

VƯỚNG MẮC TRONG THỰC TIỄN XÉT XỬ VỤ, VIỆC DÂN SỰ CÓ ĐƯƠNG SỰ BỊ MẤT, HẠN CHẾ NĂNG LỰC HÀNH VI DÂN SỰ HOẶC CÓ KHÓ KHĂN TRONG NHẬN THỨC, LÀM CHỦ HÀNH VI

Trần Thị Hoa¹

Tóm tắt: Chủ thể là cá nhân khi tham gia giao dịch dân sự phải có năng lực hành vi dân sự phù hợp với giao dịch được xác lập là một trong những điều kiện để giao dịch dân sự có hiệu lực pháp luật. Vì một lý do nào đó, khi chủ thể tham gia giao dịch không đủ điều kiện về năng lực hành vi dân sự thì các giao dịch muốn xác lập phải được thực hiện thông qua người đại diện giám hộ. Để thực hiện được giao dịch, đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của các bên tham gia giao dịch, đòi hỏi chủ thể tham gia giao dịch phải thực hiện thủ tục tố tụng tại Tòa án yêu cầu tuyên bố chủ thể tham gia giao dịch bị mất, hạn chế hoặc có khó khăn trong nhận thức làm chủ hành vi. Tuy nhiên, thực tiễn xét xử còn có nhiều vướng mắc trong áp dụng pháp luật đối với các trường hợp không có sự thiện chí, hợp tác với Tòa án làm ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể khác khi tham gia giao dịch dân sự.

Từ khóa: Năng lực hành vi dân sự, việc dân sự, hạn chế năng lực hành vi dân sự, giao dịch dân sự. Nhận bài: 10/06/2020; Hoàn thành biên tập: 05/07/2020; Duyệt đăng: 27/07/2020.

Abstract: The requirement that individuals entering civil transaction must have full civil act capacity in line with transaction made is one of conditions to make the civil transaction valid. In case of not meeting conditions of civil act capacity, transactions must be made by guardians. To carry out transaction ensuring legitimate rights and interests of parties, it requires subjects of transaction must take proceedings at the court to request for an announcement that subjects of transaction have lost, had limitation or difficulty in cognizing their acts. However, there are obstacles in legal application in cases persons are not willing and cooperative to work with the court affecting legitimate rights and interests of other subjects in civil transaction.

Keywords: Civil act capacity, civil cases, limitation of civil act capacity, civil transaction.

Date of receipt: 10/06/2020; Date of revision: 05/07/2020; Date of Approval: 27/07/2020.

1. Khái niệm người bị mất, hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi

Năng lực hành vi dân sự của cá nhân là khả năng của cá nhân bằng hành vi của mình xác lập, thực hiện quyền nghĩa vụ dân sự². Theo quy định tại Điều 117 Bộ luật dân sự năm 2015, năng lực hành vi dân sự của cá nhân là một trong những điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự. Các bên tham gia giao dịch phải là các chủ thể có khả năng nhận thức, tự do ý chí, bình đẳng về khả năng thực hiện quyền và nghĩa vụ. Tuy nhiên, có trường hợp vì một vài lý do nào đó mà một trong

các chủ thể không có khả năng nhận thức đầy đủ, không có tự do ý chí cũng như khả năng tự mình thực hiện đầy đủ các quyền và nghĩa vụ dân sự như những đối tượng khác như người mất năng lực hành vi dân sự, người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự, người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi. Khi tham gia các giao dịch dân sự mà có chủ thể bị mất, hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi thì dẫn đến giao dịch dân sự đó bị vô hiệu.

- Người mất năng lực hành vi dân sự được hiểu là người đã từng có năng lực hành vi dân sự

¹ Chánh án Tòa án nhân dân thành phố Phù Lý, tỉnh Hà Nam.

² Điều 19 Bộ luật dân sự năm 2015.



nhưng vì một lý do nào đó mà năng lực hành vi dân sự của họ không còn nữa. Điều 22 Bộ luật dân sự năm 2015 quy định khi một người do bị bệnh tâm thần hoặc mắc bệnh khác mà không thể nhận thức, làm chủ được hành vi thì theo yêu cầu của người có quyền, lợi ích liên quan hoặc của cơ quan, tổ chức hữu quan, Tòa án ra quyết định tuyên bố người này là người mất năng lực hành vi dân sự trên cơ sở kết luận giám định pháp y tâm thần.

Như vậy, người mất năng lực hành vi dân sự không thể bằng nhận thức để làm chủ, kiểm soát hành vi của bản thân nên mọi giao dịch đều thông qua người đại diện hợp pháp của họ xác lập và thực hiện. Tuy nhiên, để xác định được chủ thể tham gia giao dịch dân sự có bị mất năng lực hành vi dân sự hay không thì phải có quyết định của Tòa án. Biểu hiện ra bên ngoài của một người bị mắc bệnh tâm thần hay mắc các bệnh khác mới chỉ là điều kiện cần, chưa là điều kiện đủ để xác định người đó đã mất năng lực hành vi dân sự. Pháp luật chỉ thừa nhận việc giám hộ cho những người này khi có quyết định của Tòa án, và quyết định của Tòa án chỉ có thể có được khi có kết luận chính thức của tổ chức giám định pháp y tâm thần cung cấp. Và trong trường hợp lý do khiến một người bị mất năng lực hành vi dân sự không còn, có kết luận giám định pháp y tâm thần phù hợp thì Tòa án sẽ ra quyết định hủy bỏ quyết định tuyên bố mất năng lực hành vi dân sự, phục hồi lại năng lực hành vi dân sự cho họ.

- *Người khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi* theo quy định của Điều 23 Bộ luật dân sự năm 2015 là người thành niên do tình trạng thể chất hoặc tinh thần mà không đủ khả năng nhận thức, làm chủ hành vi nhưng chưa đến mức mất năng lực hành vi dân sự. Theo yêu cầu của người này, người có quyền, lợi ích liên quan hoặc của cơ quan, tổ chức hữu quan, trên cơ sở kết luận giám định pháp y tâm thần, Tòa án ra quyết định tuyên bố người này là người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi và chỉ định người giám hộ, xác định quyền, nghĩa vụ của người giám hộ. Khi không còn căn cứ tuyên bố một

người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi thì theo yêu cầu của chính người đó hoặc của người có quyền, lợi ích liên quan hoặc của cơ quan, tổ chức hữu quan, Tòa án ra quyết định hủy bỏ quyết định tuyên bố người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi. Đây là cũng là căn cứ phát sinh giám hộ theo quy định của Bộ luật dân sự năm 2015.

- *Người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự*, theo quy định tại Khoản 1 Điều 24 Bộ luật dân sự năm 2015, là người đã từng có năng lực hành vi dân sự đầy đủ (người đã thành niên, có khả năng nhận thức và điều khiển hành vi) nhưng lại rơi vào tình trạng nghiện ma túy, nghiện các chất kích thích khác dẫn đến phá sản tài sản của gia đình. Theo yêu cầu của người có quyền, lợi ích liên quan hoặc của cơ quan, tổ chức hữu quan, Tòa án có thể ra quyết định tuyên bố người này là người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự, kể từ thời điểm quyết định tuyên bố hạn chế năng lực hành vi dân sự của Tòa án đối với một người có hiệu lực pháp luật cho đến khi quyết định đó bị hủy bỏ. Khi không còn căn cứ tuyên bố một người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự thì theo yêu cầu của chính người đó hoặc của người có quyền, lợi ích liên quan hoặc của cơ quan, tổ chức hữu quan, Tòa án ra quyết định hủy bỏ quyết định tuyên bố hạn chế năng lực hành vi dân sự. So với người bị mất năng lực hành vi hoặc có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi thì chủ thể có quyền yêu cầu Tòa án tuyên bố một người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự khá rộng, không chỉ người có quyền lợi liên quan mà các cơ quan, tổ chức hữu quan đều có quyền này.

Điểm giống nhau trong các giao dịch dân sự có yếu tố chủ thể bị mất, hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi là các chủ thể bị mất, hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi phải thông qua người đại diện giám hộ khi tham gia giao dịch, nếu không giao dịch bị vô hiệu. Việc tuyên bố người mất, hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi và cử

người đại diện, giám hộ phải thông qua trình tự tố tụng tại Tòa án. Căn cứ thủ tục giải quyết đối với loại việc này được quy định tại Điều 22, 23, 24 Bộ luật dân sự năm 2015 và Điều 376, 377, 378, 379 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015.

2. Một số vướng mắc trong thực tiễn xét xử

Thực tế, khi giải quyết loại việc dân sự về tuyên bố một người mất năng lực hành vi dân sự, bị hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi hoặc giải quyết việc cử người đại diện, giám hộ đối với những vụ án dân sự có đương sự bị mất, hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi còn nhiều khó khăn vướng mắc, rất phức tạp và hướng giải quyết đối với vụ án dân sự đó còn có những ý kiến khác nhau.

2.1. Trường hợp yêu cầu tuyên bố mất năng lực hành vi dân sự hoặc có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi.

Đối với yêu cầu tuyên bố một người mất năng lực hành vi dân sự hoặc có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi, theo quy định tại Điều 22 và Điều 23 Bộ luật dân sự năm 2015 buộc phải có kết luận giám định pháp y tâm thần. Trong trường hợp người bị yêu cầu có bệnh án về tâm thần, hiện tại vẫn nhận cấp phát thuốc điều trị tâm thần của cơ sở y tế thì vẫn bắt buộc phải giám định. Căn cứ kết luận giám định pháp y tâm thần, Tòa án sẽ giải quyết theo trình tự quy định của pháp luật. Trong trường hợp người bị yêu cầu và gia đình người bị yêu cầu chấp hành nghiêm túc quyết định trưng cầu giám định của Tòa án thì việc giải quyết tại Tòa án thuận lợi. Tòa án mở phiên họp ra quyết định tuyên bố một người mất, hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi đảm bảo có căn cứ và đúng quy định của pháp luật. Trong trường hợp người bị yêu cầu và gia đình gây khó khăn không chấp hành quyết định trưng cầu giám định của Tòa án, không đi giám định, Tòa án chỉ gửi được bệnh án, các tài liệu về điều trị bệnh của người bị yêu cầu đến cơ quan giám định. Vì thế, cơ quan giám định không hoặc chưa thể giám định được dẫn đến việc Tòa án không hoặc

chưa giải quyết được việc dân sự, không cử được người đại diện giám hộ cho những người này tham gia tố tụng. Khi chưa có quyết định của Tòa án, thì việc tham gia các giao dịch dân sự của những người này trong đời sống hàng ngày bị ảnh hưởng rất lớn.

2.2. Trường hợp phát hiện có đương sự bị mất, hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi trong quá trình giải quyết vụ án dân sự

Chẳng hạn, trong vụ án tranh chấp hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất giữa nguyên đơn là ông A và bị đơn là ông B. Ông A chuyển nhượng cho ông B 200 m² đất ở. Ông B mua và sau đó để cho 2 con trai sử dụng làm nhà ở là anh C và anh D. Nay xảy ra tranh chấp và đề nghị Tòa án giải quyết. Quá trình giải quyết tại Tòa án, ông B xuất trình bệnh án tâm thần của anh C. Trong vụ án này, anh C và anh D là người có quyền lợi nghĩa vụ liên quan. Anh C có tài liệu thể hiện bị bệnh tâm thần nhưng anh C và gia đình không chấp hành quyết định trưng cầu giám định tâm thần của Tòa án, không đi giám định nên Tòa án không thể giải quyết được việc thực hiện thủ tục cử người đại diện tham gia tố tụng của anh C. Hiện có 2 luồng ý kiến khác nhau về giải quyết vụ án tranh chấp hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất trên.

Ý kiến thứ nhất cho rằng quan hệ tranh chấp trong vụ án này là tranh chấp hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất giữa người mua và người bán là ông A và ông B. Tòa án phán xét tính pháp lý của hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất. Anh C chỉ là người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan. Việc anh C cố tình không đi giám định tâm thần thì Tòa án căn cứ vào bệnh án và tài liệu điều trị hiện tại của anh C để đưa người đại diện cho anh C và tiến hành giải quyết xem xét vụ án trên.

Ý kiến thứ hai cho rằng anh C là đương sự trong vụ án. Do anh C không đi giám định nên Tòa án không có căn cứ xác định tình trạng tâm thần của anh C nên không đưa người đại diện cho anh C tham gia tố tụng được. Do vậy, theo quy định tại Điều 214 Bộ luật tố tụng dân sự năm



2015, vụ án trên cần ra quyết định tạm đình chỉ với lý do cần chờ cơ quan khác giải quyết.

Hướng giải quyết vụ án với 02 luồng ý kiến trên đều có vướng mắc. Nếu giải quyết vụ án theo luồng ý kiến thứ nhất thì trình tự, căn cứ Tòa án đưa người đại diện cho anh C tham gia tố tụng khi chưa có kết luận giám định tâm thần và chưa qua thủ tục việc dân sự là không đúng quy định Bộ luật dân sự và Bộ luật tố tụng dân sự. Nếu giải quyết vụ án theo luồng ý kiến thứ hai thì việc Tòa án ra quyết định tạm đình chỉ vụ án với lý do chờ cơ quan khác giải quyết sẽ ảnh hưởng đến quyền và lợi ích của các bên tranh chấp nhất là khi đương sự và gia đình không hợp tác thì lý do tạm đình chỉ không biết đến khi nào mới được khắc phục được. Do vậy vụ án không biết đến khi nào mới được giải quyết nhất là trong các vụ án ly hôn, các vụ việc dân sự khác có liên quan đến yếu tố này, dẫn đến quyền và lợi ích hợp pháp của công dân chưa được đảm bảo, chưa giải quyết được quyền lợi trong các quan hệ tranh chấp chính. Trong khi đó bản thân người thẩm phán bị tạm đình chỉ giải quyết vụ án vẫn bị tính là án chưa giải quyết, ảnh hưởng đến tỷ lệ giải quyết án trong công tác thi đua của Tòa án.

2.3. Trường hợp đã có kết luận giám định trong vụ án hình sự.

Khi giải quyết việc dân sự, vụ án dân sự có đương sự bị mất; hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc có khó khăn trong nhận thức làm chủ hành vi mà trước đây trong một vụ án hình sự khác hoặc trong một việc khác đã có kết luận giám định về việc người đó bị mất; hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc có khó khăn trong nhận thức làm chủ hành vi. Nay người này cố tình chống đối không đi giám định theo quyết định trưng cầu giám định của Tòa án thì Tòa án có dùng kết luận giám định tâm thần trước đây để tuyên bố người đó mất; hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc có khó khăn trong nhận thức làm chủ hành vi được hay không. Vấn đề này cũng có những ý kiến khác nhau.

Nhóm ý kiến thứ nhất cho rằng Tòa án bắt buộc phải giám định lại nếu đương sự không đi giám định lại thì không giải quyết được vụ việc.

Nhóm ý kiến thứ hai cho rằng về nguyên tắc là phải giám định lại nhưng do đương sự chống đối nên chấp nhận dùng kết luận giám định trước đây để tiếp tục giải quyết vụ việc dân sự theo trình tự quy định của pháp luật. Về vấn đề này hướng giải quyết vụ việc dân sự theo hai quan điểm trên đều vướng mắc về pháp luật và thực tiễn.

Như vậy, trong quá trình giải quyết việc dân sự có đương sự bị mất, hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi còn gặp khó khăn vướng mắc mà hiện nay chưa có hướng dẫn giải quyết để tháo gỡ trong các trường hợp trên. Chúng tôi cho rằng đối với các trường hợp là việc dân sự yêu cầu tuyên bố một người mất, hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi, Tòa án ra một quyết định pháp lý phán quyết về vấn đề này thì bắt buộc phải dựa trên quyết định giám định và trình tự giải quyết như quy định tại Bộ luật dân sự và Bộ luật tố tụng dân sự là hợp lý. Còn lại, đối với trường hợp trong khi giải quyết vụ án dân sự mới phát hiện ra có đương sự bị mất, hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi mà đương sự chống đối việc giám định, không thể tiến hành giám định được thì căn cứ tài liệu chứng cứ khác như bệnh án về tâm thần, quá trình đã và đang điều trị để xem xét chỉ đưa người đại diện tham gia tố tụng để giải quyết triệt để vụ án mà không cần phải qua việc dân sự về tuyên bố người này mất, hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi rồi mới đưa người đại diện để giải quyết vụ án đó. Như vậy mới đảm bảo quyền lợi chính đáng của công dân.

Vì vậy, trong thời gian tới rất mong cơ quan có thẩm quyền hướng dẫn pháp luật trong các trường hợp nêu trên để trong quá trình giải quyết các vụ việc dân sự có đương sự bị mất; hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi được thống nhất cách giải quyết và áp dụng đúng pháp luật./.

ÁP DỤNG PHÁP LUẬT LIÊN QUAN ĐẾN MẪU VĂN BẢN CHUYỂN NHƯỢNG HỢP ĐỒNG MUA BÁN NHÀ Ở

Hoàng Giang Linh¹

Tóm tắt: Lễ thường, “mẫu” được xem như một chuẩn mực; trong lĩnh vực pháp luật đôi khi cũng xuất hiện những mẫu và Văn bản chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở là một trường hợp như vậy. Tuy nhiên, khi áp dụng trong thực tế thì Văn bản chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở có lẽ không còn là chuẩn mực bởi nó không thể “ôm” hết được các giao dịch trong lĩnh vực dân sự liên quan đến tài sản.

Từ khóa: Văn bản chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở, công chứng.

Nhận bài: 03/07/2020; Hoàn thành biên tập: 10/07/2020; Duyệt đăng: 27/07/2020.

Abstract: Normally, “sample” is considered as standard and Document of transferring contract of purchasing house is one of such samples. However, when this document is applied in reality it is not a sample since it cannot cover all transactions in civil field related to property.

Keywords: Document of transferring contract of purchasing house, notarization.

Date of receipt: 03/07/2020; Date of revision: 10/07/2020; Date of Approval: 27/07/2020.

1. Thực trạng pháp luật

Văn bản chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở là quy định mới tại Khoản 1 Điều 45 Nghị định số 71/2010/NĐ-CP ngày 23/06/2010 của Chính phủ được hướng dẫn bởi Khoản 1 và Khoản 2 Điều 20 Thông tư số 16/2010/TT-BXD ngày 01/09/2010 của Bộ Xây dựng (Phụ lục số 14) quy định chi tiết về thi hành Luật nhà ở năm 2005.

Hiện nay, chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở được quy định tại Điều 117 Luật nhà ở năm 2014, cụ thể: “Giao dịch về nhà ở bao gồm các hình thức mua bán... chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở thương mại, tặng cho, đổi, thừa kế, thế chấp, góp vốn, cho mượn, cho ở nhờ và ủy quyền quản lý nhà ở”. Tiếp đến, tại Khoản 2 Điều 123 Luật nhà ở năm 2014 quy định về trình tự, thủ tục chuyển nhượng, theo đó “nội dung và mẫu Văn bản chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở được thực hiện theo quy định của Bộ trưởng Bộ Xây dựng...”.

Theo hướng dẫn của Bộ Xây dựng, tại Thông tư số 19/2016/TT-BXD ngày 30/06/2016, từ Điều 32 đến Điều 34, việc chuyển nhượng nhà ở thương mại mới rõ nét, cụ thể và chi tiết.

Từ yếu tố thương mại, luật phân biệt nhà ở thương mại với nhà ở công vụ, nhà ở để phục vụ tái định cư và nhà ở xã hội.

Tại Khoản 4 Điều 3 Luật nhà ở năm 2014, khái niệm nhà ở thương mại được hiểu là “nhà ở

được đầu tư xây dựng để bán... theo cơ chế thị trường” và mẫu chuyển nhượng do Bộ Xây dựng ban hành là Văn bản chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở thương mại (Phụ lục số 24).

Theo hướng dẫn của Bộ Xây dựng, tại Khoản 2 Điều 34 Thông tư số 19/2016/TT-BXD ngày 30/06/2016 thì: “Các bên có thể thỏa thuận để sửa đổi, bổ sung các điều khoản trong mẫu Văn bản chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở cho phù hợp, nhưng... phải bảo đảm có đầy đủ các nội dung chính quy định tại Khoản 1 điều này và không được trái với quy định của pháp luật về dân sự và pháp luật về nhà ở”. Như vậy, Văn bản chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở thương mại không thể thiếu những nội dung chính như sau:

- Thông tin về bên chuyển nhượng và bên nhận chuyển nhượng, nếu là cá nhân thì ghi thông tin về cá nhân; nếu là tổ chức thì ghi tên tổ chức và người đại diện theo pháp luật;

- Số, ngày, tháng năm của hợp đồng mua bán nhà ở với chủ đầu tư;

- Giá chuyển nhượng hợp đồng, thời hạn và phương thức thanh toán;

- Quyền và nghĩa vụ của các bên;

- Giải quyết tranh chấp.

Những nội dung nêu trên cho thấy khi chuyển nhượng thì các bên cần quan tâm đến: (i) Chủ thể; (ii) Đối tượng; (iii) Giá chuyển nhượng; (iv) Quyền, nghĩa vụ các bên; (v) Giải quyết tranh chấp.

¹ Công chứng viên, Văn phòng công chứng Gia Khánh, thành phố Hà Nội.



Tuy nhiên, liên quan đến chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở, tác giả cho rằng công chứng viên hoặc người thực hiện chứng thực nên đặc biệt chú ý đến chủ thể, đối tượng và giá chuyển nhượng hơn các nội dung khác.

Cụ thể, tại “mẫu” theo phụ lục 24, Thông tư số 19/2016/TT-BXD do Bộ Xây dựng ban hành ngày 30/06/2016 hướng dẫn về chủ thể ghi nhận nếu là cá nhân: “*thì phải ghi tên cả 2 vợ chồng theo quy định; nếu là tổ chức thì ghi tên tổ chức và người đại diện theo pháp luật của tổ chức*”². Như vậy, nếu chủ thể là cá nhân đã kết hôn thì khi chuyển nhượng hoặc nhận chuyển nhượng đều phải có sự thỏa thuận của vợ chồng, ngược lại, để chứng minh chưa đăng ký kết hôn, cá nhân phải xuất trình giấy xác nhận tình trạng hôn nhân theo quy định³.

Đối tượng chuyển nhượng là nhà ở hình thành trong tương lai căn cứ theo hợp đồng mua bán nhà ở với chủ đầu tư và phải có yếu tố thương mại theo cơ chế thị trường. Như vậy, dường như chỉ nhà ở mang tính thương mại thì nhà làm luật mới cho phép tự do chuyển nhượng.

Giá chuyển nhượng do hai bên thỏa thuận và là một trong những căn cứ để thực hiện nộp thuế theo quy định. Liên quan đến giá, tại Khoản 1 Điều 14 Luật giá năm 2012, khi người tiêu dùng mua bán hàng hóa thì phải thanh toán theo mức giá thỏa thuận... và tại Điều 433 Bộ luật dân sự năm 2015 các bên có quyền thỏa thuận về giá trừ trường hợp pháp luật có quy định khác... thì thỏa thuận phải phù hợp với quy định của pháp luật.

Sau khi được công chứng hoặc chứng thực và nộp thuế theo quy định thì hai bên đề nghị chủ đầu tư xác nhận vào Văn bản chuyển nhượng theo mẫu.

Kể từ ngày chủ đầu tư xác nhận vào Văn bản chuyển nhượng hợp đồng thì chủ đầu tư chấm dứt giao dịch với bên chuyển nhượng hợp đồng và trực tiếp giao dịch với bên nhận chuyển nhượng hợp đồng.

Theo quy định cũ, tại điểm a, Khoản 6 Điều 18 Thông tư số 16/2010/TT-BXD ngày 01/09/2010 của Bộ Xây dựng, khi người mua “đã nhận bàn giao nhà ở” thì phải thực hiện việc mua bán nhà ở theo đúng thủ tục quy định của Luật nhà ở và pháp luật về dân sự (bên bán phải có giấy chứng

nhận quyền sở hữu về nhà ở do cơ quan có thẩm quyền cấp...). Tuy nhiên, nội dung này đã thay đổi khi Luật nhà ở năm 2014 có hiệu lực; còn lại, mẫu chuyển nhượng hợp đồng tại Thông tư số 16/2010/TT-BXD so với Thông tư số 19/2016/TT-BXD không khác biệt nhiều ngoại trừ yếu tố hình thức “thương mại” mặc dù bản chất bên trong đều là chuyển nhượng nhà ở thương mại.

2. Thực trạng áp dụng pháp luật

Theo Bộ luật dân sự năm 2015, chủ sở hữu có quyền thực hiện mọi hành vi theo ý chí của mình đối với tài sản (Khoản 2 Điều 160) và sự kiện làm phát sinh, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự được xem là giao dịch (Điều 116). Tuy nhiên, hình thức giao dịch bị “đóng khung” theo mẫu đôi khi tạo ra những vướng mắc mà người làm luật có thể không mong muốn tại thời điểm soạn thảo, đơn cử trong một số trường hợp như sau:

A mua nhà của chủ đầu tư thông qua Hợp đồng mua bán căn hộ. Sau khi mua một thời gian, A ra tổ chức hành nghề công chứng đề nghị tặng cho lại hợp đồng cho con của mình.

B mua nhà của chủ đầu tư thông qua Hợp đồng mua bán căn hộ. Khi chưa nộp đủ tiền thì B chết, những người thừa kế của B ra tổ chức hành nghề công chứng đề nghị khai nhận di sản.

X có vợ là Y, hai người mua căn hộ chung cư của chủ đầu tư; khi chưa nộp hồ sơ xin cấp “sổ đỏ” thì X và Y ly hôn sau đó ra tổ chức hành nghề công chứng đề nghị chia tài sản chung vợ chồng trong thời kỳ hôn nhân là căn hộ đã mua.

Sau khi tiếp nhận hồ sơ, căn cứ các quy định liên quan đến chuyển nhượng hợp đồng mua bán căn hộ thương mại, tổ chức hành nghề công chứng nhận thấy chủ thể và đối tượng tham gia giao dịch có thể xác định rõ ràng, song, yêu cầu về “tặng cho”; “thừa kế”; hoặc “chia tài sản”... thì dường như lại chưa có hướng dẫn và chưa có mẫu thể hiện các nội dung yêu cầu công chứng.

Tiếp đến, giao dịch chuyển nhượng hoặc “tặng cho”; “thừa kế” hoặc “chia tài sản”... đối với hợp đồng mua bán căn hộ sau khi công chứng và nộp thuế theo quy định cần được chủ đầu tư xác nhận nhưng chủ đầu tư không xác nhận vì theo hướng dẫn tại Thông tư số 19/2016/TT-BXD

² Người đại diện theo pháp luật có thể ủy quyền cho người khác thực hiện công việc.

³ Lưu ý, theo quy định Khoản 1, Điều 8, Luật hôn nhân và gia đình năm 2014, độ tuổi kết hôn của nam và nữ là khác nhau.

ngày 30/06/2016 thì chỉ có mẫu xác nhận chuyển nhượng mà thôi.

Trước thực trạng trên, dường như mẫu Văn bản chuyển nhượng hợp đồng không thể bao quát hết được giao dịch đối với tài sản, đơn giản, người mua không muốn chuyển nhượng mà muốn tặng cho do nhu cầu về tài sản riêng như ví dụ đã nêu. Cụ thể hơn, bố mẹ A muốn bảo đảm về vật chất cho con của mình nên đã lựa chọn hình thức tặng cho để con có tài sản riêng mà không liên quan đến người vợ (chồng) của con mình vì trường hợp chuyển nhượng sẽ có “giá” mang tính đền bù, theo đó, bên nhận chuyển nhượng phải có sự thỏa thuận của hai vợ chồng⁴.

Không mang tính đền bù như chuyển nhượng nhưng việc cá nhân chết (như trường hợp của B trong ví dụ nêu trên) là không tránh khỏi do nhiều nguyên nhân khác nhau; và khi chết thì hợp đồng mua bán phải được những người thừa kế của bên mua tiếp tục thực hiện. Tuy nhiên, để kế thừa quyền và nghĩa vụ của người để lại di sản, người thừa kế buộc phải thực hiện thủ tục khai nhận hoặc phân chia theo quy định và phải được chủ đầu tư xác nhận.

Trường hợp của X và Y cũng vậy, khi ly hôn họ có thể không yêu cầu Tòa án giải quyết tài sản chung nhưng không mất đi quyền đề nghị tổ chức hành nghề công chứng thực hiện chia tài sản chung; và nội dung thỏa thuận vẫn cần nhận được sự thống nhất của các cơ quan, tổ chức liên quan như công chứng, thuế và chủ đầu tư.

Trường hợp khác, theo quy định tại Khoản 4 Điều 62 Luật nhà ở năm 2014, trước khi được cấp giấy chứng nhận thì người mua nhà ở xã hội cũng có thể bán lại cho người “thuộc diện” được mua với điều kiện đã thanh toán hết tiền mua... nhưng rất khó thực hiện khi không có mẫu văn bản phù hợp.

Tiếp đến, người mua căn hộ “tái định cư” đầy đủ hồ sơ như đối với nhà ở thương mại song cũng gặp khó khăn khi chuyển nhượng bởi một phần do mẫu, phần khác do khái niệm tái định cư theo quy định là dành cho đối tượng “thuộc diện... khi nhà nước thu hồi đất ở, bị giải tỏa nhà ở...”⁵ nên

cũng còn nhiều cách hiểu khác nhau giữa các cơ quan, tổ chức có thẩm quyền.

Những vướng mắc nêu trên phần lớn do mẫu chỉ quy định hình thức văn bản chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở thương mại, chính vì vậy đã tạo nên khó khăn cho chủ đầu tư khi xác nhận giao dịch ngoài việc chuyển nhượng bởi bản chất họ là pháp nhân kinh doanh bất động sản mà không phải chuyên gia trong lĩnh vực pháp luật.

Mặt khác, khó khăn chung là các cơ quan, tổ chức nhận định về những nội dung nêu trên không đồng nhất với nhau. Nói rõ hơn, có tổ chức thực hiện chứng nhận giao dịch về chuyển nhượng, tặng cho, thừa kế, chia tài sản chung vợ chồng... nhưng có tổ chức chỉ chứng nhận duy nhất việc chuyển nhượng, điều này dẫn đến thực trạng nhiều khách hàng không rõ thẩm quyền của mình như thế nào bởi mỗi cơ quan, tổ chức lại có nhận thức và cách làm khác nhau.

Bên cạnh đó, thực tế phát sinh nhu cầu chuyển nhượng đối với nhà ở tái định cư và nhà ở xã hội nhưng chưa có hướng dẫn và mẫu phù hợp nên thay vì ký chuyển nhượng thì các bên thực hiện theo hình thức ủy quyền, điều này tạo ra nguy cơ tranh chấp rất cao đồng thời Nhà nước cũng không thu được thuế nếu các bên hủy văn bản ủy quyền và bán trực tiếp cho người mua khi đã đủ điều kiện theo quy định.

Dưới góc độ luật về tài sản, Điều 105 Bộ luật dân sự năm 2015 quy định “Tài sản là vật, tiền, giấy tờ có giá và quyền tài sản”; và dù có sự khác nhau giữa luật dân sự, luật nhà ở và luật kinh doanh bất động sản đối với tài sản hình thành trong tương lai⁶, tác giả bài viết này cho rằng: Chủ thể đã mua căn hộ của chủ đầu tư căn cứ theo hợp đồng mua bán nhà ở hợp pháp thì họ đang sở hữu một tài sản có thể chuyển giao theo quy định. Như vậy, xét về quan hệ sở hữu, khi chủ thể sở hữu một tài sản thì về cơ bản chủ thể đó hoàn toàn có quyền định đoạt tài sản theo ý chí của mình không trái với quy định của pháp luật.

Đáng chú ý, trong trường hợp chuyển nhượng theo đúng “mẫu”, chủ sở hữu nhà ở hình thành

⁴ Xem Phụ lục số 24, Thông tư số 19/2016/TT-BXD ngày 30/06/2016 của Bộ Xây dựng.

⁵ Xem mục 6, Điều 3, Luật nhà ở năm 2014.

⁶ Luật nhà ở năm 2014 và Luật kinh doanh bất động sản năm 2014 đều quy định: “nhà, công trình xây dựng hình thành trong tương lai là nhà, công trình xây dựng đang trong quá trình xây dựng và chưa được nghiệm thu đưa vào sử dụng”. Trong khi đó, Bộ luật dân sự năm 2015 quy định tài sản hình thành trong tương lai bao gồm “Tài sản chưa hình thành; tài sản đã hình thành nhưng chủ thể xác lập quyền sở hữu tài sản sau thời điểm xác lập giao dịch”.



trong tương lai cũng có thể gặp vướng mắc, ví dụ:

A chuyển nhượng Hợp đồng mua bán căn hộ cho B, giá bán căn hộ theo hợp đồng mua bán căn hộ là 2,8 tỷ đồng; số tiền bên chuyển nhượng đã thanh toán cho chủ đầu tư là 1,8 tỷ đồng; giá chuyển nhượng là 1,5 tỷ đồng.

Khi tiếp nhận hồ sơ kê khai nộp thuế, cơ quan thuế cho rằng việc thỏa thuận của các bên nêu trên là chưa đảm bảo tính trung thực, khách quan đối với giá chuyển nhượng theo quy định của pháp luật.

Liên quan đến việc nộp thuế, luật ghi nhận mua bán nhà ở thương mại theo “cơ chế thị trường” và hiện tại, chưa có văn bản quy phạm pháp luật cụ thể hạn chế các bên thỏa thuận về giá mua bán nhà ở hình thành trong tương lai. Tuy nhiên, không ít trường hợp người nộp thuế phải giải trình, bổ sung thông tin tài liệu đối với trường hợp giá chuyển nhượng thấp hơn so với số tiền bên bán đã góp với chủ đầu tư hoặc trường hợp chênh lệch giá chuyển nhượng giữa các lần chuyển nhượng đối với cùng một căn hộ⁷.

Trong khi đó, pháp luật về thuế ghi nhận đối với “công trình xây dựng hình thành trong tương lai, trường hợp hợp đồng không ghi giá chuyển nhượng hoặc giá chuyển nhượng thấp hơn tỷ lệ góp vốn trên tổng giá trị hợp đồng nhân với giá đất và giá tính lệ phí trước bạ công trình xây dựng do UBND cấp tỉnh quy định thì giá chuyển nhượng được xác định theo giá UBND với tỷ lệ góp vốn trên tổng giá trị hợp đồng”⁸...

Trước những vướng mắc nêu trên, có thể thấy việc nhận thức và áp dụng pháp luật là rất quan trọng; nếu cơ quan, tổ chức được Nhà nước trao quyền “*nhằm cá biệt hóa những quy phạm pháp luật vào các trường hợp cụ thể...*”⁹ mà không có tính sáng tạo, không nghiên cứu kỹ lưỡng vụ việc... thì rất khó có thể áp dụng và thực hiện tốt các quy định của pháp luật trong đời sống thực tế. Đặc biệt, việc áp dụng và thực hiện pháp luật lại liên quan đến nhiều cơ quan, tổ chức khác nhau,

do vậy, nếu “tắc” ở một mắt xích thì toàn bộ giao dịch sẽ không thể thực hiện được.

Từ sự chưa rõ ràng, thiếu thống nhất giữa các văn bản và một phần do nhận thức của người áp dụng pháp luật chưa toàn diện cũng như quá lệ thuộc vào mẫu nên việc định đoạt tài sản của chủ sở hữu gặp nhiều khó khăn vướng mắc như đã phân tích ở trên.

3. Kiến nghị

Một là, cơ quan có thẩm quyền cần thường xuyên tập huấn, nâng cao chuyên môn nghiệp vụ cũng như tích cực tuyên truyền, phổ biến các quy định của pháp luật nhằm bảo đảm quyền của bên mua đồng thời bảo đảm tính khách quan, trung thực về giá thỏa thuận, thuế thu nhập... khi chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở.

Hai là, giao dịch chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở có thể không cần chủ đầu tư xác nhận mà chỉ cần các bên thực hiện xong thủ tục công chứng (hoặc chứng thực) và nộp thuế; tiếp đến, tổ chức hành nghề công chứng (hoặc UBND cấp xã nơi có nhà ở) tổng đạt thông báo và hồ sơ liên quan đến Văn bản chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở cho chủ đầu tư biết.

Ba là, trong tương lai, nhà làm luật có thể không cần quy định mẫu Văn bản chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở do những vướng mắc như đã phân tích ở trên; theo đó, các bên liên quan sẽ thực hiện quyền của chủ sở hữu tài sản theo quy định của Bộ luật dân sự và Luật nhà ở khi chuyển nhượng hợp đồng mua bán.

Bốn là, do nhu cầu thực tế phát sinh, nhà làm luật nên rà soát, điều chỉnh các quy định liên quan đến nhà ở để phục vụ tái định cư theo hướng không hạn chế giao dịch của hộ gia đình, cá nhân thuộc diện được tái định cư; như vậy, khi thừa nhận nhà tái định cư được chuyển nhượng sẽ bảo đảm tính thống nhất về quyền của chủ sở hữu đối với tài sản đồng thời tạo điều kiện phát triển thị trường bất động sản./.

⁷ Vướng mắc liên quan đến nộp thuế cũng đặt ra trong trường hợp chuyển nhượng nhà ở đã nghiệm thu đưa vào sử dụng, theo đó, khi “đã nghiệm thu” thì nhà ở sẽ mất yếu tố hình thành trong tương lai. Do vậy, cơ quan thuế cho rằng khi nhà ở đã nghiệm thu thì không còn là nhà ở hình thành trong tương lai nên không thu thuế trong trường hợp này. Trong khi đó, Luật nhà ở quy định khi chưa nộp hồ sơ xin cấp giấy chứng nhận đối với nhà ở thì được chuyển nhượng (xem Khoản 2, Điều 182, Luật nhà ở năm 2014).

⁸ Điều 12, Thông tư số 111/2013/TT-BTC ngày 15/05/2013 được sửa đổi bởi Điều 17, Thông tư số 92/2015/TT-BTC ngày 15/06/2015 của Bộ Tài chính.

⁹ Nguyễn Cửu Việt (chủ biên), Giáo trình lý luận chung về nhà nước và pháp luật, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, 2004, tr 354.

THỰC HIỆN PHÁP LUẬT VỀ MUA BÁN NHÀ Ở THƯƠNG MẠI HÌNH THÀNH TRONG TƯƠNG LAI TRÊN ĐỊA BÀN THÀNH PHỐ HỒ CHÍ MINH

Võ Xuân Cường¹

Tóm tắt: Thực tế cuộc sống hiện nay, các vấn đề pháp lý liên quan đến hoạt động mua bán nhà ở thương mại hình thành trong tương lai diễn ra ngày càng phức tạp, thường xuyên nảy sinh nhiều mâu thuẫn, tranh chấp, trong khi quy định pháp luật điều chỉnh lĩnh vực này vẫn chưa đủ, còn chồng chéo hoặc chưa theo kịp thực tế nhu cầu nhà ở, kinh doanh, phát triển bất động sản, hoặc khó dự liệu hết được... Vì vậy, các chế định pháp luật về mua bán nhà ở thương mại hình thành trong tương lai cần được ưu tiên nghiên cứu một cách toàn diện, có hệ thống để khắc phục những vướng mắc, hạn chế, tiến tới lành mạnh hóa thị trường bất động sản nước ta, đáp ứng yêu cầu kinh doanh, nhu cầu về nhà ở cho người dân và hoàn thiện công tác quản lý nhà nước về nhà ở trong xu thế hội nhập quốc tế. Trong phạm vi bài viết, tác giả đánh giá một số thực trạng thực hiện pháp luật về mua bán nhà ở thương mại hình thành trong tương lai trên địa bàn Thành phố Hồ Chí Minh (TP. HCM), đồng thời đề xuất các giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật về vấn đề này.

Từ khóa: Nhà ở hình thành trong tương lai, giao dịch mua bán nhà ở thương mại, thực hiện pháp luật.
Nhận bài: 03/07/2020; Hoàn thành biên tập: 10/07/2020; Duyệt đăng: 27/07/2020.

Abstract: In real life, legal issues related to purchasing commercial formed in the future are getting more complicated causing lots of contradictions, disputes while the law governing this field is not adequate, overlapping or not in line with real demand of houses, business, development of real estate and unpredictable. Therefore, priority should be given to comprehensive research on legal regulations on purchasing houses formed in the future to repair obstacles, limitations to create good condition for real estate market in our country meeting demand of business, houses for people and finalizing state management of houses in international integration trend. In this article, the author assesses some situations of legal enforcement on purchasing commercial houses formed in the future in Ho Chi Minh city and suggests solutions for finalization of this issue.

Keywords: Houses formed in the future, transaction of commercial houses, legal enforcement.
Date of receipt: 03/07/2020; Date of revision: 10/07/2020; Date of Approval: 27/07/2020.

1. Thực trạng thực hiện pháp luật về mua bán nhà ở thương mại hình thành trong tương lai trên địa bàn Thành phố Hồ Chí Minh

Thực tế hiện nay, việc thực hiện pháp luật về mua bán nhà ở thương mại hình thành trong tương lai trên địa bàn TP. HCM còn tồn tại nhiều hạn chế, bất cập:

Thứ nhất, pháp luật “chưa theo kịp” sự ra đời và phát triển của các loại hình bất động sản nhà ở mới xuất hiện trên thị trường bất động sản tại TP. HCM như: căn hộ văn phòng có nhân viên lưu trú (officetel), căn hộ khách sạn (condotel),

biệt thự nghỉ dưỡng (resort villa), nhà ở kết hợp cửa hàng kinh doanh (shophouse), nhà ở kết hợp khách sạn (hometel), minihotel, shoptel,... được đầu tư và xây dựng rất nhiều trong 05 năm gần đây. Tuy nhiên, khung pháp lý của các sản phẩm mới này pháp luật chưa được quy định cụ thể, người mua khi ký hợp đồng không có được câu trả lời rõ ràng từ chủ đầu tư bất động sản như: các bên sẽ giao kết hợp đồng theo quy định nào, mẫu hợp đồng gì; người mua có được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất hay không; cư

¹ Giảng viên Cơ sở tại Thành phố Hồ Chí Minh, Học viện Tư pháp.



dân thực hiện theo quy định quản lý, vận hành thế nào... Từ khoảng trống pháp luật này, một số chủ đầu tư dự án condotel tổ chức mở bán căn hộ khách sạn thông qua hình thức hợp đồng góp vốn, huy động vốn trái phép, hứa hẹn trả lãi suất cao cho người mua nhà, nhập nhèm thông tin về công trình dự án, áp đặt một số quy định có lợi cho chủ đầu tư... nhằm trục lợi, gây thiệt hại cho người mua dẫn đến tranh chấp, khiếu kiện, gây bất ổn thị trường bất động sản.

Trước sự lúng túng nêu trên, ngày 10/04/2018, UBND TP. HCM đã ban hành Công văn 1466² yêu cầu dừng cấp phép các dự án officetel, đồng thời tạm dừng việc xem xét, điều chỉnh, bổ sung hoặc chuyển đổi một phần chức năng của công trình, dự án sang officetel (căn hộ văn phòng) trên địa bàn cho đến khi Chính phủ ban hành quy định đối với loại hình này. Đồng thời, cuối năm 2018, UBND TP. HCM cũng đã có văn bản gửi Thủ tướng Chính phủ xem xét hướng dẫn, ban hành các quy định quản lý đối với loại hình officetel, condotel và một số loại hình bất động sản mới khác trên địa bàn hiện nay. Tuy nhiên, cho đến nay Chính phủ vẫn chưa ban hành các quy định cụ thể hoặc hướng dẫn thực hiện đối với loại hình bất động sản mới trên... Điều này đã khiến các dòng sản phẩm bất động sản mới trên thị trường bị ngưng trệ, không thể giao dịch dù nhu cầu của người mua vẫn rất lớn, đòi hỏi Nhà nước phải có những giải pháp cụ thể, tích cực về pháp luật và cơ chế quản lý để ổn định thị trường bất động sản.

Thứ hai, quy định pháp luật về mua bán, sở hữu nhà ở của cá nhân, tổ chức nước ngoài tại Việt Nam còn nhiều hạn chế như: (i) Chưa có quy định thống nhất giữa Luật nhà ở năm 2014 và Luật đất đai năm 2013 và Luật kinh doanh bất động sản năm 2014 (Luật KDBĐS năm 2014) về quyền sử dụng đất của cá nhân nước ngoài tại Việt Nam đã dẫn đến không thể thực hiện được việc cấp giấy chứng nhận sở hữu nhà cho người nước ngoài, dù họ đã nhận bàn giao nhà và sử dụng; (ii) Chưa quy định cụ thể khu vực nào cần

bảo đảm an ninh, quốc phòng mà cá nhân nước ngoài không được phép sở hữu nhà ở; (iii) Về cách tính số lượng nhà ở được phép bán cho cá nhân, tổ chức nước ngoài hiện nay gây rất nhiều khó khăn cho cả phía cơ quan quản lý nhà nước lẫn các chủ đầu tư; (iv) Pháp luật chưa quy định về cách tính thời gian sở hữu của các đồng sở hữu; cũng như hướng dẫn về thủ tục mua bán, đăng ký quyền sở hữu nhà ở của cá nhân, tổ chức nước ngoài khi cùng đứng tên mua và sở hữu nhà chung (đồng sở hữu) với tổ chức, cá nhân trong nước hoặc với người Việt Nam định cư ở nước ngoài; (v) Trình tự, thủ tục thực hiện việc mua nhà và yêu cầu cấp giấy chứng nhận sở hữu nhà ở đối với người nước ngoài chưa có cơ chế đặc thù, hay người nước ngoài do bất đồng ngôn ngữ và văn hóa mua bán sẽ gặp không ít trở ngại khi tham gia thực hiện các thủ tục pháp lý theo pháp luật Việt Nam.

Thứ ba, quy định pháp luật bất cập, mâu thuẫn dẫn đến việc các chủ đầu tư dự án huy động vốn trái phép, “trá hình”, nhiều doanh nghiệp kinh doanh bất động sản cố tình “lách luật” để huy động vốn hoặc “bán lúa non” nhà ở thương mại hình thành trong tương lai khi chưa đủ điều kiện mở bán. Thực tế, mặc dù chưa đủ điều kiện mở bán nhưng nhiều doanh nghiệp kinh doanh bất động sản trên địa bàn TP. HCM đã cố tình giao kết với khách hàng dưới nhiều hình thức giao dịch giả tạo khác nhau như “Hợp đồng đặt cọc”, “Hợp đồng giữ chỗ”, “Hợp đồng hứa mua, hứa bán”, “Hợp đồng hứa chuyển nhượng, hứa nhận chuyển nhượng”, “Hợp đồng thỏa thuận điều kiện chuyển nhượng bất động sản”, “Hợp đồng nguyên tắc chuyển nhượng bất động sản”, “Hợp đồng góp vốn đầu tư”, “Hợp đồng hợp tác kinh doanh”, “Hợp đồng hợp tác đầu tư”; “Hợp đồng ủy quyền”, Văn bản ủy quyền (đại diện chủ thể)... Thực chất chỉ là “vỏ bọc” nhằm hợp thức cho giao dịch mua bán, chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai khi chưa đủ các điều kiện mua bán, chuyển nhượng .v.v.. Những dạng giao

² UBND TP. HCM, Công văn số 1466 ngày 10/04/2018 về đề nghị tạm dừng việc xem xét, điều chỉnh, bổ sung hoặc chuyển đổi một phần chức năng của công trình, dự án sang officetel trên địa bàn TP. HCM.

dịch “trá hình” trên giữa chủ đầu tư với khách hàng gây rủi ro lớn cho các bên, đặc biệt là khách hàng. Nguyên nhân của tình trạng này xuất phát từ nhiều lý do khác nhau: (i) Các doanh nghiệp kinh doanh bất động sản cố ý, bất chấp vi phạm pháp luật về huy động vốn; (ii) Bộ luật dân sự năm 2015, Luật nhà ở năm 2014, Luật KDBĐS năm 2014 quy định nhiều hình thức, loại hợp đồng khác nhau dẫn đến khó khăn cho người mua và công tác quản lý nhà nước; (iii) Ngoài ra, Luật KDBĐS năm 2014, Luật nhà ở năm 2014 cũng không quy định đối với hợp đồng đặt cọc nên một số chủ đầu tư, chủ thể khác lợi dụng “khe hở” này “lách luật”, gây thiệt hại cho người mua nhà, làm rối loạn thị trường bất động sản cũng như ảnh hưởng nghiêm trọng đến hoạt động quản lý của Nhà nước trong lĩnh vực này.

Thứ tư, pháp luật quy định chưa thống nhất về việc có bắt buộc công chứng hay công chứng theo yêu cầu đối với các loại hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất; quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất; mua bán tài sản gắn liền với đất (trong đó có nhà ở hình thành trong tương lai) giữa tổ chức kinh doanh bất động sản với cá nhân, tổ chức, việc thực hiện công chứng hay không phụ thuộc vào nhu cầu của các bên, dẫn đến tình trạng trường hợp có, trường hợp không. Trong thực tiễn hiện nay vẫn diễn ra nhiều các giao dịch “ngầm” như mua bán nhà đất bằng giấy viết tay hoặc lập vi bằng, không qua công chứng, chứng thực. Điều này dẫn đến một nhà ở có thể đem bán cho nhiều người, chữ ký còn bị giả mạo để lừa đảo, thu lợi mà không có ai kiểm soát. Từ đó phát sinh nhiều tranh chấp, tạo gánh nặng cho cơ quan, Tòa án, tiềm ẩn bất ổn trong xã hội.

Ngoài ra, việc pháp luật nhà ở cho phép các doanh nghiệp, hợp tác xã có chức năng kinh doanh bất động sản khi giao dịch mua bán, chuyển nhượng nhà ở thương mại hình thành trong tương lai không cần công chứng, chứng thực³. Do đó, bên nhận chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở không thể tra cứu, xác minh được

nhà ở đã được giao dịch trước đó hay chưa. Vì vậy, nhiều trường hợp bên nhận chuyển nhượng không thể biết đầy đủ thông tin lịch sử giao dịch của nhà ở (nhà ở hình thành trong tương lai) trước khi xác lập, dẫn đến việc cùng một nhà ở nhưng được bán, chuyển nhượng cho nhiều người. Đồng thời, do bất cập trong quy định về việc công chứng hợp đồng, giao dịch nhà ở hình thành trong tương lai chưa có cơ chế để giám sát chủ đầu tư thực thi các trách nhiệm trong giao dịch bất động sản, dẫn đến phát sinh các trường hợp chủ đầu tư cố ý không thực hiện đúng trách nhiệm của mình theo quy định pháp luật.

Thứ năm, mặc dù pháp luật quy định một trong những điều kiện bắt buộc để chủ đầu tư được ký hợp đồng mua bán nhà ở (căn hộ) hình thành trong tương lai với khách hàng, chủ đầu tư phải đăng ký hợp đồng mẫu theo quy định của pháp luật và phải được cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt áp dụng⁴. Tuy nhiên, các quy định pháp luật liên quan đến hợp đồng theo mẫu mua bán nhà ở (căn hộ chung cư) tại các dự án nhà ở thương mại nằm rải rác ở các văn bản pháp luật khác nhau nên người mua nhà sẽ gặp nhiều khó khăn trong việc hiểu về quyền và nghĩa vụ của mình theo luật định. Thực tế có nhiều vụ tranh chấp hợp đồng mua bán căn hộ diễn ra phức tạp, một trong những nguyên nhân chủ yếu là chủ đầu tư với đội ngũ chuyên gia nhiều kinh nghiệm, am hiểu về pháp luật, làm chủ thị trường bất động sản cũng như nắm chắc thông tin về đối tượng mua bán. Ngược lại, bên mua nhà thường không nắm được các yếu tố trên nên luôn bất cân xứng trong quan hệ giao dịch từ khi đàm phán ký kết hợp đồng đến quá trình thực hiện và cả khi vi phạm, tranh chấp diễn ra. Do đó, “cán cân” lợi ích và thế mạnh nghiêng về phía doanh nghiệp kinh doanh bất động sản, đẩy người mua nhà vào thế bất lợi, nhất là tình trạng chủ đầu tư vi phạm nghĩa vụ cung cấp thông tin, sử dụng tiền ứng trước đúng mục đích.

Ngoài ra, các nhà đầu tư dự án nhà ở thương mại còn có nhiều sai phạm, chèn ép khách hàng,

³ Khoản 2 Điều 122 Luật nhà ở năm 2014.

⁴ Khoản 1 Điều 19 Luật bảo vệ người tiêu dùng năm 2010.



người mua nhà như: vi phạm nghĩa vụ bàn giao nhà và chuyển quyền sở hữu cho người mua; đơn phương hủy hợp đồng; tự ý ép giá, tăng giá bán nhà ở; bàn giao nhà ở không đúng diện tích, chất lượng không bảo đảm; người mua không được chủ đầu tư thực hiện thủ tục cấp giấy chứng nhận chủ quyền nhà... và các kiểu lừa đảo khác của một số đối tượng kinh doanh chộp giật.

Thứ sáu, theo quy định tại Điều 16 Luật KDBDS năm 2014, chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại áp dụng khi bên mua chậm tiến độ thanh toán hoặc bên bán chậm bàn giao nhà ở do các bên thỏa thuận và phải được ghi rõ trong hợp đồng⁵. Tuy nhiên, Điều 18 Luật KDBDS năm 2014 lại quy định những nội dung hợp đồng mua bán, chuyển nhượng nhà ở phải có, trong đó nêu rõ hợp đồng phải có thỏa thuận phạt mà vấn đề bồi thường thiệt hại không “phải có”. Như vậy, có thể thấy chính trong nội tại Luật KDBDS năm 2014 hiện hành đã có sự mâu thuẫn. Chế định phạt vi phạm hợp đồng và bồi thường thiệt hại là hai hình thức trách nhiệm do vi phạm hợp đồng khác nhau và có tính chất khác nhau. Nếu bồi thường thiệt hại là trách nhiệm vật chất mà bên vi phạm phải gánh chịu để bù đắp các tổn thất đã gây ra thì phạt vi phạm hợp đồng là việc bên vi phạm phải trả một khoản tiền cho bên còn lại nếu có vi phạm hợp đồng. Về bản chất, phạt vi phạm hợp đồng mang tính chất răn đe và “phòng ngừa”, mục đích để các bên ý thức và nghiêm chỉnh tuân thủ hợp đồng, trong khi đó, bồi thường thiệt hại mang tính chất đền bù, bù đắp những tổn thất đã gây ra.

Thứ bảy, pháp luật hiện hành quy định các chế tài cho việc xử lý vi phạm pháp luật trong hoạt động kinh doanh bất động sản hình thành trong tương lai còn khá sơ sài, các mức phạt quá nhẹ, chưa tương xứng với các hành vi vi phạm trong xây dựng, kinh doanh bất động sản, không đủ sức răn đe. Tại Nghị định số 139/2017/NĐ-CP ngày 27/11/2017 và Nghị định số 21/2020/NĐ-CP ngày 17/02/2020 của Chính phủ về việc xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động đầu tư xây dựng, kinh doanh bất động sản, phát triển nhà ở,

mức phạt cao nhất đối với các hành vi bị cấm chỉ tới 300 triệu đồng. Lợi dụng các quy định này, trên thị trường kinh doanh bất động sản tại TP. HCM có nhiều chủ đầu tư vẫn cố tình mở bán dự án khi chưa đủ điều kiện theo quy định như nhận đặt cọc, giữ chỗ, thông qua các văn bản thỏa thuận, xác nhận góp vốn... để thu tiền khách hàng, huy động vốn trái phép đang diễn ra hiện nay.

Thứ tám, cơ chế, chính sách hỗ trợ phát triển thị trường bất động sản trên địa bàn TP. HCM còn nhiều hạn chế, thiếu hiệu quả: (i) Việc phát triển bất động sản mới một số nơi chưa theo quy hoạch, thiếu tính đồng bộ, không căn cứ vào nhu cầu của thị trường và nguồn lực thực hiện, công tác quản lý phát triển đô thị còn bất cập; việc cấp phép đầu tư dự án chưa theo quy hoạch, thường do nhà đầu tư đề xuất rồi mới quy hoạch. (ii) Chính sách phát triển thị trường bất động sản chưa thật sự phù hợp, vai trò của Nhà nước trong kiểm soát và điều tiết thị trường bất động sản thông qua thị trường quyền sử dụng đất sơ cấp chưa hiệu quả. (iii) Chính sách tài chính đất đai thời gian qua còn thiếu nhất quán, chưa rõ ràng, tạo gánh nặng về vốn cho chủ đầu tư cũng như người dân. (iv) Chính sách thuế, phí liên quan đến bất động sản chưa thực sự là công cụ góp phần công khai, minh bạch và điều tiết thị trường, hạn chế đầu cơ; phương pháp tính thuế và thủ tục nộp thuế chưa thực sự tạo thuận lợi cho người dân và doanh nghiệp. (v) Các thị trường khác có tính chất hỗ trợ, kết hợp với thị trường bất động sản như: thị trường vốn, thị trường vật liệu xây dựng, thị trường xây dựng, thị trường lao động phát triển chưa đồng bộ, chưa tương thích với thị trường bất động sản nên chưa hỗ trợ cho thị trường bất động sản phát triển ổn định. (vi) Hệ thống thông tin, theo dõi, thống kê, dự báo về thị trường bất động sản không thống nhất, thiếu tin cậy gây khó khăn cho công tác quản lý nhà nước, cũng như bảo đảm tính công khai, minh bạch và định hướng phát triển thị trường bất động sản. (vii) Công tác quản lý nhà nước đối với thị trường bất động sản chưa phát

⁵ Xem thêm Điều 16 Luật kinh doanh bất động sản năm 2014.

huy được vai trò định hướng, điều tiết vĩ mô và kiểm soát thị trường đảm bảo ổn định, lành mạnh. Thủ tục hành chính như đầu tư, giao đất, hoạt động xây dựng, cấp giấy chứng nhận chủ quyền nhà... còn phức tạp, kéo dài làm ảnh hưởng chung đến thị trường bất động sản.

Thứ chín, công tác giám sát, quản lý của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền về hoạt động mua bán nhà ở thương mại hình thành trong tương lai trên địa bàn TP. HCM chưa đồng bộ, thống nhất và hiệu quả: (i) Vai trò quản lý, giám sát của Nhà nước về việc kiểm tra điều kiện cho phép chủ đầu tư được giao kết hợp đồng đang bị “bỏ ngỏ”. Tại điểm b Khoản 2, Điều 19 Nghị định số 99/2015/NĐ-CP ngày 20/10/2015 quy định chi tiết và hướng dẫn một số điều của Luật nhà ở năm 2014 có quy định nếu chủ đầu tư đã gửi hồ sơ nhưng quá thời hạn 15 ngày mà Sở Xây dựng TP. HCM không có văn bản thông báo và nhà ở đó đã đủ điều kiện được bán thì chủ đầu tư được quyền ký hợp đồng mua bán nhưng phải chịu trách nhiệm về việc bán nhà ở này. Thực tế, khi có tranh chấp xảy ra thì việc chủ đầu tư “chịu trách nhiệm” lúc này còn dựa trên nhiều yếu tố khác nhau và rủi ro lớn vẫn thuộc về người mua nhà. (ii) Cơ chế quản lý, giám sát việc sử dụng vốn đúng mục đích của chủ đầu tư từ việc thanh toán tiền mua nhà ở vẫn đang ở chế độ “treo”. Luật KDBDS có quy định chủ đầu tư phải sử dụng tiền ứng trước của người mua nhà để đầu tư tạo lập bất động sản đúng mục đích⁶. Thực tế nếu không được kiểm soát việc sử dụng vốn này người mua nhà phải gánh chịu thiệt hại khi chủ đầu tư dùng sai mục đích vốn, không những mục đích mua nhà không đạt được mà còn phải chịu “chôn vốn”, nhiều trường hợp không thể đòi lại được từ chủ đầu tư. (iii) Chưa có sự bình đẳng về quyền và nghĩa vụ giữa chủ đầu tư, doanh nghiệp kinh doanh bất động sản, với khách hàng, người mua nhà, gây thiệt hại về lợi ích cho người mua nhà ở và ảnh hưởng đến môi trường kinh doanh bất động sản hiện nay.

2. Một số giải pháp đảm bảo thực hiện pháp luật về mua bán nhà ở thương mại hình

thành trong tương lai trên địa bàn Thành phố Hồ Chí Minh

Từ những thực trạng và bất cập nêu trên, nhằm đảm bảo hành lang pháp lý an toàn, làm cơ sở để thực hiện tốt hoạt động mua bán nhà ở thương mại hình thành trong tương lai, tác giả đề xuất một số giải pháp cụ thể sau đây:

Thứ nhất, phải kịp thời hoàn thiện pháp luật đảm bảo sự phát triển các loại hình bất động sản nhà ở mới xuất hiện trên địa bàn TP. HCM: (i) Cần sớm ban hành, sửa đổi, bổ sung các văn bản pháp luật sao cho phù hợp với sự phát triển của thị trường bất động sản, khắc phục các “lỗ hổng” đối với các loại hình bất động sản mới du nhập từ nước ngoài đang đặt ra chưa có quy định pháp luật cũng như cơ chế điều chỉnh; (ii) Đề xuất Chính phủ, các bộ, ngành chức năng liên quan kịp thời ban hành các văn bản hướng dẫn nhằm tháo gỡ, khắc phục các vướng mắc pháp lý đối với các loại bất động sản mới xuất hiện một cách đồng bộ, kịp thời và hiệu quả; (iii) Đẩy mạnh tích cực tuyên truyền, hỗ trợ pháp lý cho các nhà đầu tư, người mua hiểu được những vướng mắc cũng như hậu quả pháp lý xảy ra khi quyết định đầu tư, giao dịch đối với những loại sản phẩm bất động sản mới chưa có quy định pháp luật điều chỉnh trong giai đoạn hiện nay, giảm thiểu các rủi ro, ngăn chặn các tranh chấp do thiếu sự am hiểu đầy đủ pháp luật trong kinh doanh bất động sản trên địa bàn TP. HCM.

Thứ hai, cần sớm hoàn thiện quy định pháp luật về mua bán, sở hữu nhà ở cho cá nhân, tổ chức nước ngoài tại Việt Nam: (i) Bổ sung quy định người nước ngoài vào nhóm “người sử dụng đất” tại Điều 5 Luật đất đai năm 2013, để tạo sự nhất quán trong quy định về sở hữu nhà ở của người nước ngoài trong Luật nhà ở và Luật đất đai, làm căn cứ để sửa đổi, bổ sung cho Thông tư quy định về cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà và tài sản khác gắn liền với đất; (ii) Bổ sung quy định thời hạn sở hữu nhà ở trong trường hợp cá nhân, tổ chức ngoài cùng đứng tên mua và sở hữu nhà chung với tổ chức, cá nhân trong nước hoặc với người Việt

⁶ Điểm b Khoản 1 Điều 19 Luật kinh doanh bất động sản năm 2014.



Nam định cư ở nước ngoài nhằm đảm bảo ổn định lâu dài, giống như trường hợp thời hạn sở hữu nhà của người nước ngoài kết hôn với công dân Việt Nam; (iii) Xây dựng quy chế phối hợp giữa các bộ, ngành, cơ quan có thẩm quyền trong vấn đề sở hữu nhà ở tại Việt Nam của người nước ngoài. Các cơ quan có thẩm quyền như Bộ Xây dựng, Bộ Tư pháp, Bộ Công an, Bộ Quốc phòng... cần thống nhất và phối hợp với nhau trong việc xác định các giấy tờ chứng minh đối tượng, điều kiện cấp giấy chứng nhận sở hữu nhà ở, điều kiện vay tiền ngân hàng; và khu vực nào người nước ngoài có thể mua, thuê mua, nhận tặng cho, nhận thừa kế, để việc thực hiện pháp luật về sở hữu nhà ở có yếu tố nước ngoài được triển khai minh bạch, thuận lợi.

Thứ ba, cần hoàn thiện pháp luật đảm bảo tránh huy động vốn trái phép trong lĩnh vực kinh doanh bất động sản: (i) Quy định bổ sung các hành vi lập hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai dưới hình thức lập biên bản, hợp đồng, văn bản thỏa thuận đặt cọc giữ chỗ, góp vốn, hợp tác đầu tư, hợp tác kinh doanh hoặc lập vi bằng thừa phát lại hoặc các hình thức khác liên quan để thực hiện giao dịch mua bán nhà ở hình thành trong tương lai vào danh sách các hành vi bị nghiêm cấm của Luật kinh doanh bất động sản; (ii) Quy định bắt buộc mọi giao dịch mua bán, chuyển nhượng nhà ở hình thành trong tương lai phải được công chứng tại các tổ chức hành nghề công chứng (kể cả doanh nghiệp, hợp tác xã có chức năng kinh doanh bất động sản) để đảm bảo tính chặt chẽ, xác thực và hiệu lực thi hành; (iii) Quy định bổ sung chế định về đặt cọc vào Điều 57 của Luật KDBĐS năm 2014, với mức đặt cọc không quá 10% giá trị giao dịch trước khi ký hợp đồng mua bán, chuyển nhượng nhà ở thương mại hình thành trong tương lai. Tuy nhiên, khoản tiền đặt cọc này phải nằm trong một tài khoản phong tỏa và chủ đầu tư không được phép sử dụng; (iv) Xây dựng cơ chế kiểm tra, giám sát chặt chẽ việc chủ đầu tư xác lập các giao dịch mua bán nhà ở hình thành trong tương lai; xử lý nghiêm khắc để ngăn chặn các hành vi vi phạm pháp luật trong lĩnh vực này.

Thứ tư, cần sửa đổi, bổ sung và quy định thống nhất bắt buộc mọi giao dịch liên quan đến đất đai, nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất (kể cả các doanh nghiệp, hợp tác xã có chức năng kinh doanh bất động sản) cần thiết phải công chứng, thực hiện đúng trình tự, thủ tục tại các tổ chức hành nghề công chứng để đảm bảo tính chặt chẽ (cập nhật, theo dõi, tra cứu cơ sở dữ liệu công chứng), bảo vệ quyền lợi của khách hàng và phòng ngừa vi phạm của doanh nghiệp hoạt động kinh doanh bất động sản. Đồng thời, nâng cao vai trò của cơ quan quản lý, phát triển nhà ở tại địa phương nơi có bất động sản giao dịch; cho phép mọi giao dịch liên quan đến bất động sản do chủ thể thỏa thuận nhưng không được thấp hơn giá trị bất động sản niêm yết tại địa phương theo quy định của UBND cấp tỉnh; các khoản thanh toán giá trị giao dịch giữa các bên phải được thực hiện chuyển khoản qua tài khoản mở tại ngân hàng để kiểm soát giá trị thực của giao dịch, tránh tình trạng khai giảm giá trị hợp đồng để trốn thuế như thực tế hiện nay.

Ngoài ra, Bộ Tư pháp cần sớm chủ trì, phối hợp với các bộ, ngành xây dựng cơ sở dữ liệu công chứng, chứng thực liên thông, tiến tới kết nối, chia sẻ dữ liệu công chứng, chứng thực với cơ sở dữ liệu về quản lý đất đai, nhà ở của văn phòng đăng ký đất đai và cơ sở dữ liệu về biện pháp bảo đảm của Trung tâm Đăng ký giao dịch, tài sản của Cục Đăng ký quốc gia giao dịch bảo đảm, Bộ Tư pháp làm nguồn thông tin dữ liệu minh bạch, thống nhất, thuận tiện cho hoạt động quản lý nhà nước trong lĩnh vực này.

Thứ năm, sửa đổi các quy định về Hợp đồng theo mẫu cần đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp cho người mua nhà: (i) Hoàn thiện quy định pháp luật về xử lý điều khoản lạm dụng của các doanh nghiệp kinh doanh bất động sản phải bỏ đi cụm từ “*thỏa thuận khác*” ra khỏi điều khoản của Bộ luật dân sự năm 2015 đối với hợp đồng theo mẫu; hoặc có thể sửa lại quy định pháp luật theo hướng “*trừ khi bên soạn thảo (người bán) chứng minh rằng người mua đã biết và chấp nhận điều khoản đó trước khi giao kết*” với mục đích ít nhiều cũng sẽ khắc phục được tình trạng hợp đồng theo mẫu

bất lợi một cách quá mức, bất hợp lý cho người mua nhà ở thương mại hình thành trong tương lai; (ii) Hoàn thiện quy định pháp luật về cơ chế đăng ký, kiểm soát hợp đồng theo mẫu mua bán nhà ở thương mại hình thành trong tương lai đối với tất cả các loại hình nhà ở thương mại (căn hộ, nhà ở riêng lẻ) và chế tài xử lý vi phạm pháp luật thật nghiêm khắc. Qua đó, nâng cao năng lực, trách nhiệm, uy tín của doanh nghiệp trong hoạt động kinh doanh bất động sản và đảm bảo quyền lợi hợp pháp cho người mua nhà.

Thứ sáu, cần sửa đổi, bổ sung Điều 18 Luật KDBĐS năm 2014 cho đồng bộ, phù hợp với Điều 16 của luật này. Theo đó, cần phải quy định rõ vấn đề thỏa thuận bồi thường trong hợp đồng theo hướng rõ ràng, cụ thể và thống nhất các quy định nội tại của Luật KDBĐS cũng như giữa Luật KDBĐS năm 2014, Luật nhà ở năm 2014 và các văn bản pháp luật khác có liên quan, có tính áp dụng thực tiễn để hoạt động giao dịch, mua bán nhà ở hình thành trong tương lai được thực hiện nghiêm túc hơn, góp phần làm giảm tranh chấp, tiết kiệm thời gian và tạo đà phát triển thị trường bất động sản TP. HCM nói riêng và thị trường bất động sản nói chung.

Thứ bảy, đảm bảo cơ chế xử lý vi phạm pháp luật về mua bán, chuyển nhượng nhà ở hình thành trong tương lai: (i) Quy định mức phạt hợp lý đối với hành vi vi phạm tương ứng với hậu quả mà hành vi gây ra, đồng thời tương ứng theo tỷ lệ giá trị thực của nhà ở, công trình xây dựng hình thành trong tương lai bị vi phạm. (ii) Sửa đổi bổ sung các quy định của Luật KDBĐS năm 2014, Luật các tổ chức tín dụng và các văn bản pháp luật liên quan để đảm bảo tính hiệu quả trên thực tế cũng như quyền lợi hợp pháp cho người mua nhà. (iii) Tăng mức phạt tiền lên gấp nhiều lần đối với hành vi huy động hoặc chiếm dụng vốn trái phép, sử dụng vốn không đúng mục đích cam kết. (iv) Quy định chặt chẽ, thống nhất thay đổi theo hướng nghiêm cấm chủ đầu tư huy động vốn trái phép. Đồng thời, người mua có thể đặt cọc trước một khoản nhất định, nhưng số tiền này phải nằm trong một tài khoản phong tỏa và chủ đầu tư không được phép sử

dụng. (v) Cần quy định các hình phạt bổ sung như đình chỉ thi công, tịch thu giấy phép xây dựng, giấy phép kinh doanh, nghiêm cấm hoạt động có thời hạn trong lĩnh vực này hoặc đề nghị xử lý hình sự... đối với các doanh nghiệp, chủ đầu tư cố tình vi phạm. (vi) Các cơ quan chức năng cần tổ chức thực thi các biện pháp xử lý một cách thường xuyên, kịp thời, đồng bộ, quyết liệt, dứt điểm và hiệu quả nhằm tạo sự ổn định, minh bạch trong hoạt động kinh doanh bất động sản. Đồng thời, cần công khai minh bạch hơn đối với các hành vi phạm pháp luật của các chủ đầu tư dự án nhà ở để có trách nhiệm hơn đối từng hành vi vi phạm pháp luật do mình gây ra, làm gương cho xã hội.

Thứ tám, cần phải chủ động trong chiến lược phát triển kinh tế gắn liền với chiến lược phát triển đô thị thành phố, coi chiến lược phát triển đô thị thành phố, phát triển bất động sản là một bộ phận trong chiến lược phát triển kinh tế - xã hội của TP. HCM. Cần phải kiên định trong quy hoạch và thực hiện quy hoạch, nhất thể hóa quy hoạch phát triển kinh tế - xã hội, quy hoạch phát triển đô thị và quy hoạch sử dụng đất. TP. HCM cần có những chính sách đột phá trong các vấn đề như: tạo quỹ đất; tạo nguồn vốn; chỉnh trang và phát triển đô thị; phát triển cơ sở hạ tầng; đơn giản hóa các thủ tục hành chính; xây dựng hệ thống cơ sở dữ liệu thông tin nhà ở minh bạch; hoàn thiện các chính sách pháp luật tài chính dài hạn cho đầu tư nhà ở; các chính sách về thuế, phí và lệ phí phù hợp với thực tế; chính sách phát triển nhà phân khúc cao cấp và bình dân; phát triển đồng bộ hệ thống hạ tầng giao thông với quy hoạch phát triển đô thị, các dự án phát triển nhà ở hình thành trong tương lai, các khu đô thị mới, các khu dân cư mới; nghiên cứu và ứng dụng các thành tựu của Cách mạng công nghiệp 4.0, ứng dụng công nghệ trí tuệ nhân tạo (AI), hệ thống các tập dữ liệu lớn (Big Data) vào hoạt động quản lý bất động sản - đầu tư - xây dựng - môi giới và tư vấn mua bán nhà ở thương mại hình thành trong tương lai.

Thứ chín, đảm bảo tăng cường sự quản lý, giám sát hiệu quả của các cơ quan nhà nước có



thẩm quyền về hoạt động mua bán nhà ở thương mại hình thành trong tương lai trên địa bàn TP. HCM đồng bộ, thống nhất, hiệu quả, cụ thể: (i) Đối với vai trò quản lý, giám sát của cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong vai trò thẩm định nhà ở hình thành trong tương lai của chủ đầu tư đủ điều kiện kinh doanh. (ii) TP. HCM sớm giao Sở Xây dựng thực hiện tốt việc công khai trên Cổng thông tin điện tử của Sở các thông tin về nhà ở đủ điều kiện được bán, được huy động vốn quy định của pháp luật, trong đó thông tin rõ về số lượng và danh sách các căn hộ đủ điều kiện để bán trong tổng số căn hộ của dự án đầu tư xây dựng nhà ở. Tăng cường ứng dụng công nghệ thông tin trong nắm bắt, giám sát việc tổ chức thực hiện dự án, mua, bán bất động sản giữa chủ đầu tư đối với khách hàng. (iii) Các cơ quan chuyên môn của TP. HCM như Sở Xây dựng, Sở Tài nguyên và môi trường, Ngân hàng Nhà nước Việt Nam Chi nhánh TP. HCM... cần tổ chức thực hiện tốt quy chế phối hợp trong quản lý nhà nước về đăng ký biện pháp bảo đảm bằng quyền sử dụng đất, tài sản gắn liền với đất. Nghiên cứu phương án bổ sung các biện pháp phối hợp giữa cơ quan đăng ký đất đai với cơ quan Tòa án và cơ quan giải quyết tranh chấp, khiếu nại, tổ chức hành nghề công chứng trong vấn đề thông tin về thông báo thụ lý tranh chấp, khiếu nại hoặc văn bản ngăn chặn. (iv) Xây dựng cơ sở dữ liệu tập trung cấp thành phố về quản lý đất đai; tiến đến kết nối, chia sẻ thông tin với các cơ quan liên quan về chương trình cơ sở dữ liệu đăng ký thế chấp quyền sử dụng đất, tài sản gắn liền với đất và công chứng giao dịch mua bán, chuyển nhượng nhà ở hình thành trong tương lai. (v) UBND các quận, huyện của TP. HCM nên tổ chức thực hiện các biện pháp tuyên truyền, khuyến khích các cá nhân, tổ chức khi giao dịch với tổ chức kinh doanh bất động sản cần chủ động lựa chọn hình thức công chứng hợp đồng, để giảm thiểu rủi ro trong giao dịch. (vi) Ngân hàng Nhà nước Việt Nam Chi nhánh TP. HCM cần phải chấn chỉnh các tổ chức tín dụng thực hiện quyền giám sát, theo dõi đối với tài sản bảo đảm hình thành trong tương lai.

Ngoài ra, thông qua hoạt động giám sát, quản lý của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền về thực tiễn hoạt động mua bán nhà ở thương mại hình thành trong tương lai trên địa bàn TP. HCM nhằm phát hiện nhiều quy định pháp luật liên quan chưa được hoàn thiện hoặc gây phiền hà, khó khăn cho các doanh nghiệp, chủ đầu tư hoặc khó khăn trong hoạt động của các cơ quan quản lý nhà nước phải được đề xuất điều chỉnh, sửa đổi, bổ sung hoàn thiện thống nhất cho phù hợp với thực tiễn, nhu cầu xã hội và cuộc sống.

Thứ mười, đảm bảo hoàn thiện pháp luật về nhà ở hình thành trong tương lai dựa trên sự tham khảo, tiếp thu có chọn lọc pháp luật nhà ở của nước ngoài. Rõ ràng, pháp luật nhà ở Việt Nam còn khá mới mẻ, mặc dù đã có nhiều quy định điều chỉnh nhưng vẫn chưa được hoàn thiện, thống nhất. Trong khi đó, các nước có nền kinh tế phát triển đã có kinh nghiệm về quản lý hoạt động kinh doanh bất động sản bằng pháp luật hoàn thiện. Hệ thống các quy định pháp luật về kinh doanh bất động sản, pháp luật nhà ở của các nước ngoài này đã phát triển đồng bộ và tương thích với thực tiễn. Do vậy, việc nghiên cứu và tiếp thu có chọn lọc kinh nghiệm và thực tiễn pháp lý về nhà ở của nước ngoài để xây dựng, hoàn thiện hệ thống pháp luật nhà ở nước ta là cần thiết, nhất là trong bối cảnh Việt Nam đang hội nhập toàn cầu hóa kinh tế quốc tế./.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. UBND TP. HCM, Công văn số 1466 ngày 10/4/2018 về đề nghị tạm dừng việc xem xét, điều chỉnh, bổ sung hoặc chuyển đổi một phần chức năng của công trình, dự án sang officetel trên địa bàn TP. HCM.

2. Doãn Hồng Nhung (2011), *Pháp luật về nhà ở cho người Việt Nam định cư ở nước ngoài và người nước ngoài tại Việt Nam*, Nxb. Xây dựng, H. 2011.

3. Doãn Hồng Nhung (2013), *Pháp luật về hạn chế rủi ro cho người tiêu dùng trong hợp đồng theo mẫu*.

MỘT SỐ BẤT CẬP TRONG QUY ĐỊNH PHÁP LUẬT VỀ ĐĂNG KÝ THÀNH LẬP HỘ KINH DOANH VÀ GIẢI PHÁP HOÀN THIỆN

Nguyễn Thanh Lý¹

Tóm tắt: Với tư cách là một chủ thể kinh doanh quan trọng, chiếm số lượng lớn trong hoạt động kinh doanh, hộ kinh doanh cần được pháp luật khẳng định rõ vị trí pháp lý và quy định cụ thể các vấn đề về đăng ký thành lập, cũng như tổ chức, hoạt động của nó. Bài viết này phân tích vai trò, vị trí của hộ kinh doanh trong hệ thống pháp luật thương mại, đồng thời chỉ ra một số bất cập trong các quy định pháp luật về đăng ký thành lập hộ kinh doanh, từ đó đề xuất các giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật về hộ kinh doanh ở Việt Nam hiện nay.

Từ khóa: Chủ thể kinh doanh, hộ kinh doanh, mô hình kinh doanh, pháp luật kinh doanh.

Nhận bài: 10/05/2020; Hoàn thành biên tập: 05/06/2020; Duyệt đăng: 27/07/2020.

Summary: As an important business entity, accounting for a large number of business activities, business households need to be clearly affirmed by the law and have specific registration issues: its establishment, as well as its organization and activities. This article analyzes the role and position of business households in the commercial legal system, and points out some inadequacies in the legal provisions on business household registration, thereby proposing solutions to improve the law on business households in Vietnam.

Keywords: Business entities; household business; business model; business law.

Date of receipt: 10/05/2020; Date of revision: 05/06/2020; Date of Approval: 27/07/2020.

1. Vị trí pháp lý của hộ kinh doanh trong hệ thống pháp luật kinh doanh ở Việt Nam

Hộ kinh doanh gắn liền với văn hóa kinh doanh truyền thống theo kiểu “cha truyền con nối” ở Việt Nam từ xưa đến nay. Xuất hiện tại Việt Nam từ rất sớm, hộ kinh doanh là mô hình kinh doanh được đông đảo người dân ưa chuộng bởi nó rất phù hợp với tình trạng kinh doanh nhỏ lẻ, manh mún ở Việt Nam. Việc ghi nhận và điều chỉnh hoạt động của hộ kinh doanh trong hệ thống pháp luật là điều tất yếu phù hợp với sự đa dạng về các loại hình chủ thể kinh doanh. “Hộ kinh doanh lần đầu tiên được ghi nhận tại Nghị định số 27/HĐBT ngày 09/03/1988 (với tên gọi là hộ tiểu chủ, hộ tiểu thủ sản xuất công nghiệp)”². Thực tế cho thấy, “các hộ gia đình kinh doanh cá thể, chủ cửa hàng, cửa hiệu, sạp hàng, tổ hợp, nhóm kinh doanh quy mô nhỏ và vừa chiếm đa số về số lượng, tạo công ăn việc làm và đóng góp đáng kể cho tăng trưởng kinh tế”³.

Về khái niệm, Khoản 1 Điều 66 Nghị định số 78/2015/NĐ-CP về đăng ký kinh doanh quy định: “Hộ kinh doanh do một cá nhân hoặc một nhóm người gồm các cá nhân là công dân Việt Nam đủ 18 tuổi, có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, hoặc một hộ gia đình làm chủ, chỉ được đăng ký kinh doanh tại một địa điểm, sử dụng dưới mười lao động và chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với hoạt động kinh doanh”. Từ khái niệm này cho thấy, hộ kinh doanh có một số đặc điểm sau:

Thứ nhất, hộ kinh doanh do một cá nhân hoặc một nhóm người hoặc một hộ gia đình làm chủ, đây cũng là mô hình kinh doanh đơn giản nhất so với các loại hình chủ thể là doanh nghiệp tư nhân và các loại công ty.

Thứ hai, hộ kinh doanh kinh doanh tại một địa điểm cố định, quy mô nhỏ. Về mặt pháp lý, hộ kinh doanh chỉ được đăng ký kinh doanh tại một địa điểm, đây là một đặc điểm khác biệt so

¹ Tiến sỹ, Khoa Luật, Học viện Khoa học xã hội.

² Viện Đại học Mở Hà Nội (2011), *Giáo trình Luật Kinh tế Việt Nam*, Nxb Công an nhân dân, tr. 161.

³ Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội (2001), *Giáo trình Luật Kinh tế Việt Nam*, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, tr. 201.



với các loại hình công ty ngoài trụ sở còn có các chi nhánh, văn phòng đại diện,... nằm rải rác ở nhiều nơi, thậm chí được đặt chi nhánh, văn phòng ở nhiều nước khác nhau. Quy mô hoạt động của hộ kinh doanh nhỏ, bị khống chế về số lượng lao động, theo quy định hiện nay hộ kinh doanh chỉ được sử dụng dưới 10 lao động.

Thứ ba, hộ kinh doanh (với tư cách pháp lý riêng), chủ sở hữu và thành viên của hộ kinh doanh phải chịu trách nhiệm vô hạn bằng toàn bộ tài sản của mình đối với hoạt động kinh doanh, “Trách nhiệm vô hạn được hiểu là sự tận cùng hay đến cùng của việc trả nợ”⁴. Điều này xuất phát từ sự không tách bạch giữa tài sản của các thành viên hộ kinh doanh với tài sản của hộ kinh doanh.

Thứ tư, hộ kinh doanh không có tư cách pháp nhân. Để được công nhận là có tư cách pháp nhân, tổ chức phải thỏa mãn 4 yếu tố: (1) Được thành lập theo quy định pháp luật; (2) Cơ cấu tổ chức phải có cơ quan điều hành, được quy định trong điều lệ hoặc quyết định thành lập pháp nhân; (3) Có tài sản độc lập với cá nhân, pháp nhân khác và tự chịu trách nhiệm bằng tài sản của mình; (4) Nhân danh mình tham gia quan hệ pháp luật một cách độc lập⁵. Theo quy định của Bộ luật dân sự, rõ ràng hộ kinh doanh không thỏa mãn yếu tố “Có tài sản độc lập với cá nhân, pháp nhân khác và tự chịu trách nhiệm bằng tài sản của mình” nên không phải là pháp nhân. Đặc điểm này của hộ kinh doanh khá giống với doanh nghiệp tư nhân. Nếu so sánh hộ kinh doanh với công ty hợp danh thì có thể thấy rằng, cả hai mô hình kinh doanh này đều có điểm chung là các thành viên phải chịu trách nhiệm vô hạn và liên đới đối với các nghĩa vụ tài chính. Do đó, cả hộ kinh doanh và công ty hợp danh đều không có sự tách bạch tài sản giữa tài sản của công ty với tài sản của thành viên. Tuy nhiên, công ty hợp danh vẫn được pháp luật quy định tư cách pháp nhân còn hộ kinh doanh thì không⁶.

Từ các đặc điểm trên, hộ kinh doanh có một số ưu điểm và nhược điểm sau:

Ưu điểm

- Hộ kinh doanh là mô hình kinh doanh với quy mô nhỏ, đơn giản nên rất phù hợp với những người chỉ có ý định kinh doanh nhỏ, lẻ, người mới kinh doanh, khởi nghiệp.

- Các thành viên của hộ kinh doanh thường có sự tin tưởng lẫn nhau. Trách nhiệm vô hạn làm cho các thành viên luôn có sự tin tưởng và đồng thuận nhất trí cao. Bởi khi phát sinh trách nhiệm thì đó là trách nhiệm của tất cả các thành viên và việc thực hiện nghĩa vụ có thể làm cho các thành viên gặp thiệt hại rất lớn. Do đó, trách nhiệm vô hạn còn được ví như sợi dây liên kết và gắn bó giữa các thành viên bởi cả yếu tố “tâm lý” và “pháp lý” rất chặt chẽ.

- Đảm bảo an toàn về mặt pháp lý của hộ kinh doanh rất cao nên dễ chiếm được sự tin tưởng của khách hàng và chủ nợ. Mặc dù trách nhiệm vô hạn mang lại rủi ro và bất lợi rất lớn cho những người chủ kinh doanh, đổi lại, điều này lại mang lại cho những người kinh doanh sự tin tưởng, tín nhiệm của khách hàng và chủ nợ khi giao dịch.

- Công việc quản trị điều hành hộ kinh doanh khá đơn giản, dễ dàng và ít tốn kém. Đối với các loại hình công ty thường có sự tham gia của nhiều thành viên và cơ cấu tổ chức, quản trị điển hình của chúng luôn phức tạp. Trái lại, thuận lợi rất lớn của hộ kinh doanh so với các công ty chính là mô hình kinh doanh giản đơn và với phạm vi hoạt động nhỏ, giữa các thành viên thường đã có sự tin tưởng, nên việc quản trị điều hành sẽ nhanh chóng, linh hoạt, dễ dàng ra các quyết định.

Nhược điểm

- Rủi ro từ trách nhiệm vô hạn phát sinh khi hộ kinh doanh làm ăn thua lỗ. Nghĩa vụ trả nợ được truy đến tận cùng đối với toàn bộ tài sản riêng của thành viên hộ kinh doanh. Dưới góc độ kinh tế, việc kinh doanh mà không thể giới hạn được rủi ro và thậm chí còn có thể mất thêm các tài sản khác luôn là sự kém hấp dẫn và không an toàn đối với các nhà đầu tư. Còn trên thực tế kinh doanh cho thấy, đối với các mô hình kinh doanh

⁴ Nguyễn Như Phát (đồng tác giả, 2002), *Luật Kinh tế Việt Nam*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr.39.

⁵ Điều 74, Bộ luật dân sự năm 2015.

⁶ Khoản 2, Điều 172 Luật doanh nghiệp năm 2014.

phải chịu trách nhiệm vô hạn chủ đầu tư thường không dám mạnh dạn đầu tư vào những khu vực kinh doanh có hệ số rủi ro cao.

- Hộ kinh doanh luôn gặp rất nhiều khó khăn khi cần huy động vốn hay mở rộng quy mô và phạm vi hoạt động bởi pháp luật khống chế số lượng thành viên tối đa và chỉ cho phép hộ kinh doanh được quyền kinh doanh tại một địa điểm cố định.

- Do không có tư cách pháp nhân nên trong nhiều lĩnh vực kinh doanh, hộ kinh doanh sẽ không có cơ hội để bước chân vào.

Thực tế hoạt động kinh doanh cho thấy, so với các loại hình kinh doanh khác thì hộ kinh doanh có vị trí quan trọng ở nước ta từ xưa đến nay về: số lượng hộ kinh doanh; khả năng thu hút vốn đầu tư; giải quyết công ăn việc làm và thời gian lao động dồi dào; phát triển ngành nghề nông nghiệp và tiểu thủ công nghiệp; đóng góp lớn vào GDP của cả nước.

Không thể phủ nhận vai trò quan trọng của hộ kinh doanh với tư cách là chủ thể kinh doanh trong nền kinh tế hiện nay. Tuy nhiên, qua nghiên cứu hệ thống pháp luật kinh doanh hiện hành cho thấy, khái niệm, đặc điểm, cách thức tổ chức, hoạt động của hộ kinh doanh không được điều chỉnh chính thống trong bất kỳ một đạo luật nào, kể cả luật doanh nghiệp, luật thương mại hay các đạo luật khác. Hộ kinh doanh hiện đang được đăng ký thành lập theo Nghị định số 78/2015/NĐ-CP ngày 14/09/2015 về đăng ký doanh nghiệp. Ngoài ra, hộ kinh doanh cũng bị điều chỉnh bởi hàng loạt các quy định pháp luật khác về thuế, kế toán, lao động, bảo hiểm, môi trường, phòng cháy chữa cháy, an ninh trật tự, Luật hỗ trợ doanh nghiệp vừa và nhỏ... Dù chiếm một tỷ lệ lớn trong các loại hình kinh doanh ở Việt Nam, song địa vị pháp lý của hộ kinh doanh không rõ ràng. Ngoài ra, khung pháp lý hiện hành về hộ kinh doanh bị đánh giá còn rất sơ sài và nhiều khiếm khuyết. Có quan điểm cho rằng: “pháp luật Việt Nam hiện nay quan

niệm hộ kinh doanh và các hình thức công ty không khác gì nhau về hình thức kết cấu mà chỉ khác nhau về quy mô kinh doanh”⁷. Trong khi đó, hệ thống pháp luật hiện nay điều chỉnh hoạt động kinh doanh dựa trên phân biệt về hình thức pháp lý, mà không dựa vào bản chất, tính chất và quy mô kinh doanh⁸.

2. Bất cập khi đăng ký thành lập hộ kinh doanh

Cũng như nhiều loại hình kinh doanh khác, trước khi lựa chọn loại hình hộ kinh doanh để sản xuất, kinh doanh, nhà đầu tư cần cân đối nhiều yếu tố về: ngành nghề kinh doanh; vốn và góp vốn; cơ cấu tổ chức và quản lý; các ưu đãi trong kinh doanh... đồng thời, nhà đầu tư phải nắm được những điểm mạnh, điểm yếu của hộ kinh doanh. Dù vậy, ưu, nhược điểm của mỗi loại hình kinh doanh chỉ mang tính chất tương đối và việc phát huy ưu điểm hoặc biến nhược điểm trở thành thế mạnh để lựa chọn loại hình kinh doanh sẽ phụ thuộc vào năng lực và hoàn cảnh kinh doanh cụ thể của nhà đầu tư. Bởi vậy, khi đăng ký thành lập hộ kinh doanh, nhà đầu tư cần lưu ý một số vấn đề pháp lý sau:

Thứ nhất, đối tượng thành lập và đăng ký hộ kinh doanh.

Theo quy định, công dân Việt Nam đủ 18 tuổi, có năng lực pháp luật và năng lực hành vi dân sự đầy đủ; hộ gia đình có quyền thành lập hộ kinh doanh. Khi quyết định thành lập hộ kinh doanh, cá nhân, hộ gia đình có nghĩa vụ đăng ký hộ kinh doanh⁹. Việc quy định về năng lực pháp luật và năng lực hành vi của hộ kinh doanh trong trường hợp do một cá nhân hoặc một nhóm người làm chủ là điều hợp lý. Tuy nhiên, xác định chủ sở hữu của hộ kinh doanh trong các trường hợp này có rất nhiều vấn đề đáng bàn:

Trường hợp 1: Hộ kinh doanh do một cá nhân thành lập, mô hình kinh doanh này gần giống với loại hình doanh nghiệp tư nhân và về bản chất là cá nhân kinh doanh.

⁷ Ngô Huy Cương (2013), *Giáo trình Luật thương mại phần chung và thương nhân*, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, tr. 127.

⁸ Bộ Kế hoạch và Đầu tư (2019), *Bản thuyết minh chi tiết về dự án Luật doanh nghiệp (sửa đổi)*, Kèm theo Báo cáo số 7900/BC-BKHĐT ngày 25/10/2019, tr.56-59.

⁹ Điều 66, Nghị định số 78/2015/NĐ-CP ngày 14/09/2015 về đăng ký kinh doanh.



Trường hợp 2: Chủ sở hữu hộ kinh doanh là một nhóm người có gồm các cá nhân là công dân Việt Nam đủ 18 tuổi, có năng lực hành vi dân sự đầy đủ. Nếu nhóm người này không phải là một hộ gia đình, không có quan hệ hôn nhân, huyết thống và quan trọng nhất là họ không có chung một sản nghiệp thương mại, giả sử họ chỉ là những bạn hàng thân thiết thì trong trường hợp này hộ kinh doanh giúp người ta dễ dàng liên tưởng đến loại hình công ty hợp danh. Chủ sở hữu là một cá nhân có sự khác biệt rất lớn với chủ sở hữu là một nhóm người, bởi nó sẽ quyết định đến: cơ cấu tổ chức, cách thức hoạt động, chế độ trách nhiệm, đại diện pháp lý của hộ kinh doanh. Bởi vậy, việc quy định chủ sở hữu hộ kinh doanh gồm một nhóm người như trên là không hợp lý.

Trường hợp 3: Chủ sở hữu hộ kinh doanh là một hộ gia đình. Hộ gia đình không được Bộ luật dân sự năm 2015 (BLDS năm 2015) định nghĩa cụ thể, khái niệm hộ gia đình được hiểu thông qua các quy định của BLDS năm 2005 đã hết hiệu lực (Điều 106) và quy định của Luật đất đai năm 2013 (Khoản 29 Điều 3). Theo đó, hộ gia đình gồm những người có quan hệ hôn nhân, huyết thống, nuôi dưỡng cùng chung nhau một sản nghiệp, đại diện cho hộ gia đình gọi là chủ hộ. Sản nghiệp chung của hộ gia đình được tạo dựng thông qua các thành viên đóng góp, cùng nhau tạo lập nên và những tài sản khác được xác lập quyền sở hữu theo quy định pháp luật. Vì chung nhau một sản nghiệp nên việc chiếm hữu, sử dụng, định đoạt tài sản chung của các thành viên gia đình được thực hiện theo phương thức thỏa thuận. Hộ gia đình là chủ thể trong các quan hệ dân sự, khi tham gia quan hệ dân sự thì các thành viên của hộ gia đình là chủ thể tham gia xác lập, thực hiện giao dịch dân sự hoặc ủy quyền cho người đại diện tham gia xác lập, thực hiện giao dịch dân sự. Khi một hộ gia đình đăng ký thành lập hộ kinh doanh thì hoạt động của hộ kinh doanh cũng không nằm ngoài những nguyên tắc chung được quy định bởi BLDS. Bản thân khái niệm hộ gia đình không

được quy định rõ ràng trong BLDS năm 2015, cộng với những nguyên tắc khi tham gia xác lập và thực hiện giao dịch dân sự của hộ gia đình dù được quy định tại Chương VI, từ Điều 101 đến Điều 104 của BLDS năm 2015 nhưng thực tiễn thực hiện rất phức tạp, còn nhiều tranh cãi, điều này khiến cho khái niệm hộ kinh doanh và tổ chức, hoạt động của hộ kinh doanh gặp nhiều vướng mắc. Nhiều ý kiến cho rằng, hộ kinh doanh được xác lập bởi một hộ gia đình trên thực tế không khác một công ty hợp danh¹⁰. Bên cạnh đó, Nghị định số 78/2015/NĐ-CP ngày 14/09/2015 về đăng ký kinh doanh được ban hành trước BLDS năm 2015, giữa văn bản luật và văn bản dưới luật chưa có sự nhất quán, tương thích về chủ thể của quan hệ dân sự nói chung của hoạt động kinh doanh nói riêng nên dẫn đến một số bất cập trên.

Năng lực pháp luật và năng lực hành vi là điều kiện để một cá nhân được quyền thành lập hộ kinh doanh nhưng năng lực pháp luật và năng lực hành vi của cá nhân không phải là điều kiện khi cá nhân này là thành viên của hộ gia đình. Ví dụ, Nguyễn Văn Y 15 tuổi, thiếu năng ở mức độ nhẹ (không biết chữ, không thể tính toán và tham gia đàm phán các giao dịch nhưng vẫn có thể lao động sản xuất nông nghiệp). Y được bố mẹ nuôi dưỡng và góp sức lao động trong hộ gia đình ông Nguyễn Văn A, bà Nguyễn Thị B. Hộ gia đình ông A sau đó đã đăng ký thành lập hộ kinh doanh với 3 thành viên gồm ông A (chồng), bà B (vợ) và Nguyễn Văn Y (con). Trong trường hợp này Y dù không đủ điều kiện để có thể một mình thành lập và làm chủ hộ kinh doanh, Y cũng không đủ điều kiện để có thể cùng một nhóm người thành lập hộ kinh doanh vì chưa đủ 18 tuổi, nhưng Y vẫn có thể trở thành thành viên hộ kinh doanh thông qua hộ gia đình. Điều đáng bàn là quyền lợi và nghĩa vụ của Y trong quá trình hoạt động của hộ kinh doanh: Y sẽ phải hoàn toàn phụ thuộc vào quyết định của các thành viên khác; khi phát sinh nghĩa vụ trả nợ, Y cũng phải chịu trách nhiệm vô hạn cho các khoản nợ của hộ kinh doanh; hoặc có tranh chấp phát sinh thì tư cách

¹⁰ Phạm Duy Nghĩa (2015), *Giáo trình Luật Kinh tế*, Nxb Công an Nhân dân, tr.174.

pháp lý của Y đối với hộ kinh doanh được xác định như thế nào? Như vậy, đối với trường hợp này pháp luật về hộ kinh doanh đã không có sự điều chỉnh và dự liệu hết các tình huống cho phù hợp với thực tiễn.

Ngoài ra, quy định trường hợp ngoại lệ là “Hộ gia đình sản xuất nông, lâm, ngư nghiệp, làm muối và những người bán hàng rong, quà vặt, buôn chuyến, kinh doanh lưu động, làm dịch vụ có thu nhập thấp không phải đăng ký”¹¹ là không phù hợp bởi: (i) Giả sử hộ gia đình thuộc trường hợp không phải đăng ký hộ kinh doanh như trên nhưng hộ gia đình đó vẫn muốn làm thủ tục đăng ký hộ kinh doanh thì sẽ giải quyết như thế nào? (ii) Khi được miễn trừ đăng ký thì, hộ gia đình trên có được gọi là hộ kinh doanh hay không? Giả sử xảy ra tranh chấp thì tư cách pháp lý của chủ thể kinh doanh này là hộ gia đình hay hộ kinh doanh?

Thứ hai, ngành nghề kinh doanh của hộ kinh doanh.

Khi đăng ký thành lập, đăng ký thay đổi nội dung đăng ký hộ kinh doanh, hộ kinh doanh ghi ngành, nghề kinh doanh trên Giấy đề nghị đăng ký hộ kinh doanh, Thông báo thay đổi nội dung đăng ký hộ kinh doanh. Cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện ghi nhận thông tin về ngành, nghề kinh doanh trên Giấy chứng nhận đăng ký hộ kinh doanh. Hộ kinh doanh được quyền kinh doanh ngành, nghề kinh doanh có điều kiện kể từ khi có đủ điều kiện theo quy định của pháp luật và phải bảo đảm đáp ứng các điều kiện đó trong suốt quá trình hoạt động. Việc quản lý nhà nước đối với ngành, nghề kinh doanh có điều kiện và kiểm tra việc chấp hành điều kiện kinh doanh của hộ kinh doanh thuộc thẩm quyền của cơ quan chuyên ngành theo quy định của pháp luật chuyên ngành. Tuy nhiên, so sánh với một số loại hình doanh nghiệp thì ngành nghề kinh doanh của hộ kinh doanh bị các quy định pháp luật chuyên ngành thu hẹp hơn, chẳng hạn: Văn phòng luật sư không thể thành lập dưới dạng loại hình hộ kinh doanh (được sử dụng loại hình doanh nghiệp tư nhân và công ty hợp danh); Văn

phòng công chứng không được thành lập theo loại hình hộ kinh doanh (được sử dụng loại hình công ty hợp danh); một số ngành nghề trong lĩnh vực đầu tư, xây dựng, chứng khoán; người hành nghề quản lý, thanh lý tài sản phá sản của doanh nghiệp...

Thứ ba, giới hạn đối với đối tượng đăng ký thành lập hộ kinh doanh.

Cá nhân, hộ gia đình chỉ được đăng ký một hộ kinh doanh trong phạm vi toàn quốc. Cá nhân thành lập và tham gia góp vốn thành lập hộ kinh doanh vẫn được quyền góp vốn, mua cổ phần trong doanh nghiệp với tư cách cá nhân nhưng không được đồng thời là chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh của công ty hợp danh trừ trường hợp được sự nhất trí của các thành viên hợp danh còn lại. Khác với chủ sở hữu doanh nghiệp tư nhân không được đồng thời là thành viên hợp danh của công ty hợp danh kể cả được sự nhất trí của các thành viên hợp danh còn lại. Sự khác nhau này giữa thành viên hộ kinh doanh và chủ sở hữu doanh nghiệp tư nhân thật khó giải thích cho tư duy thiếu nhất quán của pháp luật kinh doanh, bởi chủ hộ kinh doanh và chủ sở hữu doanh nghiệp tư nhân về bản chất không khác gì nhau, họ phải chịu trách nhiệm vô hạn bằng toàn bộ tài sản cá nhân của mình với mọi hoạt động của cơ sở kinh doanh. Khi chủ hộ kinh doanh đồng thời là thành viên hợp danh của công ty hợp danh (do được các thành viên còn lại đồng ý) có nghĩa là một sản nghiệp thương mại sẽ 2 lần được đem ra chịu trách nhiệm vô hạn cho 2 cơ sở kinh doanh khác nhau. Điều này có thể dẫn đến nhiều phức tạp nếu cả 2 cơ sở kinh doanh đó làm ăn thua lỗ dẫn đến phá sản.

Thứ tư, tên và con dấu của hộ kinh doanh.

Hộ kinh doanh có tên gọi riêng. Đặt tên của hộ kinh doanh phải tuân thủ các quy định pháp luật theo quy định tại Điều 73 Nghị định số 78/2015/NĐ-CP. Đặt biệt, tên riêng hộ kinh doanh không được trùng với tên riêng của hộ kinh doanh đã đăng ký trong phạm vi huyện. Điều này cho thấy, so với tên của doanh nghiệp

¹¹ Khoản 2, Điều 66, Nghị định 78/2015/NĐ-CP ngày 14/09/2015 về đăng ký doanh nghiệp.



được pháp luật quy định và bảo hộ chặt chẽ thì ngược lại, tên của hộ kinh doanh chỉ được bảo hộ trong địa bàn quận huyện nơi hộ kinh doanh đăng ký¹².

Ngoài ra, dù có tên gọi riêng nhưng hộ kinh doanh không có con dấu riêng (dấu tròn) – dấu tròn không thể tự khắc mà được cấp dấu theo một thủ tục do pháp luật quy định và phải được cơ quan công an cấp tỉnh thực hiện. Đây là điểm khác biệt lớn giữa hộ kinh doanh với doanh nghiệp tư nhân và các loại hình công ty. Thực tế hoạt động của hộ kinh doanh cho thấy, mọi giao dịch của hộ kinh doanh đều thông qua và đặt dưới danh nghĩa của chủ hộ kinh doanh, bao gồm cả việc sử dụng tài khoản, mã số thuế cá nhân của chủ hộ kinh doanh.

Thứ năm, địa điểm và số lượng lao động của hộ kinh doanh.

Hộ kinh doanh hoạt động phổ biến trong lĩnh vực nông nghiệp và tiểu thủ công nghiệp gắn liền với làng xã ở nông thôn hoặc các làng nghề thủ công nghiệp, do đó địa điểm kinh doanh của hộ kinh doanh cố định. Về mặt pháp lý, hộ kinh doanh chỉ được đăng ký kinh doanh tại một địa điểm, đây là một đặc điểm khác biệt so với các loại hình công ty ngoài trụ sở còn có các chi nhánh, văn phòng đại diện,... nằm rải rác ở nhiều nơi, thậm chí được đặt chi nhánh, văn phòng ở nhiều nước khác nhau. Quy mô hoạt động của hộ kinh doanh nhỏ, bị khống chế về số lượng lao động (quy định hiện nay hộ kinh doanh không được sử dụng từ 10 lao động trở lên). Theo nhu cầu tự nhiên, quy mô hoạt động của hộ kinh doanh nhỏ phù hợp với điều kiện tự nhiên, kinh tế, văn hóa, xã hội của nước ta, bởi “Việt Nam xưa nay là một xứ nông nghiệp” công thương nghiệp phát triển phụ thuộc vào nông nghiệp và là hoạt động kinh tế phụ trợ cho nông nghiệp¹³. Nhưng giới hạn về địa điểm và lao động đối với hộ kinh doanh như trên là không phù hợp, dẫn đến cản trở hộ kinh doanh

tận dụng và phát huy tối đa cơ hội kinh doanh; làm cho nguồn lực đầu tư dưới hình thức hộ không phát huy hết lợi ích có thể tạo ra cho nhà đầu tư, xã hội¹⁴. Thực tế hoạt động kinh doanh cho thấy, rất nhiều hộ kinh doanh phát triển, quy mô sản xuất mở rộng đòi hỏi số lao động tăng lên, nhưng việc không chuyển đổi mô hình kinh doanh sang công ty hoặc việc chuyển đổi mô hình khiến cho hộ kinh doanh gặp nhiều khó khăn. Do đó, đảm bảo công bằng, bình đẳng, không phân biệt đối xử trong kinh doanh, các quy định giới hạn về địa điểm và lao động đối với hộ kinh doanh cần được xóa bỏ.

Thứ sáu, hồ sơ, thủ tục đăng ký thành lập hộ kinh doanh.

Đăng ký hộ kinh doanh được thực hiện tại cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện nơi đặt địa điểm kinh doanh. Về nguyên tắc, hộ kinh doanh, người thành lập hộ kinh doanh tự kê khai hồ sơ đăng ký hộ kinh doanh và chịu trách nhiệm trước pháp luật về tính hợp pháp, trung thực và chính xác của các thông tin kê khai trong hồ sơ đăng ký hộ kinh doanh.

Hồ sơ và trình tự, thủ tục đăng ký hộ kinh doanh được thực hiện như sau: Cá nhân, nhóm cá nhân hoặc người đại diện hộ gia đình gửi Giấy đề nghị đăng ký hộ kinh doanh đến cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện nơi đặt địa điểm kinh doanh. Nội dung Giấy đề nghị đăng ký hộ kinh doanh gồm: a) Tên hộ kinh doanh, địa chỉ địa điểm kinh doanh; số điện thoại, số fax, thư điện tử (nếu có); b) Ngành, nghề kinh doanh; c) Số vốn kinh doanh; d) Số lao động; đ) Họ, tên, chữ ký, địa chỉ nơi cư trú, số và ngày cấp Thẻ căn cước công dân hoặc Chứng minh nhân dân hoặc Hộ chiếu còn hiệu lực của các cá nhân thành lập hộ kinh doanh đối với hộ kinh doanh do nhóm cá nhân thành lập, của cá nhân đối với hộ kinh doanh do cá nhân thành lập hoặc đại diện hộ gia đình đối với trường hợp hộ kinh doanh do hộ gia đình thành lập. Kèm theo Giấy

¹² Phạm Duy Nghĩa (2015), *Giáo trình Luật Kinh tế*, Nxb. Công an Nhân dân, tr.176.

¹³ Nguyễn Trí Đình, Phạm Thị Quý (2007), *Giáo trình lịch sử kinh tế*, Trường Đại học Kinh tế Quốc dân, Nxb. Đại học Kinh tế Quốc dân, tr. 285.

¹⁴ Bộ Kế hoạch và Đầu tư (2019), *Bản thuyết minh chi tiết về dự án Luật Doanh nghiệp (sửa đổi)*, Kèm theo Báo cáo số 7900/BC-BKHĐT ngày 25/10/2019.

đề nghị đăng ký hộ kinh doanh phải có bản sao hợp lệ Thẻ căn cước công dân hoặc Chứng minh nhân dân hoặc Hộ chiếu còn hiệu lực của các cá nhân tham gia hộ kinh doanh hoặc người đại diện hộ gia đình và bản sao hợp lệ biên bản họp nhóm cá nhân về việc thành lập hộ kinh doanh đối với trường hợp hộ kinh doanh do một nhóm cá nhân thành lập.

Khi tiếp nhận hồ sơ, cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện trao Giấy biên nhận và cấp Giấy chứng nhận đăng ký hộ kinh doanh cho hộ kinh doanh trong thời hạn 03 ngày làm việc, kể từ ngày nhận hồ sơ và hồ sơ đủ điều kiện hợp lệ. Nội dung Giấy chứng nhận đăng ký hộ kinh doanh bao gồm các thông tin sau đây: a) Họ và tên Chủ hộ hộ kinh doanh; b) Tên và địa điểm đăng ký hộ kinh doanh; c) Hoạt động kinh doanh¹⁵.

Có thể thấy, so với các loại hình doanh nghiệp được quy định trong Luật doanh nghiệp năm 2015 thì thủ tục đăng ký hộ kinh doanh đơn giản và nhanh chóng hơn. Tuy nhiên, pháp luật chưa quy định rõ việc thay đổi chủ hộ kinh doanh trong một số trường hợp đặc biệt khi chủ hộ kinh doanh bị rơi vào tình trạng vô năng, bị chết, mất tích hoặc bị kết án tù...

3. Một số giải pháp hoàn thiện pháp luật về đăng ký thành lập hộ kinh doanh

Trên cơ sở nghiên cứu thực tiễn và phân tích những bất cập của pháp luật hiện hành về đăng ký thành lập hộ kinh doanh cho thấy, pháp luật về đăng ký thành lập hộ kinh doanh cần hoàn thiện một số nội dung sau:

Thứ nhất, xác định rõ địa vị pháp lý của hộ kinh doanh trong môi trường kinh doanh bằng cách luật hóa hộ kinh doanh trong một đạo luật cụ thể như đối với các chủ thể kinh doanh là thương nhân và các loại hình doanh nghiệp, công ty.

Thứ hai, khái niệm hộ kinh doanh cần được làm rõ khái niệm hộ gia đình, đồng thời, xóa bỏ mô hình cơ cấu tổ chức và hoạt động của hộ kinh doanh do một nhóm người thành lập.

Thứ ba, cơ cấu tổ chức và quản trị của hộ kinh doanh cần xác định được người đại diện

theo pháp luật của hộ kinh doanh (chủ hộ kinh doanh) và quy định trách nhiệm của chủ hộ kinh doanh, bao gồm: (1) Là đại diện theo pháp luật của hộ kinh doanh; (2) Chịu trách nhiệm cá nhân hoặc liên đới cùng các thành viên khác chịu trách nhiệm bằng bằng toàn bộ tài sản của mình đối với các hoạt động kinh doanh của hộ kinh doanh; (3) Có toàn quyền quyết định đối với tất cả hoạt động kinh doanh của hộ kinh doanh; (4) Đại diện cho hộ kinh doanh tiến hành hoạt động kinh doanh, thực hiện các nghĩa vụ về thuế và các nghĩa vụ tài chính khác; (5) Chủ hộ kinh doanh là nguyên đơn, bị đơn hoặc người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan trước Trọng tài hoặc Tòa án trong các tranh chấp liên quan đến hộ kinh doanh.

Thứ tư, cần có quy định dự liệu khi thay đổi chủ hộ kinh doanh trong một số trường hợp đặc biệt khi chủ hộ kinh doanh bị tạm giam, bị kết án tù, bị tước quyền hành nghề, bị hạn chế hoặc mất năng lực hành vi dân sự, bị chết, mất tích... thì thông qua ủy quyền hoặc giám hộ hoặc cá thành viên còn lại bầu ra chủ hộ mới. Từ đó, xác định các trường hợp hộ kinh doanh ngừng hoạt động hoặc chấm dứt hoạt động./.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Viện Đại học Mở Hà Nội (2011), *Giáo trình Luật Kinh tế Việt Nam*, Nxb. Công an nhân dân.
2. Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội (2001), *Giáo trình Luật Kinh tế Việt Nam*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội.
3. Nguyễn Như Phát (đồng tác giả, 2002), *Luật Kinh tế Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội.
4. Ngô Huy Cương (2013), *Giáo trình Luật thương mại phần chung và thương nhân*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội.
5. Bộ Kế hoạch và Đầu tư (2019), *Bản thuyết minh chi tiết về dự án Luật Doanh nghiệp (sửa đổi)*, Kèm theo Báo cáo số 7900/BC-BKHĐT ngày 25/10/2019.
6. Phạm Duy Nghĩa (2015), *Giáo trình Luật Kinh tế*, Nxb. Công an Nhân dân.

¹⁵ Điều 71, Nghị định số 78/2015/NĐ-CP ngày 14/09/2015 về đăng ký doanh nghiệp.



MỘT SỐ KIẾN NGHỊ NHẪM BỔ SUNG HOÀN THIỆN LUẬT ĐIỆN ẢNH: NHÌN TỪ GÓC ĐỘ KHAI THÁC ĐIỆN ẢNH ĐỂ THÚC ĐẨY PHÁT TRIỂN DU LỊCH VÀ QUẢNG BÁ HÌNH ẢNH ĐẤT NƯỚC

Phạm Ngọc Phương Thủy¹

Tóm tắt: Sau gần 14 năm (2006-2020) thi hành, Luật điện ảnh Việt Nam đã tạo được một khuôn khổ pháp lý, hỗ trợ và đem lại nhiều bước tiến cho công cuộc “khai thác điện ảnh để thúc đẩy du lịch và quảng bá hình ảnh đất nước”. Tuy nhiên nội dung một số điều luật liên quan vẫn còn tồn tại nhiều điểm hạn chế và chưa phù hợp với thực tế xã hội. Bài viết này phân tích, đánh giá một số bất cập trong quy định của pháp luật điện ảnh hiện hành, từ đó đưa ra những kiến nghị nhằm bổ sung, hoàn thiện hệ thống pháp luật điện ảnh phù hợp với thực tiễn xã hội và hội nhập quốc tế của nước ta hiện nay.

Từ khoá: Luật điện ảnh, hoàn thiện Luật điện ảnh, hình ảnh đất nước, quảng bá du lịch và hình ảnh đất nước.

Nhận bài: 10/06/2020; Hoàn thành biên tập: 05/07/2020; Duyệt đăng: 27/07/2020.

Abstract: After nearly 14 years (2006-2020) of implementation, Vietnam's Cinematography Law has created a legal framework, supporting and making great strides to the “exploitation of films to promote tourism and the country's image”. However, the content of some related laws still has many limitations and is not compatible with social reality. This paper aims to analyze and assess a number of shortcomings in the current cinematographic law, thereby making recommendations to supplement and strengthen the cinematographic legal system in accordance with social reality and International integration of our country today.

Key words: Cinematography law, perfect the cinematography law, national image, promote tourism and national image.

Date of receipt: 05/06/2020; Date of revision: 12/07/2020; Date of Approval: 27/07/2020.

1. Một số bất cập và điểm hạn chế trong quy định của Luật điện ảnh

Trong bối cảnh toàn cầu hoá hiện nay, khai thác điện ảnh để hỗ trợ phát triển du lịch và quảng bá hình ảnh đất nước được các quốc gia trên thế giới đặc biệt chú trọng. Đảng và Nhà nước ta cũng coi đó là một nhiệm vụ quan trọng trong công tác thông tin đối ngoại, đồng thời nhân mạnh Việt Nam cần có những chiến lược phù hợp để quảng bá tương xứng với tầm vóc, vị thế của đất nước hiện nay². Căn cứ vào Hiến pháp nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 1992 đã được sửa đổi, bổ sung theo Nghị quyết số 51/2001/QH10 của Quốc hội khoá X, kỳ họp thứ 10, Quốc Hội đã thông qua Luật điện ảnh số 62/2006/QH11 (có hiệu lực từ ngày

01/01/2007). Kể từ khi ban hành cho đến nay, Luật điện ảnh số 62/2006/QH11 đã trải qua hai lần sửa đổi, bổ sung bởi Luật số 31/2009/QH12 (có hiệu lực từ ngày 01/10/2009) và Luật số 35/2018/QH14 (có hiệu lực từ ngày 01/01/2019). Tuy nhiên cho đến nay, Luật điện ảnh hiện hành vẫn còn tồn tại một số điểm hạn chế như sau:

Thứ nhất, chính sách của Nhà nước về phát triển điện ảnh còn rất chung chung, chưa có sự phân định cụ thể về quỹ hỗ trợ.

Việt nam có truyền thống văn hoá tốt đẹp cùng nguồn tài nguyên thiên nhiên phong phú, đây cũng là điều kiện thuận lợi để điện ảnh Việt Nam sản xuất những bộ phim quảng bá du lịch và giới thiệu hình ảnh đất nước. Tuy nhiên, Luật điện ảnh hiện hành vẫn chưa có sự phân định cụ

¹ Thạc sỹ, Khoa Báo chí truyền thông, Đại học Hạ Môn, Trung Quốc.

² Lê Văn Nghiêm (2015), *Quảng bá hình ảnh đất nước qua các phương tiện truyền thông*, Báo Quảng Ninh (điện tử), <http://baoquangninh.com.vn/chinh-tri/201501/quang-ba-hinh-anh-dat-nuoc-qua-cac-phuong-tien-truyen-thong-2258474/>.

thể về chính sách hỗ trợ cho từng thể loại phim, đồng nghĩa với việc thể loại phim có nội dung quảng bá du lịch, giới thiệu hình ảnh đất nước cũng không có được sự ưu tiên cần thiết. Mặt khác, dù Bộ Nội vụ đã có quyết định cho phép thành lập Hiệp hội xúc tiến phát triển điện ảnh Việt Nam nhằm hỗ trợ các hoạt động đầu tư sản xuất, liên kết nhà làm phim trong và ngoài nước, quảng bá bối cảnh quay phim ra thế giới v...v... nhưng đến nay Hiệp hội vẫn chưa chính thức đi vào hoạt động. Một trong những vướng mắc lớn nhất là làm sao có nguồn vốn ổn định để quỹ hỗ trợ điện ảnh hoạt động. Đây cũng chính là một trong những lý do chủ yếu khiến cho các doanh nghiệp sản xuất và phát hành phim còn e ngại và chần chừ rót vốn đầu tư về thể loại phim này.

Thứ hai, quy định về xuất nhập khẩu phim trong Luật điện ảnh còn tồn tại bất cập, chưa phù hợp với thực tế.

Thực trạng phim nước ngoài chiếm lĩnh thị trường phim chiếu rạp và tràn lan trên mạng internet hiện nay đã và đang tiềm tàng sự xâm nhập khó kiểm soát của văn hoá ngoại lai, dẫn đến nguy cơ làm phai mờ những giá trị văn hoá truyền thống vốn có. Thống kê từ phía ngành điện ảnh năm 2019 cho thấy, 75% phim chiếu rạp hiện nay là phim nhập khẩu. Việt Nam chỉ sản xuất được khoảng 25% số phim, tuy nhiên số phim thu lời và hòa vốn chỉ chiếm 1/3. Trong khi đó, doanh thu từ các rạp chiếu không ngừng tăng. Theo thống kê của Box office Việt Nam, trong top 10 phim có doanh thu phòng vé cao nhất tại Việt Nam thì có đến 7 phim là phim nhập khẩu. Vấn đề được đặt ra là, các quy định về nhập khẩu phim nước ngoài liệu đã đủ chặt chẽ để bảo vệ nền văn hoá đất nước chống lại làn sóng “xâm lăng văn hoá”³?

Một bất cập khác trong quy định xuất nhập khẩu phim đó là theo Khoản 2 Điều 30 Luật điện ảnh, doanh nghiệp phát hành phim, doanh nghiệp khác có đăng kí kinh doanh xuất nhập khẩu phim phải có rạp chiếu phim để tham gia phổ biến phim. Tuy nhiên, thực tế tại Việt Nam cho thấy, việc có “rạp chiếu phim” vẫn là vấn đề đau đầu của nhiều nhà phát hành phim có quy mô nhỏ và kinh phí eo hẹp. Như vậy, dù có phim hay mang tính quảng bá cao, nhưng các nhà phát hành phim

“không có rạp chiếu phim” vẫn không thể phổ biến được tác phẩm của mình đến khán giả, thay vào đó, các doanh nghiệp lớn về phát hành phim nghiêng thiên đầu tư độc quyền thị trường phát hành. Sự bất cập trong điều luật này vô tình kìm hãm hoạt động quảng bá du lịch và giới thiệu hình ảnh đất nước qua phim ảnh nội địa đến với khán giả trong nước và quốc tế.

Thứ ba, việc khai thác, phổ biến phim trên môi trường mạng internet chưa được quy định đầy đủ và chưa có chế tài xử lý cụ thể.

Mạng internet, đặc biệt là mạng xã hội, là môi trường lý tưởng cho hoạt động phát triển điện ảnh trong thời đại công nghệ hoá hiện nay. Nhìn từ góc độ khai thác điện ảnh nhằm thúc đẩy phát triển du lịch và xây dựng hình ảnh đất nước, bên cạnh những ý nghĩa tích cực, mạng internet tiềm ẩn không ít rủi ro đáng lo ngại. Vấn đề phổ biến, khai thác phim trên internet đã được nhắc tới trong Điều 36 của Luật điện ảnh hiện hành, tuy nhiên vẫn lộ rõ những thiếu sót và hạn chế. Cụ thể, thực trạng cho thấy người dùng mạng internet tại Việt Nam dễ dàng tiếp cận được các sản phẩm điện ảnh trong đó có cả những sản phẩm cấm chiếu, chưa qua kiểm duyệt; các hoạt động phổ biến, quảng cáo điện ảnh tự do thiếu kiểm soát; cạnh tranh không lành mạnh giữa các nhà cung cấp sản phẩm điện ảnh trên mạng v...v... Kéo theo đó là các vi phạm pháp luật về điện ảnh trên mạng internet có ảnh hưởng trực tiếp tới việc quảng bá hình ảnh đất nước như tuyên truyền thông tin sai lệch độc hại, kích động chiến tranh xâm lược có xu hướng gia tăng và khó kiểm soát. Những thực trạng này vẫn bị cơ quan chức năng bỏ ngỏ vì chưa có chế tài xử lý cụ thể.

Thứ tư, tiến trình soạn thảo, sửa chữa và thông qua Luật điện ảnh chưa theo sát được tốc độ phát triển của điện ảnh.

Trong thời đại công nghệ bùng nổ như hiện nay, thực tế đã cho thấy không gian phát triển của điện ảnh ngày càng được mở rộng, buộc điện ảnh phải có những thay đổi để thích ứng với môi trường mới. Trong đó, để phát huy vai trò là một công cụ thúc đẩy phát triển du lịch và quảng bá hình ảnh đất nước, điện ảnh Việt Nam cần có sự phát triển nhịp nhàng và theo sát dòng

³ Ý chỉ hoạt động truyền bá các sản phẩm văn hóa độc hại làm băng hoại những giá trị truyền thống, tinh hoa văn hóa tốt đẹp của dân tộc, từng bước làm lệch hướng của đời sống văn hóa vốn có.



chảy của điện ảnh thế giới. Tuy nhiên, Luật điện ảnh hiện hành vẫn chưa theo sát được sự phát triển và thay đổi đó. Cụ thể, khi mà một số quy định của điện ảnh Việt nam vẫn đang điều chỉnh việc phát hành phổ biến phim theo công nghệ 35mm hoặc video, thì nền công nghiệp điện ảnh thế giới đã chuyển đổi hoàn toàn sang công nghệ số hoá; hay như chúng ta còn nhiều tranh cãi về việc kiểm duyệt, cắt xén nội dung phim chiếu rạp thì thế giới đã “mang rạp chiếu phim về nhà” bằng cách xem phim trên thiết bị di động điện tử v...v...

2. Một số kiến nghị nhằm hoàn thiện Luật điện ảnh để thúc đẩy phát triển du lịch và quảng bá hình ảnh đất nước

Trong bối cảnh nước ta ngày càng hội nhập sâu rộng, việc sửa đổi, bổ sung hoàn thiện Luật điện ảnh là vô cùng cần thiết. Từ những bất cập và điểm hạn chế của Luật điện ảnh như đã phân tích ở trên, tác giả đưa ra một số kiến nghị nhằm hoàn thiện Luật điện ảnh để thúc đẩy phát triển du lịch và quảng bá hình ảnh đất nước như sau:

Một là, Luật điện ảnh cần bổ sung, sửa đổi chính sách của Nhà nước về phát triển điện ảnh cũng như quỹ hỗ trợ phát triển điện ảnh. Cụ thể, cần chọn lọc và đưa ra những sản phẩm điện ảnh có trọng tâm, nghiên cứu chính sách và hỗ trợ phù hợp với mỗi thể loại phim, đặc biệt là các thể loại phim có giá trị nội dung thiết thực, cần thiết cho sự phát triển đất nước nói chung cũng như phim có nội dung giáo dục văn hoá truyền thống, thúc đẩy phát triển du lịch và xây dựng quảng bá hình ảnh đất nước nói riêng.

Giải quyết các vướng mắc về việc đảm bảo nguồn vốn cho quỹ hỗ trợ phát triển điện ảnh hoạt động bằng cách luật hoá nguồn thu quỹ. Một vài kiến nghị về nguồn vốn của quỹ hỗ trợ phát triển điện ảnh như: nguồn thu trích từ việc thu phí thẩm định cấp phép hợp tác, liên doanh sản xuất phim; nguồn thu trích từ tỉ lệ phần trăm trên giá vé xem phim, nguồn thu từ phát hành và phổ biến phim có sử dụng ngân sách nhà nước, nguồn thu trích từ kinh doanh và phổ biến phim trên internet v...v... Đây là những nguồn thu tiềm năng, ổn định, phù hợp với thực tiễn Việt Nam và thông lệ thế giới, đảm bảo cho quỹ hỗ trợ phát triển điện ảnh hoạt động ổn định, tạo điều kiện thuận lợi cho ngành điện ảnh đáp ứng được nhu

cầu thưởng thức, tiếp xúc văn hoá và thu hút được sự quan tâm, đồng tình của đông đảo tầng lớp khán giả trong và ngoài nước.

Hai là, cần có những điều chỉnh phù hợp về quy định xuất nhập khẩu phim, đưa thêm vào Luật điện ảnh những điều luật bổ sung, sửa đổi cụ thể nhằm cân đối thị phần phim ngoại nhập và phim nội địa, hỗ trợ các sản phẩm điện ảnh nội địa có được chỗ đứng vững chắc trên thị trường trong nước. Trước mắt, cần khống chế việc nhập khẩu phim bằng cách tăng thuế nhập khẩu phim ảnh nước ngoài, có quy định rõ ràng giữa thị phần phim Việt và phim nước ngoài trên thị trường phát hành phim. Hạn chế sự thống lĩnh của các nhà phát hành phim lớn bằng cách huỷ bỏ quy định doanh nghiệp phát hành phim, doanh nghiệp khác có đăng kí kinh doanh xuất nhập khẩu phim phải có rạp chiếu phim mới có thể tham gia phổ biến phim, tạo điều kiện cho doanh nghiệp vừa và nhỏ có cơ hội phát triển trên thị trường nội địa và quốc tế. Cùng với đó, cần xem xét tăng giờ chiếu phim Việt Nam tại các phòng chiếu phim và trên phương tiện truyền hình để khán giả có thêm nhiều cơ hội tiếp xúc với điện ảnh Việt. Điều này góp phần không nhỏ trong công cuộc tuyên truyền và bảo tồn giá trị bản sắc văn hoá dân tộc, chống lại nguy cơ “xâm lăng văn hoá”, đồng thời là bước đệm xây dựng quảng bá hình ảnh đất nước.

Ba là, cần nghiên cứu và gấp rút sửa đổi, bổ sung các điều khoản của Luật Điện ảnh và các bộ luật có liên quan đến vấn đề khai thác, phổ biến phim trên môi trường mạng internet nhằm tăng cường quản lý và hạn chế tác động tiêu cực của loại sản phẩm văn hoá độc hại.

Cụ thể, các hình thức phát hành phổ biến phim phi truyền thống như phát hành phổ biến phim trên internet, mạng xã hội cần có các quy định cụ thể về việc định nghĩa (giải thích từ ngữ) như trong Điều 4 của Luật điện ảnh; bổ sung các quy định về việc phổ biến phim trên internet, khai thác phim từ vệ tinh tại Điều 36 Luật điện ảnh. Thiết lập khung kiểm duyệt nội dung phim được phát hành phổ biến trên internet. Kết hợp với các điều khoản của Luật hình sự, đối với các sản phẩm điện ảnh có nội dung ảnh hưởng tiêu cực đến việc phát triển du lịch, tổn hại đến hình tượng đất nước cần có hình phạt mang tính cảnh cáo và tính răn đe cao... (Xem tiếp trang 35)

ĐỊA VỊ PHÁP LÝ CỦA NGƯỜI CHUYỂN ĐỔI GIỚI TÍNH TRONG LĨNH VỰC HÔN NHÂN VÀ GIA ĐÌNH

Lê Thu Trang¹

Tóm tắt: Bộ luật dân sự năm 2015 (BLDS năm 2015) có hiệu lực kể từ ngày 01/01/2017 lần đầu tiên thừa nhận việc chuyển đổi giới tính của cá nhân tại Điều 37. Đây là sự thay đổi mang tính đột phá trong việc ghi nhận và bảo vệ quyền nhân thân của cá nhân nói riêng, quyền con người nói chung. Chuyển đổi giới tính là quy định mới và còn tồn tại nhiều vấn đề cần phải giải quyết để có thể áp dụng một cách hiệu quả trên thực tiễn. Trên cơ sở khái quát chung về chuyển đổi giới tính, bài viết hướng tới việc trao đổi về địa vị pháp lý của người chuyển đổi giới tính trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình và đề xuất một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật điều chỉnh cho vấn đề này.

Từ khóa: Người chuyển đổi giới tính, địa vị pháp lý, hôn nhân và gia đình.

Nhận bài: 10/05/2020; Hoàn thành biên tập: 05/06/2020; Duyệt đăng: 27/07/2020.

Abstract: The 2015 Civil Code taking effect from January 1, 2017 for the first time recognizes the gender change of individuals in Article 37. This is a breakthrough change in recognition and protection of personal rights in particular and the human rights in general. Gender change is a new regulation and there are still many issues to be solved in order to be applied effectively in practice. Via the overview on gender change, the article aims to discuss the legal status of transgender people in the field of marriage and family and propose some recommendations to improve the law.

Keywords: Transgender people, legal status, marriage and family.

Date of receipt: 10/05/2020; Date of revision: 05/06/2020; Date of Approval: 27/07/2020.

1. Khái quát chung về chuyển đổi giới tính

Khi chất lượng cuộc sống được cải thiện, nâng cao tạo điều kiện thuận lợi cho việc quan tâm sâu sắc tới các quyền nhân thân của con người, đặc biệt là các quyền liên quan đến giới tính. Trên thực tế thuật ngữ “giới” và “giới tính” hay bị nhầm lẫn với nhau. Theo khái niệm về giới của Luật bình đẳng giới năm 2006 được Quốc hội thông qua ngày 29/11/2006 và có hiệu lực từ ngày 01/07/2007 thì giới được định nghĩa như sau: giới chỉ đặc điểm, vị trí, vai trò của nam và nữ trong tất cả các mối quan hệ xã hội và giới tính chỉ các đặc điểm sinh học của nam và nữ². Như vậy, giới ở đây các nhà lập pháp mới chỉ bó hẹp trong khuôn khổ cấu tạo sinh học và thực tế tự nhiên của giống đực và giống cái, mà chưa đưa ra một khái niệm rộng hơn bao hàm các yếu tố như: hình thức, thực thể xã hội của nam (male) và nữ (female). Giới tính (sex) ngoài sự bao hàm giới còn cần được bổ sung về mặt tâm lý học, ý thức và ý chí tính dục (gọi chung là xu hướng tính dục).

Theo kiến thức về di truyền học thuật ngữ “giới” là một từ được sử dụng ở con người với

hàm nghĩa biểu hiện về mặt hình thức, thực thể xã hội của nam (male) và nữ (female). Còn ở động vật, thực vật khác, chỉ giống đực (masculine) và giống cái (feminine). Qua nghiên cứu về quá trình hình thành giới ta thấy việc xác định giới không đơn giản là nhìn bằng mắt, phân biệt bằng hành động bên ngoài mà còn bao gồm cả yếu tố tâm lý xã hội, môi trường...

Từ đây, xét về giới con người có ba nhóm người: Nam hoặc nữ - không chuyển giới (Cisgender man/woman), người nam hoặc nữ - chuyển giới (Transgender man/woman) và người xuyên giới (có thể gọi chung bằng từ Transgender). Một số ví dụ về đặc điểm của giới phổ biến trong xã hội như: nam giới có những đặc điểm hung hăng/hiếu chiến, duy lý, mạnh mẽ, thống trị, năng nổ, vô tình, độc lập, cạnh tranh, tự quyết định và ít bộc lộ tình cảm. Nữ giới có những trực giác, tình cảm, yếu đuối, dễ xúc động, phụ thuộc, dễ bị tổn thương, dễ bảo, ngoan ngoãn, không cạnh tranh, mềm yếu, nhân hậu và dễ bộc lộ tình cảm. Phụ nữ phải biết chăm sóc nhà cửa, thu vén việc

¹ Thạc sỹ, Giảng viên Bộ môn Pháp luật, Khoa lý luận chính trị, Trường Đại học Hải Phòng.

² Xem Khoản 1, 2 Điều 5 Luật bình đẳng giới năm 2006.



gia đình không nên lấy chồng xa, đàn ông phải đi làm kiếm tiền nuôi gia đình, lo liệu những việc lớn “xây nhà, tậu trâu” nên thường có câu “đàn ông xây nhà, đàn bà xây tổ ấm”; trong học tập con gái thường thích các môn học xã hội, con trai xu hướng thích học các môn tự nhiên hơn.

Thuật ngữ thứ hai cần đề cập đến là “*giới tính*”: Trong sinh vật học, giới tính (sex) hay còn gọi là giới tính sinh học (Biological Sex) là một quá trình kết hợp và pha trộn những đặc điểm di truyền học của sinh vật, thường dẫn đến kết quả là sự chuyên môn hóa thành giống đực và giống cái (các giới). Giới tính là sự khác biệt về mặt sinh học giữa nam giới và phụ nữ (trẻ em trai – trẻ em gái). Giới tính dùng để nói về mặt cấu tạo sinh học của một con người là chính. Xét về mặt giới tính có ba nhóm: người có giới tính nam (Male), giới tính nữ (Female) hay người liên giới tính (Intersex) - người cấu tạo sinh học không điển hình là nam hay nữ.

Về khái niệm chuyển đổi giới tính, hiện nay còn tồn tại nhiều quan điểm khác trái chiều, nhưng tựu chung lại có hai nhóm quan điểm như sau:

Quan điểm thứ nhất cho rằng: “Chuyển đổi giới tính là phẫu thuật chuyển đổi bộ phận sinh dục ngoài, trong và điều trị hormon sinh dục thay thế”³. Theo quan điểm này, việc chuyển đổi giới tính chỉ được thừa nhận đối với những người thực hiện việc phẫu thuật thay đổi bộ phận sinh dục trong và ngoài, tức là sự can thiệp y học để chuyển đổi giới tính phải được thực hiện một cách toàn diện chứ không chỉ dừng lại ở việc phẫu thuật một trong các bộ phận cơ thể.

Quan điểm thứ hai cho rằng: “Chuyển đổi giới tính là chỉ những thủ tục y khoa dùng để thay đổi giới tính của một người trong đó có thể bao gồm phẫu thuật chuyển đổi giới tính hay không”⁴. Theo quan điểm này, chuyển đổi giới tính không nhất thiết trải qua quá trình phẫu thuật y học, tức là việc phẫu thuật bộ phận sinh dục là không đặt ra.

Như vậy, sự khác biệt lớn nhất giữa hai quan điểm này là việc phẫu thuật thay đổi bộ phận sinh

dục của người chuyển đổi giới tính là bắt buộc hay không bắt buộc.

Nhận thấy rằng, ngoài người chuyển giới (Transgender) thì người đồng tính nữ (Lesbian), đồng tính nam (Gay), song tính (Bisexual) đều có đặc điểm chung là cơ quan sinh dục và chức năng sinh sản của họ hoàn toàn bình thường, không có bất cứ một khiếm khuyết nào về thực thể cơ quan sinh dục. Giới tính sinh học của họ cũng được xác định ngay từ khi còn ở trong bào thai, khi sinh ra và sự phát triển của các cơ quan sinh dục của họ là hoàn toàn bình thường. Sự khác biệt của họ so với những người dị tính chính là ở xu hướng tính dục hoặc bản dạng giới.

Trước khi thực hiện việc chuyển đổi giới tính, xu hướng tính dục và bản dạng giới của họ trái ngược với giới tính sinh học của họ (kết cấu cơ thể và bộ phận sinh dục của nam nhưng lại cho rằng mình là nữ và ngược lại). Quá trình can thiệp y học để chuyển đổi giới tính không chỉ là quá trình phẫu thuật nhằm thay đổi bộ phận sinh dục của người chuyển đổi giới tính mà phải là toàn bộ quá trình từ điều trị nội tiết tố sinh dục đến phẫu thuật ngực, phẫu thuật bộ phận sinh dục để thay đổi giới tính khác với giới tính sinh học hoàn thiện.

2. Địa vị pháp lý của người chuyển đổi giới tính trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình

2.1. Vấn đề kết hôn

Theo Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966 “*quyền kết hôn và thành lập gia đình của nam và nữ đã đến tuổi kết hôn được thừa nhận*”⁵. BLDS năm 2015 cũng ghi nhận “*cá nhân có quyền kết hôn*”⁶. Do đó, có thể khẳng định rằng người chuyển đổi giới tính có quyền kết hôn với giới tính nam hoặc nữ. Vấn đề quyền của họ có được thực hiện hay không còn phụ thuộc vào việc xác định lại giới tính khi kết hôn của họ và họ kết hôn với người cùng giới tính hay khác giới tính với mình. Hiện nay, pháp luật đã ghi nhận việc chuyển đổi giới tính của mỗi cá nhân: “*Việc chuyển đổi giới tính được thực hiện theo quy định của luật. Cá nhân đã chuyển đổi*

³ Nguyễn Minh Tuấn (2017), *Chuyển đổi giới tính cho người bị đau khổ về giới*, bài viết trong Kỷ yếu Hội thảo “Góp ý dự án Luật chuyển đổi giới tính”, Trung ương Hội Luật gia Việt Nam và Vụ Pháp chế - Bộ Y tế phối hợp tổ chức ngày 29/12/2017.

⁴ <https://vietadsgroup.vn/hoi-dap-la-gi-/chuyen-doi-gioi-tinh-la-gi-tim-hieu-ve-chuyen-doi-gioi-tinh-la-gi-c62d11217.aspx>, truy cập ngày 10/01/2018.

⁵ Khoản 2 Điều 23 Công ước quốc tế về quyền dân sự và chính trị năm 1966.

⁶ Khoản 1 Điều 39 Bộ luật dân sự năm 2015.

giới tính có quyền, nghĩa vụ đăng ký thay đổi hộ tịch theo quy định của pháp luật về hộ tịch; có quyền nhân thân phù hợp với giới tính đã được chuyển đổi theo quy định của bộ luật này và luật khác có liên quan”⁷. Khi pháp luật công nhận chuyển đổi giới tính và cho phép người chuyển đổi giới tính thay đổi hộ tịch theo giới tính sau khi đã phẫu thuật thì một người chuyển đổi giới tính trong các giấy tờ hộ tịch, giới tính của họ được xác định là giới tính sau khi phẫu thuật. Như vậy, giới tính về pháp lý của họ trái với giới tính sinh học. Theo đó, “kết hôn là việc nam nữ xác lập quan hệ vợ chồng với nhau theo quy định của luật này về điều kiện kết hôn và đăng ký kết hôn”⁸. Việc kết hôn của người chuyển đổi giới tính cũng không nằm ngoài phạm vi điều chỉnh của Luật hôn nhân và gia đình năm 2014. Sau khi phẫu thuật chuyển đổi giới tính họ đáp ứng đầy đủ Điều 8 về điều kiện kết hôn của Luật hôn nhân và gia đình năm 2014 và hoàn thiện xong tất cả các giấy tờ về chứng minh thư nhân dân, hộ tịch, hộ khẩu... thì họ sẽ được kết hôn. Nhưng khi người chuyển đổi giới tính kết hôn, họ sẽ được phép kết hôn với người khác giới tính với mình về mặt pháp lý nhưng lại là người cùng giới tính với mình về mặt sinh học. Điều này xét về phương diện pháp lý thì hoàn toàn hợp pháp với nguyên tắc hôn nhân là sự liên kết giữa một nam và một nữ, nhưng xét về khía cạnh sinh học lại là hai người cùng giới tính kết hôn với nhau. Có ba tiêu chí về y học để xác định giới tính của một người, đó là: nhiễm sắc thể, bộ phận sinh dục và sự thể nghiệm bộ phận sinh dục ngoài. Sự can thiệp về y học không thể làm thay đổi nhiễm sắc thể, bộ phận sinh dục mà chỉ là sự thay đổi của bộ phận sinh dục ngoài. Bởi vậy, khi một người là nam phẫu thuật trở thành nữ thì họ sẽ không phải là “nữ” cho mục đích hôn nhân (mang thai, sinh con, nuôi con bằng sữa mẹ...) mà họ vẫn là nam về mặt sinh học, điều đó được xác định kể từ khi họ sinh ra⁹.

2.2. Quyền làm cha, mẹ của người chuyển đổi giới tính

Quan hệ giữa cha mẹ và con là một trong những mối quan hệ chủ đạo trong hôn nhân và gia

đình. Nhưng câu hỏi đặt ra người chuyển đổi giới tính có thể làm cha, mẹ được không? Dưới góc độ bình đẳng giới, người chuyển giới được đảm bảo quyền làm cha mẹ hoàn toàn bình đẳng như những người dị tính khác. Quyền làm cha, làm mẹ của người chuyển giới sẽ khác nhau khi họ chưa phẫu thuật chuyển đổi giới tính hoặc đã phẫu thuật chuyển đổi giới tính. Sẽ có hai trường hợp như sau:

Trường hợp thứ nhất, người phụ nữ đang là mẹ sau đó họ tiến hành phẫu thuật chuyển đổi giới tính thành nam giới vậy quan hệ giữa họ và đứa trẻ vẫn là quan hệ mẹ con hay chuyển sang quan hệ cha con. Ngay khi pháp luật đã thừa nhận chuyển đổi giới tính và cho phép thay đổi về hộ tịch tức là trên các giấy tờ hộ tịch họ sẽ mang giới tính mới là nam thì quan hệ mẹ con trước đó sẽ chuyển sang thành con hệ cha con. Mối quan hệ mới này sẽ gây ra những khó khăn cho họ và con của họ đặc biệt là những đứa trẻ. Nếu đứa trẻ còn bé, thì có thể dạy nó trước kia gọi là mẹ nay gọi là bố, nhưng nếu đứa trẻ đã lớn tuổi hơn có sự nhận thức nhất định thì điều này sẽ là một áp lực tâm lý cho bản thân đứa trẻ và gia đình họ. Đứa trẻ sẽ phải đối mặt với dư luận với bạn bè và có thể bị mỉa mai, kì thị trong xã hội.

Trường hợp thứ hai, quyền làm mẹ chỉ đặt ra đối với người mà cơ thể sinh học là nữ giới. Việc thực hiện quyền làm mẹ bằng việc sinh con tự nhiên sẽ không thực hiện được nếu họ đã phẫu thuật cơ thể và cắt bỏ bộ phận sinh dục ngoài. Thực hiện quyền làm mẹ bằng việc sinh con bằng kỹ thuật hỗ trợ sinh sản, đây là một vấn đề khá phức tạp. Nếu phẫu thuật cơ thể họ đã cắt bỏ tử cung thì việc sinh con theo phương pháp khoa học cũng không thể thực hiện được. Nhưng trên thực tế khi phẫu thuật chuyển đổi giới tính họ lại không cắt cơ quan sinh dục nữ, do đó dưới góc độ sinh học, họ vẫn có thể mang thai bằng phương pháp khoa học. Đây là vấn đề mà pháp luật Việt Nam phải dự liệu, cần quy định chặt chẽ về điều kiện chuyển đổi giới tính, chuyển đổi giới tính ở mức độ như thế nào mới được công nhận giới tính mới của họ. Bởi vì, nếu bản thân người chuyển giới có giới tính sinh học là nữ và đã chuyển đổi giới tính,

⁷ Điều 37 Bộ luật dân sự năm 2015.

⁸ Khoản 5 Điều 4 Luật hôn nhân và gia đình năm 2014.

⁹ Ngô Thị Hương, *Chuyển đổi giới tính và vấn đề kết hôn của người chuyển đổi giới tính*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, Bộ Tư pháp, số 12/2015, tr. 26 - 29, 34.



được pháp luật công nhận giới tính mới là nam (họ sẽ có vai trò là cha về mặt pháp lý) nhưng bằng cách này hay cách khác khi có sự tác động của các biện pháp hỗ trợ sinh sản họ vẫn có thể mang thai và sinh con. Điều này làm xáo trộn rất lớn tới cuộc sống hôn nhân, các thành viên gia đình, tới chính quyền lợi hợp pháp của họ và đưa trẻ họ sinh ra.

Bên cạnh đó cần đề cập tới quyền làm cha của người chuyển đổi giới tính (người có giới tính sinh học là nam mà đã phẫu thuật chuyển từ nam sang nữ). Về pháp lý những người chuyển giới này là nữ giới họ chỉ có thể thực hiện quyền được làm mẹ mà không thể đòi quyền làm cha. Thực tế hiện nay số lượng người chuyển giới từ nam sang nữ là rất nhiều, không chỉ ở Việt Nam mà còn ở các nước trên thế giới. Khi họ chuyển đổi giới tính sang nữ giới, họ sẽ được thực hiện quyền làm mẹ, được những đứa trẻ gọi mình là mẹ, được chăm sóc, nuôi dưỡng và giáo dục những đứa con của mình. Nhưng những đứa con này họ không thể sinh ra được vì thế để thực hiện được quyền làm “mẹ” trên thực tế chỉ có cách họ nhận nuôi con nuôi. Với tư cách về pháp lý họ là nữ giới, khi đáp ứng đầy đủ điều kiện về việc nuôi con nuôi họ hoàn toàn có thể nhận nuôi con nuôi. Khi giới tính về pháp lý và giới tính về thực tế đồng nhất với nhau thì việc thực hiện quyền làm “mẹ” thuận lợi hơn rất nhiều.

2.3. Quan hệ hôn nhân khi người vợ hoặc người chồng chuyển đổi giới tính

Một vấn đề được đặt ra là người đang có vợ hoặc có chồng có được chuyển đổi giới tính hay không? Hiện pháp luật chưa quy định cụ thể về vấn đề này. Việc cho phép hay không cho phép người đang có vợ hoặc chồng chuyển đổi giới tính cũng đều dẫn đến những hệ quả phức tạp cần có hướng để khắc phục.

Trường hợp cho phép người đang có vợ hoặc chồng được chuyển đổi giới tính thì sẽ xuất hiện rất nhiều các hệ lụy trong quan hệ hôn nhân. Khi người vợ đang trong quan hệ hôn nhân chuyển đổi giới tính thành nam, người chồng chuyển đổi giới tính thành nữ thì quan hệ hôn nhân được xác lập trước đó có còn được công nhận nữa hay không? Nếu tiếp tục được công nhận thì quyền và nghĩa vụ của họ sẽ được quy định như thế nào? Điều

này mâu thuẫn với quy định của Luật hôn nhân và gia đình hiện hành khi “*Nhà nước không thừa nhận hôn nhân giữa những người cùng giới tính*”¹⁰.

Trường hợp không cho phép người đang có vợ hoặc có chồng được chuyển đổi giới tính thì buộc người mong muốn chuyển đổi giới tính phải chấm dứt quan hệ hôn nhân với người vợ, người chồng hiện tại của mình. Nếu vợ chồng thuận tình ly hôn thì hoàn toàn có thể giải quyết một cách phù hợp. Tuy nhiên, trường hợp người vợ hoặc người chồng không thuận tình ly hôn thì người mong muốn chuyển đổi giới tính phải yêu cầu ly hôn theo Điều 56 Luật hôn nhân và gia đình năm 2014, Tòa án sẽ rất khó để dựa vào căn cứ ly hôn theo quy định tại Khoản 1 Điều 56 Luật hôn nhân và gia đình năm 2014 là “*vợ, chồng có hành vi bạo lực gia đình hoặc vi phạm nghiêm trọng quyền, nghĩa vụ của vợ, chồng làm cho hôn nhân lâm vào tình trạng trầm trọng, đời sống chung không thể kéo dài, mục đích của hôn nhân không đạt được*”. Bởi vì vợ hoặc chồng không có hành vi bạo lực nào hoặc không vi phạm nghiêm trọng quyền, nghĩa vụ của vợ, chồng để dẫn đến hôn nhân lâm vào tình trạng trầm trọng, đời sống chung không thể kéo dài, mục đích hôn nhân không đạt được mà đơn thuần họ chỉ muốn chuyển đổi giới tính. Mong muốn ly hôn để được chuyển đổi giới tính không được chấp nhận vì không đủ căn cứ thì điều này có thể dẫn đến tình trạng người mong muốn chuyển đổi giới tính có tình tạo ra căn cứ ly hôn để được ly hôn. Khi đó, sẽ dễ dẫn đến những tác động tiêu cực đối với hôn nhân của họ.

Điều này đặt ra cho nhà làm luật cần xem xét, cân nhắc kỹ về vấn đề này để không chỉ bảo đảm sự thống nhất giữa các văn bản pháp luật, mà còn bảo đảm quyền lợi của người mong muốn chuyển đổi giới tính và những người có liên quan. Hiện nay, dự án Luật chuyển đổi giới tính đang ghi nhận một trong các điều kiện của người chuyển đổi giới tính phải là người độc thân. Đây là hướng giải quyết trong quy định pháp luật về chuyển đổi giới tính của hầu hết các quốc gia không công nhận hôn nhân giữa những người cùng giới tính. Về quan điểm cá nhân, tác giả cũng cho rằng nên quy định người chuyển đổi giới tính phải là người

¹⁰ Khoản 2 Điều 8 Luật hôn nhân và gia đình năm 2014.

độc thân. Dù biết rằng việc quy định theo hướng này có thể sẽ gặp phải các ý kiến trái chiều và thực tế có thể ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của nhiều chủ thể. Tuy nhiên, ở thời kỳ đầu tiên của việc ghi nhận quyền chuyển đổi giới tính, quy định theo hướng này cũng là phù hợp.

2.4. Phân biệt đối xử đối với người chuyển đổi giới tính và vấn đề bạo lực gia đình

Định kiến, kỳ thị và phân biệt đối xử đối với người chuyển giới được thể hiện dưới nhiều khía cạnh và mức độ khác nhau. Người chuyển giới bị đèm pha, xa lánh, sợ hãi đến đến việc phân biệt đối xử đối với người chuyển giới không chỉ xảy ra từ các mối quan hệ xã hội mà tình trạng này còn xảy ra trong chính gia đình của họ. Điều này đã dẫn đến những tổn thương tâm lý vô cùng nghiêm trọng đối với người chuyển giới như lo âu, trầm cảm thậm chí một số người chuyển giới khi rơi vào bế tắc đã có ý định tự tử hoặc có hành vi tự tử. Nguyên nhân của điều này đến từ việc thiếu kiến thức chính thống, đầy đủ về người đồng tính, song tính và chuyển giới (LGBT) dẫn đến thái độ phân biệt đối xử và bạo lực. Tình trạng này đã từng xảy ra ngay từ các mối quan hệ bên ngoài và trong gia đình họ. Bên cạnh đó, những mô tả sai lệch của truyền thông và thái độ đối xử thiếu thân thiện của nhân viên y tế khi họ có nhu cầu chăm sóc sức khỏe cũng khiến cho người của cộng đồng LGBT nói chung và người chuyển giới nói riêng gặp nhiều khó khăn, khiến họ nhiều khi phản ứng tiêu cực, gây ra những hậu quả không đáng có. Nếu người đồng tính từng bị xem là bệnh có thể chữa trị thì chuyển giới cũng bị xem là “bệnh tâm thần”, “rối loạn tâm thần” hay “rối loạn nhận dạng giới”¹¹.

Không những bị kỳ thị, phân biệt đối xử mà người chuyển đổi giới tính còn đứng trước nguy cơ bị bạo lực gia đình. Nếu người chuyển giới là con, thì dù phẫu thuật chuyển đổi giới tính hay chưa phẫu thuật chuyển đổi giới tính thì khi biết chuyện các bậc cha mẹ thường bị sốc. Thậm chí có người hoảng loạn coi đó là điều khủng khiếp bởi suy nghĩ kì thị, nên có những trường hợp chính những bậc cha mẹ đã không kiểm soát được hành vi của mình mà đánh đập, xích nhốt hoặc cấm đoán con cái của mình. Nhiều người còn đưa

con đi tư vấn tâm lý hoặc chữa trị vì nghĩ con mình bị bệnh hay có vấn đề về tâm thần. Bởi họ quá kì vọng vào con, ai cũng mong muốn con mình là người bình thường nên khi biết sự thật về giới tính của con họ quá khó để chấp nhận và không thể kiềm chế được hành động của bản thân. Nhưng xét theo góc độ pháp luật thì đây là những hành vi bạo lực gia đình mà pháp luật không cho phép và sẽ bị xử lý.

Dù xã hội phát triển hơn, người dân đã cởi mở hơn thân thiện hơn đối với những người trong LGBT nói chung và người chuyển đổi giới tính nói riêng. Nhưng trên thực tế họ vẫn không tránh khỏi những kì thị, dị nghị, xa lánh của xã hội, bạn bè xót xa hơn họ còn có thể là nạn nhân của bạo lực gia đình, bị chính những người thân yêu của mình gây ra những tổn thương. Do đó, cần có những thay đổi về chính sách, sự giúp đỡ của các cơ quan, tổ chức, những người có thẩm quyền bảo vệ sức khỏe, tính mạng, danh dự, nhân phẩm, hỗ trợ họ cả về y tế, tâm lý và pháp lý nhằm bảo đảm quyền, lợi ích chính đáng của họ.

3. Một số kiến nghị về hướng hoàn thiện pháp luật

Trên thực tế, nhu cầu được quyền chuyển đổi giới tính và được bảo đảm về vấn đề pháp lý các quyền cho họ sau khi chuyển đổi ở nước ta là một vấn đề rất cần được quan tâm. Hơn nữa, quyền chuyển đổi giới tính phải được nhìn nhận trên cơ sở quyền con người và quyền công dân. Điều 1 Tuyên ngôn Quốc tế về Nhân quyền năm 1948 khẳng định: “*Mọi người sinh ra đều được tự do và bình đẳng về quyền và nhân phẩm. Mọi người đều được phú bẩm về lý trí và lương tâm và vì thế phải đối xử với nhau trên tinh thần bác ái*”¹². Khoản 2 Điều 14 Hiến pháp Việt Nam năm 2013 quy định: “*Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng*”. Vì những lý do trên, tác giả kiến nghị một số vấn đề sau:

Thứ nhất, đối với vấn đề về kết hôn, để đảm bảo quyền kết hôn của người chuyển đổi giới tính cần quy định cụ thể rõ ràng về trình tự thủ

¹¹ Phạm Quỳnh Phương, Lê Quang Bình, Mai Thanh Tú (2013), *Khát vọng được là chính mình: Những vấn đề thực tiễn và pháp lý với người chuyển giới*, Nxb Thế giới.

¹² Tuyên ngôn quốc tế về Nhân quyền năm 1948.



tục khi thay đổi giấy tờ tùy thân liên quan đến người sau khi chuyển đổi giới tính. Việc thay đổi hộ tịch của cá nhân chuyển đổi giới tính rất quan trọng. Trên thực tế, việc thay đổi hộ tịch của người chuyển đổi giới tính không chỉ có ý nghĩa to lớn đối với vấn đề kết hôn mà còn ảnh hưởng tới các quyền nhân thân khác. Tuy nhiên, cho đến thời điểm hiện nay chúng ta cũng chưa có quy định cụ thể về vấn đề này. Ngay cả Dự án Luật chuyển đổi giới tính cũng chỉ xác định một cách chung chung chứ không xác định cụ thể về trình tự, thủ tục đăng ký thay đổi như thế nào. Tại Khoản 2 Điều 3 Luật hộ tịch năm 2014 cũng mới chỉ ghi nhận việc “*ghi vào sổ hộ tịch việc thay đổi hộ tịch của cá nhân theo bản án, quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền*” mới dừng lại ở trường hợp “*xác định giới tính*” mà chưa ghi nhận trường hợp “*chuyển đổi giới tính*”. Tác giả cho rằng, khi cá nhân đã chuyển đổi giới tính thì việc thay đổi các vấn đề về hộ tịch như: thay đổi tên, thay đổi giấy khai sinh, thay đổi chứng minh thư nhân dân hoặc thẻ căn cước công dân,... sẽ thực hiện như các trường hợp thay đổi bình thường. Khi đó, giấy chứng nhận đã can thiệp y học để chuyển đổi giới tính được xác định là cơ sở để thực hiện việc thay đổi chứ không phải thủ tục để thay đổi vấn đề về hộ tịch. Với mỗi loại giấy tờ cần thay đổi, người chuyển đổi giới tính sẽ thực hiện theo quy định của pháp luật hiện hành có liên quan.

Thứ hai, trong nội dung Luật hộ tịch năm 2014 cần bổ sung những quy định liên quan đến vấn đề xác định lại giới tính cho phù hợp với nội dung Điều 37 của BLDS năm 2015. Bên cạnh đó, Luật hộ tịch năm 2014 cũng cần quy định cụ thể các biện pháp nhằm bảo đảm quyền của trẻ em ngay từ khi đăng ký khai sinh, trong đó có phương án để đăng ký giới tính cho những đứa trẻ sinh ra đã là người liên giới tính hoặc có cơ quan sinh dục không rõ ràng.

Thứ ba, nhằm đảm bảo quyền làm cha, mẹ của người chuyển đổi giới tính cần công nhận sự đa dạng của các hình thức gia đình, đảm bảo quyền được lập gia đình của người chuyển giới mà không có sự phân biệt đối xử về xu hướng tính dục và bản dạng giới. Bởi lẽ, người chuyển giới chuyển đổi giới tính của mình là để được công

nhận về pháp lý và được hưởng các quyền con người, trong đó có quyền được lập gia đình (bao gồm kết hôn, kết hợp dân sự, nhận con nuôi...). Nếu không công nhận sự đa dạng của các hình thức gia đình, nếu vẫn giữ nguyên hình thức gia đình truyền thống thì vẫn còn sự phân biệt đối xử về xu hướng tính dục và bản dạng giới. Điều này dẫn đến những hạn chế khi người chuyển đổi giới tính thực hiện quyền của mình đối với con (có thể con nuôi, hoặc con đẻ).

Bộ nguyên tắc Yogyakarta nhấn mạnh quyền được thụ hưởng mọi quyền con người trên toàn cầu: Mọi người được sinh ra tự do và bình đẳng về quyền và phẩm giá. Mọi người, bất kể khuynh hướng tính dục hay bản dạng giới đều được hưởng đầy đủ các quyền con người (Nguyên tắc 1)¹³.

Thứ tư, cần sớm xem xét ban hành Luật chuyển đổi giới tính nhằm cụ thể hóa những nguyên tắc bảo đảm sự bình đẳng với người chuyển đổi giới tính, cũng như các biện pháp cụ thể. Tác giả ủng hộ quan điểm người chuyển đổi giới tính phải là người độc thân, như vậy không ảnh hưởng tới những thành viên còn lại trong gia đình (nếu họ đang trong mối quan hệ hôn nhân). Bên cạnh đó, việc ban hành Luật chuyển đổi giới tính không chỉ theo xu hướng tiên bộ của thế giới mà còn là cơ sở pháp lý rất quan trọng đối với người chuyển đổi giới tính của Việt Nam nói riêng, đây là cơ hội hiện thực hóa được quyền chuyển đổi giới tính của công dân trên thực tế và còn hướng tới bảo vệ quyền con người, quyền nhân thân.

Thứ năm, đối với việc phân biệt đối xử đối với người chuyển đổi giới tính và vấn đề bạo lực gia đình. Luật phòng, chống bạo lực gia đình cần sửa đổi theo hướng mở rộng hành vi bạo lực gia đình được áp dụng cho trường hợp người cùng giới tính chung sống như vợ chồng để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mỗi cá nhân trong đó có người chuyển giới. Ngoài ra, trong nội dung Luật bình đẳng giới năm 2006, đây là văn bản quan trọng làm công cụ hạn chế sự phân biệt đối xử về giới. Luật không nên chỉ tập trung vào hai khái niệm “*nam, nữ*” vốn dựa trên giới tính sinh học, mà phải mở rộng ra cả vai trò giới, nhận diện giới, bản dạng giới để mọi công dân đều được bảo vệ không bị phân biệt đối xử về giới. Phải thừa nhận vấn đề bình đẳng về giới còn đặt ra đối với

¹³ Bộ nguyên tắc Yogyakarta năm 2007.

người đồng tính, song tính, liên giới tính và chuyển đổi giới tính.

Cũng từ vấn đề này, tác giả kiến nghị trong nội dung Khoản 1 Điều 26 của Hiến Pháp năm 2013 như sau: sửa cụm từ “*Công dân nam, nữ bình đẳng và có quyền ngang nhau về mọi mặt chính trị, dân sự, kinh tế, văn hóa, xã hội và gia đình*” thành “*Công dân đều bình đẳng và có quyền ngang nhau về mọi mặt chính trị, dân sự, kinh tế, văn hóa, xã hội và gia đình*”, nhằm tránh sự kì thị, mặc cảm và tổn thương của nhóm người đồng tính, song tính, liên giới tính và cả người chuyển đổi giới tính./

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Công ước quốc tế về quyền dân sự và chính trị năm 1966.
2. Tuyên ngôn quốc tế về Nhân quyền năm 1948.
3. Bộ nguyên tắc Yogyakarta 2007.
4. Nguyễn Minh Tuấn (2017), *Chuyển đổi giới tính cho người bị đau khổ về giới*, bài viết

trong Kỷ yếu Hội thảo “Góp ý dự án Luật chuyển đổi giới tính”, Trung ương Hội Luật gia Việt Nam và Vụ Pháp chế - Bộ Y tế phối hợp tổ chức ngày 29/12/2017.

5. Ngô Thị Hường (2015), *Chuyển đổi giới tính và vấn đề kết hôn của người chuyển đổi giới tính*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, Bộ Tư pháp, số 12/2015, tr. 26 - 29, 34.

6. Phạm Quỳnh Phương, Lê Quang Bình, Mai Thanh Tú (2013), *Khát vọng được là chính mình: những vấn đề thực tiễn và pháp lý với người chuyển giới*, Nxb Thế giới.

7. Phạm Thu Hoa, Đồng Thị Yến, *Định kiến, kỳ thị và phân biệt đối xử đối với người đồng tính và chuyển giới ở Việt Nam*, Tạp chí Khoa học Đại học Quốc gia Hà Nội, tập 31, số 5/2015, tr. 70 – 79.

8. <https://vietadsgroup.vn/hoi-dap-la-gi-/chuyen-doi-gioi-tinh-la-gi-tim-hieu-ve-chuyen-doi-gioi-tinh-la-gi-c62d11217.aspx> (truy cập ngày 10/01/2018).

MỘT SỐ KIẾN NGHỊ NHẪM BỔ SUNG HOÀN THIỆN LUẬT ĐIỆN ẢNH: NHÌN TỪ GÓC ĐỘ KHAI THÁC ĐIỆN ẢNH ĐỂ THÚC ĐẨY PHÁT TRIỂN DU LỊCH VÀ QUẢNG BÁ HÌNH ẢNH ĐẤT NƯỚC

(Tiếp theo trang 28)

Bốn là, căn cứ theo xu hướng thay đổi và phát triển nhanh chóng của nền điện ảnh, Luật điện ảnh cần phải đặt điện ảnh trong môi trường thực tiễn xã hội, nghiên cứu, theo sát và đưa ra những sửa đổi, bổ sung kịp thời, đưa điện ảnh nước nhà hoà cùng dòng chảy hội nhập quốc tế. Cụ thể, song song với việc không ngừng hoàn thiện Luật điện ảnh để phù hợp với thực tiễn trong nước, chúng ta cần tìm hiểu, nắm rõ Luật điện ảnh của các nước đối tác để thuận lợi đưa điện ảnh nước ta bước vào thị trường nước bạn; đồng thời học hỏi, chọn lọc kinh nghiệm quản lý điện ảnh từ các nước có nền điện ảnh phát triển. Ngoài ra, quá trình sửa đổi, thông qua những quy định, điều khoản trong Luật điện ảnh cũng cần đảm bảo tính kịp thời, có tầm nhìn bao quát để

khi điều luật được thực thi vẫn phù hợp với bối cảnh thực tiễn, không bị tụt hậu và lỗi thời.

Không phải ngẫu nhiên mà các nước phát triển hiện nay đều coi điện ảnh là một nguồn sức mạnh mềm, biến nó trở thành công cụ thúc đẩy phát triển du lịch và xây dựng hình ảnh đất nước hiệu quả. Với đặc điểm phát triển nhanh chóng và có tính quốc tế cao, một nền điện ảnh đòi hỏi cần có hệ thống pháp luật tương ứng để theo sát và duy trì sự phát triển ổn định. Do đó, Bộ Văn hoá, Thể thao và Du lịch cần tiếp tục lắng nghe, tiếp thu ý kiến đóng góp để có những đề xuất sửa đổi, bổ sung Luật điện ảnh đầy đủ và phù hợp hơn, tiếp tục tạo đà cho nền điện ảnh Việt Nam phát triển, đồng thời thúc đẩy công tác quảng bá du lịch, hình ảnh nước nhà thông qua phim ảnh./



XÓA BỎ THÔNG TIN TRONG LÝ LỊCH TƯ PHÁP - QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VÀ MỘT SỐ ĐỀ XUẤT, KIẾN NGHỊ

Nguyễn Thị Minh Phương¹

Tóm tắt: Lý lịch tư pháp được lập trên cơ sở nguồn thông tin lý lịch tư pháp. Tuy nhiên, thông tin trong lý lịch tư pháp không phải được lưu trữ mãi mãi mà tùy từng trường hợp cụ thể theo quy định của pháp luật sẽ được xóa bỏ. Bài viết đề cập đến quy định của pháp luật Việt Nam và một số nước trên thế giới về xóa bỏ thông tin trong lý lịch tư pháp, đồng thời, đưa ra một số đề xuất, kiến nghị nhằm tiếp tục hoàn thiện quy định của pháp luật Việt Nam liên quan đến vấn đề này.

Từ khóa: Xóa bỏ thông tin trong lý lịch tư pháp, tiêu hủy hồ sơ lý lịch tư pháp bằng giấy, xóa bỏ dữ liệu lý lịch tư pháp điện tử.

Nhận bài: 10/03/2020; Hoàn thành biên tập: 20/03/2020; Duyệt đăng: 27/07/2020.

Abstract: the criminal record is made from the information source of criminal records and this information can not be saved forever but it can be deleted for some specific cases as prescribed by law. This articles aims to analyze and compare legal regulations about moving information in criminal records in Vietnam and some countries and then propose some recommendations in attempt to improve relevant Vietnamese regulations.

Key word: Move information from criminal record, Destroy paper records of criminal records, Delete electronic criminal record data.

Date of receipt: 10/03/2020; Date of revision: 20/03/2020; Date of Approval: 27/07/2020.

1. Xóa bỏ thông tin trong lý lịch tư pháp

Tùy theo điều kiện kinh tế - xã hội và thiết chế tư pháp đặc thù mà pháp luật mỗi quốc gia quy định phạm vi quản lý lý lịch tư pháp khác nhau, có thể chỉ bao gồm thông tin lý lịch tư pháp của cá nhân nhưng cũng có thể bao gồm cả thông tin lý lịch tư pháp của pháp nhân... Tuy nhiên, lý lịch tư pháp (LLTP) của mỗi cá nhân, pháp nhân không phải được lưu giữ mãi mãi, tùy từng trường hợp, điều kiện cụ thể, pháp luật Việt Nam và một số quốc gia trên thế giới cũng quy định việc xóa bỏ thông tin trong LLTP với những quy định có sự tương đồng nhưng cũng có sự khác biệt giữa các quốc gia.

Ở Việt Nam, cùng với việc quy định trách nhiệm của các cơ quan trong việc lập LLTP, cập nhật thông tin LLTP về án tích và về cấm đảm nhiệm chức vụ, thành lập, quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã, pháp luật cũng quy định trách nhiệm của các cơ quan trong việc xóa bỏ thông tin trong LLTP. Luật lý lịch tư pháp năm 2009 (Luật LLTP năm 2019) quy định “Trường hợp người bị kết

án về một tội nhưng tội phạm này được xóa bỏ theo quy định của Bộ luật hình sự thì thông tin về tội đó được xóa bỏ trong lý lịch tư pháp của người đó”², “Thông tin về việc cá nhân không được thành lập, quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã được xóa bỏ trong LLTP của cá nhân đó khi hết thời hạn theo quyết định tuyên bố phá sản của Tòa án”³. Theo đó, việc xóa bỏ thông tin trong LLTP được thực hiện khi thuộc một trong các trường hợp sau đây:

(i) Người bị kết án (người có LLTP) chết⁴. Quy định này của pháp luật Việt Nam cũng giống với pháp luật của một số nước trên thế giới như Cộng hòa Pháp, Phần Lan (tất cả các thông tin về một người sẽ bị xóa bỏ khỏi LLTP sau khi người đó chết), Cộng hòa Liên Bang Đức.

(ii) Tội phạm được xóa bỏ theo quy định của Bộ luật hình sự (LLTP của người bị kết án chỉ được lập trên cơ sở bản án tuyên duy nhất về một tội mà tội phạm đó được xóa bỏ theo quy định của pháp luật hình sự). Trong khi đó, pháp luật Cộng hòa Pháp quy định xóa bỏ thông tin trong

¹ Thạc sỹ, Cục Quản lý xử lý vi phạm hành chính và theo dõi thi hành pháp luật, Bộ Tư pháp.

² Điều 35 Luật lý lịch tư pháp năm 2009.

³ Điều 39 Luật lý lịch tư pháp năm 2009.

⁴ Điểm g Khoản 1 Điều 13, Khoản 3 Điều 20 và điểm a Khoản 1 Điều 24 Thông tư số 06/2013/TT-BTP ngày 06/02/2013 của Bộ trưởng Bộ Tư pháp hướng dẫn việc quản lý, sử dụng và khai thác cơ sở dữ liệu lý LLTP.

LLTP khi tội phạm được xóa theo luật đặc xá, đại xá “*Phải rút khỏi LLTP những phiếu về hình phạt đã được đại xá (Luật số 92-1336 ngày 16/12/1992)*⁵”.

(iii) Khi có quyết định giám đốc thẩm hoặc tái thẩm hủy bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật và LLTP của người bị kết án chỉ được lập trên cơ sở bản án, quyết định bị hủy thì LLTP của người đó được xóa bỏ trong cơ sở dữ liệu LLTP. Cơ sở dữ liệu LLTP là tập hợp các thông tin LLTP về án tích, thông tin LLTP về cấm đảm nhiệm chức vụ, thành lập, quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã được cập nhật và xử lý theo quy định của Luật LLTP. Cơ sở dữ liệu LLTP bao gồm hồ sơ LLTP bằng giấy và dữ liệu LLTP điện tử⁶. Hồ sơ LLTP bằng giấy và dữ liệu LLTP điện tử đều là căn cứ để xác định một người có hay không có án tích, bị cấm hay không bị cấm đảm nhiệm chức vụ, thành lập, quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã trong trường hợp doanh nghiệp, hợp tác xã bị Tòa án tuyên bố phá sản.

Giống như pháp luật Việt Nam, pháp luật Cộng hòa Pháp quy định thông tin trong lý lịch tư pháp được xóa bỏ khi “*Bản án, quyết định bị hủy theo thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm*”.

(iv) Khi nhận được quyết định thi hành án tử hình do Tòa án cung cấp (LLTP của người bị tuyên án tử hình và Trung tâm LLTP quốc gia, Sở Tư pháp nhận được quyết định thi hành án tử hình do Tòa án cung cấp).

(v) Khi hết thời hạn cấm thành lập, quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã theo quyết định tuyên bố phá sản của Tòa án (LLTP chỉ được lập trên cơ sở quyết định tuyên bố phá sản của Tòa án, trong đó có nội dung cấm cá nhân thành lập, quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã và đã hết thời hạn cấm thành lập, quản lý doanh nghiệp hợp tác xã theo quyết định tuyên bố phá sản của Tòa án).

Liên quan đến cấm đảm nhiệm chức vụ, thành lập, quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã, Pháp luật Cộng hòa Pháp quy định: Quyết định tuyên bố phá sản doanh nghiệp, tuyên cấm đảm nhiệm chức vụ điều hành doanh nghiệp được xóa sau thời hạn 05 năm kể từ khi quyết định có hiệu

lực pháp luật. Luật số 92-1336 ngày 16/12/1992 “Cũng được rút khỏi lý lịch tư pháp: Những bản án tuyên về phá sản cá nhân hoặc cấm quyền theo Điều L.653-8 Bộ luật thương mại nói trên nhưng đã được xóa bằng một bản án về hoàn thành nghĩa vụ trả nợ, hoặc một bản án xoá án, hoặc đã quá hạn 05 năm kể từ ngày những bản án đó đã trở thành nhất định, hoặc đã quá hạn 05 năm đối với bản án quyết định việc thanh lý tư pháp đối với một thể nhân, tính từ ngày bản án đó trở thành nhất định... Tuy nhiên, nếu thời gian phá sản cá nhân hoặc cấm quyền là trên 05 năm thì những hình phạt có liên quan đến những biện pháp đó vẫn được ghi trong những phiếu lý LLTP trong thời gian đó”.

Ở một số nước trên thế giới, bên cạnh những quy định về xóa bỏ thông tin trong LLTP có sự tương đồng với pháp luật Việt Nam như đã nêu trên, pháp luật các nước cũng có những quy định khác với pháp luật Việt Nam, theo đó, tùy từng loại tội phạm khác nhau mà pháp luật đưa ra các thời hạn nhất định để xóa bỏ thông tin trong LLTP.

- Tại Cộng hòa Pháp, các thông tin trong LLTP cũng được xóa bỏ khi thuộc một trong các trường hợp như:

(i) Xóa án tích theo quy định của pháp luật hoặc theo quyết định của Tòa án “*đã được xoá án đương nhiên hoặc do Toà án quyết định*” hoặc *được sửa đổi theo một quyết định về sửa lý lịch tư pháp*; (ii) Sau thời hạn 40 năm kể từ khi hình phạt được tuyên nếu đương sự không phạm tội mới và bị kết án trong thời gian đó “*Cũng được rút khỏi lý lịch tư pháp những phiếu về hình phạt đã được tuyên trên 40 năm mà sau đó không bị xử phạt đối với tội mới về trọng tội hoặc khinh tội, trừ những hành vi không được áp dụng thời hiệu*”; (iii) Khi bản án kèm theo án treo, được coi là chưa từng tồn tại “*Những hình phạt được hưởng án treo một phần hoặc toàn bộ, có hay không có thời gian thử thách, đã hết hạn quy định tại các Điều 133-13 và Điều 133-14 Bộ luật hình sự, tính từ ngày các hình phạt đó được coi là không có*”, “*Những hình phạt được hưởng án treo khi những hình phạt này được coi như không có*”;

⁵ Điều 769 Bộ luật tố tụng hình sự Pháp (được sửa đổi bởi Pháp lệnh số 2000-916 ngày 19/09/2000, Điều 3 (V) Công báo ngày 22/09/2000, có hiệu lực từ ngày 01/01/2002).

⁶ Khoản 1 Điều 19 Nghị định số 111/2010/NĐ-CP ngày 23/11/2010 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật LLTP.



(iv) Bản án về tội vi cảnh được xóa 3 năm kể từ khi có hiệu lực pháp luật “*Những hình phạt vi cảnh sau 3 năm kể từ ngày việc xử phạt trở thành nhất định*”;

(v) Quyết định miễn chấp hành hình phạt được xóa sau thời hạn 3 năm kể từ khi bản án có hiệu lực pháp luật “*Những quyết định miễn hình phạt sau 3 năm kể từ ngày quyết định đó trở thành nhất định*”;

(vi) Bản án nước ngoài được xóa sau thời hạn 40 năm;

(vii) Bản án đối với trẻ vị thành niên được xóa sau thời hạn 3 năm kèm theo một số điều kiện;

(viii) Quyết định xử lý kỷ luật được xóa khi Tòa án ra quyết định công nhận đương sự chấp hành xong hình phạt “*Những quyết định về kỷ luật đã được xóa*”.

- Tại Phần Lan, pháp luật quy định các thông tin sẽ bị xóa khỏi LLTP:

(i) Sau 05 năm, các thông tin về án tù treo, phạt tiền, lao động công ích hoặc giám sát kèm theo án tù treo, hình phạt áp dụng với người chưa thành niên, phạt tiền thay vì áp dụng hình phạt với người chưa thành niên, miễn nhiệm, phạt tiền được ấn định trên cơ sở quy định điều chỉnh trách nhiệm hình sự của doanh nghiệp;

(ii) Sau 10 năm, các thông tin về án phạt tù không quá hai năm và lao động công ích;

(iii) Sau 20 năm, các thông tin về án phạt tù từ hơn 02 năm đến 05 năm, và hủy bỏ bản án theo quy định tại Chương 3, mục 3, Bộ luật hình sự tính từ ngày bản án chung thẩm được thông qua.

Bên cạnh đó, pháp luật các nước cũng quy định việc xóa bỏ thông tin trong LLTP khi “Người bị kết án được 100 tuổi” (Cộng hòa Pháp), “tất cả các thông tin về một người sẽ bị xóa bỏ khỏi lý lịch tư pháp sau khi người đó đến tuổi 90” (Phần Lan) hay pháp luật của Cộng hòa Liên bang Đức (khi người có LLTP là những người già trên 90 tuổi).

2. Một số vấn đề đặt ra liên quan đến xóa bỏ thông tin trong lý lịch tư pháp ở Việt Nam hiện nay

Pháp luật Việt Nam và pháp luật các nước đều có quy định về xóa bỏ thông tin trong LLTP với các quy định khác nhau, nhưng có thể thấy, pháp luật Việt Nam và pháp luật các nước có những quy định tương đối giống nhau như quy định về xóa bỏ thông tin trong LLTP khi có quyết

định giám đốc thẩm hoặc tái thẩm hủy bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật và LLTP của người bị kết án chỉ được lập trên cơ sở bản án, quyết định bị hủy hay khi người có LLTP chết... So với pháp luật các nước, pháp luật Việt Nam quy định tương đối đầy đủ về thủ tục, thẩm quyền xóa bỏ thông tin trong LLTP, cũng như tiêu hủy hồ sơ LLTP bằng giấy và xóa bỏ dữ liệu LLTP điện tử. Tuy nhiên, qua rà soát các quy định của pháp luật Việt Nam về xóa bỏ thông tin trong LLTP, chúng tôi thấy rằng có một số vấn đề đặt ra cần tiếp tục có sự nghiên cứu, cân nhắc sửa đổi, bổ sung để tiếp tục có sự hoàn thiện hơn nữa các quy định này, đồng thời, bảo đảm tính thống nhất, đồng bộ trong quy định giữa các văn bản pháp luật của Việt Nam, cụ thể như sau:

Thứ nhất, pháp luật Việt Nam chưa có quy định về độ tuổi của người có LLTP trong việc được xóa bỏ thông tin trong LLTP. Trong khi đó, pháp luật các nước đều có quy định về việc xóa bỏ thông tin trong LLTP khi người có LLTP là người già đến hoặc trên 90 tuổi (Phần Lan, Cộng hòa Liên bang Đức) hoặc đến 100 tuổi (Cộng hòa Pháp).

Thứ hai, Luật LLTP chưa có hướng dẫn xóa bỏ thông tin trong LLTP đối với trường hợp người bị kết án do lỗi vô ý về tội phạm ít nghiêm trọng, tội phạm nghiêm trọng và người được miễn hình phạt không bị coi là có án tích. Người dưới 18 tuổi bị kết án được coi là không có án tích.

Theo quy định của Luật LLTP, LLTP chỉ được lập trên cơ sở bản án, quyết định hình sự của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật, trừ 03 trường hợp sau đây thì sẽ không lập LLTP: (i) Nhận được quyết định đình chỉ việc chấp hành án phạt tù trong trường hợp người đang chấp hành án phạt tù chết, thông báo phạm nhân chết nhưng chưa nhận được bản án hoặc các quyết định, giấy chứng nhận khác có liên quan đến án tích của người đó; (ii) Nhận được bản án có hiệu lực pháp luật tuyên bị cáo vô tội hoặc tuyên miễn trách nhiệm hình sự; (iii) Nhận được quyết định thi hành bản án hoặc quyết định thi hành án tử hình nhưng chưa nhận được bản án hoặc các quyết định, giấy chứng nhận khác có liên quan đến án tích của người đó. Theo đó, đối với người bị kết án do lỗi vô ý về tội phạm ít nghiêm trọng, tội phạm nghiêm trọng, người được miễn hình phạt và người dưới 18 tuổi bị kết án vẫn thuộc trường hợp lập LLTP. Trong khi đó, theo quy

định của Bộ luật hình sự năm 2015 (được sửa đổi, bổ sung năm 2017), người bị kết án do lỗi vô ý về tội phạm ít nghiêm trọng, tội phạm nghiêm trọng và người được miễn hình phạt không bị coi là có án tích⁷. Bên cạnh đó, Khoản 1 Điều 107 Bộ luật hình sự năm 2015 (được sửa đổi, bổ sung năm 2017) quy định:

“1. Người dưới 18 tuổi bị kết án được coi là không có án tích, nếu thuộc một trong các trường hợp sau đây:

- a) Người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi;*
- b) Người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi bị kết án về tội phạm ít nghiêm trọng, tội phạm nghiêm trọng hoặc tội phạm rất nghiêm trọng do vô ý;*
- c) Người bị áp dụng biện pháp tư pháp quy định tại mục 3 Chương này”.*

Như vậy, kể từ thời điểm Bộ luật hình sự năm 2015 (được sửa đổi, bổ sung năm 2017) có hiệu lực thi hành, đối với người bị kết án do lỗi vô ý về tội phạm ít nghiêm trọng, tội phạm nghiêm trọng và người được miễn hình phạt không bị coi là có án tích. Người dưới 18 tuổi bị kết án được coi là không có án tích⁸, cơ quan, người có thẩm quyền cần làm rõ những trường hợp này có phải lập LLTP hay không. Về vấn đề này, hiện có hai ý kiến khác nhau:

Ý kiến thứ nhất cho rằng, những trường hợp này vẫn phải lập LLTP vì phù hợp với một trong những nguyên tắc quản lý LLTP quy định tại Khoản 1 Điều 4 Luật LLTP “Lý lịch tư pháp chỉ được lập trên cơ sở bản án, quyết định hình sự của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật...”.

Ý kiến thứ hai cho rằng, những trường hợp này không phải lập LLTP vì lý lịch tư pháp theo quy định của Luật LLTP là “lý lịch về án tích của người bị kết án bằng bản án, quyết định hình sự của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật, tình trạng thi hành án và về việc cấm cá nhân đảm nhiệm chức vụ, thành lập, quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã trong trường hợp doanh nghiệp, hợp tác xã bị Tòa án tuyên bố phá sản”⁹. Kết hợp cả quy định về khái niệm LLTP và nguyên tắc quản lý LLTP theo quy định của Luật LLTP, thì phải coi đây là một trong những trường hợp không phải lập LLTP. Những trường hợp này nếu đã lập LLTP thì cần xác định thuộc một trong các trường hợp xóa bỏ

thông tin trong LLTP vì điều *“không bị coi là có án tích”, “được coi là không có án tích”.*

Thứ ba, Luật LLTP chưa có hướng dẫn ghi trong Phiếu LLTP (bao gồm cả Phiếu LLTP số 1 và Phiếu LLTP số 2) đối với trường hợp người bị kết án không bị coi là có án tích/được coi là không có án tích (Đối với người đã bị kết án do lỗi vô ý về tội phạm ít nghiêm trọng, tội phạm nghiêm trọng và người được miễn hình phạt/người dưới 18 tuổi bị kết án).

Luật LLTP chỉ quy định, hướng dẫn xác nhận về tình trạng án tích, theo đó, trong Phiếu LLTP số 1: (i) Đối với người không bị kết án thì ghi “không có án tích”, trường hợp người bị kết án chưa đủ điều kiện được xóa án tích thì ghi “có án tích”, tội danh, hình phạt chính, hình phạt bổ sung; (ii) Đối với người được xóa án tích và thông tin về việc xóa án tích đã được cập nhật vào LLTP thì ghi “không có án tích”; (iii) Đối với người được đại xá và thông tin về việc đại xá đã được cập nhật vào LLTP thì ghi “không có án tích”. Đối với Phiếu LLTP số 2, về tình trạng án tích: (i) Đối với người không bị kết án thì ghi là “không có án tích”; (ii) Đối với người đã bị kết án thì ghi đầy đủ án tích đã được xóa, thời điểm được xóa án tích, án tích chưa được xóa, ngày, tháng, năm tuyên án, số bản án, Tòa án đã tuyên bản án, tội danh, điều khoản luật được áp dụng, hình phạt chính, hình phạt bổ sung, nghĩa vụ dân sự trong bản án hình sự, án phí, tình trạng thi hành án. Trường hợp người bị kết án bằng các bản án khác nhau thì thông tin về án tích của người đó được ghi theo thứ tự thời gian. Như vậy, Luật LLTP chưa có hướng dẫn ghi trong Phiếu LLTP (bao gồm cả Phiếu LLTP số 1 và Phiếu LLTP số 2) đối với trường hợp người bị kết án không bị coi là có án tích/được coi là không có án tích.

3. Đề xuất, kiến nghị

Để phù hợp với pháp luật của nhiều nước trên thế giới, đồng thời, bảo đảm tính thống nhất, đồng bộ trong quy định giữa các văn bản pháp luật về LLTP và Bộ luật hình sự, bảo đảm việc xóa bỏ thông tin trong LLTP và cấp Phiếu LLTP được đầy đủ, đúng theo quy định của các văn bản pháp luật, trong thời gian tới đề nghị cơ quan, người có thẩm quyền:... (Xem tiếp trang 45)

⁷ Khoản 1 Điều 69 Bộ luật hình sự năm 2015 (được sửa đổi, bổ sung năm 2017).

⁸ Khoản 1 Điều 107 Bộ luật hình sự năm 2015 (được sửa đổi, bổ sung năm 2017).

⁹ Khoản 1 Điều 2 Luật LLTP năm 2009.



THỨ TỰ ƯU TIÊN ÁP DỤNG GIỮA TẬP QUÁN QUỐC TẾ VÀ PHÁP LUẬT QUỐC GIA TRONG QUAN HỆ DÂN SỰ CÓ YẾU TỐ NƯỚC NGOÀI

Đinh Thị Tâm¹

Tóm tắt: Việc xác định thứ tự ưu tiên áp dụng các nguồn luật trong điều chỉnh các quan hệ rất quan trọng, nhằm đảm bảo tính thống nhất trong áp dụng. Do vậy, trong hệ thống pháp luật của mình, các Nhà nước thường có các quy định về thứ tự ưu tiên áp dụng các nguồn luật, pháp luật Việt Nam không phải là ngoại lệ. Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam hiện nay chưa có quy định cụ thể về thứ tự ưu tiên áp dụng giữa tập quán quốc tế và pháp luật quốc gia nói chung và trong quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài nói riêng. Bài viết phân tích các quy định về nguyên tắc áp dụng tập quán trong quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài của pháp luật Việt Nam và một số quốc gia trên thế giới, đối chiếu với thực tiễn áp dụng để thấy được thứ tự ưu tiên áp dụng giữa tập quán quốc tế và pháp luật quốc gia.

Từ khóa: Tập quán quốc tế, pháp luật quốc gia, thứ tự ưu tiên áp dụng luật.

Nhận bài: 10/06/2020; Hoàn thành biên tập: 05/07/2020; Duyệt đăng: 27/07/2020.

Abstract: It is very vital to determine the priority order of applying law sources governing legal relations in order to ensure consistency in application. Therefore, in legal systems, States usually have regulations on priority order of application of sources of law and the Vietnamese law is not an exception. However, Vietnamese law currently has no specific provisions on the priority order of application of international customs and national law in general and to civil legal relations with foreign elements in particular. This article analyses principal regulations on the application of customary law to civil legal relations with foreign elements in Vietnam and some countries in the world, compared with application practices to discover the priority order of application of international customs and national law.

Keywords: International customs, national law, priority order for law application.

Date of receipt: 10/06/2020; Date of revision: 05/07/2020; Date of Approval: 27/07/2020.

Quan hệ dân sự rất đa dạng về chủ thể cũng như đối tượng và có thể chịu sự điều chỉnh của nhiều nguồn luật khác nhau. Nguồn luật điều chỉnh các quan hệ dân sự có thể là luật của Nhà nước, cũng có thể là tập quán - luật của người dân. Do tập quán là các quy tắc ứng xử được hình thành từ các thói quen của các chủ thể tham gia vào các quan hệ trong một lĩnh vực cụ thể, chứ không phải là các quy tắc do Nhà nước ban hành, nên chúng không được áp dụng đương nhiên như pháp luật của Nhà nước. Để tạo cơ sở pháp lý vững chắc và ổn định cho việc áp dụng tập quán, pháp luật của nhiều quốc gia có quy định về thứ tự ưu tiên áp dụng tập quán đối với các quan hệ dân sự trong nước. Khi các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, thì nguồn luật điều chỉnh các quan hệ đó còn đa dạng hơn, bởi bên cạnh pháp luật quốc gia, còn có thể phải áp dụng pháp luật quốc tế và tập quán quốc tế. Để giải quyết vấn đề thứ tự áp

dụng các nguồn luật, mỗi nước có thể có quy định trong nội luật của nước mình. Một nghiên cứu so sánh pháp luật² cho thấy, vấn đề thứ tự ưu tiên áp dụng nguồn luật quốc gia và luật quốc tế thường được quy định trong các đạo luật nền tảng, như Hiến pháp, Bộ luật dân sự hay Luật điều ước. Ở Việt Nam, thứ tự ưu tiên áp dụng giữa điều ước quốc tế và pháp luật Việt Nam đã được quy định từ khá sớm, trong nhiều văn bản pháp luật khác nhau, từ Hiến pháp, đến các luật chung điều chỉnh quan hệ dân sự (Bộ luật dân sự) và các đạo luật chuyên ngành (Luật thương mại, Bộ luật hàng hải...). Pháp luật Việt Nam cũng khá tương đồng với pháp luật của nhiều nước, quy định ưu tiên áp dụng điều ước quốc tế so với pháp luật quốc gia, trừ Hiến pháp. Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam vẫn chưa có câu trả lời cho câu hỏi tập quán quốc tế có được ưu tiên áp dụng so với pháp luật quốc gia không?

¹ Thạc sỹ, Giảng viên Khoa Luật, Trường Đại học Ngoại thương.

² C. ECONOMIDES, *Les rapport entre le droit international et le droit interne (Mối quan hệ giữa pháp luật quốc tế và pháp luật quốc gia)*, European Commission for Democracy through law (Venice Commission), CDL-STD(1993)006, Strasbourg 1993, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(1993\)006-f](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(1993)006-f), truy cập ngày 12/05/2020.

1. Tập quán quốc tế - một bộ phận của nguồn luật quốc tế điều chỉnh quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài

Tập quán là thuật ngữ có thể được hiểu theo các cách tiếp cận khác nhau dưới góc độ ngôn ngữ hay pháp lý. Theo từ điển tiếng Việt thông dụng, tập quán được hiểu là “*thói quen được hình thành đã lâu trong đời sống, được mọi người tuân theo*”³. Từ điển Luật học định nghĩa tập quán là “*những quy tắc xử sự được hình thành một cách tự phát lâu ngày thành thói quen trong đời sống xã hội hoặc giao lưu quốc tế, đang tồn tại và được các chủ thể thừa nhận như là quy tắc xử sự chung*”⁴. Tập quán cũng được định nghĩa trong văn bản quy phạm pháp luật. Theo Khoản 1 Điều 5 Bộ luật dân sự năm 2015 thì: “*Tập quán là quy tắc xử sự có nội dung rõ ràng để xác định quyền, nghĩa vụ của cá nhân, pháp nhân trong quan hệ dân sự cụ thể, được hình thành và lặp đi lặp lại nhiều lần trong một thời gian dài, được thừa nhận và áp dụng rộng rãi trong một vùng, miền, dân tộc, cộng đồng dân cư hoặc trong một lĩnh vực dân sự*”. Dù có những cách tiếp cận khác nhau nhưng các quan điểm đều thống nhất thừa nhận tập quán là thói quen được hình thành và tồn tại lâu dài trong đời sống xã hội, được các chủ thể thừa nhận là quy tắc xử sự chung.

Tập quán bao gồm nhiều loại, có thể là tập quán của một vùng, miền, dân tộc, cộng đồng dân cư hoặc trong các lĩnh vực khác nhau của đời sống xã hội, tập quán cũng có thể là tập quán trong nước hoặc tập quán quốc tế. Tập quán có thể tồn tại đơn thuần trong cuộc sống và không mang tính pháp lý, nhưng cũng có những tập quán phù hợp với ý chí của Nhà nước, đáp ứng nhu cầu điều chỉnh một lĩnh vực đời sống xã hội nhất định được Nhà nước thừa nhận và trở thành một loại nguồn của pháp luật.

Tập quán quốc tế là những quy tắc xử sự được thừa nhận và áp dụng rộng rãi trong các quan hệ giữa các quốc gia. “*Tập quán quốc tế có thể là các quy tắc xử sự không thành văn được hình thành từ*

thực tiễn quan hệ quốc tế hoặc được chính thức ghi nhận trong các văn kiện giữa các quốc gia”⁵. Tập quán quốc tế được sử dụng khá rộng rãi trong nhiều lĩnh vực của đời sống quốc tế như chính trị, quân sự, ngoại giao, kinh tế, thương mại...

Tập quán nói chung và tập quán quốc tế nói riêng là thói quen được hình thành và tồn tại lâu dài trong đời sống xã hội nhưng không phải mọi thói quen, quy tắc ứng xử đều có thể trở thành tập quán. Để trở thành tập quán quốc tế, thói quen, quy tắc ứng xử đó phải thỏa mãn hai điều kiện:

Thứ nhất, thói quen, quy tắc ứng xử đó phải phổ biến, lặp đi lặp lại nhiều lần, được nhiều nước áp dụng và áp dụng liên tục.

Thứ hai, thói quen, quy tắc ứng xử đó phải có nội dung rõ ràng, nghĩa là khi áp dụng người ta có thể dựa vào đó để điều chỉnh mối quan hệ, hoặc giải quyết được một tranh chấp.

Tập quán quốc tế chỉ có thể trở thành nguồn của tư pháp quốc tế khi được pháp luật trong nước quy định áp dụng hoặc được các quốc gia hữu quan quy định trong điều ước quốc tế hoặc được các bên chủ thể tham gia quan hệ tư pháp quốc tế thỏa thuận với điều kiện việc áp dụng hoặc hậu quả của việc áp dụng tập quán quốc tế đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật của các bên. Hiện nay, những tập quán trong lĩnh vực dân sự, thương mại được áp dụng rộng rãi trên phạm vi quốc tế là Incoterms và UCP.

Quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài là các quan hệ theo nghĩa rộng, tức là các quan hệ phát sinh trong đời sống của các chủ thể tư quyền trong đời sống dân sự quốc tế, đó có thể là quan hệ hôn nhân, gia đình, thừa kế, tài sản, kinh doanh, lao động, thương mại... Chính yếu tố nước ngoài⁶ khiến cho nguồn luật điều chỉnh các quan hệ này đa dạng và phức tạp hơn. Khoa học tư pháp quốc tế phân chia nguồn luật điều chỉnh quan hệ tư pháp quốc tế thành hai nhóm là nguồn luật quốc tế và nguồn luật quốc gia⁷. Nhóm nguồn luật quốc tế lại có thể chia nhỏ hơn thành hai loại là luật quốc tế và tập quán quốc tế.

³ Nguyễn Như Ý (Chủ biên) (1996), Từ điển tiếng Việt thông dụng, Nxb. Giáo dục, Hà Nội, tr.1014.

⁴ Bộ Tư Pháp, Viện Khoa học Pháp lý (2006), Từ điển Luật học, Nxb. Từ điển Bách khoa, Nxb. Tư pháp, tr.693.

⁵ Bộ Tư Pháp, Viện Khoa học Pháp lý (2006), Tlđđ, tr. 693.

⁶ Có thể được xác định dựa vào các tiêu chí chung quy định tại Điều 663 Bộ luật dân sự năm 2015, bao gồm: chủ thể của các bên tham gia quan hệ; nơi xác lập, thực hiện, thay đổi, chấm dứt quan hệ; đối tượng của quan hệ. Ngoài quy định chung này, việc xác định yếu tố nước ngoài của một quan hệ chuyên biệt còn có thể phải được xác định dựa vào các quy định của luật chuyên ngành điều chỉnh quan hệ đó. Ví dụ, việc xác định yếu tố nước ngoài (hay yếu tố quốc tế) của một hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế phải dựa trên các Điều 27, 28, 29, 30 Luật thương mại năm 2005.

⁷ Ngô Quốc Chiên (chủ biên), *Giáo trình Tư pháp quốc tế*, Nxb. Lao động, 2019, tr. 55 - 60.



2. Thứ tự ưu tiên áp dụng giữa tập quán quốc tế và pháp luật quốc gia ở một số nước trên thế giới

Nghiên cứu so sánh pháp luật đã trích dẫn ở trên cũng cho thấy pháp luật của đa số các quốc gia Châu Âu mới chỉ có quy định về thứ tự ưu tiên áp dụng giữa điều ước quốc tế và pháp luật quốc gia. Rất ít quốc gia có quy định trong luật về mối quan hệ giữa hai nguồn luật này và nếu có quy định thì cũng còn tương đối chung chung. Cụ thể, một số nước như Đức, Hy Lạp, Áo, Italy, Albani, Slovenia, Saint-Marin, Hungary, Bồ Đào Nha quy định trong Hiến pháp của nước mình rằng tập quán quốc tế và các nguyên tắc chung của pháp luật quốc tế khi được quốc gia công nhận sẽ trở thành một bộ phận của pháp luật quốc gia và được áp dụng trực tiếp để điều chỉnh các quan hệ liên quan.

Nhiều nước khác không có quy định về mối quan hệ giữa tập quán quốc tế và pháp luật quốc gia thì khi có tranh chấp cần giải quyết, Tòa án sẽ là cơ quan định ra nguyên tắc áp dụng. Khảo sát thực tiễn xét xử tại một số nước cho thấy nhiều tập quán quốc tế và các nguyên tắc chung của pháp luật quốc tế được áp dụng trực tiếp mà không cần phải thông qua bước nội luật hóa của cơ quan lập pháp quốc gia. Nhiều Tòa án khi xét xử các vụ việc có yếu tố nước ngoài thường xuyên áp dụng tập quán quốc tế và các nguyên tắc chung của pháp luật quốc tế trên cơ sở viện dẫn của một bên. Tuy nhiên, số các quốc gia như vậy rất ít (như Mỹ, Anh, Thụy Sĩ, Ba Lan). Đa số các quốc gia khác lại chỉ áp dụng tập quán quốc tế khi tập quán quốc tế đó đã được nội luật hóa. Trường hợp tập quán chưa được nội luật hóa thì Tòa án sẽ vẫn áp dụng pháp luật quốc gia. Vụ tranh chấp được phân tích dưới đây sẽ chứng minh nhận định này.

Ông X là một chuyên gia người nước ngoài cư trú tại Pháp và làm việc cho ban thư ký của Tòa án công lý quốc tế trong khuôn khổ của Liên hợp quốc. Do ông sinh sống tại Pháp, có địa chỉ đóng thuế tại Pháp (domicile fiscal) và được trả lương tại Pháp, nên có thể phải đóng thuế theo pháp luật quốc gia của Pháp. Cụ thể, theo Điều 4A Bộ luật thuế của Cộng hòa Pháp: “Những người có địa chỉ đóng thuế tại Pháp phải đóng thuế thu nhập đối với toàn bộ các khoản thu nhập của mình tại Pháp”. Ngoài ra, Điều 79 của bộ luật nêu trên còn quy định: “Tiền lương, lương hưu, tiền phụ cấp, tiền thưởng và mọi khoản thu nhập khác đều được tính

làm cơ sở đóng thuế thu nhập”. Như vậy, ông X là đối tượng phải đóng thuế theo pháp luật Pháp. Tuy nhiên, ông X hiện đã nghỉ hưu, ông viện dẫn Điều 32 Quy chế Tòa án công lý để không đóng thuế thu nhập đối với lương hưu. Điều 32 quy định: “(6) Thù lao của thư ký được quy định bởi Đại hội đồng theo đề nghị của Tòa; 7) Một nghị quyết sẽ được ban hành để quy định cụ thể mức tiền và phương thức chi trả cho các thành viên của Tòa và ban thư ký...; 8) Tất cả các khoản tiền lương, phụ cấp, phụ phí và phí di chuyển được miễn thuế”. Ông X lập luận rằng đây là các quy định bắt nguồn từ tập quán quốc tế và cần phải được áp dụng ưu tiên so với pháp luật của Pháp. Các cấp Tòa sơ thẩm và phúc thẩm của Pháp không tìm cách trực tiếp trả lời câu hỏi về xung đột khả năng áp dụng giữa cái mà đương sự cho là tập quán quốc tế và pháp luật quốc gia của Pháp. Cụ thể, để bác kháng cáo phúc thẩm của ông X, Tòa phúc thẩm Lyon cho rằng quy định mà ông X viện dẫn không nhắc đến việc miễn thuế đối với “lương hưu”, trong khi tranh chấp lại liên quan đến thuế đối với lương hưu. Nói cách khác, khoản thu nhập từ lương hưu của ông X không được miễn thuế. Ông X tiếp tục kháng cáo và vụ việc sau đó đã được đưa ra xét xử trước Tham chính viện⁸ (cơ quan xét xử cao nhất trong lĩnh vực hành chính của Pháp). Tham chính viện của Cộng hòa Pháp đã bác yêu cầu của ông X khi viện dẫn Điều 55 Hiến Pháp năm 1958 của Pháp, theo đó “Các điều ước quốc tế được ký kết hoặc gia nhập, ngay khi được công bố, sẽ có hiệu lực cao hơn so với pháp luật (nội địa của Pháp) với điều kiện là quốc gia có liên quan cũng áp dụng điều ước quốc tế đó”. Tham chính viện Pháp cho rằng theo Điều 55 vừa trích, chỉ có “điều ước quốc tế” mới có giá trị cao hơn luật của Pháp. Tham chính viện Pháp lập luận tiếp rằng không có bất kỳ quy định nào khác của Hiến pháp Pháp buộc Tòa hành chính ưu tiên áp dụng tập quán quốc tế so với pháp luật quốc gia trong trường hợp có xung đột về khả năng áp dụng giữa hai loại nguồn luật này. Như vậy, tất cả các cấp Tòa của Pháp đều không chấp nhận yêu cầu áp dụng tập quán quốc tế của ông X và áp dụng pháp luật Pháp. Tuy nhiên, điều đáng lưu ý ở đây là nếu như Tòa phúc thẩm không áp dụng tập quán quốc tế do ông X viện dẫn, thì đó là bởi vì tập quán đó không quy định về miễn thuế đối với thu nhập từ lương hưu (trong khi đây là đối tượng của khiếu kiện), thì Tham chính viện của Pháp đã giải quyết

⁸ Conseil d'Etat, Quyết định số 148683 ngày 06/06/1997, Recueil Lebon.

dứt điểm về thứ tự ưu tiên áp dụng giữa tập quán quốc tế và pháp luật quốc gia, theo đó tập quán quốc tế không có giá trị cao hơn pháp luật của Pháp và không được ưu tiên áp dụng so với pháp luật quốc gia của Pháp.

3. Thứ tự ưu tiên áp dụng giữa tập quán quốc tế và pháp luật quốc gia trong quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài ở Việt Nam

Như vậy, đối với các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, cùng với pháp luật quốc gia, tập quán quốc tế được xác định là một bộ phận của nguồn luật điều chỉnh các quan hệ này. Do có sự đa dạng về nguồn luật trong điều chỉnh các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài nên đặt ra vấn đề về thứ tự ưu tiên áp dụng các nguồn luật. Mỗi quốc gia có thể tự xây dựng các quy định trong nội luật nước mình để giải quyết vấn đề xung đột nguồn luật này. Một nghiên cứu so sánh pháp luật⁹ cho thấy, vấn đề thứ tự ưu tiên áp dụng nguồn luật quốc gia và luật quốc tế thường được quy định trong các đạo luật nền tảng, như Hiến pháp, Bộ luật dân sự hay Luật điều ước quốc tế. Đa số các quốc gia có quy định điều ước quốc tế được ưu tiên áp dụng so với luật quốc gia. Ở Việt Nam, thứ tự ưu tiên áp dụng giữa điều ước quốc tế và pháp luật Việt Nam đã được quy định từ khá sớm trong nhiều văn bản pháp luật khác nhau từ Hiến pháp, đến các luật chung điều chỉnh quan hệ dân sự và các đạo luật chuyên, các quy định đều thống nhất theo hướng ưu tiên áp dụng điều ước quốc tế so với pháp luật Việt Nam, trừ Hiến pháp. Cụ thể, Khoản 1 Điều 6 Luật điều ước quốc tế năm 2016 quy định: “Trường hợp văn bản quy phạm pháp luật và điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng quy định của điều ước quốc tế đó, trừ Hiến pháp”¹⁰. Việc ưu tiên áp dụng điều ước quốc tế cũng được quy định

trong Bộ luật dân sự năm 2015¹¹ và các đạo luật chuyên ngành như Luật đầu tư¹², Luật thương mại¹³, Luật kinh doanh bảo hiểm¹⁴...

Vấn đề về thứ tự ưu tiên áp dụng giữa điều ước quốc tế và pháp luật quốc gia đã được quy định tương đối rõ ràng và thường không làm phát sinh tranh chấp trong thực tế. Tuy vậy, có một câu hỏi chưa có câu trả lời, đó là thứ tự ưu tiên áp dụng giữa tập quán quốc tế và pháp luật quốc gia. Nói cách khác, khi cơ quan áp dụng pháp luật đứng trước một hoàn cảnh trong đó đặt ra vấn đề về áp dụng pháp luật quốc gia hay tập quán quốc tế thì sẽ phải áp dụng nguồn luật nào. Sẽ phải ưu tiên áp dụng tập quán quốc tế hay ngược lại không áp dụng tập quán quốc tế để áp dụng pháp luật quốc gia?

Tập quán nói chung và tập quán quốc tế nói riêng không xuất phát từ ý chí của Nhà nước, mà từ thói quen của các bên, nên chúng không được đương nhiên áp dụng để điều chỉnh các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Tuy nhiên, trong thực tế, việc áp dụng tập quán, đặc biệt các tập quán thương mại quốc tế, tỏ ra hiệu quả hơn việc áp dụng pháp luật quốc gia trong một số quan hệ cụ thể hoặc vấn đề cụ thể¹⁵. Để tạo cơ sở pháp lý cho việc áp dụng tập quán điều chỉnh các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, pháp luật Việt Nam đã có khá nhiều quy định về căn cứ áp dụng tập quán, trong cả đạo luật chung điều chỉnh quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, lẫn trong các đạo luật chuyên ngành. Theo các quy định hiện hành, tập quán quốc tế được áp dụng khi thỏa mãn đồng thời hai điều kiện¹⁶: Điều kiện thứ nhất liên quan đến cơ sở pháp lý của việc áp dụng tập quán, theo đó, tập quán quốc tế chỉ được áp dụng khi các bên được quyền chọn tập quán và trong thực tế các bên đã chọn tập quán quốc tế; điều kiện thứ hai liên quan đến hậu quả của việc áp dụng tập quán

⁹ C. ECONOMIDES, Les rapport entre le droit international et le droit interne, European Commission for Democracy through law (Venice Commission), CDL-STD (1993) 006, Strasbourg 1993.
[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(1993\)006-f](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(1993)006-f), truy cập ngày 12/05/2020.

¹⁰ Quy định tương tự đã tồn tại trong Luật ký kết, gia nhập và điều ước quốc tế năm 2005 (Điều 6). Tuy vậy, nguyên tắc ưu tiên áp dụng điều ước quốc tế vẫn được nhắc lại trong gần như tất cả các đạo luật mà các quan hệ chịu sự điều chỉnh của luật đó có yếu tố nước ngoài.

¹¹ Điều 665 Bộ luật dân sự năm 2015.

¹² Điều 4 Luật đầu tư năm 2014.

¹³ Điều 5 Luật thương mại năm 2005.

¹⁴ Khoản 2 Điều 2 Luật kinh doanh bảo hiểm năm 2000, sửa đổi năm 2010.

¹⁵ Về sự cần thiết áp dụng tập quán, Nguyễn Mạnh Thắng, *Khái niệm và sự cần thiết áp dụng tập quán thương mại*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 15 (271), tháng 08/2014.

¹⁶ Điều 666 Bộ luật dân sự năm 2015.



quốc tế, theo đó, tập quán quốc tế sẽ không được áp dụng khi cơ quan dự định áp dụng tập quán đó (thường là Tòa án, hoặc trọng tài thương mại) nhận thấy việc áp dụng tập quán đó sẽ có hậu quả trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam. Nói cách khác, tập quán quốc tế chỉ được áp dụng khi hậu quả của việc áp dụng không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật. Trong các quan hệ cụ thể, như hợp đồng thương mại chẳng hạn, để biết xem các bên có được quyền lựa chọn tập quán hay không thì cần phải căn cứ vào các đạo luật chuyên ngành điều chỉnh quan hệ cụ thể đó.

Như vậy, căn cứ quan trọng nhất để áp dụng tập quán là sự lựa chọn của các bên tham gia một quan hệ dân sự cụ thể. Nói cách khác, tập quán chỉ được áp dụng khi các bên lựa chọn tập quán ấy. Chính vì tính chất không được áp dụng đương nhiên này mà người ta còn gọi tập quán là “luật mềm” (soft law), để so sánh với Điều ước quốc tế là “luật cứng” (hard law) vốn được áp dụng đương nhiên. Tuy nhiên, bên cạnh quy định chung về căn cứ áp dụng tập quán này, chúng ta còn thấy pháp luật Việt Nam trao quyền cho Hội đồng trọng tài áp dụng tập quán thương mại ngay cả khi các bên không lựa chọn tập quán, nhưng chỉ để bổ khuyết cho pháp luật quốc gia. Cụ thể, Khoản 3 Điều 14 Luật trọng tài thương mại năm 2010 quy định: “Trường hợp pháp luật Việt Nam, pháp luật do các bên lựa chọn không có quy định cụ thể liên quan đến nội dung tranh chấp thì Hội đồng trọng tài được áp dụng tập quán quốc tế để giải quyết tranh chấp nếu việc áp dụng hoặc hậu quả của việc áp dụng đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam”. Quy định này được áp dụng khá thường xuyên trong thực tiễn tố tụng trọng tài. Ví dụ được phân tích dưới đây cho thấy điều này.

Công ty Việt Nam (nguyên đơn - bên mua) ký hợp đồng mua bán với Công ty Singapore (bị đơn - bên bán). Các Bên thỏa thuận thanh toán 100% bằng L/C không hủy ngang, 90 ngày kể từ ngày giao hàng lên tàu. Hợp đồng không có thỏa thuận lựa chọn pháp luật áp dụng. Tranh chấp xảy ra và được đưa ra xét xử trước một Trung tâm trọng tài tại Việt Nam. Do các bên không lựa chọn pháp luật áp dụng nên Hội đồng trọng tài đã áp dụng Khoản 2,

Điều 14 Luật trọng tài thương mại năm 2010, theo đó “nếu các bên không có thỏa thuận về luật áp dụng thì Hội đồng trọng tài quyết định áp dụng pháp luật mà Hội đồng trọng tài cho là phù hợp nhất”. Trong trường hợp cụ thể này, Hội đồng trọng tài thấy pháp luật Việt Nam là pháp luật phù hợp nhất và vì vậy đã áp dụng pháp luật Việt Nam. Tuy nhiên, nội dung của tranh chấp lại liên quan đến tín dụng thư (L/C) không hủy ngang, cụ thể là nguyên đơn đã đơn phương sửa một số nội dung trên L/C và ngân hàng của nguyên đơn đã từ chối thanh toán. Pháp luật Việt Nam hiện chưa có đầy đủ các quy định về vấn đề này. Vì vậy, Hội đồng trọng tài đã vận dụng Khoản 3 Điều 14 Luật trọng tài thương mại đã trích dẫn ở trên và áp dụng tập quán thương mại quốc tế trong lĩnh vực thanh toán quốc tế, cụ thể là UCP 600¹⁷. Như vậy, tập quán thương mại quốc tế đã được áp dụng mặc dù các bên không lựa chọn áp dụng.

Liệu điều tương tự có xảy ra trong tố tụng Tòa án? Khác với tố tụng trọng tài, pháp luật Việt Nam không có quy định minh thị cho phép Tòa án áp dụng tập quán để bổ khuyết cho pháp luật quốc gia ngay cả khi các bên không lựa chọn tập quán quốc tế. Khảo sát thực tiễn xét xử chúng tôi thấy không hiếm trường hợp Tòa án cũng áp dụng tập quán quốc tế để bổ khuyết cho luật quốc gia mặc dù các bên đã không lựa chọn tập quán ấy. Cụ thể, trong một tranh chấp liên quan đến L/C, Tòa án nhân dân tỉnh Khánh Hòa đã áp dụng UCP 500 mặc dù các bên trong tranh chấp không chọn tập quán này¹⁸.

Như vậy, khi một quan hệ có thể chịu sự điều chỉnh của cả tập quán quốc tế và pháp luật quốc gia thì tập quán chỉ có thể được áp dụng khi các bên lựa chọn tập quán quốc tế đó. Trường hợp các bên không lựa chọn thì tập quán sẽ không được áp dụng.

4. Kết luận và khuyến nghị

Các phân tích ở trên đã cho thấy, pháp luật của Việt Nam mới chỉ có quy định về thứ tự ưu tiên áp dụng giữa điều ước quốc tế và pháp luật Việt Nam chứ chưa có quy định về thứ tự ưu tiên áp dụng giữa tập quán quốc tế và pháp luật quốc gia. Luật trọng tài thương mại cho phép Hội đồng trọng tài áp dụng pháp luật nguồn luật mà mình thấy là phù hợp nhất trong trường hợp các bên không lựa chọn pháp luật áp dụng đối với quan hệ của mình.

¹⁷ Đỗ Văn Đại (chủ biên), *Giải quyết tranh chấp hợp đồng - Những điều doanh nhân cần biết*, Nxb. Tri Thức, 2015, tr. 280 và tiếp theo.

¹⁸ Bản án số 02/2005/KT-ST ngày 22/08/2005 của Tòa án nhân dân tỉnh Khánh Hòa. Đỗ Văn Đại, *Luật hợp đồng Việt Nam - Bản án và bình luận bản án*, Nxb. Chính trị Quốc gia, 2008, bản án số 02, tr. 24 và tiếp theo.

Tuy nhiên, quy định này cũng chưa minh thị giải quyết vấn đề về thứ tự ưu tiên áp dụng giữa pháp luật quốc gia và tập quán quốc tế. Chúng tôi thấy trong thực tiễn xét xử, cả bằng phương thức Tòa án quốc gia lẫn trọng tài thương mại, trong trường hợp các bên được quyền chọn nhưng đã không lựa chọn tập quán thì tập quán chỉ được áp dụng để bổ khuyết cho luật quốc gia. Để tạo ra sự an toàn pháp lý, trong thời gian tới, Hội đồng thẩm phán có thể ra một nghị quyết về thứ tự ưu tiên áp dụng giữa tập quán quốc tế và pháp luật Việt Nam./.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Bản án số 02/2005/KT-ST ngày 22/08/2005 của Tòa án nhân dân tỉnh Khánh Hòa. Có thể xem thêm bình luận: Đỗ Văn Đại, Luật hợp đồng Việt Nam – Bản án và bình luận bản án, Nxb. Chính trị Quốc gia, 2008.
2. Bộ Tư Pháp, Viện Khoa học Pháp lý (2006), *Từ điển Luật học*, Nxb. Từ điển Bách khoa, Nxb. Tư pháp.

3. Ngô Quốc Chiến (chủ biên) (2019), *Giáo trình Tư pháp quốc tế*, Nxb. Lao động.
4. Đỗ Văn Đại (chủ biên) (2015), *Giải quyết tranh chấp hợp đồng - Những điều doanh nhân cần biết*, Nxb. Tri Thức.
5. Nguyễn Mạnh Thắng, *Khái niệm và sự cần thiết áp dụng tập quán thương mại*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 15 (271), tháng 08/2014.
6. Nguyễn Như Ý (Chủ biên) (1996), *Từ điển tiếng Việt thông dụng*, Nxb. Giáo dục, Hà Nội.
7. Conseil d'Etat, Quyết định số 148683 ngày 06/06/1997, Recueil Lebon.
8. C. ECONOMIDES, *Les rapport entre le droit international et le droit interne (Mối quan hệ giữa pháp luật quốc tế và pháp luật quốc gia)*, European Commission for Democracy through law (Venice Commission), CDL-STD (1993) 006, Strasbourg 1993, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(1993\)006-f](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(1993)006-f), truy cập ngày 12/05/2020.

XÓA BỎ THÔNG TIN TRONG LÝ LỊCH TƯ PHÁP - QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VÀ MỘT SỐ ĐỀ XUẤT, KIẾN NGHỊ

(Tiếp theo trang 39)

Thứ nhất, nghiên cứu, bổ sung một số trường hợp xóa bỏ thông tin trong LLTP như quy định về xóa bỏ thông tin trong LLTP đối với người đã bị kết án (người có LLTP) khi người đó là người cao tuổi (người già), có thể nghiên cứu, quy định trong khoảng độ tuổi từ 75-80 tuổi. Việc quy định về xóa bỏ thông tin trong LLTP cần căn cứ trên cơ sở tuổi thọ trung bình của người Việt Nam hiện nay.

Thứ hai, tiếp tục có sự tổng kết, đánh giá quá trình thực hiện các quy định pháp luật về LLTP, qua đó, nghiên cứu, cân nhắc quy định cụ thể về việc lập hay không lập LLTP đối với: (i) Người bị kết án do lỗi vô ý về tội phạm ít nghiêm trọng, tội phạm nghiêm trọng và người được miễn hình phạt; (ii) Người dưới 18 tuổi bị kết án vì những trường hợp này đều “không bị coi là có án tích”, “được coi là không có án tích”. Tác giả cho rằng, những trường hợp này không lập LLTP (cơ quan quản lý cơ sở dữ liệu lý lịch tư pháp có thể vẫn tiếp nhận các thông tin LLTP của những người này nhưng cập nhật, lưu trữ riêng để phục vụ cho công tác tra cứu thông tin để cấp Phiếu LLTP), bảo đảm phù hợp, thống nhất với khái

niệm về lý lịch tư pháp – là lý lịch về án tích theo quy định của Luật LLTP, đồng thời vẫn bảo đảm phù hợp với nguyên tắc quản lý LLTP. Trường hợp vẫn lập/đã lập LLTP¹⁰ đối với: (i) Người bị kết án do lỗi vô ý về tội phạm ít nghiêm trọng, tội phạm nghiêm trọng và người được miễn hình phạt; (ii) Người dưới 18 tuổi bị kết án, thì cần nghiên cứu, sửa đổi khái niệm về LLTP theo quy định của Luật LLTP, đồng thời, bổ sung hướng dẫn việc xóa bỏ thông tin trong LLTP đối với các trường hợp này vì đây đều là những trường hợp “không bị coi là có án tích”, “được coi là không có án tích”.

Thứ ba, bổ sung nội dung trong Phiếu LLTP về xác nhận tình trạng án tích đối với người bị kết án không bị coi là có án tích/được coi là không có án tích (Người đã bị kết án do lỗi vô ý về tội phạm ít nghiêm trọng, tội phạm nghiêm trọng và người được miễn hình phạt/người dưới 18 tuổi). Theo đó, quy định nội dung trong Phiếu LLTP (phần tình trạng án tích) theo hướng: Đối với người đã bị kết án không bị coi là có án tích/được coi là không có án tích thì ghi “không có án tích”/.

¹⁰ Kể từ ngày Bộ luật hình sự năm 2015 (được sửa đổi, bổ sung năm 2017) có hiệu lực thi hành (01/01/2018).



TRANH CHẤP HÀNH CHÍNH VÀ CƠ CHẾ PHÁP LÝ VỀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP HÀNH CHÍNH TRONG DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC¹

Nguyễn Mạnh Hùng²

Nguyễn Sơn Hải³

Tóm tắt: Tranh chấp hành chính là hiện tượng khách quan, nảy sinh từ những mâu thuẫn, xung đột trong quản lý hành chính nhà nước. Tuy vậy, ở Việt Nam hiện nay vẫn tồn tại nhiều quan niệm, quy định khác nhau về tranh chấp hành chính. Đây là một trong những nguyên nhân cơ bản làm cho công tác giải quyết tranh chấp hành chính nói chung và giải quyết tranh chấp hành chính trong doanh nghiệp nhà nước nói riêng gặp nhiều khó khăn, vướng mắc. Do đó, bài viết tập trung vào việc phân tích, đánh giá các quan niệm, quy định khác nhau về tranh chấp hành chính. Trên cơ sở đó, đề xuất sự cần thiết phải quan niệm mở rộng về hình thức biểu hiện của tranh chấp hành chính để nâng cao hiệu quả giải quyết tranh chấp hành chính nói chung và giải quyết tranh chấp hành chính trong doanh nghiệp nhà nước nói riêng ở Việt Nam.

Từ khóa: Tranh chấp hành chính, quyết định hành chính, hành vi hành chính, khiếu nại hành chính, khiếu nại về lao động.

Nhận bài: 12/07/2020; Hoàn thành biên tập: 15/07/2020; Duyệt đăng: 27/07/2020.

Abstract: However, there are different concepts, regulations on administrative disputes and it is basic reason causing obstacles and difficulties in handling administrative disputes in general and in state enterprises in particular. This article, therefore, focuses on analyzing, assessing different concepts, regulations on administrative disputes as well as proposes the necessity to expand form of administrative disputes to enhance the efficiency of handling administrative disputes in general and handling administrative disputes in state enterprises in particular.

Keywords: administrative disputes, administrative decisions, administrative acts, administrative complaint, labor complaint.

Date of receipt: 12/07/2020; Date of revision: 15/07/2020; Date of Approval: 27/07/2020.

1. Tranh chấp hành chính

Về tổng quát, tranh chấp hành chính có “mầm mống” từ nội tại quản lý hành chính nhà nước; nảy sinh từ những mâu thuẫn, xung đột giữa các chủ thể và đối tượng quản lý; phản ánh sự hạn chế của quá trình thực thi quyền hành pháp. Khái niệm “tranh chấp hành chính” đã sớm xuất hiện trong khoa học pháp lý hành chính ở Việt Nam. Từ ngày 01/07/1996, phương thức giải quyết vụ án hành chính tại Tòa án được thiết lập ở Việt Nam. Theo đó, vụ án hành chính được quan niệm là một loại tranh chấp hành chính. Ở giai đoạn đầu, tranh chấp hành chính được hiểu một cách tương đối sơ khai:

“Tranh chấp phát sinh trong các lĩnh vực khác nhau của hoạt động hành chính nhà nước”⁴. Nội hàm định nghĩa đã chỉ ra rằng, tranh chấp trong quản lý hành chính nhà nước vốn rất đa dạng, có thể là tranh chấp giữa các chủ thể quản lý với nhau (tranh chấp về thẩm quyền giải quyết khiếu nại hành chính, thẩm quyền xử lý vi phạm hành chính, tranh chấp địa giới hành chính, v.v.) hoặc tranh chấp giữa chủ thể và đối tượng quản lý hành chính nhà nước.

Tuy nhiên, theo thời gian, “tranh chấp hành chính” gần như chỉ được xem xét chủ yếu dưới góc độ là một mâu thuẫn, xung đột hay sự giằng

¹ Bài báo này được thực hiện trong khuôn khổ đề tài của Trường Đại học Luật Hà Nội: “Đào tạo kiến thức và kỹ năng giải quyết tranh chấp hành chính tại Trường Đại học Luật Hà Nội”.

² Tiên sỹ, Phó Giám đốc Phân hiệu Trường Đại học Luật Hà Nội tại tỉnh Đắk Lắk.

³ Vụ pháp luật Hình sự - Hành chính, Bộ Tư pháp.

⁴ PGS.TS. Nguyễn Ngọc Hòa (Chủ biên) (1999), *Từ điển giải thích thuật ngữ luật học - Luật Hành chính, Luật Tổ tụng hành chính, Luật Quốc tế*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, tr.124.

co về quan điểm đánh giá tính đúng đắn của quản lý hành chính nhà nước giữa chủ thể và đối tượng quản lý. Bởi thế, lý thuyết về hiện tượng khách quan này cũng như cách thức giải quyết mâu thuẫn, xung đột nội tại của nó ở Việt Nam chủ yếu được tổng kết và xây dựng từ hoạt động giải quyết khiếu nại hành chính và xét xử vụ án hành chính. Do đó, người ta quan niệm tranh chấp hành chính phát sinh khi một cá nhân, tổ chức cho rằng hoạt động của cơ quan hành chính nhà nước, người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính nhà nước thực hiện trái pháp luật, xâm phạm đến quyền và lợi ích hợp pháp của mình và thực hiện quyền khiếu nại, kiện đề tự vệ⁵. Ở khía cạnh còn lại, tranh chấp giữa các chủ thể quản lý hành chính nhà nước với nhau được xác định là công việc nội bộ của nền hành chính quốc gia, nên chúng được giải quyết theo thủ tục hành chính⁶ (thủ tục nội bộ - internal review).

Khái niệm tranh chấp hành chính được nghiên cứu và đề cập tập trung trong một số công trình học thuật và sách chuyên khảo nhưng chưa trở thành một học thuyết được thừa nhận rộng rãi và nghiên cứu sâu sắc trong khoa học pháp lý Việt Nam. Một số nghiên cứu đã đề cập tới khái niệm này từ sớm, tuy nhiên việc định nghĩa đầy đủ về “tranh chấp hành chính” dường như còn bỏ ngỏ. Nội hàm khái niệm tranh chấp hành chính được trình bày, phân tích tương đối đầy đủ và tập trung trong cuốn Kỷ yếu hội thảo khoa học “Giải quyết tranh chấp trong quản lý hành chính nhà nước ở Việt Nam hiện nay”. Trong các công trình này, xuất hiện một số quan niệm, nhận định đáng chú ý như sau:

Quan niệm: “*Tranh chấp hành chính là các tranh chấp phát sinh giữa một bên là cơ quan hành chính và bên kia là các cá nhân hoặc doanh*

nh nghiệp”⁷. Có thể nhận thấy, quan niệm này chưa bao quát hết được thực tiễn tranh chấp hành chính. Bởi lẽ, không thể chỉ có “cá nhân” và “doanh nghiệp” mới là đối tượng bị quản lý và có nguy cơ phát sinh tranh chấp hành chính mà còn rất nhiều chủ thể khác như “hộ gia đình”, “cơ quan”, “tổ chức xã hội”, v.v. Bên cạnh đó, cơ quan hành chính không phải chủ thể duy nhất trong hệ thống chính trị có nguy cơ phát sinh những mâu thuẫn, xung đột trong quan hệ quản lý hành chính nhà nước. Thực tiễn ở Việt Nam cho thấy, quyết định do Tòa án ban hành để áp dụng hình thức kỷ luật buộc thôi việc đối với công chức hoàn toàn có thể bị khởi kiện theo thủ tục tố tụng hành chính. Nói cách khác, tranh chấp hành chính có thể phát sinh giữa Tòa án và công chức bị áp dụng hình thức kỷ luật buộc thôi việc. Hơn nữa, theo quy định tại Khoản 8 Điều 3 Luật tố tụng hành chính năm 2015 thì người khởi kiện vụ án hành chính có thể là cơ quan, tổ chức hoặc cá nhân mà không nhất thiết phải là doanh nghiệp hoặc cá nhân.

Quan niệm: tranh chấp hành chính được phát sinh: “*...giữa một bên là cơ quan hành chính nhà nước hoặc nhà chức trách có thẩm quyền và bên kia là các cá nhân, tổ chức trong xã hội*”⁸. Có thể nhận thấy, quan niệm này còn chưa thực sự rõ ràng, tường minh. Trước hết, cụm từ “nhà chức trách có thẩm quyền” rất xa lạ với pháp luật thực định, không rõ “nhà chức trách” là tổ chức hay cá nhân hay hàm ý cả hai? Mặt khác, việc sử dụng thuật ngữ “tổ chức trong xã hội” có nhằm phân định ranh giới giữa các thuật ngữ “tổ chức” và “cơ quan” theo quy định của Luật tố tụng hành chính năm 2015 hay không.

Nhận định: “*...bởi vốn dĩ lý luận về tranh chấp hành chính khẳng định: tranh chấp hành*

⁵ ThS. Nguyễn Ngọc Bích (2008), *Thẩm quyền giải quyết tranh chấp của cơ quan hành chính và vấn đề tiền tố tụng hành chính*, Tạp chí Dân chủ pháp luật: Số chuyên đề về Khiếu kiện hành chính và Tài phán hành chính, Hà Nội, tr.71.

⁶ TS. Nguyễn Mạnh Hùng (2016), *Phân định thẩm quyền giải quyết khiếu nại hành chính và thẩm quyền xét xử hành chính ở Việt Nam* (sách chuyên khảo; tái bản có chỉnh sửa, bổ sung), Nxb Chính trị Quốc gia, tr.36.

⁷ TS. Nguyễn Thanh Bình (2017), *Tranh chấp hành chính và phương thức giải quyết tranh chấp hành chính* - Chuyên đề thuộc Hội thảo *Giải quyết tranh chấp trong quản lý hành chính nhà nước ở Việt Nam hiện nay*, do Khoa Pháp luật Hành chính - Nhà nước, Trường Đại học Luật Hà Nội tổ chức, Hà Nội, tr.10.

⁸ TS. Nguyễn Văn Năm (2017), *Kiểm soát việc giải quyết tranh chấp hành chính ở Việt Nam hiện nay* - Chuyên đề thuộc Hội thảo *Giải quyết tranh chấp trong quản lý hành chính nhà nước ở Việt Nam hiện nay*, do Khoa Pháp luật Hành chính - Nhà nước, Trường Đại học Luật Hà Nội tổ chức, Hà Nội, tr.61.



chính là tranh chấp giữa cá nhân, tổ chức với cơ quan nhà nước chứ không phải tranh chấp hành chính giữa Nhà nước với Nhà nước”⁹. Tuy vậy, do không viện dẫn nguồn lý thuyết khởi phát cho nên nhận định này khó có cơ sở để kiểm chứng.

Nhìn chung, dù đôi chỗ khác nhau về cách thức diễn đạt, nhưng những quan niệm, nhận định kể trên đều thống nhất ý tưởng với một nội hàm khái niệm tranh chấp hành chính được xác định và giới hạn trong mối quan hệ có tính đối kháng giữa cơ quan, người có thẩm quyền của Nhà nước với các đối tượng “phi” Nhà nước (cá nhân, tổ chức dân sự). Bởi các quan niệm, nhận định học thuật được nảy sinh dưới những góc độ quan sát khác nhau nên không thể đánh giá cực đoan, thiên lệch về tính đúng - sai. Tuy nhiên, những quan niệm, nhận định này dường như đã bị giới hạn trong khuôn khổ pháp luật thực định về khiếu nại hành chính và tố tụng hành chính. Vô hình chung, cách thức quan niệm, nhận định đó đã làm hẹp khái niệm tranh chấp hành chính, chưa phản ánh đầy đủ, rõ nét và bao quát các biểu hiện, dạng thức của tranh chấp hành chính. Đồng nghĩa đã làm hẹp đi phạm vi nghiên cứu cũng như nhận diện các phương thức giải quyết tranh chấp hành chính khác nhau vốn đã tồn tại trong hệ thống pháp luật Việt Nam. Cụ thể:

Thứ nhất, tại Khoản 8 Điều 3 Luật tố tụng hành chính năm 2015 quy định: *“Người khởi kiện là cơ quan, tổ chức, cá nhân khởi kiện vụ án hành chính đối với 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 vụ việc cạnh tranh; danh sách cử tri bầu cử đại biểu Quốc hội, danh sách cử tri bầu cử đại biểu Hội đồng nhân dân, danh sách cử tri trưng cầu ý dân”*. Bên cạnh đó, tại Khoản 2 Điều 2 Luật khiếu nại năm 2011 quy định: *“Người khiếu nại là công dân, cơ quan, tổ chức hoặc cán bộ, công chức thực hiện quyền khiếu nại”*.

Như vậy, các quy định trên đã gián tiếp khẳng định rằng, tranh chấp hành chính không chỉ phát sinh giữa cơ quan nhà nước, chủ thể mang quyền lực nhà nước và cá nhân, tổ chức dân sự mà còn

phát sinh giữa chính các cơ quan nhà nước, chủ thể mang quyền lực nhà nước với nhau. Những tranh chấp thường được gán cho cái mác “nội bộ” và được phó thác giải quyết bằng các “thủ tục nội bộ” vốn không phải là đối tượng quan tâm chính của giới học giả khi xem xét một cách căn bản về tranh chấp hành chính. Các quy định của hai đạo luật trên cho thấy, người khiếu nại, khởi kiện vụ án hành chính hoàn toàn có thể là cơ quan nhà nước. Những định nghĩa về tranh chấp hành chính phần lớn bị khu biệt trong những tranh chấp giữa cơ quan nhà nước, chủ thể mang quyền lực nhà nước và cá nhân, tổ chức dân sự có phần khiến cường với thực tế khách quan.

Thứ hai, khái niệm “nội bộ” trong pháp luật về khiếu nại hành chính và tố tụng hành chính - 2 phương thức giải quyết tranh chấp hành chính căn bản nhất cũng cần phải được xem xét và đánh giá một cách chính xác. Theo quy định tại Khoản 1 Điều 11 Luật khiếu nại năm 2011 thì không được thụ lý giải quyết khiếu nại đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính trong nội bộ cơ quan nhà nước. Theo quy định tại điểm c Khoản 1 Điều 30 Luật tố tụng hành chính năm 2015 thì khiếu kiện quyết định hành chính, hành vi hành chính mang tính nội bộ của cơ quan, tổ chức không thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án. Có lẽ bởi vậy, khi nhận định về tranh chấp hành chính, chúng ta dễ dàng bỏ qua những tranh chấp, xung đột có tính “nội bộ” hay mang “hơi hướng” của vấn đề nội bộ (những tranh chấp giữa cơ quan nhà nước với nhau, giữa đội ngũ cán bộ, công chức thừa hành quyền lực nhà nước với chính cơ quan, đơn vị của mình...). Khoản 6 Điều 3 Luật tố tụng hành chính năm 2015 định nghĩa về quyết định hành chính, hành vi hành chính mang tính nội bộ của cơ quan, tổ chức: *“là những quyết định, hành vi chỉ đạo, điều hành việc triển khai thực hiện nhiệm vụ, kế hoạch công tác; quản lý, tổ chức cán bộ, kinh phí, tài sản được giao; kiểm tra, thanh tra việc thực hiện nhiệm vụ, công vụ, chính sách, pháp luật đối với cán bộ, công chức, viên chức, người lao động và các đơn vị thuộc thẩm quyền quản lý của cơ*

⁹ TS. Nguyễn Thị Thủy - ThS Lê Thị Thúy (2017), *Khiếu nại và khởi kiện vụ án hành chính trong tương quan so sánh* - Chuyên đề thuộc Hội thảo *Giải quyết tranh chấp trong quản lý hành chính nhà nước ở Việt Nam hiện nay*, do Khoa Pháp luật Hành chính - Nhà nước, Trường Đại học Luật Hà Nội tổ chức, Hà Nội, tr.61.

quan, tổ chức". Theo đó, những loại quyết định và hành vi này không phải đối tượng để khởi kiện vụ án hành chính. Nói cách khác, những tranh chấp liên quan đến vấn đề này được coi như vấn đề nội bộ của nền hành chính quốc gia.

Theo quy định tại Điều 30 Luật tổ tụng hành chính năm 2015; ngoại trừ tranh chấp về quyết định kỷ luật buộc thôi việc công chức; các tranh chấp về quyết định hành chính, hành vi hành chính mang tính nội bộ của cơ quan, tổ chức đều không thuộc thẩm quyền xét xử vụ án hành chính của Tòa án. Ngoại lệ này có thể được lý giải bởi: *"hậu quả của quyết định này là công chức bị kỷ luật không còn là đối tượng áp dụng của quy chế công vụ, không còn là người đảm nhiệm công vụ, chức vụ của công chức. Vì vậy, việc kỷ luật buộc thôi việc công chức không còn là công việc nội bộ của cơ quan, tổ chức ra quyết định nữa mà đã ảnh hưởng trực tiếp tới quyền lao động của công chức với tư cách là công dân"*¹⁰.

Tuy nhiên, từ thực tiễn thực thi pháp luật dễ dàng nhận thấy, quyền, lợi ích của công chức không chỉ bị ảnh hưởng duy nhất bởi quyết định kỷ luật buộc thôi việc mà trong các trường hợp luân chuyển, điều động, biệt phái, v.v... được áp dụng với cá nhân họ cũng tiềm tàng những nguy cơ xâm phạm quyền, lợi ích hợp pháp vô cùng to lớn đến từ các chủ thể có thẩm quyền. Vì thế, đã xuất hiện quan điểm cần soát xét lại các quyết định hành chính nội bộ có liên quan trực tiếp đến quyền, lợi ích của cán bộ, công chức và đưa chúng trở thành đối tượng của khiếu nại và khởi kiện hành chính¹¹. Theo thời gian, nếu tư duy lập pháp thay đổi, quan điểm này được thể chế hóa thành pháp luật sẽ là minh chứng rõ nét cho sự mở rộng cần thiết nhưng phản ánh chính xác bản chất của nội hàm khái niệm tranh chấp hành chính đối với những tranh chấp mà có thể tạm gọi là nửa "nội bộ" và nửa "phi nội bộ" này.

Thứ ba, pháp luật Việt Nam còn tồn tại một dạng tranh chấp hành chính đặc biệt: Tranh chấp hành chính trong đơn vị sự nghiệp công lập, doanh nghiệp nhà nước. Hình thái tranh chấp này xuất

phát từ quy định của Luật khiếu nại năm 2011, theo đó luật giao cho Chính phủ quy định việc giải quyết khiếu nại quyết định hành chính, hành vi hành chính trong đơn vị sự nghiệp công lập, doanh nghiệp nhà nước (Khoản 2 Điều 3). Như vậy, có thể hiểu, pháp luật đã mặc thị thừa sự tồn tại quan hệ quản lý hành chính nhà nước theo tính chất mệnh lệnh - phục tùng trong đơn vị sự nghiệp công lập và doanh nghiệp nhà nước. Hơn nữa, ngay cách trong cách diễn đạt của quy định này còn cho thấy những tranh chấp này mang "hơi hướng" của vấn đề nội bộ. Do đó, vấn đề tranh chấp hành chính trong hai loại tổ chức này phải được đánh giá một cách chuẩn xác. Việc nhận diện đúng bản chất tranh chấp hành chính trong đơn vị sự nghiệp công lập, doanh nghiệp nhà nước có ý nghĩa quan trọng nhằm thiết kế một cơ chế giải quyết tranh chấp phù hợp đối với loại tranh chấp này. Trong khuôn khổ có hạn, mục 2 bài viết này chỉ luận giải riêng vấn đề về giải quyết tranh chấp hành chính trong doanh nghiệp nhà nước.

2. Một số vấn đề về giải quyết tranh chấp hành chính trong doanh nghiệp nhà nước

Dưới giác độ so sánh, việc Tòa án giải quyết tranh chấp đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính của doanh nghiệp nhà nước và giải quyết tranh chấp đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính của cơ quan hành chính nhà nước không có sự khác biệt về thẩm quyền và thủ tục tố tụng. Ngược lại, việc giải quyết 02 loại tranh chấp này theo thủ tục giải quyết khiếu nại có sự khác biệt cả về thẩm quyền giải quyết và trình tự thực hiện. Sự khác biệt này có thể được lý giải bởi: Việc giải quyết khiếu nại quyết định hành chính, hành vi hành chính của cơ quan hành chính nhà nước được quy định cụ thể ngay trong Luật khiếu nại năm 2011; còn việc giải quyết khiếu nại quyết định hành chính, hành vi hành chính của doanh nghiệp nhà nước lại không được quy định cụ thể ngay trong đạo luật này mà chỉ được quy định cụ thể trong Nghị định số 75/2012/NĐ-CP ngày 03/10/2012 của Chính phủ hướng dẫn chi tiết Luật khiếu nại.

¹⁰ TS. Nguyễn Mạnh Hùng (2016), tldđ, tr.116.

¹¹ PGS. TS. Bùi Thị Đào (2017), *Giải quyết tranh chấp hành chính với việc kiểm soát quyền lực nhà nước - Chuyên đề thuộc Hội thảo Giải quyết tranh chấp trong quản lý hành chính nhà nước ở Việt Nam hiện nay*, do Khoa Pháp luật Hành chính - Nhà nước, Trường Đại học Luật Hà Nội tổ chức, Hà Nội, tr.59.



Nghị định số 75/2012/NĐ-CP trải qua gần 10 năm thi hành đã bộc lộ những vấn đề cần phải được trả lời thấu đáo dưới góc độ lý luận và thực tiễn rằng: có hay không sự tồn tại của quyết định hành chính, hành vi hành chính trong doanh nghiệp nhà nước? Và, có tranh chấp hành chính trong doanh nghiệp nhà nước hay không? Vấn đề này có thể được luận giải theo các phương diện sau:

Một là, Điều 2 Luật Khiếu nại năm 2011, tại Khoản 8 có quy định: *“Quyết định hành chính là văn bản do cơ quan hành chính nhà nước hoặc người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính nhà nước ban hành...”*; tại Khoản 9 có quy định: *“Hành vi hành chính là hành vi của cơ quan hành chính nhà nước, của người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính nhà nước...”*. Những quy định này cho thấy chủ thể ban hành quyết định hành chính và chủ thể thực hiện hành vi hành chính chỉ có thể là “cơ quan hành chính nhà nước hoặc người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính nhà nước”. Nói cách khác, theo những quy định này thì trong doanh nghiệp nhà nước không thể có quyết định hành chính, hành vi hành chính. Tuy vậy, tại Khoản 2 Điều 3 Luật khiếu nại năm 2011, Chương 1 và Chương 2 của Nghị định số 75/2012/NĐ-CP lại có nhiều quy định về “quyết định hành chính, hành vi hành chính trong doanh nghiệp nhà nước”. Do đó, có thể nhận thấy, ngay trong chính các quy định nêu trên của Luật khiếu nại năm 2011 và với các quy định trong Nghị định số 75/2012/NĐ-CP đã không thống nhất về nội hàm các khái niệm “quyết định hành chính” và “hành vi hành chính”. Điều này tiềm ẩn nguy cơ thực hiện pháp luật không thống nhất trong thực tiễn giải quyết khiếu nại quyết định hành chính, hành vi hành chính nói riêng và giải quyết tranh chấp hành chính nói chung.

Hai là, quyết định hành chính, hành vi hành chính chứa đựng quyền lực nhà nước được ban hành hoặc thực hiện để giải quyết vấn đề cụ thể trong hoạt động quản lý hành chính nhà nước nên chỉ có thể do cơ quan nhà nước và chủ thể có thẩm quyền quản lý hành chính nhà nước ban hành. Trong khi đó, những quyết định, hành vi của doanh nghiệp nhà nước lại mang bản chất dân sự, được điều chỉnh bởi hệ thống pháp luật tư chuyên ngành (pháp luật về dân sự, lao động...).

Xét mối quan hệ giữa người sử dụng lao động và người lao động trong doanh nghiệp nhà nước không có sự khác biệt với khu vực doanh nghiệp ngoài nhà nước bởi bản chất đây là mối quan hệ lao động; được thành tạo, xác lập thông qua đối thoại, thỏa thuận theo nguyên tắc tự nguyện và ý chí bình đẳng. Các tranh chấp nảy sinh từ quan hệ lao động (tiền lương, điều kiện lao động, kỷ luật lao động...) không mang bản chất của tranh chấp hành chính.

Ba là, theo quy định tại Điều 46 của Nghị định số 24/2018/NĐ-CP ngày 27/02/2018 của Chính phủ quy định về giải quyết khiếu nại, tố cáo trong lĩnh vực lao động, giáo dục nghề nghiệp, hoạt động đưa người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng, việc làm, an toàn, vệ sinh lao động thì *những nội dung liên quan đến khiếu nại của người lao động được quy định tại Nghị định số 75/2012/NĐ-CP hết hiệu lực thi hành kể từ ngày 15/04/2018*. Đến đây, pháp luật về giải quyết khiếu nại đối với tranh chấp trong doanh nghiệp nhà nước đã phát sinh những chồng chéo. Một mặt, Luật khiếu nại năm 2011 giao cho Chính phủ quy định về giải quyết khiếu nại quyết định hành chính, hành vi hành chính trong doanh nghiệp nhà nước, nhưng qua phân tích ở trên cho thấy không tồn tại dạng quyết định và hành vi này. Nói cách khác, các quy định về khiếu nại, giải quyết khiếu nại về lao động trong Nghị định số 24/2018/NĐ-CP đã thay thế toàn bộ các nội dung quy định của Nghị định số 75/2012/NĐ-CP về khiếu nại và giải quyết khiếu nại quyết định hành chính, hành vi hành chính trong doanh nghiệp nhà nước. Điều đáng lưu ý là Luật khiếu nại năm 2011 nói chung và Khoản 2 Điều 3 luật này nói riêng lại không phải là căn cứ để ban hành Nghị định số 24/2018/NĐ-CP. Do đó, vô hình trung Nghị định số 24/2018/NĐ-CP đã làm vô hiệu một phần quy định tại Khoản 2 Điều 3 Luật khiếu nại năm 2011.

Hiện nay, Nghị định số 75/2012/NĐ-CP đang trong quá trình được sửa đổi, bổ sung, trong đó có nội dung về giải quyết khiếu nại quyết định hành chính, hành vi hành chính trong doanh nghiệp nhà nước. Tại dự thảo mới nhất, các cơ quan có thẩm quyền đã thống nhất không quy định việc khiếu nại và giải quyết khiếu nại quyết

định hành chính, hành vi hành chính trong doanh nghiệp nhà nước¹². Có thể thấy, đây là một bước tiến quan trọng trong việc khắc phục hạn chế của quy định giải quyết khiếu nại trong doanh nghiệp nhà nước. Tuy nhiên, cái “gốc” của vấn đề vẫn tồn tại là Khoản 2 Điều 3 Luật khiếu nại năm 2011. Theo tinh thần sửa đổi, dự thảo Nghị định sửa đổi sẽ chỉ còn quy định về giải quyết khiếu nại quyết định hành chính, hành vi hành chính trong đơn vị sự nghiệp công lập. Việc giải quyết khiếu nại trong doanh nghiệp nhà nước sẽ tuân theo quy định tại Nghị định số 24/2018/NĐ-CP nhưng cách định nghĩa “khiếu nại về lao động” của Nghị định này dẫn tới sự không tương thích với thẩm quyền lập quy của Chính phủ được Luật khiếu nại năm 2011 giao quy định về khiếu nại và giải quyết khiếu nại quyết định hành chính, hành vi hành chính trong doanh nghiệp nhà nước.

Bên cạnh đó, sự ra đời của Nghị định số 24/2018/NĐ-CP cung cấp cơ chế giải quyết khiếu nại riêng biệt trong lĩnh vực lao động để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người lao động song cũng khiến những vấn đề pháp lý về tranh chấp hành chính nảy sinh; cụ thể như sau:

Người lao động, người học nghề, tập nghề để làm việc cho người sử dụng lao động, người thử việc theo thủ tục quy định tại Nghị định này yêu cầu người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại về lao động xem xét lại quyết định, hành vi về lao động của người sử dụng lao động khi có căn cứ cho rằng quyết định, hành vi đó vi phạm pháp luật lao động, xâm phạm quyền và lợi ích hợp pháp của mình. Người bị xâm phạm sẽ khiếu nại lần đầu đến người sử dụng lao động (có thể người đứng đầu cơ sở giáo dục nghề nghiệp, người đứng đầu tổ chức dịch vụ việc làm, người đứng đầu tổ chức đưa người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài...) và khiếu nại lần hai đến Chánh Thanh tra Sở Lao động, Thương binh và Xã hội; Giám đốc Sở Lao động, Thương binh và Xã hội; Cục trưởng Cục Quản lý lao động ngoài nước. Đặc biệt, điểm b Khoản 2 Điều 10 Nghị định này cho phép người khiếu nại có quyền khởi kiện vụ

án tại Tòa án theo quy định của pháp luật tố tụng hành chính trong trường hợp không đồng ý với quyết định giải quyết khiếu nại lần hai hoặc đã hết thời hạn giải quyết khiếu nại lần hai mà khiếu nại không được giải quyết.

Hiện nay, Luật tố tụng hành chính năm 2015 không có nội dung quy định việc giao cho Chính phủ quy định thêm các loại việc thuộc thẩm quyền xét xử vụ án hành chính của Tòa án. Thêm nữa, bản chất của những tranh chấp nói trên là tranh chấp lao động, không phải tranh chấp hành chính. Người khiếu nại tiến hành khiếu nại khi có căn cứ cho rằng quyết định, hành vi của người sử dụng lao động vi phạm pháp luật lao động và xâm phạm trực tiếp đến quyền, lợi ích của mình. Do đó, khi giải quyết tranh chấp, Tòa án sẽ căn cứ vào pháp luật lao động (luật tư) để đánh giá mức độ vi phạm pháp luật của người sử dụng lao động thay vì căn cứ vào các thiết chế của luật công. Vì những lẽ đó, quy định này cần phải được xem xét, đánh giá lại về sự phù hợp trên cơ sở của pháp luật tố tụng hành chính nói riêng và lý thuyết về tranh chấp hành chính nói chung.

Tóm lại, với những lập luận đã trình bày, bài viết khẳng định trong pháp luật Việt Nam có nhiều dạng thức khác nhau của tranh chấp hành chính. Khái niệm tranh chấp hành chính cần phải được nghiên cứu một cách có hệ thống, bao quát mà không nên có giới hạn nếu không có những luận giải thuyết phục. Sự đa dạng của các tranh chấp hành chính dẫn tới sự đa dạng của các phương thức giải quyết tranh chấp hành chính đang tồn tại trong hệ thống pháp luật Việt Nam mà việc giải quyết khiếu nại đối với tranh chấp trong doanh nghiệp nhà nước là một ví dụ điển hình. Mỗi tranh chấp có một cách thức “hóa giải” riêng biệt song đều hướng tới đảm bảo vững chắc cho sự vận hành của nền hành chính quốc gia và bảo đảm hài hòa lợi ích công - tư. Tuy nhiên, việc nhận diện đúng bản chất học lý của tranh chấp hành chính có ý nghĩa vô cùng quan trọng nhằm thiết lập những cơ chế giải quyết phù hợp, khắc phục những nhược điểm hiện tồn trong thực tiễn pháp lý ở Việt Nam./.

¹² Hợp lấy ý kiến sửa đổi Nghị định số 75/2012/NĐ-CP, dẫn theo link:

http://thanhtra.gov.vn/ct/news/Lists/KhieuNaiToCao/View_Detail.aspx?ItemId=353, (truy cập ngày 01/06/2020).



NHẬN DIỆN BẤT CẬP TRONG QUY ĐỊNH XỬ PHẠT VI PHẠM HÀNH CHÍNH VỀ TRẬT TỰ CÔNG CỘNG

Cao Vũ Minh¹

Tóm tắt: An toàn xã hội luôn là vấn đề mang tính thời sự, là mối quan tâm hàng đầu của toàn thể cộng đồng. Sở dĩ như vậy vì đây là lĩnh vực có ảnh hưởng trực tiếp đến cuộc sống thường ngày của con người và là điều kiện tất yếu để bảo đảm an ninh cuộc sống cho người dân. Để góp phần bảo đảm trật tự công cộng thì xử phạt vi phạm hành chính được xem là một trong những giải pháp hữu hiệu. Hiện nay, các vi phạm về trật tự công cộng được quy định khá chi tiết, từ đó tạo ra cơ sở pháp lý cho người có thẩm quyền thực hiện việc xử phạt đối với các vi phạm về trật tự công cộng trên thực tế. Trong bài viết này, chúng tôi trình bày hai vấn đề: i) Khái quát vi phạm hành chính về trật tự công cộng; ii) Một số bất cập trong các quy định xử phạt vi phạm hành chính đối với các vi phạm về trật tự công cộng. Trên cơ sở phân tích một số bất cập trong các quy định pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính đối với các vi phạm về trật tự công cộng, bài viết đưa ra giải pháp hoàn thiện.

Từ khóa: Trật tự công cộng, vi phạm hành chính, xử phạt vi phạm hành chính.

Nhận bài: 10/03/2020; Hoàn thành biên tập: 20/03/2020; Duyệt đăng: 27/07/2020.

Abstract: Social security is always a topical issue and a top concern of the whole community since it is an area having direct impact on people's daily lives and being an indispensable condition to ensure the security of life for people. To ensure public order, administrative sanctions are considered as effective solutions. Currently, violations of regulations in public order are stipulated in detailed, thereby creating a legal basis for the competent person to impose sanctions for violations of public order. In this article, we present two issues: i. The situation of sanctioning administrative violations in public order; ii. A number of shortcomings in the regulations on sanctioning administrative violations of public order. By analyzing a number of shortcomings in the legal provisions on sanctioning administrative violations of public order, the article suggests solutions for finalization.

Keywords: Public order, administrative violation, sanctioning an administrative violation.

Date of receipt: 10/03/2020; Date of revision: 20/03/2020; Date of Approval: 27/07/2020.

1. Khái quát vi phạm hành chính về trật tự công cộng

Văn bản pháp luật đầu tiên điều chỉnh vấn đề xử phạt vi phạm hành chính về trật tự công cộng là Nghị định số 143-CP ngày 27/05/1977 của Hội đồng Chính phủ ban hành điều lệ xử phạt vi phạm. Theo đó, “vi phạm” được hiểu là việc “vi phạm luật lệ sinh hoạt ở nơi công cộng” như vi phạm quy định về trật tự công cộng, trật tự an toàn giao thông². Hiện nay, các vi phạm về trật tự công cộng được quy định tại Điều 5 Nghị định số 167/2013/NĐ-CP của Chính phủ.

Nhìn chung, quy định về xử phạt vi phạm hành chính đối với các vi phạm về trật tự công cộng đã được quy định khá chi tiết. Các vi phạm về trật tự công cộng đã được định danh cụ thể và được nhà làm luật thiết kế các chế tài tương ứng, từ đó tạo ra

cơ sở pháp lý cho người có thẩm quyền thực hiện việc xử phạt trên thực tế. Tuy nhiên, qua hơn 06 năm triển khai thi hành, bên cạnh những kết quả đạt được, các quy định về xử phạt vi phạm hành chính đối với các vi phạm về trật tự công cộng đã có những quy định “lỗi thời”, “lạc nhịp” và tạo ra sự mâu thuẫn với các văn bản pháp luật khác có liên quan. Bất cập này gây khó khăn cho công tác xử phạt vi phạm hành chính trong thực tiễn.

2. Một số bất cập trong các quy định xử phạt vi phạm hành chính đối với các vi phạm về trật tự công cộng và kiến nghị hoàn thiện

Thứ nhất, Nghị định số 167/2013/NĐ-CP không quy định rõ trường hợp nào áp dụng hình thức xử phạt cảnh cáo, trường hợp nào áp dụng hình thức phạt tiền đối với các vi phạm hành chính về trật tự công cộng.

¹ Tiến sỹ, Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh.

² Bùi Xuân Đức, *Về vi phạm hành chính và hình thức xử phạt hành chính: Những hạn chế và giải pháp đổi mới*, Tạp chí Nhà nước và pháp luật số 02/2006.

Vi phạm hành chính có nhiều mức độ, nhiều loại khác nhau. Mỗi loại vi phạm khi xảy ra trong thực tế lại có tính chất và mức độ nguy hiểm khác nhau cho xã hội. Do đó, để đáp ứng được yêu cầu đấu tranh phòng chống vi phạm hành chính thì cần phải có các hình thức xử phạt khác nhau với các mức độ nghiêm khắc khác nhau³. Nghị định số 167/2013/NĐ-CP quy định áp dụng hai hình thức xử phạt chính đối với các vi phạm về trật tự công cộng là cảnh cáo và phạt tiền. Hình thức xử phạt cảnh cáo mang ý nghĩa giáo dục, có mục đích nhắc nhở chủ thể vi phạm tôn trọng và chấp hành trật tự quản lý nhà nước. Trong khi đó, hình thức phạt tiền nhằm mục đích tước đi một khoản lợi ích vật chất trực tiếp của chủ thể vi phạm, làm cho họ bị thiệt hại về tài sản.

Theo Khoản 1 Điều 5 Nghị định số 167/2013/NĐ-CP thì đối với các vi phạm như: “có cử chỉ, lời nói thô bạo, khiêu khích, trêu ghẹo, xúc phạm danh dự, nhân phẩm của người khác” thì người có thẩm quyền có thể cảnh cáo hoặc phạt tiền từ 100.000 đồng đến 300.000 đồng. Vậy căn cứ vào tiêu chí nào để người có thẩm quyền lựa chọn hình thức xử phạt cảnh cáo hay phạt tiền?

Hiện nay, Nghị định số 167/2013/NĐ-CP không có quy định tiêu chí cụ thể để căn cứ vào đó người có thẩm quyền lựa chọn hình thức xử phạt cảnh cáo hay phạt tiền. Theo Điều 22 Luật xử lý vi phạm hành chính năm 2012 thì “cảnh cáo được áp dụng đối với cá nhân, tổ chức vi phạm hành chính không nghiêm trọng, có tình tiết giảm nhẹ và theo quy định thì bị áp dụng hình thức xử phạt cảnh cáo hoặc đối với mọi hành vi vi phạm hành chính do người chưa thành niên từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi thực hiện”. Như vậy, có thể thấy, nếu chủ thể vi phạm hành chính không phải là người chưa thành niên từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi thì cảnh cáo chỉ được áp dụng khi hội đủ hai điều kiện: (i) Vi phạm hành chính về trật tự công cộng không nghiêm trọng; (ii) Vi phạm hành chính về trật tự công cộng có tình tiết giảm nhẹ.

Theo Điều 5 Nghị định số 167/2013/NĐ-CP thì tất cả các vi phạm tại Khoản 1 đều có thể áp dụng hình thức xử phạt cảnh cáo. Như vậy, nhà làm luật đã “ngụ ý” cho rằng các vi phạm này là không nghiêm trọng. Do đó, nếu các vi phạm này có thêm tình tiết giảm nhẹ quy định tại Điều 9 Luật xử lý vi phạm hành chính năm 2012 thì người có thẩm quyền sẽ quyết định áp dụng cảnh cáo. Tuy nhiên, cách hiểu này cũng có điểm vướng mắc vì có thể tạo ra sự mâu thuẫn với Khoản 4 Điều 23 Luật xử lý vi phạm hành chính năm 2012⁴.

Một tình huống đặt ra như sau: A là người đã thành niên, thực hiện hành vi “xúc phạm danh dự, nhân phẩm của người khác”. Khi xử phạt thì A có một tình tiết giảm nhẹ là “người vi phạm hành chính đã tự nguyện khai báo, thành thật hối lỗi”. Vậy người có thẩm quyền sẽ xử phạt A bằng hình thức cảnh cáo hay phạt tiền từ 100.000 đồng đến dưới 200.000 đồng (do có tình tiết giảm nhẹ)?

Rõ ràng, trong trường hợp này, pháp luật hiện hành đã không có tiêu chí cụ thể nhằm tạo ra cách áp dụng pháp luật thống nhất. Từ đó dẫn đến thực trạng là việc áp dụng hình thức xử phạt cảnh cáo hay phạt tiền phụ thuộc hoàn toàn vào ý chí của người có thẩm quyền xử phạt trên cơ sở “tùy nghi hành chính”⁵. Quy định tại Khoản 1 Điều 5 Nghị định số 167/2013/NĐ-CP vô hình chung đã đồng nhất cảnh cáo và phạt tiền, trong khi hậu quả pháp lý của hai hình thức xử phạt này là rất khác nhau.

Theo tác giả, khi tiến hành sửa đổi Nghị định số 167/2013/NĐ-CP, Chính phủ cần quy định rõ ràng hành vi vi phạm trật tự công cộng nào bị áp dụng cảnh cáo, hành vi nào áp dụng hình thức phạt tiền. Sửa đổi này rất quan trọng nhằm loại trừ tình trạng người có thẩm quyền chủ quan, cảm tính khi xử phạt vi phạm hành chính về trật tự công cộng.

Thứ hai, Nghị định số 167/2013/NĐ-CP chưa có sự mô tả rõ ràng, cụ thể những hành vi vi phạm về trật tự công cộng.

³ Nguyễn Cảnh Hợp (chủ biên) (2017), *Bình luận khoa học Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012*, Nxb Hồng Đức, tr. 224.

⁴ Cụ thể, theo Khoản 4 Điều 23 Luật xử lý vi phạm hành chính năm 2012 thì tình tiết giảm nhẹ là căn cứ để giảm mức tiền phạt bởi “mức tiền phạt cụ thể đối với một hành vi vi phạm hành chính là mức trung bình của khung tiền phạt được quy định đối với hành vi đó; nếu có tình tiết giảm nhẹ thì mức tiền phạt có thể giảm xuống nhưng không được giảm quá mức tối thiểu của khung tiền phạt; nếu có tình tiết tăng nặng thì mức tiền phạt có thể tăng lên nhưng không được vượt quá mức tiền phạt tối đa của khung tiền phạt”.

⁵ Cao Vũ Minh, *Bàn về quyền tùy nghi trong hoạt động của các cơ quan hành chính*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 11/2013.



Cụ thể, điểm d Khoản 2 Điều 5 Nghị định số 167/2013/NĐ-CP quy định phạt tiền từ 500.000 đồng đến 1.000.000 đồng đối với hành vi “*tụ tập nhiều người ở nơi công cộng gây mất trật tự công cộng*”. Tuy nhiên, điểm i Khoản 3 Điều 5 Nghị định số 167/2013/NĐ-CP cũng quy định xử phạt hành vi “*tập trung đông người trái pháp luật tại nơi công cộng*” với mức chế tài nặng hơn rất nhiều (phạt tiền từ 2.000.000 đồng đến 3.000.000 đồng). Theo tác giả, hành vi tụ tập nhiều người ở nơi công cộng gây mất trật tự công cộng hoàn toàn có thể là tập trung đông người trái pháp luật tại nơi công cộng. Ngược lại, tập trung đông người trái pháp luật tại nơi công cộng vẫn có thể là tụ tập nhiều người ở nơi công cộng gây mất trật tự công cộng. Tuy nhiên, như đã trình bày, “*tụ tập nhiều người ở nơi công cộng gây mất trật tự công cộng*” và “*tập trung đông người trái pháp luật tại nơi công cộng*” là hai hành vi có mức phạt khác nhau, trong khi nếu khác nhau thì không có cơ sở để phân biệt, còn nếu giống nhau thì mức phạt tiền lại khác nhau. Điều này dẫn đến tình trạng lúng túng cho chủ thể có thẩm quyền xử phạt.

Tương tự, điểm d Khoản 2 Điều 5 Nghị định số 167/2013/NĐ-CP quy định: “*ném gạch, đất, đá, cát hoặc bất cứ vật gì khác vào nhà của người khác*” sẽ bị phạt tiền từ 500.000 đồng đến 1.000.000 đồng. Trong khi đó, điểm a Khoản 2 Điều 7 Nghị định số 167/2013/NĐ-CP lại quy định xử phạt hành vi “*ném chất thải, chất bẩn hoặc các chất khác làm hoen bẩn nhà ở của người khác*” với mức tiền phạt từ 1.000.000 đồng đến 2.000.000 đồng. “*Các chất khác*” được đề cập trong điểm a Khoản 2 Điều 7 Nghị định số 167/2013/NĐ-CP hoàn toàn có thể là gạch, đất, đá, cát. Do đó, hai hành vi này có tính chất giao thoa với nhau và rất khó có cơ sở phân biệt một cách rõ ràng trong mọi trường hợp. Hành vi “*ném gạch, đất, đá, cát hoặc bất cứ vật gì khác vào nhà của người khác*” đều có thể gây ra những hậu quả nhất định như trầy xước nhà, hoen bẩn nhà, bong tróc sơn. Nghịch lý ở chỗ là khi chủ thể “*ném gạch, đất, đá, cát hoặc bất cứ vật gì khác vào nhà của người khác*” gây trầy xước nhà, bong tróc sơn thì chỉ bị phạt tiền từ 500.000 đồng đến 1.000.000 đồng. Ngược lại, cũng hành vi trên nhưng gây hoen bẩn

nhà thì chế tài sẽ nặng hơn khá nhiều (phạt tiền từ 1.000.000 đồng đến 2.000.000 đồng). Bất cập này có thể dẫn đến thực trạng là người có thẩm quyền có thể “linh hoạt” xử phạt theo chế tài nặng nhẹ khác nhau đối với cùng một hành vi vi phạm.

Nhằm đáp ứng kỹ thuật lập pháp, tác giả cho rằng Chính phủ cần mô tả rõ ràng, cụ thể về hành vi vi phạm về trật tự công cộng để có thể phân biệt các hành vi vi phạm với nhau, từ đó tạo hành lang pháp lý vững chắc cho công tác xử phạt trong thực tiễn⁶. Hiện nay, nhiều hành vi vi phạm về trật tự công cộng chưa được mô tả rõ ràng, cụ thể, có vùng chồng lấn hoặc lẫn lộn vào nhau. Điều này không chỉ không phù hợp với các quy định pháp luật mà còn gây khó khăn cho công tác xử phạt trong thực tiễn.

Thứ tư, bất cập trong các quy định pháp luật về các biện pháp khắc phục hậu quả đối với vi phạm hành chính về trật tự công cộng.

Theo Luật xử lý vi phạm hành chính năm 2012 thì xử phạt vi phạm hành chính là việc người có thẩm quyền áp dụng đồng thời hình thức xử phạt và biện pháp khắc phục hậu quả đối với chủ thể vi phạm. Tuy nhiên, đối với các vi phạm hành chính về trật tự công cộng, chủ thể vi phạm ngoài việc gánh chịu các hình thức xử phạt thì không bị áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả. Theo tác giả, đây là một sự bất hợp lý. Đơn cử, hành vi “*xúc phạm danh dự, nhân phẩm của người khác*” tại điểm a Khoản 1 Điều 5 Nghị định số 167/2013/NĐ-CP có thể gây ra những tổn hại nghiêm trọng về tinh thần đối với nạn nhân - tức là có hậu quả xảy ra. Thế nhưng, không hiểu vì lý do gì mà Nghị định số 167/2013/NĐ-CP lại không quy định áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả đối với vi phạm này.

Về bản chất pháp lý, biện pháp khắc phục hậu quả được áp dụng nhằm khôi phục lại tình trạng ban đầu mà vi phạm đã gây ra, đã làm thay đổi hoặc khôi phục những quyền, lợi ích hợp pháp bị vi phạm hành chính xâm hại⁷. Về mặt thực tiễn, hành vi “*xúc phạm danh dự, nhân phẩm*” có thể gây ra những hậu quả nhất định về mặt thể chất lẫn tinh thần. Do đó, bên cạnh hình thức xử phạt thì việc áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả được xem là một giải

⁶ Theo Khoản 1 Điều 2 Nghị định số 81/2013/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung năm 2017) thì: “*việc quy định hành vi vi phạm hành chính phải bảo đảm yêu cầu là hành vi vi phạm phải được mô tả rõ ràng, cụ thể để có thể xác định và xử phạt được trong thực tiễn*”.

⁷ Cao Vũ Minh, “*Sự chồng chéo giữa biện pháp khắc phục hậu quả với các hình thức xử phạt trong pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính*”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 10/2018.

pháp hữu hiệu nhằm khắc phục những hậu quả do vi phạm này gây ra. Nhằm khôi phục lại tình trạng ban đầu mà vi phạm đã gây ra thì nhà làm luật cần phải quy định rõ ràng bên cạnh hình thức xử phạt, còn phải áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả. Không phải ngẫu nhiên mà cũng chính trong Nghị định số 167/2013/NĐ-CP lại quy định hành vi “xúc phạm danh dự, nhân phẩm của thành viên gia đình” ngoài bị phạt tiền từ 500.000 đồng đến 1.000.000 đồng còn bị áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*buộc xin lỗi công khai khi nạn nhân có yêu cầu*”⁸. Tương tự hành vi “xúc phạm nhân phẩm, danh dự trong lĩnh vực thể thao” thì ngoài việc bị phạt tiền từ 15.000.000 đồng đến 20.000.000 đồng, người vi phạm còn bị áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*buộc xin lỗi công khai đối với hành vi xúc phạm nhân phẩm, danh dự*” (Điều 9 Nghị định số 46/2019/NĐ-CP).

Theo Điều 5 Nghị định số 167/2013/NĐ-CP thì hành vi “*phát tán tài liệu có nội dung xuyên tạc bịa đặt, vu cáo làm ảnh hưởng đến uy tín của tổ chức, cá nhân*” (điểm 1 Khoản 3) chỉ bị phạt tiền mà không bị áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả. Tuy nhiên, nếu chỉ áp dụng các hình thức xử phạt mà “*để mặc*” sự tồn tại của các tài liệu có nội dung xuyên tạc bịa đặt, vu cáo làm ảnh hưởng đến uy tín của tổ chức, cá nhân thì trong nhiều trường hợp còn lợi bất cập hại. Nhằm khôi phục lại tình trạng ban đầu mà vi phạm đã gây ra thì nhà làm luật cần phải quy định rõ ràng bên cạnh hình thức xử phạt, người vi phạm còn phải áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả. Trong khi hành vi “*phát tán tư liệu, tài liệu thuộc bí mật đời tư của thành viên gia đình nhằm xúc phạm danh dự, nhân phẩm*” vừa bị phạt tiền, vừa bị áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*buộc thu hồi tư liệu, tài liệu*” (Điều 51 Nghị định số 167/2013/NĐ-CP) thì tại sao hành vi vi phạm có cấu thành tương tự là “*phát tán tài liệu có nội dung xuyên tạc bịa đặt, vu cáo làm ảnh hưởng đến uy tín của tổ chức, cá nhân*” chỉ bị phạt tiền mà không đồng thời bị áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả?

Hiện nay, Khoản 3 Điều 3 Nghị định số 167/2013/NĐ-CP liệt kê “*buộc thu hồi tài liệu, thông tin liên quan đến vi phạm hành chính*”⁹ và

“*buộc xin lỗi công khai khi nạn nhân có yêu cầu*”¹⁰ là các biện pháp khắc phục hậu quả. Tuy nhiên, như đã trình bày, đối với các vi phạm hành chính cụ thể về trật tự công cộng thì Chính phủ lại không quy định áp dụng bất kỳ biện pháp khắc phục hậu quả nào cả. Do đó, tác giả cho rằng, Chính phủ cần tiến hành rà soát và nhận diện kỹ lưỡng những vi phạm hành chính về trật tự công cộng có làm phát sinh hậu quả bất lợi cho xã hội để quy định về việc áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả. Cụ thể, đối với vi phạm “*có cử chỉ, lời nói thô bạo, khiêu khích, trêu ghẹo, xúc phạm danh dự, nhân phẩm của người khác*” thì ngoài việc áp dụng các hình thức xử phạt, nhà làm luật cần bổ sung biện pháp khắc phục hậu quả là “*buộc xin lỗi công khai khi nạn nhân có yêu cầu*”. Tương tự, đối với hành vi “*phát tán tài liệu có nội dung xuyên tạc bịa đặt, vu cáo làm ảnh hưởng đến uy tín của tổ chức, cá nhân*” thì ngoài việc áp dụng các hình thức xử phạt, nhà làm luật cần bổ sung biện pháp khắc phục hậu quả là “*buộc thu hồi các tài liệu đã phát tán*”. Sự bổ sung này là cần thiết và tạo cơ sở pháp lý quan trọng nhằm buộc chủ thể vi phạm phải thực hiện những nghĩa vụ pháp lý nhất định nhằm khắc phục những hậu quả xấu do vi phạm hành chính về trật tự công cộng gây ra.

Thứ năm, quy định về áp dụng hình thức xử phạt trực xuất đối với người nước ngoài vi phạm trật tự công cộng còn chưa rõ ràng.

Đối với người nước ngoài vi phạm hành chính tại Việt Nam thì Luật xử lý vi phạm hành chính năm 2012 quy định một hình thức xử phạt đặc trưng đó là hình phạt trực xuất. Theo Điều 5 Nghị định số 167/2013/NĐ-CP thì người nước ngoài thực hiện hành vi “*tổ chức, tạo điều kiện cho người khác kết hôn với người nước ngoài trái với thuần phong mỹ tục hoặc trái với quy định của pháp luật, làm ảnh hưởng tới an ninh, trật tự, an toàn xã hội*” có thể bị áp dụng hình thức xử phạt trực xuất.

Tuy nhiên, vướng mắc phát sinh là Điều 5 Nghị định số 167/2013/NĐ-CP lại quy định: “*người nước ngoài có hành vi vi phạm thì tùy theo mức độ vi phạm có thể bị áp dụng hình thức xử phạt trực xuất khỏi nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam*”¹¹... (Xem tiếp trang 64)

⁸ Điểm a Khoản 3 Điều 51 Nghị định số 167/2013/NĐ-CP.

⁹ Điểm d Khoản 3 Điều 3 Nghị định số 167/2013/NĐ-CP.

¹⁰ Điểm đ Khoản 3 Điều 3 Nghị định số 167/2013/NĐ-CP.

¹¹ Khoản 6 Điều 5 Nghị định số 167/2013/NĐ-CP quy định về việc áp dụng hình thức xử phạt trực xuất đối với người nước ngoài vi phạm.



QUYỀN KHIẾU KIỆN TRONG LĨNH VỰC THU HỒI ĐẤT, BỒI THƯỜNG, HỖ TRỢ, TÁI ĐỊNH CƯ - THỰC TRẠNG VÀ HƯỚNG HOÀN THIỆN

Nguyễn Thành Phương¹

Tóm tắt: Luật tổ tụng hành chính năm 2015 (Luật TTHC năm 2015) tạo cơ sở pháp lý vững chắc hơn cho hoạt động khiếu kiện nhằm bảo đảm quyền lợi của cá nhân, cơ quan, tổ chức. Ngoài việc pháp điển hóa nội dung khiếu kiện từ văn bản dưới luật (pháp lệnh) thành văn bản luật, phạm vi điều chỉnh Luật TTHC năm 2015 còn mở rộng từ “thủ tục giải quyết các vụ án hành chính” thành các nội dung “tổ tụng hành chính”. Có thể nhận định Luật TTHC năm 2015 không chỉ điều chỉnh trình tự, thủ tục để giải quyết một vụ án hành chính mà ghi nhận cả quyền khởi kiện hành chính với mục đích tạo ra giá trị pháp lý đủ sức nhằm bảo vệ cho cá nhân, cơ quan, tổ chức trước quyết định hành chính, hành vi hành chính bất hợp pháp. Tuy nhiên, thực tiễn áp dụng cũng gặp không ít khó khăn bất cập. Từ đó, nội dung bài viết tập trung phân tích những bất cập tồn tại trong Luật TTHC năm 2015 và đưa ra những kiến nghị, giải pháp nhằm hoàn thiện cơ chế giải quyết khiếu kiện tại Tòa án.

Từ khóa: Luật tổ tụng hành chính năm 2015, bồi thường, hỗ trợ.

Nhận bài: 14/04/2020; **Hoàn thiện biên tập:** 24/04/2020; **Duyệt đăng:** 27/07/2020.

Abstract: The 2015 Law on Administrative Procedure creates a firmer legal basis for lawsuits to ensure the rights of individuals, agencies and organizations. In addition to codifying the content of the complaint from bylaws (ordinances) into legal documents, the scope of adjustment of the 2015 Law on Administrative Procedure also extends from the “procedure for resolving administrative cases” to the following. “Administrative proceedings. It can be said that the 2015 Law on administrative procedure not only regulates the order and procedures to resolve an administrative case but also recognizes the right to initiate administrative lawsuits with the purpose of creating legal value strong enough to protect fish. individuals, agencies and organizations before administrative decisions and illegal administrative acts. However, practical practices also face many difficulties and shortcomings. Since then, the content of the article has focused on analyzing the shortcomings that exist in the 2015 Law on Administrative Procedure and offering recommendations and solutions to improve the mechanism for resolving complaints in court.

Key word: Law on administrative proceedings 2015, compensation, support.

Date of receipt: 10/06/2020; **Date of revision:** 05/07/2020; **Date of Approval:** 27/07/2020.

1. Khái quát về quyền khiếu kiện trong lĩnh vực thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư

1.1. Khái niệm về khiếu kiện hành chính và quyền khiếu kiện hành chính

Dưới góc độ quản lý nhà nước, khiếu kiện là việc thực hiện quyền phản kháng đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Về mặt bản chất, đây

đều là do những bất đồng từ phía chủ thể chịu sự quản lý trước chủ thể quản lý. Chính vì vậy, một số nhà khoa học sử dụng cụm từ “tranh chấp” (disputes) để chỉ những bất đồng của người dân trong mối quan hệ với Nhà nước, kể cả khi giải quyết theo thủ tục hành chính và thủ tục tổ tụng hành chính². Cho đến nay nội hàm cụm từ “khiếu kiện” không tồn tại trong từ điển tiếng Việt³. Trên phương diện pháp lý, thuật ngữ “khiếu kiện” xuất

¹ Thạc sỹ, Khoa Luật, Trường Đại học Nam Cần Thơ.

² Phan Trung Hiền, *Quyền khiếu kiện khi Nhà nước thực hiện việc thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư* Tạp chí Luật học số 07/2011, tr.15.

³ Từ điển tiếng Việt của Hoàng Phê (Nxb Đà Nẵng, 1995); Đại từ điển tiếng Việt (Nguyễn Như Ý chủ biên, Nxb Văn hóa - Thông tin, 1998)... Ngay cả những từ điển chuyên ngành như Từ điển Luật học của Viện khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp (Nxb Tư pháp & Nxb Từ điển bách khoa, 2006); Từ điển giải thích thuật ngữ hành chính (GS. Mai Hữu Khuê & PGS.TS. Bùi Văn Nhơn chủ biên, Nxb Lao động, 2001) cũng không có mục từ “khiếu kiện”.

hiện lần đầu tiên trong “Pháp lệnh thủ tục giải quyết vụ án hành chính” năm 1996 (sửa đổi, bổ sung vào năm 1998 và 2006). Vấn đề đặt ra tại các văn bản này không giải thích thuật ngữ “kiếu kiện” như nhà làm luật đã thực hiện với các thuật ngữ khác. Bất cập này được kéo dài cho đến hiện nay, mà cụ thể là Luật TTHC năm 2015 vẫn chưa được khắc phục. Vô hình trung, tạo ra khoảng trống trong cách hiểu và sử dụng từ ngữ chưa chuẩn xác trong nhiều trường hợp. Đơn cử, trên thực tế, trong một số trường hợp, thuật ngữ khiếu nại và khiếu kiện được sử dụng không thống nhất, đôi khi có sự lẫn lộn giữa hai thuật ngữ này. Trên các phương tiện thông tin đại chúng, một số trường hợp dùng cụm từ “kiếu kiện” để chỉ hoạt động giải quyết khiếu nại như: “Hiện nay, tình hình khiếu kiện tràn lan ở các địa phương...”; hoặc “chính quyền địa phương vẫn chưa có phương cách hiệu quả để giảm thiểu khiếu kiện của nhân dân” v.v...⁴

Nhìn nhận vấn đề trên bình diện khách quan, có thể nhận thấy, nếu quyền khiếu nại là quyền hiến định⁵ được thể chế lần đầu trong Pháp lệnh quy định việc xét và giải quyết các khiếu nại, tố cáo của công dân ngày 27/11/1981 thì quyền khiếu kiện được quy định muộn hơn, gắn liền với sự ra đời của Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án hành chính năm 1996; được pháp điển hóa một cách tường minh hơn trong Luật TTHC năm 2010 và được duy trì cho đến nay thông qua Luật TTHC năm 2015. Trong công tác lập pháp, quyền khiếu kiện hành chính vẫn chưa được đề cập trong Hiến pháp năm 2013. Điều này cho thấy vẫn tồn tại một khoảng trống nhất định, khi khiếu kiện chưa là quyền hiến định nhằm tối ưu hóa quyền và lợi ích hợp pháp của người dân. Thực tế quyền khiếu nại cùng quyền khiếu kiện đã và đang song hành bảo vệ lợi ích của người dân trong việc phản kháng lại một quyết định hành chính, hành vi hành chính mà người dân cho rằng bất hợp pháp, xâm phạm đến quyền lợi của mình.

Trên phương diện khoa học, có quan điểm cho rằng: “*kiếu kiện hành chính là việc người dân đã gửi đơn yêu cầu Tòa án giải quyết một quyết định hành chính, hành vi hành chính đến Tòa án khi cho rằng quyết định hành chính, hành vi hành chính này xâm phạm đến quyền và lợi ích hợp pháp của mình được gọi là khởi kiện vụ án hành chính tại Tòa án*”⁶.

Từ những phân tích trên phương diện pháp luật, tác giả cho rằng: “*kiếu kiện hành chính là việc cơ quan, tổ chức, cá nhân yêu cầu Tòa án xem xét tính hợp pháp những quyết định hành chính, hành vi hành chính của cơ quan hành chính nhà nước, cơ quan, tổ chức được giao thực hiện quản lý hành chính nhà nước ban hành hoặc người có thẩm quyền trong cơ quan, tổ chức đó hay việc công chức yêu cầu Tòa án xem xét tính hợp pháp của quyết định kỷ luật buộc thôi việc, khi các chủ thể đó cho rằng quyết định hành chính, hành vi hành chính, quyết định kỷ luật buộc thôi việc đó là trái luật, làm phát sinh nghĩa vụ, thay đổi, hạn chế hoặc chấm dứt quyền và lợi ích hợp pháp của mình*”.

Đứng dưới góc độ quản lý nhà nước, theo tác giả: “*Quyền khiếu kiện trong lĩnh vực thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư là việc cơ quan, tổ chức, cá nhân thực hiện quyền phản kháng đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính của cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc người có thẩm quyền trong cơ quan nhà nước đó; được giải quyết thông qua bên thứ ba là Tòa án, khi họ cho rằng quyết định hành chính, hành vi hành chính được ban hành, thực thi trong quá trình thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư là trái pháp luật, làm phát sinh nghĩa vụ, ảnh hưởng trực tiếp đến quyền và lợi ích hợp pháp của mình*”.

Từ những luận cứ như đã nêu trên, nhà làm luật nên coi trọng vấn đề đưa ra một khái niệm chuẩn mực liên quan đến khiếu kiện và quyền khiếu kiện như một yêu cầu nghiêm túc được đặt ra trong quá trình xây dựng và hoàn thiện pháp

⁴ Lam Hạnh, <https://baophapluat.vn/su-kien-ban-luan/vi-sao-tranh-chap-khieu-kien-dat-van-la-diem-nong-222442.html>, truy cập ngày 30/03/2020.

⁵ Điều 74 Hiến pháp năm 1994, duy trì cho đến Điều 30 Hiến pháp năm 2013.

⁶ Phan Trung Hiền (Chủ biên), *Giáo trình pháp luật về quy hoạch và giải phóng mặt bằng*, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, năm 2017, tr.78.



luật tổ tụng hành chính. Đồng thời, tại Điều 30 Hiến pháp năm 2013 cần bổ sung khiếu kiện là một trong những quyền hiến định mà các chủ thể có thể thực hiện song hành cùng quyền khiếu nại, nhằm có cơ sở vững chắc để các chủ thể có thực hiện quyền khiếu nại lẫn khiếu kiện một cách trọn vẹn nhất.

1.2. Đặc điểm cơ chế khiếu kiện trong thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư

Dưới góc độ quản lý nhà nước, khiếu kiện mang bản chất là việc thực hiện quyền phản kháng đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính của cán bộ, cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Trong một thể chế dân chủ, quyền khiếu kiện giúp cho hoạt động quản lý nhà nước được giám sát bởi Nhân dân, được phản biện bởi các chủ thể chịu sự điều chỉnh của quyết định hành chính, hành vi hành chính dựa trên nguyên tắc dân chủ, công bằng, công khai và khách quan. Khi nghiên cứu về quyền khiếu kiện trong hoạt động thu hồi đất ta thấy quyền này có những đặc điểm đặc thù như sau:

Thứ nhất, đối tượng của hoạt động khiếu kiện ở Việt Nam là quyết định hành chính, hành vi hành chính mang tính cá biệt, *“khi có căn cứ cho rằng quyết định hành chính, hành vi hành chính làm phát sinh, thay đổi, hạn chế, chấm dứt quyền lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức cá nhân”*⁷. Vì vậy, các loại quyết định quản lý nhà nước mang tính chủ đạo, quyết định quản lý nhà nước quy phạm không nằm trong giới hạn điều chỉnh của khiếu kiện hành chính ở nước ta. Việc giới hạn này không chỉ gián hạn chế quyền khiếu kiện của công dân, trong một giới hạn nhất định còn tác động trực diện gây khó khăn trong hoạt động quản lý nhà nước. Đơn cử, khi đặt vấn đề người dân phát hiện kế hoạch sử dụng đất hàng năm cấp huyện không đảm bảo chất lượng, thiếu tính khả thi, tác động tiêu cực về mặt văn hóa, xã hội, môi trường, trường hợp này người dân chỉ được tham vấn lấy ý kiến. Tuy nhiên, triển khai ra sao phụ thuộc chính yếu vào cơ quan thi hành. Bởi quyết định phê duyệt đồ án quy

hoạch không đồng nhất là văn bản mang tính cá biệt, người dân không được Nhà nước trao quyền khiếu kiện. Điều này đồng nghĩa với việc không có cơ chế xem xét ý kiến của người dân một cách khách quan, toàn diện. Kết quả khi dựa trên kế hoạch này để triển khai dự án trên thực tế, Tòa án lại nhận rất nhiều đơn thư khởi kiện với nội dung giống nhau khi người dân cho rằng kế hoạch này đang tác động tới quyền và lợi ích của mình. Từ đó, thiết nghĩ nếu thừa nhận quyền khiếu kiện đối với quyết định hành chính mang tính chủ đạo và quy phạm thì vấn đề trên có thể được giải quyết từ những giai đoạn rất sơ khởi⁸.

Nhìn nhận vấn đề trên bình diện lập pháp tại Canada, theo Luật quy hoạch chính quyền tỉnh, trường hợp không nhận được sự tán đồng với kế hoạch phát triển được đề xuất, người dân có thể khiếu nại đến một hội đồng đặc biệt hoặc nhờ Tòa án giải quyết, và thường kế hoạch sẽ không được phê duyệt nếu nhận được phản ứng từ cộng đồng. Từ kinh nghiệm trên, thiết nghĩ pháp luật cần đảm bảo quyền khiếu kiện đối với mọi hành vi, quyết định của cơ quan hành chính đều có thể bị khiếu nại lẫn khiếu kiện. Sẽ không có một đặc định hay giới hạn nào về quyền khiếu kiện của người dân. Theo đó, người dân có thể có quyền khiếu nại, khiếu kiện bất kỳ quyết định hành chính nào nếu cho rằng quyết định đó xâm phạm đến quyền và lợi ích hợp pháp của mình. Nhằm đảm bảo tính khách quan, công bằng, bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp cho nhân dân.

Bên cạnh đó, khi xét về mặt pháp lý tại Luật TTHC năm 2015, không tồn tại một điều luật nào quy định trực diện cụ thể đối tượng mà người dân có quyền khiếu kiện là gì; thay vào đó, nội hàm của vấn đề được hiểu ngầm thông qua những quy định gián tiếp tại điều khoản giải thích từ ngữ về quyết định hành chính, hành vi hành chính (Khoản 1, 2, 3, 4, 5, Điều 3 Luật TTHC năm 2015) hoặc giả Tòa án có thẩm quyền giải quyết vấn đề gì suy luận người dân có quyền khiếu kiện vấn đề tương ứng (Điều 30). Chính điều này gây không ít khó khăn cho người tiến hành khởi kiện. Bởi lẽ, trước

⁷ Khoản 1, 2 Điều 3 Luật tổ tụng hành chính năm 2015.

⁸ Phan Trung Hiền (2003), *Quyền và nghĩa vụ công dân trong quy hoạch đô thị*, Tạp chí khoa học pháp lý, Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh.

khi tiến hành khiếu kiện đòi hỏi người dân cần hệ thống vấn đề mình có quyền khởi kiện thông qua Điều 3, Điều 30 và cả Điều 115 Luật TTHC năm 2015. Từ vấn đề trên, Luật TTHC cần có sự hiệu chỉnh, bổ sung đối tượng trong hoạt động khiếu kiện tự trung thành một điều khoản độc lập, riêng biệt giúp người khiếu kiện dễ dàng tiếp cận thông tin một cách đa chiều.

Thứ hai, chủ thể ban hành một quyết định hành chính bị kiện là cơ quan hành chính nhà nước hoặc cơ quan, tổ chức khác được nhà nước giao nhiệm vụ cụ thể trong hoạt động quản lý hành chính nhà nước. Qua đặc điểm này cho thấy việc thực hiện nhiệm vụ cụ thể trong quản lý hành chính không chỉ do cơ quan hành chính nhà nước mà ngay cả cơ quan, tổ chức khác được Nhà nước trao quyền cũng có quyền ban hành quyết định hành chính. Đặc điểm này làm thay đổi về một số nhận thức cho rằng chỉ có cơ quan hành chính nhà nước mới có quyền ban hành quyết định hành chính⁹. Trên cơ sở Khoản 2 Điều 69 Luật đất đai năm 2013 quy định tổ chức làm nhiệm vụ bồi thường, giải phóng mặt bằng có trách nhiệm lập phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư... dưới sự giám sát và phản biện từ đại diện Ủy ban Mặt trận Tổ quốc Việt Nam cấp xã. Bên cạnh đó, với tư cách là thành viên của Hội đồng bồi thường, hỗ trợ, tái định cư, Mặt trận Tổ quốc tham gia góp ý và quyết định về kế hoạch, thời gian thực hiện việc khảo sát, đo đạc đất và kiểm kê tài sản gắn liền với đất. Truy xuất vấn đề đặt ra câu hỏi liệu rằng Mặt trận Tổ quốc Việt Nam có phải là “cơ quan, tổ chức khác được Nhà nước giao nhiệm vụ thực hiện quản lý hành chính” có quyền ban hành quyết định hành chính, có khả năng bị khởi kiện theo Khoản 1, Khoản 3 Điều 3 Luật TTHC năm 2015 hay không. Điều này cho đến nay vẫn chưa được làm rõ khi không một văn bản nào giải thích cơ quan, tổ chức được nhà nước giao nhiệm vụ quản lý nhà nước bao hàm những cơ quan, chủ thể nào. Điều này gây trở ngại không nhỏ đến chủ thể tiến hành khiếu kiện. Ngược lại, khi đối sánh cùng Điều 30, 31, 32 Luật TTHC năm 2015 không tồn tại chức

năng xét xử của Tòa án với quyết định hành chính, hành vi hành chính nào ngoài cơ quan hành chính nhà nước ban hành. Từ đó, cần có những văn bản hướng dẫn cụ thể cơ quan, tổ chức nào được giao thực hiện quản lý hành chính, trong trường hợp nào, ban hành những loại quyết định gì thì người dân có quyền khiếu kiện. Điều này cần được pháp luật làm rõ tường minh vấn đề.

Thứ ba, quyền khiếu nại lần khiếu kiện hành chính ở nước ta thường đặt sau các quyền khác. Ví dụ: theo Khoản 6 Điều 17 Nghị định 43/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 thì quyền này bị đặt sau quyền được bồi thường, hỗ trợ, tái định cư, sau vấn đề thu hồi đất, lần cưỡng chế thu hồi đất. Đơn cử: *“Trong khi chưa có quyết định giải quyết khiếu nại thì vẫn phải tiếp tục thực hiện quyết định thu hồi đất, quyết định cưỡng chế thu hồi đất. Trường hợp cơ quan nhà nước có thẩm quyền giải quyết khiếu nại có kết luận thì phải dừng cưỡng chế nếu việc cưỡng chế chưa hoàn thành; hủy bỏ quyết định thu hồi đất đã ban hành và bồi thường thiệt hại do quyết định thu hồi đất gây ra nếu có”*.

Đối với trường hợp thu hồi đất có liên quan đến quyền và lợi ích cá nhân trong sử dụng đất, theo quy định của pháp luật thì Nhà nước ưu tiên tiến hành thu hồi đất theo quy định mà không phải chờ cho đến khi giải quyết xong khiếu nại, khiếu kiện giữa người có đất thu hồi và tổ chức, cá nhân có liên quan. Như vậy, trong trường hợp này, quyết định thu hồi đất được ưu tiên thực hiện trước khi có kết quả giải quyết khiếu nại, khiếu kiện của cơ quan hành chính nhà nước. Điều này cũng đồng nghĩa rằng quyết định thu hồi đất, cưỡng chế thu hồi đất được ưu tiên thực hiện trước khi có bản án quyết định, bản án của Tòa án trong quá trình giải quyết liên quan đến thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư¹⁰. Vấn đề này chưa được khách quan, công bằng, bởi xét về bản chất, người bị cưỡng chế thi hành án dân sự và cưỡng chế xử phạt vi phạm hành chính dựa trên một quyết định, bản án đã có hiệu lực của một hành vi vi pháp pháp luật, hoàn toàn khác

⁹ Khoản 1, Khoản 3 Điều 3 Luật TTHC năm 2015.

¹⁰ Phan Trung Hiền (chủ biên), *Giáo trình pháp luật về quy hoạch và giải phóng mặt bằng*, Nxb Chính trị Quốc gia năm 2017, tr.364.



với người bị cưỡng chế bởi quyết định thu hồi đất. Việc cưỡng chế thu hồi đất có thể diễn ra trong thời điểm mà các chủ thể có đất bị thu hồi vẫn chờ giải quyết khiếu nại, khiếu kiện. Điều này có nghĩa rằng vẫn chưa có một phán quyết cuối cùng bảo đảm hoàn toàn tính hợp pháp của quyết định thu hồi đất, cưỡng chế thu hồi đất. Do đó, nếu việc thi hành quyết định cưỡng chế thu hồi đất được Tòa án phán quyết trái với quy định pháp luật, thì việc tiến hành bồi thường tài sản sau cưỡng chế bao nhiêu đi chăng nữa cũng không bù đắp được những thiệt hại, bao hàm thiệt hại về vật chất, lẫn tinh thần, thiệt hại vô hình lẫn hữu hình.

2. Về phạm vi giải quyết vụ án của Tòa án hành chính trong khiếu kiện thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư

Trên cơ sở tại Điều 6 Luật TTHC năm 2015 quy định: *“trong quá trình giải quyết vụ án hành chính Tòa án có quyền xem xét tính hợp pháp của văn bản hành chính, hành vi hành chính....”*. Với quan điểm của mình, tác giả cho rằng Tòa án là cơ quan bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người dân, mặc nhiên trong quá trình giải quyết một quyết định hành chính bị khởi kiện, vấn đề xem xét tính đúng đắn của một quyết định hành chính, ngoài là quyền còn là nghĩa vụ của Tòa án. Bởi *“quyền”* được hiểu trong giới hạn có thể xem xét hoặc không xem xét, nhưng mục đích cuối cùng của trong tiến trình xét xử một vụ án hành chính là xem xét quyết định hành chính bị kiện hợp pháp hay bất hợp pháp. Từ vấn đề trên tại Điều 6 Luật TTHC năm 2015 cần có sự hiệu chỉnh như sau: *“Trong quá trình giải quyết vụ án hành chính Tòa án có quyền và nghĩa vụ xem xét tính hợp pháp của văn bản hành chính, hành vi hành chính...”* sẽ phù hợp với vai trò, đặc tính xét xử của Tòa án trong giai đoạn hiện nay.

Bên cạnh đó, có thể nhận thấy, các văn bản quy phạm pháp luật hiện hành đã góp phần giúp Tòa án phát huy vai trò của mình trong việc xử lý đối với các quyết định hành chính, hành vi hành chính có dấu hiệu trái với các quy định của pháp

luật. Tuy nhiên, trong quá trình hướng dẫn thi hành tại Tòa án, các chủ thể có thẩm quyền trong các cơ quan tư pháp có những hướng dẫn theo hướng “thu hẹp” lại thẩm quyền của những chủ thể giải quyết khiếu kiện dưới hình thức không bảo đảm tính công khai, minh bạch. Ví dụ: mặc dù quyết định phê duyệt phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư là quyết định hành chính cá biệt. Tuy nhiên, thực tế cho thấy không có Tòa án nào thực hiện biện pháp định giá tài sản, thẩm định giá tài sản đối với khiếu kiện quyết định thu hồi đất, quyết định phê duyệt phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư. Bởi lẽ, trên cơ sở hướng dẫn của Chánh án Tòa án nhân dân cấp cao thì: *“Trường hợp khiếu kiện quyết định hành chính trong lĩnh vực quản lý đất đai về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất mà có yêu cầu Tòa án xem xét về giá bồi thường thì Tòa án căn cứ vào quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất, mục đích thu hồi đất, giá đất cụ thể của loại đất thu hồi do cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định tại thời điểm quyết định thu hồi đất để giải quyết vụ án mà không được tiến hành định giá giá trị quyền sử dụng đất”*¹¹.

Hiện nay đa phần các vụ kiện ra Tòa án về bồi thường, hỗ trợ khi Nhà nước thu hồi đất đều tập trung chủ yếu vào giá bồi thường, hỗ trợ. Trong khi đó thẩm quyền của Tòa án có những giới hạn nhất định nên chưa giải quyết triệt để vấn đề. Ví dụ: Tòa án nước ta vẫn chưa được trao thẩm quyền phán xét về giá đất hay đưa ra một mức giá mà Tòa cho rằng là có căn cứ và hợp lý, bởi theo Chánh án Tòa án nhân dân tối cao thì không được tiến hành định giá giá trị quyền sử dụng đất trong lĩnh vực quản lý đất đai về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất¹². Từ vấn đề trên cần có văn bản hướng dẫn cụ thể hơn về đối tượng của khiếu kiện và thẩm quyền giải quyết khiếu kiện, không bị giới hạn vấn đề trong định giá đất. Điều này trực tiếp nâng cao hiệu quả của việc giải quyết khiếu kiện trong lĩnh vực bồi thường, hỗ trợ, tái định cư.

¹¹ Mục 13 Giải đáp số 02/GĐ-TANDTC ngày 19/09/2016 của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao về việc giải đáp một số vấn đề về tố tụng hành chính, tố tụng dân sự.

¹² Phan Trung Hiền, *Những điều cần biết về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất*, Nxb. Chính trị Quốc gia, năm 2014, tr.255.

3. Thực trạng về việc lựa chọn giữa quyền khiếu nại và khiếu kiện trong giải quyết tranh chấp liên quan đến thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư

Thông thường cá nhân, cơ quan, tổ chức khởi kiện UBND ra Tòa án chủ yếu tập trung ở các nội dung như UBND quyết định giá bồi thường quá thấp, không sát giá thị trường, tiền bồi thường tính toán sai, bồi thường chậm, thu hồi đất nhưng không hỗ trợ các chi phí có liên quan, hành vi cưỡng chế trong việc thu hồi đất chưa đúng trên cơ sở chế định pháp luật.

Trên thực tế, theo báo cáo về tình hình khiếu nại tại nước ta, cả nước phát sinh 63.492 đơn khiếu nại trong năm 2016; 56.762 đơn thư trong năm 2017 và 58.717 đơn thư khiếu nại trong năm 2019 (khiếu nại liên quan đến đất đai chiếm tỷ lệ 67,7%)¹³. Trong đó, Tòa án các cấp chỉ thụ lý 25.465 vụ án trong 5 năm (2014-2018), riêng năm 2019 Tòa án các cấp đã thụ lý 4688 vụ án hành chính¹⁴; bình quân tỷ lệ khiếu kiện vụ án hành chính ước tính trên 5000 vụ án/năm. Điều này cũng đồng nghĩa rằng tỷ lệ giải quyết khiếu nại gấp 10 lần tỷ lệ Tòa án giải quyết khiếu kiện¹⁵.

Về phương diện lý luận, khiếu kiện mang một số ưu điểm nhất định như: cơ quan giải quyết khiếu kiện là chủ thể thứ ba nên có vai trò độc lập, xem xét vụ việc một cách khách quan, công bằng nhất; quy trình tố tụng hành chính nếu đối sánh cùng quy trình giải quyết khiếu nại được quy định một cách chặt chẽ bảo đảm tính minh bạch, công khai hơn. Tuy vậy, thực tiễn giải quyết khiếu kiện liên quan đến thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư tại Tòa án lại không nhận được nhiều sự đồng thuận như đã phân tích trên. Chung quy lại nguyên nhân nào dẫn đến tình trạng này? Khi đi tìm qua một số vấn đề có liên quan, có thể nhận ra một số lý do chính yếu ngăn trở người dân khi nhờ cơ quan tài phán giải

quyết vụ án hành chính liên quan đến thu hồi đất như sau:

Thứ nhất, nếu so sánh quá trình giải quyết khiếu kiện hành chính với giải quyết khiếu nại hành chính có thể nhận thấy, khiếu nại có một số ưu điểm giúp người dân vững tâm hơn. Cụ thể: trong khiếu nại từ giai đoạn thụ lý đơn thư đến khi cho ra kết luận giải quyết vụ việc không quá 40 ngày (bao gồm 10 ngày thụ lý đơn thư và thời hạn giải quyết không quá 30 ngày), còn quy trình giải quyết khiếu kiện hành chính thường kéo dài. Điều này có thể ngăn trở đến quyền và lợi ích của người dân. Cụ thể tại Khoản 1 Điều 130 Luật TTHC năm 2015 quy định thời hạn chuẩn bị xét xử là 4 tháng đối với một quyết định hành chính kể từ ngày thụ lý vụ án. Thời điểm Tòa án thụ lý cách ngày người khởi kiện nộp đơn ước lượng có thể trên một tháng. Trong đó, một số trường hợp nhất định như vụ án phức tạp, trở ngại khách quan thời gian chuẩn bị xét xử có thể gia hạn thêm. Khi hết thời hạn chuẩn bị xét xử đến ngày mở phiên tòa xét xử sơ thẩm cách nhau 20 ngày, có thể kéo dài nhưng không quá 30 ngày. Chung quy lại, thời gian giải quyết khiếu kiện có thể trải dài 1 năm, trường hợp bản án bị kháng cáo, kháng nghị thì vụ việc tiếp tục trải qua giai đoạn xét xử phúc thẩm. Lý do chính yếu khiến khiếu kiện kéo dài thường do Tòa án phải chờ ý kiến phản hồi từ những chủ thể có quyền ban hành quyết định hành chính, từ những ý kiến từ cơ quan có thẩm quyền là căn cứ để Tòa án xét xử. Do đó, hướng đến quy trình giải quyết tinh gọn, góp phần giảm tải thời gian giải quyết vụ án hành chính, pháp luật cần đẩy mạnh xây dựng án lệ áp dụng trong tố tụng hành chính. Bên cạnh đó nhằm hạn chế tình trạng ưu tiên cơ chế thu hồi đất, cưỡng chế thu hồi đất trước khi giải quyết khiếu nại, khiếu kiện ảnh hưởng lớn đến quyền lợi của người dân căn cứ theo Khoản 6 Điều 17 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP, thiết nghĩ cần có

¹³ Hà Vũ, *Khiếu nại, tố cáo diễn biến phức tạp có nguyên nhân từ chênh lệch địa tô*, <http://vneconomy.vn/khieu-nai-to-cao-dien-bien-phuc-tap-co-nguyen-nhan-tu-chenh-lech-dia-to-20190911142220273.htm>, truy cập ngày 06/05/2020.

¹⁴ Tòa án Nhân dân tối cao, <http://congboanan.toaan.gov.vn/6tatcvn/Thong-ke>, truy cập ngày 06/05/2020

¹⁵ Thu Phương, *Trang tin quốc hội: Ủy ban pháp luật thẩm tra sơ bộ báo cáo của chính phủ về công tác giải quyết khiếu nại, tố cáo năm 2018*, <http://quochoi.vn/uybanphapluat/giamsat/Pages/giam-sat.aspx?ItemID=229>, truy cập ngày 01/04/2020.



vấn bản hướng dẫn với các trường hợp khiếu kiện liên quan đến thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư. Điều này đảm bảo rằng cần có một phán quyết cuối cùng từ Tòa án bảo đảm hoàn toàn tính hợp pháp của quyết định thu hồi đất, cưỡng chế thu hồi đất là đúng, trước khi tiến hành thu hồi đất, cưỡng chế thu hồi đất, tránh tình trạng khiếu nại, khiếu kiện liên tục kéo dài.

Thứ hai, trong tố tụng hành chính, Tòa án chỉ có quyền xem xét và có quyền quyết định bác yêu cầu khởi kiện; chấp nhận một phần hoặc toàn bộ yêu cầu khởi kiện, tuyên hủy một phần hoặc toàn bộ quyết định hành chính, buộc cơ quan nhà nước, người có thẩm quyền thực hiện hoặc chấm dứt hành vi hành chính trái pháp luật. Vấn đề đặt ra là Tòa án không thể trực tiếp thay đổi nội dung quyết định hành chính. Đơn cử, nếu chủ thể tiến hành khởi kiện yêu cầu Tòa án giải quyết liên quan đến việc bồi thường về đất thấp hơn rất nhiều so với giá thị trường. Qua quá trình định giá theo thủ tục tố tụng hành chính, nếu nhận thấy rằng Quyết định phê duyệt phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư do UBND phê duyệt thấp hơn rất nhiều khi so sánh cùng giá thị trường, tại thời điểm định giá. Theo lý lẽ công bằng Tòa án phải tuyên người dân thắng kiện. Tuy nhiên, xét trên cơ sở Luật tố tụng hành chính, Tòa án không mang chức năng, thẩm quyền thay đổi Quyết định phê duyệt phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư do UBND cấp tỉnh ban hành. Nhìn vấn đề ở một góc độ khác, Hội đồng định giá trong tố tụng do Tòa án quyết định thành lập, tựu trung lại vẫn là những cơ quan như tài chính, tài nguyên môi trường, nông nghiệp, xây dựng... đều là cơ quan chuyên môn trực thuộc UBND là cơ quan tiến hành lập phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư, mà không phải là cơ quan định giá độc lập khách quan, không chịu sự điều chỉnh từ cơ quan công quyền như ở một số quốc gia phát triển vẫn tiến hành triển khai¹⁶. Đây là một cơ chế không tạo được tính hợp lý, trung lập và công bằng trong

định giá đất. Khi đó, hầu hết các nước như Australia¹⁷, Đài Loan (Trung Quốc)¹⁸, một số nước xã hội chủ nghĩa cũ ở Đông Âu và Thái Lan trong việc xây dựng hệ thống định giá đất phục vụ tính toán giá trị bồi thường, hỗ trợ, tái định cư, cũng như giải quyết bất đồng trong khiếu kiện quyết định hành chính, pháp luật đều quy định giao cho Hiệp hội định giá (ở Việt Nam là Hội thẩm định giá). Hiệp hội định giá có vai trò rất quan trọng trong việc trợ giúp các cơ quan có thẩm quyền quyết định giá đất và giải quyết về tranh chấp giá đất để tính bồi thường, hỗ trợ, tái định cư. Từ vấn đề trên thiết nghĩ để giá bồi thường, hỗ trợ, tái định cư được xem xét bởi một cơ quan trung lập hơn UBND, cần thiết sửa đổi, bổ sung Luật TTHC theo hướng việc thành lập Hội đồng định giá trong tố tụng, liên quan đến giá bồi thường, hỗ trợ, tái định cư, Tòa án nên giao cho Hội thẩm định giá hoặc tham vấn từ Hội đồng này, đây là một trong những cơ sở quan trọng giúp Tòa án có căn cứ xem xét, đối chiếu giá bồi thường khi giải quyết những bất đồng liên quan đến khiếu kiện về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất.

Thứ ba, cơ chế thi hành bản án hành chính của Tòa án chưa được đảm bảo. Vì lẽ, trong khiếu kiện về thu hồi đất nhiều phán quyết của Tòa án cũng chỉ dừng lại ở giới hạn phán xét tính hợp lý của quyết định thu hồi đất, mà không chỉ định một phương thức xử sự hợp lý cho UBND. Suy cho cùng, sự can thiệp của Tòa án trong tố tụng hành chính chỉ dừng lại ở giới hạn hủy hoặc giữ nguyên trạng quyết định thu hồi đất ban đầu. Nếu trong tố tụng hình sự cơ quan thi hành bản án là sự phối hợp giữa Tòa án, công an cùng Viện kiểm sát, thì ngược lại Tố tụng hành chính không tồn tại cục thi hành án hành chính, giả định nếu bản án cuối cùng của Tòa án là tuyên hủy một quyết định thu hồi đất của Tòa án có thể thực thi trên thực tế, thì vẫn phải quay lại con đường hành chính. Tức là buộc UBND ban hành một quyết

¹⁶ Phan Trung Hiền- Lê Hoàng Xuân Hương, *Vì sao người dân ít chọn khiếu kiện tại Tòa án khi có sự không đồng thuận về thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư*, số tháng 05/2013, tr.53.

¹⁷ R.O. Rost and H.G. Collins, 1993, Land valuation and compensation in Australia, Australian Institute of Valuers and Land Economists.

¹⁸ Hiến pháp Cộng hòa Trung Hoa (Đài Loan); Luật chiếm giữ đất đai và Luật về bình quân địa quyền (Đài Loan).

định mới. Trường hợp quyết định mới được ban hành có dấu hiệu tiếp tục trái luật thì người dân lại khiếu kiện cứ thế được lặp đi, lặp lại¹⁹.

Về mặt nguyên tắc, kết quả giải quyết khiếu kiện là bản án có hiệu lực phải được đảm bảo thi hành (Điều 23 Luật TTHC). Tuy nhiên, sau khi Tòa án tuyên hủy quyết định thu hồi đất của UBND thì pháp luật vẫn còn thiếu chế tài hữu hiệu buộc UBND phải thi hành bản án hành chính. Điều 314 Luật TTHC năm 2015 có quy định về việc xử lý khi không thi hành án vẫn còn chung chung “tùy từng trường hợp mà bị xử phạt vi phạm hành chính, xử lý kỷ luật hoặc truy cứu trách nhiệm hình sự”. Chính cơ chế này khi thực tiễn diễn ra không rõ cơ quan nào sẽ phải đứng ra xử lý vấn đề²⁰.

Thứ tư, tại Việt Nam, quyết định hành chính về quản lý đất đai bao gồm các quyết định phê duyệt quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất; quyết định về thu hồi đất, cưỡng chế thu hồi đất, giao đất, cho thuê, chuyển mục đích sử dụng đất, trưng dụng đất; quyết định gia hạn thời hạn sử dụng đất, quyết định phê duyệt giá đất cụ thể tính bồi thường và các quyết định phê duyệt phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư²¹. Trong phạm vi giới hạn khiếu kiện hành chính, người dân chỉ được quyền khiếu kiện những quyết định mang tính cá biệt (Khoản 1 Điều 3 Luật TTHC 2015). Tuy nhiên, xét trên phương diện hệ thống pháp luật nói chung và pháp luật về khiếu kiện nói riêng chưa tồn tại những quy định giải thích cụ thể về quyết định hành chính mang tính cá biệt, vấn đề chỉ được tiếp cận dưới góc độ lý luận tại các giáo trình, công trình nghiên cứu pháp lý. Do đó, khi xác định các văn bản vừa kể trên, văn bản nào mang tính cá biệt mà người dân có quyền khiếu kiện còn tồn tại những điểm chưa đồng

nhất. Đơn cử, có quan điểm cho rằng Tòa hành chính và thủ tục tố tụng hành chính cho phép người dân kiện chính quyền, được áp dụng từ năm 1997, nhưng cho đến nay, phạm vi khởi kiện theo Luật này khá hạn chế, người dân chỉ kiện được quyết định hành chính thu hồi đất²². Quan điểm khác cho rằng hiện nay quyết định phê duyệt quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất hàng năm của cấp huyện chưa tồn tại một văn bản nào hay tài liệu nào khẳng định văn bản này mang tính quy phạm hay cá biệt. Do đó, việc nhận định văn bản này có phải là đối tượng khởi kiện hành chính hay không, còn tùy thuộc vào quan điểm của từng Tòa án²³.

Từ những vấn đề đã phân tích, để hoàn thiện cơ chế pháp lý về quyền khiếu kiện trong lĩnh vực bồi thường, hỗ trợ, tái định cư, cần hoàn thiện một số vấn đề sau đây: (i) Pháp luật cần xem xét từng bước mở rộng đối tượng trong lĩnh vực bồi thường, hỗ trợ, tái định cư nói riêng và khiếu kiện nói chung, không chỉ giới hạn trong các quyết định hành chính cá biệt. Đối với Tòa án, việc xét xử nên mở rộng phạm vi đến tất cả các quyết định hành chính. Điều này phù hợp với khung cảnh chung của luật trong điều kiện Điều 14 Bộ luật dân sự năm 2015 quy định: “*Tòa án không được từ chối giải quyết vụ việc dân sự vì lý do chưa có điều luật để áp dụng*”. Tất nhiên, thẩm quyền của Tòa dân sự và Tòa hành chính được quy định ở Việt Nam là hoàn toàn khác nhau, song điều này cũng thể hiện một ý chí tương đồng, đó là, người dân phải được bảo vệ trước quyết định hành chính và hành vi hành chính trái pháp luật, bất kể đó là quyết định hành chính cá biệt, chủ đạo hay quy phạm; (ii) pháp luật cần có những văn bản hướng dẫn cụ thể về quyết định hành chính

¹⁹ Phan Trung Hiền, *Quyền khiếu kiện khi Nhà nước thực hiện việc thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư*, Tạp chí Luật học số 07/2011, tr.15.

²⁰ Phan Trung Hiền (chủ biên), *Giáo trình pháp luật về quy hoạch và giải phóng mặt bằng*, Nxb. Chính trị Quốc gia năm 2017, tr.364.

²¹ World Bank, *Compulsory Land Acquisition and Voluntary Land Conversion in Vietnam: The Conceptual Approach, Land Valuation and Grievance Redress Mechanisms*, Hanoi, 2011.

²² Phạm Duy Nghĩa, Giải quyết tranh chấp trong thu hồi đất, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 14 (270), tháng 07/2014.

²³ Nguyễn Thành Phương - Cao Thanh Sơn, *Những bất cập trong Luật khiếu nại năm 2011- Một số trao đổi nhằm hoàn thiện*, Tạp chí Giáo dục và Xã hội, số 108 (169) tháng 03/2020, tr.70.



mang tính cá biệt là đối tượng bị khiếu kiện. Bên cạnh đó, cần hướng dẫn những quyết định hành chính như: Quyết định phê duyệt giá đất cụ thể tính bồi thường, quyết định phê duyệt kế hoạch sử dụng đất hàng năm cấp huyện là quyết định mang tính quy phạm hay cá biệt. Bởi thực tế vấn đề này vẫn còn nhiều tranh luận, khi chưa có văn bản giải thích cụ thể,²⁴ thì thực tiễn áp dụng tại Tòa án vẫn cho phép người dân tiến hành khởi kiện cả hai loại quyết định hành chính trên²⁵. Từ đó, việc giải thích rõ đối tượng quyết định hành chính cá biệt trong khiếu kiện liên quan đến bồi thường, hỗ trợ, tái định cư bao gồm những quyết định nào là vấn đề cấp thiết hiện nay.

4. Kết luận

Quyền khiếu kiện là một trong những bước tiến quan trọng khi công nhận quyền của Nhân dân được phép phản kháng lại một quyết định đơn phương từ phía Nhà nước. Trong đó, quyền

khiếu kiện ghi nhận sự bình đẳng của người khởi kiện là người dân với người bị kiện là cơ quan nhà nước; nhìn chung, với lĩnh vực thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư là một trong những hoạt động có ảnh hưởng trực tiếp đến đời sống, sinh kế, nơi ăn, chốn ở của đối tượng bị Nhà nước tiến hành thu hồi đất. Do đó, cơ chế giải quyết khiếu kiện trong lĩnh vực này phải bảo đảm tiến hành nhanh chóng, bảo đảm được phán quyết công bằng, bảo đảm tính tối thượng của pháp luật, đồng thời có cơ chế dễ dàng tiếp cận cho người dân hiểu được mình có quyền khởi kiện ai, đối tượng khởi kiện là gì... là yêu cầu cấp thiết hiện nay.

Khi người dân tin tưởng chọn khiếu kiện tại Tòa án nhằm giải quyết những bất đồng liên quan đến vấn đề thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư đồng nghĩa rằng, Tòa án sẽ trở về đúng vị trí, vai trò của mình là bảo vệ công lý, xét xử độc lập và chỉ tuân thủ pháp luật./.

²⁴ Phan Trung Hiền (chủ biên), *Giáo trình pháp luật về quy hoạch và giải phóng mặt bằng*, Nxb. Chính trị Quốc gia sự thật, năm 2017, tr.89.

²⁵ Bản án 522/2018/HC-PT ngày 04/10/2018 về khiếu kiện quyết định hành chính quản lý đất đai.

NHẬN DIỆN BẤT CẬP TRONG QUY ĐỊNH XỬ PHẠT VI PHẠM HÀNH CHÍNH VỀ TRẬT TỰ CÔNG CỘNG

(Tiếp theo trang 55)

Như vậy, có thể hiểu, tùy từng trường hợp cụ thể, căn cứ vào “*mức độ vi phạm*”, chủ thể có thẩm quyền sẽ quyết định có áp dụng hình thức xử phạt trực xuất hay không...

Thông qua quá trình khảo sát những nghị định về xử phạt vi phạm hành chính trong các lĩnh vực, tác giả nhận thấy có 08 nghị định quy định về hình thức xử phạt trực xuất. Trong 08 nghị định đã nêu thì phần lớn các nghị định quy định cụ thể về hành vi vi phạm bị áp dụng hình thức xử phạt trực xuất. Đơn cử, theo Khoản 5, 6 Điều 27 Nghị định số 159/2013/NĐ-CP xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động báo chí xuất bản thì hành vi “*tàng trữ, phát hành xuất bản phẩm có nội dung bị cấm trong hoạt động xuất bản*” sẽ bị phạt tiền từ 20.000.000 đồng đến 30.000.000 đồng (hình thức xử phạt chính), đồng thời bị áp dụng hình thức xử phạt bổ sung là trực xuất. Tương tự, theo Khoản 8 Điều 6 Nghị định số 67/2017/NĐ-CP xử phạt vi phạm

hành chính trong lĩnh vực dầu khí, kinh doanh xăng dầu và khí thì người nước ngoài có hành vi “*tiến hành hoạt động tìm kiếm, thăm dò dầu khí tại khu vực Nhà nước tuyên bố cấm hoặc tạm thời cấm mà chưa phát sinh các nguồn lợi hoặc số tiền thu lợi bất chính dưới 100.000.000 đồng*” sẽ bị phạt tiền từ 800.000.000 đồng đến 1.000.000.000 đồng và bị áp dụng hình thức xử phạt bổ sung là trực xuất. Quy định cụ thể, rõ ràng như trên tạo điều kiện thuận lợi cho việc áp dụng pháp luật thống nhất.

Do đó, tác giả kiến nghị, khi sửa đổi Nghị định số 167/2013/NĐ-CP, Chính phủ cần quy định cụ thể vi phạm hành chính nào về trật tự công cộng bị áp dụng hình thức xử phạt trực xuất. Trên cơ sở đó, người có thẩm quyền chỉ cần căn cứ vào hành vi vi phạm về trật tự công cộng mà quyết định áp dụng hình thức xử phạt trực xuất. Có như vậy thì việc áp dụng pháp luật mới trở nên thống nhất, khách quan, công bằng, đúng pháp luật./.

QUYỀN SỬ DỤNG ĐẤT ĐƯỢC KÊ BIÊN ĐỂ THI HÀNH ÁNBùi Nguyễn Phương Lê¹

Tóm tắt: Luật thi hành án dân sự năm 2008 (Luật THADS năm 2008) đã dành một mục riêng để quy định về việc cưỡng chế đối với tài sản là quyền sử dụng đất do tính chất đặc thù của loại tài sản này. Tuy nhiên, trong thực tiễn áp dụng còn nhiều khó khăn, vướng mắc cần được tháo gỡ để tạo thuận lợi cho các chấp hành viên (CHV) trong quá trình tổ chức thi hành án (THA), đặc biệt là quy định về điều kiện kê biên quyền sử dụng đất. Bài viết phân tích quy định pháp luật về điều kiện kê biên đối với quyền sử dụng đất tại Điều 110 Luật THADS năm 2008 và thực tiễn áp dụng quy định này. Kết quả nghiên cứu nhằm đề xuất các giải pháp để hoàn thiện các quy định pháp luật về điều kiện kê biên quyền sử dụng đất, góp phần nâng cao hiệu quả công tác thi hành án dân sự.

Từ khóa: Điều kiện kê biên, quyền sử dụng đất chưa được cấp giấy chứng nhận, tranh chấp đất đai, Luật thi hành án dân sự.

Nhận bài: 10/06/2020; Hoàn thành biên tập: 05/07/2020; Duyệt đăng: 27/07/2020.

Abstract: The law on enforcement of civil judgments in 2008 regulates coercive enforcement regarding asset of land use rights in a separate clause under typical features of this property. However, difficulties and obstacles to be tackled in application to create favorable condition for the enforcer in enforcement especially regulations on conditions to distraint land use rights at Article 110 of the law on enforcement of civil judgments in 2008 and application of this regulation. The research's results aim to suggest solutions to finalize legal regulations on conditions to distraint land use rights, making contribution to enhancement of enforcement of civil judgments.

Keywords: Conditions to distraint, land use rights without certificate, land disputes, law on enforcement of civil judgments.

Date of receipt: 10/06/2020; Date of revision: 05/07/2020; Date of Approval: 27/07/2020.

1. Khái quát về các điều kiện kê biên quyền sử dụng đất để thi hành án

Điều 110 về “Quyền sử dụng đất được kê biên, bán đấu giá để thi hành án” Luật THADS năm 2008 quy định:

“1. CHV chỉ kê biên quyền sử dụng đất của người phải thi hành án thuộc trường hợp được chuyển quyền sử dụng theo quy định của pháp luật về đất đai.

2. Người phải THA chưa được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất nhưng thuộc trường hợp được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất theo quy định của pháp luật về đất đai hoặc thuộc diện quy hoạch phải thu hồi đất, nhưng chưa có quyết định thu hồi đất thì vẫn được kê biên, xử lý quyền sử dụng đất đó”.

Như vậy, để kê biên, xử lý quyền sử dụng đất, ngoài Điều 110 Luật THADS năm 2008, CHV còn phải đối chiếu với quy định của pháp luật đất đai về trường hợp được chuyển quyền sử dụng. Cụ thể, khi kê biên quyền sử dụng đất, CHV phải căn cứ Điều 188 về “Điều kiện thực hiện các quyền

chuyển đổi, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, thừa kế, tặng cho, thế chấp quyền sử dụng đất, góp vốn bằng quyền sử dụng đất”; Điều 175 về “Quyền và nghĩa vụ của tổ chức kinh tế, tổ chức sự nghiệp công lập sử dụng đất thuê trả tiền thuê đất hàng năm”; Điều 194 về “Điều kiện chuyển nhượng quyền sử dụng đất trong thực hiện dự án đầu tư xây dựng kinh doanh nhà ở; dự án đầu tư xây dựng kết cấu hạ tầng để chuyển nhượng hoặc cho thuê” Luật đất đai năm 2013. Khi kê biên quyền sử dụng đất phải đảm bảo các điều kiện sau:

- Quyền sử dụng đất phải có giấy chứng nhận, trừ trường hợp người nước ngoài hoặc người Việt Nam định cư ở nước ngoài không thuộc đối tượng được mua nhà ở gắn liền với quyền sử dụng đất ở tại Việt Nam và trường hợp nhận thừa kế quyền sử dụng đất;

- Quyền sử dụng đất chưa được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất mà thuộc trường hợp được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất theo quy định của pháp luật về đất đai hoặc thuộc diện quy hoạch phải thu hồi đất, nhưng chưa có quyết định thu hồi đất;

¹ Thạc sỹ, Giảng viên Học viện Tư pháp; NCS Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.



- Đất không có tranh chấp;
- Quyền sử dụng đất không bị kê biên để bảo đảm THA;
- Trong thời hạn sử dụng đất.

Bên cạnh đó, theo quy định tại Điều 175 Luật đất đai năm 2013 thì tổ chức kinh tế, tổ chức sự nghiệp công lập sử dụng đất thuê trả tiền thuê đất hàng năm không được chuyển quyền sử dụng đất mà chỉ được chuyển quyền đối với tài sản gắn liền với đất. Do đó, đối với quyền sử dụng đất thuê trả tiền thuê đất hàng năm, chấp hành viên không được kê biên.

2. Về điều kiện có giấy chứng nhận quyền sử dụng đất

Điều kiện đầu tiên để CHV có thể kê biên quyền sử dụng đất là quyền sử dụng đất phải thuộc quyền sử dụng của người phải THA và quyền sử dụng đất đó phải được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất.

Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất là chứng thư pháp lý để Nhà nước xác nhận quyền sử dụng đất của người có quyền sử dụng đất². Vì vậy, việc đặt ra điều kiện này để thực hiện các quyền của người sử dụng đất và điều kiện để kê biên quyền sử dụng đất là hợp lý.

Tuy nhiên, trên thực tế áp dụng, pháp luật vẫn cần có những quy định cụ thể để giải quyết các vấn đề vướng mắc phát sinh từ đời sống xã hội để hạn chế tình trạng khó khăn về thủ tục và tốn kém các chi phí cho quá trình THA. Cụ thể như trường hợp kê biên quyền sử dụng đất khi tài sản vẫn mang tên người được THA của tác giả Nguyễn Nhân.

Bản án phúc thẩm ngày 05/08/2014 của Tòa án nhân dân tỉnh Đ xét xử vụ “Tranh chấp kiện đòi tài sản cho mượn” giữa ông D, bà H với ông T đã tuyên:

Ông T mua lại nhà đất của ông D, bà H với giá 600 triệu đồng. Ông T được quyền sở hữu, sử dụng đối với thửa đất số 137 cùng toàn bộ công trình trên đất mang tên ông D, bà H; có trách nhiệm trả ông D, bà H số tiền 600 triệu đồng; có nghĩa vụ liên hệ với cơ quan nhà nước có thẩm quyền để làm thủ tục đăng ký quyền sử dụng đất theo quy định.

Ngày 10/11/2014, Chi cục THADS huyện H đã ra quyết định THA: buộc ông T phải thanh toán

trả cho ông D, bà H số tiền 600 triệu đồng và lãi suất chậm THA.

Quá trình tổ chức THA, CHV đã xác định ông T hiện có tài sản là quyền sử dụng đất tại thửa 137 đều mang tên ông D, bà H (tài sản này chính là tài sản ông T đã thỏa thuận mua lại của ông D, bà H tại phiên tòa phúc thẩm, nhưng không thanh toán tiền nên ông D, bà H không làm thủ tục chuyển quyền sở hữu, sử dụng).

Ngày 14/07/2015, CHV đã ra quyết định cưỡng chế kê biên quyền sử dụng đất và tài sản trên đất đối với ông T.

Sau khi kê biên, CHV đã nhận đơn khiếu nại của ông T vì việc kê biên không đúng chủ thể đứng tên trên giấy chứng nhận, đồng thời, chấp hành viên cũng nhận được đề nghị dừng việc tổ chức THA vì khi CHV kê biên, nhà, đất vẫn thuộc quyền sở hữu, sử dụng của người khác (là ông D, bà H).

Như vậy, xét về khía cạnh quyền sở hữu thì ông T có quyền sở hữu, sử dụng đối với thửa đất số 137 cùng toàn bộ công trình trên đất theo đúng nội dung của bản án phúc thẩm ngày 05/08/2014 của Tòa án nhân dân tỉnh Đ. Tuy nhiên, tài sản này, về mặt hình thức lại chưa đứng tên ông T do ông T chưa làm thủ tục đăng ký quyền sở hữu, sử dụng. Tuy nhiên, trong trường hợp ông T không tự nguyện thi hành khoản tiền trả cho ông D, bà H, cơ quan THADS căn cứ quy định tại Điều 110 Luật THADS và Điều 95 Luật đất đai năm 2013 để kê biên tài sản, bảo đảm nghĩa vụ THA của ông T³.

Đối chiếu với quy định tại Điều 110 Luật THADS năm 2008, chúng ta thấy rằng, quy định chưa được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất mà thuộc trường hợp được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất theo quy định của pháp luật về đất đai là trường hợp được xem xét để cấp giấy chứng nhận lần đầu. Trong khi đó, với tình huống được nêu ở trên thì giấy chứng nhận đã được cấp cho người có quyền sở hữu, sử dụng, nhưng sau đó, Tòa án đã công nhận hợp đồng mua bán giữa ông T và ông D, bà H. Tuy nhiên, do muốn trốn tránh nghĩa vụ THA, ông T chưa làm thủ tục để được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất. Vì vậy, không thể áp dụng quy định này để kê biên tài sản. Bên cạnh đó, Điều 95 Luật đất đai năm 2013

² Khoản 16 Điều 3 Luật đất đai năm 2013.

³ Nguyễn Nhân (2016), *Kê biên quyền sử dụng đất mang tên người được thi hành án để đảm bảo thi hành nghĩa vụ thi hành án của người phải thi hành án*, http://thads.moj.gov.vn/noidung/tintuc/lists/nghiencuutraodoi/view_detail.aspx?itemid=801.

quy định về vấn đề đăng ký đất đai thì người sử dụng đất phải thực hiện thủ tục đăng ký biến động. Trong tình huống này, người đăng ký biến động phải là ông T mà không phải là người sẽ nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất của ông T sau khi bán tài sản kê biên. Hơn nữa, nếu quyền sử dụng đất đang mang tên ông D, bà H thì công chứng viên sẽ không công chứng hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất do không đúng chủ thể. Thực tế, để tổ chức THA, CHV đã yêu cầu ông T (người phải THA) phải tiến hành thủ tục để được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất nhưng ông T không thực hiện. Nếu chấp hành viên kê biên thì vướng về thủ tục nhưng nếu không kê biên thì làm ảnh hưởng đến quyền lợi hợp pháp của người được thi hành án. Đây là một nội dung cần được hướng dẫn cụ thể, tránh trường hợp sai phạm hoặc làm chậm tiến trình tổ chức thi hành án.

Khắc phục vấn đề này, pháp luật về công chứng cần bổ sung quy định về các giấy tờ thay thế khi xem xét để chứng nhận các giao dịch trong đó, bản án của Tòa án công nhận quyền sử dụng đất của một chủ thể cũng là căn cứ để chứng nhận giao dịch. Pháp luật về đất đai cần bổ sung quy định về việc cho phép cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất cho người đã nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất trong trường hợp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất vẫn mang tên người khác nhưng được cơ quan THA kê biên, bán đấu giá theo đúng quy định của pháp luật.

3. Về điều kiện đất không có tranh chấp

Điều kiện đất không có tranh chấp cũng là một trong những điều kiện cần phải xem xét trước khi kê biên quyền sử dụng đất. Luật đất đai năm 2013 quy định “*Tranh chấp đất đai là tranh chấp về quyền, nghĩa vụ của người sử dụng đất giữa hai hoặc nhiều bên trong quan hệ đất đai*”⁴. Tuy nhiên, khái niệm này dẫn đến nhiều cách hiểu khác nhau khiến cho việc áp dụng trên thực tế còn gặp nhiều khó khăn:

Thứ nhất, dấu hiệu nào để xem một trường hợp đất đang có tranh chấp để kê biên hay không kê biên. Chỉ cần có đơn đề nghị không kê biên của cá nhân, tổ chức vì đang có tranh chấp hay phải xuất trình các chứng cứ như đã có đơn khởi kiện

nộp tại Tòa án, hay đơn yêu cầu hoà giải tranh chấp đất đai nộp tại UBND cấp xã nơi có đất? Theo tác giả Lưu Quốc Thái “*Căn cứ vào trình tự, thủ tục giải quyết tranh chấp đất đai được pháp luật hiện hành quy định, khi người sử dụng đất nộp đơn yêu cầu hoà giải tranh chấp đất đai tại UBND cấp xã nơi có đất thì được coi là có tranh chấp*”⁵. Tuy nhiên, cách hiểu này nếu áp dụng để hạn chế quyền kê biên tài sản của CHV trong hoạt động THADS theo chúng tôi là không hợp lý. Bởi lẽ, nếu so sánh thì thủ tục nộp đơn yêu cầu hoà giải tranh chấp đất đai tại UBND xã sẽ đơn giản hơn rất nhiều so với nộp đơn khởi kiện tại Tòa án và Tòa án đã thụ lý vụ việc. Vì vậy, nếu coi đây là tranh chấp đất đai để không được kê biên tài sản thì người phải THA có thể tận dụng “kẽ hở” này để trì hoãn quá trình THA. Với lý do trên, chúng tôi cho rằng, dấu hiệu để xác định đất có tranh chấp để không kê biên tài sản nên là có tranh chấp đất đai và đã được Tòa án thụ lý giải quyết.

Thứ hai, về chủ thể của tranh chấp đất đai. Hiện còn tồn tại hai cách hiểu khác nhau về chủ thể của tranh chấp đất đai. Cách hiểu thứ nhất, chủ thể của tranh chấp đất đai là người sử dụng đất. Cách hiểu thứ hai, chủ thể của tranh chấp đất đai là tất cả các bên trong quan hệ pháp luật về đất đai, không chỉ bao gồm người sử dụng đất mà còn bao gồm các cơ quan nhà nước với tư cách là đại diện chủ sở hữu, cơ quan quản lý hành chính trong lĩnh vực đất đai. Theo tác giả Nguyễn Thuỳ Trang, chủ thể tranh chấp đất đai nên được hiểu theo cách thứ hai. Để chứng minh cho quan điểm của mình, tác giả đã đưa ra các ví dụ về trường hợp tranh chấp liên quan đến quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền mà không phải tranh chấp có nguồn gốc phát sinh từ giao dịch của những người sử dụng đất. Mặc dù có sự xuất hiện của chủ thể sử dụng đất nhưng nguồn gốc của tranh chấp “ai có quyền sử dụng đất” là các quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Đồng thời khẳng định, trong quan hệ pháp luật về đất đai, luôn có sự xuất hiện của cơ quan nhà nước với tư cách vừa là đại diện chủ sở hữu, vừa là cơ quan quản lý nhà nước và/hoặc người sử dụng đất⁶. Chúng tôi đồng tình

⁴ Khoản 24, Điều 3 Luật đất đai năm 2013.

⁵ Lưu Quốc Thái (2014), *Hoàn thiện pháp luật về chuyển nhượng quyền sử dụng đất trong điều kiện kinh tế thị trường*, Tạp chí khoa học pháp lý số 04/2014, tr.18.

⁶ Nguyễn Thuỳ Trang (2017), *Điều kiện thực hiện quyền chuyển nhượng quyền sử dụng đất ở*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 06 (334), tháng 03/2017, tr.52.



với cách hiểu thứ hai về chủ thể tranh chấp đất đai. Bởi lẽ, dù tranh chấp đất đai là của các chủ sử dụng đất với nhau hay của chủ sử dụng đất với cơ quan nhà nước có thẩm quyền thì quyền của chủ sử dụng đất đối với quyền sử dụng đất có thể bị ảnh hưởng dẫn đến mất an toàn trong giao dịch với người nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất.

Thứ ba, về nội dung của tranh chấp đất đai. Theo quy định tại Khoản 24 Điều 3 Luật đất đai năm 2013, nội dung của tranh chấp đất đai được định nghĩa là tranh chấp về quyền và nghĩa vụ của người sử dụng đất. Có ý kiến cho rằng, nội dung tranh chấp như vậy là quá rộng đến mức bất hợp lý (tranh chấp cả nghĩa vụ của người sử dụng đất) mà nếu cơ quan nhà nước máy móc dựa vào khái niệm này để xác định có tranh chấp đất đai hay không sẽ gây ra nhiều khó khăn cho người sử dụng đất trong việc thực hiện quyền giao dịch quyền sử dụng đất của mình⁷. Ý kiến khác lại đồng tình nội dung tranh chấp nên bao gồm cả quyền và nghĩa vụ của người sử dụng đất nhưng cần được quy định cụ thể và làm rõ các tranh chấp về quyền và nghĩa vụ của người sử dụng đất ở mức độ nào thì được xem là tranh chấp đất đai. Ví dụ tranh chấp đất đai liên quan đến quyền sử dụng bất động sản liên kế không nên xem là trường hợp đề hạn chế giao dịch chuyển nhượng quyền sử dụng đất⁸.

Từ các phân tích trên, có thể thấy, tranh chấp đất đai là khái niệm cần phải được làm rõ trong pháp luật về đất đai. Tuy nhiên, THADS là một hoạt động có tính đặc thù, trong đó, việc định đoạt tài sản không phụ thuộc vào ý chí của chủ sở hữu tài sản mà thuộc về cơ quan nhà nước có thẩm quyền (là cơ quan thi hành án dân sự). Vì vậy, để không ảnh hưởng đến quyền, lợi ích hợp pháp của các bên đương sự cũng như người thứ ba (người mua tài sản), pháp luật về THADS cần hướng dẫn cụ thể về các trường hợp được coi là tranh chấp đất đai để không kê biên quyền sử dụng đất như sau:

Một là, cần quy định cơ quan THA sẽ không kê biên khi có quyết định thụ lý của Tòa án đối với tranh chấp đất đai;

Hai là, cần quy định chủ thể của tranh chấp đất đai theo nghĩa rộng, không chỉ bao gồm người sử dụng đất mà còn bao gồm các cơ quan nhà nước với tư cách là đại diện chủ sở hữu, cơ quan quản lý hành chính trong lĩnh vực đất đai;

Ba là, cần quy định các dấu hiệu để nhận biết những tranh chấp ảnh hưởng đến quyền sử dụng đất.

4. Về điều kiện quyền sử dụng đất không bị kê biên để đảm bảo thi hành án

Việc kê biên tài sản để đảm bảo thi hành án không chỉ được quy định trong pháp luật về thi hành án dân sự mà còn được quy định trong pháp luật về tố tụng dân sự, pháp luật về tố tụng hình sự.

Trong pháp luật về tố tụng hình sự, kê biên tài sản là một biện pháp cưỡng chế được áp dụng đối với bị can, bị cáo về tội mà Bộ luật hình sự quy định hình thức phạt tiền hoặc có thể bị tịch thu tài sản hoặc để bảo đảm bồi thường thiệt hại. Thủ trưởng, Phó Thủ trưởng Cơ quan điều tra các cấp, Viện trưởng, Phó Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân, Viện trưởng, Phó Viện trưởng Viện kiểm sát quân sự các cấp, Chánh án, Phó Chánh án Tòa án nhân dân, Chánh án, Phó Chánh án Tòa án quân sự các cấp, Hội đồng xét xử, thẩm phán chủ tọa phiên tòa có quyền ra lệnh kê biên tài sản⁹.

Trong pháp luật về tố tụng dân sự, kê biên tài sản là một biện pháp khẩn cấp tạm thời. Trong quá trình giải quyết vụ án, đương sự, người đại diện hợp pháp của đương sự hoặc cơ quan, tổ chức, cá nhân khởi kiện vụ án có quyền yêu cầu Tòa án đang giải quyết vụ án đó áp dụng một hoặc nhiều biện pháp khẩn cấp tạm thời để tạm thời giải quyết yêu cầu cấp bách của đương sự, bảo vệ tính mạng, sức khỏe, tài sản, thu thập chứng cứ, bảo vệ chứng cứ, bảo toàn tình trạng hiện có tránh gây thiệt hại không thể khắc phục được, đảm bảo cho việc giải quyết vụ án hoặc việc THA¹⁰.

Trong pháp luật về THADS, kê biên tài sản là một biện pháp cưỡng chế THA được áp dụng trong trường hợp người phải THA có nghĩa vụ về tiền đã hết thời hạn tự nguyện THA mà người phải

⁷ Lưu Quốc Thái (2014), *Hoàn thiện pháp luật về chuyển nhượng quyền sử dụng đất trong điều kiện kinh tế thị trường*, Tạp chí khoa học pháp lý số 04/2014, tr.18.

⁸ Nguyễn Thuý Trang (2017), *Điều kiện thực hiện quyền chuyển nhượng quyền sử dụng đất ở*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 06 (334), tháng 03/2017, tr.51.

⁹ Điều 128 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015.

¹⁰ Điều 111, Điều 114 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015.

THA không tự nguyện THA và người phải THA có tài sản để thi hành nghĩa vụ¹¹.

Như vậy, khi đã có lệnh kê biên tài sản hoặc quyết định kê biên tài sản của các cơ quan có thẩm quyền thì CHV sẽ không được kê biên quyền sử dụng đất đó nữa. Đây là quy định hợp lý, tránh tình trạng có nhiều chủ thể khác nhau, tại những thời điểm khác nhau cùng kê biên một tài sản.

5. Về điều kiện trong thời hạn sử dụng đất

Theo quy định tại Điều 188 Luật đất đai năm 2013 đất hết thời hạn sử dụng đất sẽ không được chuyển quyền sử dụng đất, do đó, cũng không đủ điều kiện để kê biên. Tuy nhiên, thực tế hoạt động THA đối với quyền sử dụng đất hết thời hạn sử dụng đất vẫn còn những hạn chế, bất cập sau:

Thứ nhất, trước thời điểm kê biên quyền sử dụng đất, CHV xác minh được biết quyền sử dụng đất đã hết thời hạn sử dụng. Theo quy định tại Điều 110 Luật THADS năm 2008 và Điều 188 Luật đất đai năm 2013 thì CHV không được quyền kê biên trong trường hợp này do trong giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, đất đã hết thời hạn sử dụng. Quy định này sẽ hợp lý trong trường hợp người có quyền sử dụng đất có nhu cầu chuyển nhượng quyền sử dụng đất cho người khác xuất phát từ mục đích cá nhân của người sử dụng đất nên họ sẽ phải đảm bảo các điều kiện để có thể chuyển nhượng. Tuy nhiên, trong trường hợp kê biên quyền sử dụng đất thì việc chuyển nhượng quyền sử dụng đất cho người khác là để đảm bảo thi hành nghĩa vụ trả tiền của người phải THA nên mục đích chuyển nhượng quyền sử dụng đất đã có sự khác biệt. Do vậy, nếu vẫn áp dụng quy định về việc hết thời hạn sử dụng đất để không kê biên quyền sử dụng đất là không hợp lý. Bởi lẽ, theo quy định tại Điều 126 Luật đất đai năm 2013, sau khi hết hạn sử dụng đất, người có quyền sử dụng đất vẫn được gia hạn sử dụng đất nếu có nhu cầu. Tuy nhiên, để được gia hạn sử dụng đất, người sử dụng đất phải đáp ứng được một số yêu cầu và/hoặc phải thực hiện một số thủ tục pháp luật quy định đối với từng loại đất. Ví dụ như: đối với đất nông nghiệp thì điều kiện để được gia hạn sử dụng đất phải là hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất nông nghiệp, nghĩa là phải có nguồn thu nhập

ổn định từ sản xuất nông nghiệp trên đất đó¹²; đối với trường hợp giao đất, cho thuê đất đối với tổ chức để sử dụng vào mục đích sản xuất nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối thì người sử dụng đất phải nộp 01 bộ hồ sơ đề nghị gia hạn sử dụng đất trước khi hết hạn sử dụng đất tối thiểu là 06 tháng¹³.

Như vậy, dù là đất nông nghiệp hay là loại đất khác, khi hết thời hạn sử dụng đất thì người sử dụng đất không đương nhiên mất quyền sử dụng đất mà vẫn được gia hạn sử dụng đất nếu có nhu cầu. Do đó, nếu không có quy định riêng mà vẫn áp dụng quy định tại Điều 188 Luật đất đai năm 2013 về điều kiện để kê biên quyền sử dụng đất là không phù hợp. Bởi thực tế, người sử dụng đất vẫn đang chiếm giữ, sử dụng đất, còn về mặt pháp lý thì họ bị hạn chế chuyển nhượng do hết thời hạn sử dụng đất. Việc không kê biên quyền sử dụng đất này sẽ làm ảnh hưởng đến quyền lợi hợp pháp của người được THA khi người phải THA cố tình không thực hiện các thủ tục để gia hạn sử dụng đất nhằm trốn tránh nghĩa vụ.

Thứ hai, tại thời điểm CHV tiến hành kê biên thì quyền sử dụng đất chưa hết thời hạn nhưng sau khi kê biên quyền sử dụng đất hết thời hạn sử dụng do quá trình bán và giảm giá nhiều lần nhưng không có người đăng ký mua tài sản. Trong trường hợp này, tại thời điểm kê biên, quyền sử dụng đất vẫn đáp ứng đủ điều kiện đất trong thời hạn sử dụng đất nhưng sau đó lại hết thời hạn sử dụng khiến chấp hành viên lúng túng trong việc xử lý hậu quả do pháp luật chưa có quy để giải quyết trường hợp này.

Vì lẽ đó, tác giả cho rằng quy định này cần được xem xét lại để đảm bảo phù hợp với thực tiễn của hoạt động THADS cũng như bảo vệ cho quyền, lợi ích hợp pháp của các bên đương sự. Cụ thể, pháp luật về THADS cần có quy định cho phép CHV được kê biên quyền sử dụng đất trong trường hợp hết thời hạn sử dụng đất để đảm bảo cân bằng quyền lợi của các bên tham gia vào quá trình THA. Đồng thời, pháp luật về đất đai cần có quy định ngoại lệ trong trường hợp cho phép được gia hạn thời hạn sử dụng đất cho người nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất do cơ quan THA kê biên, xử lý để đảm bảo THA.

¹¹ Điều 45, Điều 71 Luật thi hành án dân sự 2014.

¹² Khoản 1 Điều 126, Khoản 30 Điều 3 Luật đất đai năm 2013.

¹³ Khoản 1 Điều 74 Nghị định số 43/2013/NĐ-CP.



6. Quyền sử dụng đất chưa được cấp giấy chứng nhận nhưng thuộc trường hợp được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất theo quy định của pháp luật về đất đai

Thông tin từ Tổng cục Quản lý đất đai - Bộ Tài nguyên và Môi trường cho biết, tính đến nay, tỷ lệ cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất (sổ đỏ) lần đầu trên cả nước đã đạt trên 96,9% tổng diện tích các loại đất cần cấp. Trong số đó, đất sản xuất nông nghiệp đạt 92,9%; đất lâm nghiệp đạt 98,2%; đất nuôi trồng thủy sản đạt 86,1%; đất ở nông thôn đạt 96,1%; đất ở đô thị đạt 98,3%; đất chuyên dùng đạt 86,9%; cơ sở tôn giáo đạt 83,6%¹⁴. Như vậy, vẫn còn một số lượng nhất định quyền sử dụng đất chưa được cấp giấy chứng nhận. Để đảm bảo sự cân bằng quyền lợi của người được THA và người phải THA, pháp luật THADS đã quy định cho phép CHV được quyền kê biên tài sản là quyền sử dụng đất của người phải THA chưa được cấp giấy chứng nhận nhưng thuộc trường hợp được cấp giấy chứng nhận theo quy định của pháp luật về đất đai¹⁵.

Tuy nhiên, hành lang pháp lý để quy định này được thực thi lại chưa cụ thể, rõ ràng, dẫn đến những khó khăn của CHV trong quá trình áp dụng. Theo quy định tại Khoản 1 Điều 188 Luật đất đai năm 2013 một trong những điều kiện thực hiện quyền chuyển nhượng quyền sử dụng đất là phải có giấy chứng nhận. Đồng thời, hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất chỉ có hiệu lực khi được công chứng hoặc chứng thực¹⁶. Căn cứ vào các quy định này, các cơ quan có thẩm quyền công chứng, chứng thực hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất chỉ công chứng, chứng thực khi quyền sử dụng đất được cấp giấy chứng nhận. Tại điểm d Khoản 1 Điều 40 Luật công chứng năm 2014 cũng quy định hồ sơ yêu cầu công chứng phải có bản sao Giấy chứng nhận quyền sở hữu, quyền sử dụng hoặc bản sao giấy tờ thay thế được pháp luật quy định đối với tài sản mà pháp luật quy định phải đăng ký quyền

sở hữu, quyền sử dụng trong trường hợp hợp đồng, giao dịch liên quan đến tài sản đó¹⁷. Mặc dù điều luật này có nhắc đến khái niệm “giấy tờ thay thế” nhưng không có văn bản pháp luật nào quy định thế nào là giấy tờ thay thế dẫn đến việc các cơ quan có thẩm quyền công chứng, chứng thực từ chối chứng nhận hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất kể cả trong trường hợp chấp hành viên đã thực hiện việc kê biên, xử lý tài sản. Ví dụ: “*Tài sản bán đấu giá là quyền sử dụng đất 70m² chưa có giấy chứng nhận quyền sử dụng đất nhưng thuộc diện được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất tại khu D, xã H, huyện M, thành phố H. Người trúng đấu giá là ông Nguyễn Huy Hoàng, khi ký kết hợp đồng mua bán tài sản trên, công chứng viên đã từ chối công chứng hợp đồng mua bán tài sản bán đấu giá đối với quyền sử dụng đất nêu trên. Kết quả là sau nhiều lần bán đấu giá không thành, tài sản THA cuối cùng đã được đấu giá thành nhưng không ký được hợp đồng mua bán với người trúng đấu giá và các bên phải thỏa thuận hủy kết quả đấu giá*”¹⁸. Thực tế trên dẫn đến quy định tại Khoản 2 Điều 110 Luật THADS năm 2013 trở thành một điều luật không có giá trị áp dụng trong thực tiễn.

Theo chúng tôi, pháp luật về THADS cần phải loại bỏ điều luật này. Bởi lẽ, đối với hoạt động kê biên quyền sử dụng đất để THA thì để có được các giấy tờ để chứng minh quyền sử dụng đất hợp pháp CHV phải phụ thuộc vào sự tự nguyện của người phải THA, nếu người phải THA không xuất trình các giấy tờ này thì CHV không thể thực hiện được việc xác định quyền của người sử dụng đất. Bên cạnh đó, sự quản lý của Nhà nước đối với loại tài sản này còn “lỏng lẻo”, người sử dụng đất thường chuyển quyền sử dụng đất cho những người khác mà không có sự can thiệp của Nhà nước, do vậy, các kết quả xác minh của CHV sẽ không đảm bảo đủ độ chính xác về quyền sử dụng đất trước khi tiến hành kê biên./.

¹⁴ Thời báo tài chính Việt Nam đăng tải ngày 04/09/2018, với đường link <http://thoibaotaichinhvietnam.vn/pages/xa-hoi/2018-09-04/cap-giay-chung-nhan-quyen-su-dung-dat-tren-ca-nuoc-dat-gan-97-61578.aspx>.

¹⁵ Khoản 2 Điều 110 Luật thi hành án dân sự năm 2013.

¹⁶ Điểm a, Khoản 3 Điều 167 Luật đất đai năm 2013.

¹⁷ Điểm d, Khoản 1 Điều 40 Luật công chứng năm 2014.

¹⁸ Lê Thị Hương Giang (2018), *Một số vướng mắc trong thực tiễn thi hành các quy định pháp luật thi hành án dân sự về kê biên, xử lý tài sản của người phải thi hành án ảnh hưởng đến tiến độ đấu giá tài sản*, Tạp chí Nghề luật, Số 2/2018, tr.21.

THỜI ĐIỂM XÁC MINH ĐIỀU KIỆN THI HÀNH ÁN DÂN SỰ TỪ KINH NGHIỆM MỘT SỐ NƯỚC TRÊN THẾ GIỚI

Nguyễn Thị Hương Giang¹

Tóm tắt: Thời điểm xác minh là các quy định về thời điểm mà người có thẩm quyền xác minh được quyền hoặc có nghĩa vụ tiến hành xác minh điều kiện thi hành án (THA). Đây là một quy định quan trọng giúp các cơ quan có thẩm quyền, đương sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đánh giá tính hợp pháp đối với hoạt động xác minh của chấp hành viên (CHV). Bài viết phân tích quy định về thời điểm xác minh ở một số nước trên thế giới, đánh giá về thực tiễn áp dụng quy định về thời điểm xác minh điều kiện thi hành án theo pháp luật Việt Nam. Từ đó, đưa ra các kiến nghị để hoàn thiện pháp luật về thời điểm xác minh điều kiện thi hành án theo pháp luật về thi hành án dân sự (THADS) hiện hành.

Từ khóa: Xác minh, điều kiện thi hành án, thi hành án dân sự, chấp hành viên.

Nhận bài: 10/06/2020; Hoàn thành biên tập: 05/07/2020; Duyệt đăng: 27/07/2020.

Abstract: The time of verification are regulations on the time persons competent to verification have rights or duties to conduct verification of conditions for judgment enforcement. This is an important regulation for competent agencies, parties, persons having relevant rights and interests to assess legality of verification activity conducted by enforcers. The article analyzes regulations on the time of verification in some countries in the world, assesses application of regulation on the time of verification for judgment enforcement under Vietnam's law to make recommendations for finalizing laws on the time to verify conditions of judgment enforcement under current regulations on enforcement of civil judgments.

Keywords: Verification, conditions of judgment enforcement, enforcement of civil judgments, enforcers.

Date of receipt: 10/06/2020; Date of revision: 05/07/2020; Date of Approval: 27/07/2020.

1. Thời điểm xác minh điều kiện thi hành án theo quy định pháp luật của một số nước trên thế giới

Ở các nước châu Âu, quyền tìm kiếm thông tin về tài sản của người phải THA được thực hiện khi có sự tồn tại của một quyền được THA (enforceable title is obtained). Tuy nhiên, có sự khác biệt rất lớn của các quốc gia thành viên châu Âu về thời điểm tiến hành xác minh. Chẳng hạn, trong hầu hết các quốc gia thành viên, việc tìm kiếm thông tin về tình hình tài chính của người phải THA được thực hiện khi có các quyền THA tạm thời và các biện pháp tạm thời, một số quốc gia thành viên khác (đặc biệt là Pháp và Tây Ban Nha) không cho phép bất kỳ hoạt động tìm kiếm

thông tin tài sản nào của người phải THA trước khi có quyền THA chính thức².

Ở bang Ontario - Canada, pháp luật trao quyền chủ động xác minh cho người được THA nhưng có sự hỗ trợ hiệu quả của Tòa án, sự hỗ trợ thể hiện ở chỗ, nếu người được thi hành án không tự thực hiện việc xác minh thì có thể yêu cầu Tòa án tổ chức phiên điều trần kiểm tra (examination hearing) tài sản của người phải THA. Phiên điều trần kiểm tra này có sự tham gia của người được THA và người được kiểm tra (thường là người phải THA), cũng có thể có sự tham gia của người đại diện. Và pháp luật quy định người được THA chỉ có thể yêu cầu phiên điều trần kiểm tra này nếu có một lệnh thanh toán hoặc lệnh thu hồi tiền³.

¹ Thạc sỹ, Giảng viên Cơ sở tại Thành phố Hồ Chí Minh, Học viện Tư pháp; NCS Học viện Khoa học xã hội.

² Burkhard Hess (2004), Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union: Transparency of a Debtor's Assets Attachment of Bank Accounts - Provisional Enforcement and Protective Measures, Version of 2/18/2004, pg.34.

³ Ministry of the Attorney General (2020), "After Judgment – Guide to Getting Results", January 2020, https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/courts/guides/After_Judgement_Guide_to_Getting_Results_EN.html, truy cập ngày 15/05/2020.



Qua nghiên cứu pháp luật của một số quốc gia về thời điểm xác minh, có thể thấy, việc quy định về thời điểm xác minh không có sự đồng nhất ở các quốc gia khác nhau. Dù vậy, vẫn có một điểm chung của các quốc gia đó là để tiến hành xác minh cần phải có một điểm “mốc” cụ thể, điểm bắt đầu đó có thể là sự tồn tại của quyền THA chính thức hoặc quyền THA tạm thời. Việc quy định cho phép các chủ thể xác minh vào thời điểm nào tùy thuộc vào cách nhìn nhận của từng quốc gia về quyền của các bên trong mối quan hệ xác minh điều kiện THA này. Chẳng hạn, ở Pháp và Tây Ban Nha, không cho phép các cơ quan THA được tìm kiếm thông tin về tài sản của người phải THA trước khi có văn bản THA chính thức xuất phát từ sự tôn trọng của họ đối với quyền của người phải THA khi chưa chính thức bị tuyên bố phải trả một khoản tiền. Hay như ở Việt Nam, việc quy định thời điểm xác minh lại xuất phát từ quan điểm “tiết kiệm” nguồn lực cho cơ quan THADS và từ sự tôn trọng về quyền tự nguyện THA của người phải THA.

2. Thời điểm xác minh điều kiện thi hành án theo quy định của pháp luật Việt Nam

Khoản 1 Điều 44 Luật THADS sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật THADS năm 2008 quy định: *“Trong thời hạn 10 ngày, kể từ ngày hết thời hạn tự nguyện THA mà người phải THA không tự nguyện THA thì CHV tiến hành xác minh; trường hợp thi hành quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời thì phải tiến hành xác minh ngay”*.

Như vậy, pháp luật Việt Nam quy định thời điểm xác minh của chấp hành viên ngoài điều kiện về quyền THA thì còn bổ sung thêm điều kiện hết thời gian tự nguyện THA của người phải THA. Đây là một nội dung mới được sửa đổi trong Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật THADS năm 2014. Trước đây, Khoản 2 Điều 44 Luật THADS năm 2008 quy định *“Trong thời hạn 10 ngày, kể từ ngày chủ động ra quyết định THA hoặc kể từ ngày nhận được yêu cầu xác minh của người được THA, CHV phải tiến hành việc xác minh”*. Theo Điều 36 Luật THADS năm 2008, sau khi nhận đơn yêu cầu THA, cơ quan THA có 05 ngày làm việc để ra quyết định THA, sau khi ra quyết định THA, Thủ trưởng cơ quan THA có 02 ngày làm việc để phân công CHV tổ

chức thi hành. Thực tiễn cho thấy, khi nhận đơn yêu cầu THA thì cơ quan THA cũng nhận được đơn yêu cầu xác minh của người được THA vào cùng thời điểm. Thậm chí, nếu không có kết quả xác minh thì kèm theo đơn yêu cầu THA phải có đơn yêu cầu xác minh thì cơ quan thi hành mới nhận đơn yêu cầu THA để ra quyết định THA. Như vậy, theo quy định nêu trên thì CHV chỉ còn 02 ngày để tiến hành xác minh điều kiện THA, điều này dẫn đến CHV có thể vi phạm thời hạn xác minh theo quy định. Hơn nữa, việc tính thời hạn xác minh kể từ ngày nhận được đơn yêu cầu xác minh của người được THA cũng bất cập với quy định về thời hạn tự nguyện THA theo Điều 45 Luật THADS năm 2008 là 15 ngày, kể từ ngày người phải THA nhận được hoặc được thông báo hợp lệ quyết định THA. Do đó, nếu CHV xác minh điều kiện THA trước khi người phải THA tự nguyện thi hành; sau đó, người phải THA lại THA xong trong thời gian tự nguyện thi hành thì việc xác minh của CHV trở nên lãng phí, không cần thiết. Vì vậy, Luật THADS sửa đổi, bổ sung năm 2014 quy định thời điểm bắt đầu để tính thời hạn xác minh là khi hết thời hạn tự nguyện THA mà người phải THA không tự nguyện thi hành thì CHV mới phải tiến hành xác minh điều kiện THA. Việc quy định về thời điểm xác minh hiện nay, đã khắc phục được bất cập nêu trên, giúp cho việc xác minh của CHV không phải là việc làm lãng phí, đồng thời, tôn trọng quyền tự nguyện của người phải THA.

Tuy nhiên, quy định thời hạn 10 ngày để tiến hành xác minh điều kiện THA vẫn là một thời hạn chưa hợp lý đối với CHV. Hiện nay, ở rất nhiều cơ quan THA, mỗi CHV trung bình phải thi hành 230 vụ việc trong một năm⁴, như vậy, mỗi tháng, CHV đó sẽ phải thi hành trung bình 20 vụ việc. Thực tế, với cách thức chuyển vụ án không theo ngày làm việc mà theo đợt như hiện nay tại Tòa án các địa phương thì các vụ việc THA không phải được thụ lý hàng ngày mà thường được cộng dồn lại trong tuần hoặc trong tháng. Chẳng hạn, 01 CHV trong 01 ngày được phân công thi hành cùng một lúc 10 quyết định THA với 10 đương sự khác nhau. Theo quy định thì CHV phải tiến hành xác minh điều kiện THA đối với 10 đương sự này trong vòng 10

⁴ Theo báo cáo Tổng kết công tác THADS năm 2019 của Tổng cục THADS: Tổng số việc phải THA năm 2019 là 959.508 việc; tổng số CHV của hệ thống THADS là 4.138 CHV. Như vậy, tính bình quân số lượng việc chia cho tổng số CHV thì trung bình, mỗi CHV phải thi hành 231 án trong 01 năm.

ngày. Chưa tính đến việc CHV đang phải tập trung thi hành các vụ việc khác, chỉ tính riêng thời gian vật chất để tiến hành xác minh cho 10 vụ việc nói trên đã “ngốn” hết thời gian giải quyết công việc của CHV. Vì vậy, tình trạng vi phạm về thời hạn xác minh vẫn thường xuyên xảy ra tại các cơ quan THA. Đây là một trong những biểu hiện của hành vi trì hoãn hoặc kéo dài thời gian giải quyết việc THA được giao. Trong báo cáo tổng kết về công tác khiếu nại trong hoạt động THA, một nguyên nhân khiến đương sự khiếu nại trong hoạt động THA là hành vi trì hoãn việc giải quyết THA. Tuy nhiên, chế tài dành cho hành vi trì hoãn này lại không được quy định cụ thể, có chăng chỉ có quy định về quyền được yêu cầu thay đổi CHV của người được THA tại Khoản 1 Điều 10 Nghị định số 62/2015/NĐ-CP nếu CHV chậm trễ giải quyết việc THA. Điều này cũng dẫn đến tâm lý “không coi trọng” của CHV nếu vi phạm thời hạn xác minh. Trong khi đó, xác minh là một công đoạn hết sức quan trọng của hoạt động THA, nếu không có kết quả xác minh, CHV sẽ không có định hướng trong việc giải quyết việc THA trong giai đoạn tiếp theo.

Bên cạnh đó, việc pháp luật quy định một cách cứng nhắc về thời điểm CHV bắt đầu tiến hành xác minh cũng gây nhiều khó khăn cho CHV trong quá trình tổ chức THA. Ví dụ, trong trường hợp người phải THA có tài khoản tại ngân hàng và người được THA yêu cầu CHV áp dụng biện pháp bảo đảm phong tỏa tài khoản của người phải THA tại ngân hàng. Theo quy định của Luật THADS khi áp dụng biện pháp bảo đảm, CHV được quyền áp dụng trong thời gian tự nguyện THA. Và để áp dụng biện pháp này, CHV phải biết rõ số tiền trong tài khoản do trong quyết định phong tỏa tài khoản phải xác định rõ số tiền, tài sản bị phong tỏa⁵. Trong khi đó, để xác định được số tiền này, CHV phải tiến hành xác minh. Tuy nhiên, pháp luật lại quy định, CHV chỉ được xác minh sau khi đã hết thời gian tự nguyện THA mà không có bất kỳ ngoại lệ nào. Điều này khiến CHV lúng túng trong thực tiễn áp dụng, nếu không xác minh thì liệu việc phong tỏa tài khoản có vi phạm quy định về tính chính xác của số tiền cần phong tỏa, nếu xác minh thì có vi phạm quy định về thời điểm tiến hành xác minh.

Ngoài ra, cũng theo quy định trên, thời điểm xác minh đối với trường hợp thi hành quyết định

áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời CHV phải xác minh ngay. Xuất phát từ tính cấp thiết của biện pháp khẩn cấp tạm thời nên luật quy định CHV phải xác minh ngay là phù hợp. Tuy nhiên, xác minh “ngay” ở đây được hiểu như thế nào? Quy định này gây ra tình trạng lúng túng của các CHV khi áp dụng. “Ngay” là ngay trong ngày được giao tổ chức thi hành án hay trong thời hạn nào? Đồng thời quy định trên cũng khiến cơ quan có thẩm quyền không có cơ sở để xác định khi nào thì CHV vi phạm thời hạn xác minh khi thi hành quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời. Đối chiếu với quy định về việc thi hành quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời tại Điều 130 Luật THADS: “*Trong thời hạn 24 giờ, kể từ khi nhận được quyết định THA, CHV phải áp dụng ngay các biện pháp bảo đảm, biện pháp cưỡng chế...*”, chúng tôi cho rằng, pháp luật nên quy định rõ ràng về thời điểm CHV phải tiến hành xác minh thay cho các thuật ngữ mang tính chất định tính như từ “ngay” nêu ở trên.

Hiện nay, quy định về thời hạn xác minh 10 ngày trong Luật THADS có thể được hiểu theo 2 cách như sau: Cách hiểu thứ nhất, CHV phải có kết quả xác minh trong thời hạn 10 ngày thì được coi là không vi phạm quy định. Cách hiểu thứ hai, chỉ cần CHV tiến hành tác nghiệp xác minh trong thời hạn 10 ngày, mà không phải có kết quả cuối cùng về xác minh được coi là không vi phạm quy định. Với cách hiểu thứ nhất sẽ không công bằng với CHV do xác minh là một loại hoạt động không thể tiến hành trong một lần, tại một địa điểm và phụ thuộc vào sự phối hợp, hỗ trợ của các cá nhân, cơ quan, tổ chức có liên quan. Thực tế, nhiều trường hợp, khi xác minh về tài sản có đăng ký quyền sở hữu, sử dụng thì CHV phải xác minh tại nhiều địa điểm, với nhiều cơ quan, tổ chức khác nhau, như xác minh qua UBND cấp xã, cơ quan quản lý đăng ký tài sản, giao dịch... và việc xác minh điều kiện THA được tác nghiệp trong suốt quá trình tổ chức THA. Vì vậy, chỉ trong thời hạn 10 ngày mà bắt buộc CHV phải có kết quả xác minh là điều khó có thể thực hiện. Với cách hiểu thứ hai, sẽ không đáp ứng được mục đích ràng buộc trách nhiệm của CHV để tránh việc tẩu tán tài sản của người phải THA và đẩy nhanh tiến trình THA...

(Xem tiếp trang 77)

⁵ Khoản 1 Điều 20 Nghị định số 62/2015/NĐ-CP.



HỌC LIỆU ĐIỆN TỬ VÀ ĐỀ XUẤT PHƯƠNG THỨC TIẾP CẬN TRONG VIỆC XÂY DỰNG HỌC LIỆU ĐIỆN TỬ TẠI HỌC VIỆN TƯ PHÁP

(Phần 1)

Nguyễn Thị Minh Huệ¹

Tóm tắt: Học liệu điện tử (HLĐT) là một trong những điều kiện quan trọng để cơ sở đào tạo ứng dụng công nghệ thông tin trong quản lý, tổ chức đào tạo qua mạng. Để có thể xây dựng được kho HLĐT phục vụ hoạt động đào tạo qua mạng tại Học viện Tư pháp cần phải hiểu rõ về học liệu điện tử, ưu, nhược điểm và các phân nhóm của học liệu điện tử. Kết hợp với việc tổng hợp thực tiễn về các phương thức tiếp cận trong việc xây dựng HLĐT của một số cơ sở đào tạo và việc nhận diện một số đặc thù trong hoạt động đào tạo, bồi dưỡng tại Học viện Tư pháp, tác giả đưa ra một số đề xuất về phương thức tiếp cận trong việc xây dựng học liệu điện tử tại Học viện Tư pháp trong giai đoạn hiện nay.

Từ khóa: Học liệu điện tử, phương thức tiếp cận trong việc xây dựng học liệu điện tử, bài giảng điện tử, quy trình xây dựng học liệu điện tử.

Nhận bài: 10/06/2020; Hoàn thành biên tập: 05/07/2020; Duyệt đăng: 27/07/2020.

Abstract: E-learning materials are important conditions for training units to apply information technology in management and organization of e-training. To be able to develop e-learning materials used for e-training at Judicial Academy, it is necessary to clearly understand e-training materials, advantages, disadvantages and types of e-learning materials. By summarizing practical experiences on approaches to develop e-learning materials at some training units and understanding typical features in training and re-training at Judicial Academy, the author makes some suggestions on approach in developing e-learning materials at Judicial Academy recently.

Keywords: E-learning materials, approach in development of e-learning materials, e-lectures, procedure of development of e-learning materials.

Date of receipt: 10/06/2020; Date of revision: 05/07/2020; Date of Approval: 27/07/2020.

Nghị quyết Hội nghị lần thứ 8, Ban Chấp hành Trung ương khóa XI (sau đây gọi tắt là Nghị quyết số 29-NQ/TW) về đổi mới căn bản, toàn diện giáo dục và đào tạo, đáp ứng nhu cầu công nghiệp hóa, hiện đại hóa trong điều kiện kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa và hội nhập quốc tế đã được ký quyết định ban hành vào 04/11/2013. Một trong những giải pháp được nêu ra trong Nghị quyết số 29-NQ/TW nêu trên là: “Tiếp tục đổi mới mạnh mẽ phương pháp dạy và học theo hướng hiện đại; phát huy tính tích cực, chủ động, sáng tạo và vận dụng kiến thức, kỹ năng của người học; khắc phục lối truyền thụ áp đặt một chiều, ghi nhớ máy móc. Tập trung dạy cách học, cách nghĩ, khuyến khích tự học, tạo cơ sở để người học tự cập nhật và đổi mới tri thức, kỹ năng, phát triển năng lực. Chuyển từ học chủ yếu trên lớp sang tổ chức hình thức học tập

đa dạng, chú ý các hoạt động xã hội, ngoại khóa, nghiên cứu khoa học. Đẩy mạnh ứng dụng công nghệ thông tin và truyền thông trong dạy và học”. Một trong những điều kiện quan trọng để ứng dụng công nghệ thông tin trong quản lý, tổ chức đào tạo qua mạng theo Điều 7 Thông tư số 21/2016/TT-BGDĐT ngày 22/04/2016 quy định ứng dụng công nghệ thông tin trong quản lý, tổ chức đào tạo qua mạng (Thông tư số 21/2016/TT-BGDĐT) là cơ sở đào tạo phải có kho học liệu số. Do đó, nghiên cứu việc xây dựng hệ thống học liệu đáp ứng yêu cầu phát triển của cuộc cách mạng 4.0 tại Học viện Tư pháp là việc làm hết sức cấp thiết trong giai đoạn hiện nay.

1. Một số vấn đề chung về học liệu điện tử

1.1. Học liệu điện tử là gì?

Trước khi tiến hành xây dựng, sử dụng và quản lý HLĐT, cần thiết hiểu HLĐT là gì. Hiện

¹ Thạc sỹ, Phó Giám đốc Trung tâm liên kết Đào tạo Luật sư Thương mại quốc tế, Học viện Tư pháp.

nay, có một số cách hiểu và cách định nghĩa về HLĐT. Theo Parrott và Kok, “HLĐT là tài liệu học tập được cung cấp dưới định dạng điện tử, tích hợp của các dạng thức đa phương tiện được số hóa khác nhau như: văn bản, âm thanh, hoạt hình...”². Với quan niệm HLĐT là HLĐT đa phương tiện (multimedia courseware), Steve Hick cho rằng: “HLĐT là sự tích hợp các dạng thức đa phương tiện khác nhau trong cùng một chương trình máy tính duy nhất được sử dụng để trình bày thông tin cho người học. Các dạng thức này gồm: âm thanh hoặc hiệu ứng của âm thanh, hình ảnh hoặc đồ họa, video giải thích, minh họa... giúp người học tiếp nhận được thông điệp dạy học mà người dạy muốn truyền tải”.

Theo Khoản 2 Điều 2 Thông tư số 21/2016/TT-BGDĐT “HLĐT là tập hợp các phương tiện điện tử phục vụ dạy và học, bao gồm: sách giáo trình, sách giáo khoa, tài liệu tham khảo, bài kiểm tra đánh giá, bản trình chiếu, bảng dữ liệu, các tệp âm thanh, hình ảnh, video, bài giảng điện tử, phần mềm dạy học, thí nghiệm ảo...”. HLĐT còn được hiểu “là các tài liệu học tập được số hóa theo một cấu trúc, định dạng và kịch bản nhất định được lưu trữ trên máy tính nhằm phục vụ việc dạy và học qua máy tính. Dạng thức số hóa có thể là văn bản, slide, bảng dữ liệu, âm thanh, hình ảnh, video clip, các ứng dụng tương tác và hỗn hợp của các dạng thức nói trên. HLĐT bao gồm học liệu tĩnh và học liệu đa phương tiện”³.

Theo Hướng dẫn xây dựng bài giảng điện tử ở Đại học Quốc gia Hà Nội số 1018/ĐT ngày 31/03/2020, “HLĐT là các tài liệu học tập được số hóa theo một cấu trúc, định dạng và kịch bản nhất định, được lưu trữ trên máy tính nhằm phục vụ việc dạy và học qua máy tính. Dạng thức số hóa có thể là văn bản, slides, bảng dữ liệu, âm thanh, hình ảnh, video số, các ứng dụng tương tác... và cả những tài liệu hỗn hợp gồm các dạng thức nói trên”. Nội dung hướng dẫn về HLĐT này của Đại học Quốc gia Hà Nội đã thể hiện tương đối toàn diện những yếu tố nhận diện về HLĐT. Xét một cách toàn diện, HLĐT là tài liệu

dạy học được số hóa theo một cấu trúc nhất định giúp người học tiếp nhận được thông điệp dạy học mà người dạy muốn truyền tải. Số hoá ở đây được hiểu là việc sử dụng các thiết bị công nghệ số để chuyển đổi các hình thức tài liệu dưới dạng truyền thống sang dạng số để thông tin có thể được xử lý, lưu trữ và truyền phát qua các thiết bị kỹ thuật số và trên mạng.

HLĐT hỗ trợ việc tìm kiếm tri thức và giúp học viên tạo ra kiến thức một cách có hệ thống. Tạo ra môi trường xã hội hỗ trợ học tập thông qua biểu diễn, mô phỏng các tình huống và vấn đề thực tế, xác lập không gian để học viên thực hiện các nhiệm vụ học tập. HLĐT tạo ra môi trường xã hội hỗ trợ học viên học tập qua trao đổi cộng đồng, hợp tác, tranh luận, bàn bạc với các thành viên khác trong lớp cũng như với giảng viên để giải quyết nhiệm vụ học tập. HLĐT tạo và duy trì môi trường tương tác tích cực giữa học viên và giảng viên, giữa học viên với nhau. Ngoài ra, HLĐT còn góp phần chuyển hướng đánh giá, từ đánh giá kết quả sang đánh giá quá trình.

1.2. Ưu và Nhược điểm của học liệu điện tử

HLĐT có nhiều ưu điểm hơn so với học liệu truyền thống. Trên cơ sở ứng dụng các thành tựu của khoa học công nghệ, HLĐT đa dạng về hình thức thể hiện. HLĐT có thể là âm thanh hoặc hiệu ứng của âm thanh, hình ảnh hoặc đồ họa, video giải thích, minh họa, các ứng dụng tương tác hoặc tích hợp của các hình thức nêu trên. Chính sự đa dạng về hình thức thể hiện nêu trên nên HLĐT giúp học viên có thể tiếp nhận thông tin một cách trực quan, sinh động và dễ hình dung hơn so với việc tiếp cận các học liệu truyền thống thông thường chỉ được thể hiện dưới hình thức văn bản. Việc sử dụng HLĐT sẽ giúp học viên tiết kiệm được thời gian do giảm được thời gian đi lại và sự phân tán. HLĐT là yếu tố quan trọng để xây dựng thư viện số. HLĐT giúp học viên, giảng viên dễ tra cứu và sử dụng khi được quản lý và lưu giữ trong những thư viện số hiện đại. Tiềm lợi trong việc sử dụng là ưu điểm nổi trội của HLĐT. Do đã được số hóa nên HLĐT dễ gửi, nhận và sử dụng. Học viên có

² Parrot R.Kok. Design and development of multimedia courseware: An overview. Canadian Society of agricultural engineers, Volume 39 (No.2) 1997.

³ Quách Tuấn Ngọc (1999), *Đổi mới phương pháp dạy học bằng công nghệ thông tin – xu thế của thời đại*, Tạp chí Đại học và Giáo dục chuyên ngành, số 8, Hà Nội.



thể sử dụng trên máy tính, điện thoại ở bất kỳ nơi nào và bất kỳ thời điểm nào khi có kết nối internet, hoặc tải xuống máy tính và sử dụng đi sử dụng lại nhiều lần. Bên cạnh đó, học viên còn dễ dàng, thuận tiện trong việc lưu giữ, sử dụng đi sử dụng lại cho việc nghiên cứu, học tập, thi cử và ứng dụng cho công việc về sau. HLĐT thuận lợi trong việc sửa đổi, bổ sung, thay thế và phát triển. Như chúng ta đã biết, các thông tin, kiến thức thay đổi mỗi thời khắc do đó việc cập nhật học liệu là điều cần thiết phải làm. Đối với học liệu truyền thống, mỗi lần sửa đổi, bổ sung và thay thế sẽ khá tốn kém, mất thời gian. Đặc biệt, đối với các tài liệu do nhiều người cùng tham gia xây dựng hoặc đã xây dựng trong một thời gian dài trước đây thì việc chỉnh sửa, bổ sung khá mất thời gian và tốn kém. Về góc độ chi phí thì HLĐT sẽ tiết kiệm được các chi phí như in ấn, gửi, giữ, kiểm kê, bảo quản. Giá thành HLĐT được tính toán chỉ bằng 25-30% chi phí so với học liệu in. Với HLĐT học viên sẽ tiết kiệm được khoản tiền nhất định trong việc mua các tài liệu in. Mặt khác, giảng viên sẽ thuận lợi trong việc gửi học liệu cho đồng thời nhiều học viên trong cùng một thời điểm. Sử dụng HLĐT thường gắn với việc đào tạo trực tuyến nên học viên và giảng viên cũng sẽ tiết kiệm được chi phí trong việc di chuyển cũng như mua tài liệu.

Việc sử dụng HLĐT có một số hạn chế nhất định. Để sử dụng được HLĐT, học viên cần có một số thiết bị nhất định như máy tính, điện thoại, ipad hoặc các thiết bị có thể truy cập vào internet để tải tài liệu xuống. Do đó, không phải học viên nào cũng có tài chính hoặc các điều kiện khác để có thể trang bị các thiết bị cũng như chi trả cho kinh phí sử dụng internet và các dịch vụ điện thoại. Việc sử dụng HLĐT gắn liền với sử dụng các thiết bị điện tử. Việc sử dụng các thiết bị điện tử có nhiều ảnh hưởng không tốt đến sức khỏe từ thị lực, trí lực nên học viên và giảng viên cần lưu ý đến những khuyến cáo khoa học về thời gian sử dụng các thiết bị điện tử cũng như các biện pháp để giảm bớt tác hại khi sử dụng các phương tiện điện tử. Có ý kiến cho rằng

HLĐT khi gắn với đào tạo trực tuyến trên những website của các cơ sở đào tạo sẽ có những hạn chế, cụ thể: *“Trên môi trường học tập của nhà trường ảo (Virtual Institution) trong đào tạo trực tuyến có thể đặt những HLĐT lên website để cho học viên và những người có nhu cầu, sử dụng trực tuyến hoặc tải về máy tính cá nhân sử dụng. Do hạn chế về dung lượng của các website đào tạo và tốc độ đường truyền nên các HLĐT đặt trên mạng chỉ sử dụng chủ yếu là dạng text và hình ảnh tĩnh, ít dùng các phương tiện khác như tiếng nói, âm thanh và video. Chính vì thế, việc học viên học qua các HLĐT trên mạng, người học khó tiếp thu hơn khi nghe giảng trực tiếp, đặc biệt là đối với những phần thao tác thực hành cần được nhìn kỹ cách làm mẫu của giảng viên”*⁴.

1.3. Phân loại học liệu điện tử

Căn cứ vào mỗi tiêu chí nhất định, HLĐT có thể chia thành các loại khác nhau:

Về hình thức thể hiện: HLĐT có hai nhóm chính là nhóm HLĐT tĩnh và HLĐT đa phương tiện. HLĐT tĩnh bao gồm các tài liệu dạng text, slide, bảng dữ liệu. HLĐT đa phương tiện có thể gồm các file âm thanh, video, file thông tin tổ hợp kết hợp cả âm thanh, video, hình ảnh.

Về khả năng hiệu chỉnh: HLĐT đóng là loại học liệu mà trong quá trình khai thác, sử dụng, học viên và giảng viên không thể can thiệp, hiệu chỉnh. Loại còn lại là HLĐT mở là loại học liệu mà trong quá trình sử dụng giảng viên và học viên có thể sửa đổi, bổ sung. *Về khả năng tương tác của người sử dụng:* Đối với loại HLĐT tĩnh (văn bản, hình ảnh đơn thuần, slide, bảng dữ liệu), học viên và giảng viên sẽ ở vị trí người sử dụng hoặc người truyền tải hoặc tiếp nhận thông tin một cách thông thường và không tương tác được với HLĐT.

Tuy nhiên, đối với HLĐT động có ứng dụng các nền tảng công nghệ cho phép người dùng tương tác và cho các kết quả tương ứng sẽ giúp học viên, giảng viên sử dụng học liệu một cách linh hoạt, sinh động. Với sự phát triển của trí tuệ nhân tạo (Artificial Intelligence) thì các HLĐT

⁴ Trịnh Lê Hồng Phương, *Xây dựng học liệu điện tử hỗ trợ việc dạy và học một số nội dung hóa học ở trường trung học phổ thông*, Tạp chí Khoa học Đại học sư phạm Thành phố Hồ Chí Minh, số 37/2012, tr.156.

⁵ Nguồn:

<https://congnghe.tuoitre.vn/ung-dung-tri-tue-nhan-cao-vao-he-thong-dao-tao-truc-tuyen-2019082711362233.htm>.

sẽ ngày càng trở lên đa dạng và có sự tương tác tốt hơn với người sử dụng. Ngày 27/08/2019, Tập đoàn FPT đã ra mắt website và ứng dụng Trợ lý giáo dục thông minh ứng dụng trí tuệ nhân tạo AI đầu tiên tại Việt Nam. Hiện hệ thống đã có hơn 400 video bài giảng sinh động, hơn 100.000 nội dung kiến thức giảng dạy môn toán dành cho học sinh tiểu học được xây dựng và phát triển bám sát chương trình học của sách giáo khoa Việt Nam và có tính tương tác cao với người dùng.

Về chức năng: Căn cứ vào tiêu chí này thì HLĐT có thể chia ra làm 3 nhóm sau: Nhóm HLĐT

hỗ trợ cho học viên (bao gồm các HLĐT hướng dẫn học trực tuyến, HLĐT hướng dẫn cách sử dụng và thực hành từng nội dung trong HLĐT; HLĐT cung cấp các nội dung về kiến thức và kỹ năng cho học viên theo chương trình đào tạo); HLĐT hỗ trợ giảng viên (bao gồm các HLĐT hướng dẫn giảng dạy trực tuyến; HLĐT cung cấp các kiến thức, kỹ năng nghiên cứu, hỗ trợ cho hoạt động giảng dạy, nghiên cứu của giảng viên); HLĐT hỗ trợ cả giảng viên và học viên bao gồm các HLĐT được thiết kế bao gồm các dữ liệu có giá trị phục vụ cho cả giảng viên và học viên. (còn nữa)

THỜI ĐIỂM XÁC MINH ĐIỀU KIỆN THI HÀNH ÁN DÂN SỰ TỪ KINH NGHIỆM MỘT SỐ NƯỚC TRÊN THẾ GIỚI

(Tiếp theo trang 73)

Với các lý do trên, đồng thời, trên cơ sở kinh nghiệm của một số quốc gia trên thế giới về thời điểm xác minh điều kiện THA chỉ rằng buộc thời điểm bắt đầu tiến hành xác minh, tác giả cho rằng, không cần thiết quy định về thời hạn để CHV tiến hành xác minh mà chỉ cần quy định về thời điểm bắt đầu xác minh của các CHV.

Đối với trường hợp người phải THA chưa có điều kiện THA, Khoản 2 Điều 44 Luật THADS sửa đổi, bổ sung năm 2014 quy định: “*Ít nhất 06 tháng một lần, CHV phải xác minh điều kiện THA; trường hợp người phải THA chưa có điều kiện THA là người đang chấp hành hình phạt tù mà thời gian chấp hành hình phạt tù còn lại từ 02 năm trở lên hoặc không xác định được địa chỉ, nơi cư trú mới của người phải THA thì thời hạn xác minh ít nhất 01 năm một lần. Sau hai lần xác minh mà người phải THA vẫn chưa có điều kiện THA thì cơ quan THADS phải thông báo bằng văn bản cho người được THA về kết quả xác minh. Việc xác minh lại được tiến hành khi có thông tin mới về điều kiện THA của người phải THA*”.

Như vậy, đối với những vụ việc đã xác minh rõ ràng không có điều kiện THA thì quy định này tạo điều kiện thuận lợi cho CHV vì không phải tốn nhiều thời gian, công sức, chi phí để xác minh nhiều lần lặp lại cùng một nội dung. Đồng thời, luật cũng đã tính toán một thời gian hợp lý để đảm

bảo CHV nắm bắt ngay sự thay đổi về điều kiện THA của người phải THA.

3. Kiến nghị

Từ những phân tích trên, tác giả cho rằng, pháp luật cần có sự điều chỉnh cho phù hợp trong quy định về thời điểm xác minh điều kiện và nghĩa vụ tuân thủ thời hạn xác minh điều kiện THA của CHV như sau:

Thứ nhất, pháp luật chỉ nên quy định thời gian bắt đầu xác minh lần đầu của CHV khi nhận được hồ sơ THA mà không nên giới hạn thời gian tiến hành xác minh của CHV như hiện nay.

Thứ hai, pháp luật cũng cần trao quyền cho CHV được xác minh trong thời gian tự nguyện THA nếu CHV xét thấy cần thiết. Như đã phân tích ở mục 2, pháp luật quy định thời điểm CHV tiến hành xác minh sau khi hết thời gian tự nguyện là hợp lý, phù hợp với triết lý tôn trọng sự tự nguyện của đương sự trong hoạt động THADS. Tuy nhiên, quy định này cần được xây dựng một cách mềm dẻo để hạn chế việc vi phạm về thời hạn xác minh của CHV khi cần thiết phải xác minh trong thời gian người phải THA tự nguyện THA.

Thứ ba, quy định về thời điểm xác minh đối với biện pháp khẩn cấp tạm thời cũng cần được sửa đổi theo hướng cụ thể, rõ ràng hơn, theo đó, cần thay thuật ngữ “ngay” bằng một thời hạn cụ thể cho phù hợp như “trong thời hạn 24 giờ...” tạo hành lang pháp lý cho các CHV để áp dụng./.



KINH NGHIỆM QUẢN LÝ HOẠT ĐỘNG NGÂN HÀNG NGẦM TẠI TRUNG QUỐC VÀ MỘT SỐ QUỐC GIA - BÀI HỌC KINH NGHIỆM ĐỐI VỚI VIỆT NAM

Nguyễn Thị Thanh Tú¹

Nguyễn Hà Phương²

Tóm tắt: Ngân hàng ngầm - một hình thức tín dụng phi truyền thống với tính chất rủi ro nhất định có tốc độ tăng trưởng nhanh và ngày càng trở thành mối quan tâm đối với Chính phủ các nước. Bài viết làm rõ một số kinh nghiệm trong quản lý hoạt động ngân hàng ngầm tại một số quốc gia như Trung Quốc, Singapore, Anh, ... Các kinh nghiệm trong hoàn thiện mô hình giám sát, tăng cường xử lý vi phạm và giải pháp trong quản lý hoạt động ngân hàng ngầm như cho vay ngang hàng được xem xét và đặt ra trong hướng xây dựng và quản lý hoạt động ngân hàng ngầm tại Việt Nam.

Từ khóa: Hoạt động ngân hàng ngầm, ngân hàng, ngân hàng ngầm.

Nhận bài: 10/06/2020; Hoàn thiện biên tập: 05/07/2020; Duyệt đăng: 27/07/2020.

Abstract: Shadow banking which is a form of non-traditional credit institute with certain risks, have a rapid growth rate and become increasingly a concern for many governments. The article clarifies some experiences in managing shadow banking in some countries such as China, Singapore, England, etc. Experiences in perfecting the supervisory model, strengthening the handling of violations and solutions in the management of shadow banking activities such as peer-to-peer lending are considered in managing shadow banking in Vietnam.

Keywords: Shadow banking, bank, shadow bank.

Date of receipt: 10/06/2020; Date of revision: 05/07/2020; Date of Approval: 27/07/2020.

1. Hoạt động ngân hàng ngầm

Thuật ngữ “Ngân hàng ngầm” (Shadow banking) lần đầu tiên được phát biểu bởi Paul McCulley- giám đốc đầu tư PIMCO (Quỹ đầu tư trái phiếu hàng đầu thế giới) tại diễn đàn kinh tế của ngân hàng Trung ương Mỹ, tổ chức tại Kackhole Wyoming năm 2007. Đến nay có rất nhiều quan điểm cũng như là góc nhìn về định nghĩa, bản chất của ngân hàng ngầm. Qua xem xét khái niệm và hướng dẫn nhận diện hoạt động ngân hàng ngầm, nhìn chung hoạt động ngân hàng ngầm thường được xác định dựa vào tính chất hoạt động và yếu tố quản lý từ Nhà nước, theo đó có thể kết luận “Hoạt động ngân hàng ngầm là hình thức tín dụng phi truyền thống được thực hiện bởi các định chế tài chính hoặc tổ chức, cá nhân, theo đó các hoạt động huy động vốn và cho vay tương tự ngân hàng truyền thống được tiến hành nhưng không chịu sự điều tiết và kiểm soát chặt chẽ của các quy định an toàn tài chính do ngân hàng trung ương đặt ra”.

Hiện nay, hệ thống ngân hàng ngầm vẫn đang tồn tại và song hành cùng với ngân hàng truyền

thống. Về cơ bản, ngân hàng ngầm cũng có những hoạt động tương tự nghiệp vụ của ngân hàng truyền thống như cho vay, huy động vốn. Tuy nhiên, dưới góc độ quản lý, hoạt động ngân hàng ngầm có một số đặc trưng đáng lưu ý như sau: (1) Ngân hàng ngầm có nguồn vốn được huy động một cách phi truyền thống, nguồn vốn trong hoạt động ngân hàng ngầm được huy động thông qua phát hành một số loại giấy tờ có giá ngắn hạn như thương phiếu, repo, kinh doanh các sản phẩm chứng khoán hóa...; (2) Các hoạt động của ngân hàng ngầm không được nhận đảm bảo thanh khoản chính thức từ nguồn tài trợ công; (3) Hoạt động ngân hàng ngầm chủ yếu được thực hiện bởi các định chế tài chính phi ngân hàng như công ty chứng khoán, công ty tài chính, quỹ đầu cơ tín dụng, quỹ tương hỗ thị trường tiền tệ, công ty cho vay bảo đảm hay tổ chức kinh doanh được chính phủ bảo trợ và một số hoạt động được thực hiện bởi chính các ngân hàng; (4) Ít bị điều tiết bởi ngân hàng Trung ương, đồng thời xét về phương diện pháp lý, ngân hàng ngầm ít bị ràng buộc bởi các quy định pháp luật hơn so với hoạt động ngân hàng thông thường;...

¹ Tiến sỹ, Trường Đại học Luật Hà Nội.

² Trường Đại học Luật Hà Nội.

Theo báo cáo của Ủy ban ổn định tài chính FSB (2017) hệ thống ngân hàng ngầm thế giới có tài sản đạt 34 nghìn tỷ USD, chiếm khoảng 67% GDP, quy mô chiếm khoảng 50% tổng lượng vốn ngân hàng toàn cầu³. “Ngân hàng ngầm” là nguồn vốn quan trọng với nhiều cá nhân và doanh nghiệp. Tuy nhiên do đặc điểm tính rủi ro của hoạt động “ngân hàng ngầm” và khả năng quản lý rủi ro kém đang dẫn tới mối đe dọa đối với sự bình ổn tài chính toàn cầu nếu không được giám sát chặt chẽ.

2. Kinh nghiệm quản lý hoạt động ngân hàng ngầm ở một số quốc gia trên thế giới

2.1. Tại Trung Quốc

Thứ nhất, hoàn thiện mô hình giám sát: Tháng 01/2013, Trung Quốc ban hành một thông báo của Hội đồng Nhà nước: *Thông báo về một số vấn đề về tăng cường quy định đối với ngân hàng ngầm* (Thông tư số 107). Đây được coi là nền móng cho pháp luật điều chỉnh hoạt động ngân hàng ngầm tại Trung Quốc khi đưa ra những hướng dẫn chi tiết về mô hình quản lý hoạt động này. Thông tư số 107 tiếp cận dựa trên các chủ thể thực hiện ngân hàng ngầm, từ đó phân chia trách nhiệm của từng cơ quan quản lý, cụ thể⁴: Các chủ thể thực hiện ngân hàng ngầm được điều chỉnh bởi các cơ quan quản lý chuyên môn tương ứng, chẳng hạn: các WMPs (*Wealth Management Products – sản phẩm quản lý tài sản*)⁵ được cung cấp bởi các ngân hàng chịu sự giám sát của CBRC (*China Banking Regulatory Commission – Ủy ban Quản lý Giám sát Ngân hàng Trung Quốc*); các WMPs được cung cấp bởi các công ty chứng khoán và công ty tương lai, cũng như các quỹ đầu tư cổ phần tư nhân, được quy định bởi CSRC (*China Securities Regulatory Commission – Ủy ban Chứng khoán quốc gia Trung Quốc*). Trung Quốc cũng có sự thay đổi trong tổ chức mô hình quản lý, giám sát. Cụ thể, từ mô hình Yihang Sanhui (một ngân hàng, ba Ủy ban) trên cơ sở “hoạt động riêng, quy định riêng” (Ngân hàng Nhân dân Trung Quốc (*People’s Bank of China – PBoC*) và 03 Ủy ban gồm Ủy ban Quản lý Giám sát Ngân hàng Trung Quốc (CBRC), Ủy ban Chứng

khoán quốc gia Trung Quốc (CSRC) và Ủy ban Quản lý Giám sát Bảo hiểm Trung Quốc (CIRC)). Năm 2018 Trung Quốc quyết định sáp nhập CBRC và CIRC thành Ủy ban Quản lý Ngân hàng và Bảo hiểm Trung Quốc (CBIRC). Như vậy, mô hình giám sát, quản lý tài chính tại Trung Quốc biến chuyển từ mô hình 01 ngân hàng – 03 Ủy ban thành mô hình tinh giản hơn: 01 ngân hàng – 02 Ủy ban (hay còn gọi là mô hình *Hai cơ quan*).

Thứ hai, ban hành các quy định nhằm tăng cường quản lý một số hoạt động ngân hàng ngầm.

Một là, xây dựng quy trình cấp phép và quản lý hoạt động P2P theo hướng chặt chẽ hơn. Năm 2016, CBRC đã ban hành *Các biện pháp tạm thời về cho vay trực tuyến* (*Interim Measures on Online Lending*), quy định cụ thể quản lý hoạt động cho vay trực tuyến. Đồng thời, tháng 11/2016 CBRS cùng Bộ Công nghiệp và Công nghệ thông tin và cơ quan quản lý nhà nước về thương mại và công nghiệp phối hợp ban hành Hướng dẫn về thủ tục đăng ký các tổ chức trung gian thông tin cho vay ngang hàng với một bộ quy trình đăng ký cụ thể và các quy định về việc đăng ký đối với các tổ chức trung gian thông tin cho vay trực tuyến. Chính phủ Trung Quốc cũng đã bổ sung 10 biện pháp tăng cường kiểm soát như cấm mở thêm các website cho vay trực tuyến, yêu cầu các công ty P2P còn hoạt động phải dỡ bỏ các rào cản đối với việc khách hàng khiếu nại, tăng cường hình phạt đối với các công ty P2P có hành vi lừa đảo; thiết lập chương trình bồi thường cho nhà đầu tư khi các công ty P2P phá sản...v.v⁶.

Hai là, thực hiện tự do hoá lãi suất. Tự do hoá lãi suất là một bước đi quan trọng được thực hiện tại Trung Quốc. Trước đây, ngân hàng Trung ương Trung Quốc áp đặt quy định về trần và sàn lãi suất với các khoản tín dụng của các ngân hàng. Tuy nhiên, quy định này gây thiệt hại cho người gửi tiền khi lãi suất thực âm. Chính điều này đã trở thành một trong những nguyên nhân của các sản phẩm quản lý tài sản (WMPs). Năm 2012, PBOC đã công bố bãi bỏ quy định trần và sàn lãi

³ Global Shadow Banking Monitoring Report 2017 (5/2018), <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P050318-1.pdf>

⁴ (Robin) Hui Huang (2015), *The Regulation of Shadow Banking in China: International and Comparative Perspectives*, tr.490.

⁵ Wealth Management Products WMP là các sản phẩm đầu tư lợi suất cao (tức rủi ro cũng cao) do ngân hàng phân phối và thường là rót tiền vào các tài sản kém thanh khoản và rất rủi ro.

⁶ Cấn Văn Lực (2018), *Quản lý cho vay ngang hàng: Kinh nghiệm quốc tế và một số gợi ý cho Việt Nam*, CafeF. <https://cafef.vn/cac-nuoc-dang-quan-ly-cho-vay-ngang-hang-nhu-the-nao-20181017140302299.chn>, truy cập 29/03/2020.



suất, nói lỏng quy định về lãi suất tham chiếu nhằm nâng cao tính cạnh tranh của các ngân hàng. Các ngân hàng thế mạnh về mạng lưới và nguồn vốn rẻ sẽ tận dụng được lợi thế tự do hóa lãi suất tiếp cận nhiều khách hàng hơn dẫn đến thu hẹp được hoạt động tín dụng thiếu quản lý.

Ba là, tăng cường xử lý và xử phạt vi phạm đối với chủ thể thực hiện ngân hàng ngầm trái pháp luật. Đầu năm 2019, Tòa án Nhân dân Tối cao và Viện Kiểm sát Nhân dân Tối cao Trung Quốc đã đưa ra thông báo về việc thực hiện các biện pháp mạnh tay đối với các giao dịch chuyển tiền bất hợp pháp thông qua các ngân hàng ngầm nhằm kiểm chế sự rút chạy của dòng vốn ra nước ngoài. Quy định này sẽ có hiệu lực từ đầu tháng 02/2019 với nội dung: Các chủ thể thực hiện ngân hàng ngầm giao dịch với số lượng lớn ngoại tệ sẽ bị buộc tội vận hành doanh nghiệp bất hợp pháp và có nguy cơ phải ngồi tù tới hơn 2 năm. Trước đó, người phạm tội này chỉ bị xử phạt hành chính. Quy định được áp dụng đối với các giao dịch ngầm liên quan đến từ 5 triệu nhân dân tệ (tương đương 74.000 USD) trở lên hoặc các giao dịch mang về lợi nhuận trên 100.000 nhân dân tệ⁷.

2.2. Tại Singapore

Hoạt động ngân hàng ngầm tại Singapore được thực hiện bởi các trung gian tài chính như quỹ đầu tư khác (OIFs-Other Investment Funds), quỹ tiền tệ (Money Markets Funds-MMFs), quỹ đầu cơ và quỹ đầu tư tư nhân (Hedge and Private Equity Funds), quỹ trao đổi ngoại hối (Exchange-Traded Funds), các quỹ đầu tư khác (Other Investment Funds-OIFs), đại lý môi giới và công ty cấu trúc tài chính (Broker-Dealers and Structured Financial Vehicles-SFVs). Các hoạt động chứng khoán hoá, repos, hoán đổi tài sản thế chấp, giao dịch cho vay giữa ngân hàng và OIFs là những hoạt động chủ yếu của ngân hàng ngầm tại Singapore⁸.

Trong quản lý hoạt động ngân hàng ngầm tại

Singapore có một số điểm đáng lưu ý như sau:

Thứ nhất, thực hiện quản lý hoạt động ngân hàng ngầm thông qua sự hợp nhất trong mô hình giám sát. Tại Singapore, cơ quan tiền tệ Singapore - MAS (Monetary Authority of Singapore) là NHTW, phụ trách lĩnh vực tiền tệ và hoạt động tài chính khác. Vào thời điểm hoạt động ngân hàng ngầm bắt đầu xuất hiện ở Singapore, MAS cũng đóng vai trò là chủ thể quản lý, kiểm soát một cách chặt chẽ và ban hành một số đạo luật nhằm điều chỉnh hoạt động này, hạn chế rủi ro và đảm bảo sự ổn định tài chính của quốc gia. Cấu trúc giám sát tài chính của MAS được ví như một chiếc ô, thực hiện giám sát tất cả các lĩnh vực tài chính ngân hàng theo các mục tiêu đã đề ra, đưa ra các chiến lược giám sát đối với từng tổ chức tài chính dựa trên cơ sở đánh giá tác động và đánh giá rủi ro do từng tổ chức mang lại.

Đạo luật cơ quan tiền tệ Singapore (The Monetary Authority of Singapore Act) trao quyền cho MAS ban hành các công cụ pháp lý điều chỉnh và giám sát các tổ chức tài chính⁹ văn bản điều chỉnh hoạt động ngầm ở Singapore, trong đó cần phải kể đến một số đạo luật điển hình như: Luật chứng khoán và hợp đồng tương lai (*Securities and Futures Act-SFA*), Đạo luật về Quỹ đầu tư tín thác (*Code on Collective Investment Scheme*),... điều này đã góp phần hạn chế sự chông chéo lẫn nhau trong việc giám sát và chấp hành quy định pháp luật.

Thứ hai, quản lý chặt chẽ việc cấp phép hoạt động ngân hàng và hoạt động mang tính chất ngân hàng. Điểm nổi bật trong chính sách quản lý tài chính chặt chẽ tại Singapore là cơ chế cấp giấy phép hoạt động. Tại Điều 82, Luật chứng khoán và hợp đồng tương lai: “Không một cá nhân nào, dù là thương nhân hay đại diện của thương nhân đó được phép thực hiện bất kỳ hoạt động kinh doanh¹⁰ trong bất kỳ lĩnh vực nào nếu không được cấp giấy phép hoạt động”¹¹. Đây là

⁷ Trung Quốc mạnh tay xử phạt các “ngân hàng ngầm”, Hiệp hội Ngân hàng Việt Nam, https://vnba.org.vn/index.php?option=com_k2&view=item&id=8934:trung-quoc-manh-tay-xu-phat-cac-ngan-hang-ngam&Itemid=253&lang=vi&cid=71, truy cập ngày 05/03/2020.

⁸ Christian Hofmann (2017), *Shadow Banking in Singapore*, *Singapore Journal of Legal studies*, <https://law.nus.edu.sg/sjls/articles/SJLS-Mar-17-18.pdf>.

⁹ The Monetary Authority of Singapore Act, phần 3 (<https://sso.agc.gov.sg/Act/MASA1970>).

¹⁰ Theo Phụ lục II, Luật chứng khoán và hợp đồng tương lai bao gồm: Kinh doanh chứng khoán, giao dịch ngoại hối, quản lý đầu tư, quỹ tín thác đầu tư bất động sản, tư vấn tài chính doanh nghiệp, cho vay, chứng khoán.

¹¹ “No person shall, whether as principal or agent, carry on business in any regulated activity or hold himself out as carrying on such business”, *Securities and Future Acts- Monetary Authority of Singapore*, <https://sso.agc.gov.sg/Act/SFA2001>.

loại giấy phép được cấp bởi MAS nhằm chứng minh một chủ thể có đủ điều kiện để hoạt động, từ đó xác định các ràng buộc pháp lý về quyền hạn, nghĩa vụ, đặc biệt thông qua loại giấy tờ này các cơ quan có thẩm quyền có thể dễ dàng hơn trong việc quản lý. Ngoài ra, cơ quan quản lý của Singapore đã ban hành thêm một số quy định chặt chẽ về giấy phép hoạt động và các yêu cầu pháp lý đối với một số trung gian tài chính thực hiện hoạt động ngân hàng ngầm, điển hình là với mô hình cho vay ngang hàng P2P. Các chủ thể muốn thực hiện hoạt động này phải được cấp phép bởi Cơ quan đăng ký (*Registry of Moneylenders*) và đây là một cơ sở quan trọng để MAS thực hiện quản lý đối với mô hình này.

2.3. Tại Anh

Ở Anh, một trong những hoạt động ngân hàng ngầm phổ biến và đòi hỏi sự điều chỉnh chặt chẽ nhất chính là dịch vụ cho vay P2P Lending. Để quản lý P2P Lending, vào năm 2014, cơ quan Kiểm soát Tài chính (*Financial Conduct Authority – FCA*) của Anh đã ban hành Bộ luật quản lý hình thức P2P Lending để loại hình cho vay này phù hợp với thực tiễn. FCA đã luôn cập nhật tình hình thực tiễn P2P trên thị trường, từ đó có những điều chỉnh sao cho phù hợp. Ví dụ tháng 06/2019, FCA đã có một số thay đổi trong bộ quy tắc đối với nền tảng P2P Lending, một trong các thay đổi quan trọng của bộ quy tắc này là những yếu tố hướng đến bảo vệ quyền lợi của nhà đầu tư, theo đó nếu các nhà đầu tư chưa được tư vấn, hướng dẫn đầy đủ thì sẽ không thể sử dụng hơn 10% tài sản của mình để đầu tư.

Ngoài ra, các nhà đầu tư phải trải qua sự đánh giá về kiến thức, kinh nghiệm và cung cấp được kế hoạch dự phòng rủi ro cho trường hợp xảy ra phá sản trước khi được phép tham gia đầu tư vào P2P; những trường hợp là nhà đầu tư chuyên nghiệp cũng sẽ bị hạn chế tham gia mô hình này. Đồng thời, bộ luật cũng tập trung vào việc đánh giá, quản lý rủi ro, phương pháp định giá của doanh nghiệp, đặc biệt kiểm soát chặt chẽ những hoạt động quảng bá cho mô hình P2P Lending¹².

3. Bài học kinh nghiệm đối trong xây dựng cơ chế pháp lý quản lý hoạt động ngân hàng ngầm tại Việt Nam

Thứ nhất, xác định nguyên tắc trong xác lập cơ chế pháp lý nhằm quản lý hoạt động ngân hàng ngầm và một số hoạt động cần triển khai.

Hoạt động ngân hàng ngầm tạo ra rủi ro đối với chủ thể tham gia quan hệ và an toàn hệ thống tài chính, song ở một phương diện khác, hoạt động ngân hàng ngầm cũng tạo cơ hội và lợi ích cho nền kinh tế như tạo nên phương thức đầu tư có tính linh hoạt hơn so với ngân hàng thương mại. Bởi vậy, trong xây dựng và hoàn thiện pháp luật điều chỉnh hoạt động ngân hàng ngầm cần xác định rõ nguyên tắc xuyên suốt nhằm phát huy ưu điểm và hạn chế các bất cập của hoạt động này. Về phía quản lý nhà nước, tăng cường điều tiết đối với ngân hàng ngầm là cần thiết, song Chính phủ cũng cần cân nhắc không tạo thành rào cản trong phát triển thị trường tài chính. Về nguyên tắc, trong xây dựng cơ chế quản lý hoạt động ngân hàng ngầm cần tập trung nâng cao tính minh bạch trong hệ thống ngân hàng bao gồm các hoạt động ngân hàng ngầm. Theo đó, cần xây dựng cơ sở nhằm xác định rủi ro và tự do hoá toàn bộ hệ thống tài chính. Tự do hoá tài chính trên cơ sở giám sát chặt chẽ nhằm không gây ảnh hưởng đến các hoạt động tài chính chính thức, song hạn chế các tiêu cực từ các hoạt động tài chính không chính thức, trong đó có hoạt động ngân hàng ngầm với độ rủi ro cao.

Thứ hai, triển khai một số nhóm giải pháp cụ thể.

Một là, cải tổ mô hình giám sát. Tại Việt Nam, mô hình giám sát thể chế đang được áp dụng, mô hình này đồng thời hiện nay có nhiều ý kiến cho rằng chưa chú trọng đúng mức đến giám sát trên cơ sở rủi ro, khó giám sát hữu hiệu các rủi ro chéo. Qua nghiên cứu mô hình quản lý tại một số quốc gia đặt trọng yếu cầu quản lý hoạt động ngân hàng ngầm nói riêng và hoạt động ngân hàng nói chung, có thể thấy không có mô hình quản lý nào được xác định là ưu việt nhất. Tuy nhiên, trước những biến động nhanh chóng của nền tài chính trong đó phải kể đến hoạt động ngân hàng ngầm, có thể nhận thấy các quốc gia đều có những thay đổi nhất định trong mô hình quản lý nhằm tối ưu hoá và nâng cao hiệu quả hoạt động. Với sự đan xen ngày càng lớn trong các hoạt động tài chính như ngân hàng, chứng khoán và các hoạt động tài chính khác, xu hướng giám sát tập

¹² Nguyễn Thị Lệ Hà, Vũ Vưn Thực, *Kinh nghiệm cho vay ngang hàng ở một số quốc gia trên thế giới và bài học cho Việt Nam*, truy cập ngày 10/04/2020, <http://thitruongtaichinhntiente.vn/kinh-nghiem-cho-vay-ngang-hang-o-mot-so-quoc-gia-tren-the-gioi-va-bai-hoc-cho-viet-nam-25132.html>, truy cập ngày 12/03/2020.



trung hoặc tăng cường sự phối hợp trong mô hình giám sát qua thành lập cơ chế hoặc cơ quan liên kết được thể hiện rõ.

Tại Việt Nam, thị trường tài chính hiện nay đã có bước phát triển mạnh mẽ trong cả thị trường tiền tệ, bảo hiểm, chứng khoán, cùng với sự phát triển đa dạng và nhanh chóng của các tập đoàn tài chính. Việc thay đổi mô hình giám sát theo hướng hợp nhất cao hơn (một phần hoặc toàn phần) là cần thiết theo xu hướng phát triển chung của quốc tế. Cùng với đó, để tăng cường hoạt động giám sát, minh bạch thị trường, cần thiết xem xét ban hành một quy định riêng về thanh tra giám sát có chứa nội dung chuyên ngành về cả ba lĩnh vực ngân hàng, chứng khoán, bảo hiểm nhằm tạo điều kiện phối hợp thanh tra, giám sát giữa Ngân hàng Nhà nước và các cơ quan có liên quan như Ủy ban chứng khoán Nhà nước, Bộ Tài chính hay Cục Quản lý Giám sát bảo hiểm, nâng cao thẩm quyền và năng lực của Ủy ban Giám sát tài chính quốc gia. Tiến tới, tạo lập cơ chế quản lý tập trung hoặc liên kết chặt chẽ giữa các bộ phận của thị trường tài chính.

Hai là, tăng cường kiểm soát thông tin. Trong hoạt động tài chính, thông tin luôn được coi là vấn đề mấu chốt. Tại các quốc gia nghiên cứu đều cho thấy thông qua cơ chế quản lý việc xin cấp phép chặt chẽ ví dụ hoạt động cho vay ngang hàng, các cơ quan quản lý kiểm soát được năng lực và khả năng đảm bảo điều kiện của các chủ thể trong hoạt động tài chính nói chung và hoạt động ngân hàng nói riêng.

Tại Việt Nam, cùng với tăng cường hiệu quả hoạt động thanh tra, giám sát ngân hàng, cần thiết phải minh bạch hoá hoạt động ngân hàng, tiến hành kiểm toán độc lập các trung gian tài chính, đặc biệt là tổ chức tín dụng và công ty chứng khoán, yêu cầu công bố thông tin hợp lý. Tiếp đó, cần thiết phải tăng cường vai trò và năng lực hoạt động của trung tâm thông tin tín dụng trong việc thu thập, xử lý và cung cấp thông tin tín dụng, xây dựng các biện pháp và quy trình nghiệp vụ về chống rửa tiền và tài trợ khủng bố, đồng thời có cơ chế trao đổi thông tin và phối hợp chặt chẽ giữa thanh tra ngân hàng và trung tâm chống rửa tiền.

Ba là, tăng cường các biện pháp xử lý vi phạm. Cùng với các nỗ lực điều chỉnh trên thị trường, nhằm tăng cường hiệu quả quản lý, xu hướng chung thể hiện ở các quốc gia là xây dựng những quy định nghiêm khắc về xử lý vi phạm trong hoạt động tài chính nói chung và đặc biệt trong hoạt động ngân hàng ngầm.

Bốn là, ban hành các quy định cụ thể điều chỉnh hoạt động ngân hàng ngầm có độ rủi ro cao. Trước hết, ban hành khung pháp lý điều chỉnh hoạt động cho vay ngang hàng. Hiện nay, chưa có quy định chính thức điều chỉnh hoạt động cho vay ngang hàng tại Việt Nam, trong khi hoạt động này đang diễn ra rất mạnh mẽ. Qua kinh nghiệm quản lý tại các quốc gia trên thế giới cho thấy vấn đề cần thiết lúc này là ban hành quy định điều chỉnh đối với mô hình này, trong đó xác định rõ tư cách pháp lý đối với các nền tảng cho vay ngang hàng, đồng thời cần xác định rõ các nghĩa vụ cụ thể của nền tảng này như: cung cấp thông tin; các hoạt động hạn chế thực hiện liên quan đến ngăn chặn, chống các hành vi gian lận... Đặc biệt, học tập kinh nghiệm của Singapore, Trung Quốc, Anh, cần thiết phải đề cao các quy định liên qua đến hoạt động cấp giấy phép, coi đây là chìa khóa để kiểm soát hoạt động cho vay ngang hàng.

Tiếp đó, tăng cường quản lý hoạt động ngân hàng ngầm của công ty chứng khoán. Cùng với tăng cường giám sát hoạt động, cần thiết tiếp tục nghiên cứu sửa đổi, bổ sung các quy định pháp luật theo hướng nâng cao các điều kiện thành lập và duy trì hoạt động của công ty chứng khoán, tăng cường công tác quản lý hoạt động của công ty chứng khoán, đảm bảo tính tuân thủ trong hoạt động của công ty chứng khoán thông qua việc tăng các chế tài xử phạt để đủ sức răn đe các trường hợp vi phạm.

Riêng đối với hoạt động repo chứng khoán, hiện nay quy chế quản lý đối với giao dịch này còn lỏng lẻo, hướng dẫn của cơ quan chủ quản chưa được ban hành. Trong khi đó, thực tế cho thấy, khả năng nguồn tiền được thông qua repo để tiếp vốn cho vay và nếu phát triển cao hơn sẽ khó quản lý. Mặt khác, theo quy định của nhiều nước, hoạt động repo chỉ được thực hiện đối với trái phiếu, trong khi đó tại thị trường chứng khoán Việt Nam được thực hiện đối với cổ phiếu, điều này càng tiềm ẩn nguy cơ rủi ro. Vì vậy, để hạn chế ảnh hưởng tiêu cực của hoạt động repo trong thời gian tới, các cơ quan chức năng cần đưa ra tỉ lệ ký quỹ cụ thể đối với các nhà đầu tư, xây dựng các thông số ký quỹ cho từng trường hợp; định kì báo cáo với Ủy ban chứng khoán về các giao dịch Repo để cập nhật thông tin thị trường và có biện pháp điều chỉnh khi cần thiết./.

(Xem tiếp trang 90)

CHẾ ĐỊNH VIỆN CÔNG TỔ THEO QUY ĐỊNH CỦA NƯỚC CỘNG HÒA PHÁP - MỘT VÀI KINH NGHIỆM ĐỐI VỚI VIỆT NAM

Nguyễn Thị Thương Huyền¹

Tóm tắt: Bảo vệ pháp luật là mục tiêu cơ bản của các quốc gia trên thế giới. Trong đó, vai trò quan trọng thuộc về cơ quan công tố/kiểm sát. Nghiên cứu pháp luật các nước cho thấy, dù cơ cấu, tổ chức, vị trí khác nhau nhưng pháp luật đều ghi nhận bảo vệ pháp luật là chức năng, nhiệm vụ của cơ quan kiểm sát/công tố. Tại bài viết này, tác giả sẽ tập trung nghiên cứu những vấn đề cơ bản của Viện công tố Pháp. Việt Nam là một quốc gia có hệ thống pháp luật chịu nhiều ảnh hưởng của Pháp. Chính vì vậy, việc nghiên cứu chế định công tố của Pháp sẽ đem lại nhiều giá trị tham khảo đối với Việt Nam, trong quá trình phát triển và hoàn thiện chế định Viện kiểm sát nhân dân.

Từ khóa: Viện công tố Pháp, tố tụng dân sự, tố tụng hình sự, tố tụng hành chính.

Nhận bài: 10/06/2020; **Hoàn thiện biên tập:** 05/07/2020; **Duyệt đăng:** 27/07/2020.

Abstract: Protection of laws is basic goal of each country and the procuracy plays an important role. Studying laws of different countries shows that although the structure, organization and position are different, it is recognized in different laws that protection of law is the function and role of the procuracy. In this article, the author will focus on the basics of the French Procuracy Institute.. Therefore, the study of the institution of procurator of a country with great influence on Vietnam will surely bring effective lessons for the process of developing and perfecting the Procuracy of the Socialist Republic of Vietnam.

Keywords: French procuracy, civil procedure, criminal procedure, administrative procedure.

Date of receipt: 10/06/2020; **Date of revision:** 05/07/2020; **Date of Approval:** 27/07/2020.

Theo pháp luật của Pháp, Viện công tố được giao nhiệm vụ bảo vệ lợi ích cộng đồng và kiểm tra việc áp dụng pháp luật của các Tòa án tư pháp. Viện công tố tại Pháp còn có tên gọi khác là “quan tòa đứng” (*Magistrat debout*) – những người này đang đối kháng lại với những vị quan tòa thực hiện việc xét xử. Hội đồng xét xử có tên gọi là “quan tòa ngồi” (*Magistrat assis*). Viện công tố Pháp chủ yếu bao gồm các công tố viên, và một số ít người không phải là công tố viên (công chức trong ngành cảnh sát...). Tại bài viết này, chúng ta sẽ cùng trao đổi những nội dung cơ bản về Viện công tố Pháp với các nội dung: lịch sử; nguyên tắc, cơ cấu tổ chức; vai trò của Viện công tố Pháp trong các lĩnh vực hình sự, dân sự, hành chính.

1. Lịch sử của Viện công tố Pháp

Viện công tố Pháp xuất hiện vào cuối thế kỷ thứ mười ba khi các vị vua của Pháp bảo vệ lợi ích của mình nhờ vào các công tố viên. Từng bước một, văn phòng công tố dần được mô hình hóa với các công tố viên, luật sư công... Trước cách mạng, Viện công tố bao gồm các sĩ quan có tên gọi là

“Người của nhà vua” (người biện hộ của vua). Đặc biệt, Tổng trưởng của nhà vua (*Procureur du roi*) là nhân vật chủ chốt của Nghị viện chế độ cũ. Câu hỏi về việc có nên tiếp tục duy trì sự tồn tại của Viện Công tố được đặt ra vào thời kỳ cách mạng. Sau nhiều tranh luận, Luật ngày 16 và 24/08/1790 đã tiếp tục quy định về cơ chế này và được quy định cụ thể tại Điều 8 Phần II. Đến năm 1970, các thủ tục tố tụng tại Tòa án đều được kiểm sát bởi Viện công tố, đó là các vụ án hình sự, các vụ án dân sự thông thường, các vụ án lao động. Điều 3 Luật số 70-613 ngày 10/07/1970 đã quy định về việc Viện công tố được quyền kiểm sát tất cả các vụ án ở cấp sơ thẩm².

2. Nguyên tắc, cơ cấu tổ chức của Viện công tố Pháp

2.1. Nguyên tắc hoạt động

Tại Pháp, Viện công tố là cơ quan thuộc Bộ Tư pháp và dưới sự chỉ đạo của Cục quản lý tội phạm và án xá. Viện công tố là một tổ chức phân cấp rất mạnh. Mỗi công tố viên cần phải tuân theo cấp trên của Viện công tố cấp mình. Viện

¹ Thạc sỹ, Trường Đại học Kiểm sát Hà Nội.

² Roger Perrot, “*Cơ quan tố tụng*” (Institutions judiciaires), 13e éd., Paris, Montchestien, 2008.



công tố của các Tòa án cấp sơ thẩm tuân thủ Văn phòng tổng công tố viên – Văn phòng này chịu sự điều hành trực tiếp của Bộ trưởng Bộ Tư pháp. Ngoài ra, Bộ trưởng Bộ Tư pháp có quyền kỷ luật đối với các công tố viên (khi tiến hành kỷ luật một công tố viên, Hội đồng Tư pháp cấp cao chỉ đưa ra ý kiến cho Bộ trưởng và Bộ trưởng sẽ là người quyết định. Tuy nhiên, các ý kiến của Hội đồng mang giá trị cao trong mỗi lần xem xét kỷ luật đối với công tố viên).

Một trong những nguyên tắc hoạt động của Viện công tố đó là việc *không thể chia cắt*. Nguyên tắc này có nghĩa là mỗi công tố viên là đại diện cho cả Viện công tố. Do vậy, các công tố viên có thể thay thế cho nhau. Nếu một công tố viên thực hiện một công việc nào đó, tất cả các công tố viên khác sẵn sàng cùng tham gia. Tại một phiên tòa, các công tố viên có thể thay thế cho nhau mà không làm gián đoạn thủ tục tố tụng, điều này trái hẳn với các “quan tòa ngồi” – là những người xét xử (nếu thay đổi người xét xử sẽ dẫn đến sự vô hiệu của bản án).

Một nguyên tắc đặc thù khác của Viện công tố chính là sự *không phải chịu trách nhiệm*. Một công tố viên chỉ chịu trách nhiệm về những sai lầm cá nhân của mình nhưng không bị yêu cầu trả các chi phí như các nguyên đơn hay bị đơn khi công tố viên thua kiện. Công tố viên cũng không bị truy tố vì xúc phạm hoặc phỉ báng vì những bình luận trong phiên điều trần. Tuy nhiên, những hành vi sai trái của công tố viên liên quan đến dịch vụ công có thể bị truy tố nhưng chỉ trước Tòa dân sự của Tòa án giám đốc thẩm.

2.2. Cơ cấu tổ chức của Viện công tố

Cơ cấu tổ chức của Viện công tố gồm:

- Đại hội đồng công tố viên tại Tòa án sơ thẩm thẩm quyền rộng (Juridictions du premier degré) và tại Tòa phúc thẩm (Juridictions

d'appel) Đại hội đồng công tố viên làm việc theo nguyên tắc tập thể gần như Ủy ban kiểm sát, cho ý kiến về các vấn đề: 1) Tổ chức các cơ quan của Viện công tố; 2) Mỗi quan hệ với các cơ quan cảnh sát tư pháp; 3) Các điều kiện thực hiện thẩm quyền của công tố viên; 4) Các tiêu chuẩn chung về phân công giải quyết vụ án³.

Thành phần Đại hội đồng công tố gồm Viện trưởng Viện công tố làm chủ tịch và các thành viên là công tố viên.

- Đại hội đồng công tố viên tại Tòa phúc thẩm (Juridictions d'appel) do Viện trưởng Viện công tố cùng cấp làm Chủ tịch. Thành phần Đại hội đồng này gồm: các công tố viên Viện công tố cùng cấp với Tòa án phúc thẩm; các công tố viên dưới quyền Viện trưởng Viện công tố thực hiện nhiệm vụ tại Viện công tố cùng cấp với Tòa án phúc thẩm; các công tố viên tập sự.

Cộng hòa Pháp quy định các bậc công tố viên theo từng cấp, được xác định theo thâm niên của họ tại Viện công tố tương ứng với hệ thống tòa án (gồm Tòa án sơ thẩm thẩm quyền rộng (Juridictions du premier degré), Tòa phúc thẩm (Juridictions d'appel), Tòa phá án (Cour de Cassation).

Toà án sơ thẩm thẩm quyền rộng có lập một danh sách về thứ bậc của các công tố viên theo thứ tự: 1) Trưởng công tố; 2) Các Phó Trưởng công tố; 3) Các Phó công tố; 4) Những người thay thế Viện trưởng Viện công tố cùng cấp với Tòa án sơ thẩm thẩm quyền rộng⁴.

Mỗi Tòa án phúc thẩm có một danh sách công tố viên theo thứ tự cấp bậc: 1) Viện trưởng Viện công tố; 2) Các công tố viên cao cấp; 3) Các công tố viên⁵. Tòa phá án (Cour de cassation) có một danh sách công tố viên theo cấp bậc gồm: 1) Viện trưởng Viện công tố; 2) Các trưởng công tố viên cao cấp; 3) Các công tố viên cao cấp; 4) Các công tố viên cao cấp phụ tá⁶.

³ Điều R212-38, R212-39, R212-40; R312-47 Luật cơ quan tư pháp Cộng hòa Pháp.

⁴ Điều R 212-15 Luật cơ quan tư pháp Cộng hòa Pháp.

⁵ Điều R312-18 Luật cơ quan tư pháp Cộng hòa Pháp.

⁶ Điều R432-4; Tòa phá án gồm: 1) Chánh án; 2) Các chánh Toà; 3) Các thẩm phán; 4) Các thẩm phán phụ tá; 5) Các thẩm phán tập sự; 6) Viện trưởng Viện công tố; 7) Các trưởng công tố viên cao cấp; 8) Các công tố viên cao cấp; 9) Các phụ tá công tố viên cao cấp; 10) Các Trưởng Phòng lục sự; 11) Các lục sự viên; Mỗi toà của toà phá án gồm: 1) Một chánh toà, chánh phân toà; 2) Các thẩm phán, các chánh phân toà (nếu có); 3) Các thẩm phán phụ tá; 4) Một trưởng công tố viên cao cấp; 5) Một hoặc nhiều công tố viên cao cấp; 6) Một hoặc nhiều công tố viên cao cấp phụ tá; 7) Một lục sự viên. (Điều R421-4); Hội đồng toà phá án gồm: 1) Chánh án; 2) Các chánh toà; 3) Viện trưởng Viện công tố; 4) Trưởng công tố viên cấp bậc cao nhất; 5) Hai trưởng công tố viên do Viện trưởng Viện công tố chỉ định; Trưởng Phòng lục sự hỗ trợ hoạt động của hội đồng Tòa phá án (Điều R421-2).

Tổng thống bổ nhiệm công tố viên phải có ý kiến đánh giá của Ủy ban nhân sự công tố viên thuộc Bộ Tư pháp và tham khảo ý kiến của Tổng trưởng công tố. Công tố viên của Viện công tố Pháp được tuyển chọn dưới các hình thức thi tuyển và tuyển thẳng và phải là người đã qua khóa đào tạo về nghiệp vụ. Tất cả các công tố viên được Tổng thống bổ nhiệm phải có ý kiến đề nghị của Bộ trưởng Bộ Tư pháp (Hội đồng tư pháp tối cao). Quy trình bổ nhiệm công tố viên của Cộng hòa Pháp giống như của thẩm phán.

3. Vai trò của Viện công tố Pháp

Vai trò của Viện công tố là bảo vệ lợi ích của xã hội, trật tự công cộng và áp dụng luật pháp của Tòa án trong lĩnh vực hình sự, dân sự. Đối với lĩnh vực hành chính, có các quy định riêng về vai trò của Viện công tố.

Với chức năng buộc tội là cơ bản, Viện công tố có vị trí, vai trò trọng tâm trong lĩnh vực tố tụng hình sự. Trong lĩnh vực dân sự, hành chính Viện kiểm sát tham gia trong phạm vi hạn chế đối với các trường hợp luật quy định nhằm bảo vệ lợi ích công chúng, bảo vệ lợi ích những người yếu thế trong xã hội.

3.1. Trong tố tụng hình sự

Viện công tố đại diện cho lợi ích của xã hội, truy tố tội phạm (đóng vai trò là bên chính trong một vụ kiện). Viện công tố có vai trò trong cả giai đoạn điều tra và xét xử. Viện công tố được thực hiện các công việc như của cảnh sát tư pháp để nghiên cứu các hành vi phạm tội và đưa ra các quyết định của mình.

Hoạt động của Viện công tố chủ yếu đối với các vụ án hình sự, từ khi bắt đầu điều tra hình sự đến khi xét xử. Công tố viên có thể khởi tố vụ án hình sự vì những hành vi xâm phạm trật tự chung hoặc do yêu cầu của người bị hại (hoặc những người chứng kiến). Đại diện của văn phòng công tố kiểm tra các biện pháp tạm giữ và quyết định các biện pháp tạm thời (sa thải, bãi nhiệm điều tra hoặc giới thiệu trực tiếp đến một phiên tòa xét xử, hòa giải hình sự...).

Viện công tố có quyền kiểm tra, giám sát, chỉ đạo quá trình điều tra việc tuân thủ các quy định của pháp luật, đảm bảo việc buộc tội. Để nắm chắc từ đầu quá trình điều tra, Viện công tố Pháp

có trách nhiệm tiếp nhận và quyết định việc xử lý tin báo, tố giác về tội phạm. Những yêu cầu điều tra của công tố viên buộc cảnh sát tư pháp phải thực hiện.

Công tố viên được quyền lựa chọn “truy tố hay không truy tố” khi nhận được đơn khiếu nại hoặc tố cáo (Điều 40 Bộ luật hình sự). Những quyết định công tố viên có thể đưa ra đó là: Tiến hành các thủ tục tố tụng; tiến hành thủ tục thay thế để truy tố theo Điều 41-1 hoặc Điều 41-2; chấm dứt các thủ tục tố tụng khi nhận thấy các yếu tố khởi tố vụ án không đủ căn cứ.

Nếu công tố viên lựa chọn việc khởi tố vụ án hình sự, công tố viên sẽ có trách nhiệm kiểm sát việc áp dụng pháp luật. Khi tham gia vụ án hình sự, công tố viên trong vụ án hình sự sẽ giữ vai trò của nguyên đơn hoặc những người có quyền và nghĩa vụ liên quan. Ngoài ra, công tố viên cũng chịu trách nhiệm thi hành bản án có hiệu lực (Khoản 3 Điều 32 Bộ luật tố tụng hình sự).

3.2. Trong tố tụng dân sự

Trong tố tụng dân sự, hoạt động của Viện công tố không quan trọng như trong tố tụng hình sự. Viện công tố có thể tham gia vào quá trình giải quyết vụ việc với hai tư cách: đại diện cho lợi ích chung, bảo vệ trật tự công (có tên gọi là bên chính tố - tư cách như của một bên đương sự); bảo đảm sự tuân thủ pháp luật (có tên gọi là bên phụ tố - tư cách như của cơ quan tiến hành tố tụng hoặc người tiến hành tố tụng). Với tư cách là bên chính tố (như một bên đương sự), Viện công tố có thể tự mình khởi kiện vụ án dân sự hoặc tham gia tố tụng với tư cách bị đơn đại diện cho Nhà nước khi bị kiện. Lúc này, Viện công tố là một bên đương sự thông thường trong vụ án dân sự và có đầy đủ quyền, nghĩa vụ như các bên khác (kể cả quyền kháng nghị theo thủ tục tái thẩm, kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm).

Theo quy định của Bộ luật dân sự Pháp, Viện công tố có thể khởi kiện nhiều vụ án dân sự, hoặc yêu cầu giải quyết việc dân sự ra Tòa án: Khởi kiện để yêu cầu hủy kết hôn trái pháp luật (Điều 184, 191); khởi kiện để yêu cầu dỡ bỏ một công trình xây dựng không có giấy phép; khởi kiện để yêu cầu Tòa án tước quyền của cha



mẹ đối với con của họ (Điều 378-1); đưa ra yêu cầu tuyên bố một người mất tích hay là đã chết (Điều 88, 122); đưa ra các yêu cầu có liên quan đến lợi ích của người bị suy đoán mất tích (Điều 117); đưa ra yêu cầu Toà án giao đứa con cho người thứ ba chăm sóc, nuôi dưỡng (Điều 289, 373-3, 374-1); đưa ra yêu cầu Toà án áp dụng các biện pháp hỗ trợ giáo dục đối với vị thành niên chưa có quyền tự lập trong trường hợp nếu sức khỏe, sự an toàn hoặc đạo đức của vị thành niên đó trong tình trạng bảo động hoặc trong trường hợp nếu các điều kiện giáo dục bị tổn hại nghiêm trọng (Điều 375); đưa ra yêu cầu Toà án chỉ định người quản lý di sản thừa kế (Điều 812); đưa ra yêu cầu Toà án quyết định việc mở giám hộ đối với người thành niên cần được giám hộ một cách liên tục trong đời sống dân sự (Điều 493)...

Với tư cách là bên phụ tố (là cơ quan tiến hành tố tụng, người tiến hành tố tụng) nhằm bảo đảm sự tuân thủ pháp luật, Viện công tố có quyền kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm (procedure de cassation) và tham gia tố tụng để cho ý kiến về việc áp dụng pháp luật trong một vụ việc dân sự đang được giải quyết tại Toà án, sau khi được Toà án thông báo về vụ việc dân sự đó.

Về các trường hợp Toà án thông báo vụ việc dân sự cho Viện công tố, Bộ luật tố tụng dân sự Pháp quy định ba trường hợp:

- Thông báo theo quy định của pháp luật. Pháp luật quy định cụ thể những loại vụ việc bắt buộc phải thông báo cho Viện công tố để Viện công tố cho ý kiến, nếu Toà án xét xử mà không thông báo thì bản án sẽ bị vô hiệu. Những vụ việc pháp luật quy định bắt buộc phải thông báo là những vụ việc liên quan đến: Quan hệ cha, mẹ và con; ủy quyền thực hiện quyền của cha mẹ đối với con; tổ chức giám hộ đối với người chưa thành niên; mở thủ tục giám hộ hoặc thay đổi việc giám hộ đối với người thành niên; phá sản doanh nghiệp; thuê khoán sản nghiệp thương mại; yêu cầu thay đổi chế độ tài sản giữa vợ và chồng; đơn yêu cầu Toà Phá án cho ý kiến; yêu cầu công nhận và cho thi hành bản án nước ngoài...

- Thông báo theo quyết định của Toà án. Đây là trường hợp Toà án chủ động thông báo vụ việc cho Viện công tố để Viện công tố cho ý kiến (Điều 427 Bộ luật tố tụng dân sự Pháp).

- Thứ ba, thông báo theo yêu cầu của Viện công tố: Viện công tố có quyền yêu cầu Toà án thông báo về những vụ việc mà Viện công tố xét thấy cần thiết phải tham gia ý kiến (Điều 426 Bộ luật).

Khi được thông báo, Viện công tố phải đưa ra ý kiến của mình về mặt pháp luật. Tuy nhiên, Viện công tố không nhất thiết phải tham dự phiên toà mà có thể gửi bản kết luận cho Toà án.

Về thẩm quyền kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm, Điều 618-1 Bộ luật tố tụng dân sự Pháp quy định: Viện trưởng Viện công tố bên cạnh Toà Phá án có quyền kháng nghị giám đốc thẩm trước Toà Phá án (Cour de cassation) vì lợi ích của luật và yêu cầu Viện công tố bên cạnh Toà án đã ra bản án tổng đạt kháng nghị cho các bên. Thời hạn kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm là hai tháng (Điều 612 Bộ luật tố tụng dân sự Pháp), trừ trường hợp pháp luật có quy định khác.

Về căn cứ kháng cáo, kháng nghị theo thủ tục phá án (giám đốc thẩm), *“Toà Phá án có thể giám đốc bản án chung thẩm bị kháng cáo, kháng nghị vì đã xét xử không đúng pháp luật”* (Điều 604 Bộ luật tố tụng dân sự Pháp). Do đó, quyền tùy nghi của Toà Phá án trong việc chấp nhận hoặc bác kháng cáo, kháng nghị theo thủ tục phá án (giám đốc thẩm) là rất lớn: Toà Phá án có thể bác kháng cáo, kháng nghị vì không có đầy đủ căn cứ pháp luật; vì căn cứ trong kháng cáo, kháng nghị đưa ra không thỏa đáng, hoặc thậm chí cũng có thể chấp nhận kháng cáo, kháng nghị căn cứ vào một lý lẽ pháp lý thuần túy do Toà Phá án tự nêu ra (Điều 620 Bộ luật tố tụng dân sự).

3.3. Trong tố tụng hành chính

Trong các vụ án hành chính, không có sự xuất hiện của công tố viên tại các vụ án hành chính⁷. Riêng đối với các vụ án về tài chính công, dù công tố viên không có mặt nhưng sẽ có những

⁷ Các tranh chấp hành chính tại Pháp được xét xử bởi hệ thống Tòa án hành chính riêng biệt (khác với Tòa hành chính thuộc Tòa án nhân dân Việt Nam).

người khác tham gia và thực hiện các công việc giống như các công việc của công tố viên.

Vì không có sự xuất hiện của công tố viên trong các vụ án hành chính nên tại Pháp, họ muốn thành lập một cơ quan tương đương với Viện công tố trong việc xét xử các vụ án hành chính (ngoài Tòa án Kiểm toán). Sắc lệnh ngày 02/02 và ngày 12/03/1831 đã quy định về chức năng của “Ủy viên Chính phủ” trước Hội đồng Nhà nước. Chỉ đến năm 1862, các ủy viên chính phủ mới được chính thức thừa nhận. Với chức năng khác với chức năng kiểm soát hành chính thông thường, nên các Ủy viên chính phủ không phải tuân thủ các quy tắc thứ bậc, giám sát lẫn nhau, mà họ có vai trò như một vị luật sư. Trong phiên tòa, họ được thoải mái trình bày quan điểm của mình. Điều này trái hẳn với các quy định đối với các công tố viên trong tố tụng hình sự, dân sự. Những người này không bao giờ thực hiện chức năng như của một công tố viên thực thụ, ngoại trừ việc so sánh họ với vai trò của các công tố viên trong các vụ án xét xử tại Tòa giám đốc thẩm. Chính vì vậy, đến năm 2009, Chính phủ đã gọi những người này là “báo cáo viên công khai”.

Đối với các vụ án hành chính liên quan đến tài chính công, được giao cho Tòa chuyên ngành xét xử, đó là Tòa Kiểm toán, với chức năng chuyên môn về tài chính, về quản lý, các vụ án xét xử ở đây sẽ đảm bảo tính khách quan, công khai, minh bạch về các vấn đề liên quan đến ngân sách quốc gia.

Như vậy, qua nghiên cứu, tìm hiểu những điểm chính của Viện công tố Pháp, có thể thấy vai trò của Viện công tố Pháp có rất nhiều điểm cũng giống như Viện kiểm sát nhân dân Việt Nam. Tuy nhiên, Viện kiểm sát nhân dân Việt Nam theo mô hình Sovietique nên có những đặc thù riêng. Trên cơ sở tiếp thu có chọn lọc, tác giả xin đề xuất một số kinh nghiệm mà chúng ta có thể học hỏi từ mô hình Viện công tố của Pháp để áp dụng vào Việt Nam như sau:

- Việc tăng cường trách nhiệm công tố trong hoạt động điều tra cần đảm bảo Viện kiểm sát quản lý, nắm được những thông tin đầu tiên về tội phạm. Việc xử lý tin báo, tố giác tội phạm và những yêu cầu của Viện kiểm sát trong công tác này được thực hiện kịp thời, chống bỏ lọt tội

phạm, có thể nghiên cứu, tiếp thu kinh nghiệm của Pháp, bổ sung quy định về trách nhiệm và thẩm quyền cụ thể của Viện kiểm sát trong việc tiếp nhận, xử lý tin báo, tố giác về tội phạm, xử lý những vi phạm pháp luật của các cơ quan, tổ chức có liên quan trong lĩnh vực này.

- Đối với các vụ án hành chính, có thể học hỏi mô hình của nước Pháp để áp dụng vì các vụ án hành chính có đặc thù riêng (là vụ án xét xử những người có chức vụ trong bộ máy hành chính nhà nước). Hiện nay, việc xét xử các vụ án hành chính ở Việt Nam không có khác biệt nhiều so với việc xét xử các vụ án hình sự, dân sự, lao động... Kiểm sát viên tham gia giải quyết các vụ án hành chính không thể hiện được nhiều vai trò của mình. Hiện nay, đa phần các vụ án hành chính đều là những vụ án phức tạp, cần được giải quyết bởi những người có trình độ và chuyên môn cao. Chúng ta có thể học hỏi mô hình của Pháp, xây dựng một đội ngũ dù không có chức danh tư pháp là kiểm sát viên nhưng họ được làm những công việc như kiểm sát viên và họ có trình độ, chuyên môn liên quan trực tiếp đến vụ án đang xét xử. Việc học tập kinh nghiệm này sẽ đảm bảo tính khách quan trong quá trình giải quyết án hành chính, tăng cường sự hiệu quả trong quản lý hành chính nhà nước./.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Philippe Sueur, “*Lịch sử luật công pháp từ thế kỷ 15 đến thế kỷ 18*” (Histoire du droit public français XV– XVIIIè siècles), 2e éd., 1994, Phần II, tr.183.

2. *Ý kiến về sự độc lập của tư pháp theo* Tạp chí Légifrance ra ngày 27/06/2013.

3. *Quá trình cải cách Hiến pháp của Pháp*” (La France condamnée par la CEDH à une réforme constitutionnelle), đăng tải trên trang Web Syndicat de la magistrature.

4. Renaud Lecadre, *Hội đồng hiến pháp ghi nhận vai trò của Viện công tố* (Le Conseil constitutionnel valide la tutelle gouvernementale du parquet), trang web liberation.fr, truy cập ngày 08/10/2019.

5. Roger Perrot (2008), “*Cơ quan tố tụng*” (Institutions judiciaires), 13e éd., Paris, Montchrestien.



VI PHẠM HỢP ĐỒNG TRƯỚC THỜI HẠN THỰC HIỆN NGHĨA VỤ THEO CÔNG ƯỚC VIÊN NĂM 1980 - KINH NGHIỆM CHO VIỆT NAM (Tiếp theo số 06/2020)

Vũ Huy Hoàng¹

Tóm tắt: Công ước Viên năm 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế (CISG) bắt đầu có hiệu lực tại Việt Nam từ 01/01/2017. Việc áp dụng CISG có tác động tích cực tới việc hoàn thiện pháp luật Việt Nam trong lĩnh vực mua bán hàng hóa. Thông qua việc nghiên cứu, phân tích các quy định của CISG về vấn đề vi phạm hợp đồng trước thời hạn thực hiện nghĩa vụ (gọi tắt là vi phạm hợp đồng trước thời hạn), bài viết chỉ ra những bất cập trong quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành và định hướng khắc phục những bất cập đó.

Từ khóa: Công ước Viên năm 1980, hủy bỏ hợp đồng, tạm ngừng thực hiện hợp đồng, vi phạm hợp đồng trước thời hạn.

Nhận bài: 10/05/2020; Hoàn thành biên tập: 05/06/2020; Duyệt đăng: 12/06/2020.

Abstract: The 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) entered into force in Vietnam on January 1st 2017. The application of CISG has a positive impact on the improvement of Vietnamese law in the field of goods trading. Through researching and analyzing CISG's regulations on contract breach prior to the time of performance of obligations (referred to as Anticipatory Breach), the research points out the inadequacies in the regulations of the current law of Vietnam and the orientation to overcome such inadequacies.

Keywords: The 1980 Vienna Convention, Cancellation of Contract, Pause Contract, Anticipatory Breach. Date of receipt: 10/05/2020; Date of revision: 05/06/2020; Date of Approval: 12/06/2020.

3.2. Định hướng hoàn thiện pháp luật Việt Nam về vấn đề vi phạm hợp đồng trước thời hạn

Ngày 18/12/2015, Việt Nam đã chính thức gia nhập CISG để trở thành viên thứ 84 của Công ước này; CISG bắt đầu có hiệu lực ràng buộc tại Việt Nam từ ngày 01/01/2017. Việc gia nhập CISG tạo cho các doanh nghiệp Việt Nam một khung pháp lý hiện đại, công bằng và an toàn để thực hiện hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế. Tuy nhiên, các quan hệ thương mại trong nước sẽ không được CISG điều chỉnh. Chính vì vậy, việc tiếp thu và quy định những quy phạm của CISG vào các văn bản pháp luật trong nước vừa góp phần hoàn thiện pháp luật quốc gia, vừa thể hiện sự hội nhập quốc tế sâu rộng của Việt Nam. Từ những quy định của CISG, có thể thấy pháp luật Việt Nam cần có thêm các quy định để điều chỉnh loại vi phạm hợp đồng trước thời hạn, định hướng cụ thể như sau:

Thứ nhất, nên bổ sung chế tài hủy bỏ hợp đồng trong cả Luật thương mại và Bộ luật dân sự khi “có căn cứ rõ ràng rằng một bên sẽ vi phạm cơ bản hợp đồng”. Như đã phân tích ở trên, hủy bỏ hợp đồng khi có vi phạm trước thời hạn là vấn đề còn bị bỏ ngỏ trong pháp luật hiện hành. Sự bổ

sung quy định này là cần thiết vì các lý do sau đây:

- Không thể bảo vệ tốt quyền lợi của một bên khi không cho phép họ hủy bỏ hợp đồng trong khi biết chắc là bên kia sẽ không thực hiện hợp đồng. Chế tài hủy bỏ hợp đồng trước thời hạn không dựa trên sự mất lòng tin do vi phạm hợp đồng đã xảy ra trên thực tế, mà rộng hơn là căn cứ vào sự khủng hoảng lòng tin trong quan hệ hợp đồng giữa các bên. Khi bên có nghĩa vụ đã tạo ra một căn cứ rõ ràng cho thấy hợp đồng không thể thực hiện khi đến hạn, không thể bắt buộc bên có quyền phải ở trong trạng thái chờ đợi vô ích. Đối với các thương nhân, thời gian chính là tiền bạc; việc chờ đợi hợp đồng đến hạn thực hiện sẽ làm mất khá nhiều thời gian và tất nhiên cũng sẽ đem lại ít nhiều tổn thất.

- Việc không cho phép hủy hợp đồng khi có vi phạm trước thời hạn dường như một cách gián tiếp đã ngăn cản người bị vi phạm áp dụng một biện pháp hợp lý để hạn chế tổn thất, thiệt hại. Điều 305 Luật thương mại năm 2005 có quy định về nghĩa vụ hạn chế tổn thất, cụ thể: “Bên yêu cầu bồi thường thiệt hại phải áp dụng các biện pháp hợp lý để hạn chế tổn thất kể cả tổn thất đối với khoản lợi trực tiếp đáng lẽ được hưởng do hành vi vi phạm

¹ Thạc sỹ, Giảng viên Cơ sở tại Thành phố Hồ Chí Minh, Học viện Tư Pháp.

hợp đồng gây ra, nếu bên yêu cầu bồi thường thiệt hại không áp dụng các biện pháp đó, bên vi phạm hợp đồng có quyền yêu cầu giảm bớt giá trị bồi thường thiệt hại bằng mức tổn thất đáng lẽ có thể hạn chế được". Các quy định tại Điều 362 BLDS năm 2015 và Điều 77 CISG cũng có nội hàm tương tự Điều 305 Luật thương mại năm 2005; theo đó hạn chế tổn thất, thiệt hại là trách nhiệm, nghĩa vụ của bên bị vi phạm hợp đồng. Chính vì vậy, khi một bên đã biết chắc rằng bên kia không thể thực hiện hợp đồng khi đến thời hạn, nếu pháp luật cho phép họ được hủy hợp đồng và có thể tiến hành ký kết một hợp đồng với một đối tác khác, đó là một biện pháp hiệu quả để họ ngăn chặn thiệt hại cho chính mình cũng như giảm mức bồi thường thiệt hại cho bên kia. Ví dụ, khi biết chắc bên bán sẽ không giao hàng, việc được hủy hợp đồng trước thời hạn thực hiện nghĩa vụ sẽ giúp bên mua sớm đi tìm người bán khác để có được số lượng hàng cần mua nhằm đáp ứng được nhu cầu của mình; hoặc khi biết chắc bên mua sẽ không nhận hàng và không trả tiền, việc được hủy hợp đồng trước thời hạn thực hiện nghĩa vụ sẽ giúp bên bán sớm tìm được nguồn tiêu thụ mới hoặc quyết định không tiếp tục sản xuất nữa để tránh bị tồn đọng hàng.

Thứ hai, tương tự Điều 71 CISG, nên bổ sung vào Điều 308 Luật thương mại năm 2005 một trường hợp các bên được tạm ngừng thực hiện hợp đồng, đó là trường hợp: *nếu có dấu hiệu cho thấy rằng sau khi hợp đồng được ký kết, bên kia sẽ không thực hiện một phần chủ yếu những nghĩa vụ của họ bởi lẽ: một sự khiếm khuyết nghiêm trọng trong khả năng thực hiện hay trong khi thực hiện hợp đồng hoặc hành động của bên kia trong việc chuẩn bị thực hiện hay trong khi thực hiện hợp đồng.*

Hiện nay, trong BLDS và Luật thương mại, tồn tại hai chế tài khác nhau về mặt từ ngữ nhưng tương đồng về mặt bản chất, đó là chế tài hoãn theo Điều 411 BLDS năm 2015 và chế tài tạm ngừng thực hiện hợp đồng theo Điều 308 Luật thương mại năm 2005. Về bản chất, hoãn thực hiện hợp đồng hay tạm ngừng thực hiện hợp đồng đều có thể hiểu là trường hợp nghĩa vụ đến hạn thực hiện nhưng tạm thời không được thực hiện. Mặc dù có bản chất giống nhau, điều kiện để áp dụng hai chế tài này lại được quy định khác nhau trong luật. BLDS cho phép một bên hoãn thực hiện nghĩa vụ khi có vi phạm hợp đồng trước thời hạn trong một số trường hợp nhất định, nhưng luật thương mại thì không cho phép điều này. Việc mở

rộng các trường hợp được tạm ngừng thực hiện hợp đồng tại Điều 308 sẽ làm giảm độ “vênh” trong quy định giữa BLDS và Luật thương mại, đồng thời giúp Luật thương mại Việt Nam tiệm cận hơn với các quy định trong pháp luật quốc tế.

Thứ ba, bổ sung trường hợp “*tuyên bố của một bên sẽ không thực hiện nghĩa vụ*” là căn cứ rõ ràng để xác định vi phạm hợp đồng trước thời hạn sẽ xảy ra. Một hợp đồng mua bán đã được giao kết đều thể hiện ý chí, mong muốn của các bên; bên mua thì mong muốn nhận được hàng, bên bán thì mong muốn thu được tiền. Khi một bên tuyên bố không thực hiện nghĩa vụ, có thể coi là đủ căn cứ để bên còn lại xác định một sự vi phạm trước thời hạn sẽ xảy ra. Cả BLDS và Luật thương mại đều nên thừa nhận trường hợp này là cơ sở rõ ràng để một bên áp dụng chế tài tạm ngừng thực hiện hoặc hủy bỏ hợp đồng.

Thứ tư, việc thừa nhận học thuyết vi phạm hợp đồng trước thời hạn trong pháp luật Việt Nam không phải là câu chuyện một sớm, một chiều; bởi để sửa đổi, bổ sung hay ban hành BLDS, Luật thương mại mới cần rất nhiều thời gian. Do đó, các nhà kinh doanh khi giao kết hợp đồng cần vận dụng hợp lý các quy định pháp luật hiện hành để bảo vệ tốt nhất quyền và lợi ích hợp pháp của mình.

Khi nghiên cứu các quy định tại Điều 423 BLDS năm 2015 và Điều 308, Điều 312 Luật thương mại năm 2005, người viết nhận thấy, các trường hợp để một bên được tạm ngừng thực hiện, hủy bỏ hợp đồng là khá tương đồng trong hai văn bản pháp luật này. Và trong các trường hợp đó, có một trường hợp để một bên được tạm ngừng thực hiện hoặc hủy bỏ hợp đồng, đó là “xảy ra hành vi vi phạm mà các bên đã thỏa thuận là điều kiện để tạm ngừng/hủy bỏ hợp đồng”. Như vậy, pháp luật cho phép các bên trong hợp đồng được thỏa thuận trước các trường hợp để tạm ngừng/ hủy bỏ hợp đồng. Hợp đồng là sự thỏa thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự. Về nguyên tắc, khi giao kết hợp đồng, các bên có quyền đưa vào bất kỳ thỏa thuận nào trong hợp đồng, miễn là những thỏa thuận đó có nội dung khả thi, không vi phạm điều cấm, không trái đạo đức xã hội. Như đã phân tích ở trên, pháp luật Việt Nam chưa có quy định cụ thể nào thừa nhận học thuyết vi phạm hợp đồng trước thời hạn nhưng cũng không hề cấm học thuyết này; và trên thực tế, một số quy định trong pháp luật Việt Nam đã đề cập phần nào tới vấn đề này. Chính vì vậy,



khi giao kết các hợp đồng không có yếu tố nước ngoài, các nhà kinh doanh hoàn toàn có thể vận dụng các quy định của CISG, thỏa thuận một số trường hợp cụ thể được coi là vi phạm trước thời hạn, để các bên có quyền tạm ngừng thực hiện hay hủy bỏ hợp đồng.

Việc Việt Nam chính thức trở thành thành viên của CISG không chỉ tạo điều kiện thuận lợi hơn cho các doanh nghiệp khi thực hiện hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, đây còn là cơ hội để hoàn thiện hệ thống pháp luật trong nước. Dựa trên cơ sở các quy định của CISG, việc thừa nhận học thuyết vi phạm hợp đồng trước thời hạn nói riêng cũng như sửa đổi, bổ sung các quy định pháp luật nói chung sẽ giúp pháp luật hợp đồng Việt Nam tiệm cận hơn với các quy định trong pháp luật quốc tế, tạo hành lang pháp lý an toàn và thuận lợi cho các chủ thể trong hoạt động giao dịch kinh doanh thương mại và giải quyết các vấn đề phát sinh trong quá trình thực hiện hợp đồng./.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Công ước Viên năm 1980 của Liên hợp quốc về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế.
2. Sách Tìm hiểu chung về CISG từ các án lệ tiêu biểu – Vụ pháp chế, Bộ Công thương.
3. Đặng Anh Tú (2016), *Vi phạm hợp đồng mua bán hàng hóa trước thời hạn theo công ước*

Viên 1980 - so sánh và định hướng hoàn thiện pháp luật Việt Nam, Luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Kinh tế Thành phố Hồ Chí Minh.

4. Phạm Thanh Hữu, Vi phạm hợp đồng khi chưa đến hạn thời hạn thực hiện nghĩa vụ (Anticipatory Breach) và sự cần thiết điều chỉnh bằng pháp luật, <https://danluat.thuvienphapluat.vn/vi-pham-hop-dong-truoc-thoi-han-anticipatory-breach-80847.aspx>.

ĐÍNH CHÍNH

Tại Tạp chí Nghề luật số 05, do sơ xuất kỹ thuật nên bài viết “Thực trạng thực hiện trách nhiệm giải trình trong quá trình xây dựng văn bản quy phạm pháp luật của chính quyền địa phương cấp tỉnh và kiến nghị” (tr.69 – 75) bị sai tên tác giả Quế Thị Ngọc Trâm. Tạp chí xin đính chính tên tác giả đúng là Quế Thị Trâm Ngọc.

Tại Tạp chí Nghề luật số 06, bài viết “Phương thức xác minh điều kiện thi hành án dân sự ở một số nước trên thế giới và bài học kinh nghiệm cho Việt Nam” (tr.70 – 76) bổ sung thông tin tác giả như sau: tác giả Nguyễn Thị Hương Giang là NCS Học viện Khoa học xã hội; tác giả Bùi Nguyễn Phương Lê là NCS Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.

Tạp chí xin gửi lời xin lỗi đến tác giả và bạn đọc vì sơ xuất này. Trân trọng cảm ơn./.

KINH NGHIỆM QUẢN LÝ HOẠT ĐỘNG NGÂN HÀNG NGẦM TẠI TRUNG QUỐC VÀ MỘT SỐ QUỐC GIA - BÀI HỌC KINH NGHIỆM ĐỐI VỚI VIỆT NAM

(Tiếp theo trang 82)

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. International Monetary Fund, 2014, *Shadow banking Around the Globe: How large, and how risky?*, IMF- International Monetary Fund, 10/2014.
2. Green Paper – Shadow banking, European Commission, Brussel, 19/03/2012, *International Monetary Fund, 2014, Shadow banking Around the Globe: How large, and how risky?*.
3. Nguyễn Văn Hà (chủ nhiệm), *Hoạt động tài chính ngầm (shadowbanking) tác động của nó đến an toàn hệ thống ngân hàng và biện pháp phòng ngừa*, Đề tài nghiên cứu khoa học cấp ngành, Ngân hàng Nhà nước, 11/2015.
4. Tommaso Gabrieli, Keith Pilbeam & Bingxi Shi (2017), *The impact of shadow banking on the*

implementation of Chinese monetary policy, <https://link.springer.com/article/10.1007/s10368-017-0397-z>, truy cập ngày 18/03/2020.

5. Douglas Elliott, Arthur Kroeber, Yu Qiao (2015), *Shadow banking in China: A primer*.

6. Hồ Ngọc Tú (2017), *Hoạt động ngân hàng ngầm – Kinh nghiệm các nước và kiến nghị cho Việt Nam*, Tạp chí Kinh tế tài chính Việt Nam, số 05, tháng 10/2017, tr.58-66.

7. Nguyễn Hải Yến (2019), *Pháp luật về cho vay ngang hàng - thực tiễn Trung Quốc và bài học kinh nghiệm cho Việt Nam*, Tạp chí Luật học số đặc biệt “Pháp luật kinh tế trong bối cảnh hội nhập quốc tế hiện nay”, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.106-116.