định một nguyên tắc quan trọng, đó là giá đất của Nhà nước phải “*sát với giá chuyển nhượng QSDĐ thực tế trên thị trường trong điều kiện bình thường*”.<sup>4</sup>

**Giá đất thị trường** là giá hình thành thông qua các hoạt động của thị trường QSDĐ. Loại giá này có thể là giá trúng đấu giá trong trường hợp đấu giá QSDĐ<sup>5</sup> hoặc là giá do các bên thỏa thuận trong các giao dịch QSDĐ.

Như vậy, về mặt lý thuyết giá đất theo quy định hiện nay rất lý tưởng. Pháp luật cho phép tồn tại giá đất thị trường và có cơ chế để giá đất của Nhà nước “tiệm cận” với giá thị trường. Tuy nhiên, sự lý tưởng mang tính “nguyên tắc” này lại thiếu các yếu tố hỗ trợ để trở thành hiện thực. Để đánh giá chính xác thực trạng pháp luật về vấn đề này, chúng ta cần xem xét các quan hệ đất đai cần áp dụng giá đất, loại giá đất áp dụng và chủ thể quyết định loại giá đất đó.

### 2.1. Quan hệ giữa Nhà nước và người sử dụng đất

Quan hệ mang tính tài sản giữa Nhà nước và người sử dụng đất được chia thành hai loại: quan hệ giao đất, cho thuê đất (chuyên giao quyền sử dụng đất) và quan hệ thu hồi đất (chấm dứt quyền sử dụng đất). Đây là những quan hệ của thị trường QSDĐ sơ cấp (primary market).

Trong trường hợp Nhà nước giao đất, cho

<sup>3</sup> Khoản 2 Điều 6 Nghị định 188/2004/NĐ-CP đã được sửa đổi bổ sung bởi Nghị định 123/2007/NĐ-CP ngày 27/7/2007 Quy định về phương pháp xác định giá đất và Khung giá các loại đất.

<sup>4</sup> Điều a khoản 1 Điều 56 LDD 2003.

<sup>5</sup> Đấu giá QSDĐ bao gồm 2 trường hợp: Đấu giá QSDĐ khi Nhà nước giao đất, cho thuê đất và đấu giá QSDĐ để xử lý nợ của người sử dụng đất.

thuê đất thì người SDD phải nộp tiền sử dụng đất (trường hợp giao đất có thu tiền sử dụng đất) hoặc tiền thuê đất. Các khoản tiền này được xác định dựa vào giá đất và các yếu tố có liên quan. Theo điểm a khoản 2 Điều 4 Nghị định 198/2004/NĐ-CP ngày 3/12/2004 về thu tiền sử dụng đất đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định 120/2010/NĐ-CP ngày 30/12/2010 thì giá đất tính thu tiền sử dụng đất trong trường hợp Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất không thông qua hình thức đấu giá QSDĐ là giá đất do Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quy định; trường hợp giá đất do UBND cấp tỉnh quy định chưa sát với giá chuyển nhượng QSDĐ thực tế trên thị trường trong điều kiện bình thường thì Ủy ban nhân dân cấp tỉnh căn cứ vào giá chuyển nhượng QSDĐ thực tế trên thị trường để quyết định giá đất cụ thể cho phù hợp. Giá đất dùng làm căn cứ tính tiền thuê đất mà người SDD phải nộp cho Nhà nước trong trường hợp được Nhà nước cho thuê đất cũng được quy định tương tự tại Nghị định 121/2010/NĐ-CP ngày 30/12/2010.<sup>6</sup>

Đối với quan hệ thu hồi đất thuộc trường hợp người SDD được bồi thường (đền bù) những thiệt hại do việc thu hồi đất gây ra, giá đất tính tiền bồi thường cũng là một yếu tố quan trọng hàng đầu. Theo khoản 1 Điều 9 Nghị định 197/2004/NĐ-CP ngày 03/12/2004 về bồi thường, hỗ trợ tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất đã được sửa đổi bổ sung tại khoản 2 Điều 4 Nghị định 17/2006/NĐ-CP ngày 27/01/2006 thì: *“Giá đất để tính bồi thường là giá đất theo mục đích đang sử dụng đã được UBND tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương quy định và công bố; trường hợp tại thời điểm có quyết định thu hồi đất mà giá này chưa sát với giá chuyển nhượng quyền sử dụng đất thực tế trên thị trường trong điều kiện bình thường thì UBND tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương quyết định giá đất cụ thể cho phù hợp”*.

Như vậy, giá đất trong cả hai quan hệ nói trên đều do Nhà nước quyết định, cho dù tính chất các quan hệ này khác nhau. Ở quan hệ giao, cho thuê đất, Nhà nước là người cung cấp

hàng hóa và người sử dụng đất là khách hàng. Nếu xét một cách đơn giản, người bán hàng đương nhiên là người có quyền quyết định giá bán hàng hóa của mình. Tuy nhiên, ở quan hệ thu hồi đất, Nhà nước lại đứng ở vị trí “khách hàng” còn người sử dụng đất lại là người bán hàng “bắt buộc”. Lẽ ra, Nhà nước cũng phải để cho người có đất thu hồi làm công việc mà Nhà nước đã làm ở vị trí này. Việc quy định cho Nhà nước quyết định giá bồi thường như đã nói ở trên là thiếu sòng phẳng, bất công vì nó có thể và thực tế đã gây ra tổn hại đến lợi ích chính đáng của người có đất bị thu hồi.

## 2.2. Quan hệ giữa người sử dụng đất với nhau và với các chủ thể khác

Đây là những quan hệ mang tính dân sự - thương mại phát sinh trong quá trình giao dịch (chuyển quyền) SDD. Theo pháp luật hiện hành, giá đất trong các giao dịch này đều do các bên tham gia giao dịch thỏa thuận, trừ trường hợp hộ gia đình, cá nhân thế chấp QSDĐ nông nghiệp được Nhà nước giao đất không thu tiền sử dụng đất.<sup>7</sup>

Như đã nói ở trên, giá đất thỏa thuận trong giao dịch QSDĐ là một trong các loại giá thị trường. Vì vậy, loại giá này sẽ là căn cứ để các cơ quan nhà nước có thẩm quyền xem xét, đánh giá giá đất do mình quy định có hợp lý hay không để từ đó quyết định một mức giá đất “phù hợp” cho các quan hệ đất đai có liên quan đến mình. Nhiệm vụ tưởng chừng như đơn giản này lại vô cùng khó khăn trong điều kiện hiện nay vì thực tế rất khó xác định giá thị trường thực sự. Có hai nguyên nhân cơ bản làm cho nhiệm vụ này khó thực hiện. *Thứ nhất*, chưa có cơ chế kiểm soát và lưu trữ thông tin về giá đất đối với các giao dịch. *Thứ hai*, không có cơ chế xác định giá giao dịch QSDĐ giữa hộ gia đình, cá nhân với nhau. Trong điều kiện thanh toán bằng tiền mặt phổ biến hiện nay, không loại trừ khả năng các chủ thể này thỏa thuận hai giá đất giao dịch khác nhau trong hai hợp đồng khác nhau để trốn thuế (giá thực nằm ở hợp đồng không chính thức, trong khi giá chính thức thì không thực). Bộ Tài nguyên

<sup>6</sup> Khoản 3 Điều 2 Nghị định 121/2010/NĐ-CP ngày 30/12/2010.

<sup>7</sup> Điểm a khoản 5 Điều 64 Nghị định 181/2004/NĐ-CP. Trường hợp cá biệt này cũng chỉ tồn tại trên lý thuyết.

và Môi trường cũng đã thừa nhận, Nhà nước vẫn chưa tổ chức được hệ thống theo dõi giá đất trên thị trường để làm cơ sở định giá phù hợp. Thực trạng này khiến cho giá đất của Nhà nước chỉ bằng 30% - 60% giá đất thị trường.<sup>8</sup>

Từ những phân tích trên chúng ta có thể kết luận rằng, ở Việt Nam hiện nay vẫn còn tồn tại cơ chế “2 giá đất”. Cơ chế này là một trong những nguyên nhân chính đã gây ra những hạn chế, tiêu cực sau:<sup>9</sup>

(i) *Tình trạng tham nhũng, thất thu ngân sách về đất đai ngày càng nghiêm trọng.*

Thực trạng tiêu cực này dễ dàng được nhìn thấy thông qua bản thân cơ chế giá đất và thực tiễn quản lý đất đai. Thứ nhất, cơ chế hai giá đất có sự chênh lệch quá lớn giữa giá đất của Nhà nước và giá thị trường đã tạo ra sự chênh lệch khá lớn giữa số tiền mà nhà đầu tư phải trả cho Nhà nước và số tiền họ được thụ hưởng từ hoạt động kinh doanh trên thị trường của mình. Thứ hai, cơ chế hai giá đất như trên góp phần rất lớn cho nạn tham nhũng trong lĩnh vực đất đai. Lợi dụng phương thức giao đất, cho thuê đất truyền thống theo kiểu “xin - cho”, các cơ quan, cán bộ quản lý đất đai có cơ hội (và thực tế có thể) đã nhận những khoản tiền rất lớn từ các nhà đầu tư. Khoản tiền này lẽ ra đã thuộc về ngân sách nhà nước nếu áp dụng triệt để phương thức đấu giá, thay vì giao, cho thuê theo cách chỉ định rất được “ưa thích” hiện nay.<sup>10</sup> Gần đây, theo thông tin từ Thanh tra Chính phủ, có địa phương đã giao hàng ngàn hecta “đất vàng” không thông qua đấu giá QSDĐ theo quy định.<sup>11</sup> Bên cạnh đó,

<sup>8</sup> Hoàng Lan, *Khung giá đất nhà nước chỉ bằng 30-60% thị trường*, <http://vnexpress.net/gl/kinh-doanh/bat-dong-san/2011/02/khung-gia-dat-nha-nuoc-chi-bang-30-60-thi-truong/>

<sup>9</sup> Xem thêm Truong Thien Thu, Ranjith Perera, *Consequences of the two-price system for land in the land and housing market in Ho Chi Minh City, Vietnam*, Habitat International, [www.elsevier.com/locate/habitatint](http://www.elsevier.com/locate/habitatint).

<sup>10</sup> Việc giao chỉ định “khu đất vàng” tại số 66 - 68 -70 Đường Lê Thánh Tôn, Quận 1 Thành phố Hồ Chí Minh cho Công ty Vincom là một vụ việc gây ra nhiều nghi vấn. Xem V.C. Mai-Như Hằng, *TP.HCM: Vincom - “chủ mới của hai khu đất vàng”*. *Tại sao chọn Vincom?*, Báo Tuổi trẻ ngày 27/6/2007.

<sup>11</sup> Phương Nam - Phú Nhuận, *Bình Thuận: Giao “đất vàng” không đấu giá*, <http://phapluattp.vn/20110225122257134p0c1015/binh-thuan-giao-dat-vang-khong-dau-gia.htm>

sự bất hợp lý của chính sách “hai giá đất” đã tạo điều kiện thuận lợi cho một số cán bộ nhà nước lợi dụng chính sách ưu đãi tiến hành hóa giá nhà đất của Nhà nước để trục lợi. Theo các số liệu được cung cấp bởi những chuyên gia có uy tín của Bộ Tài nguyên & Môi trường, việc áp dụng cơ chế hai giá đất không phù hợp trong khoảng thời gian từ năm 1994 - 2004 đã làm thiệt hại cho Nhà nước và xã hội khoảng 70 tỷ USD.<sup>12</sup> Thứ ba, theo quy định của pháp luật hiện hành, giá đất của Nhà nước được coi là “giá sàn” để tính thuế thu nhập từ chuyển QSDĐ. Nghĩa là, trong trường hợp các bên tham gia giao dịch thỏa thuận giá giao dịch thấp hơn giá đất do Nhà nước quy định (pháp luật không cấm) thì giá đất của Nhà nước sẽ được sử dụng để tính thuế.<sup>13</sup> Đây là kẽ hở để những chủ thể muốn trốn thuế thỏa thuận “giá ảo” khi giao dịch. Việc này không thể xảy ra nếu không tồn tại cơ chế hai giá đất như hiện nay.

(ii) *Quyền và lợi ích chính đáng của người sử dụng đất khi bị thu hồi đất không được đảm bảo một cách thỏa đáng.*

Như đã phân tích ở trên, giá đất tính tiền bồi thường cho người có đất bị thu hồi về cơ bản cũng được áp dụng theo bảng giá đất của UBND cấp tỉnh nơi có đất bị thu hồi. Trường hợp giá đất này chưa sát với giá thị trường thì UBND cấp tỉnh nơi có đất sẽ quyết định giá bồi thường cho phù hợp. Tuy nhiên, mức giá được “quyết định lại” như thế nào thì phụ thuộc vào người thực thi pháp luật – những cán bộ nhà nước có thẩm quyền. Tùy thuộc vào sự hiểu biết (trình độ chuyên môn), quan điểm, đạo đức và những tác nhân khác mà giá đất bồi thường có thể khác nhau cho những trường hợp bị thu hồi đất giống nhau. Trên thực tế đã có không ít trường hợp giá đất tính tiền bồi thường không thỏa đáng, làm cho người có đất bị thu hồi lâm vào tình trạng khó khăn

<sup>12</sup> GS.TSKH Đặng Hùng Võ, *Thiệt hại hơn 70 tỷ USD vì chính sách “hai giá” đất*, Báo Kinh tế & Đô thị, ngày 05/02/2007

<sup>13</sup> Xem điểm b khoản 2 Điều 18 Nghị định 100/2008/NĐ-CP ngày 8/9/2008 về quy định chi tiết một số điều Luật Thuế Thu nhập cá nhân.



hơn trong cuộc sống.<sup>14</sup> Nguyên nhân chính có thể khẳng định là do giá đất của Nhà nước quá thấp nên giá bồi thường không thể được quyết định cao hơn quá nhiều so với giá đất đã được ấn định trong bảng giá. Đây cũng là một trong những hậu quả tiêu cực nhất về mặt kinh tế - xã hội mà cơ chế hai giá đất gây ra.

*(iii) Việc tiếp cận đất đai của các nhà đầu tư trở nên khó khăn; nhiều dự án đầu tư bị chậm tiến độ vì lý do chậm giải phóng mặt bằng.*

Tiếp cận đất đai là một tiêu chí quan trọng trong đầu tư, cũng là một trong số mười chỉ số thành phần được tính điểm để xếp hạng năng lực cạnh tranh cấp tỉnh (PCI).<sup>15</sup> Có nhiều nguyên nhân dẫn đến việc tiếp cận đất đai của các nhà đầu tư, đặc biệt là các doanh nghiệp thuộc thành phần kinh tế tư nhân, rất khó khăn (như cơ chế phân phối đất đai; giá đất; sự minh bạch trong việc nắm bắt thông tin về đất đai; v.v.), trong đó cơ chế áp dụng giá đất có thể coi là một nguyên nhân quan trọng. Trong điều kiện cơ chế hai giá đất, những nhà đầu tư nào có lợi thế về mối quan hệ thân quen (chẳng hạn như doanh nghiệp nhà nước) hoặc biết vận dụng cơ chế “xin – cho” trong phân phối đất đai sẽ được ưu tiên giao đất theo phương thức thông thường, với mức giá đã được quy định trong bảng giá của UBND cấp tỉnh nơi có đất. Tình trạng này không chỉ làm lãng phí đất đai bởi thực tế đã nhiều doanh nghiệp xin giao, thuê đất theo kiểu “xí phần” trong khi những nhà đầu tư thực thụ lại không có đất sử dụng.<sup>16</sup> Bên cạnh đó, cơ chế giá đất không phù hợp khiến cho việc giải phóng mặt bằng để thực

<sup>14</sup> Ví dụ vụ thu hồi đất khu tái định cư Bến xe – Bộ đội biên phòng ở Bạc Liêu: nhiều trường hợp bị thu hồi 100% diện tích đất nhưng số tiền bồi thường chỉ đủ cất chòi lá để ở. Xem bài “*Bạc Liêu: Cần xem xét lại giá đất đền bù thu hồi đất khu tái định cư Bến xe – Bộ đội biên phòng*”, [http://www.gdla.gov.vn/content/blogcategory/78/95/lang.vn/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1171&Itemid=94&lang=en](http://www.gdla.gov.vn/content/blogcategory/78/95/lang.vn/index.php?option=com_content&task=view&id=1171&Itemid=94&lang=en) (Website của Tổng cục Quản lý Đất đai).

<sup>15</sup> [http://vi.wikipedia.org/wiki/Ch%E1%BB%89\\_s%E1%BB%91\\_n%C4%83ng\\_l%E1%BB%B1c\\_c%E1%BA%A1nh\\_tranh\\_c%E1%BA%A5p\\_t%E1%BB%89nh\\_#B.C3.ACnh\\_lu.E1.BA.ADn](http://vi.wikipedia.org/wiki/Ch%E1%BB%89_s%E1%BB%91_n%C4%83ng_l%E1%BB%B1c_c%E1%BA%A1nh_tranh_c%E1%BA%A5p_t%E1%BB%89nh_#B.C3.ACnh_lu.E1.BA.ADn) (Bách Khoa Toàn thư mở).

<sup>16</sup> Xem Bài: “*Dự án xí phần – đất vàng hoang hóa*”, <http://www.baomoi.com/Du-an-xi-phan-dat-vang-hoang-hoa/45/3051263.epi>

hiện dự án đầu tư của nhiều doanh nghiệp trở nên khó khăn, gây thiệt hại lớn về mặt kinh tế.<sup>17</sup> Hậu quả tiêu cực này cũng không “buông tha” các dự án hạ tầng của Nhà nước. Nhiều công trình hạ tầng kỹ thuật chậm tiến độ phải liên tục điều chỉnh vốn đầu tư khiến cho hiệu quả đầu tư thấp, chi phí cao, ảnh hưởng lớn đến tăng trưởng kinh tế và góp phần làm gia tăng tỷ lệ lạm phát.

### 3. Giải pháp

**3.1. Xóa bỏ cơ chế hai giá đất** để đảm bảo sự hợp lý, công bằng trong việc áp dụng giá đất cho cả trường hợp tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất và trường hợp xác định nghĩa vụ tài chính của người SDĐ là vấn đề tất yếu phải làm, càng sớm càng tốt. Để giải quyết vấn đề này, nguyên nhân tồn tại cơ chế hai giá đất phải được xác định. Nguyên nhân này nằm trong cách thức quy định và áp dụng giá đất của Nhà nước.

Việc cho phép UBND cấp tỉnh các địa phương ban hành bảng giá đất riêng để áp dụng cho địa phương mình như hiện nay là hoàn toàn hợp lý, bởi vì giá cả “hàng hóa” phải do cung – cầu, điều kiện kinh tế - xã hội của từng địa phương quyết định, không thể có một mức giá chung cho tất cả các địa phương trên cả nước. Tuy nhiên, trước lo ngại việc quy định giá đất tùy tiện của địa phương, pháp luật đã quy định cho phép Chính phủ ban hành một khung giá đất để không chế giá đất của tất cả các địa phương. Khung giá này chỉ được điều chỉnh khi “*giá chuyển nhượng QSDĐ phổ biến trên thị trường của một số hoặc tất cả các loại đất trong các bảng khung giá đất có biến động liên tục kéo dài trong thời hạn 60 ngày trở lên, trên phạm vi rộng (nhiều tỉnh, thành phố), gây nên chênh lệch giá lớn: tăng từ 30% trở lên so với giá tối đa hoặc giảm từ 30% trở lên so với giá tối thiểu trong khung giá...*”.<sup>18</sup> Điểm bất cập lớn ở đây là pháp luật không quy định rõ bao nhiêu tỉnh, thành phố là “phạm vi rộng” cần thiết để điều chỉnh giá đất. Hơn nữa, thực tế giá đất có thể

<sup>17</sup> Trung Đức, *Tiếp cận đất đai: Rào cản khó dỡ*, <http://dddn.com.vn/20101214045516893cat175/tiep-can-dat-dai-rao-can-kho-do.htm>

<sup>18</sup> Điều 7 Nghị định 188/2004/NĐ-CP Quy định về phương pháp xác định giá đất và khung giá các loại đất.

tăng hoặc giảm cục bộ theo từng địa phương do tác động của việc phát triển kinh tế xã hội. Vì vậy, việc điều chỉnh khung giá phải chờ vào sự biến động giá của nhiều địa phương là điều rất bất hợp lý. Đây chính là nguyên nhân chủ yếu khiến nhiều địa phương bị động, không thể điều chỉnh giá đất cho phù hợp với tình hình của thị trường. Điển hình là khu vực Hà Nội và Thành phố Hồ Chí Minh, giá đất cao nhất hiện tại mà các địa phương này được phép quy định cho phù hợp với Khung giá đất của Chính phủ là 81 triệu đồng/m<sup>2</sup>, trong khi giá đất giao dịch và giá đất bồi thường cho người có đất bị thu hồi trên thực tế lên đến hàng trăm triệu đồng.<sup>19</sup>

Như vậy, sự tồn tại của Khung giá đất của Chính phủ không có nhiều ý nghĩa thiết thực. Điều này càng được củng cố thêm bởi quy định về việc áp dụng giá đất để xác định nghĩa vụ tài chính của người sử dụng đất. Giá đất này sẽ do UBND cấp tỉnh quyết định nếu thấy rằng nó chưa sát với giá chuyển nhượng QSDĐ thực tế trên thị trường trong điều kiện bình thường mà không phụ thuộc vào Khung giá đất của Chính phủ.<sup>20</sup> Với quy định như vậy thì rõ ràng sự tồn tại một Khung giá đất của Chính phủ như hiện nay là hoàn toàn không cần thiết.

### 3.2. Kéo dài chu kỳ định giá đất của Nhà nước

Chu kỳ định giá và điều chỉnh giá đất quá ngắn sẽ kích thích tăng giá, gây bất ổn cho thị trường đất đai. Theo quy định hiện hành, UBND cấp tỉnh các địa phương phải điều chỉnh giá đất tại địa phương mình hàng năm.<sup>21</sup> Chính quy định này đã tạo nên tâm lý về xu hướng tăng giá đất một cách đương nhiên, gây ra nhiều khó khăn cho đời sống kinh tế xã hội. Kinh nghiệm các nước trên thế giới cho thấy, để đảm bảo ổn

định giá cả đất đai, BĐS, chu kỳ định giá chuẩn BĐS tối thiểu là ba năm một lần (như Trung Quốc) và đối với những nền kinh tế ổn định thì có thể kéo dài đến sáu năm một lần (như Thụy điển). Việt Nam là nước đang phát triển nên việc tăng giá đất đai nhanh chóng là điều tất yếu. Tuy nhiên, để kiềm chế việc tăng giá đất đai nói riêng và giá BĐS nói chung, góp phần hạn chế lạm phát, pháp luật chỉ nên quy định việc điều chỉnh giá đất của các địa phương thực hiện ba năm một lần hoặc khi cần thiết, chứ không nên bắt buộc thực hiện hàng năm như hiện nay.<sup>22</sup>

### 3.3. Đảm bảo công bằng trong việc định giá đất bồi thường cho người có đất bị thu hồi.

Giá đất được xác định và áp dụng trên thực tế phải đảm bảo hài hòa các lợi ích có tính chất “đôi lập” nhau: lợi ích của Nhà nước và của người SDD. Tuy nhiên, quy định về “quyền” định giá đất hiện nay chỉ trao cho Nhà nước, đặc biệt là trong trường hợp bồi thường cho người có đất bị thu hồi khiến yêu cầu này không được đảm bảo. Theo tôi, bất kỳ trường hợp nào cần sử dụng giá đất thì giá này phải được xác định bởi một cơ quan định giá chuyên môn độc lập được Nhà nước công nhận tại thời điểm áp dụng giá đất. Để làm được điều này, bên cạnh việc tạo điều kiện để các tổ chức kinh doanh dịch vụ định giá đất chuyên nghiệp thành lập và hoạt động, thì Nhà nước cần phải có quy định tạo điều kiện để người có đất bị thu hồi tự chứng minh giá trị đích thực của diện tích đất bị thu hồi để bảo vệ lợi ích chính đáng của mình. Có thể cách làm này sẽ gây tâm lý lo ngại rằng việc triển khai các dự án đầu tư công trình công cộng, dự án phát triển kinh tế khó khăn hơn nhưng chúng ta cũng phải thẳng thắn nhìn nhận một thực tế là, trong điều kiện cơ chế giá đất hiện nay, các dự án trên cũng không dễ dàng thực hiện vì lý do giải phóng mặt bằng. Vì vậy, một khi giá đất bồi thường được xác định một cách hợp lý, quyền lợi chính đáng của người có đất bị thu hồi được đảm bảo một cách công bằng, minh bạch thì hạn chế này chắc chắn sẽ được giải quyết. •

<sup>22</sup> Phạm Ngô Hiếu, *Tìm hiểu về định giá đất, Bất động sản và một số mô hình trên thế giới*, Tài nguyên & Môi trường số 6/2005, tr. 45-47.

<sup>19</sup> Tùng Nguyên, *TP.HCM: Giá đất bồi thường GPMB kỷ lục 155 triệu đồng/m<sup>2</sup>*, <http://dantri.com.vn/c728/s728-461636/gia-dat-boi-thuong-gpmb-ky-luc-155-trieu-dongm2.htm>. Tại Thành phố Hà Nội, có dự án chủ đầu tư phải đề nghị bồi thường với mức giá 500 triệu đồng/m<sup>2</sup>. Xem: *Đền bù 1 tỷ đồng/m<sup>2</sup> đất vàng có vô lý?*, <http://www.horea.org.vn/home/news.php?id=3814> (Hiệp Hội Bất động sản TP.HCM).

<sup>20</sup> Điều 11 Nghị định 69/2009/NĐ-CP ngày 13/8/2009.

<sup>21</sup> Khoản 4 Điều 56 Luật Đất đai 2003.

## TỔ CHỨC THƯƠNG MẠI THẾ GIỚI WTO – AI THỰC SỰ LÀ NGƯỜI ĐIỀU HÀNH

HÉLÈNE RUIZ FABRI \*  
HUỲNH THỊ THU TRANG \*\*

Từ trước đến nay, người ta đã viết đủ điều về WTO, từ so sánh tổ chức này với thủy quái Leviathan không chế cả hành tinh đến gán cho nó hình ảnh một tổ chức lạc hậu và/hoặc bất lực. Sự tồn tại của những nhận định rất khác nhau về tổ chức cũng là một điều hợp lẽ bởi quan điểm về WTO sẽ hoàn toàn thay đổi tùy vào vị thế của người đưa ra nhận định. Một lý do khác nữa: đây là một tổ chức có hai mặt và, cũng như đối với nhiều đối tượng nghiên cứu, người đưa ra đánh giá phải đi sâu hơn bề mặt của sự vật để có thể rút ra ý nghĩa ẩn chứa bên trong. Cách tiếp cận này khẳng định cảm nhận mà nhiều nhà quan sát có về tính hai mặt của WTO.

Do WTO cũng thường xuyên làm công tác truyền thông, một phương pháp đánh giá có thể được áp dụng là xem xét những gì tổ chức tự nói về mình. “Phiếu lý lịch” trên trang web của WTO có thể là điểm xuất phát tốt và là định hướng để nhận dạng những điều mâu chốt làm rõ ai đang lãnh đạo tại WTO và đối tượng điều chỉnh của WTO là gì.

Nơi đặt trụ sở: Geneva, Thụy Sĩ  
Ngày thành lập tổ chức: 01/01/1995  
Nguồn gốc ra đời: các Những đàm phán của Vòng đàm phán Uruguay (1986-1994)  
Số quốc gia thành viên: 153 quốc gia tại thời điểm ngày 23/07/2008  
Ngân sách hoạt động: 194 triệu francs Thụy Sĩ cho tài khóa 2010  
Nhân sự của Ban thư ký: 637 người  
Ban giám đốc: Pascal Lamy (Tổng giám đốc)  
Chức năng nhiệm vụ:  
- Quản lý và điều hành các hiệp định thương mại WTO  
- Làm diễn đàn cho các cuộc đàm phán thương mại  
- Giải quyết tranh chấp thương mại  
- Rà soát các chính sách thương mại quốc gia  
- Hỗ trợ kỹ thuật và đào tạo cho các quốc gia đang phát triển  
- Hợp tác với những tổ chức quốc tế khác (trích dẫn)

\* GS-TS, Hiệu trưởng Trường Luật - Đại học Paris I

\*\* Người dịch, ThS, Phó trưởng phòng QL NCKH & HTQT - Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh

**Geneva, Thụy Sĩ:** Trụ sở WTO đặt bên bờ hồ Léman, trong một phong cảnh điền viên, thoát nhìn có một bộ mặt rất riêng với những chi tiết như: ở hai bên cổng chính tòa nhà sơn xám với những đường nét khô khan, có những bức tượng theo chủ đề một bên là Hòa bình và một bên là Công lý; dọc theo cầu thang chính có các bức tranh tường lớn theo chủ đề lao động dưới nhiều hình thức khác nhau... Khách tham quan có thể nghĩ gì về những bức hội họa do Gustave-Louis Jaulmes trang trí cho căn phòng *Những bước chân lạc loài*: “Trong niềm vui chung”, “Lao động và phồn thịnh”, “Lợi ích của thư giãn”? Trên tường của trụ sở WTO có treo các bức tranh chuyển tải những thông điệp không tương xứng với “ngôi đền của toàn cầu hóa thương mại”, và cũng không thể hiện đúng sự việc tuy mang tính giai thoại nhưng lại có ý nghĩa là tại Hội nghị bộ trưởng Singapur 1996 - sự kiện lớn đầu tiên từ sau khi tổ chức ra đời - các thành viên đã quyết định gạt bỏ sự tham gia của các đại biểu thuộc Văn phòng Lao động quốc tế với tư cách là quan sát viên khỏi các buổi tranh luận của tổ chức. Đây là một quyết định mang tính biểu tượng nhằm chuyển tải thông điệp mạnh mẽ rằng trong các đàm phán thương mại quốc tế sẽ không có việc nói đến “sự phá giá xã hội”, theo cách gọi được sử dụng một cách vội vã ở các quốc gia phát triển phương Tây, cũng như sẽ không nói đến việc tuân thủ các chuẩn mực xã hội. Trong thực tế, sự lệch pha giữa vỏ bọc là các bức tường và điều được chứa đựng bên trong là WTO cũng chỉ là một trong số vô vàn trở trêu của lịch sử, vì trụ sở của WTO chính là tòa nhà vốn được xây cất trong thập niên 20 để làm trụ sở cho Văn phòng Lao động quốc tế và văn phòng này đã dọn khỏi nơi đây vào năm 1975.

**Ngày 1 tháng 1 năm 1995:** Hiệp định về việc thành lập Tổ chức thương mại thế giới (WTO), ký kết tại Marrakech năm 1994, đi vào hiệu lực. Đây là ngày chính thức ra đời của tổ chức. Như vậy, xét về mặt thời gian thì WTO còn khá non trẻ, mới ra đời được khoảng trên mười lăm năm. Đây là điểm mà chúng ta cần lưu ý để đánh giá đúng tầm quan trọng của những cam kết về luật và kinh tế đã được thỏa thuận từ năm 1995 đến nay, điều mà không phải đối tác tham gia đàm phán nào cũng ý thức đến. Việc thực hiện các cam kết đòi hỏi phải có thời gian thích nghi, vốn không được đánh giá đúng, đặc biệt là đối với và bởi các quốc gia đang phát triển.

Nhưng trong thực tế, WTO cũng có tuổi, nếu nhìn dưới hai góc độ. Đầu tiên là tổ chức này dựa theo một mô hình tổ chức quốc tế cổ điển trong đó mỗi nước thành viên bất kể là lớn hay nhỏ, mạnh hay yếu đều có một lá phiếu như nhau. Đây là điểm khác biệt giữa WTO và các tổ chức kinh tế khác như Quỹ tiền tệ quốc tế (IMF) và Ngân hàng thế giới (WB). Trong thực tiễn, quyết định trong WTO được thông qua theo cơ chế đồng thuận, ngoại trừ đối với việc giải quyết tranh chấp (khi ấy sẽ áp dụng cơ chế đồng thuận nghịch: các quyết định được thông qua trừ khi có sự đồng thuận bác bỏ). Có nghĩa là rất khó để có thể đi đến quyết định và mọi việc sẽ dễ dàng bị nghẽn tắc, nhất là khi tất cả các cơ cấu đều vận hành theo nguyên tắc toàn thể. Đây là mô hình hoạt động kế thừa từ quá khứ và đây là lý do thứ hai để có thể coi WTO là một tổ chức đã có tuổi. Tổ chức này không phải sinh ra từ số 0: nó được hình thành từ Hiệp định chung về thuế quan và thương mại (GATT), mà WTO tiếp thu và duy trì một số đặc tính. Vì vậy, WTO có ký ức và quá khứ lâu dài hơn rất nhiều so với tuổi đời của nó. Bề dày này vừa là một yếu tố thuận lợi nhưng cũng là một gánh nặng.

WTO đã thay thế GATT một phần vì những phương thức hoạt động của GATT ngày càng trở nên nặng nề, không còn phù hợp. Tuy nhiên, không phải vì lẽ đó mà những phương thức hoạt động này, đặc biệt là tinh thần chúng, bị loại bỏ hoàn toàn. Có lẽ cũng

cần nhắc lại rằng bản thân GATT là một thực thể hơi đặc biệt. GATT ban đầu chỉ là việc 23 quốc gia quyết định đưa vào hiệu lực tạm và trước thời hạn một phần của Hiến chương La Havana thiết lập Tổ chức thương mại quốc tế vào năm 1947. Phần Hiến chương này, liên quan tới thương mại hàng hóa, đã được áp dụng trong suốt gần một nửa thế kỷ và được WTO tiếp thu toàn bộ vào năm 1995. Chúng ta có thể hiểu những bước đầu gian truân của GATT khi nhớ rằng ở giai đoạn đó có sự đối đầu giữa hai quan điểm mang tính hệ thống về trật tự thương mại: quan điểm tự do và quan điểm của Keynes. Quan điểm tự do từng bước đã loại quan điểm Keynes và hoàn toàn thắng thế kể từ thập niên 1970. Có thể nói là GATT đã mở đường cho xu thế này vì GATT quy định việc tự do hóa thương mại trong khuôn khổ Hiến chương Tổ chức thương mại quốc tế; và vì mảng quy định về các can thiệp nhằm tạo ra công ăn việc làm cho mọi người cũng như thương mại các nguyên liệu đã bị từ bỏ. Sự chiến thắng về ý thức hệ của chủ nghĩa tự do hóa trong kinh tế được thể hiện rõ nét kể từ thập niên 80. Nó đã lật đổ yêu cầu có một trật tự kinh tế quốc tế mới do các nước cựu thuộc địa vừa giành được độc lập đề ra. Kể từ thập niên 90, thuyết tự do kinh tế đã được bổ sung và thừa nhận bởi chủ nghĩa tư bản và kinh tế thị trường, thay cho mọi hình thức tổ chức kinh tế khác, đặc biệt là kinh tế chỉ huy, và chiếm lĩnh vị trí độc tôn.

GATT tồn tại lâu dài và đóng vai trò của một tổ chức quốc tế thực sự, tuy có hơi đặc biệt về mặt thể chế, nhưng trong vòng gần năm mươi năm GATT đã là khuôn khổ cho đàm phán nhằm tự do hóa thương mại quốc tế cũng như cho việc hình thành một số quy tắc điều chỉnh thương mại quốc tế. Các bước phát triển đã thực hiện trong khuôn khổ những vòng đàm phán định kỳ giữa các quốc gia, trong đó có thể kể ra vòng sau cùng là Vòng đàm phán Uruguay diễn ra từ năm 1986 đến năm 1994.

GATT đã đạt được những thành tựu đáng kể và chứng minh hiệu quả của mình trong thực tiễn, vì ngay cả văn bản của Hiệp định cũng chưa lường trước được sự lớn mạnh của

GATT trong quá trình hoạt động của tổ chức này. Theo quan điểm phổ biến thì chính tính linh hoạt của GATT đã giúp cho GATT đạt được những thành tựu trên. Tính linh hoạt này thường được đề cao (vì đã chứng minh được tính thực tiễn hoặc thực dụng của một luật chơi điều chỉnh một lĩnh vực có nhiều biến động như thương mại?) và sự hiện diện của tính linh hoạt này vẫn là một trong những đặc tính quan trọng của WTO. Tuy thế, tính linh hoạt không chỉ có mặt tích cực. Nó còn gắn với một “tinh thần câu lạc bộ” (*mentalité de club*) theo đó những thành viên thâm niên nhất và/hoặc có trọng lượng nhất, vì lợi ích hay yêu cầu riêng, sẽ không do dự bắt tay nhau để lách những quy định của luật chơi. Điều này lý giải tại sao nông nghiệp hoặc dầu khí đã bị gạt ra khỏi phạm vi điều chỉnh của GATT. Ngoài ra, cũng có thể kể đến những hiệp định được gọi là “vùng xám” (hiệp định song phương hạn chế xuất khẩu, dàn xếp trật tự thương mại và các biện pháp cùng loại) mở đường cho việc chế ngự một sự cạnh tranh bị đánh giá là khốc liệt. Ta có thể kể đến những hạn chế “tự nguyện” về xuất khẩu ô tô áp đặt cho Nhật Bản vào thập niên 80. Trong một chừng mực nào đó thì lối hành xử trên có thể chấp nhận được, nhưng nếu đi quá đà thì tính toàn vẹn của GATT sẽ bị đe dọa. Tình hình này thường xuất hiện khi có khủng hoảng, nhiều quốc gia thường đưa ra những biện pháp bảo hộ ít nhiều đậm nét. Ngoài ra, tổ chức này đã nhanh chóng phát triển và thu hút hơn một trăm thành viên trong đó đa số là các nước đang phát triển. Đến lúc ấy, GATT không còn là một thực thể thuần nhất như hình ảnh của một câu lạc bộ nữa và vòng đàm phán khởi động vào năm 1986 là một cơ hội để đổi mới.

#### **Vòng đàm phán Uruguay (1986-1994):**

Phải mất 8 năm để vòng đàm phán Uruguay - bắt đầu dưới sự bảo trợ của GATT - được kết thúc với sự ra đời của WTO. Dự án ban đầu không có mục đích cho ra đời một tổ chức quốc tế mới mà chỉ nhằm tháo gỡ một số vướng mắc trong vận hành của GATT và mở rộng phạm vi điều chỉnh của các nguyên tắc đa phương cho đến thời điểm bấy giờ vẫn còn

giới hạn trong lĩnh vực thương mại hàng hóa. Mục đích nhắm đến là lĩnh vực thương mại dịch vụ đang ngày càng lớn mạnh. Nhưng khi vòng đàm phán kết thúc, phạm vi điều chỉnh được mở rộng hơn rất nhiều.

Trong vòng đàm phán này, hầu như không có một lĩnh vực nào bị bỏ quên. Phần cốt lõi của các cuộc đàm phán có vẻ như tập trung vào thương mại hàng hóa và trong thực tế các quốc gia đã quyết định cắt giảm hàng rào thuế quan xuống rất nhiều, trong đó mức thuế trung bình đối với các sản phẩm công nghiệp chỉ còn 3,5% . Một phần quan trọng không kém đó là việc chinh đốn và bổ sung công cụ pháp lý điều chỉnh các hàng rào phi thuế quan mà các quốc gia luôn sẵn sàng vận dụng nhằm mục đích bảo hộ. GATT 1947 được khoác lên một bộ áo mới thành GATT 1994 (vì văn bản gốc vẫn được giữ lại và được bổ sung bằng nhiều bản ghi nhớ thỏa thuận liên quan đến một số điều khoản), được bổ sung bằng một loạt những hiệp định về các rào cản đối với thương mại, các biện pháp phòng vệ, các biện pháp đầu tư liên quan đến thương mại (TRIMS), chống bán phá giá, định thuế hải quan, kiểm tra trước khi xuất, quy tắc xuất xứ, thủ tục giấy phép nhập khẩu, trợ cấp và các biện pháp đối kháng. Nói chung, các hiệp định trên chi tiết hóa các quy định của GATT cho từng lĩnh vực, về nội dung nhưng cũng là về, và chủ yếu về, thủ tục. Ngoài ra, vòng đàm phán này cũng đã đề cập đến một số lĩnh vực đặc biệt. Theo đó, đối với nông nghiệp, sẽ bắt đầu từng bước quá trình “bình thường hóa”, thể hiện qua lộ trình cắt giảm thuế xuất nhập khẩu nông sản và việc quản lý các biện pháp trợ cấp. Song song với Hiệp định về nông nghiệp, còn có Hiệp định về việc áp dụng các biện pháp kiểm dịch động-thực vật trong thương mại quốc tế. Mục đích là để các quốc gia không lạm dụng các tiêu chuẩn cần thiết làm công cụ bảo hộ. Một lĩnh vực khác cũng được bình thường hóa, đó là ngành vải sợi, từ rất lâu đã được hưởng một quy chế được gọi tên bằng một mỹ từ là “bảo hộ có tổ chức” cho phép các quốc gia phát triển áp đặt hạn ngạch (tuy có tăng dần) lên các nước

đang phát triển. Hiệp định về vải sợi và may mặc, nay đã hết hiệu lực (từ cuối 2004), được ký kết nhằm bố trí các bước để sau 10 năm sẽ đưa ngành này vào trong nhóm mà WTO gọi là nhóm “các ngành thông thường”.

Các quy định liên quan tới thương mại hàng hóa đã được phát triển đáng kể. Thêm vào đó là Hiệp định chung về thương mại dịch vụ (GATS), một hiệp định khung được cho là sao chép từ mô hình của GATT, vì nó được xây dựng trên cùng một nguyên tắc là không phân biệt đối xử, trong khi nó vẫn mang nhiều nét riêng. AGCS ?? đã được bổ sung thêm bằng bốn Nghị định thư, trong đó hai Nghị định thư liên quan đến dịch vụ tài chính (lĩnh vực nhạy cảm khiến cho các cuộc đàm phán đã không kết thúc kịp thời để được đưa vào các Hiệp định ký tại Marrakech), một Nghị định thư về vấn đề di chuyển của các thể nhân (vấn đề luôn tế nhị do mối liên hệ với các chính sách nhập cư), một về viễn thông. Cuối cùng với Hiệp định về các khía cạnh liên quan đến thương mại của quyền sở hữu trí tuệ, tất cả các quốc gia thành viên đều thống nhất bảo vệ quyền này khi ý thức được những tổn hại kinh tế gây ra bởi các hành vi xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ, làm giả, làm nhái hàng v.v. . .

Nhưng WTO còn đi xa hơn. Các quốc gia muốn có một sự đảm bảo đối với toàn bộ các cam kết, vì vậy họ xây dựng hai cơ chế hoạt động với hai mục đích khác nhau. Cơ chế thứ nhất mang tính “phòng ngừa”, là việc giám sát các chính sách thương mại của các quốc gia thành viên WTO thông qua kiểm tra định kỳ mà tần suất phụ thuộc vào thị phần trong thương mại quốc tế của quốc gia đó. Đây là nội dung của cơ chế giám sát các chính sách thương mại. Cơ chế thứ hai mang tính “chữa trị”, nhằm giải quyết các tranh chấp thương mại bằng một công cụ đã được chỉnh đốn căn cơ, đặc biệt là với việc đưa vào hai cấp xét xử và loại bỏ các nguyên nhân có thể dẫn đến bế tắc trong vận hành cũng như trong việc ra quyết định.

Chính trong bối cảnh ra đời của khối lượng lớn các quy định nêu trên mà các bên đã quyết định đặt toàn bộ các quy định này dưới sự quản lý của một tổ chức quốc tế chính

thông. Mục tiêu là nhằm gắn chung tất cả các thành tựu của đàm phán lại với nhau mà chất kết dính là nguyên tắc hiệp định duy nhất (*single undertaking*). Việc lựa chọn nguyên tắc này đã được quyết định bên lề Vòng đàm phán Uruguay nhằm đối phó với cách hành xử thông dụng ở thời kỳ GATT. Các chuyên gia về khoa học chính trị gọi đây là quá trình tự điều chỉnh của hệ thống. Từ thời kỳ GATT, các bên đã đàm phán một số hiệp định bổ sung, nhưng những hiệp định này chỉ có thể áp dụng đối với bản thân các quốc gia đã chấp nhận. Điều này đã tạo thuận lợi cho các lỗi ứng xử theo kiểu “nhặt và chọn” (*pick and choose*), các quốc gia thành viên của GATT chọn ra những điểm mà họ xét thấy có thể cam kết. Do không có một ràng buộc chung thống nhất nên tổ chức đã không vận hành một cách trơn tru, do đó dẫn đến việc lựa chọn nguyên tắc hiệp định duy nhất. Nguyên tắc này chi phối bản thân các cuộc đàm phán dựa trên ý tưởng là các đàm phán sẽ chỉ đạt được kết quả khi được chấp nhận trọn gói. Nhưng nguyên tắc này chủ yếu là nhằm quản lý kết quả của đàm phán theo logic là kết quả đàm phán được chấp nhận hay không chấp nhận cả gói chứ không được cắt khúc. Cái lợi của việc áp dụng nguyên tắc này trong đàm phán là những nhượng bộ đưa ra đối với một lĩnh vực nào đó trong hiệp định thì sẽ được bù đắp lại trong một lĩnh vực khác. Chúng ta đều biết sở dĩ các quốc gia đang phát triển đã chấp nhận Hiệp định về quyền sở hữu trí tuệ là vì đổi lại họ đã có được Hiệp định về vải sợi và may mặc và Hiệp định về nông nghiệp, đặc biệt là phần liên quan đến việc giám sát các khoản trợ cấp. Điểm bất lợi là nguyên tắc này sẽ làm chậm lại các cuộc đàm phán vì tất cả các nội dung đàm phán đều liên quan với nhau, và chỉ cần một điểm bất đồng kéo dài là có thể làm ngưng trệ cả cuộc đàm phán. Vì thế, đã có lúc Vòng đàm phán Uruguay đã phải hoàn toàn dừng lại vì một vướng mắc trong lĩnh vực nông nghiệp giữa Mỹ và Châu Âu. Điểm thuận lợi về mặt kết quả là tất cả các quốc gia thành viên đều được gắn kết với nhau bởi cùng những ràng buộc pháp lý, đây

là một yếu tố giúp toàn bộ hệ thống luật của WTO trở nên rõ ràng.

Vì vậy, sau khi Vòng đàm phán Uruguay kết thúc, chỉ những quốc gia nào chấp nhận toàn bộ các hiệp định (ngoại trừ hai hiệp định được gọi đích danh là nhiều bên, liên quan đến mua sắm công và mua bán máy bay dân dụng) mới có thể trở thành thành viên của WTO. Thật ra, về mặt kỹ thuật, các nước chỉ cần chấp thuận một lần duy nhất vì tất cả các hiệp định còn lại đã được đưa vào phần phụ lục kèm theo Hiệp định về việc thành lập WTO, là hiệp định mang tính bao trùm lên toàn bộ các hiệp định khác.

Dù nhiều điểm đã được làm rõ nhưng không vì thế mà ta có thể cho là mọi việc đã trở nên đơn giản. Tập hợp các quy định của luật WTO không chỉ phức tạp mà còn rắc rối, khó giải mã. Vì kết quả của các cuộc đàm phán đều thể hiện bằng những cách diễn đạt cầu kỳ khó hiểu, thêm vào đó là thói quen sử dụng thuật ngữ nhiều hơn mức cần thiết, khiến cho chỉ có các chuyên gia mới có thể nắm bắt được, thậm chí nó trở thành một hệ ngôn ngữ riêng mặc dù tổ chức này luôn kêu gọi đề cao tính minh bạch. Hơn nữa, việc xem xét khái quát sẽ không giúp ta thấy hết được hệ thống quy định của WTO. Mở cửa thị trường thông qua việc giảm bớt các rào cản trong thương mại là một trong số các mục tiêu chính của đàm phán thương mại. Để là thành viên của WTO thì một quốc gia phải đưa ra một số cam kết mở cửa thị trường, được ghi trong danh sách lập riêng cho mỗi quốc gia thành viên (về lĩnh vực hàng hóa và dịch vụ). Về lý thuyết thì một nước có thể rút lại những cam kết của mình, nhưng phí tổn cho việc này là rất cao và do đó, trong thực tế, rất hiếm khi xảy ra đàm phán lại. Tất cả các quốc gia thành viên đều được hưởng những cam kết này trên cơ sở không phân biệt đối xử, việc tham gia vào tổ chức đồng nghĩa với việc các thành viên không những không được phân biệt đối xử đối với sản phẩm và dịch vụ có nguồn gốc nước ngoài với nhau mà còn không được phân biệt đối xử giữa sản phẩm và dịch vụ nước ngoài với sản phẩm và dịch

vụ nội địa. Các danh sách cam kết được xem như là có giá trị bắt buộc, và do đó, là thành phần không tách rời của hiệp định.

Kết quả là, bên cạnh 500 trang của Hiệp định thiết lập WTO và các phụ lục (hiệp định thương mại nhiều bên, cơ chế giải quyết tranh chấp, cơ chế giám sát các chính sách thương mại, hiệp định đa phương) phải thêm vào hàng chục nghìn trang nội dung các danh sách cam kết để có thể có một cái nhìn tổng quan về luật của tổ chức. Mỗi khi có một thành viên mới thì danh sách này lại dài thêm.

**153 quốc gia ở thời điểm ngày 23 tháng 7 năm 2008:** Tổ chức chưa quy tụ toàn bộ các quốc gia. Ukraina và Cape Verde là hai quốc gia gần đây nhất gia nhập WTO, vào năm 2008. Tuy nhiên, có không ít hơn 29 chính phủ đang đàm phán việc đưa đất nước của họ tham gia vào tổ chức này. Trong số các quốc gia đang đàm phán gia nhập, ta có thể kể ra Nga, Iran, Algeria, Libya... Như vậy, vẫn còn một số nước lớn chưa là thành viên của tổ chức. Hơn thế nữa, cũng có thể nhận xét rằng trong số các quốc gia đang chờ tham gia tổ chức, có không ít quốc gia mạnh về năng lượng, và điều đó cho thấy rằng vấn đề năng lượng sẽ ngày càng chiếm một vị trí quan trọng, điều này đi ngược lại với logic trước đây khi một số nguồn năng lượng (dầu và khí) bị gạt sang một bên nhằm phục vụ lợi ích của một số quốc gia thành viên.

Tiến trình hướng đến vai trò toàn cầu của tổ chức có tính hai mặt. Thứ nhất, đây là bằng chứng cho thấy các nước đều được hưởng lợi khi tham gia vào WTO. Thoạt nhìn thì đây là một ích lợi kép: tham gia vào một hệ thống có qui củ và, do nền tảng căn bản nhất của hệ thống là tính không phân biệt đối xử, quốc gia thành viên sẽ thụ hưởng toàn bộ những nhượng bộ về thương mại từ phía tất cả các thành viên, những nhượng bộ này sẽ còn gia tăng với những đàm phán mở rộng đang tiến hành. Nếu lợi ích kép này được khẳng định thì hệ quả logic của nó là tổ chức càng mở rộng thì quốc gia nào không tham gia sẽ càng phải trả giá đắt. Nhưng việc tham gia cũng có cái giá phải trả, đó là những nhượng bộ mà

quốc gia ứng viên sẽ phải chấp nhận để thanh toán cho chiếc vé vào cửa của mình. Vì lý do trên, đã có những đàm phán gia nhập kéo dài rất lâu, ví dụ như trường hợp Trung Quốc phải mất 15 năm mới được gia nhập và hiện nay Nga vẫn còn phải đang tiếp tục đàm phán. Dù không thể so sánh với việc gia nhập vào một tổ chức dạng EU, việc gia nhập vào WTO cũng đặt ra những yêu cầu rất cao do có thể quốc gia ứng viên sẽ phải tiến hành nhiều cuộc cải cách pháp lý trong nước mình (điều này có thể dẫn đến việc cải cách hệ thống tư pháp cho phù hợp với tiến trình tổ tụng theo các hiệp định của WTO, ví dụ trong lĩnh vực dịch vụ hoặc sở hữu trí tuệ) cho phù hợp với những quy định của WTO. Khi tham gia đàm phán, quốc gia ứng viên sẽ tìm cách càng ít cam kết nhượng bộ càng tốt, trong khi ở chiều ngược lại thì gói lợi ích mà quốc gia này sẽ nhận đã được biết trước.

Ở một khía cạnh khác, WTO là một tổ chức đa phương, nhận xét này cũng đồng thời nhắc nhở ta về những khó khăn mà chủ nghĩa đa phương đang vấp phải. Về mặt lịch sử, phát triển đa phương luôn gắn liền với việc phát triển tính phụ thuộc lẫn nhau, với việc tìm ra những giải pháp chung đối với những vấn đề mà các bên cùng chia sẻ thông qua các quy tắc chung. Nhưng cách nhìn hơi giản đơn này cũng không thể giúp ta quên rằng rất khó để đạt được một sự thống nhất trong một thế giới có những khác biệt sâu sắc. Thế nhưng sự thống nhất này là cần thiết để có thể nhận dạng ra những khó khăn và để nhanh chóng tìm ra cách giải quyết những khó khăn này. Sự khác biệt hiện diện trong lòng WTO, tổ chức quy tụ phần lớn các quốc gia đang phát triển trong số các thành viên của mình. Tình hình này không được xử lý một cách rõ ràng trong WTO. Quả vậy, ngoại trừ trường hợp 32 quốc gia được WTO xếp loại “kém phát triển” dựa trên cơ sở cách phân hạng của Tổ chức Liên hợp quốc, thì không có định nghĩa chính thức đối với nhóm quốc gia “phát triển” và nhóm quốc gia “đang phát triển”. Các thành viên tự thông báo mình thuộc nhóm nào, điều này có thể gây tranh cãi. Từ đó có thể dẫn đến một kiểu suy luận nước đôi. Thật vậy, thoát nhìn,

việc xếp một số quốc gia vào nhóm các quốc gia đang phát triển sẽ tạo cảm giác rằng những quốc gia này sẽ được thụ hưởng một số ưu đãi nhằm bù đắp tình trạng kinh tế chậm phát triển của mình. Nhưng việc tự xếp hạng sẽ có tác động làm nhạt đi cảm giác này và tạo ra mối nghi ngờ về những lợi ích do nhượng bộ đem lại.

Trong thực tế, mọi việc luôn luôn diễn ra theo hướng này. Vào cuối thập niên 50, GATT đã vấp phải sự nghi ngại từ phía các quốc gia đang phát triển khi các quốc gia này không tìm thấy sự hỗ trợ từ hệ thống các quy định của GATT cho các vấn đề đặc thù của họ và họ đã chọn một diễn đàn vừa mới được thành lập để diễn đạt nguyện vọng của mình đó là UNCTAD. GATT đã phản ứng lại sự cạnh tranh mang tính lý thuyết này bằng cách bổ sung phần IV dành riêng cho các quốc gia đang phát triển vào năm 1964. Nhượng bộ thật sự của GATT trước yêu cầu về một trật tự kinh tế quốc tế mới chỉ là việc chấp nhận một hệ thống các ưu đãi dành cho xuất khẩu của các quốc gia đang phát triển, mà việc thực hiện chế độ ưu đãi này lại phụ thuộc vào thiện chí của các quốc gia phát triển. Cũng trong thời gian đó, GATT còn là nơi đàm phán một hiệp định mang tính bảo hộ điều chỉnh lĩnh vực vải sợi. Một mặt, hiệp định này đảm bảo đầu ra cho các quốc gia đang phát triển bằng cách đưa ra định mức xuất khẩu, mặt khác, nó điều chế bớt sự cạnh tranh mà các quốc gia phát triển phải đối đầu vào trong lĩnh vực công nghiệp sử dụng nhiều lao động này. Điều này không làm nản lòng các quốc gia đang phát triển và nhiều quốc gia thuộc nhóm này trong việc gia nhập vào một tổ chức mà trong đó họ không có tiếng nói quyết định cho định hướng phát triển. Bởi lẽ, một mặt, các kỹ thuật đàm phán tạo ưu thế rõ ràng cho các quốc gia chiếm thị phần lớn trong thương mại quốc tế, mặt khác, khi được dành cho một quy chế đối xử đặc biệt và đối xử khác biệt trong khuôn khổ các hiệp định được đàm phán vào cuối thập niên 80 thì các quốc gia đang phát triển bị tước đi quyền ảnh hưởng đối với nội dung của nhiều quy định mới sẽ ra đời. Nếu tại vòng đàm phán Uruguay một số nước đang phát triển



như Ấn Độ đã bắt đầu có tiếng nói thì phải đợi đến cuối thập niên 90 họ mới thật sự ý thức về vai trò đối lập của mình, khi chưa thật sự là một thế lực chủ đạo. Những căng thẳng vào năm 1998 lúc chỉ định Tổng giám đốc mới của tổ chức đã dự báo cho sự thất bại của Hội nghị bộ trưởng Seattle mà trong đó các quốc gia vẫn thường được gọi là “các ông lớn” nghĩ rằng họ có thể khởi động một vòng đàm phán mới nhằm gia tăng tự do hóa trong lĩnh vực dịch vụ. Hy vọng này sau đó đã tắt ngúm trong thời gian dài. Không khí vào cuối thập niên 90 được đánh dấu bằng phong trào phản đối nền toàn cầu hóa mang tính tự do và mang tiếng là sẵn sàng hy sinh con người. Đây cũng là một hình thức thức tỉnh của các quốc gia đang phát triển và sự trỗi dậy mạnh mẽ của một số quốc gia được gọi là các quốc gia mới nổi. Các cuộc đàm phán được khởi động lại một cách ạch vào năm 2001 và nó được dành một cách tượng trưng cho chương trình phát triển, nhưng đây là một mục tiêu không dễ thực hiện.

Tuy nhiên, điều đó không có nghĩa là cán cân đã không thay đổi trong tổ chức, nơi mà nếu không phải là tất cả thì chỉ ít một số quốc gia đang phát triển nay đã có một trọng lượng đáng kể và thời kỳ hai hoặc ba “ông lớn” hầu như quyết định mọi kết quả của các cuộc đàm phán đã là chuyện quá khứ.

Trong số những ông lớn này, Liên minh Châu Âu, hiện diện với tư cách là một tổ chức, là một minh chứng cho thấy rằng các thành viên của WTO không nhất thiết chỉ là các quốc gia. Có thể kể thêm các “lãnh thổ tự chủ về thuế quan” như trường hợp Đài Loan vẫn có tư cách thành viên song song với tư cách thành viên của Trung Quốc, hay trường hợp Hong Kong, mặc dù lãnh thổ này đã được trả về cho Trung Quốc. Ngược lại, tổ chức này vẫn mang tính thuần túy liên chính phủ, điều này không có nghĩa là các cá thể (chủ thể kinh tế) không thể hiện diện trong tổ chức. Lý do là không những các quyền lợi kinh tế chắc chắn tồn tại phía sau các chính phủ (đôi khi một cách rất rõ nét) mà còn vì WTO đã nhanh chóng phải quen với việc chung sống với các tổ chức phi chính phủ đại diện cho nhiều quyền lợi khác nhau, và những

tổ chức này muốn có tiếng nói của mình.

**194 triệu francs Thụy Sĩ cho tài khóa 2010:** Ngân sách WTO do các quốc gia thành viên đóng góp trên cơ sở thị phần của mỗi quốc gia trong thương mại quốc tế là không đáng kể. Điều này cho thấy WTO là một tổ chức không có các hoạt động nghiệp vụ, khác với các tổ chức như là IMF và WB, cho dù WTO đã gia tăng các hoạt động hỗ trợ kỹ thuật cho các quốc gia đang phát triển, loại hình hoạt động tiến hành nhờ vào sự đóng góp tự nguyện của các thành viên. Nói một cách khác, trừ trường hợp các cuộc họp của Hội nghị bộ trưởng có thể được tổ chức ở nơi khác thì phần lớn, nếu như không muốn nói là tất cả, hoạt động của WTO diễn ra tại Genève, nơi tổ chức đặt trụ sở. Các hoạt động cụ thể ở Genève là gì và những ai là diễn viên chính?

**637 nhân viên:** Tương ứng với ngân sách hoạt động, nhân sự “hành chính” của WTO (Ban thư ký) là không đáng kể (trên nguyên tắc gồm 70 quốc tịch, nhưng người Châu Âu và nói rộng ra là người phương Tây chiếm đại đa số - non một phần ba là người Pháp). Nếu trừ ra số nhân viên kỹ thuật thì chỉ còn khoảng một phần ba là tập trung cho chuyên môn chính, chủ yếu là các nhà kinh tế và các chuyên gia pháp lý (phần đông là người Mỹ và Canada), trong đó khoảng một phần ba là nhân viên biên phiên dịch. Có thể nói rằng đây là một tổ chức hành chính tí hon, chắc chắn nhỏ hơn đội ngũ nhân viên tại trụ sở chính của các doanh nghiệp lớn hay của các tổ chức quốc tế khác. Do đó, khó mà có thể nói đây là một bộ máy hành chính khổng lồ. Tuy vậy, điều này cũng không giúp tổ chức tránh khỏi một số chông chéo trong hoạt động.

Tổ chức hành chính gọn nhẹ là do WTO là một tổ chức được điều hành bởi các thành viên (*member-driven organisation*). Ban thư ký, được tổ chức theo bộ phận, chính thức không có một quyền quyết định nào cả mà chỉ có những chức năng hỗ trợ. Điều này không nhất thiết sẽ gây trở ngại cho thực quyền của tổ chức, nhưng cho dù WTO có thực quyền này thì nó cũng phải được thực hiện một cách

kín đáo vì nguyên tắc vàng của WTO luôn là *member-driven organisation*. Mọi cuộc gặp, dù không chính thức, với một thành viên của Ban thư ký đều phải được thông báo để không tạo điều kiện cho bất kỳ một nghi ngờ nào về tính độc lập của Ban thư ký. Trên cơ sở đó, ví dụ, bộ phận pháp lý không có nghĩa vụ tư vấn pháp lý cho các thành viên, và nếu họ cung cấp cho Ban thư ký các nhóm chuyên trách trong khuôn khổ của việc giải quyết tranh chấp thì điều này hoàn toàn dựa trên chức năng. Nói cách khác, Ban thư ký của WTO, theo cách nói chính thức, là một bộ máy hành chính không có chủ thuyết riêng (trừ trường hợp liên quan đến Cơ quan phúc thẩm, nghĩa là cấp xét xử thứ hai của cơ chế giải quyết tranh chấp – xem phần sau).

Thực tế có đôi phần tương phản với nhận định trên. Trước nhất là vì trong lòng WTO, như mọi tổ chức khác, phát sinh một hình thức “ái quốc”, đôi khi được thể hiện một cách rõ nét do WTO không nằm trong hệ thống các tổ chức thuộc Liên hợp quốc, nhân viên không thể chuyển chuyên sang các tổ chức khác thuộc Liên hợp quốc. Kết quả là nhân viên ở lại vị trí công tác lâu dài, ít có chuyển chuyên nội bộ (và điều này gắn liền với rủi ro là tình trạng cứng nhắc trong hoạt động của tổ chức). Các nhân viên này có kinh nghiệm lâu năm và khả năng chuyên môn có thể vượt xa khả năng của đại diện nhiều thành viên. Khó mà tưởng tượng ra rằng họ hoàn toàn khách quan khi cung cấp hỗ trợ kỹ thuật cho các cơ quan khác của tổ chức, nhất là khi các công việc tại các cơ quan này mang tính kỹ thuật. Sau cùng, do có nhiều cơ quan khác nhau nên cấu trúc thể chế của WTO trở nên phức tạp và đặt Ban thư ký vào một vai trò bản lề.

**Pascal Lamy (Tổng giám đốc):** Mọi tổ chức quốc tế đều có chức danh Tổng giám đốc (hay Tổng thư ký). Tổng giám đốc WTO do cơ quan cao nhất của tổ chức là Hội nghị bộ trưởng đề bạt; và Hội nghị bộ trưởng sẽ ra xác định nhiệm vụ, quyền hạn, chức năng và nhiệm kỳ. Nhưng trong thực tế, Hội nghị bộ trưởng chưa hề thực thi quyền lực này của mình, và điều đó đã làm yếu đi vai trò của Tổng giám

đốc vì Tổng giám đốc phải thực hiện nhiệm vụ hàng ngày dưới cái nhìn soi mói của các quan chức Genève, là những người đã tiến cử mình. Tuy nhiên, vai trò của Tổng giám đốc cũng đã ít nhiều có chuyển biến. Nếu về mặt chính thức đây là một chức vụ mang tính quản lý hành chính, nghĩa là trước hết điều hành tổ chức về mặt hành chính (và bổ nhiệm các cộng sự), vai trò của Tổng giám đốc, tùy tình hình và tùy theo tính cách cá nhân, có thể mang yếu tố chính trị. Trong thực tiễn, đề cử Tổng giám đốc là một công việc mang nhiều toan tính chính trị. Những khó khăn mà tổ chức đã vấp phải khi chọn người kế nhiệm Tổng giám đốc đầu tiên Renato Ruggiero là một minh chứng cho luận điểm trên. WTO sau đó đã phải chọn một giải pháp dung hòa là chia nhiệm kỳ Tổng giám đốc 6 năm cho hai ứng viên. Vì vậy, ứng viên New-Zealand Mike Moore đảm nhận vai trò này cho 3 năm đầu nhiệm kỳ và ứng viên Thái Lan là Supachai Panitchpakdi đảm nhiệm 3 năm cuối. Các căng thẳng gắn với sự bổ nhiệm này vào một năm trước khi diễn ra Hội nghị Seattle là lời cảnh báo về những khó khăn mà sau đó đã dẫn đến sự thất bại của hội nghị. Chính thông qua những sự kiện này mà ta có thể đánh giá đầy đủ nhất về vai trò thực của Tổng giám đốc WTO. Các quốc gia ý thức rằng Tổng giám đốc có thể đóng vai trò định hướng, hòa giải và đôn đốc, đặc biệt là khi đàm phán gặp khó khăn, vai trò này càng được thể hiện rõ nét hơn vào thời điểm trước một vòng đàm phán lớn. Ngoài ra, sẽ xuất hiện những đối kháng giữa các nước phía Bắc và các nước phía Nam. Tầm ảnh hưởng của Tổng giám đốc đương nhiệm Pascal Lamy là không thể phủ nhận, tuy ông không thể một mình “hóa giải” mọi khó khăn, mặc dù đã nỗ lực rất nhiều. Dù Pascal Lamy đã góp phần đưa vai trò của Tổng giám đốc lên một tầm cao mới (và cũng có thể vì lý do này) ông phải chịu sự giám sát chặt chẽ của các quốc gia thành viên. Các quốc gia thành viên luôn sẵn sàng nhắc nhở Pascal Lamy rằng WTO là một *member-driven organisation*. Mỗi khi vị Tổng giám đốc này có một sáng kiến nào thì sáng kiến đó đều bị các thành viên tìm cách kim

hãm; sáng kiến càng khó phát huy khi mà hiến chương WTO không dành nhiều chỗ cho các ý tưởng mới. Sáng kiến thành lập một nhóm chuyên trách (*Task Force*) do Tổng giám đốc đưa ra vào dịp xây ra khủng hoảng tài chính với nhiệm vụ thống kê các biện pháp bảo hộ mà các quốc gia thành viên WTO áp dụng để đối phó với cuộc khủng hoảng năm 2008 là một minh chứng cho điều trên. Tổng giám đốc dựa vào các chức năng của Nhóm công tác về thương mại, các khoản nợ và tài chính, đưa ra yêu cầu về tính đồng bộ (xem Quyết định liên quan đến gia tăng tính đồng bộ trong xây dựng các chính sách kinh tế toàn cầu theo Văn bản sau cùng của vòng đàm phán Uruguay và kêu gọi một sự phối hợp với các thể chế của Bretton Woods) và về cơ chế giám sát các chính sách thương mại. Nhưng các quốc gia thành viên của WTO đã nhanh chóng nhắc nhở Tổng giám đốc rằng Tổng giám đốc không được phép làm tăng gánh nặng các cam kết của họ.

Các chức năng:

- Quản lý và điều hành các hiệp định thương mại của WTO
- Làm diễn đàn cho các cuộc đàm phán thương mại
- Giải quyết tranh chấp thương mại
- Theo dõi các chính sách thương mại của các quốc gia thành viên
- Hỗ trợ kỹ thuật và đào tạo cho các nước đang phát triển
- Hợp tác với các tổ chức quốc tế khác

Chúng ta đi vào trọng tâm vấn đề. Chí ít thì ta cũng nhận ra ngay rằng các phương tiện thông tin đại chúng có thể khiến chúng ta quên rằng WTO không chỉ là một nơi đàm phán cho việc gia tăng tự do thương mại mà còn có nhiều chức năng khác. Việc làm rõ các chức năng này và tầm quan trọng tương đối của chúng giúp ta hoàn chỉnh hơn bức tranh về WTO và hiện trạng của WTO cũng như mối liên hệ giữa WTO với thế giới bên ngoài. Cho dù danh sách nêu trong phiếu mô tả về WTO không định rõ các thứ bậc thì thực tiễn vẫn cho thấy rằng ba chức năng đầu là những chức năng quan trọng nhất, những chức năng còn lại đóng vai trò bổ sung. Tuy vậy, các chức năng

này không được hoàn thành ở cùng một mức độ như nhau, điều này tác động ngược lại lên trên sự cân bằng của toàn bộ hệ thống. Thật vậy, dù thoát nhìn ta sẽ không nhận ra nhưng trên thực tế thì các chức năng này tương tác lẫn nhau. Việc phân tích các tương tác quan trọng không kém việc phân tích bản thân các chức năng. Ngoài ra việc phân tích các chức năng và các tương tác giữa chúng chắc chắn sẽ dẫn chúng ta đến việc tương đối hóa cách đánh giá WTO đơn thuần như là một *member-driven organisation*.

Tuy nhiên, về điểm này thì các quan điểm thường khó mà thống nhất và không phải lúc nào ta cũng có thể phân biệt được những gì thuộc suy nghĩ đã cắm rễ với những gì không nên diễn đạt ra, những gì thuộc về cam kết hay những gì mà ta vẫn thường gọi là “thái độ đặc thù của quan chức”. Nếu ta khó có thể phủ nhận rằng đàm phán là món ưa thích của các nước thành viên (đến mức mà WTO được xem như là một khuôn khổ, thậm chí là một “cái bàn (đàm phán)” – theo cách nói trên web site của WTO) thì các hoạt động khác của họ ít hoặc rất ít khi được biết đến. Khi xem xét kỹ các chức năng khác nhau đã được liệt kê ta sẽ có thể phân biệt được chức năng làm khuôn khổ cho các đàm phán với các chức năng khác mà ta có thể gắn với ý niệm chung về quản lý (bên trong WTO hay nhằm xác lập vai trò của WTO như là một chủ thể của việc quản lý bao quát hay quản lý toàn cầu).

Theo cách nói thông dụng trong WTO, để đối phó với các cuộc đàm phán diễn ra một cách ị ạch, không có thay đổi gì lớn về các biện pháp điều hành, ngoại trừ trong lĩnh vực giải quyết tranh chấp. Một số người thậm chí không do dự xem WTO chỉ thuần túy là một nơi giải quyết tranh chấp. Theo những người này thì đây là nhiệm vụ duy nhất mà WTO thực sự đảm nhận tốt. Trên thực tế, việc giải quyết tranh chấp được xem như là một điểm nhấn cho những thành tựu của WTO (và kèm theo đó, xuất hiện một cách logic của bài diễn văn đối trọng lên án vai trò quá lớn của chức năng giải quyết tranh chấp và kêu gọi giảm bớt vai trò của chức năng này). Nhưng nếu chỉ theo khẳng định này thì xem như ta đã quên những

hoạt động khác, mặc dù những hoạt động này thường khó có thể được đánh giá đầy đủ. Những hoạt động này càng đáng được quan tâm hơn khi mà đây lại chính là những yếu tố đóng góp không chỉ cho việc thúc đẩy cả hệ thống đi tới mà còn cho việc cung cấp thêm thông tin cho đàm phán.

Chúng ta phải chấp nhận một khái niệm thoả mãn về quản lý, bao gồm cả những quy trình không chính thức và trong đó có chỗ cả cho vai trò của luật mềm (*soft law*), đồng thời cũng phải tính đến những hiệu ứng kèm theo và các kết quả hiển hiện. Thật vậy, WTO không đứng bên lề một số đổi thay gây ảnh hưởng đến hệ thống luật pháp quốc tế trong 25 năm qua và đã dẫn đến việc tái cấu trúc hệ thống này. Ta có thể kể đến vị trí ngày càng quan trọng của các cá thể và, qua đó, các quy định có nguồn gốc tư nhân. Chúng ta cũng có thể kể đến vị trí ngày càng lớn của các qui trình ít nhiều mang tính chính thức về điều phối thường xuất hiện trong khuôn khổ các mạng lưới liên quốc gia hay liên chính phủ. Các qui trình này có thể là trao đổi thông tin và cũng có thể là việc tiến hành pháp điển hóa thông qua con đường chấp nhận “luật mềm”, một hiện tượng chưa hoàn toàn là luật nhưng cũng vì lý do này mà có thể tác động đến cách ứng xử một cách có hiệu quả.

Các hiện tượng này xuất hiện ở WTO, và cho dù không mô tả chi tiết về chúng, ta cũng cần phải ghi nhận sự tồn tại của chúng thì mới thấy được vai trò quan trọng của hình thức quản lý không thật sự giấu mặt nhưng vì mang tính không phô trương nên ít thu hút sự chú ý, khác với các đàm phán nay đã trở thành vấn đề “chính trị cao cấp”. Cần phải có một cái nhìn phê phán về các lợi ích và/hoặc thuận lợi cũng như các tác dụng phụ của các xu hướng trên.

Khi đánh giá ta cần phải xem xét đến việc WTO không phải là một tổ chức tách rời hay cô lập khỏi môi trường xung quanh vì hai nguyên nhân chính. Thứ nhất, ngay từ ban đầu hệ thống quy định của WTO đã được mượn từ những hệ thống đã có sẵn, ví dụ như đối với các biểu thuế, các chuẩn về y tế mang tính tham chiếu hoặc các qui định trong lĩnh vực sở hữu trí tuệ. Như vậy, WTO phụ thuộc một phần vào những gì đang

diễn ra ở nơi khác cho dù là WTO sẽ vận dụng theo cách riêng của mình, và, ở hướng ngược lại, những gì WTO làm hoặc có thể làm với những qui định này sẽ có những tác động ra bên ngoài phạm vi WTO. Chẳng hạn, chúng ta có thể nghĩ đến việc diễn giải các quy định liên quan đến sở hữu trí tuệ được lấy lại từ các công ước thoả thuận trong khuôn khổ Tổ chức sở hữu trí tuệ thế giới (WIPO), làm phát sinh những khả năng giải thích luật đồng bộ hoặc không đồng bộ. Ta cũng có thể nghĩ đến các quy định và các yêu cầu liên quan đến tính không độc hại của thực phẩm trong Codex alimentarius mà ta biết rằng trong đó có một số quy định (ví dụ như về thực phẩm biến đổi gen) rất khó xây dựng từ khi chúng được dùng như tham chiếu tại WTO. Thứ hai, ngày nay, hầu như không có vấn đề nào không mang yếu tố thương mại và do đó đều chịu sự chi phối bởi các qui định của WTO. Tổ chức này sẽ luôn bị kéo vào những tranh luận về các vấn đề trên và những vấn đề đó ngày càng gia tăng. Ví dụ điển hình liên quan đến các biện pháp chống lại hiện tượng nóng dần lên của nhiệt độ trái đất. Ngoài ra ta cũng có thể nêu thêm nhiều ví dụ khác, như tính đa dạng văn hóa và điều này nhắc rằng chúng ta đang sống trong một thế giới có nhiều nền văn hóa khác nhau, khiến nảy sinh nhu cầu về sự thừa nhận và đặt ra vấn đề về giá trị. Luật pháp quốc tế càng mang tính can thiệp thì các vấn đề liên quan đến giá trị càng xuất hiện thường xuyên, với những khó khăn gắn với sự nhận dạng các tiêu chí phân biệt có thể chấp nhận được. Đây là một trong những thử thách của chủ nghĩa đa phương nói chung và đối với WTO nói riêng. Đây cũng là một trong những nguyên nhân khiến cho các tổ chức đa phương không đạt được sự thành công. WTO vận hành trong một môi trường và một quá trình lịch sử tác động đến tổ chức và tổ chức tác động ngược lại, trong bối cảnh gia tăng tính liên đới giữa các quá trình xây dựng luật và đàm phán.

Phác thảo chung này cho phép chúng ta có cái nhìn chuẩn xác hơn về ba khía cạnh mà chúng ta tập trung xem xét: đàm phán, quản lý và giải quyết tranh chấp.

*xem tiếp kỳ sau*

## TỰ DO BÁO CHÍ VÀ VẤN ĐỀ BẢO VỆ NHÂN PHẨM, DANH DỰ, UY TÍN CỦA CÁ NHÂN

**ĐỖ VĂN ĐẠI \***

**NGUYỄN TRƯƠNG TÍN \*\***

**Quyết định số 609/2009/DS-GĐT ngày 19/11/2009 của Tòa dân sự Tòa án nhân dân tối cao**

### **XÉT THẤY:**

Sau khi Toà án nhân dân thị xã (nay là thành phố) Tuy Hòa, tỉnh Phú Yên xét xử sơ thẩm vụ án tranh chấp hợp đồng vay tài sản giữa ông Tấn với ông Kề, bà Dòng; tại bản án số 13/DS-ST ngày 19/6/2002, Tòa án nhân dân thị xã Tuy Hòa đã buộc ông Kề, bà Dòng trả cho ông Tấn 67.000.000đ và 26.774.875 đồng tiền lãi, Báo Phú Yên đã đăng bài “Trở lại vụ kiện có nhiều ẩn khuất: Dựng chứng từ giả để kiện đòi tiền” vào ngày 30/11/2002. Ông Tấn có đơn khiếu nại gửi đến các cơ quan có thẩm quyền và Báo Phú Yên về bài báo nêu trên; ngày 27/01/2003 Bộ Văn hoá - Thông tin đã có văn bản số 380/VHTT-CB trả lời cho ông Tấn, đồng thời gửi đến Báo Phú Yên có nội dung: “về việc Báo Phú Yên Đưa tít bài trong bài báo đăng trên báo Phú Yên số ra ngày 30/11/2002 là chưa thoả đáng. Bộ Văn hoá - Thông tin đề nghị Báo Phú Yên tổ chức rút kinh nghiệm trong việc đưa tít bài báo”. Sau khi Toà án nhân dân tỉnh Phú Yên xét xử phúc thẩm tại bản án số 28/DSPT ngày 30/5 và ngày 9/6/2003 đã bác yêu cầu đòi nợ của ông Tấn, nhưng toàn bộ nội dung bản án này không có đoạn nào kết luận tài liệu (phiếu thu không số ngày 15/02/1999) mà ông Tấn dùng làm căn cứ đòi nợ là giả, phần quyết định của bản án cũng không khẳng định là ông Tấn dựng chứng từ giả để đòi tiền. Nhưng sau đó, Báo Phú Yên lại cho đăng tiếp bài “Toà đã bác yêu cầu của người dựng chứng từ giả” trên Báo Phú Yên - Cuối tuần, số 283 ngày 14/6/2003 gây bức xúc cho ông Tấn và ông Tấn cho rằng Báo Phú Yên đã xúc phạm danh dự, nhân phẩm của ông.

Tiêu đề (tít) của bài báo là một bộ phận của bài báo; tuy nội dung của 02 bài báo không nói là ông Tấn lập chứng từ giả, các thông tin trong 02 bài báo cũng chỉ nêu lại vấn đề của vụ án nhưng với các tiêu đề (tít) của 02 bài báo “Trở lại vụ kiện có nhiều ẩn khuất: Dựng chứng từ giả để kiện đòi tiền” và “Toà

\* TS, Quyền Trưởng Khoa Luật Dân sự, ĐH Luật Tp. Hồ Chí Minh.

\*\* ThS, Giảng viên Khoa Luật Dân sự, ĐH Luật Tp. Hồ Chí Minh.

đã bác yêu cầu của người dựng chứng từ giả” lại có hàm ý định hướng, gây sự ghi ngờ và khẳng định ông Tấn dựng chứng từ giả, nên đã gây ảnh hưởng đến uy tín, danh dự của ông Tấn là vi phạm khoản 4 Điều 10 Luật báo chí. Do đó, ông Tấn khởi kiện yêu cầu Báo Phú Yên bồi thường thiệt hại do danh dự, nhân phẩm bị xâm hại, Toà án cấp sơ thẩm đã chấp nhận một phần yêu cầu của ông Tấn; buộc Toà soạn Báo Phú Yên phải công khai cải chính, xin lỗi ông Tấn trên 2 số Báo Phú Yên cuối tuần liên tiếp, tại trang 10, mục an ninh - trật tự với cùng kiểu chữ, cỡ chữ và tương xứng với thời lượng thông tin mà Toà soạn Báo Phú Yên đã đăng tải bài “Toà đã bác yêu cầu của người dựng chứng từ giả” trên Báo Phú Yên cuối tuần số 283 ngày 14/6/2003 là phù hợp với quy định tại đoạn 3 khoản 1 Điều 28, Điều 9 Luật Báo chí; các Điều 25, 37, khoản 1 Điều 604, Điều 611 Bộ luật dân sự năm 2005 (các Điều 27, 33, 609, 615 Bộ luật dân sự năm 1995); Toà án cấp phúc thẩm bác toàn bộ yêu cầu của ông Tấn là không đúng.

Vì vậy, Hội đồng giám đốc thẩm Toà Dân sự Tòa án nhân dân tối cao thấy có căn cứ chấp nhận kháng nghị của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, huỷ bản án dân sự phúc thẩm để giao hồ sơ cho Tòa án nhân dân tỉnh Phú Yên xét xử phúc thẩm lại, nếu không có thêm chứng cứ mới thì phải giữ nguyên bản án dân sự sơ thẩm.

Vì các lẽ trên và căn cứ vào khoản 2 Điều 291, khoản 1 Điều 296, khoản 3 Điều 297 và Điều 299 của Bộ luật tố tụng dân sự,

### **QUYẾT ĐỊNH:**

Chấp nhận kháng nghị số 317/2009/KN-DS ngày 29/6/2009 của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao đối với bản án dân sự phúc thẩm (...) của Tòa án nhân dân tỉnh Phú Yên.

Huỷ bản án dân sự phúc thẩm (...) của Tòa án nhân dân tỉnh Phú Yên (...). Giao hồ sơ vụ án cho Tòa án nhân dân tỉnh Phú Yên xét xử phúc thẩm lại theo quy định của pháp luật.

**Quyết định số 187/2009/DS-GĐT ngày 20-5-2009 của Tòa dân sự Tòa án nhân dân tối cao**

### **XÉT THẤY:**

Căn cứ vào các tài liệu, chứng cứ có trong hồ

sơ vụ án, thì Tòa soạn Báo Lao động tại nhà số 120 đường Nam Kỳ Khởi Nghĩa, quận 1, thành phố Hồ Chí Minh chỉ là cơ quan Thường trú của Báo Lao động có trụ sở tại nhà số 51 phố Hàng Bò, quận Hoàn Kiếm, thành phố Hà Nội (Theo Quyết định số 730/QĐ-TLĐ ngày 22-8-1985 và Quyết định số 792 QĐ/TLĐ ngày 25-5-1993 của Tổng Công đoàn Việt Nam) nên Tòa soạn Báo Lao động tại nhà số 120 đường Nam Kỳ Khởi Nghĩa, quận 1, TP. HCM không phải là một chi nhánh của Báo Lao động được phép hoạt động độc lập mà phải chịu dưới sự chỉ đạo trực tiếp toàn diện của Báo Lao động có trụ sở tại nhà số 51 Hàng Bò, quận Hoàn Kiếm, thành phố Hà Nội.

Căn cứ vào điểm h khoản 1 Điều 36 Bộ luật tố tụng dân sự, thì Tòa án có thẩm quyền giải quyết có thể là Tòa án nhân dân quận Tân Phú, thành phố Hồ Chí Minh hoặc Tòa án nhân dân quận Hoàn Kiếm, thành phố Hà Nội (theo sự lựa chọn của nguyên đơn). Tòa án nhân dân quận 1, TP. HCM thụ lý, giải quyết là không đúng thẩm quyền.

Mặt khác, ngày 01-12-2006, tại cuộc hội thảo “Thách thức cho hậu WTO cho ngành may mặc và người lao động” do Trung tâm Xúc tiến Thương mại và Đầu tư thuộc Ủy ban nhân dân thành phố Hồ Chí Minh, Hiệp hội Dệt may Việt Nam và Hiệp hội Thương mại Mỹ tại Việt Nam cùng tổ chức, bà Mai là Trưởng phòng Quản lý lao động với nước ngoài thuộc Sở Lao động Thương binh và Xã hội thành phố Hồ Chí Minh đã có tham luận tại hội thảo. Cùng ngày Báo điện tử BBC Vietnamese.com đã đăng tin phản ánh cuộc hội thảo có nội dung: Tại hội thảo, bà Mai, Trưởng phòng Quản lý lao động với nước ngoài nói “*tổ chức công đoàn yếu kém là nguyên nhân chính dẫn tới các cuộc đình công tại VN trên diện rộng: “...Bà nói trình độ của những vị làm trong tổ chức công đoàn rất yếu, thường thì người có trình độ văn hóa cao, họ không làm công đoàn... bản thân họ đã không tự bảo vệ được thì làm sao bảo vệ cho người khác.”*”

Ngày 11-12-2006, Báo Lao động đăng bài “*Trưởng phòng quản lý lao động nước ngoài Sở Lao động, Thương binh và Xã hội thành phố Hồ Chí Minh: Chia rẽ người lao động với công đoàn?*” của tác giả Ngọc, trong đó đã bình luận, phê phán một số lời phát biểu của bà Mai tại cuộc hội thảo mà Báo BBC Vietnamese.com đã đăng tin, phản ánh.

Ngày 15-12-2006, Báo Lao động đăng bài “*Không tiếp tục bổ nhiệm bà Nguyễn Thị Thanh Mai làm trưởng phòng*” cũng của tác giả Ngọc đề cập đến việc bà Mai không tiếp tục được bổ nhiệm làm Trưởng phòng Quản lý lao động với nước ngoài.

Xem xét bài báo “*Trưởng phòng quản lý lao động*

*nước ngoài Sở Lao động, Thương binh và Xã hội thành phố Hồ Chí Minh: Chia rẽ người lao động với công đoàn?*” (của tác giả Ngọc) đã đăng đúng tin của Báo BBC Vietnamese.com.

Sau khi Báo Lao động đăng 2 bài báo nêu trên, bà Mai đã có “*Thư khiếu nại*” đề ngày 12-12-2006 gửi Ban biên tập Báo Lao động nêu rằng bà đã phát biểu “*Thường thì người có trình độ văn hóa cao, họ không làm công đoàn*” (bà Mai cho rằng lời phát biểu này không nằm trong bài tham luận mà là lời phát biểu miệng mang tính thuyết minh phụ); về nội dung thông tin “*Bà Mai nói trình độ của những vị làm trong tổ chức công đoàn rất yếu. Bản thân họ đã không tự bảo vệ được thì làm sao bảo vệ cho người khác.*”, bà Mai cho rằng tổ chức công đoàn mà bà đề cập ở đây là cấp công đoàn cơ sở. Như vậy, chính bà Mai cũng thừa nhận đã phát biểu có các nội dung nêu trên.

Việc Báo Lao động đăng bài “*Không tiếp tục bổ nhiệm bà Nguyễn Thị Thanh Mai làm trưởng phòng*” là phù hợp với Quyết định số 231/QĐ-TC ngày 13-12-2006 của Giám đốc Sở Lao động Thương binh và Xã hội thành phố Hồ Chí Minh về việc không bổ nhiệm lại cán bộ. Như vậy, nội dung 2 bài báo của tác giả Ngọc đăng trên Báo Lao động là phù hợp với pháp luật, không nhằm mục đích xúc phạm danh dự, uy tín, nhân phẩm của bà Mai. Tòa án cấp sơ thẩm và Tòa án cấp phúc thẩm đã chấp nhận một phần yêu cầu của bà Mai, buộc Báo Lao động và ông Đức (Ngọc) phải đăng cải chính, phải xin lỗi bà Mai và bồi thường 2.700.000 đồng (do tổn thất về tinh thần) cho bà Mai, là không đúng.

Do Tòa án cấp sơ thẩm và Tòa án cấp phúc thẩm chưa xác định rõ tư cách pháp nhân và nơi cư trú của các bị đơn nên Tòa án nhân dân quận 1, TP. HCM đã thụ lý và giải quyết vụ kiện là không đúng thẩm quyền. Vì vậy, Hội đồng giám đốc thẩm Tòa Dân sự Tòa án nhân dân tối cao thấy cần phải hủy bản án dân sự phúc thẩm và bản án dân sự sơ thẩm để Tòa án nhân dân quận 1, TP. HCM hướng dẫn cho nguyên đơn lựa chọn nơi khởi kiện theo đúng quy định của pháp luật và sau khi nguyên đơn lựa chọn Tòa án có thẩm quyền giải quyết, thì chuyển hồ sơ vụ án cho Tòa án mà nguyên đơn đã lựa chọn.

Căn cứ vào khoản 2 Điều 291, Điều 296, khoản 3 Điều 297, Điều 299 Bộ luật Tố tụng Dân sự.

#### **QUYẾT ĐỊNH:**

1. Hủy Bản án dân sự phúc thẩm (...) và hủy Bản án dân sự sơ thẩm (...).
2. Giao hồ sơ vụ án cho Tòa án nhân dân quận 1, TP. HCM để chuyển hồ sơ vụ án theo quy định của pháp luật.

## BÌNH LUẬN

**I. Dẫn nhập.** Trong một xã hội dân chủ, báo chí có vai trò rất quan trọng. Chính vì vậy mà tự do báo chí được ghi nhận và bảo vệ trong pháp luật Việt Nam. Cụ thể, Điều 2 Luật báo chí quy định “Nhà nước tạo điều kiện thuận lợi để công dân thực hiện quyền tự do báo chí, quyền tự do ngôn luận trên báo chí và để báo chí phát huy đúng vai trò của mình”.

Nếu chúng ta không thể phụ nhận vai trò của báo chí trong phát triển xã hội thì chúng ta cũng phải thừa nhận rằng báo chí có thể gây ra những ảnh hưởng xấu, nhất là đối với một số giá trị của một con người như danh dự, nhân phẩm, uy tín của cá nhân.

Trong phạm vi bài bình luận này, chúng tôi sẽ làm rõ một số vấn đề pháp lý liên quan đến mối quan hệ giữa báo chí và quyền được tôn trọng, bảo vệ danh dự, nhân phẩm, uy tín của cá nhân (quyền mà pháp luật Việt Nam<sup>1</sup> cũng như pháp luật quốc tế ghi nhận là những quyền cơ bản của con người<sup>2</sup>).

## II. Bồi thường thiệt hại danh dự, uy tín, nhân phẩm của cá nhân bị xâm phạm<sup>3</sup>

**1. Các điều kiện.** Hiện nay, không hiếm trường hợp sau khi báo đăng bài liên quan đến một cá nhân thì cá nhân này cho rằng bài báo đã ảnh hưởng tới danh dự, uy tín, nhân phẩm của mình và yêu cầu bồi thường. Theo quy định của pháp luật, cơ quan báo chí thông tin gây thiệt hại cho tổ chức, công dân thì phải bồi thường thiệt hại theo quy định của pháp luật dân sự (khoản 1 Điều 28 Luật Báo chí năm 1989, đã được sửa đổi, bổ sung năm 1999). Trong trường hợp này, trách nhiệm của báo chí là trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài

<sup>1</sup> Chẳng hạn tại điều 71 Hiến pháp 1992 của nước ta quy định: “Công dân có quyền bất khả xâm phạm về danh dự, nhân phẩm”. Chương XII Bộ luật hình sự ngày 21/12/1999 với tiêu đề “Các tội xâm phạm tính mạng, sức khỏe, nhân phẩm, danh dự của con người” quy định một số tội phạm xâm phạm danh dự, nhân phẩm. Theo Điều 37, BLDS 2005, “danh dự, nhân phẩm của cá nhân được tôn trọng và được pháp luật bảo vệ”.

<sup>2</sup> Xem G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, Nxb. LGDJ, 2008, phần số 43-1, 56-2.

hợp đồng trong Bộ luật Dân sự.

Theo quy định tại khoản 1 Điều 604 Bộ luật Dân sự năm 2005 (sau đây gọi tắt là BLDS), “người nào do lỗi cố ý hoặc lỗi vô ý xâm phạm tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, uy tín, tài sản, quyền, lợi ích hợp pháp khác của cá nhân, xâm phạm danh dự, uy tín, tài sản của pháp nhân hoặc chủ thể khác mà gây thiệt hại thì phải bồi thường”. Trên cơ sở quy định này, Nghị quyết số 03/2006/NQ-HĐTP ngày 08/7/2006 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao cụ thể hóa về nguyên tắc chung, trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng chỉ phát sinh khi có đầy đủ các yếu tố sau đây: phải có thiệt hại xảy ra; phải có hành vi trái pháp luật; phải có mối quan hệ nhân quả giữa thiệt hại xảy ra và hành vi trái pháp luật và phải có lỗi cố ý hoặc lỗi vô ý của người gây thiệt hại.

Trong các tranh chấp về bồi thường thiệt hại liên quan đến báo chí, việc xác định các điều kiện trên thường là khó, nhất là điều kiện “phải có hành vi trái pháp luật”.

**2. Có hành vi trái pháp luật trong vụ việc thứ nhất.** Trong vụ việc thứ nhất, Tòa án nhân dân thị xã Tuy Hòa, tỉnh Phú Yên xét xử sơ thẩm vụ án “Tranh chấp hợp đồng vay tài sản” giữa ông Tấn với chủ thể khác và chấp nhận yêu cầu của ông Tấn. Sau khi có án sơ thẩm, Báo Phú Yên đã đăng bài “Trở lại vụ kiện có nhiều ẩn khuất: Dựng chứng từ giả để kiện đòi tiền” (bài báo thứ nhất). Khi xét xử phúc thẩm, Tòa án nhân dân tỉnh Phú Yên đã bác toàn bộ yêu cầu đòi nợ của ông Tấn. Sau đó, Báo Phú Yên tiếp tục đăng bài “Tòa đã bác yêu cầu của người dựng chứng từ giả” (bài báo thứ hai). Ông Tấn cho rằng Báo Phú Yên đã xúc phạm danh dự, uy tín của mình nên đã khởi kiện ra Tòa án để yêu cầu Báo Phú Yên xin lỗi, cải chính công khai và bồi thường thiệt hại. Có hành vi trái pháp luật của phía báo Phú Yên không khi toàn bộ nội

dung bản án phúc thẩm “không có đoạn nào kết luận tài liệu mà ông Tấn dùng làm căn cứ đòi nợ là giả, phần quyết định của bản án cũng không khẳng định là ông Tấn dựng chứng từ giả để đòi tiền”?

Theo khoản 4 Điều 10 Luật báo chí về “những điều không được thông tin trên báo chí” thì “không được đưa tin sai sự thật, xuyên tạc, vu khống nhằm xúc phạm danh dự của tổ chức, danh dự, nhân phẩm của công dân”. Theo Tòa dân sự Tòa án nhân dân tối cao, “nội dung của 02 bài báo không nói là ông Tấn lập chứng từ giả, các thông tin trong 02 bài báo cũng chỉ nêu lại vấn đề của vụ án”. Như vậy, chúng ta không thể sử dụng nội dung của bài báo để xác định có hành vi trái pháp luật vì bài báo “cũng chỉ nêu lại vấn đề của vụ án”. Tuy nhiên, tiêu đề (tít) của bài báo chứa đựng thông tin không đúng với bản án. Cụ thể, hai bài viết này có tiêu đề là “Trở lại vụ kiện có nhiều ẩn khuất: Dựng chứng từ giả để kiện đòi tiền” và “Toà đã bác yêu cầu của người dựng chứng từ giả”. Trong hai tiêu đề này có thông tin khẳng định ông Tấn “dựng chứng từ giả”. Điều đó có nghĩa là hai tiêu đề này có thông tin không đúng sự thật so với bản án phúc thẩm.

Từ thực tế trên, Tòa giám đốc thẩm đã xác định “Tiêu đề (tít) của bài bào là một bộ phận của bài báo; tuy nội dung của 02 bài báo không nói là ông Tấn lập chứng từ giả, các thông tin trong 02 bài báo cũng chỉ nêu lại vấn đề của vụ án nhưng với các tiêu đề (tít) của 02 bài báo (...) lại có hàm ý định hướng, gây sự ghi ngờ và khẳng định ông Tấn dựng chứng từ giả, nên đã gây ảnh hưởng đến uy tín, danh dự của ông Tấn là vi phạm khoản 4 Điều 10 Luật báo chí”. Ở đây, Tòa dân sự đã xác định là có hành vi trái pháp luật (cụ thể là vi phạm khoản 4 Điều 10 Luật báo chí) và sau đó khẳng định “ông Tấn khởi kiện yêu cầu Báo Phú Yên bồi thường thiệt hại do danh dự, nhân phẩm bị xâm hại, Tòa án cấp sơ thẩm đã chấp nhận một phần

yêu cầu của ông Tấn; buộc Toà soạn Báo Phú Yên phải công khai cải chính, xin lỗi ông Tấn (...) là phù hợp với quy định tại đoạn 3 khoản 1 Điều 28, Điều 9 Luật Báo chí; các Điều 25, 37, khoản 1 Điều 604, Điều 611 BLDS 2005”.

**3. Nhận xét về việc xác định hành vi trái pháp luật trong vụ việc thứ nhất.** Liên quan đến việc xác định hành vi trái pháp luật trên, chúng tôi có một số nhận xét sau:

*Thứ nhất*, theo hướng giải quyết của Tòa dân sự, khi bài báo “cũng chỉ nêu lại vấn đề của vụ án” thì bản thân việc công bố nội dung này không thể coi là hành vi trái pháp luật, không làm phát sinh trách nhiệm dân sự. Hướng giải quyết này là thuyết phục và đã có Tòa án địa phương theo hướng này<sup>3</sup>. Nghiên cứu so sánh cho thấy chưa có Tòa án nào của nước ngoài buộc một chủ thể phải bồi thường khi chủ thể này “cũng chỉ nêu lại vấn đề của vụ án”. Quyền tự do ngôn luận của các cơ

<sup>3</sup> Theo một bản án của Tòa án TP. HCM, đối chiếu với các tài liệu, chứng cứ đã phân tích nêu trên thì có căn cứ xác định rằng phần “Kháng nghị rồi, kháng nghị nữa!” của bài viết “Hoãn hoãn, hoãn mãi, hoãn không thôi!” của tác giả Mai đăng tại Báo “Tuổi Trẻ” số ra ngày 13/05/2008 là bài viết tường thuật lại về quá trình Toà án các cấp xét xử vụ án dân sự tranh chấp hợp đồng mua bán căn nhà số 313 Lê Quang Định, giữa nguyên đơn là vợ chồng ông Long, bị đơn là vợ chồng ông Phương – bà Hoa; nội dung của bài viết được căn cứ vào các bản án của Toà án các cấp đã xét xử công khai và các văn bản khác của Toà án nhân dân tối cao, của Viện kiểm sát nhân dân tối cao.... (bút lục 22-27; 30-60), không có nội dung nào trong bài viết là những điều không được thông tin trên báo chí như: Có nội dung chống đối Nhà nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam; có nội dung mô tả tỉ mỉ những hành động dâm ô; có nội dung ảnh hưởng xấu đến đời tư, công bố tài liệu, thư riêng của cá nhân khi chưa được sự đồng ý của họ... Do đó, việc ông Phương – bà Hoa cho rằng nội dung của phần “Kháng nghị rồi, kháng nghị nữa!” của bài viết “Hoãn hoãn, hoãn mãi, hoãn không thôi!” đăng trên báo Tuổi Trẻ số ra ngày 13/05/2008 là không đúng, đồng thời xâm phạm danh dự, uy tín của ông Phương – bà Hoa, là không có căn cứ pháp luật; Toà án cấp sơ thẩm xét xử không chấp nhận yêu cầu khởi kiện của ông Phương – bà Hoa là đúng pháp luật” (Bản án số 1518/2009/DSPT ngày 21/08/2009).



quan thông tin đại chúng được pháp luật quy định. Báo chí có quyền đưa các thông tin về vụ án. Bởi lẽ, báo chí có vai trò tuyên truyền, giáo dục pháp luật cho mọi quần chúng nhân dân. Ngoài việc tuyên truyền pháp luật, cung cấp thông tin về nội dung vụ án, báo chí còn cung cấp thông tin về hoạt động tố tụng của các cơ quan tiến hành tố tụng, những vi phạm tố tụng của cơ quan tiến hành tố tụng và người tiến hành tố tụng, về văn hóa pháp đình... Trong thực tiễn, nếu thông tin của báo chí phản ánh đúng sự thật khách quan thì có tác dụng tích cực trong việc khắc phục những thiếu sót, những sai lầm trong hoạt động tố tụng.

*Thứ hai*, khoản 4 Điều 10 Luật báo chí cấm “những điều”, “tin sai sự thật” trên báo chứ không chỉ cấm “nội dung bài báo” có những điều hay tin sai sự thật. Vì vậy, việc Tòa giám đốc thẩm xác định chỉ cần “tiêu đề” của bài báo có “những điều” hay “tin sai sự thật” là vi phạm khoản 4 Điều 10 Luật báo chí là thuyết phục. Từ phán quyết này các báo cần thận trọng khi đăng bài: cần không chỉ quan tâm tới “nội dung” mà còn chú trọng đến cả “tiêu đề” của bài viết. Đối với người đọc, tiêu đề (tít) của bài báo có một vị trí khá quan trọng, nó có khả năng cung cấp tóm lược thông tin nội dung của bài báo. Đối với pháp luật, đó có thể là căn cứ để xác định báo có vi phạm pháp luật hay không.

*Thứ ba*, theo khoản 4 Điều 10 Luật báo chí, “không được đưa tin sai sự thật, xuyên tạc, vu khống nhằm xúc phạm danh dự của tổ chức, danh dự, nhân phẩm của công dân”. Với quy định này thì dường như “tin sai sự thật” chưa đủ để vi phạm điều cấm; để điều cấm này bị coi là vi phạm thì phải chứng minh thêm là tin sai sự thật “xúc phạm danh dự của tổ chức, danh dự, nhân phẩm của công dân” và “việc đưa tin sai sự thật này là “nhằm” xúc phạm các giá trị vừa nêu. Trong

vụ việc thứ nhất, thông tin của tiêu đề bài báo đã “xúc phạm” đến ông Tấn so với nội dung của vụ án nhưng việc báo Phú Yên đưa thông tin sai sự thật này có phải “nhằm” xúc phạm ông Tấn không? Rất khó xác định yếu tố này. Trong thực tiễn xét xử, Tòa án thường xem nhẹ yếu tố này và Quyết định giám đốc thẩm được bình luận ở đây cũng theo hướng này. Theo chúng tôi, để bảo vệ quyền lợi của người bị liên quan đến bài báo và nhằm nâng cao trách nhiệm của báo trong việc cung cấp thông tin, chỉ cần chứng minh báo đưa tin sai sự thật và việc này xúc phạm danh dự của tổ chức, danh dự, nhân phẩm của cá nhân là có thể kết luận có hành vi trái pháp luật<sup>4</sup>.

*Thứ tư*, Luật báo chí trong đó có Điều 9 và Điều 10 chỉ đề cập đến việc bảo vệ “danh dự, nhân phẩm” của cá nhân mà không nói đến “uy tín” của cá nhân (Luật sửa đổi năm 1999 chỉ thêm “uy tín của tổ chức”)<sup>5</sup> nhưng Tòa dân sự vẫn viện dẫn các điều luật trên và khẳng định việc báo Phú Yên “đã gây ảnh hưởng đến uy tín, danh dự của ông Tấn là vi phạm khoản 4 Điều 10 Luật báo chí”. Như vậy, Quyết định giám đốc thẩm đã bỏ sung việc bảo vệ “uy tín” của cá nhân trong Luật báo chí. Hướng giải quyết này là thuyết phục vì Luật báo chí được xây dựng từ rất lâu và việc sửa đổi năm 1999 chưa thực sự toàn diện nên chưa tương thích với các văn bản khác, nhất là BLDS theo đó “danh dự”, “nhân phẩm” và “uy tín” của cá nhân được

<sup>4</sup> Khoản 1 Điều 9 Luật báo chí sửa đổi (năm 1999), “Báo chí khi thông tin sai sự thật, xuyên tạc, vu khống, xúc phạm uy tín của tổ chức, danh dự, nhân phẩm của cá nhân thì phải đăng, phát sóng lời cải chính, xin lỗi của cơ quan báo chí, của tác giả”. Ở đây, chỉ cần có “thông tin sai sự thật xúc phạm” đến chủ thể khác là báo phải xin lỗi; quy định này đã bỏ thuật ngữ “nhằm” được quy định trong khoản 4 Điều 10.

<sup>5</sup> Theo Trung tâm Khoa học xã hội và nhân văn Quốc gia, Từ Điển tiếng Việt, Nxb. Văn hóa Sài Gòn, Thành phố Hồ Chí Minh, 2005, tr. 435, 1172, 1750, “danh dự” là “sự coi trọng của dư luận xã hội, dựa trên các giá trị tinh thần, đạo đức tốt đẹp”, nhân phẩm là “phẩm chất và giá trị của con người”, uy tín là “sự tín nhiệm và mền phục có được trong lòng mọi người”.

bảo vệ như nhau<sup>6</sup>. Hơn nữa, danh dự, nhân phẩm, uy tín của cá nhân là các yếu tố nhân thân luôn gắn liền với một con người nhất định, là thước đo giá trị, tư cách của người đó. Vì vậy, những yếu tố này cần được bảo vệ như nhau<sup>7</sup>.

**4. Không có hành vi trái pháp luật trong vụ việc thứ hai.** Trong vụ việc thứ hai, báo Lao động có hai bài viết (của tác giả Ngọc) liên quan đến bà Mai với tiêu đề là “*Trưởng phòng quản lý lao động nước ngoài Sở Lao động, Thương binh và Xã hội thành phố Hồ Chí Minh: Chia rẽ người lao động với công đoàn?*” (bài báo thứ nhất) và “*Không tiếp tục bỏ nhiệm bà Nguyễn Thị Thanh Mai làm trưởng phòng*” (bài báo thứ hai).

Sau khi 02 bài báo này được đăng, bà Mai đã có khiếu nại và yêu cầu báo Lao động và ông Ngọc xin lỗi, cải chính và bồi thường thiệt hại. Khi giải quyết sơ thẩm và phúc thẩm, Tòa án đều buộc báo Lao động và tác giả Ngọc bồi thường. Điều đó có nghĩa là Tòa sơ thẩm và phúc thẩm đã thừa nhận căn cứ phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại đã hội đủ. Tuy nhiên khi xét xử giám đốc thẩm, Hội đồng xét xử đã theo hướng không có hành vi trái pháp luật.

Đối với bài báo thứ nhất, Tòa giám đốc thẩm xác định “chính bà Mai cũng thừa nhận đã phát biểu có các nội dung nêu trên”. Điều đó cũng có nghĩa là thông tin bài báo đưa ra không phải là tin sai sự thật. Đối với bài báo thứ hai, vẫn theo Tòa dân sự, bài viết này “phù hợp với Quyết định số 231/QĐ-TC ngày 13-12-2006 của Giám đốc Sở Lao động Thương binh và Xã hội thành phố Hồ Chí Minh về việc không bỏ nhiệm lại cán bộ”. Từ đó, Hội đồng

<sup>6</sup> Điều 37 BLDS quy định “Danh dự, nhân phẩm, uy tín của cá nhân được tôn trọng và được pháp luật bảo vệ”.

<sup>7</sup> Trong tương lai, khi có dịp sửa đổi Luật báo chí, chúng ta nên theo hướng của thực tiễn trên: tức là quy định cả việc bảo vệ “uy tín” của cá nhân (không nên chỉ giới hạn ở “công dân”, người nước ngoài cũng cần được bảo vệ).

giám đốc thẩm khẳng định “nội dung 2 bài báo của tác giả Ngọc đăng trên Báo Lao động là phù hợp với pháp luật, không nhằm mục đích xúc phạm danh dự, uy tín, nhân phẩm của bà Mai. Toà án cấp sơ thẩm và Toà án cấp phúc thẩm đã chấp nhận một phần yêu cầu của bà Mai, buộc Báo Lao động và ông Đức (Ngọc) phải đăng cải chính, phải xin lỗi bà Mai và bồi thường 2.700.000 đồng (do tổn thất về tinh thần) cho bà Mai, là không đúng.

**5. Nhận xét về đánh giá hành vi trái pháp luật trong vụ việc thứ hai.** Liên quan đến giải quyết yêu cầu bồi thường thiệt hại do báo chí gây ra trong vụ việc thứ hai, chúng tôi có một số nhận xét bổ sung sau:

*Thứ nhất*, trong vụ việc này, theo Tòa phúc thẩm, “Cấp sơ thẩm cho rằng nội dung thông tin trên bài báo ngày 15/12/2006, có liên quan đến bà Mai là không chính xác, nên chấp nhận yêu cầu khởi kiện của bà Mai, buộc báo Lao động và ông Đức phải xin lỗi, cải chính những thông tin đăng trên báo là có căn cứ”. Tuy nhiên, Tòa giám đốc thẩm lại cho rằng các bài báo “là phù hợp với pháp luật, không nhằm mục đích xúc phạm danh dự, uy tín, nhân phẩm của bà Mai”. Dường như Tòa giám đốc thẩm không phủ nhận có những thông tin “không chính xác” nhưng những thông tin này “không nhằm mục đích xúc phạm danh dự, uy tín, nhân phẩm của bà Mai”. Điều này cho thấy việc xác định một bài báo có trái với các quy định hiện hành hay không là rất phức tạp.

*Thứ hai*, vụ việc này cho phép chúng ta xem xét nguồn thông tin được sử dụng trong bài báo. Trong thực tế, rất phổ biến việc báo sử dụng thông tin của một cá nhân cung cấp hay một báo khác đã công bố. Trong vụ việc thứ hai, báo Lao động sử dụng thông tin trên Báo BBC Vietnamese.com. Nếu những thông tin này sai sự thật gây ảnh hưởng tới cá nhân, chủ thể khác thì báo đăng tin có phải chịu trách nhiệm không? Trong thực tiễn xét

xử, khi báo đăng tin do một cá nhân cung cấp với tư cách cá nhân (tức không nhân danh một cơ quan công quyền)<sup>8</sup> thì báo đăng tin này phải chịu trách nhiệm<sup>9</sup>. Trong vụ việc thứ hai, Kháng nghị của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao cho rằng “pháp luật của Nhà nước ta không cấm các cơ quan báo chí, các nhà báo, cá nhân, tổ chức khai thác thông tin trên báo chí, kể cả Báo BBC Vietnamese.com, nếu các thông tin đó là có thật”. Điều đó cũng có nghĩa là báo hoàn toàn có thể khai thác thông tin trên báo khác, cho dù báo đó không thuộc hệ thống báo của Việt Nam<sup>10</sup>. Tuy nhiên, việc khai thác này chỉ được tiến hành với điều kiện “nếu các thông tin đó có thật”. Do vậy, nếu thông tin không có thật mà ảnh hưởng tới tổ chức, cá nhân khác thì báo sử dụng lại thông tin vẫn phải chịu trách nhiệm. Theo chúng tôi, giải pháp này hoàn toàn thuyết phục và phù hợp với khoản 4 Điều 10 Luật Báo chí là “không được đưa tin sai sự thật”.

**6. Mức bồi thường và người phải bồi thường.** Khi cá nhân có thiệt hại do vi phạm của hoạt động báo chí thì họ được bồi

<sup>8</sup> Đối với thông tin do cá nhân đại diện tổ chức có thẩm quyền đưa ra thông tin nhưng không đúng sự thật thì thiết nghĩ chúng ta không nên quy trách nhiệm cho báo chí.

<sup>9</sup> Chẳng hạn, sau khi khẳng định “bài viết “Lừa vợ ra nước ngoài, chiếm đoạt tài sản” của tác giả Tôn Anh không đúng sự thật”, Tòa án TP. HCM đã xét rằng “ông Trung tác giả bài viết cho rằng: Toàn bộ thông tin bài viết do bà Khánh cung cấp, bài viết phản ánh đúng các nội dung do bà Khánh cung cấp, nhưng không được chấp nhận. Lẽ ra sau khi nhận được thông tin, tài liệu do bà Khánh cung cấp tác giả Tôn Anh và biên tập báo phải xác minh nội dung do bà Khánh cung cấp có đúng hay không, để từ đó mới sử dụng các thông tin do bà Khánh cung cấp viết bài và đăng tải trên báo” (Bản án số 1497/2007/DS-PT ngày 24/12/2007).

<sup>10</sup> Vẫn theo Kháng nghị của Chánh án, “*Tòa án cấp phúc thẩm cho rằng* “...xét Báo BBC Vietnamese.com không nằm trong hệ thống báo chí Việt Nam và phía bị đơn cũng không có chứng cứ gì chứng minh báo chí Việt Nam được quyền sử dụng các thông tin từ Báo BBC Vietnamese.com...”. *Nhận định này của Tòa án cấp phúc thẩm là không đúng*”.

thường thiệt hại khi các điều kiện luật định được hội đủ.

Theo khoản 1 Điều 28 Luật báo chí, “cơ quan báo chí, nhà báo, tổ chức, cá nhân thông tin gây thiệt hại đến lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân khác thì phải bồi thường theo quy định của pháp luật dân sự”. Như vậy, việc giải quyết vấn đề bồi thường phải được tiến hành theo quy định của pháp luật dân sự. Trong vụ việc thứ nhất, Tòa giám đốc thẩm đã cho rằng việc giải quyết bồi thường thiệt hại của Tòa sơ thẩm “phù hợp với quy định tại Điều 611 Bộ luật dân sự năm 2005”. Trong thực tế, quy định này liên quan đến “thiệt hại do danh dự, nhân phẩm, uy tín bị xâm phạm” và có hai loại thiệt hại: vật chất và tinh thần. Trong khuôn khổ bài viết này chúng tôi chỉ đề cập tới tổn thất về tinh thần mà Điều 611 quy định theo đó “người xâm phạm danh dự, nhân phẩm, uy tín của người khác phải bồi thường thiệt hại theo quy định tại khoản 1 Điều này và một khoản tiền khác để bù đắp tổn thất về tinh thần mà người đó gánh chịu. Mức bồi thường bù đắp tổn thất về tinh thần do các bên thoả thuận; nếu không thoả thuận được thì mức tối đa không quá mười tháng lương tối thiểu do Nhà nước quy định”. Trong vụ việc thứ nhất, chỉ có một người bị ảnh hưởng là ông Tấn. Nếu một bài báo gây ảnh hưởng tới nhiều người thì mức tối đa (khi không có thỏa thuận) là bao nhiêu? BLDS không quy định thực sự rõ về vấn đề này. Thiết nghĩ, mức tối đa nêu trong Điều 611 chỉ nên giới hạn ở một người bị ảnh hưởng. Do đó, nếu báo gây ảnh hưởng đến nhiều người cùng một lúc thì mức tối đa này nên nhân với số người bị ảnh hưởng.

Một trong những đặc thù đối với thiệt hại do báo gây ra là bài báo nằm trong một tờ báo và bài báo có tác giả. Nếu bài báo này gây thiệt hại và các điều kiện phát sinh trách nhiệm bồi thường hội đủ thì thiết nghĩ chúng ta nên theo hướng báo và tác giả bài báo liên

đời bồi thường trên cơ sở Điều 616 BLDS theo đó “trong trường hợp nhiều người cùng gây thiệt hại thì những người đó phải liên đới bồi thường cho người bị thiệt hại”. Trong thực tiễn xét xử, đã có Tòa án buộc tác giả bài báo và báo liên đới bồi thường thiệt hại<sup>11</sup>.

### III. Tòa án có thẩm quyền giải quyết bồi thường thiệt hại trong lĩnh vực báo chí

**1. Hướng giải quyết của Tòa án địa phương.** Trong vụ việc thứ nhất, vấn đề thẩm quyền theo lãnh thổ của Tòa án không được đặt ra. Tuy nhiên, trong vụ việc thứ hai, vấn đề thẩm quyền là một nội dung quan trọng của Quyết định và vấn đề này cần được làm sáng tỏ trong lĩnh vực bồi thường thiệt hại do báo chí gây ra.

Trong vụ việc thứ hai, tác giả bài viết làm phát sinh tranh chấp cư trú tại Quận Tân Phú Tp. HCM nhưng Báo Lao động có cơ quan thường trú tại Quận 1 TP. HCM và có trụ sở tại Quận Hoàn Kiếm, Hà Nội. Tòa án nào có thẩm quyền giải quyết tranh chấp? Tòa án Quận 1, Tp. HCM đã thụ lý giải quyết và Tòa phúc thẩm đã chấp nhận (không phản đối).

Trong một vụ việc khác liên quan đến Báo Lao động, một bên đã phản đối thẩm quyền của Tòa án Quận 1 nhưng phản đối này không được Tòa chấp nhận. Cụ thể, theo Tòa án, “Người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của bị đơn cho rằng: Tòa án nhân dân quận 1 thụ lý giải quyết là sai thẩm quyền vì trụ sở duy nhất của Báo Lao Động đặt tại số 51 Hàng Bò - Hà Nội. Vụ án này phải do Tòa án nhân dân tại Hà Nội thụ lý giải quyết theo điểm a khoản 1 điều 35 của Bộ luật tố tụng dân sự. Xét, Báo Lao Động có cơ quan thường trú đặt tại số 120 Nam Kỳ Khởi Nghĩa quận 1, TP. HCM (nay chuyển về 124 – 126 Lê Lai quận 1, TP. HCM ). Tòa án nhân dân quận 1 thụ lý giải quyết theo đúng quy định tại điểm d khoản 1

điều 36 của Bộ luật tố tụng dân sự”<sup>12</sup>.

**2. Hướng giải quyết của Tòa dân sự.** Tòa dân sự Tòa án nhân dân tối cao đưa ra hướng giải quyết khác Tòa án địa phương nêu trên. Cụ thể, theo Tòa dân sự, “căn cứ vào các tài liệu, chứng cứ có trong hồ sơ vụ án, thì Tòa soạn Báo Lao động tại nhà số 120 đường Nam Kỳ Khởi Nghĩa, quận 1, TP. HCM chỉ là cơ quan Thường trú của Báo Lao động có trụ sở tại nhà số 51 phố Hàng Bò, quận Hoàn Kiếm, thành phố Hà Nội (Theo Quyết định số 730/QĐ-TLĐ ngày 22-8-1985 và Quyết định số 792 QĐ/TLĐ ngày 25-5-1993 của Tổng Công đoàn Việt Nam) nên Tòa soạn Báo Lao động tại nhà số 120 đường Nam Kỳ Khởi Nghĩa, quận 1, TP. HCM không phải là một chi nhánh của Báo Lao động được phép hoạt động độc lập mà phải chịu dưới sự chỉ đạo trực tiếp toàn diện của Báo Lao động có trụ sở tại nhà số 51 Hàng Bò, quận Hoàn Kiếm, thành phố Hà Nội (...). Tòa án nhân dân quận 1, TP. HCM thụ lý, giải quyết là không đúng thẩm quyền”. Như vậy, theo Tòa giám đốc thẩm, bản thân nơi mà Báo có cơ quan thường trú không đủ để thừa nhận thẩm quyền của Tòa án nơi này. Hướng giải quyết này có hệ quả rất lớn đối với người khởi kiện, người có quyền và lợi ích bị báo chí xâm phạm.

Phản trên cho thấy bản thân nơi thường trú của cơ quan báo chí không đủ để ghi nhận thẩm quyền của Tòa án nơi này. Vậy thì Tòa án nơi nào có thẩm quyền? Trong vụ việc thứ hai, báo Lao động có trụ sở tại quận Hoàn Kiếm-Hà Nội bị kiện với tư cách là bị đơn thứ nhất và tác giả bài viết trên báo Lao động bị kiện với tư cách đồng bị đơn có nơi cư trú tại quận Tân Phú Tp. HCM. Theo Tòa dân sự, “căn cứ vào điểm h khoản 1 Điều 36 Bộ luật tố tụng dân sự, thì Tòa án có thẩm quyền giải quyết có thể là Tòa án nhân dân quận Tân Phú, thành phố Hồ Chí Minh hoặc Tòa án nhân dân quận Hoàn Kiếm, thành phố Hà

<sup>11</sup> Về vấn đề này, xem thêm Đỗ Văn Đại, *Luật bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng Việt Nam*, Nxb. CTQG, 2010, phân số 37 và 38.

<sup>12</sup> Bản án số 935/2008/DS-PT ngày 21/8/2008 của Tòa án nhân dân TP. HCM.

Nội (theo sự lựa chọn của nguyên đơn)”<sup>13</sup>.

**3. Nhận xét về việc xác định Tòa án có thẩm quyền (theo lãnh thổ).** Theo quy định tại điểm d khoản 1 Điều 36 BLTTDS, “nếu tranh chấp về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng thì nguyên đơn có thể yêu cầu Tòa án nơi mình cư trú, làm việc, có trụ sở hoặc nơi xảy ra thiệt hại giải quyết”. Đây là một quy định tạo điều kiện thuận lợi cho nguyên đơn, người bị thiệt hại. Trong vụ việc thứ hai, tranh chấp giữa bà Mai và Báo Lao động là tranh chấp về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, căn cứ điểm d khoản 1 Điều 36 BLTTDS thì bà Mai có quyền yêu cầu Tòa án nơi bà Mai cư trú, làm việc hoặc nơi xảy ra thiệt hại giải quyết. Do đó, nếu chúng ta theo hướng nguyên đơn “chỉ” “có thể yêu cầu Tòa án nơi một trong các bị đơn cư trú, làm việc, có trụ sở giải quyết” là không thuyết phục. Giải pháp này không tạo điều kiện thuận lợi cho người bị thiệt hại, gây ra nhiều khó khăn và bất tiện cho người bị thiệt hại. Giả sử trong vụ việc thứ hai, đồng bị đơn cư trú tại Gia Lai hoặc Điện Biên thì nguyên đơn chỉ được chọn hoặc là Tòa án quận Hoàn Kiếm, Hà Nội hoặc Tòa án ở Gia Lai, hoặc Tòa án ở Điện Biên để giải quyết. Điều này là hết sức bất hợp lý và bất công bằng cho nguyên đơn. Nếu vậy thì chúng ta chỉ cần áp dụng điểm a khoản 1 Điều 35 BLTTDS (Tòa án nơi bị đơn cư trú, làm việc hoặc có trụ sở để xác định thẩm quyền của Tòa án theo lãnh thổ) là đủ mà pháp luật không cần phải quy định thẩm quyền của Tòa án theo sự lựa chọn của nguyên đơn. Nếu điểm d và điểm h khoản 1 Điều 36 BLTTDS có sự xung đột thì khi giải quyết sự xung đột đó cũng cần đứng trên nguyên tắc có lợi cho nguyên đơn. Bởi lẽ, Điều 36 BLTTDS quy định thẩm quyền

của Tòa án “theo sự lựa chọn của nguyên đơn”. Mục đích của quy định này là tạo điều kiện tốt nhất cho nguyên đơn, nguyên đơn có quyền lựa chọn theo các giải pháp mà pháp luật đã quy định và lựa chọn đó phải được pháp luật tôn trọng.

Cách đây không lâu, diễn đàn Báo Pháp luật thành phố Hồ Chí Minh cũng từng phản ánh vấn đề về thẩm quyền của Tòa án giải quyết tranh chấp bồi thường thiệt hại trong lĩnh vực báo chí. Có ý kiến cho rằng không nên trao cho người khởi kiện khả năng lựa chọn lớn. “Chẳng hạn một người Việt Nam quốc tịch nước ngoài bị một tờ báo trong nước thông tin sai sự thật, khi người ta kiện thì không lẽ tờ báo phải cử người sang nước ngoài hầu tòa sao? Hơn nữa, ngày càng có nhiều tờ báo có tầm phủ sóng thông tin rộng khắp nước bị kiện mà cứ phải đến tòa nơi nguyên đơn sống mà hầu kiện thì người đâu mà đi cho xuể, thời gian đâu mà làm chuyên môn” hay “Bộ luật Tố tụng dân sự quy định nguyên đơn có quyền lựa chọn tòa án giải quyết tranh chấp nhưng trước đó luật cũng quy định là bị đơn ở đâu thì kiện ở đó. Căng hai nguyên tắc này ra thì thấy phương án kiện tại tòa có trụ sở báo là chặt chẽ và hợp lý hơn, vì cơ quan báo chí là một pháp nhân”<sup>14</sup>. Theo chúng tôi, các ý kiến trên là chưa thuyết phục. Bởi lẽ, nơi cư trú, làm việc của nguyên đơn ở đây là nơi cư trú, làm việc của nguyên đơn trên lãnh thổ Việt Nam chứ không phải ở nước ngoài như tác giả lầm tưởng (pháp luật Việt Nam không thể quy định người Việt Nam có thể kiện ai đó ở một nước không phải là Việt Nam<sup>15</sup>). Mặt khác, nếu cho rằng nhiều tờ báo có tầm phủ sóng thông tin rộng khắp nước bị kiện thì không có người đi hầu tòa

<sup>13</sup> Theo điểm h, khoản 1 Điều 36 BLTTDS, “nếu các bị đơn cư trú, làm việc, có trụ sở ở nhiều nơi khác nhau thì nguyên đơn có thể yêu cầu Tòa án nơi một trong các bị đơn cư trú, làm việc, có trụ sở giải quyết”.

<sup>14</sup> Thanh Tùng, *Kiện báo chí ở Tòa nào mới đúng?*, <http://phapluattp.vn/2010030711230751p0c1063/kien-bao-chi-o-toa-nao-moi-dung.htm> (cập nhật ngày 08/3/2010).

<sup>15</sup> Xem Đỗ Văn Đại và Mai Hồng Quý, *Tư pháp quốc tế Việt Nam*, Nxb. CTQG 2010, phần số 38 và 39.

hoặc không có thời gian để làm chuyên môn là không có cơ sở. Vì sao báo phải đi hầu tòa? Có phải vì báo đã thông tin sai sự thật xâm phạm đến danh dự, nhân phẩm, uy tín của người khác? Đây là tranh chấp bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng mà báo chí là người bị khởi kiện (bị đơn) thì báo chí cũng không có ngoại lệ. Pháp luật đã quy định cụ thể và rõ ràng thì chúng ta phải thượng tôn pháp luật. Hơn nữa, báo bán (phát hành) được ở đâu thì cơ quan báo cũng phải có khả năng đến đó. Theo chúng tôi, vấn đề ở đây không phải là không có người tham gia tố tụng, không có người làm công tác chuyên môn mà là chi phí tố tụng. Pháp luật của chúng ta chưa có quy định buộc người thua kiện phải chịu (bồi thường) chi phí tố tụng cho người thắng kiện trong các tranh chấp về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng mà chỉ phải chịu một khoản tiền (án phí) đối với nhà nước. Còn ý kiến cho rằng BLTTDS quy định nguyên đơn có quyền lựa chọn tòa án giải quyết tranh chấp nhưng trước đó luật cũng quy định là bị đơn ở đâu thì kiện ở đó là cách hiểu chưa chính xác về tinh thần của pháp luật. Trước đó, điểm a khoản 1 Điều 35 BLTTDS quy định Tòa án có thẩm quyền giải quyết là Tòa án nơi bị đơn cư trú, làm việc hoặc có trụ sở là quy định chung cho tất cả các vụ án dân sự. Nếu rơi vào những trường hợp thẩm quyền của Tòa án theo sự lựa chọn của nguyên đơn mà nguyên đơn có sự lựa chọn thì chúng ta phải ưu tiên (bắt buộc) theo sự lựa chọn của nguyên đơn, lúc này quy định chung không còn được áp dụng.

Thiết nghĩ, ngoài việc lựa chọn Tòa án nơi một trong các bị đơn có nơi cư trú, làm việc hay trụ sở như Tòa giám đốc thẩm đã nêu, nguyên đơn còn có thể lựa chọn Tòa án “nơi mình cư trú, làm việc, có trụ sở hoặc nơi xảy ra thiệt hại” được quy định tại điểm d khoản 1 Điều 36 BLTTDS đối

với yêu cầu bồi thường thiệt hại. Đối với yêu cầu bồi thường thiệt hại do báo chí xâm phạm đến danh dự, nhân phẩm, uy tín của cá nhân, khái niệm “nơi xảy ra thiệt hại” hiện nay chưa có giải thích. Để tạo điều kiện cho người bị thiệt hại, chúng ta nên hiểu khái niệm này một cách thông thoáng; nó có thể là nơi số báo có bài viết xâm phạm tới cá nhân tồn tại<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Pháp luật Pháp cũng có quy định cho phép người bị thiệt hại lựa chọn Tòa án nơi “thiệt hại xảy ra” nhưng BLTTDS Pháp không cho biết nơi này là nơi nào. Trong thực tiễn, án lệ của Tòa án tối cao Pháp đã giải thích rất rộng khái niệm này. Nó được hiểu là nơi báo có nội dung xâm phạm tới chủ thể khác được công bố (nơi báo được phân phát, bán cho người đọc). Do vậy, khi báo được phát hành toàn quốc thì Tòa án tối cao Pháp theo hướng cho phép người bị xâm phạm được lựa chọn bất kỳ Tòa án nào trên lãnh thổ Pháp.