

THÔNG RA MỘT KỶ

11(343)

2016

SỐ 45

TỔNG BIÊN TẬP

L. MAI THANH

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

GS.TSKH. L. TR. C.
PGS.TS. B. XU. C.
PGS.TS. P. H. H.
PGS.TS. T. N. H.
PGS.TS. H. T. H.
PGS.TS. P. H. N.
PGS.TS. N. N. P.
PGS.TS. L. M. T.
PGS.TS. N. T. T.
GS.TS. V. K. V.
PGS.TS. D. N. V.

*Trụ sở Tòa soạn:
27 Trần Xuân Soạn
Hà Nội*

*Tel: 04.39713333
Fax: 04.39764534
Email:
tcnnpl@isl.gov.vn*

**Giấy phép hoạt động
bản chất số 121/GP-
BTTTT, ngày 22/4/2013**

In tại Công ty in Thủy Lợi

Giá: 20.000

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

LÝ LUẬN NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT, QUYỀN CON NGƯỜI

- ❖ NGUYỄN ĐĂNG DUNG – NGUYỄN ĐĂNG DUY: Bàn về thẩm quyền giải thích Hiến pháp 3
- ❖ NGUYỄN MINH ĐOAN: Vấn đề nhất thể hóa người lãnh đạo và người quản lý, thiết lập cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước hiệu quả ở nước ta hiện nay 7
- ❖ HOÀNG THỊ KIM QUẾ: Hành vi hợp pháp và đảm bảo thực hiện hành vi hợp pháp 12
- ❖ ĐẬU CÔNG HIỆP: Xây dựng pháp luật về chuyển đổi giới tính với phương pháp tiếp cận dựa trên quyền 18

LUẬT HÌNH SỰ

- ❖ NGUYỄN THỊ PHƯƠNG HOA: Chính sách hình sự đối với người dưới 18 tuổi phạm tội trong những quy định mới của Bộ luật Hình sự năm 2015 và một số kiến nghị 24

LUẬT DÂN SỰ, LUẬT HÔN NHÂN VÀ GIA ĐÌNH

- ❖ TRƯƠNG HỒNG QUANG: Một số điểm mới trong các quy định về giao dịch dân sự, giám hộ và đại diện của Bộ luật Dân sự năm 2015 33
- ❖ HUỲNH THỊ TRÚC GIANG: Xử lý việc kết hôn trái pháp luật theo Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 41

LUẬT KINH TẾ, LUẬT ĐẤT ĐAI

- ❖ VŨ THỊ HÒA NHƯ: Tổ chức quản lý nội bộ hợp tác xã theo Luật Hợp tác xã năm 2012 47
- ❖ PHAN THỊ THANH THỦY: Một số vấn đề pháp lý trong giải quyết tranh chấp giữa người tiêu dùng và bên cung cấp hàng hóa, dịch vụ bằng phương thức thương lượng 54
- ❖ CHÂU HOÀNG THÂN: Bất cập trong quy định về xác định tiền sử dụng đất khi Nhà nước giao đất đối với tổ chức kinh tế 62

LUẬT QUỐC TẾ

- ❖ NGUYỄN NGỌC HÀ: Trung Quốc tham gia với tư cách bên thứ ba vào cơ chế giải quyết tranh chấp của Tổ chức Thương mại thế giới và kinh nghiệm cho Việt Nam 69
- ❖ NGÔ THỊ TRANG: Khung pháp lý về tự do hóa lao động trong Cộng đồng Kinh tế Hiệp hội các nước Đông Nam Á – một số hạn chế và khuyến nghị 77

MONTHLY ISSUE

11(343)

2016

45TH YEAR

STATE AND LAW

CONTENTS

EDITOR IN CHIEF

LE MAI THANH

EDITORIAL BOARD

DAO TRI UC
BUI XUAN DUC
PHAM HONG HAI
TRAN DINH HAO
HA THI MAI HIEN
PHAM HUU NGHI
NGUYEN NHU PHAT
LE MINH THONG
NGUYEN TRUNG TIN
VO KHANH VINH
DINH NGOC VUONG

Office of the Editorial Board:

27 Tran Xuan Soan
Ha Noi

Tel: 04.39713333

Fax: 04.39764534

Email:

tcnnp1@isl.gov.vn

Licence for
Press Activities No.
121/GP-BTTTT dated 22
April 2013

Printed by Water Resources
Printing Company

Price: 20.000 VND

STTAE AND LAW THEORY, HUMAN RIGHTS

- ❖ NGUYEN DANG DUNG – NGUYEN DANG DUY: On the Competence of Constitution Interpretation 3
- ❖ NGUYEN MINH DOAN: On Unification of Leaders and Managers and Establishment of an Effective State Power Control Mechanism in Our Country 7
- ❖ HOANG THI KIM QUE: Legitimate Conduct and Assuring the Implementation of Legitimate Conduct 12
- ❖ DAU CONG HIEP: Building up Law and Regulation on Trans-gender from the Perspective of Right-based Approach 18

CRIMINAL LAW

- ❖ NGUYEN THI PHUONG HOA: Criminal Policy for Persons under 18 Years Old Conducting Crime under New Provisions of the Penal Code of 2015 and Recommendations 24

CIVIL LAW, FAMILY AND MARRIAGE LAW

- ❖ TRUONG HONG QUANG: New Issues on Civil Transactions, Guardianship and Representation under the Civil Code of 2015 33
- ❖ HUYNH THI TRUC GIANG: Settlement of Illegal Marriage under the Law on Family and Marriage of 2014 41

ECONOMIC LAW, LAND LAW

- ❖ VU THI HOA NHU: Organization of Internal Management of a Cooperative under the Law on Cooperatives of 2012 47
- ❖ PHAN THI THANH THUY: Legal Issues on Settlement of Disputes between Consumers and Suppliers of Goods and Services by Negotiation 54
- ❖ CHAU HOANG THAN: Shortcomings of Law and Regulation on Determining Land-Use Charges for Land Given to Enterprises 62

INTERNATIONAL LAW

- ❖ NGUYEN NGOC HA: China's Participation as a Third Party to WTO Dispute Settlement Mechanism and Implications for Vietnam 69
- ❖ NGO THI TRANG: Legal Framework for Labour Liberalization in ASEAN Economic Community - Shortcomings and Recommendations 77

BÀN VỀ THẨM QUYỀN GIẢI THÍCH HIẾN PHÁP

Nguyễn Đăng Dung*
Nguyễn Đăng Duy**

Tóm tắt: Mặc dù Hiến pháp quy định Ủy ban Thường vụ Quốc hội có quyền giải thích Hiến pháp, luật và pháp lệnh, nhưng vì không trực tiếp áp dụng pháp luật, nên rất hiếm khi Ủy ban thực hiện quyền này. Bài viết cho rằng, quyền giải thích nên đặt trong phạm vi quyền hạn xét xử của tòa án.

Abstract: Although the Constitution provides for the competence of the Standing Committee of the National Assembly with respect to interpretation of the Constitution, laws and ordinances, this Committee rarely applies such competence due to the fact that it does not directly enforces laws and regulations. This article concludes that such competence should be within the competence of courts.

1. Theo lý luận nhà nước và pháp luật, thông thường giải thích pháp luật có hai hình thức: giải thích chính thức và giải thích không chính thức¹. Giải thích không chính thức là giải thích của tất cả chủ thể trong xã hội nhưng không mang tính bắt buộc. Bài viết này chỉ tập trung vào những vấn đề có liên quan đến phạm vi, chủ thể của giải thích chính thức – mang tính bắt buộc.

Giải thích chính thức pháp luật được Hiến pháp 2013 quy định tại khoản 2 Điều 74: Ủy ban Thường vụ Quốc hội có quyền giải thích Hiến pháp, luật và pháp lệnh. Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014 quy định trình tự, thủ tục thực hiện quyền giải thích pháp luật tại Điều 47 như sau:

1. Ủy ban Thường vụ Quốc hội tự mình

hoặc theo đề nghị của Chủ tịch nước, Chính phủ, Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Hội đồng dân tộc, Ủy ban của Quốc hội, Ủy ban trung ương Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, cơ quan trung ương của tổ chức thành viên của Mặt trận hoặc kiến nghị của đại biểu Quốc hội quyết định việc giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh.

2. Tùy theo tính chất, nội dung của vấn đề cần được giải thích, Ủy ban Thường vụ Quốc hội giao Chính phủ, Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao hoặc Hội đồng dân tộc, Ủy ban của Quốc hội xây dựng dự thảo nghị quyết giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh trình Ủy ban Thường vụ Quốc hội xem xét, quyết định.

3. Dự thảo nghị quyết giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh phải được Hội đồng dân tộc, Ủy ban của Quốc hội thẩm tra về sự phù hợp của dự thảo nghị quyết giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh với tinh thần và nội dung quy định được giải thích của Hiến pháp, luật, pháp lệnh.

* GS.TS., Khoa Luật, Đại học quốc gia Hà Nội.

** Khoa Luật, Đại học quốc gia Hà Nội.

¹ Xem: Phạm Hồng Thái và Đinh Văn Mậu, *Lý luận chung Nhà nước và pháp luật*, tr. 413 – 414, Nxb. Giao thông vận tải, Hà Nội 2009.

Xem: Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội, *Lý luận chung về Nhà nước và pháp luật*.

Trong những trường hợp, các quy định của Hiến pháp, luật, pháp lệnh cần có sự giải thích thì Ủy ban Thường vụ Quốc hội ban hành một văn bản gọi là nghị quyết, chứa đựng nội dung giải thích. Quy trình giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh của Ủy ban Thường vụ Quốc hội tương tự như quy trình thông qua một dự thảo pháp lệnh được quy định trong Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật (BHVBPPL) năm 2015. Chương XIV với tiêu đề *Giải thích Hiến pháp, luật và pháp lệnh*, Luật BHVBQPPL quy định nguyên tắc giải thích: *i) Đúng với tinh thần, mục đích, yêu cầu, quan điểm chỉ đạo ban hành Hiến pháp, luật, pháp lệnh; ii) Phù hợp với nội dung, ngôn ngữ của Hiến pháp, luật, pháp lệnh; và iii) Không được sửa đổi, bổ sung hoặc đặt ra quy định mới* (Điều 158).

Trên thực tế, Ủy ban Thường vụ Quốc hội rất ít sử dụng quyền hiến định này. Theo thống kê, đến nay Ủy ban Thường vụ Quốc hội mới thực hiện thẩm quyền giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh được 5 lần². Nguyên nhân của tình trạng này là do Ủy ban Thường vụ Quốc hội không phải là chủ thể quan trọng áp dụng Hiến pháp và luật, vì vậy sẽ không thấy vướng mắc của quy phạm Hiến pháp và luật.

2. Hiện nay, việc thực thi quy định giải thích Hiến pháp, luật và pháp lệnh của Ủy ban Thường vụ Quốc hội có một số khó khăn sau:

Thứ nhất, do không được đặt trong một trường hợp cụ thể nên Ủy ban Thường vụ Quốc hội khó có thể thực hiện việc giải thích. Trong trường hợp Ủy ban Thường vụ Quốc hội giải thích một văn bản luật nào đó, tức là Ủy ban Thường vụ Quốc hội đã thực hiện quyền làm luật/pháp lệnh của mình để thay thế cho một luật/pháp lệnh trước đó. Và Luật BHVBQPPL đã quy định trình tự giải thích như trình tự thông qua một dự án pháp lệnh.

Thứ hai, muốn giải thích được điều luật một cách chính xác, thì buộc phải đặt việc giải thích trong một vụ việc cụ thể, gắn với các sự kiện pháp lý. Chỉ có Tòa án với nguyên tắc xét xử của thẩm phán (Obligation de juger), mới có điều kiện cũng như trách nhiệm bắt buộc cho việc giải thích này.

Vì không gắn với một trường hợp cụ thể, nên trong thực tế ở Việt Nam đã có trường hợp, mặc dù một quy phạm đã được Ủy ban Thường vụ Quốc hội giải thích, nhưng vì chưa thỏa mãn với nội dung giải thích, người yêu cầu vẫn thỉnh cầu Ủy ban Thường vụ Quốc hội giải thích chính những điều đã giải thích³.

Thứ ba, nếu như để quyền giải thích Hiến pháp trong thẩm quyền của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, thì vô hình trung đã nhằm lẫn giữa quyền tư pháp và lập pháp, không bảo đảm được nguyên tắc về sự phân công, phân nhiệm giữa các quyền lập

² Trần Ngọc Đường, *Thực trạng và nhu cầu giải thích Hiến pháp, luật và pháp lệnh trong thời gian tới từ thực tiễn hoạt động của Quốc hội*, Kỷ yếu Hội thảo: Giải thích Hiến pháp, luật và pháp lệnh theo Hiến pháp năm 2013 của Viện Nghiên cứu lập pháp, Hà Nội, tháng 6/2016.

³ Vũ Đức Khiển, *Kiến nghị hoàn thiện pháp luật về giải thích luật, pháp lệnh theo quy định của Hiến pháp 2013*, Kỷ yếu Hội thảo: Giải thích Hiến pháp, luật và pháp lệnh theo Hiến pháp năm 2013 của Viện Nghiên cứu lập pháp, Hà Nội, tháng 6/2016.

pháp, hành pháp, và tư pháp. Sandra Day O' Connor đã cho rằng:

*"Khi vai trò của những nhà lập pháp và quan toà được trao cho hai cơ quan khác nhau, sự quản lý tùy tiện sẽ không còn. Khi quyền làm luật được tách ra khỏi quyền hiểu và áp dụng luật, thì chính nền tảng của pháp quyền sẽ được tăng cường, khi đó các tranh chấp được điều chỉnh trên cơ sở luật đã được xây dựng từ trước"*⁴.

Tại Việt Nam, cũng có quan điểm tương tự:

"... bất luận gặp trường hợp lập pháp tối nghĩa hay không quy định đầy đủ cũng cần để cho thẩm phán có quyền xét xử không phải hỏi lại các quyền lập pháp giải thích cho rõ nghĩa. Quyền lập pháp chỉ nhiệm vụ làm ra các luật có tính tổng quát. Một khi áp dụng các luật ấy vào từng trường hợp phân tranh, nghĩa là vào các việc có tính cá nhân, không nên để cho quyền lập pháp có quyền giải thích để tránh những thiên vị đáng tiếc xảy ra. Vì vậy, quyền giải thích phải dành cho các thẩm phán"⁵.

Khác với các Hiến pháp trước đây, Hiến pháp năm 2013 phân định rất rõ ràng giữa 3 quyền: Quốc hội có quyền lập pháp (Điều 60), Chính phủ thực hiện quyền hành pháp (Điều 94) và Tòa án thực hiện quyền tư pháp (Điều 102). Đây là cơ sở pháp lý quan trọng cho việc hoàn thiện chế định

giải thích Hiến pháp cũng như giải thích luật cho Tòa án ở Việt Nam.

Chữ "tư pháp" cùng quyền tư pháp hiện nay ở Việt Nam để chỉ hoạt động của tòa án theo tinh thần của Điều 102 Hiến pháp 2013. Nhưng hoạt động tư pháp này để chỉ hoạt động xét xử của tòa án là quá hẹp, chưa nói lên hoạt động giải thích luật của tòa án. Muốn áp dụng luật cho một trường hợp cụ thể đòi hỏi thẩm phán phải giải thích quy phạm đó.

Ở Mỹ, Chánh án J. Marshall đã xác định quyền xem xét lại các văn bản luật theo thủ tục tư pháp của Tòa án qua vụ Marbury kiện Madison năm 1803:

*"Trách nhiệm và bổn phận chính của cơ quan tư pháp là giải thích luật"*⁶.

Đây là chức năng cơ bản của ngành tư pháp Mỹ. Chức năng giải thích này còn rõ hơn và có thể đứng trên cả chức năng xét xử Tòa án Mỹ ở bất kỳ cấp nào đều có quyền bác bỏ các đạo luật trái Hiến pháp. Chức năng này góp phần tạo nên nhiều án lệ và bổ sung cho sự thiếu hụt của hệ thống pháp luật nước Mỹ. Hiến pháp của Mỹ có cuộc sống dài hơn do Tòa án được quyền giải thích các quy phạm Hiến pháp phù hợp với từng giai đoạn biến chuyển của đất nước.

Ở Việt Nam, ngoài việc Hiến pháp quy định quyền giải thích Hiến pháp và luật cho Ủy ban Thường vụ Quốc hội, pháp luật còn quy định cho các cơ quan nhà nước khác mà chủ yếu là các cơ quan hành pháp

⁴ Xem: Remarks by Sandra Day O' Connor, The importance of Judicial Independence, Arab Judicial Forum, Manama, Bahrain, September 15, 2003.

⁵ Vũ Văn Mẫu, Dân luật khái luận, Sài Gòn, 1961, tr. 301.

⁶ Xem: A. E. Dick Howard, Giải thích pháp luật: Tòa án tối cao với tư cách là cơ quan thẩm định tính hợp hiến, trong tập Tòa án tối cao Hoa Kỳ: Tòa án cao nhất của quốc gia, Electronic Journal 4 - 2005.

ở trung ương có quyền ban hành những văn bản hướng dẫn thi hành luật và pháp lệnh. Nhiệm vụ này được quy định rõ trong các điều khoản của luật, hoặc được quy định trong chương cuối cùng của mỗi đạo luật: Chính phủ quy định chi tiết việc thi hành luật. Việc chủ thể ban hành văn bản pháp luật theo thẩm quyền nhằm hướng dẫn thi hành luật, pháp lệnh và các văn bản của cơ quan nhà nước cấp trên cũng là hình thức giải thích pháp luật. Trong các văn bản "quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành" của chủ thể hành pháp đều thể hiện "ý định lập pháp" của Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội. Trong các quy định hướng dẫn thi hành của các cơ quan hành pháp cũng có nhiều quy định giải thích theo nghĩa đen của từ ngữ, khái niệm. Chẳng hạn, Điều 3 Nghị định số 161/2005/NĐ-CP ngày 28/12/2005 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật BHVBQPPL năm 1996, sửa đổi, bổ sung năm 2002 giải thích cụ thể các dấu hiệu của khái niệm "*văn bản quy phạm pháp luật*" quy định tại Điều 1 của Luật BHVBQPPL. Chúng tôi cho rằng, đây cũng chính là giải thích luật của các cơ quan hành pháp.

Việc ban hành các văn bản pháp quy của các cơ quan quản lý nhà nước ở cấp trung ương là để tổ chức thực thi các văn bản pháp luật của Quốc hội. Nhưng việc ban hành các văn bản này ở những cơ quan cấp cơ sở và địa phương giải thích các quy

định của cấp trên nhiều khi lại mâu thuẫn với chính quy định đó. Về nguyên tắc, tất cả những giải thích của các cơ quan hành pháp cả của trung ương và địa phương nếu không được sự ủy quyền quy định rõ trong các văn bản luật của Quốc hội, văn bản pháp lệnh của Ủy ban Thường vụ Quốc hội đều không phải là giải thích chính thức. Các chủ thể có liên quan không có trách nhiệm phải thực thi.

Tất cả những giải thích đó phải được đặt trong việc xét xử của tòa án để đảm bảo tính hợp hiến của các văn bản giải thích.

Như vậy, từ những phân tích ở trên chúng tôi cho rằng, quyền giải thích luật nên dành cho chủ thể áp dụng luật là tòa án. Nên chăng tòa án có quyền giải thích đầy đủ các văn bản pháp luật khi có những khiếm nại hay những vụ việc phải xét xử. Chỉ có giải thích của tòa án mới là giải thích chính thức. Trong quá trình thực hiện chức năng xét xử của mình, tòa án có quyền giải thích các quy định của Hiến pháp.

Và có thể hiểu, việc ban hành các văn bản luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, cũng như việc ban hành các văn bản dưới luật, dưới pháp lệnh của các cơ quan hành pháp nhằm tổ chức thực hiện luật, cùng việc xét xử của tòa án đều là giải thích Hiến pháp.

VẤN ĐỀ NHẤT THỂ HOÁ NGƯỜI LÃNH ĐẠO VÀ NGƯỜI QUẢN LÝ, THIẾT LẬP CƠ CHẾ KIỂM SOÁT QUYỀN LỰC NHÀ NƯỚC HIỆU QUẢ Ở NƯỚC TA HIỆN NAY

*Nguyễn Minh Đoan**

Tóm tắt: Bài viết cho thấy, trong giai đoạn hiện nay ở Việt Nam cần nhất thể hóa người lãnh đạo với người quản lý; đồng thời việc nhất thể hóa chỉ nên tiến hành khi đã thiết lập được cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước hiệu quả.

Abstract: This article argues that in this period, Vietnam is in need of unification of leaders and managers. Such unification shall only be conducted when an effective State power control mechanism has been established.

1. Về nhất thể hóa người lãnh đạo và người quản lý

Trong thời đại hiện nay, ở bất kỳ quốc gia nào cũng có đảng cầm quyền – Đảng nắm giữ và thực hiện quyền lực nhà nước. Vấn đề là, phương thức cầm quyền của Đảng như thế nào để có hiệu quả thì các đảng ở mỗi quốc gia đều đang có sự tìm tòi và thử nghiệm.

Ở một số quốc gia, khi trở thành đảng cầm quyền thì đảng sẽ hóa thân vào nhà nước bằng cách những người giữ chức vụ quan trọng trong bộ máy của Đảng đều trực tiếp nắm giữ các chức vụ quan trọng trong bộ máy nhà nước, đặc biệt là chức vụ cao nhất trong đảng sẽ trực tiếp được giới thiệu làm Tổng thống hoặc Thủ tướng, người đứng đầu các Bộ, các cơ quan chính quyền địa phương... Lúc này, các đảng thực hiện sự lãnh đạo của mình bằng những người của Đảng trong bộ máy nhà nước, đặc biệt là những người giữ các cương vị cao trong bộ máy nhà nước.

Ở Việt Nam, phương thức cầm quyền của Đảng Cộng sản lại có những khác biệt nhất định. Sự hóa thân của bộ máy Đảng vào bộ máy nhà nước thường không triệt để (người giữ chức vụ cao nhất trong bộ máy của Đảng lại không nắm giữ chức vụ cao nhất trong bộ máy nhà nước. Chẳng hạn, Tổng bí thư không đồng thời là Chủ tịch nước hoặc Thủ tướng Chính phủ mà chỉ là đại biểu quốc hội. Ở địa phương, Bí thư tỉnh không đồng thời là Chủ tịch tỉnh mà thường được bố trí là Phó Chủ tịch tỉnh và bây giờ là Chủ tịch Hội đồng nhân dân tỉnh. Ở các cấp thấp hơn cũng vậy, người đứng đầu cơ quan đảng thì thường làm phó Thủ trưởng của cơ quan nhà nước).

Đảng Cộng sản Việt Nam thực hiện sự lãnh đạo toàn diện đối với nhà nước và xã hội, nhưng với phương thức lãnh đạo như vậy thường dẫn đến hiệu lực và hiệu quả lãnh đạo không cao, việc giải quyết mối quan hệ giữa các cơ quan, những người giữ chức vụ cao trong Đảng với các cơ quan, những người giữ chức vụ cao trong nhà nước nhiều khi lúng túng. Sở dĩ có tình trạng trên là vì:

* PGS.TS., Trường Đại học Luật Hà Nội.

Ở mỗi cấp tổ chức Đảng buộc phải chọn hai nhân vật quan trọng là Bí thư đảng và Thủ trưởng cơ quan nhà nước. Chẳng hạn, ở cấp tỉnh là Bí thư tỉnh ủy và Chủ tịch Ủy ban nhân dân tỉnh; và hai nhân vật này thì ai hơn ai về năng lực, về quyền lực. Về mặt lý luận, người lãnh đạo phải là người có năng lực và quyền lực hơn người bị lãnh đạo. Nhưng nếu người đứng đầu cơ quan Đảng không nắm giữ quyền lực nhà nước thì trên thực tế ưu thế về quyền lực của cá nhân họ thường không cao. Ở phương diện quyền lực chính trị (quyền lực nhà nước) nếu Bí thư đảng làm phó Thủ trưởng cơ quan nhà nước, còn Thủ trưởng cơ quan nhà nước làm phó Bí thư đảng thì sự lãnh đạo và quản lý có sự chéo nhau, dễ dẫn đến sự không phục nhau. Đặc biệt, khi người đứng đầu các cơ quan đảng lại không phải là Thủ trưởng cơ quan nhà nước, nên về mặt nhà nước họ không có ưu thế so với người đứng đầu cơ quan nhà nước, tác dụng lãnh đạo đối với người đứng đầu cơ quan nhà nước sẽ không cao.

Vì có hai người đứng đầu hai tổ chức quan trọng nhất trong xã hội hiện nay, nên buộc phải tạo ra hai bộ máy quyền lực song song tồn tại để cùng thực hiện quyền lực chính trị mà quan trọng nhất là quyền lực nhà nước. Việc song song tồn tại hai bộ máy quyền lực chính trị không chỉ tồn kém mà còn làm cho hiện tượng bao biện, làm thay giữa hai bộ máy Đảng và Nhà nước là không tránh khỏi, mặc dù về mặt lý luận thì một bộ máy thực hiện việc lãnh đạo, một bộ máy thực hiện việc quản lý xã hội.

Thực tế tổ chức và hoạt động của các cơ quan của Đảng và Nhà nước ở nước ta vừa qua cho thấy, hai bộ máy của Đảng và của Nhà nước song song tồn tại cạnh nhau với rất nhiều cơ quan ở nhiều cấp độ khác nhau

thuộc nhiều lĩnh vực khác nhau, nhưng lại thực hiện những công việc gần giống nhau (do việc xác định không rõ ràng chức năng, nhiệm vụ cho các cơ quan của mỗi tổ chức, nhất là của tổ chức Đảng). Đây là một trong những nguyên nhân dẫn đến sự chòng chẹo về chức năng, nhiệm vụ giữa các cơ quan đảng với cơ quan nhà nước và tình trạng bao biện, làm thay của bộ máy đảng đối với bộ máy nhà nước. Thể hiện rõ nhất là bộ máy tham mưu, giúp việc cho các cơ quan lãnh đạo của Đảng hoạt động kém hiệu quả, mang tính sự vụ, vụn vặt quá nhiều, dẫn đến nhiều trường hợp can thiệp quá sâu vào các hoạt động của cơ quan nhà nước.

Tình trạng trên cũng dẫn đến hiện tượng đùn đẩy trách nhiệm, không biết trách nhiệm của Đảng hay Nhà nước. Chưa kể *“Bệnh cơ hội, chủ nghĩa cá nhân trong một bộ phận cán bộ, đảng viên có chiều hướng gia tăng; vẫn còn tình trạng “chạy chức”, “chạy quyền”, “chạy tội”, “chạy bằng cấp”. Thoái hoá, biến chất về chính trị, tư tưởng, về đạo đức, lối sống; tệ quan liêu, tham nhũng, lãng phí, sách nhiễu dân trong một bộ phận không nhỏ cán bộ, đảng viên diễn ra nghiêm trọng, kéo dài chưa được ngăn chặn, đẩy lùi... làm giảm lòng tin của nhân dân đối với Đảng. Đó là một nguy cơ lớn liên quan đến sự sống còn của Đảng, của chế độ”*¹.

Khắc phục tình trạng trên, Đảng và Nhà nước đã có những điều chỉnh mối quan hệ này bằng những thay đổi như:

- Ở các đơn vị hành chính, tiến hành việc bố trí Bí thư kiêm Chủ tịch Hội đồng nhân dân. Tuy nhiên, được quy định là cơ

¹ Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ X, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà nội, 2006, tr. 263 - 264.

quan quyền lực nhà nước ở địa phương, song Hội đồng nhân dân vẫn có phần “lép vế” so với Ủy ban nhân dân cùng cấp, bởi Hội đồng nhân dân được quy định có quyền “quyết định các vấn đề của địa phương do luật định”, nhưng do chế độ phân cấp, phân quyền của Nhà nước ta nên vai trò của Hội đồng nhân dân không lớn. Điều đó làm cho vai trò của Bí thư mặc dù đã kiêm Chủ tịch Hội đồng nhân dân vẫn không hơn hẳn vai trò của Chủ tịch Ủy ban nhân dân. Do vậy, việc lãnh đạo của Bí thư đảng đối với Chủ tịch Ủy ban nhân dân vẫn khó khăn.

- Ở các cơ quan đơn vị khác, chuyển dần Thủ trưởng cơ quan, đơn vị của Nhà nước sang đồng thời giữ chức Bí thư của cơ quan Đảng. Do vậy, nhiều người được bổ nhiệm làm Thủ trưởng cơ quan, sau một thời gian tổ chức Đảng có thẩm quyền cũng bổ nhiệm họ làm Bí thư cơ quan đảng cùng cấp. Hoặc đang làm Thủ trưởng cơ quan thì đến khi Đại hội đảng sẽ được Đảng ủy cấp trên chỉ đạo bầu làm bí thư. Việc làm này nhiều khi trái với trình tự thông thường, nghĩa là phải được tổ chức Đảng bầu hoặc bổ nhiệm làm Bí thư thì phía nhà nước mới bổ nhiệm làm Thủ trưởng cơ quan. Điều đó là do chưa có quy định cụ thể và đồng bộ trong công tác tổ chức giữa các tổ chức Đảng các cấp với chính quyền các cấp.

Để khắc phục triệt để tình trạng trên, chúng tôi cho rằng cần nhất thể hóa một cách triệt để, mà trước hết là Tổng Bí thư của Đảng phải nắm giữ chức vụ quan trọng nhất bên phía nhà nước. Với mô hình tổ chức quyền lực nhà nước ở Việt Nam hiện nay thì trung tâm của quyền lực không được thể hiện rõ ở cá nhân nào: Thủ tướng, Chủ tịch nước, hay Chủ tịch Quốc hội. Xu hướng hiện nay, nhiều nhà nước thiết lập mô hình chính thể lưỡng hệ, nghĩa là người

đứng đầu nhà nước có vai trò rất lớn trong Chính phủ. Do vậy, theo chúng tôi cần tăng dần quyền lực cho Chủ tịch nước, giảm bớt thẩm quyền của Thủ tướng Chính phủ, nhất là đối với các lĩnh vực chính trị, quân sự. Việc quan trọng nhất đối với Thủ tướng, người đứng đầu Chính phủ phải là về hành chính, kinh tế, dân sự, thương mại... Kinh nghiệm cho thấy, trong mỗi quốc gia chỉ nên có một nhân vật trung tâm của quyền lực để tập hợp, thu hút cả nhà nước và xã hội, cũng như trong quan hệ quốc tế. Do vậy, ở Việt Nam nhân vật trung tâm của quyền lực nhà nước phải là Chủ tịch nước và người nắm giữ chức vụ Chủ tịch nước phải là Tổng Bí thư Đảng Cộng sản. Nhân vật đó vừa nắm quyền lực cứng (quyền lực nhà nước với phương pháp đặc thù là mệnh lệnh, cưỡng chế), vừa nắm quyền lực mềm (quyền lực của Đảng chính trị với phương pháp đặc thù là thuyết phục, giáo dục). Tương tự như vậy, ở các địa phương Bí thư sẽ kiêm Chủ tịch Ủy ban nhân dân, ở các cơ quan khác Bí thư sẽ kiêm Thủ trưởng cơ quan. Lúc này, sự lãnh đạo của Đảng sẽ bằng Nhà nước, chứ không còn thông qua nhà nước, hiện tượng mà chúng ta gọi là “bao biện, làm thay” của Đảng đối với nhà nước sẽ không còn. Không chỉ bộ máy của Đảng sẽ được thu hẹp lại mà Nhà nước cũng có điều kiện để giảm chi cho bộ máy của Đảng, của các tổ chức khác trong hệ thống chính trị như Công đoàn, Đoàn Thanh niên... Với cách tổ chức như vậy, tất cả những thành tựu cũng như yếu kém của bộ máy nhà nước đều có trách nhiệm của các tổ chức đảng, mà trực tiếp là của các chức vụ đảng quan trọng trong bộ máy nhà nước.

Việc tổ chức bộ máy Đảng và Nhà nước như hiện nay nhiều khi khó xác định rõ ràng về mối quan hệ giữa các cơ quan đảng với

cơ quan nhà nước; một số cán bộ, đảng viên trong cả hai bộ máy đôi khi cũng không phân biệt được rạch ròi đâu là công việc đảng, đâu là công việc nhà nước; khi nào thì làm việc đảng, khi nào thì làm việc nhà nước. Điều đó dẫn đến sự chòng chẹo chức năng, nhiệm vụ của hai loại cơ quan đảng và nhà nước hoặc tình trạng bao biện, làm thay của các cơ quan đảng đối với cơ quan nhà nước; sự thụ động, ỷ lại của cơ quan nhà nước vào sự chỉ đạo của các cơ quan đảng. Những hiện tượng trên đã trở thành thói quen của các cơ quan đảng và nhà nước ở nước ta nhiều năm và việc khắc phục chúng trên thực tế rất khó khăn.

Việc phân biệt giữa cán bộ đảng với cán bộ nhà nước cũng không rõ ràng, trong Luật Cán bộ, công chức không có sự tách biệt giữa công chức nhà nước với cán bộ đảng. Sự trao đổi, luân chuyển cán bộ giữa bộ máy của Đảng với bộ máy của Nhà nước ở nước ta những năm qua vẫn thường xuyên diễn ra và được đánh giá là phát huy được năng lực của cán bộ, đảng viên và không ảnh hưởng đến chất lượng, hiệu quả công việc của họ. Nói cách khác, sự hoán đổi những người giữ các chức vụ quan trọng trong bộ máy đảng với bộ máy nhà nước đã diễn ra trong nhiều năm và luôn có kết quả tốt, vậy thì việc nhất thể hoá các chức vụ chắc chắn sẽ không ảnh hưởng đến khả năng lãnh đạo, quản lý của cán bộ.

Việc nhất thể hoá một số chức vụ lãnh đạo Đảng và Nhà nước sẽ nâng cao hơn trách nhiệm của những người đảm nhiệm các chức vụ quan trọng trong bộ máy Đảng và Nhà nước, không còn tình trạng đẩy trách nhiệm cho nhau khi không làm tốt công việc giữa cơ quan đảng và nhà nước. Bởi nếu nhất thể hoá thì người giữ các chức vụ đó vừa là người lãnh đạo, vừa là người

quản lý, họ không còn đổ trách nhiệm được nữa. Xét đến cùng, cán bộ nhà nước không hoàn thành nhiệm vụ thì cơ quan, cán bộ đảng cũng phải chịu trách nhiệm (trách nhiệm của Nhà nước cũng chính là trách nhiệm của Đảng).

Việc nhất thể hoá một số chức vụ lãnh đạo Đảng và Nhà nước đương nhiên phải đi liền với việc dân chủ hoá đời sống nhà nước và xã hội, tạo điều kiện để nhân dân, các tổ chức phi nhà nước có điều kiện góp ý, phản biện những chính sách, pháp luật, những quyết định nhất định của các cơ quan nhà nước.

Việc nhất thể hoá một số chức vụ lãnh đạo Đảng và Nhà nước đòi hỏi phải xác định rõ hơn, cụ thể hơn chức năng, nhiệm vụ của các cơ quan đảng và mối quan hệ giữa các cơ quan đảng với cơ quan nhà nước các cấp. Đồng thời, phải nghiên cứu để hiện đại hoá các hoạt động hành chính trong bộ máy của Đảng, cũng như của Nhà nước; ứng dụng khoa học công nghệ, sắp xếp, đổi mới tổ chức, bộ máy đảng, đặc biệt là các ban đảng, ban cán sự đảng, đảng uỷ khối ở trung ương và các địa phương nhằm từng bước tinh giảm mạnh bộ máy tham mưu, giúp việc cho các cơ quan đảng, nâng cao năng lực và hiệu quả hoạt động của các cơ quan đảng.

2. Về thiết lập cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước hiệu quả

Việc nhất thể hoá các chức vụ quan trọng của hai bộ máy đảng và nhà nước sẽ làm cho quyền lực tập trung vào một cơ quan hay một cá nhân nào đó nhiều hơn, cao độ hơn, và điều này có thể dễ dẫn đến sự độc đoán, chuyên quyền. Việc khắc phục tình trạng độc đoán, chuyên quyền phải bằng cơ chế kiểm tra, giám sát, cơ chế kiểm toán và hoạt động hiệu quả của toà án hành

chính. Đó là những công cụ hữu hiệu mà các quốc gia đã sử dụng để kiểm soát quyền lực, nhất là quyền lực nhà nước.

Hiện tại, cơ chế kiểm soát quyền lực ở nước ta đối với cơ quan đảng và cơ quan nhà nước đều chưa hiệu quả nên có nhiều ý kiến lo ngại nhất thể hóa sẽ tạo khả năng lạm quyền nhiều hơn. Đúng là với cơ chế hiện nay, việc nhất thể hóa sẽ làm cho việc kiểm soát quyền lực càng khó khăn, đặc biệt đối với những người đứng đầu các cơ quan trọng của bộ máy nhà nước. Do vậy, cùng với việc nhất thể hóa một số chức danh đảng và nhà nước, cần thiết lập một cơ chế kiểm soát quyền lực mới, hiệu quả hơn.

Chúng tôi cho rằng, nhất thể hóa quyền lực sẽ tập trung hơn, số lượng các đối tượng nắm giữ quyền lực sẽ giảm đi, do vậy chỉ cần thiết lập một cơ chế kiểm soát quyền lực thật hiệu quả giữa các cơ quan nhà nước. Bởi như trên đã phân tích, hiện tại chúng ta có hai bộ máy, được tổ chức và hoạt động theo những nguyên tắc khác nhau, có cơ chế kiểm soát quyền lực khác nhau nên tính hiệu quả không cao. Và ở đây phải nhấn mạnh rằng, kiểm soát hai bộ máy lớn thì khó, nhưng tập trung vào kiểm soát một bộ máy sẽ thuận lợi hơn nhiều.

Như chúng ta đều biết, trong quyền lực chính trị thì quan trọng nhất là quyền lực nhà nước. Do vậy, cần kiểm soát quyền lực nhà nước bằng chính các cơ quan nhà nước, Đảng và các tổ chức khác trong xã hội hoặc nhân dân trực tiếp kiểm soát.

Việc quan trọng nhất hiện nay là phải thiết lập cơ chế để các cơ quan nhà nước kiểm soát lẫn nhau trong việc thực hiện quyền lực nhà nước. Với quan điểm này, chúng tôi thấy cần điều chỉnh thêm nhiệm vụ, quyền hạn của các cơ quan nhà nước liên quan đến việc kiểm soát quyền lực nhà nước.

Để thiết lập được cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước hiệu quả hơn cần phải: Nâng cao nhận thức về vấn đề kiểm soát và cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước; nhanh chóng hoàn thiện thể chế liên quan đến cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước; hoàn thiện các thiết chế của cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước để mỗi thiết chế đều được tổ chức và hoạt động có hiệu quả.

Trong thiết kế cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước, cần chú ý những vấn đề cơ bản sau:

- Trong điều kiện có một đảng duy nhất cầm quyền như tại Việt Nam, cần phân công quyền lực rõ ràng, chính xác sao cho nhánh quyền lực này có thể kiểm soát được nhánh quyền lực khác (các cơ quan nhà nước có thể kiểm soát lẫn nhau trong cơ chế quyền lực nhà nước thống nhất).

- Người đứng đầu Đảng Cộng sản Việt Nam (Tổng Bí thư) phải là Chủ tịch nước – người lãnh đạo chính trị đối với đất nước. Tổng Bí thư Đảng, đồng thời là Chủ tịch nước là người chịu trách nhiệm liên kết, thống nhất các nhánh quyền lực và cũng là người có thể đứng ra tổ chức giải quyết những mâu thuẫn (nếu có) hoặc sự phối hợp chưa tốt, chưa phù hợp giữa các nhánh quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp. Khi đó, Tổng Bí thư (Chủ tịch nước) sẽ là biểu tượng thống nhất không chỉ của quyền lực nhà nước mà còn là biểu tượng cho sự đoàn kết thống nhất của đất nước.

- Từng bước sáp nhập một số cơ quan đảng với cơ quan nhà nước, chuyển đổi các cơ quan này thành các cơ quan hoạt động với hai phương diện: tham mưu giúp việc cho Đảng, đồng thời tham mưu, thực hiện chức năng của cơ quan nhà nước. Từng bước giảm dần biên chế của các cơ quan này cho phù hợp với chức năng, nhiệm vụ.

(Xem tiếp trang 17)

HÀNH VI HỢP PHÁP VÀ ĐẢM BẢO THỰC HIỆN HÀNH VI HỢP PHÁP

*Hoàng Thị Kim Quế**

Tóm tắt: Bài viết tập trung phân tích những đặc điểm cơ bản và cơ chế thực hiện của hành vi hợp pháp. Trên cơ sở đó, đề xuất một số ý kiến nhằm bảo đảm thực hiện hành vi hợp pháp ở Việt Nam hiện nay.

Abstract: This article analyses main characters and implementation mechanism of legitimate conduct. On that basis, it makes proposals for assuring the implementation of legitimate conduct in Vietnam nowadays.

1. Quan niệm về hành vi hợp pháp

Hành vi pháp luật là những hành vi được pháp luật điều chỉnh, là sự thống nhất của hai mặt đối lập: hành vi hợp pháp và hành vi vi phạm pháp luật.

Trong đời sống xã hội, hành vi hợp pháp có ý nghĩa, vai trò đặc biệt quan trọng, có cơ chế vận hành đặc trưng, cần được nhà nước, xã hội tạo lập những điều kiện, môi trường cần thiết đảm bảo thực hiện.

Lâu nay, nhìn chung, sự quan tâm nghiên cứu, tìm hiểu, đánh giá về hành vi hợp pháp còn khiêm tốn trong tương quan với việc nghiên cứu hành vi vi phạm pháp luật¹.

Có quan niệm cho rằng, hành vi hợp pháp là hành vi không vi phạm pháp luật.

Nhận định này không sai, song chưa đầy đủ. Bởi lẽ, trong thực tế có những hành vi tuy không trái pháp luật nhưng được thực hiện ngoài phạm vi điều chỉnh của pháp luật; và còn một vấn đề mang tính nguyên tắc nữa là: không phải mọi hành vi trái pháp luật đều là hành vi vi phạm pháp luật. Đồng thời, hành vi hợp pháp không chỉ là những hành vi chấp hành, tuân thủ pháp luật, không vi phạm pháp luật, mà còn là những hành vi sử dụng pháp luật, hành vi tích cực pháp lý khác.

Trong bối cảnh ngày càng gia tăng vi phạm pháp luật thì yêu cầu về hành vi hợp pháp càng trở nên cấp thiết, nhằm bảo vệ, bảo đảm an toàn cho con người, cho cộng đồng, xã hội trong mọi lĩnh vực đời sống.

2. Các dấu hiệu đặc trưng cơ bản của hành vi hợp pháp

Về tổng thể, hành vi hợp pháp có những dấu hiệu đặc trưng cơ bản sau:

- *Hành vi hợp pháp là hành vi phù hợp yêu cầu của pháp luật.* Sự phù hợp với các quy định, nguyên tắc pháp luật là tiêu chí pháp lý hình thức của hành vi hợp pháp.

- *Hành vi hợp pháp có tính cần thiết khách quan để đảm bảo trật tự, sự phát triển của xã hội, bảo vệ, bảo đảm và thúc đẩy các*

* GS. TS., Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.

Bài viết này được thực hiện trong khuôn khổ đề tài nghiên cứu cơ bản dưới sự tài trợ của Quỹ phát triển khoa học và công nghệ quốc gia (NAFOSTED) “Thực hiện pháp luật của công dân trong bối cảnh xây dựng nhà nước pháp quyền”, Mã số đề tài: III.2.2.-2012.04.

¹ Đào Trí Úc, Những vấn đề lý luận cơ bản về nhà nước và pháp luật, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội 1965, tr. 265 – 275, Nguyễn Minh Đuan, Giáo trình Lý luận về nhà nước và pháp luật, Nxb. Chính trị quốc gia, tr. 422; Đinh Văn Mậu, Phạm Hồng Thái, Giáo trình Lý luận về nhà nước và pháp luật, Nxb. Giao thông, vận tải 2008, tr. 312.

quyền, lợi ích chính đáng của con người.

- *Hành vi hợp pháp có tính hữu ích cho con người và xã hội.* Cơ sở xã hội của hành vi hợp pháp là sự hài hoà lợi ích cá nhân với lợi ích xã hội. Hành vi hợp pháp là hành vi phù hợp lợi ích của các cá nhân và xã hội. Tuy vậy, không phải bất kỳ hành vi phù hợp lợi ích xã hội nào cũng đều được coi là hành vi hợp pháp; bởi lẽ, có những hành vi tuy phù hợp lợi ích xã hội, nhưng do các quy phạm xã hội khác điều chỉnh mà không hoặc chưa được các quy phạm pháp luật điều chỉnh. Ví dụ như, trong việc hình thành và thực hiện những hành vi hướng chân, thiện, mỹ, ích, thì các điều kiện môi trường xã hội khác có vai trò quan trọng, đặc biệt là đạo đức truyền thống và đạo đức tiến bộ của nhân loại.

Trên thực tế, có nhiều trường hợp do thói quen tiêu cực, tâm lý e ngại sự phức tạp của các thủ tục pháp lý..., nhiều người vẫn chủ động không tuân thủ, không chấp hành pháp luật, kể cả việc không sử dụng các quyền, lợi ích hợp pháp, chính đáng của mình. Trong số nguyên nhân, còn phải kể đến sự mất niềm tin trước những hành vi vi phạm pháp luật từ phía các cơ quan, cá nhân công quyền.

- *Hành vi hợp pháp còn thể hiện sự mong muốn của cá nhân và xã hội.* Những hành vi này không phải là nghĩa vụ mà là quyền. Việc thực hiện chúng phụ thuộc rất nhiều vào ý chí và lợi ích của bản thân chủ thể pháp luật. Ví dụ như, việc tham gia bầu cử, việc khiếu nại về những hành vi, quyết định không hợp pháp của các cơ quan nhà nước.

Hành vi hợp pháp thể hiện nhận thức của các chủ thể thực hiện: ý thức về bổn phận, trách nhiệm tôn trọng, bảo vệ cộng đồng, mà không phải do lo ngại các chế tài

xử lý, cũng như ý thức tôn trọng, thực hiện pháp luật của các cá nhân.

Cũng có những hành vi hợp pháp về hình thức không vi phạm pháp luật, nhưng có thể gây thiệt hại nhất định. Ví dụ như, buộc phải tuân thủ, làm theo những quy định về thủ tục hành chính phức tạp, gây lãng phí thời gian, tiền bạc, sức lực, áp chế về tâm lý...

- *Hành vi hợp pháp là hành vi được phép thực hiện* theo quy định của pháp luật và được nhà nước đảm bảo thực hiện.

- *Hành vi hợp pháp là hành vi thể hiện ý thức tự nguyện, tự giác,* thể hiện tính tích cực pháp lý của cá nhân ở các mức độ nhất định. Tính chất tự nguyện, tự giác, tự ý thức và tính tích cực pháp lý không hoàn toàn giống nhau ở mỗi cá nhân. Tính chất tự nguyện là tiêu chí để phân biệt giữa hành vi hợp pháp tự nguyện và hành vi hợp pháp không tự nguyện.

Khác với hành vi hợp pháp tự nguyện, hành vi hợp pháp không tự nguyện là hành vi về mặt hình thức cũng đáp ứng yêu cầu pháp luật nhưng không xuất phát từ niềm tin nội tâm và thói quen chấp hành pháp luật của các chủ thể pháp luật, mà là kết quả của sự miễn cưỡng hay từ các biện pháp cưỡng chế.

- *Về phương diện khách quan và chủ quan của hành vi hợp pháp*

Hành vi hợp pháp là những hành vi có ý thức, là sự thống nhất hữu cơ của hành vi bên ngoài và trạng thái tâm lý nội tại của con người trong thời điểm thực hiện hành vi; là sự thống nhất mặt hoạt động bên ngoài và ý thức của con người.

Về mặt khách quan, hành vi hợp pháp là hành vi phù hợp, không trái quy định pháp luật, là những hành vi cần thiết, có lợi ích

cho cá nhân, cộng đồng, xã hội. Hành vi ***hợp pháp khác với hành vi không hợp pháp*** trước hết ở hình thức bên ngoài; trong đó, hành vi hợp pháp được thể hiện dưới dạng hành động hoặc không hành động: tuân thủ, chấp hành, sử dụng pháp luật của các cá nhân, tổ chức.

Về mặt chủ quan, hành vi hợp pháp thể hiện ý thức, trách nhiệm của các chủ thể thực hiện hành vi. Mặt chủ quan của hành vi hợp pháp có biểu hiện khá đa dạng, đặc biệt về động cơ, mục đích thực hiện. Mặt chủ quan của hành vi hợp pháp thể hiện khác nhau về thái độ tâm lý đối với hành vi, việc hành động hay không hành động và hệ quả của chúng ở các chủ thể.

Trong những yếu tố tâm lý nội tại quyết định việc hình thành động cơ một hành vi hợp pháp, thì quá trình hình thành nhu cầu và lợi ích của con người có ý nghĩa đặc biệt. Sự tự ý thức về bổn phận, trách nhiệm trước xã hội, nhận thức về vai trò pháp luật, các thói quen xử sự theo pháp luật; nguy cơ áp dụng các chế tài; ảnh hưởng của môi trường xung quanh... chính là những yếu tố đan xen trong cơ chế tâm lý - xã hội của hành vi hợp pháp.

- Về nguyên tắc suy đoán hành vi hợp pháp - tính hợp pháp của hành vi

Nguyên tắc: “*được làm tất cả những gì pháp luật không cấm*” là một trong những nguyên tắc cốt lõi, tiêu chí cơ bản nhận diện nhà nước pháp quyền, xã hội dân chủ, văn minh. Theo nguyên tắc, cá nhân được tự do làm tất cả những gì pháp luật không cấm và không trái đạo đức xã hội. Như vậy, nguyên tắc suy đoán tính hợp pháp của hành vi cần phải được áp dụng khi các cá nhân thực hiện nguyên tắc “*được làm tất cả trừ những gì mà pháp luật cấm*”, chứ không chỉ có nguyên tắc “*suy đoán vô tội*”.

Giá trị xã hội - nhân văn to lớn của nguyên tắc pháp quyền này từ lâu đã được khẳng định. Song thực tế, việc hiểu và thực hiện nguyên tắc này lại không đơn giản. Theo đó, có quan điểm cho rằng: một là, luật có quy định ghi rõ điều bị cấm; hai là, luật không có quy định cấm; ba là, cái gì luật không cấm (kể cả luật không quy định) thì = hành vi hợp pháp. Ở đây lại xuất hiện một tình huống: luật không có quy định cấm và luật không có quy định bắt buộc thực hiện thì sẽ xử lý như thế nào? Hành vi nào sẽ là hợp pháp? Nếu xét về bản chất của nguyên tắc “*được làm tất cả những gì pháp luật không cấm*”, chỉ có thể hiểu là: không có quy định pháp luật cấm thì cá nhân có thể thực hiện hành vi tương ứng.

Phụ thuộc vào mức độ trách nhiệm, thái độ của chủ thể đối với hành vi; mức độ tích cực, tự nguyện và động cơ thực hiện hành vi, có thể phân hành vi hợp pháp thành bốn loại cơ bản, bao gồm: *hành vi hợp pháp mang tính tích cực xã hội; hành vi tuân thủ pháp luật (khái niệm “tuân thủ” ở đây hiểu theo nghĩa rộng tức là thực hiện pháp luật); hành vi hợp pháp theo thói quen; hành vi hợp pháp mang tính thụ động.*

Hành vi hợp pháp mang tính tích cực xã hội là hình thức cao nhất của hành vi hợp pháp, có ý nghĩa xã hội to lớn, vì chủ thể ý thức được sự cần thiết, có lợi cho xã hội và cho bản thân. Trong hình thức này, chủ thể hành vi đã thực hiện một cách tích cực, có mục đích, có trách nhiệm đối với xã hội và bản thân cả về các quyền chủ thể và các nghĩa vụ pháp lý. Vấn đề quan trọng là, phải làm cho các cá nhân hiểu được ý nghĩa xã hội, giá trị xã hội của các quy định pháp luật, của những hành vi hợp pháp và tuân thủ nó một cách tự nguyện, chứ không chỉ vì lo ngại bị áp dụng chế tài pháp luật.

Nghĩa là phải quan tâm đến động cơ của những hành vi pháp luật.

Hành vi tuân thủ pháp luật - một loại hành vi hợp pháp, được đặc trưng bởi ý thức tuân thủ pháp luật của con người, thể hiện một mức độ thích hợp của nhận thức pháp luật. Ví dụ, một nhân viên cảnh sát đến làm nhiệm vụ trực ban theo đúng giờ quy định.

Hành vi hợp pháp theo thói quen là những hành vi hợp pháp được lặp đi lặp lại hàng ngày. Hành vi "thói quen" được gọi là "bản năng thứ hai" của con người. Hành vi hợp pháp theo thói quen là nhu cầu cần thiết bên trong của cá nhân, khi họ tuân thủ pháp luật không phải vì sợ pháp luật mà là do thói quen đã trở thành lối sống, lối tư duy. Ví dụ, người tham gia giao thông tự giác và như một thói quen sẽ dừng lại khi có tín hiệu đèn đỏ, dù có hay không có cảnh sát giao thông... Đây là hành vi hợp pháp theo thói quen được thực hiện dựa trên sự hiểu biết và tôn trọng pháp luật.

Hành vi hợp pháp thụ động là hành vi hợp pháp được thực hiện không phải trên cơ sở ý thức về sự cần thiết phải tuân thủ pháp luật mà là từ nỗi lo sợ của chủ thể về sự trừng phạt của pháp luật, hoặc cũng có thể trên cơ sở những động cơ vụ lợi khác. Chẳng hạn, tuân thủ luật lệ giao thông chỉ khi có cảnh sát, mà không phải do tôn trọng pháp luật. Hành vi hợp pháp thụ động có mức độ thấp về tính tích cực xã hội của chủ thể thực hiện. Việc tuân thủ các quy định pháp luật diễn ra thụ động chứ không phải theo thói quen hay ý thức về sự cần thiết, giá trị, lợi ích của pháp luật và sự tôn trọng pháp luật.

3. Xây dựng môi trường, điều kiện đảm bảo thực hiện hành vi hợp pháp

Để đưa pháp luật vào cuộc sống, giảm thiểu những hành vi vi phạm pháp luật, vi

phạm đạo đức, gia tăng, khuyến khích những hành vi hợp pháp, cần tạo lập môi trường và những điều kiện đảm bảo thực hiện. Bản chất của thực hiện pháp luật là "sự chuyển hóa các yêu cầu chung được xác định trong các nguyên tắc và quy phạm pháp luật vào trong các hành vi cụ thể của các chủ thể"². Theo tác giả, cần thực hiện các biện pháp sau:

a) Tiếp cận pháp luật, kỹ năng thực hành pháp luật

Sự hiểu biết pháp luật là cơ sở để mỗi cá nhân hình thành ý thức tôn trọng và có lối sống tuân theo pháp luật. Tuy vậy, nếu chỉ biết về quy định pháp luật nhưng thiếu những kỹ năng cần thiết sử dụng, thực hành thì vẫn chưa đủ để giúp các cá nhân có hành vi hợp pháp. Một trong những nội dung cần đổi mới trong phổ biến, giáo dục pháp luật chính là sự kết hợp phổ biến, giáo dục kiến thức pháp luật với những kỹ năng cần thiết trong việc thực hiện pháp luật. Hành vi, cách ứng xử theo pháp luật của mỗi cá nhân là kết quả của quá trình hình thành ý thức pháp luật và văn hoá pháp luật. Lênin đã từng khẳng định: "Ngoài đạo luật ra còn có trình độ văn hoá, cái không lệ thuộc vào bất kỳ một đạo luật nào"³.

Đưa các yếu tố pháp luật, kỹ năng thực hành pháp luật vào trong giáo dục đạo đức và ngược lại; phát triển các loại hình dịch vụ pháp lý, góp phần giảm thiểu những rủi ro pháp lý và nâng cao an toàn pháp lý cho các cá nhân, tổ chức trong các quan hệ xã hội, hoạt động xã hội. Hành vi hợp pháp là kết quả của quá trình hình thành nhân cách dưới tác động của môi trường xã hội. Người

² Đào Trí Úc, Thực hiện pháp luật và cơ chế thực hiện pháp luật ở Việt Nam, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 3/2012, tr. 5.

³ Lênin, toàn tập, tập 38, tr. 170 (Tiếng Nga).

tốt, có phẩm chất đạo đức tốt vẫn có thể có hành vi vi phạm pháp luật trong những trường hợp nhất định. Môi trường sống rất quan trọng, một người sống trong môi trường văn hoá lành mạnh sẽ có ý thức và hành vi hợp pháp cao hơn những người sống trong môi trường có nhiều tệ nạn xã hội, tội phạm; một người tham gia giao thông có thể không biết cụ thể về các quy định pháp luật, nhưng anh ta không vi phạm luật vì đã làm theo những người khác...

b) Đảm bảo công bằng, nghiêm minh, kịp thời trong thi hành, áp dụng pháp luật, xây dựng niềm tin pháp luật

Tình trạng pháp luật không được thực hiện, hay việc áp dụng pháp luật không nghiêm minh, không kịp thời, không minh bạch, công bằng của các cơ quan công quyền sẽ dẫn đến những ảnh hưởng tiêu cực đối với ý thức và hành vi hợp pháp của con người. Việc thiếu niềm tin vào tính công bằng, bình đẳng và nghiêm minh của pháp luật là một trong những yếu tố làm tăng thêm chi phí tổ chức thực hiện của pháp luật⁴. Max Weber đã từng nhấn mạnh, một Nhà nước có hưng thịnh hay không tùy thuộc vào việc những đạo luật do Nhà nước ban hành có được tuân thủ hay không⁵. Luật pháp muốn hiệu lực, hiệu quả thì ngoài sức mạnh của công quyền thông qua cưỡng chế thì còn cần huy động cả sức mạnh của tư tưởng và của tinh thần; pháp luật phải được con người nhận thức như là cái cần thiết và

có căn cứ; phải tạo niềm tin và sự tôn trọng đối với pháp luật⁶. Niềm tin là một trong những tiền đề và điều kiện để tôn trọng và chấp hành pháp luật.

c) Đảm bảo cân bằng các loại lợi ích, công khai, minh bạch, nhất quán, thống nhất, ổn định hệ thống pháp luật

Tính ổn định tương đối, tính phù hợp, công khai, minh bạch của pháp luật và việc thực thi pháp luật nghiêm minh, kịp thời sẽ là một trong những điều kiện cơ bản để tạo dựng môi trường pháp lý lành mạnh, hiệu quả. Tình trạng tân suất cao về sửa đổi, bổ sung, hủy bỏ văn bản pháp luật, quy định pháp luật, sự mâu thuẫn, chồng chéo, vi phạm tính tối cao của Hiến pháp và Luật là những lực cản của việc thực thi pháp luật, dẫn đến tâm lý coi thường, mất niềm tin vào pháp luật, tạo điều kiện thuận lợi cho những chuỗi vi phạm pháp luật.

Các chế tài pháp luật đủ độ răn đe và phù hợp với tính chất, mức độ, hậu quả của các hành vi vi phạm pháp luật là một trong những điều kiện cơ bản đảm bảo thực hiện các hành vi hợp pháp, giảm thiểu vi phạm pháp luật. Các chế tài nghiêm minh và những biện pháp kiểm soát chặt chẽ việc thực thi có tác động mạnh mẽ đến ý thức và hành vi hợp pháp của con người.

d) Xây dựng tính tích cực pháp luật, tạo lập dư luận xã hội lên án những biểu hiện coi thường pháp luật, vi phạm pháp luật; hỗ trợ, tôn vinh những hành vi hợp pháp, sử dụng pháp luật một cách có văn hóa.

Cần tạo lập tính tích cực pháp lý; gia tăng mức độ xã hội hóa pháp luật, các cá nhân không chỉ tuân thủ pháp luật mà còn

⁴ Nguyễn Sĩ Dũng, Việc tổ chức thực hiện pháp luật trong bối cảnh xây dựng nhà nước pháp quyền ở nước ta, Tạp chí nghiên cứu lập pháp, số 10/2010.

⁵ Dẫn theo: Ulrich Karpen, Những điều kiện bảo đảm hiệu quả của Nhà nước pháp quyền, đặc biệt ở các nước đang phát triển và các nước mới công nghiệp hoá, trong Josef Thesing (chủ biên), Nhà nước pháp quyền, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2002, tr. 335 - 379.

⁶ Đavudóp, Dưới lăng kính triết học, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2002, bản dịch tiếng Việt, tr. 185-186.

tích cực tham gia vào việc xây dựng chính sách, pháp luật và đưa pháp luật vào cuộc sống. Ví dụ, theo kết quả khảo sát của Viện Nghiên cứu Xã hội, Kinh tế và Môi trường (iSEE) công bố, chỉ có 2 - 3% người tiêu dùng sử dụng các kênh khiếu nại hoặc khởi kiện khi quyền của mình bị vi phạm⁷. Chính

điều này càng khiến người tiêu dùng trở nên “đơn độc” trong việc bảo vệ quyền lợi chính đáng của mình. Tạo lập dư luận xã hội chính là một trong những biện pháp mạnh mẽ để đấu tranh với những hành vi vi phạm pháp luật; khuyến khích, hỗ trợ các hành vi hợp pháp.

⁷ Bài “Người tiêu dùng bị xâm hại”, Báo Doanh nhân Sài Gòn, ngày 27/3/2015, tại trang: <http://www.doanhnhansaigon.vn/chuyen-lam-an/nguoi-tieu-dung-co-duoc-bao-ve/1087515/>.

(Tiếp theo trang 11 – Vấn đề nhất thể hóa người ...)

- Việc kiểm soát phải được bắt đầu ngay từ việc tổ chức quyền lực (tổ chức bộ máy nhà nước), trong đó cần chú ý cơ cấu của bộ máy nhà nước, phân bổ lại chức năng, quyền hạn của các cơ quan nhà nước theo hướng kiểm soát lẫn nhau (để Nhà nước thật sự là một cơ thể thống nhất và tự kiểm soát, tự điều chỉnh, có sức đề kháng cao với căn bệnh thoái hóa quyền lực, có khả năng sửa sai nhanh nhất...).

- Tất cả các tổ chức, cá nhân đã thực hiện quyền lực nhà nước đều bị kiểm soát, không loại trừ cơ quan hay cá nhân nào.

- Chú trọng các thiết chế kiểm soát quyền lực nhà nước có tính chuyên trách. Từng bước xây dựng thiết chế chuyên trách bảo vệ Hiến pháp bằng tư pháp. Chuyển thẩm quyền giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh từ Ủy ban Thường vụ Quốc hội sang cơ quan tư pháp.

- Có các biện pháp đủ mạnh để xử lý các tổ chức, cá nhân thực hiện quyền lực nhà nước không đúng, không hiệu quả vì lợi ích nhân dân. Quy định các biện pháp xử lý mạnh hơn đối với tập thể Quốc hội, Chính phủ, Tòa án, Viện kiểm sát cùng những

người đứng đầu các cơ quan này. Thực hiện việc chất vấn, điều trần đối với các quan chức, thực hiện việc bỏ phiếu bất tín nhiệm đối với Chính phủ và các chức danh do Quốc hội bầu hoặc cử.

Tóm lại, chúng tôi cho rằng, nhất thể hoá một số chức vụ lãnh đạo Đảng và Nhà nước là một chủ trương đúng đắn và cần được mạnh dạn áp dụng để khắc phục hiện tượng bao biện, làm thay, chòng chẹo về chức năng, nhiệm vụ giữa các cơ quan đảng với các cơ quan nhà nước, nâng cao năng lực lãnh đạo của các cơ quan đảng, hiệu lực quản lý của các cơ quan nhà nước ở nước ta. Vấn đề này không đơn giản, thực thi trong thực tiễn vô cùng khó khăn, phức tạp bởi nó đụng chạm tới lợi ích và thói quen đã được hình thành, tồn tại lâu nay trong suy nghĩ và hành động của đội ngũ cán bộ đảng và nhà nước. Đồng thời, cũng phải nhanh chóng hoàn thiện cơ chế pháp lý kiểm soát quyền lực nhà nước; bởi đây là một trong những bảo đảm chính trị, pháp lý quan trọng hạn chế sự lạm quyền, tham nhũng của bộ máy nhà nước, nhằm góp phần xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam.

XÂY DỰNG PHÁP LUẬT VỀ CHUYỂN ĐỔI GIỚI TÍNH VỚI PHƯƠNG PHÁP TIẾP CẬN DỰA TRÊN QUYỀN

*Đậu Công Hiệp**

Tóm tắt: Bài viết làm sáng tỏ các phương diện lý luận và thực tiễn về tiếp cận dựa trên quyền đối với vấn đề chuyển đổi giới tính, đặc biệt là trong hoạt động xây dựng pháp luật.

Abstract: This article aims at clarifying theoretical and practical aspects of transgender from the perspective of right-based approach, particularly in activities of law making.

Trong những năm gần đây, vấn đề chuyển đổi giới tính dành được nhiều sự quan tâm của xã hội. Đặc biệt, Bộ luật Dân sự 2015 quy định việc chuyển đổi giới tính tại Điều 37 đã đặt ra nhu cầu xây dựng và hoàn thiện cơ sở pháp lý về vấn đề này. Việc xác định cách thức tiếp cận khi xây dựng pháp luật về chuyển đổi giới tính là một vấn đề quan trọng trong đó chú trọng đến tiếp cận dựa trên quyền (Right-based Approach).

1. Chuyển đổi giới tính và quyền con người

Để hiểu mối liên hệ giữa chuyển đổi giới tính và quyền con người, cần hình dung cơ bản về hiện tượng chuyển giới nói chung. Chuyển giới là "một khái niệm rất rộng chỉ quá trình thay đổi giới tính. Nó xảy ra một cách tự nhiên ở một số loài, những khái niệm này thường được sử dụng với ý nghĩa là phẫu thuật chuyển đổi giới tính"¹.

* ThS., Khoa Pháp luật Hành chính - nhà nước, Đại học Luật Hà Nội.

¹ Mistress Dede, *Sex change: A simple guide to sex reassignment*, 2014. Nguyên văn: "sex change' is a very broad term that refers to the process of a person or animal changing sex. This occurs naturally in some species of animals, but more often the term is used to mean sex reassignment surgery".

Có thể thấy, chuyển đổi giới tính là một quá trình mà thông qua các liệu pháp khác nhau, một người có thể thay đổi giới tính của mình hoàn toàn hay từng phần. Trong đó, bên cạnh liệu pháp hormone (Hormone replacement therapy) thì phẫu thuật chuyển đổi giới tính (Sex reassignment surgery²) là biện pháp thường được sử dụng để thực hiện việc chuyển đổi giới tính một cách hoàn chỉnh nhất. Phẫu thuật chuyển đổi giới tính thường được thực hiện đối với những người có bản dạng giới khác với giới tính sinh học, nên họ có xu hướng sử dụng biện pháp can thiệp y học để có một cơ thể thống nhất với giới tính mong muốn của mình.

Tuy nhiên, chuyển giới, xét theo nghĩa rộng, có thể được coi là một quá trình biểu hiện giới qua đó một cá nhân đòi hỏi việc biểu hiện giới tính của mình ra bên ngoài được đầy đủ và hoàn thiện nhất. Vì vậy, bên cạnh việc chuyển đổi giới tính về mặt sinh học với sự can thiệp y khoa, mỗi cá nhân còn có nhu cầu chuyển đổi giới tính về mặt pháp lý³. Điều đó không chỉ đòi hỏi việc

² Hay có thể dịch là phẫu thuật *khẳng định giới* để giảm bớt sự kỳ thị có thể gây ra bởi khái niệm *chuyển đổi giới*.

³ Theo một tài liệu của Hội đồng cao ủy nhân quyền châu Âu, tiếp cận tới những quy trình để chuyển đổi

chuyển đổi giới tính được ghi nhận trong các loại giấy tờ tùy thân mà người sau khi chuyển đổi giới tính còn phải được đảm bảo đối xử công bằng về mặt pháp lý, phù hợp với giới tính của mình.

Như vậy, chuyển đổi giới tính là một hoạt động, quá trình phản ánh những nhu cầu cơ bản của con người. Để thấy được mối liên hệ giữa chuyển đổi giới tính và quyền con người, cần làm rõ một số khía cạnh sau đây:

- *Thứ nhất*, chuyển đổi giới tính có thể xem xét như một nhu cầu tự nhiên, khách quan của những người có bản dạng giới khác với giới tính sinh học. Đối chiếu với khái niệm quyền con người là "*những nhu cầu, lợi ích tự nhiên, vốn có của con người*"⁴, có thể xem xét chuyển đổi giới tính như một quyền con người với những đối tượng nhất định. Quyền chuyển đổi giới tính, do đó, gắn liền với những khía cạnh cơ bản của quyền con người. Đầu tiên, nó có mối liên hệ với sự tự do, tức là việc một người có thể thực hiện được điều mình muốn, là chuyển đổi giới tính mà không bị cản trở. Tiếp theo, nó có mối liên hệ với sự bình đẳng, tức là được đối xử ngang hàng với người khác mà không có bất kỳ sự phân biệt nào. Sự thay đổi giới tính sinh học để

phù hợp với bản dạng giới là cách thức để những biểu hiện khác về giới của người chuyển giới trở nên phù hợp với cơ thể sinh học mới, do đó giảm bớt sự phân biệt đối xử thường có đối với những người chưa thực hiện chuyển giới. Không ít quan điểm theo chiều hướng coi quyền chuyển đổi giới tính như một quyền con người. Tác giả Peter Ubel trong một bài viết trên tạp chí Forbes đã đặt câu hỏi: *Liệu phẫu thuật chuyển đổi giới tính có phải là một quyền con người cơ bản?* Và ông cũng đưa ra kết luận: "*Chúng ta không nên cho phép những quan niệm lỗi thời về giới để từ chối một cách thô bạo những sự chăm sóc y tế quan trọng với những người mà bởi những hoàn cảnh tự nhiên nằm ngoài sự kiểm soát của họ, đã không ăn khớp với những bản dạng thông thường*"⁵.

- *Thứ hai*, chuyển đổi giới tính gắn liền với những quyền dân sự (civil right) cơ bản của người chuyển giới. Mặc dù Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị (ICCPR) cũng như Công ước quốc tế về các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa (ICESCR) không nói tới khía cạnh chuyển giới, nhưng tinh thần của công ước này cũng như những điều ước quốc tế khác có tác động nhất định tới vấn đề chuyển đổi giới tính. Cụ thể, dưới góc độ quyền của người chuyển giới với tư cách một bộ phận của nhóm những người dễ bị tổn thương (vulnerable group), quyền của họ luôn gắn với quyền được đối xử nhân đạo và tôn trọng nhân phẩm của những người bị tước tự do theo Điều 10 ICCPR.

giới tính và tên gọi của một người trong các tài liệu định danh là cần thiết sống còn đối với người chuyển giới để sống đúng với bản dạng giới mà mình mong muốn. Theo Thomas Hammarberg, Council of Europe Commissioner for Human Rights, *Human rights and gender identity*, Issue Paper, Strasbourg, 2009. Nguyên văn: "*Access to procedures to change one's sex and one's first name in identity documents is vital for a transgender person to live in accordance with one's preferred gender identity*".

⁴ Nguyễn Đăng Dung, Vũ Công Giao, Lê Khánh Tùng, *Giáo trình lý luận và pháp luật về quyền con người*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội, 2012, tr. 38.

⁵ Peter Ubel, *Is Sex Reassignment Surgery a basic human right?*, Forbes, 4/10/2012. Nguyên văn: "*we shouldn't allow outdated notions of gender to cruelly deny important medical care to people who, through natural circumstances beyond their control, don't fit into easy categories*".

Những người đã chuyển đổi giới tính về sinh học nhưng chưa hoàn tất về mặt pháp lý có thể bị tổn hại trong hoàn cảnh bị nhà nước tước tự do, mà điển hình là giam giữ. Đặc biệt với thể hệ quyền thứ hai, người chuyển đổi giới tính cần được bảo đảm một cách cơ bản trong bối cảnh thân phận và giới tính đã thay đổi. Cụ thể, với quyền về sức khỏe theo các điều 7, 11, 12 ICESCR, một nghiên cứu dẫn ra rằng, 73% người chuyển giới được hỏi trả lời họ sợ những nhà cung cấp chăm sóc sức khỏe sẽ đối xử không bình đẳng và 52% tin rằng những nhà cung cấp sẽ từ chối vì họ là người chuyển giới⁶. Ngoài ra, các vấn đề khác như lao động, giáo dục, an sinh xã hội của người chuyển đổi giới tính cũng được đặt ra và cần đảm bảo thực hiện đúng theo tinh thần được khẳng định trong Hiến chương Liên hợp quốc là, *thúc đẩy và khuyến khích sự tôn trọng các quyền con người và tự do cơ bản cho tất cả mọi người mà không có sự phân biệt đối xử về chủng tộc, giới tính, ngôn ngữ hoặc tôn giáo*.

- Thứ ba, sự quan tâm của nhân loại đối với vấn đề quyền chuyển đổi giới tính là một xu thế tất yếu và luôn song hành với sự phát triển chung của nhân loại. Thực tế tỉ lệ người chuyển giới trong xã hội thường dao động trong khoảng 0.1% đến 0.5%⁷. Như vậy, cùng với sự tăng lên của dân số, số lượng người chuyển giới cũng ngày càng tăng, đặc biệt khi vị trí, vai trò của nhóm người này dần trở nên đáng kể đối với sự

phát triển chung của toàn xã hội⁸. Bên cạnh đó, những phong trào đấu tranh cho người chuyển giới lớn mạnh dần cùng với sự hình thành các tổ chức hỗ trợ⁹. Vì vậy, về mặt thực tiễn có thể khẳng định rằng, việc đòi hỏi các quyền của người chuyển giới là một xu thế khách quan trong điều kiện vẫn còn nhiều sự chia rẽ sâu sắc giữa các quốc gia và các nền văn hóa¹⁰. Trong bối cảnh quyền con người ngày càng được tôn trọng, việc xem xét vấn đề chuyển đổi giới tính dưới góc độ quyền con người là điều hết sức cần thiết.

2. Tiếp cận dựa trên quyền về chuyển đổi giới tính

Tiếp cận dựa trên quyền là cách thức tiếp cận ưu việt, thường được sử dụng trong việc hoạch định và xây dựng chính sách, hợp tác giữa các quốc gia, các tổ chức quốc tế. Tiếp cận dựa trên quyền lấy yếu tố quyền con người là trung tâm nhằm thúc đẩy phát triển và đảm bảo công bằng xã hội thông qua việc nhấn mạnh trách nhiệm của nhà nước với tư cách người mang nghĩa vụ (duty-bearers) đối với công dân trong tư cách là người mang quyền (rights-holder)¹¹.

⁸ Trang web sau đây cung cấp thông tin và hình ảnh về những người chuyển giới nổi tiếng trên nhiều lĩnh vực và có nhiều đóng góp to lớn đối với xã hội: <http://www.ranker.com/list/list-of-famous-transgender-people/famous-gay-and-lesbian>.

⁹ Theo: Maurianne Adams, Lee Anne Bell, *Teaching for Diversity and Social Justice*, Routledge, 2016, tr.198. Nguyên văn: “As the trans rights movement has matured, national organizations emerged to focus attention on trans issues separate from lesbian, gay and bisexual issues”.

¹⁰ Trong quá trình thông qua một nghị quyết về quyền của người đồng tính, song tính và chuyển giới của Hội đồng nhân quyền Liên hợp quốc, số phiếu ủng hộ và phản đối rất chia rẽ. Theo: Nguyễn Đăng Dung, Vũ Công Giao, Lê Khánh Tùng, *sđđ*, tr. 100.

¹¹ Vũ Công Giao, Ngô Minh Hương (chủ biên), *Tiếp cận dựa trên quyền con người: Lý luận và thực tiễn*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội, 2016, tr. 29.

⁶ Kristen L. Eckstrand, Jesse M. Ehrenfeld, *Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Healthcare: A Clinical Guide to Preventive, Primary, and Specialist Care*, Springer, 2016, tr. 423.

⁷ Theo: Viện nghiên cứu kinh tế, xã hội và môi trường (ISEE), *Phân tích chính sách pháp luật về người chuyển giới, Câu chuyện tại Việt Nam, những lo ngại và kinh nghiệm thế giới*, 2014, tr. 14.

Trong việc hoạch định và xây dựng chính sách, cách thức tiếp cận dựa trên quyền có sự khác biệt với cách thức tiếp cận truyền thống dựa trên nhu cầu, đặc biệt là nhu cầu quản lý. Trong quá trình xây dựng chính sách, các nhà hoạch định thường có xu hướng đề cao việc quản lý và kiểm soát hành vi và hoạt động của các chủ thể thông qua việc cấp phép, thanh tra, chỉ đạo... Trong bối cảnh xã hội phát triển, sự sáng tạo của công dân cần thoát khỏi vòng kim tỏa vốn có, mọi người có quyền làm mọi thứ mà luật không cấm. Vì vậy, có thể khẳng định việc áp dụng nguyên tắc tiếp cận dựa trên quyền trong xây dựng chính sách là điều hoàn toàn hợp lý. Văn phòng Cao ủy Liên hợp quốc về Nhân quyền cũng đưa ra những lý do để khẳng định tính đúng đắn và ưu việt của cách tiếp cận dựa trên quyền gồm: *"Các lý do nội tại, thừa nhận rằng, tiếp cận dựa trên quyền là điều đúng đắn phải làm về cả mặt đạo đức lẫn pháp lý; các lý do phương tiện, công nhận rằng, tiếp cận dựa trên quyền con người sẽ dẫn dắt tới một kết quả con người tốt hơn và bền vững hơn"*¹².

Đối với vấn đề chuyển đổi giới tính, tiếp cận dựa trên quyền lại càng trở nên cần thiết và quan trọng trong bối cảnh hiện đại. Như đã trình bày, chuyển đổi giới tính là một vấn đề có mối liên hệ mật thiết với

quyền con người hay thậm chí có thể khẳng định đó là một trong những khía cạnh mới của quyền con người¹³. Do vậy, để giải quyết vấn đề chuyển đổi giới tính, cần thiết phải áp dụng cách tiếp cận này. Trong bối cảnh quốc tế, vấn đề chuyển đổi giới tính cũng ngày càng được quan tâm dưới góc độ quyền con người. Tháng 6/2011, Hội đồng nhân quyền Liên hợp quốc đã thông qua Nghị quyết khẳng định mọi người đều có quyền bình đẳng bất kể thiên hướng tình dục khác nhau. Tổng thư ký Liên hợp quốc Ban Ki Moon cũng kêu gọi các quốc gia chấm dứt sự kỳ thị với người chuyển giới nói chung và cộng đồng người đồng tính, song tính, chuyển giới nói chung¹⁴.

Tóm lại, chuyển đổi giới tính là một hiện tượng có liên quan tới nhiều khía cạnh con người và xã hội, đặt ra nhiều vấn đề pháp lý cần được giải quyết, trong đó có một số vấn đề cơ bản như sau:

Thứ nhất, về tính hợp pháp của hoạt động phẫu thuật chuyển đổi giới tính. Sự công nhận và hợp pháp hóa việc chuyển giới là yếu tố đầu tiên và quan trọng nhất để đảm bảo quyền của người chuyển giới. Có thể thấy, từ nhu cầu thay đổi cơ thể nhằm phù hợp với bản dạng giới của cá nhân, việc tìm kiếm đến các biện pháp chuyển giới là hết sức cần thiết để đáp ứng nhu cầu đó. Và khi xác định rằng, chuyển giới là quyền đầu tiên và cơ bản nhất của người chuyển giới, thì sự ghi nhận và hợp pháp hóa hành vi chuyển giới là nghĩa vụ quan trọng của nhà

¹² Office of the United Nations High commissioner for human rights, *Frequently asked questions on a human rights-based approach to development cooperation*, United Nations, New York and Geneva, 2006, tr. 17, nguyên văn: *"There are two main rationales for a human rights-based approach: (a) the intrinsic rationale, acknowledging that a human rights-based approach is the right thing to do, morally or legally; and (b) the instrumental rationale, recognizing that a human rights-based approach leads to better and more sustainable human development outcomes"*.

¹³ Nguyễn Đăng Dung, Vũ Công Giao, Lê Khánh Tùng, *sđđ*, tr. 99.

¹⁴ Toàn văn có thể xem tại đây: <http://thinkprogress.org/lgbt/2012/03/07/439543/un-secretary-general-calls-on-nations-to-end-lgbt-discrimination-at-historic-human-rights-council-hearing/>.

nước. Vậy, với cách tiếp cận dựa trên quyền, khi đã nhìn nhận nhà nước như một chủ thể mang nghĩa vụ thì việc thực hiện nghĩa vụ này đối với người hưởng quyền, tức những người chuyển giới, là rất quan trọng. Vì vậy, phẫu thuật chuyển đổi giới tính đã được cho phép ở nhiều quốc gia trên thế giới¹⁵. Tất cả mọi cá nhân đều có thể thực hiện phẫu thuật chuyển đổi giới tính, tuy nhiên, để việc phẫu thuật chuyển đổi giới tính thực sự đúng với nhu cầu tự nhiên của con người (loại trừ sự chuyển đổi giới tính vì mục đích kiếm sống hay thay đổi nhân dạng nhằm trốn tránh trách nhiệm hình sự), thì việc kiểm soát phẫu thuật chuyển đổi giới tính là cần thiết. Để chắc chắn rằng việc thực hiện phẫu thuật chuyển đổi giới tính đối với một người là đúng đắn, người đó cần trải qua Kiểm tra Cuộc sống thực (Real-life test), đây là *một khái niệm mang tính đánh giá ban đầu nhằm mô tả khoảng thời gian từ khi một người chuyển giới bắt đầu sống đúng theo giới tính của mình đến khi người đó được nhìn nhận là một người thích hợp để phẫu thuật chuyển đổi giới tính*¹⁶.

Từ cách tiếp cận dựa trên quyền, có thể thấy, đối với hành vi phẫu thuật chuyển đổi giới tính, nghĩa vụ của nhà nước không chỉ dừng lại ở việc cho phép mà còn phải đảm bảo việc thực hiện phẫu thuật đó diễn ra

một cách tốt nhất. Nhìn nhận quyền của người chuyển giới với tư cách quyền của nhóm người dễ bị tổn thương, nhà nước cần có những sự hỗ trợ cần thiết trong việc thực hiện phẫu thuật chuyển giới, giống như với phụ nữ, người khuyết tật, trẻ em, người thiểu số... Đối với nhiều nước trên thế giới, sự hỗ trợ về tài chính đối với việc phẫu thuật chuyển đổi giới tính là cần thiết bởi lý do nhân đạo. Ở Iran, mặc dù là một nước Hồi giáo, nhưng phẫu thuật chuyển đổi giới tính không những được chấp nhận mà chi phí còn được hỗ trợ một nửa¹⁷. Hay ở Canada, đã có 8/10 tỉnh miễn phí chi phí chuyển đổi giới tính cho người chuyển giới¹⁸. Như vậy, kinh nghiệm nhiều quốc gia cho thấy sự áp dụng triệt để tiếp cận dựa trên quyền về vấn đề phẫu thuật chuyển đổi giới tính. Ở Việt Nam, Nghị định 88/2008/NĐ-CP hiện chưa cho phép thực hiện loại phẫu thuật này, tuy nhiên, điều đó không thể ngăn cản người chuyển giới ra nước ngoài phẫu thuật. Vấn đề đặt ra là, nếu chúng ta có thể kiểm soát được loại phẫu thuật này thì nhà nước cần bãi bỏ quy định cấm thực hiện phẫu thuật chuyển đổi giới tính và từ đó tiến tới những hỗ trợ cần thiết cho người chuyển giới.

Thứ hai, về việc công nhận giới tính của người chuyển giới. Xem xét dưới góc độ nhân thân của người chuyển giới, việc công nhận giới tính của người chuyển giới là cần thiết. Có thể khẳng định, hiện nay, *mức độ*

¹⁵ Theo một tài liệu của Viện nghiên cứu Kinh tế, xã hội và môi trường (ISEE), những nước cấm phẫu thuật chuyển giới trên thế giới bao gồm: Ethiopia, Morocco, Côte d'Ivoire, Các Tiểu vương quốc Ả Rập Thống Nhất, Oman, Qatar, Kuwait, Macedonia. Tham khảo tại: <http://thuvien.lgbt/s/Factsheet-Hop-phap-hoa-chuyen-doi-gioi-tinh-tren-the-gioi.pdf>.

¹⁶ Gianna E. Israel, Donald E. Tarver, Joy Diane Shaffer, *Transgender Care: Recommended Guidelines, Practical Information, and Personal Accounts*, Temple University Press, 2001, tr. 10.

¹⁷ Theo bản tin: Barford, Vanessa (February 25, 2008), *BBC News: Iran's 'diagnosed transsexuals'*, British Broadcasting Corporation. Retrieved March 12, 2012. Xem tại: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/7259057.stm>.

¹⁸ Theo: Trương Hồng Quang, *Người đồng tính, song tính, chuyển giới tại Việt Nam và vấn đề đổi mới hệ thống pháp luật*, Nxb. Chính trị quốc gia-Sự thật, Hà Nội, 2014, tr. 116.

của sự công nhận pháp lý đối với người chuyển giới là hết sức rộng lớn trên toàn thế giới¹⁹. Ví dụ như: ở Nam Phi, năm 2003, Quốc hội đã thông qua đạo luật về tình trạng giới (Sex status Act), theo đó người chuyển giới có thể tới Bộ Nội vụ để xin sửa phần giới tính trong giấy khai sinh; cùng năm đó, cơ quan lập pháp của Nhật Bản cũng ban hành luật cho phép người chuyển giới thay đổi giới tính pháp lý của mình và ngay năm sau một tòa án ở tỉnh Okinawa đã thực hiện điều này; ở Hàn Quốc, năm 2006, Tòa án tối cao cũng quy định người chuyển giới có quyền có các giấy tờ pháp lý chứng nhận tình trạng giới tính của mình²⁰.

Ngoài ra, ở một số nước châu Âu còn đặt ra vấn đề chỉ công nhận người chuyển giới khi họ không còn khả năng sinh sản. Đây là những quy định bắt nguồn từ sự nhận thức khác nhau về đạo đức và chính trị. Trên thực tế, các quy định này cũng đang dần được xóa bỏ.

Thứ ba, về các quyền của người chuyển giới. Xem xét người chuyển giới như một bộ phận của nhóm xã hội dễ bị tổn thương, tiếp cận dựa trên quyền đặt ra yêu cầu phải hỗ trợ và thúc đẩy việc thực hiện các quyền về sức khỏe, y tế, giáo dục, lao động... Trong trường hợp đó, như khẳng định của tổ chức WHO: "Một cách tiếp cận dựa trên quyền sẽ đảm bảo rằng ...người chuyển giới... có thể thực hiện quyền được thông tin, quyền được sống tiện nghi, cho phép họ có thể tự bảo vệ mình khỏi HIV hay các bệnh truyền nhiễm qua đường sinh dục, cũng như quyền được tiếp cận những biện pháp phòng tránh HIV thích hợp và hiệu

*quả, được đối xử, chăm sóc và hỗ trợ với mức độ cao nhất có thể mà không chịu bất kỳ sự phân biệt đối xử nào"*²¹. Có thể nói, tiếp cận dựa trên quyền đưa ra một sự bảo đảm toàn diện đối với các quyền của người chuyển giới; ví dụ, quyền được chăm sóc sức khỏe theo tinh thần Điều 12 ICESCR. Cần thấy rằng, người chuyển giới phải chịu rất nhiều vấn đề về sức khỏe sau phẫu thuật cũng như những ảnh hưởng về sức khỏe tâm lý do bị kỳ thị. Vì vậy, với cách tiếp cận dựa trên quyền, nhà nước và tổ chức xã hội phải có nghĩa vụ hỗ trợ về mặt sức khỏe đối với người chuyển giới, như cung cấp bảo hiểm y tế, các dịch vụ chăm sóc sức khỏe và chống phân biệt đối xử. Ở Mỹ, theo cảm nang về chăm sóc sức khỏe do tổ chức National Center for Transgender Equality (NCTE - Trung tâm quốc gia về sự bình đẳng của người chuyển giới), một số đạo luật quan trọng bảo vệ về mặt sức khỏe của người chuyển giới bao gồm: Affordable Care Act (ACA) nghiêm cấm kỳ thị giới ở bệnh viện hay các chương trình sức khỏe của liên bang, Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA) bảo vệ sự riêng tư của thông tin sức khỏe cá nhân, Nursing Home Reform Act thiết lập các viện dưỡng lão mà ở đó quyền của người chuyển giới được bảo vệ²². Sự bảo vệ người chuyển giới không chỉ nằm ở các chính sách hỗ trợ mà còn ở các hoạt động giao tiếp ứng xử đối với người chuyển giới.

(Xem tiếp trang 46)

¹⁹ Joan C. Chrisler, *Reproductive Justice: A global concern*, Praeger, England, 2012, tr. 21.

²⁰ Joan C. Chrisler, *sđd*, tr. 22.

²¹ UNAIDS, *Unaided Action Framework: Universal Access for Men Who Have Sex With Men and Transgender People*, World Health Organization, 2009, tr. 5, 6.

²² Xem tại: <http://www.transequality.org/know-your-rights/healthcare>.

CHÍNH SÁCH HÌNH SỰ ĐỐI VỚI NGƯỜI DƯỚI 18 TUỔI PHẠM TỘI TRONG NHỮNG QUY ĐỊNH MỚI CỦA BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 2015 VÀ MỘT SỐ KIẾN NGHỊ

*Nguyễn Thị Phương Hoa**

Tóm tắt: Bài viết phân tích cơ sở xây dựng chính sách hình sự đối với người dưới 18 tuổi phạm tội và sự thể hiện chính sách này trong các quy định mới của Bộ luật Hình sự năm 2015; qua đó, tác giả đưa ra một số kiến nghị hoàn thiện.

Abstract: This article analyses grounds for building up criminal policy for persons under 18 years old conducting crime and the transfer of such policy into new provisions of the Penal Code of 2015. On that basis, it makes relevant recommendations.

1. Cơ sở xây dựng chính sách hình sự đối với người dưới 18 tuổi phạm tội

Năng lực nhận thức và năng lực điều khiển hành vi của con người không hình thành ngay khi sinh ra mà được tích lũy theo thời gian và kinh nghiệm sống. Chính vì vậy, tuổi là tiền đề để đánh giá mức độ trưởng thành của một cá nhân. Theo chuẩn mực quốc tế, một người chưa đủ 18 tuổi cần được bảo vệ đặc biệt.*

Trong lĩnh vực hình sự, người dưới 18 tuổi được coi là người có năng lực nhận thức và năng lực điều khiển hành vi hạn chế. Ở những người dưới 18 tuổi, hệ thống giá trị bên trong chi phối hành vi, xử sự chưa phát triển một cách ổn định, bền vững, khả năng tự kiểm chế chưa cao, do đó, họ có thể thực hiện tội phạm do bị người khác dụ dỗ, kích động, thúc đẩy, lôi kéo. Ngoài ra, với năng lực nhận thức và năng lực điều khiển hành vi còn hạn chế, họ có thể thực hiện tội phạm do ý thức chưa đầy đủ về tính

nguy hiểm của hành vi, đánh giá sai tình huống và các yêu cầu của xã hội.

Tính đến đặc thù về thể chất và tâm lý của người dưới 18 tuổi nói chung và người dưới 18 tuổi phạm tội nói riêng, một số văn kiện quốc tế quan trọng đã đưa ra những quy định đặc biệt để bảo vệ họ trong lĩnh vực tư pháp hình sự như Công ước của Liên hợp quốc về các quyền dân sự và chính trị năm 1966; Công ước của Liên hợp quốc về quyền trẻ em năm 1989 (Công ước về quyền trẻ em)¹; Những quy tắc tiêu chuẩn tối thiểu của Liên hợp quốc về áp dụng pháp luật đối với người chưa thành niên năm 1985 (Quy tắc Bắc Kinh)²; Quy tắc về bảo

¹ Khoản 1 Điều 1 Công ước về quyền trẻ em quy định: “Trong phạm vi Công ước này, trẻ em có nghĩa là bất kỳ người nào dưới 18 tuổi, trừ trường hợp pháp luật có thể được áp dụng với trẻ em đó quy định tuổi thành niên sớm hơn”. Do vậy, thuật ngữ “trẻ em” được hiểu là người dưới 18 tuổi.

² Quy tắc Bắc Kinh đề ra các tiêu chuẩn tối thiểu về việc áp dụng pháp luật với người chưa thành niên. Các quy tắc này hướng dẫn các quốc gia thành viên khi xây dựng các hệ thống tư pháp riêng cho người chưa thành niên theo quy định tại Điều 40 của Công ước về quyền trẻ em.

* PGS.TS., Khoa Luật hình sự, Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

vệ người chưa thành niên bị tước tự do năm 1990³.

Khoản 1 Điều 24 Công ước của Liên hợp quốc về các quyền dân sự và chính trị năm 1966 khẳng định, mọi trẻ em trên thế giới, không phân biệt chủng tộc, màu da, giới tính, ngôn ngữ, tôn giáo, nguồn gốc dân tộc hoặc xã hội, tài sản hoặc dòng dõi đều có quyền được hưởng những biện pháp bảo hộ cần thiết của người chưa thành niên⁴. Quy tắc Bắc Kinh và Quy tắc bảo vệ người chưa thành niên bị tước tự do đã có những quy định cụ thể liên quan đến việc xử lý người dưới 18 tuổi phạm tội. Trong đó, tư tưởng định hướng, chi phối toàn bộ quá trình xử lý cũng như các biện pháp xử lý người dưới 18 tuổi đó là quan tâm hàng đầu đến lợi ích tốt nhất của họ⁵.

Đến nay, các chuẩn mực quốc tế về bảo vệ trẻ em đã được đông đảo các quốc gia cam kết thực hiện. Việt Nam gia nhập Công ước về quyền trẻ em ngày 28/02/1990⁶. Các quốc gia thành viên của Công ước cam kết áp dụng mọi biện pháp, bao gồm cả biện pháp lập pháp, để bảo đảm các quyền của trẻ em. Trên cơ sở các chuẩn mực chung đó, Nhà nước ta đã thể hiện trong các quy định của Bộ luật Hình sự (BLHS) chính sách

khoan hồng, thu hẹp phạm vi xử lý đối với người dưới 18 tuổi phạm tội, áp dụng những biện pháp xử lý tốt nhất đối với họ.

2. Chính sách hình sự đối với người dưới 18 tuổi trong các quy định mới của Bộ luật Hình sự 2015

2.1. Về nguyên tắc xử lý đối với người dưới 18 tuổi phạm tội

Điều 91 BLHS 2015 quy định các nguyên tắc xử lý người dưới 18 tuổi phạm tội. Đây là những nguyên tắc định hướng, chi phối việc xây dựng các quy định về trách nhiệm hình sự của người dưới 18 tuổi, đồng thời cũng là những nguyên tắc quan trọng trong việc áp dụng pháp luật hình sự xử lý người dưới 18 tuổi phạm tội. Các nguyên tắc nêu trong Điều 91 BLHS 2015 được xây dựng dựa trên các chuẩn mực quốc tế về bảo vệ trẻ em và quan điểm của Nhà nước ta về chính sách hình sự đối với người dưới 18 tuổi phạm tội và đã có một số điều chỉnh so với quy định của BLHS 1999.

Các nguyên tắc xử lý đối với người dưới 18 tuổi có thể phân chia thành ba nhóm: i) Nguyên tắc chủ đạo trong xử lý đối với người dưới 18 tuổi; ii) Nguyên tắc về áp dụng hình phạt đối với người dưới 18 tuổi; iii) Nguyên tắc xử lý chuyên hướng.

a) Nguyên tắc chủ đạo trong xử lý đối với người dưới 18 tuổi

Nghiên cứu những trường hợp phạm tội ở người dưới 18 tuổi cho thấy, một trong những nguyên nhân, điều kiện thúc đẩy họ thực hiện tội phạm là sự hạn chế, thiếu sót trong quá trình nuôi dưỡng, giáo dục của gia đình, nhà trường, xã hội. Như trên đã nêu, nhận thức của con người đối với những đòi hỏi của xã hội về chuẩn mực hành vi được hình thành trong quá trình sống thông qua sự tương tác giữa cá nhân với môi trường

³ Những quy tắc về bảo vệ người chưa thành niên bị tước tự do năm 1990 đề ra các chuẩn mực cần áp dụng đối với người chưa thành niên phạm tội trong trường hợp họ bị tước tự do. Những chuẩn mực này cần được áp dụng cả trong quá trình điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án hình sự đối với họ.

⁴ Xem khoản 1 Điều 24 Công ước của Liên hợp quốc về các quyền dân sự và chính trị năm 1966.

⁵ Xem khoản 1 Điều 3 Công ước về quyền trẻ em.

⁶ Hiện đã có 196 quốc gia phê chuẩn và trở thành thành viên của Công ước. Xem thống kê các nước phê chuẩn Công ước tại https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en, truy cập ngày 9/5/2016.

xung quanh. Nếu những tương tác này tích cực sẽ có tác động nâng đỡ, nuôi dưỡng, phát triển họ thành những cá nhân tốt cho xã hội; ngược lại, sẽ hủy hoại, tác động xấu đến sự phát triển và hệ quả có thể đưa đến hành vi phạm tội.

Mặt khác, cuộc sống của người dưới 18 tuổi còn cả một thời gian rất dài trong tương lai và việc giáo dục sẽ có thể giúp họ sửa chữa, khắc phục những khiếm khuyết. Chính từ đặc điểm này, khoản 1 Điều 3 của Công ước về quyền trẻ em yêu cầu trong mọi hoạt động liên quan tới trẻ em, lợi ích tốt nhất của trẻ em phải là mối quan tâm hàng đầu. Trong việc xử lý người dưới 18 tuổi phạm tội, Điều 40 Công ước quy định: “Các quốc gia thành viên công nhận quyền của mọi trẻ em bị tình nghi, bị cáo buộc hay bị xác nhận là đã vi phạm Luật hình sự được đối xử theo cách thức phù hợp với việc thúc đẩy nhận thức của trẻ em về nhân cách và phẩm giá vốn có, một cách thức tăng cường sự tôn trọng của trẻ em đối với những quyền và tự do cơ bản của người khác và có tính đến độ tuổi của trẻ em cũng như mong muốn thúc đẩy sự tái hòa nhập của trẻ và giúp trẻ em đảm đương một vai trò có tính chất xây dựng trong xã hội”. Mục I.1 Quy tắc bảo vệ người chưa thành niên bị tước tự do năm 1990 cũng quy định, hệ thống tư pháp người chưa thành niên phải duy trì, bảo vệ các quyền, sự an toàn cho người chưa thành niên; khuyến khích sự phát triển tốt nhất về thể chất và tinh thần cho họ. Việc giam giữ chỉ nên sử dụng như là biện pháp cuối cùng.

Phù hợp với các chuẩn mực quốc tế về bảo vệ người chưa thành niên, khoản 1 và khoản 3 Điều 91 BLHS 2015 nêu nguyên

tắc chủ đạo trong việc xử lý người dưới 18 tuổi phạm tội đã có những điều chỉnh:

– *Việc xử lý người dưới 18 tuổi phạm tội phải bảo đảm lợi ích tốt nhất của người dưới 18 tuổi và chủ yếu nhằm mục đích giáo dục, giúp đỡ họ sửa chữa sai lầm, phát triển lành mạnh, trở thành công dân có ích cho xã hội.*

– *Việc xử lý người dưới 18 tuổi phạm tội phải căn cứ vào độ tuổi, khả năng nhận thức của họ về tính chất nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội, nguyên nhân và điều kiện gây ra tội phạm.*

– *Việc truy cứu trách nhiệm hình sự người dưới 18 tuổi phạm tội chỉ trong trường hợp cần thiết và phải căn cứ vào những đặc điểm về nhân thân của họ, tính chất nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội và yêu cầu của việc phòng ngừa tội phạm.*

Với những nguyên tắc đã nêu, khi chọn lựa các biện pháp xử lý đối với người dưới 18 tuổi phạm tội, cơ quan có thẩm quyền phải cân nhắc, xem xét toàn diện lợi ích của người dưới 18 tuổi, và việc xử lý phải bảo đảm hướng đến mục đích chủ yếu là giáo dục, giúp đỡ họ sửa chữa sai lầm, phát triển lành mạnh, trở thành người có ích cho xã hội.

Năng lực nhận thức và điều khiển hành vi của người phạm tội, đặc biệt là người dưới 18 tuổi, trong từng trường hợp phạm tội cụ thể là khác nhau. Vì vậy, nguyên tắc xử lý người dưới 18 tuổi cũng yêu cầu trong mọi trường hợp, các cơ quan có thẩm quyền phải căn cứ vào độ tuổi, khả năng nhận thức của họ về tính chất nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội, nguyên nhân và điều kiện phạm tội.

Trong nguyên tắc chủ đạo xử lý người dưới 18 tuổi phạm tội cũng đòi hỏi việc truy cứu trách nhiệm hình sự đối với người dưới 18 tuổi chỉ được áp dụng trong những trường hợp thật sự cần thiết trên cơ sở yêu cầu phòng ngừa tội phạm. Điều này có nghĩa, khi có sự lựa chọn giữa việc truy cứu trách nhiệm hình sự và không truy cứu trách nhiệm hình sự, thì các cơ quan tiến hành tố tụng chỉ truy cứu trách nhiệm hình sự người dưới 18 tuổi phạm tội khi điều này là cần thiết do yêu cầu của việc phòng ngừa tội phạm. Để đánh giá yêu cầu phòng ngừa tội phạm, các cơ quan tiến hành tố tụng cần dựa vào các đặc điểm nhân thân phản ánh đặc điểm, yếu tố tiêu cực cũng như tích cực ở họ, đồng thời phải đánh giá tính chất nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội mà họ thực hiện.

b) Nguyên tắc áp dụng hình phạt đối với người dưới 18 tuổi

Trước đây, khoản 5 Điều 69 BLHS 1999 quy định: “Khi áp dụng hình phạt đối với người chưa thành niên phạm tội cần hạn chế hình phạt tù”. BLHS 2015 đã chỉ rõ:

– Tòa án chỉ áp dụng hình phạt tù có thời hạn đối với người dưới 18 tuổi phạm tội khi xét thấy các hình phạt và biện pháp giáo dục khác không có tác dụng răn đe, phòng ngừa.

– Khi xử phạt tù có thời hạn, Tòa án cho người dưới 18 tuổi phạm tội được hưởng mức án nhẹ hơn mức án áp dụng đối với người đủ 18 tuổi trở lên phạm tội tương ứng và với thời hạn thích hợp ngắn nhất (khoản 6 Điều 9).

Theo khoản 5 Điều 6 Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966: “Không được phép tuyên hình phạt tử hình đối với người phạm tội dưới 18

tuổi”; và Điều 37(a) Công ước về quyền trẻ em: “*Hình phạt tử hình hoặc tù chung thân sẽ không được áp dụng với những người dưới 18 tuổi ở thời điểm thực hiện hành vi phạm tội*”. Như vậy, có thể thấy nguyên tắc xử lý đối với người dưới 18 tuổi phạm tội là không áp dụng hình phạt tù chung thân và tử hình. Quy định của BLHS 2015 phù hợp tư tưởng tiến bộ này.

Ngoài ra, việc quyết định hình phạt phải xuất phát từ tính nhân đạo, coi mục đích giáo dục, cải tạo người phạm tội là chủ yếu. Do đó, khoản 2 Điều 37 Công ước về quyền trẻ em quy định: “Việc bắt, giam giữ hoặc bỏ tù trẻ em phải được tiến hành phù hợp với pháp luật và chỉ được coi là biện pháp cuối cùng và áp dụng trong thời hạn thích hợp ngắn nhất”.

Nguyên tắc xử lý đối với người dưới 18 tuổi trong Luật hình sự Việt Nam đòi hỏi khi quyết định hình phạt đối với người dưới 18 tuổi phạm tội, cơ quan có thẩm quyền phải cân nhắc trước hết các biện pháp không tước tự do, việc giam giữ chỉ sử dụng khi các biện pháp khác không có tác dụng răn đe, phòng ngừa. Kết hợp với nguyên tắc về truy cứu trách nhiệm hình sự người dưới 18 tuổi, khi xử lý người dưới 18 tuổi, các cơ quan có thẩm quyền cần cân nhắc có thực hiện việc truy cứu trách nhiệm hình sự đối với họ hay không. Khi đã quyết định truy cứu trách nhiệm hình sự, các cơ quan có thẩm quyền phải ưu tiên áp dụng các biện pháp không tước tự do để xử lý. Sau cùng, khi các biện pháp không tước tự do không đáp ứng yêu cầu phòng ngừa thì tòa án mới áp dụng hình phạt tù có thời hạn.

Khi quyết định áp dụng hình phạt tù có thời hạn, tòa án đồng thời lựa chọn một mức phạt cụ thể đối với người phạm tội. Khi xem xét mức phạt này, Tòa án phải cân nhắc lợi

ích tốt nhất của người dưới 18 tuổi, phải xác định thời hạn áp dụng phạt thấp hơn người từ đủ 18 tuổi và trong thời hạn thích hợp ngắn nhất.

c) Nguyên tắc xử lý chuyển hướng

Thuật ngữ “xử lý chuyển hướng” đã xuất hiện vào khoảng giữa những năm 1960⁷. Thực tiễn xử lý người chưa thành niên cho thấy, các chế tài giam giữ trong nhiều trường hợp tiềm ẩn những nguy cơ bất lợi cho sự phát triển về thể chất, tâm lý, nhân cách; cũng như quá trình tái hòa nhập cộng đồng của họ. Do vậy, xử lý chuyển hướng ngày càng được áp dụng rộng rãi trên thế giới.

Xử lý chuyển hướng là một quá trình thay thế nhằm xử lý các vi phạm của người chưa thành niên bằng các biện pháp nằm ngoài hệ thống tư pháp truyền thống, tăng cường yếu tố tham gia của cộng đồng. Xử lý chuyển hướng có thể được cơ quan tiến hành tố tụng áp dụng vào bất cứ thời điểm nào trong quá trình tố tụng khi thấy cần thiết. Điểm d khoản 3 Điều 40 Công ước về quyền trẻ em quy định: “Bất kỳ khi nào thấy thích hợp và cần thiết cần đề ra các biện pháp xử lý những trẻ em vi phạm pháp luật hình sự mà không phải sử dụng đến thủ tục tư pháp, miễn là các quyền con người và những bảo vệ pháp lý được tôn trọng đầy đủ”. Để cụ thể hóa, Điều 11.1 của Quy tắc Bắc Kinh quy định: “Bất cứ khi nào xét thấy phù hợp, cần xem xét xử lý người chưa thành niên phạm tội theo hướng không sử dụng hoạt động xét xử chính thức của cơ

quan thẩm quyền”; và Mục I.1 của Quy tắc về bảo vệ người chưa thành niên bị tước tự do năm 1990 nhấn mạnh: “...Biện pháp giam giữ là biện pháp cuối cùng”. Như vậy, quan điểm chỉ đạo cho hoạt động xử lý hình sự đối với người dưới 18 tuổi bị kết án về một tội phạm cụ thể là ưu tiên xử lý chuyển hướng. Ngoài ra, Điều 11.3 Quy tắc Bắc Kinh quy định: “Bất cứ biện pháp xử lý chuyển hướng giới thiệu đến các tổ chức cộng đồng hay các cơ quan thích hợp khác đều phải có sự đồng ý của người chưa thành niên hoặc của cha mẹ hay người giám hộ của người đó, với điều kiện là quyết định như vậy phải được một cơ quan có thẩm quyền xem xét trước khi được thi hành”. Việc người dưới 18 tuổi thực hiện tội phạm cho thấy quá trình giáo dục, hình thành nhân cách của họ có khiếm khuyết. Để khắc phục các khiếm khuyết mà không cần đến hệ thống tư pháp chính thức thì vai trò của gia đình, cộng đồng và các nạn nhân là quan trọng. Tuy nhiên, hoạt động này chỉ thật sự có ý nghĩa khi người dưới 18 tuổi tự nguyện đồng ý. Nếu việc hòa giải tại cộng đồng hoặc giáo dục tại cộng đồng gây thêm áp lực tâm lý cho người dưới 18 tuổi thì ý nghĩa thật sự của biện pháp này không đạt được. Vì vậy, Điều 11.3 Quy tắc Bắc Kinh yêu cầu việc xử lý chuyển hướng liên quan đến cộng đồng phải được sự đồng ý của người phạm tội.

Tương ứng với các quy định đã nêu, BLHS 2015 quy định tại khoản 3 Điều 91 như sau:

Khi xét xử, Tòa án chỉ áp dụng hình phạt đối với người dưới 18 tuổi phạm tội nếu xét thấy việc miễn trách nhiệm hình sự và áp dụng một trong các biện pháp giám sát, giáo dục quy định tại Mục 2 Chương XII BLHS hoặc việc áp dụng biện pháp giáo

⁷ Prof. Kenneth Polk và các tác giả, *Early Intervention: Diversion and Youth conferencing – A national profile and review of current approach to diverting juveniles from criminal justice system*, Nxb. Australian Government Attorney-General’s Department, năm 2003, Lời nói đầu.

đục tại trường giáo dưỡng quy định tại Mục 3 Chương XII BLHS không bảo đảm hiệu quả giáo dục, phòng ngừa.

Mục 2 Chương XII BLHS 2015 quy định về các trường hợp miễn trách nhiệm hình sự đặc biệt chỉ được áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội. Khi được miễn trách nhiệm hình sự trong những trường hợp này, người dưới 18 tuổi phạm tội sẽ được áp dụng một trong các biện pháp giám sát, giáo dục là khiển trách, hòa giải tại cộng đồng hoặc giáo dục tại xã, phường, thị trấn hoặc biện pháp tư pháp đưa vào trường giáo dưỡng. Các biện pháp giám sát, giáo dục, về bản chất là khuyến khích sự tham gia của gia đình và cộng đồng vào việc giáo dục, cải tạo người dưới 18 tuổi, giúp họ sửa chữa, khắc phục những khiếm khuyết trước đây. Biện pháp khiển trách và hòa giải tại cộng đồng là hai biện pháp lần đầu tiên được quy định trong BLHS 2015.

Khoản 2 Điều 91 BLHS 2015 đưa ra các quy định cụ thể liên quan đến các trường hợp được miễn trách nhiệm hình sự và áp dụng biện pháp giám sát, giáo dục. Những điều kiện chung cho các trường hợp được miễn trách nhiệm hình sự gồm: (i) Phạm tội trong trường hợp có nhiều tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự; (ii) Người phạm tội đã tự nguyện khắc phục phần lớn hậu quả của tội phạm và (iii) Không thuộc trường hợp được miễn trách nhiệm hình sự áp dụng chung cho mọi người phạm tội, bao gồm người phạm tội từ đủ 18 tuổi trở lên (trong những trường hợp theo Điều 29 BLHS, người phạm tội được miễn trách nhiệm hình sự mà không phải chịu thêm bất cứ biện pháp giám sát, giáo dục nào). Đồng thời, khoản 2 Điều 91 BLHS cũng quy định những trường hợp cụ thể được xem xét miễn trách nhiệm hình sự và áp dụng các

biện pháp giám sát, giáo dục phân hóa theo độ tuổi, loại tội phạm hoặc vai trò của người phạm tội trong vụ án. Theo chúng tôi, khoản 2 Điều 91 BLHS 2015 quy định những điều kiện cụ thể về việc áp dụng miễn trách nhiệm hình sự kèm theo các biện pháp giám sát, giáo dục, do vậy, không nên đưa vào các nguyên tắc xử lý đối với người dưới 18 tuổi mà nên chuyển sang Điều 92 về điều kiện áp dụng việc miễn trách nhiệm hình sự kèm theo các biện pháp giám sát, giáo dục.

2.2. Về giới hạn phạm vi trách nhiệm hình sự theo độ tuổi

Các quy định về tuổi chịu trách nhiệm hình sự tại BLHS 2015 cũng phản ánh chính sách khoan hồng của Nhà nước ta, thu hẹp phạm vi xử lý về hình sự đối với người dưới 18 tuổi phạm tội. Trước đây, theo quy định của BLHS 1999 (sửa đổi, bổ sung năm 2009), người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi phải chịu trách nhiệm hình sự về tội phạm rất nghiêm trọng do cố ý hoặc tội phạm đặc biệt nghiêm trọng ở tất cả các tội danh.

Điều 12 BLHS 2015 đã có sự điều chỉnh, thu hẹp hơn phạm vi xử lý hình sự đối với người từ đủ 14 đến dưới 16 tuổi. Cụ thể, họ chỉ phải chịu trách nhiệm hình sự đối với các tội rất nghiêm trọng do cố ý, tội đặc biệt nghiêm trọng *giới hạn ở các tội danh liệt kê tại khoản 2 Điều 12 BLHS 2015*. Ngoài ra, họ cũng phải chịu trách nhiệm hình sự đối với một số tội phạm sau đây, không phân biệt loại tội: Tội giết người, Tội cố ý gây thương tích hoặc gây tổn hại cho sức khỏe của người khác, Tội hiếp dâm, Tội hiếp dâm người dưới 16 tuổi, Tội cưỡng dâm người từ đủ 13 tuổi đến dưới 16 tuổi, Tội cướp tài sản, Tội bắt cóc nhằm chiếm đoạt tài sản⁸. Đối với nội dung

⁸ Xem khoản 2 Điều 12 BLHS năm 2015.

này, Ban soạn thảo Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLHS 2015 đã có ý kiến trình Quốc hội cho rằng, việc mở rộng phạm vi xử lý đối với người từ đủ 14 đến dưới 16 tuổi đối với 03 tội danh: Tội cố ý gây thương tích hoặc gây tổn hại cho sức khỏe của người khác; Tội hiếp dâm; Tội bắt cóc nhằm chiếm đoạt tài sản, mà không phân biệt về loại tội mà họ thực hiện (tội ít nghiêm trọng và nghiêm trọng) là trái với chính sách hình sự, cần được sửa đổi theo hướng giới hạn lại phạm vi trách nhiệm hình sự của họ đối với những tội danh này ở loại tội rất nghiêm trọng, đặc biệt nghiêm trọng. Chúng tôi đồng ý với quan điểm này, bởi lẽ chính sách hình sự cần được thể hiện nhất quán xuyên suốt tất cả các quy định của BLHS⁹.

2.3. Về quyết định hình phạt và tổng hợp hình phạt

a) Quyết định hình phạt trong trường hợp chuẩn bị phạm tội, phạm tội chưa đạt

BLHS 2015 bổ sung quy định mới về quyết định hình phạt trong trường hợp chuẩn bị phạm tội, phạm tội chưa đạt đối với người dưới 18 tuổi. Về vấn đề này, BLHS 1999 chưa quy định cụ thể và khi xét xử, tòa án dựa vào Nghị quyết hướng dẫn của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao. Với quy định mới của BLHS 2015, hình phạt áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội trong trường hợp chuẩn bị phạm tội hoặc phạm tội chưa đạt đã được quy định rõ ràng và có phạm vi thu hẹp hơn so với BLHS 1999. Thứ nhất, đối với trường hợp chuẩn bị phạm tội, BLHS 2015 đã bổ sung một khung hình phạt riêng về chuẩn bị phạm tội ở các tội danh cụ thể và

khung hình phạt này thấp hơn so với công thức chung trong BLHS 1999¹⁰. Thứ hai, đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi thực hiện hành vi chuẩn bị phạm tội thì hình phạt được áp dụng đối với họ không được vượt quá một phần ba mức hình phạt được quy định trong khung hình phạt đối với hành vi chuẩn bị phạm tội của điều luật. Tỷ lệ này là một phần hai (1/2) trong quy định của BLHS 1999¹¹. Tương tự, đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi, tòa án chỉ áp dụng hình phạt không quá một phần hai (1/2) khung hình phạt đối với hành vi chuẩn bị phạm tội trong điều luật áp dụng. Tỷ lệ này là ba phần tư (3/4) trong quy định của BLHS 1999.

Đối với trường hợp phạm tội chưa đạt, quy định của BLHS 2015 cũng thể hiện chính sách thu hẹp phạm vi trách nhiệm hình sự. Theo đó, người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi phạm tội chưa đạt bị phạt không quá một phần ba (1/3) mức hình phạt cao nhất quy định tại Điều 100 và Điều 101 của BLHS; và người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi không quá một phần hai (1/2) mức phạt quy định tại các điều 99, 100 và 101 của BLHS¹². Các mức giới hạn nêu tại điều 99, 100 và 101 của BLHS 2015 không thay đổi so với BLHS 1999, nhưng tỷ lệ về mức phạt đã giảm xuống như sau: một phần ba (1/3) trong BLHS 2015 so với một phần hai (1/2) trong BLHS 1999 đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi và một phần hai (1/2) trong BLHS 2015 so với ba phần tư

⁹ Xem Ban soạn thảo (2016), *Tờ trình về Dự án Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLHS*, tháng 08/2016, tr. 5-6.

¹⁰ Theo khoản 2 Điều 52 BLHS 1999, công thức xác định hình phạt đối với trường hợp chuẩn bị phạm tội là không quá 20 năm tù nếu điều luật được áp dụng có hình phạt tù chung thân hoặc tử hình và không quá 1/2 mức hình phạt tù nếu điều luật quy định hình phạt tù có thời hạn.

¹¹ Xem khoản 2 Điều 74 BLHS 1999.

¹² Xem khoản 3 Điều 102 BLHS 2015.

(3/4) trong BLHS 1999 đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi¹³.

b) Tổng hợp hình phạt trong trường hợp phạm nhiều tội

BLHS 1999 chưa có sự phân hóa về tổng hợp hình phạt đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi trong trường hợp phạm nhiều tội; do vậy khi áp dụng còn nhiều cách hiểu khác nhau. Có quan điểm cho rằng, khoản 1 Điều 75 BLHS 1999 quy định chung đối với người phạm tội từ đủ 14 đến dưới 18 tuổi, do vậy mức phạt cao nhất đối với người từ đủ 14 đến dưới 16 tuổi cũng được áp dụng tối đa là 18 năm tù. BLHS 2015 đã bổ sung quy định về vấn đề này, trong đó thể hiện sự phân hóa giữa hai nhóm người phạm tội: từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi và từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi. Nhóm từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi được hưởng sự khoan hồng nhiều hơn, thể hiện nếu hình phạt chung đối với họ là tù có thời hạn thì hình phạt chung không được vượt quá 12 năm; trong khi đối với nhóm từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi nếu hình phạt chung là tù có thời hạn thì hình phạt không được vượt quá 18 năm¹⁴.

Ngoài ra, BLHS 2015 tiếp tục phân hóa trong nguyên tắc tổng hợp hình phạt đối với trường hợp người dưới 16 tuổi thực hiện nhiều tội phạm, trong đó có tội phạm thực hiện trước khi 16 tuổi, có tội phạm thực hiện sau khi 16 tuổi; với trường hợp người dưới 18 tuổi thực hiện nhiều tội phạm, trong đó có tội phạm thực hiện trước khi 18 tuổi, có tội phạm thực hiện sau khi 18 tuổi¹⁵. Tuy nhiên, về kỹ thuật lập pháp, quy định tại

khoản 3 Điều 103 BLHS 2015 chưa chính xác, bởi vì người dưới 18 tuổi bao gồm cả người dưới 16 tuổi. Do vậy, quy định này cần sửa lại như sau:

3. Đối với người phạm nhiều tội, có tội được thực hiện sau khi đủ 16 tuổi đến trước khi đủ 18 tuổi, có tội được thực hiện sau khi đủ 18 tuổi, thì việc tổng hợp hình phạt áp dụng như sau:

a) Nếu mức hình phạt Tòa án tuyên đối với tội được thực hiện khi người đó đủ 16 tuổi nhưng chưa đủ 18 tuổi nặng hơn hoặc bằng mức hình phạt áp dụng đối với tội được thực hiện khi người đó đã đủ 18 tuổi, thì hình phạt chung không được vượt quá mức hình phạt cao nhất quy định tại khoản 1 Điều này;

b) Nếu mức hình phạt Tòa án tuyên đối với tội được thực hiện khi người đó đã đủ 18 tuổi nặng hơn mức hình phạt áp dụng đối với tội thực hiện khi người đó đủ 16 tuổi nhưng chưa đủ 18 tuổi thì hình phạt chung áp dụng như đối với người đủ 18 tuổi trở lên phạm tội.

2.4. Về các trường hợp không có án tích và thời hạn xóa án tích

Xem xét các quy định của BLHS 2015 về những trường hợp không có án tích và thời hạn xóa án tích có thể thấy, chính sách khoan hồng, thu hẹp phạm vi chế tài hình sự đối với người chưa thành niên được thể hiện nhất quán. Cụ thể, Điều 107 BLHS 2015 lần đầu tiên quy định các trường hợp người bị kết án dưới 18 tuổi không phải mang án tích mặc dù không thuộc trường hợp miễn trách nhiệm hình sự. Đó là các trường hợp:

- Người từ đủ 14 đến dưới 16 tuổi;
- Người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi bị kết án về tội phạm ít nghiêm trọng, tội

¹³ So sánh giữa Điều 57 và Điều 102 BLHS 1999 với Điều 52 và Điều 74 BLHS 1999.

¹⁴ Xem khoản 1 Điều 103 BLHS 2015.

¹⁵ Xem khoản 2 và khoản 3 Điều 103 BLHS 2015.

phạm nghiêm trọng hoặc tội phạm rất nghiêm trọng do vô ý¹⁶.

Về thời hạn xóa án tích, người từ đủ 16 đến dưới 18 tuổi bị kết án về tội phạm rất nghiêm trọng do cố ý hoặc tội phạm đặc biệt nghiêm trọng được ấn định là 3 năm chứ không phải một phần hai như trước đây. Tuy nhiên, theo chúng tôi, quy định này đang “chệch” ra khỏi chính sách hình sự đối với người dưới 18 tuổi, bởi những lý do sau: *Thứ nhất*, theo quy định tại Điều 70 BLHS 2015 về đương nhiên xóa án tích, thời hạn xóa án tích được xác định dựa trên hình phạt thực tế tòa án đã tuyên mà không dựa trên loại tội mà người phạm tội đã thực hiện. Điều này bảo đảm tính chính xác cao hơn, vì khi tuyên phạt, tòa án đã cân nhắc tất cả các tình tiết liên quan đến hành vi phạm tội, nhân thân người phạm tội, tình tiết tăng nặng và giảm nhẹ trách nhiệm hình sự để có hình phạt phù hợp, tương xứng và bảo đảm đạt được mục đích của hình phạt. Trong khi đó, quy định tại khoản 2 Điều 107 BLHS 2015 về thời hạn xóa án tích của người dưới 18 tuổi lại dựa vào loại tội. Vì vậy cần được khắc phục. *Thứ hai*, thời hạn xóa án tích đối với người từ đủ 16 đến dưới 18 tuổi bị kết án về tội phạm rất nghiêm trọng do cố ý hoặc tội phạm đặc biệt nghiêm trọng được ấn định là 3 năm là nghiêm khắc hơn so với quy định của BLHS 1999. Cụ thể, theo quy định của BLHS 1999, trong trường hợp người thành niên bị kết án tù từ trên ba năm đến mười lăm năm, thời hạn xóa án tích đối với họ là 5 năm và

đối với người dưới 18 tuổi là 2,5 năm¹⁷. Vì vậy, theo chúng tôi, để bảo đảm sự nhất quán trong chính sách hình sự đối với người dưới 18 tuổi phạm tội, quy định tại khoản 2 Điều 107 BLHS 2015 cần sửa lại như quy định trong BLHS 1999¹⁸. Cụ thể:

Người từ đủ 16 đến dưới 18 tuổi bị kết án về tội phạm rất nghiêm trọng do cố ý hoặc tội phạm đặc biệt nghiêm trọng thì đương nhiên xóa án tích trong thời hạn tương ứng bằng một phần hai thời hạn quy định tại khoản 2 Điều 70 của Bộ luật này.

Kết luận

BLHS 2015 đã thể hiện chính sách khoan hồng hơn đối với người dưới 18 tuổi phạm tội ở nhiều khía cạnh. Chính sách này phù hợp với đặc thù về tâm, sinh lý và thể chất của người dưới 18 tuổi; đồng thời, cũng phù hợp với các chuẩn mực quốc tế về bảo vệ người chưa thành niên.

Hiện nay BLHS 2015 đang được sửa đổi, vì vậy một số quy định của Bộ luật “chệch” ra khỏi chính sách, sai với đường lối chung cần phải được chỉnh sửa nhằm bảo đảm sự nhất quán trong chính sách hình sự của Nhà nước ta.

¹⁶ Khoản 2 Điều 107 BLHS 2015 còn quy định người bị áp dụng biện pháp tư pháp không có án tích nhưng nội dung này đã được quy định tại khoản 2 Điều 77 BLHS 1999.

¹⁷ Xem điểm c khoản 2 Điều 70 BLHS 1999 và khoản 1 Điều 77 BLHS 1999.

¹⁸ Xem khoản 2 Điều 107 BLHS 2015 và Điều 77 BLHS 1999.

MỘT SỐ ĐIỂM MỚI TRONG CÁC QUY ĐỊNH VỀ GIAO DỊCH DÂN SỰ, GIÁM HỘ VÀ ĐẠI DIỆN CỦA BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015

*Trương Hồng Quang**

Tóm tắt: Bài viết nêu và phân tích một số điểm mới của Bộ luật Dân sự năm 2015 về giao dịch dân sự, giám hộ và đại diện. Qua đó cho thấy Bộ luật đã bảo đảm tốt hơn quyền con người, tạo môi trường pháp lý thông thoáng hơn cho các quan hệ dân sự và đáp ứng nhu cầu của thực tiễn xã hội.

Abstract: This article points out and analyses some new issues on civil transactions, guardianship and representation under the Civil Code of 2015. On that basis, it concludes that the Code better protects human rights, creates legal environment for civil relations and meets social practical demands.

1. Các quy định về giao dịch dân sự trong Bộ luật Dân sự năm 2015

Chế định giao dịch dân sự được quy định tại Chương VIII Bộ luật Dân sự năm 2015 bao gồm các quy định về điều kiện có hiệu lực, mục đích, hình thức giao dịch dân sự, việc giải thích giao dịch dân sự, các trường hợp giao dịch dân sự vô hiệu, hậu quả pháp lý của giao dịch dân sự vô hiệu, thời hiệu yêu cầu Tòa án tuyên bố giao dịch dân sự vô hiệu và bảo vệ quyền lợi của người thứ ba ngay tình khi giao dịch dân sự vô hiệu.

So với Bộ luật Dân sự năm 2005, Bộ luật Dân sự năm 2015 đã có một số thay đổi cơ bản để làm rõ hơn các trường hợp giao dịch dân sự vô hiệu.

Thứ nhất, về quy định giao dịch dân sự vô hiệu do người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự, người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi, người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự

xác lập, thực hiện (Điều 125 Bộ luật Dân sự năm 2015). Điều 130 Bộ luật Dân sự năm 2005 quy định: “Khi giao dịch dân sự do người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự hoặc người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự xác lập, thực hiện thì theo yêu cầu của người đại diện của người đó, Tòa án tuyên bố giao dịch đó vô hiệu nếu theo quy định của pháp luật giao dịch này phải do người đại diện của họ xác lập, thực hiện”. Quy định này nhằm hướng tới bảo vệ quyền lợi cho người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự, người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự, tuy nhiên, chưa bảo đảm tôn trọng đầy đủ ý chí tự nguyện giao kết của các chủ thể này.

Bên cạnh quyền yêu cầu Tòa án tuyên bố giao dịch vô hiệu của người đại diện theo quy định của pháp luật, Bộ luật Dân sự năm 2015 đã bổ sung những trường hợp giao dịch không bị vô hiệu bao gồm: (i) Giao dịch dân sự của người chưa đủ sáu tuổi, người mất năng lực hành vi dân sự nhằm đáp ứng nhu cầu thiết yếu hàng ngày của người đó; (ii) Giao dịch dân sự chỉ làm phát

* Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp.

sinh quyền hoặc chỉ miễn trừ nghĩa vụ cho người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự, người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi, người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự với người đã xác lập, thực hiện giao dịch với họ; (iii) Giao dịch dân sự được người xác lập giao dịch thừa nhận hiệu lực sau khi đã thành niên hoặc sau khi khôi phục năng lực hành vi dân sự. Quy định này vừa bảo đảm quyền lợi cho người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự, người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự, vừa bảo đảm tôn trọng ý chí tự nguyện của các bên.

Thứ hai, về quy định giao dịch dân sự vô hiệu do bị nhầm lẫn (Điều 126 Bộ luật Dân sự năm 2015). Bộ luật Dân sự năm 2005 quy định, một bên có lỗi vô ý làm cho bên kia nhầm lẫn về nội dung của giao dịch dân sự khi xác lập giao dịch thì bên bị nhầm lẫn có quyền yêu cầu bên kia thay đổi nội dung của giao dịch đó, nếu bên kia không chấp nhận thì bên bị nhầm lẫn có quyền yêu cầu Tòa án tuyên bố giao dịch vô hiệu... Bộ luật Dân sự năm 2015 vẫn giữ như quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005, tuy nhiên bổ sung thêm trường hợp giao dịch dân sự được xác lập có sự nhầm lẫn nhưng không vô hiệu trong trường hợp: mục đích xác lập giao dịch dân sự của các bên đã đạt được, hoặc các bên có thể khắc phục ngay được sự nhầm lẫn làm cho mục đích của việc xác lập giao dịch dân sự vẫn đạt được. Quy định này bảo đảm tôn trọng quyền tự do thỏa thuận của các bên. Bộ luật Dân sự năm 2015 loại trừ trường hợp một bên do lỗi cố ý làm cho bên kia nhầm lẫn về nội dung của giao dịch theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005, vì đã được Điều 132 quy định.

Thứ ba, về quy định giao dịch dân sự vô hiệu do không tuân thủ quy định về hình thức (Điều 129 Bộ luật Dân sự năm 2015). Theo Bộ luật Dân sự năm 2005, trong trường hợp pháp luật quy định hình thức giao dịch dân sự là điều kiện có hiệu lực của giao dịch mà các bên không tuân theo thì theo yêu cầu của một hoặc các bên Tòa án, cơ quan nhà nước có thẩm quyền khác quyết định buộc các bên thực hiện quy định về hình thức của giao dịch trong một thời hạn; quá thời hạn đó mà không thực hiện thì giao dịch vô hiệu. Quy định này khi triển khai trên thực tế đã gặp nhiều vướng mắc và khó bảo đảm tính khả thi vì trong nhiều trường hợp, một trong các bên giao dịch không hợp tác để thực hiện đúng hình thức của giao dịch, dẫn tới giao dịch vô hiệu.

Trong quá trình soạn thảo Bộ luật Dân sự năm 2015, hậu quả pháp lý của giao dịch dân sự không tuân thủ quy định về hình thức cũng được bàn luận nhiều. Khoản 1 Điều 145 dự thảo Bộ luật Dân sự lấy ý kiến nhân dân năm 2015¹ quy định:

“1. Trường hợp luật quy định hình thức là điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự mà hình thức đó không được tuân thủ thì giao dịch dân sự đó bị vô hiệu, trừ các trường hợp sau đây:

a) Việc không tuân thủ quy định về hình thức không nhằm trốn tránh nghĩa vụ với người khác và chủ thể giao dịch dân sự đã chuyển giao tài sản hoặc đã thực hiện công việc. Trong trường hợp này, theo yêu cầu của một hoặc các bên, cơ quan có thẩm quyền có

¹ Xem toàn văn Dự thảo này tại địa chỉ: <http://baochinhphu.vn/Tin-noi-bat/Toan-van-Du-thao-Bo-luat-Dan-su/217494.vgp>.

trách nhiệm hoàn tất thủ tục đối với giao dịch dân sự đó;

b) Trường hợp chủ thể chưa chuyển giao tài sản hoặc chưa thực hiện công việc thì theo yêu cầu của một hoặc các bên, Tòa án cho phép thực hiện quy định về hình thức của giao dịch dân sự trong một thời hạn hợp lý; quá thời hạn đó mà không thực hiện thì giao dịch dân sự đó bị vô hiệu”.

Quá trình lấy ý kiến nhân dân về dự thảo Bộ luật Dân sự cho thấy, đa số ý kiến nhất trí với quy định như trong dự thảo Bộ luật, vì quy định như vậy là phù hợp với thực tiễn giao kết, thực hiện hợp đồng ở nước ta; bảo đảm tốt hơn quyền, lợi ích hợp pháp của chủ thể xác lập quan hệ hợp đồng cũng như quyền, lợi ích hợp pháp của người thứ ba; góp phần bảo đảm sự ổn định của quan hệ thị trường².

Quy định như dự thảo Bộ luật về vấn đề này thực chất là áp dụng cơ chế pháp lý vừa linh hoạt, vừa chặt chẽ để buộc bên không thiện chí phải thực hiện đúng cam kết của mình, giảm thiểu rủi ro cho bên thiện chí không muốn phá vỡ quan hệ giao dịch. Qua đó, hạn chế việc tuyên bố giao dịch dân sự bị vô hiệu một cách tùy tiện vì lý do không tuân thủ quy định hình thức. Để đáp ứng yêu cầu cụ thể hóa và tăng cường tính khả thi đối với các giao dịch không tuân thủ quy định về hình thức nhưng không bị vô hiệu, Dự thảo quy định theo hướng: giao dịch đã được xác lập nhưng vi phạm hình thức giao dịch bắt buộc bằng văn bản hoặc phải có công chứng, chứng thực nhưng các bên đã thực hiện toàn bộ nghĩa vụ của mình và

không có tranh chấp thì theo yêu cầu của một hoặc các bên, Tòa án ra quyết định công nhận hiệu lực của giao dịch đó. Đối với giao dịch bắt buộc phải được đăng ký nhưng một bên từ chối đăng ký thì theo yêu cầu của bên kia, Tòa án ra quyết định về việc đăng ký giao dịch. Trên cơ sở quyết định của Tòa án, cơ quan đăng ký có trách nhiệm thực hiện việc đăng ký.

Vì vậy, Điều 129 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định giao dịch dân sự vi phạm quy định điều kiện về hình thức bị vô hiệu đã loại trừ các trường hợp sau: (i) Giao dịch dân sự đã được xác lập bằng văn bản nhưng văn bản không đúng quy định của luật mà một bên hoặc các bên đã thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ trong giao dịch thì theo yêu cầu của một bên hoặc các bên, Tòa án ra quyết định công nhận hiệu lực của giao dịch đó; (ii) Giao dịch dân sự đã được xác lập bằng văn bản nhưng vi phạm quy định bắt buộc về công chứng, chứng thực mà một bên hoặc các bên đã thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ trong giao dịch thì theo yêu cầu của một bên hoặc các bên, Tòa án ra quyết định công nhận hiệu lực của giao dịch đó. Trong trường hợp này, các bên không phải thực hiện việc công chứng, chứng thực. Như vậy, với quy định này, một giao dịch vi phạm quy định về hình thức nhưng các bên tham gia giao dịch tích cực, thiện chí thực hiện giao dịch (đã thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ trong giao dịch) thì giao dịch không bị vô hiệu.

Thứ tư, về thời hiệu yêu cầu Tòa án tuyên bố giao dịch dân sự vô hiệu (Điều 132 Bộ luật Dân sự năm 2015). Bộ luật Dân sự năm 2005 chỉ quy định thời hiệu yêu cầu Tòa án tuyên bố giao dịch vô hiệu là 02 năm kể từ ngày giao dịch được xác lập. Bộ luật

² Xem: Chính phủ, Báo cáo số 225/BC-CP ngày 19/5/2015 của Chính phủ về kết quả lấy ý kiến nhân dân và tiếp thu, chỉnh lý dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi), tr. 12, 13.

Dân sự năm 2015 quy định cụ thể hơn, theo đó, thời hiệu là 02 năm kể từ ngày: (i) Người đại diện của người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự, người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi, người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự biết hoặc phải biết người được đại diện tự mình xác lập, thực hiện giao dịch; (ii) Người bị nhầm lẫn, bị lừa dối biết hoặc phải biết giao dịch được xác lập do bị nhầm lẫn, do bị lừa dối; (iii) Người có hành vi đe dọa, cưỡng ép chấm dứt hành vi đe dọa, cưỡng ép; (iv) Người không nhận thức và làm chủ được hành vi của mình xác lập giao dịch; (v) Giao dịch dân sự được xác lập trong trường hợp giao dịch dân sự không tuân thủ quy định về hình thức. Đồng thời, Bộ luật Dân sự năm 2015 cũng bổ sung quy định: Hết thời hiệu mà không có yêu cầu tuyên bố giao dịch dân sự vô hiệu thì giao dịch dân sự có hiệu lực.

Thứ năm, về bảo vệ quyền lợi của người thứ ba ngay tình (Điều 133 Bộ luật Dân sự năm 2015). Bộ luật Dân sự năm 2005 không bảo vệ quyền lợi của người thứ ba ngay tình trong trường hợp tài sản giao dịch là bất động sản hoặc động sản phải đăng ký quyền sở hữu, trừ trường hợp người thứ ba ngay tình nhận được tài sản này thông qua bán đấu giá hoặc giao dịch với người mà theo bản án, quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền là chủ sở hữu tài sản nhưng sau đó không phải là chủ sở hữu tài sản do bản án, quyết định bị hủy, sửa.

Về vấn đề này, Điều 148 Dự thảo Bộ luật Dân sự lấy ý kiến nhân dân năm 2015 quy định³: “2. Trường hợp đối tượng của

giao dịch dân sự là tài sản phải đăng ký quyền sở hữu mà tài sản đó đã được đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền, sau đó được chuyển giao bằng một giao dịch khác cho người thứ ba và người này căn cứ vào việc đăng ký đó mà xác lập, thực hiện giao dịch thì giao dịch đó không bị vô hiệu, trừ trường hợp người thứ ba biết hoặc phải biết tài sản là đối tượng của giao dịch đã bị chiếm đoạt bất hợp pháp hoặc ngoài ý chí của chủ sở hữu; 3. Trường hợp đối tượng của giao dịch dân sự là tài sản phải đăng ký quyền sở hữu mà tài sản đó chưa được đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền nhưng đã được chuyển giao bằng một giao dịch khác cho người thứ ba thì giao dịch này bị vô hiệu, trừ trường hợp người thứ ba ngay tình nhận được tài sản này thông qua bán đấu giá hoặc giao dịch với người mà theo bản án, quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền là chủ sở hữu tài sản nhưng sau đó người này không phải là chủ sở hữu tài sản do bản án, quyết định bị hủy, sửa”. Quá trình lấy ý kiến nhân dân, *đưa số ý kiến nhất trí với quy định như trong dự thảo Bộ luật, vì quy định như vậy góp phần bảo đảm tốt hơn quyền, lợi ích hợp pháp của người thiện chí, ngay tình trong giao lưu dân sự, bảo đảm sự ổn định trong các quan hệ dân sự; đồng thời góp phần thay đổi nhận thức của người dân về tác dụng, ý nghĩa to lớn của việc đăng ký quyền sở hữu, vật quyền khác; nâng cao trách nhiệm của các cơ quan có thẩm quyền và cán bộ làm công tác đăng ký, qua đó thúc đẩy việc hoàn thiện chế định về đăng ký quyền sở hữu, vật quyền khác ở nước ta*⁴.

³ Xem toàn văn Dự thảo này tại địa chỉ: <http://baochinhphu.vn/Tin-noi-bat/Toan-van-Du-thao-Bo-luat-Dan-su/217494.vgp>.

⁴ Xem: Chính phủ, *Báo cáo số 225/BC-CP ngày 19/5/2015 của Chính phủ về kết quả lấy ý kiến nhân dân và tiếp thu, chỉnh lý Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)*, tr. 13, 14.

Như vậy, trường hợp giao dịch dân sự vô hiệu nhưng tài sản đã được đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền, sau đó được chuyển giao bằng một giao dịch khác cho người thứ ba ngay tình và người này căn cứ vào việc đăng ký đó mà xác lập, thực hiện giao dịch thì giao dịch đó không bị vô hiệu.

Chủ sở hữu không có quyền đòi lại tài sản từ người thứ ba ngay tình, nếu giao dịch dân sự với người này không bị vô hiệu, nhưng có quyền khởi kiện, yêu cầu chủ thể có lỗi dẫn đến việc giao dịch được xác lập với người thứ ba phải hoàn trả những chi phí hợp lý và bồi thường thiệt hại, nếu có.

Trường hợp tài sản phải đăng ký mà chưa được đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền thì giao dịch dân sự với người thứ ba bị vô hiệu, trừ trường hợp người thứ ba ngay tình nhận được tài sản này thông qua bán đấu giá tại tổ chức có thẩm quyền hoặc giao dịch với người mà theo bản án, quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền là chủ sở hữu tài sản nhưng sau đó chủ thể này không phải là chủ sở hữu tài sản do bản án, quyết định bị huỷ, sửa.

2. Các quy định về giám hộ và đại diện trong Bộ luật Dân sự năm 2015

2.1. Về giám hộ

Chế định giám hộ được quy định từ Điều 46 đến Điều 63 Bộ luật Dân sự năm 2015. Các quy định này về cơ bản kế thừa quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005 về chế độ giám hộ đương nhiên, tuy nhiên, cũng có nhiều sửa đổi, bổ sung nhằm bảo đảm mục đích của việc giám hộ là thực hiện, bảo vệ tốt nhất quyền, lợi ích của người được giám hộ. Cụ thể:

- Về cơ chế giám hộ, Bộ luật Dân sự năm 2005 và Bộ luật Dân sự năm 2015 đều

quy định cơ chế giám hộ đương nhiên, giám hộ được cử. Khoản 1 Điều 46 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: “Giám hộ là việc cá nhân, pháp nhân được luật quy định, được Ủy ban nhân dân cấp xã cử, được Tòa án chỉ định hoặc được quy định tại khoản 2 Điều 48 của Bộ luật này...”. Việc giám hộ phải được đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền theo quy định của pháp luật về hộ tịch. Điều đó là cần thiết để hợp thức hóa quan hệ giám hộ giữa người giám hộ và người được giám hộ, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người được giám hộ, người giám hộ và người thứ ba trong quan hệ dân sự. Nếu việc giám hộ không ghi nhận rõ tư cách pháp lý của người được giám hộ và người giám hộ sẽ dẫn đến sự thiếu chính xác trong việc xác định trách nhiệm của người giám hộ đối với người được giám hộ. Ví dụ, trường hợp anh cả/chị cả là người giám hộ đương nhiên cho em chưa thành niên, nhưng sau đó lại không đủ điều kiện làm người giám hộ thì anh/chị ruột tiếp theo là người giám hộ. Theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005, việc xác định thời điểm anh/chị ruột tiếp theo là người giám hộ cũng như các quan hệ dân sự mà người giám hộ trước đã tham gia là rất khó xác định, vì đây là những trường hợp giám hộ không cần đăng ký.

- Người có năng lực hành vi dân sự đầy đủ được lựa chọn người giám hộ cho mình, và khi họ ở vào tình trạng cần được giám hộ thì cá nhân, pháp nhân được lựa chọn sẽ là người giám hộ nếu người này đồng ý (khoản 2 Điều 48). Đây là quy định mới trong chế định giám hộ của Bộ luật Dân sự năm 2015 hướng tới bảo vệ tốt hơn quyền lợi của người được giám hộ khi họ có quyền lựa chọn “trước” người giám hộ cho mình

tại thời điểm họ có khả năng nhận thức và điều khiển hành vi. Theo quy định này, một người trước khi ở vào tình trạng cần có người giám hộ được quyền thể hiện ý chí chủ quan của mình.

- Việc cử, chỉ định người giám hộ cho người chưa thành niên từ đủ sáu tuổi trở lên (không có người giám hộ đương nhiên) phải xem xét nguyện vọng của người này (khoản 1 Điều 54). Đây là quy định mang tính nhân văn, bởi lẽ, người được giám hộ ở đây là người chưa thành niên và không được sống cùng cha mẹ. Do đó, nếu người từ đủ sáu tuổi trở lên có nguyện vọng được có người chăm sóc, quản lý thì nguyện vọng đó nên được xem xét.

- Bổ sung việc giám hộ cho người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi theo các nguyên tắc: (1) Việc giám hộ cho người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi phải được sự đồng ý của người đó nếu họ có năng lực thể hiện ý chí của mình tại thời điểm yêu cầu; (2) Người giám hộ của người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi do Tòa án chỉ định theo sự lựa chọn của người được giám hộ trước khi họ ở vào tình trạng cần được giám hộ theo quy định tại khoản 2 Điều 48 của Bộ luật; trường hợp không có người này thì Tòa án chỉ định trong số những người giám hộ đương nhiên của người mất năng lực hành vi dân sự; nếu không có những người đó thì Tòa án chỉ định một cá nhân hoặc đề nghị một pháp nhân thực hiện việc giám hộ; (3) Người giám hộ của người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi có quyền, nghĩa vụ theo quyết định của Tòa án (khoản 2 Điều 46, điểm d khoản 1 Điều 47, khoản 4 Điều 54, khoản 2 Điều 57, khoản 2 Điều 58).

- Việc giám hộ phải được đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền theo quy định

của pháp luật về hộ tịch; người giám hộ đương nhiên không đăng ký việc giám hộ vẫn phải thực hiện nghĩa vụ của người giám hộ (khoản 3 Điều 46). Trước đây, Điều 64 của Bộ luật Dân sự năm 2005 chỉ quy định: “Việc cử người giám hộ phải được lập thành văn bản, trong đó ghi rõ lý do cử người giám hộ, quyền, nghĩa vụ cụ thể của người giám hộ, tình trạng tài sản của người được giám hộ. Việc cử người giám hộ phải được sự đồng ý của người được cử làm người giám hộ”. Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định việc giám hộ phải được đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền nhằm tăng tính trách nhiệm trong việc giám hộ và tạo điều kiện cho cơ quan nhà nước có thể giám sát. Bên cạnh đó, quy định người giám hộ đương nhiên không đăng ký việc giám hộ vẫn phải thực hiện nghĩa vụ của người giám hộ nhằm bảo đảm quyền lợi cho người được giám hộ.

- Bộ luật Dân sự năm 2015 lần đầu tiên quy định pháp nhân là người giám hộ (khoản 1 Điều 46) và điều kiện của pháp nhân được làm người giám hộ (Điều 50). Bộ luật Dân sự năm 2005 chỉ quy định người giám hộ là cá nhân, tổ chức (khoản 1, Điều 58) nhưng không quy định rõ tổ chức có tư cách pháp nhân hay không; điều kiện của tổ chức được làm giám hộ. Với quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 sẽ tạo điều kiện thuận lợi cho việc thi hành trong thực tế.

- Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định về giám sát việc giám hộ tại Điều 51 như sau:

+ Trên tinh thần tôn trọng ý chí của những người thân thích của người được giám hộ, việc giám sát người giám hộ trước hết dựa trên sự thỏa thuận của những người thân thích của người được giám hộ để cử ra người giám sát việc giám hộ. Việc lựa chọn

này hướng đến một trong số những người thân thích hoặc chọn một cá nhân, pháp nhân khác mà không chung chung như trong Bộ luật Dân sự năm 2005. Một điều cần ghi nhận trong Bộ luật Dân sự năm 2015 về chế định giám hộ nói chung và vấn đề giám sát việc giám hộ nói riêng, đó là sự đồng ý của người giám hộ cũng như người giám sát việc giám hộ. Điều này bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của những chủ thể này cũng như bảo đảm việc giám hộ được thực hiện bằng sự thiện chí, tự nguyện.

+ Trường hợp giám sát việc giám hộ liên quan đến quản lý tài sản của người được giám hộ thì người giám sát phải đăng ký tại Ủy ban nhân dân cấp xã nơi cư trú của người được giám hộ. Đây là một quy định hoàn toàn mới nhằm tránh sự thông đồng giữa người giám hộ và người giám sát việc giám hộ, đảm bảo cho việc giám hộ cũng như khi có thay đổi giám hộ hoặc chuyển giao việc giám hộ.

+ Bộ luật Dân sự năm 2005 chỉ quy định người giám sát là người có năng lực hành vi dân sự đầy đủ là chưa chặt chẽ, bởi họ có vai trò quan trọng không kém người giám hộ. Vì vậy, cần quy định những điều kiện cơ bản để bảo đảm hiệu quả việc giám sát. Bộ luật Dân sự năm 2015 đã bổ sung điều kiện của người giám sát: “có điều kiện cần thiết để thực hiện việc giám sát”.

+ Bộ luật Dân sự năm 2015 bổ sung thêm quyền, nghĩa vụ của người giám sát việc giám hộ. Bộ luật Dân sự năm 2005 không trao bất cứ quyền, nghĩa vụ nào cho người giám sát việc giám hộ, vì vậy việc giám sát việc giám hộ không hiệu quả.

2.2. Về đại diện

Chế định đại diện được Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định từ Điều 134 đến Điều 143.

Bộ luật Dân sự năm 2015 đã có một số sửa đổi, bổ sung quy định về đại diện nhằm tạo điều kiện pháp lý tốt hơn trong việc trợ giúp cá nhân, pháp nhân thực hiện, bảo vệ các quyền dân sự của mình và hạn chế rủi ro pháp lý trong các quan hệ dân sự:

- Khái niệm “đại diện” trong Bộ luật Dân sự năm 2015 đã xác định rõ hơn về chủ thể đại diện. Nếu Điều 139 Bộ luật Dân sự năm 2005 hướng đến người đại diện là “một người”, thì Điều 134 Bộ luật Dân sự năm 2015 xác định rõ chủ thể đó là “cá nhân, pháp nhân” mà không giới hạn về số lượng. Điều này là phù hợp với thực tiễn, góp phần tạo điều kiện cho các chủ thể tham gia vào quan hệ đại diện dễ dàng, không bị bó buộc như trước. Các chủ thể đại diện này xác lập, thực hiện giao dịch dân sự nhân danh và vì lợi ích của người được đại diện. Bên cạnh đó, Bộ luật Dân sự năm 2015 đã xác định rõ chủ thể đại diện là cá nhân và pháp nhân, điều đó có nghĩa những tổ chức không có tư cách pháp nhân không thể trở thành người đại diện. Quy định này hướng đến việc xác định rõ trách nhiệm cũng như tư cách pháp lý của người đại diện, từ đó bảo vệ tốt hơn lợi ích hợp pháp của người được đại diện.

Một nội dung nữa cần đề cập tới trong khái niệm đại diện theo Bộ luật Dân sự năm 2015 đó là, quy định người được đại diện chỉ xem xét đến hai chủ thể là cá nhân và pháp nhân dựa trên sự thừa nhận “...hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân tham gia quan hệ dân sự thì các thành viên của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân là chủ thể tham gia xác lập, thực hiện giao dịch dân sự...” (khoản 1 Điều 101 Bộ luật Dân sự năm 2015).

- Trường hợp pháp luật quy định thì người đại diện phải có năng lực pháp luật

dân sự, năng lực hành vi dân sự phù hợp với giao dịch dân sự được xác lập, thực hiện (khoản 3 Điều 134). Đây là quy định mang tính khái quát, bởi vì người đại diện không chỉ là cá nhân mà còn có thể là pháp nhân. Nếu không thuộc “trường hợp pháp luật quy định”, thì vấn đề năng lực pháp luật dân sự, năng lực hành vi dân sự không được đặt ra.

- Mỗi pháp nhân có thể có nhiều người đại diện theo pháp luật và pháp nhân có thể là đại diện theo ủy quyền cho cá nhân, pháp nhân khác (khoản 2 Điều 137 và Điều 138). Việc chính thức khẳng định một pháp nhân có thể có nhiều người đại diện theo pháp luật xuất phát từ thực tiễn hoạt động của pháp nhân (chủ yếu là doanh nghiệp) và để đảm bảo tính thống nhất với các văn bản pháp luật khác có liên quan, ví dụ như Luật Doanh nghiệp năm 2014.

- Tòa án có thể chỉ định người đại diện theo pháp luật cho: cá nhân trong trường hợp không xác định được người đại diện quy định tại khoản 1 và khoản 2 Điều 136 Bộ luật Dân sự năm 2015 (khoản 3 Điều 136); pháp nhân trong quá trình tố tụng (điểm c khoản 1 Điều 137).

- Người đại diện có quyền xác lập, thực hiện hành vi cần thiết để đạt được mục đích của việc đại diện; trường hợp người đại diện biết hoặc phải biết việc xác lập hành vi đại diện là do bị nhầm lẫn, bị lừa dối, bị đe dọa, cưỡng ép mà vẫn xác lập, thực hiện hành vi thì không làm phát sinh quyền, nghĩa vụ đối với người được đại diện, trừ trường hợp người được đại diện biết hoặc phải biết về việc này mà không phản đối (khoản 2 và khoản 3 Điều 139). Quy định tại khoản 3 Điều 139 là quy định mới nhưng khá khó hiểu, vì khi biết có nhầm lẫn, bị lừa dối mà vẫn chấp nhận thì có còn được coi là nhầm lẫn, bị lừa dối không?

- Trường hợp không xác định được thời hạn đại diện mà quyền đại diện được xác định theo giao dịch dân sự cụ thể thì thời hạn được tính đến thời điểm chấm dứt giao dịch dân sự đó; nếu quyền đại diện không được xác định với giao dịch dân sự cụ thể thì thời hạn là một năm, kể từ thời điểm phát sinh quyền đại diện (Điều 140).

Đây là một điểm mới của Bộ luật Dân sự năm 2015. So với Bộ luật Dân sự năm 2005 hướng đến việc chấm dứt đại diện theo phương diện chủ thể (đại diện của pháp nhân, đại diện của cá nhân), thì quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 bao quát hơn, đi vào tính chất của các quan hệ đại diện là đại diện theo ủy quyền và đại diện theo pháp luật. Việc xác định thời hạn đại diện của Bộ luật Dân sự năm 2015 hướng đến các trường hợp: xác định theo văn bản ủy quyền, theo quyết định của cơ quan có thẩm quyền, theo điều lệ của pháp nhân hoặc theo quy định của pháp luật. Ngoài ra, còn được xác định dựa trên quan hệ của giao dịch dân sự.

- Trường hợp không xác định được cụ thể phạm vi đại diện thì người đại diện theo pháp luật có quyền xác lập, thực hiện mọi giao dịch dân sự vì lợi ích của người được đại diện, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác (khoản 2 Điều 141). Đây là điểm mới của Bộ luật Dân sự năm 2015 so với Điều 144 của Bộ luật Dân sự năm 2005. Như vậy, tiêu chí để xem xét giá trị pháp lý của việc thực hiện quyền đại diện là giao dịch dân sự do người đại diện theo pháp luật xác lập phải xuất phát từ lợi ích của người được đại diện.

- Theo khoản 3 Điều 141, một cá nhân, pháp nhân có thể đại diện cho nhiều cá nhân hoặc pháp nhân khác nhau. Đây là quy định mở rộng khả năng đồng đại diện rất phổ biến trong thực tiễn hiện nay.

XỬ LÝ VIỆC KẾT HÔN TRÁI PHÁP LUẬT THEO LUẬT HÔN NHÂN VÀ GIA ĐÌNH NĂM 2014

*Huỳnh Thị Trúc Giang**

Tóm tắt: Bài viết phân tích và bình luận các cách thức xử lý việc kết hôn trái pháp luật theo Luật Hôn nhân và Gia đình hiện hành và một số vấn đề pháp lý phát sinh. Từ đó, đưa ra một số kiến nghị nhằm hoàn thiện vấn đề này.

Abstract: The article analyses and comments the settlement of illegal marriage under the Law on Family and Marriage of 2014 and some relevant issues raised. On that basis, it makes proposals to improve such settlement.

1. Xử lý việc kết hôn trái pháp luật

Theo quy định tại khoản 6 Điều 3 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014, kết hôn trái pháp luật là việc “nam, nữ đã đăng ký kết hôn tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền nhưng một bên hoặc cả hai bên vi phạm điều kiện kết hôn theo quy định tại Điều 8 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014”. Chế tài áp dụng đối với kết hôn trái pháp luật quy định từ Điều 10 đến Điều 12 là *hủy việc kết hôn trái pháp luật*. Tuy nhiên, xử lý hủy việc kết hôn trái pháp luật trong những trường hợp nào không được làm rõ. Cách xử lý việc kết hôn trái pháp luật ghi nhận tại khoản 2 Điều 11 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 chỉ nêu điều kiện để quan hệ hôn nhân này được công nhận và cách thức xác định thời điểm công nhận. Việc công nhận kết hôn trái pháp luật không phải là điều mới trong Luật Hôn nhân và Gia đình. Theo nhận xét của các chuyên gia làm công tác thực tiễn thì “*khi cá nhân, tổ chức, cơ quan có quyền yêu cầu có đơn yêu cầu Tòa án hủy việc kết hôn trái pháp luật, thì Tòa án áp dụng pháp luật xác định hành vi vi phạm điều kiện kết hôn, mức độ vi phạm và hoàn cảnh vi phạm. Từ cơ sở đó, Tòa án xem xét,*

đánh giá mối quan hệ của họ từ khi kết hôn trái pháp luật đến lúc Tòa án giải quyết và có tính đến đến điều kiện để công nhận từ kết hôn không hợp pháp sang kết hôn hợp pháp, để quyết định có hủy hay không hủy việc kết hôn trái pháp luật đó”¹. Tuy nhiên, trong việc xử lý kết hôn trái pháp luật của Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000² và Nghị quyết 02/2000/NQ-HĐTP của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao³, vấn đề công nhận kết hôn trái pháp luật đã không được quy định một cách minh thị. Như vậy, dù thực tiễn đã giải quyết theo hướng có thể công nhận quan hệ hôn nhân này có từ thời điểm Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000, nhưng phải đến khi Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 có hiệu lực thì công nhận kết hôn trái pháp luật mới có cơ sở pháp lý cho việc áp dụng.

Tuy nhiên, nếu chỉ ghi nhận một cách thức duy nhất là công nhận việc kết hôn trái pháp luật thì sẽ không bao quát được tất cả các tình huống có thể xảy ra trong thực tiễn. Vì vậy, Thông tư liên tịch số

¹ Nguyễn Quang Hiền, *Kết hôn – Hậu quả pháp lý theo Luật Hôn nhân và Gia đình*, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 9, kỳ 1, tháng 5/2013, tr. 21.

² Xem Điều 16.

³ Xem điểm d khoản 2 của văn bản này.

* ThS., Khoa Luật, Đại học Cần Thơ.

01/2016/TTLT-TANDTC-VKSNDTC-BTP⁴ của Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao và Bộ Tư pháp hướng dẫn xử lý kết hôn trái pháp luật đã ghi nhận tại Điều 4 việc kết hôn trái pháp luật còn có thể được xử lý theo hướng cho ly hôn hoặc hủy kết hôn trái pháp luật. Các cách xử lý quan hệ này được thực hiện như sau:

1.1. Công nhận kết hôn trái pháp luật

Công nhận kết hôn trái pháp luật được ghi nhận trong Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 tại khoản 2 Điều 11 như sau: “Trong trường hợp tại thời điểm Tòa án giải quyết yêu cầu hủy việc kết hôn trái pháp luật mà cả hai bên kết hôn đã có đủ các điều kiện kết hôn theo quy định tại Điều 8 của Luật này và hai bên yêu cầu công nhận quan hệ hôn nhân thì Tòa án công nhận quan hệ hôn nhân đó. Trong trường hợp này, quan hệ hôn nhân được xác lập kể từ thời điểm các bên đủ điều kiện kết hôn theo quy định của Luật này”. Quy định này cho thấy, Tòa án chỉ tiến hành công nhận việc kết hôn trái pháp luật nếu tại thời điểm Tòa án giải quyết các bên kết hôn đã có: một là, đủ điều kiện kết hôn theo quy định của Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014; hai là, yêu cầu công nhận quan hệ hôn nhân.

Để làm rõ về cách giải quyết này, điểm a khoản 2 Điều 4 Thông tư liên tịch 01/2016/TTLT-TANDTC-VKSNDTC-BTP hướng dẫn như sau: “Trong trường hợp tại thời điểm kết hôn, hai bên kết hôn không đủ điều kiện kết hôn nhưng sau đó có đủ điều kiện kết hôn theo quy định tại Điều 8 của Luật Hôn nhân và Gia đình thì Tòa án xử lý như sau:

a. Nếu hai bên kết hôn cũng yêu cầu Tòa án công nhận quan hệ hôn nhân thì Tòa án quyết định quan hệ hôn nhân đó kể từ thời điểm các bên có đủ điều kiện kết hôn.

Ví dụ 1: Anh A sinh ngày 25-01-1996, chị B sinh ngày 10-01-1995. Ngày 08-01-2015, anh A và chị B đăng ký kết hôn. Ngày 25-9-2016, Tòa án mở phiên họp giải quyết yêu cầu hủy việc kết hôn trái pháp luật. Tại phiên họp, anh A và chị B đều yêu cầu công nhận quan hệ hôn nhân, nếu xét thấy đã đủ các điều kiện kết hôn khác thì Tòa án xem xét công nhận quan hệ hôn nhân của anh A và chị B kể từ thời điểm cả anh A và chị B đủ tuổi kết hôn, tức là ngày 25-01-2016”.

Như vậy, quy định này đã chú trọng đến điều kiện kết hôn và yêu cầu được công nhận của cả hai bên. Nếu chỉ có một bên yêu cầu công nhận, thì việc công nhận sẽ không được đặt ra. Đồng thời, quy định này cũng làm rõ hơn về thời điểm công nhận quan hệ hôn nhân. Cụ thể, trong ví dụ nêu trên, thời điểm công nhận quan hệ hôn nhân của anh A và chị B là ngày họ đã đủ tuổi kết hôn (ngày 25/01/2016). Trên cơ sở đó, cũng có thể kết luận rằng, nếu chưa có sự công nhận của Tòa án qua việc giải quyết yêu cầu hủy việc kết hôn trái pháp luật thì kết hôn trái pháp luật chưa thể được công nhận là hôn nhân hợp pháp. Đây là yêu cầu bắt buộc để chuyển hóa loại quan hệ này.

1.2. Hủy việc kết hôn trái pháp luật

Ở thời điểm ghi nhận cách thức xử lý kết hôn trái pháp luật, Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 quy định theo hướng công nhận loại quan hệ hôn nhân này khi đủ các điều kiện luật định. Vấn đề hủy việc kết hôn trái pháp luật chỉ thật sự được đặt ra kể từ khi Thông tư liên tịch 01/2016/TTLT-TANDTC-VKSNDTC-BTP có hiệu lực – ngày 01/3/2016.

⁴ Thông tư liên tịch 01/2016/TTLT-TANDTC-VKSNDTC-BTP hướng thi hành một số quy định của Luật Hôn nhân và Gia đình, có hiệu lực từ ngày 01/3/2016.

Theo hướng dẫn tại điểm b khoản 2 Điều 4 Thông tư liên tịch 01/2016/TTLT-TANDTC-VKSNDTC-BTP, thì hủy việc kết hôn trái pháp luật sẽ áp dụng trong trường hợp: *“tại thời điểm kết hôn, hai bên kết hôn không có đủ điều kiện kết hôn nhưng sau đó đủ điều kiện quy định tại Điều 8 của Luật Hôn nhân và Gia đình thì Tòa án xử lý như sau:*

...

b. Nếu một hoặc hai bên yêu cầu hủy việc kết hôn trái pháp luật hoặc có một bên yêu cầu công nhận quan hệ hôn nhân, hoặc có một bên yêu cầu ly hôn còn bên kia không có yêu cầu thì Tòa án quyết định hủy việc kết hôn trái pháp luật”. Bên cạnh đó, khoản 3 Điều 4 Thông tư liên tịch 01/2016/TTLT-TANDTC-VKSNDTC-BTP cũng quy định: *“Trường hợp hai bên đã đăng ký kết hôn nhưng tại thời điểm Tòa án giải quyết hai bên kết hôn vẫn không có đủ các điều kiện kết hôn quy định tại Điều 8 của Luật Hôn nhân và Gia đình thì thực hiện như sau:*

a. Nếu có yêu cầu hủy việc kết hôn trái pháp luật thì Tòa án quyết định hủy việc kết hôn trái pháp luật;

b. Nếu một hoặc cả hai bên yêu cầu ly hôn hoặc yêu cầu công nhận quan hệ hôn nhân thì Tòa án bác yêu cầu của họ và quyết định hủy việc kết hôn trái pháp luật”.

Từ các quy định này có thể thấy, hủy việc kết hôn trái pháp luật sẽ được áp dụng trong hai trường hợp:

+ Một là, tại thời điểm Tòa án giải quyết, hai bên đã đủ điều kiện kết hôn, nhưng họ có các yêu cầu sau đây:

♦ Một bên hoặc hai bên có yêu cầu hủy việc kết hôn trái pháp luật.

♦ Một bên yêu cầu công nhận quan hệ hôn nhân hoặc yêu cầu ly hôn còn bên kia không có yêu cầu.

+ Hai là, tại thời điểm Tòa án giải quyết, hai bên vẫn không đủ điều kiện kết hôn. Trong trường hợp này, nếu cả hai bên có yêu cầu công nhận quan hệ hôn nhân thì Tòa án cũng sẽ bác yêu cầu của họ để giải quyết hủy việc kết hôn trái pháp luật.

Như vậy, trong trường hợp đủ điều kiện kết hôn, Tòa án có thể vẫn hủy việc kết hôn trái pháp luật do căn cứ vào yêu cầu của các bên. Đây là điểm khác biệt của Thông tư liên tịch 01/2016/TTLT-TANDTC-VKSNDTC-BTP so với Nghị quyết 02/2000/NQ-HĐTP. Trước đây, khi quyết định hủy việc kết hôn trái pháp luật trong trường hợp hai bên đã đủ điều kiện kết hôn thì Tòa án phải xem xét quan hệ hôn nhân của họ trong thời gian chung sống. Cụ thể, tại điểm d1 khoản 2 Nghị quyết 02/2000/NQ-HĐTP quy định: *“Nếu đến thời điểm có yêu cầu hủy việc kết hôn trái pháp luật cả hai bên tuy đã đến tuổi kết hôn, nhưng cuộc sống của họ trong thời gian đã qua không có hạnh phúc, không có tình cảm vợ chồng, thì quyết định hủy việc kết hôn trái pháp luật”.*

Theo quan điểm tác giả, quy định về việc hủy hay công nhận việc kết hôn trái pháp luật dựa vào yêu cầu của hai bên theo Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 là hợp lý, bởi đây là quan hệ dân sự nên cần tôn trọng sự thỏa thuận và ý chí của các bên. Tuy nhiên, với vai trò là người “cầm cân nảy mực”, Tòa án cũng cần xem xét mối quan hệ hôn nhân của họ trong khoảng thời gian từ sau khi kết hôn trái pháp luật đến trước khi có yêu cầu hủy việc kết hôn trái pháp luật để có quyết định phù hợp. Bởi vì, lựa chọn cách giải quyết không chỉ tác

động đến hai bên mà còn có thể ảnh hưởng đến con cái và gia đình của họ.

1.3. Ly hôn

Theo điểm c khoản 2 Điều 4 Thông tư liên tịch 01/2016/TTLT-TANDTC-VKSNDTC-BTP, Tòa án sẽ giải quyết cho hai bên kết hôn trái pháp luật ly hôn: “Trong trường hợp, tại thời điểm kết hôn, hai bên kết hôn không có đủ điều kiện kết hôn nhưng sau đó có đủ điều kiện kết hôn quy định tại Điều 8 của Luật Hôn nhân và Gia đình thì Tòa án xử lý như sau:

...

c. Trường hợp hai bên cùng yêu cầu Tòa án cho ly hôn hoặc có một bên yêu cầu ly hôn còn bên kia yêu cầu công nhận quan hệ hôn nhân thì Tòa án giải quyết cho ly hôn”.

Như vậy, tương tự như trường hợp công nhận và hủy việc kết hôn trái pháp luật, trường hợp này Tòa án giải quyết cho ly hôn cũng căn cứ vào yêu cầu của các bên. Nếu các bên đã đủ điều kiện kết hôn, nhưng cả hai đều yêu cầu hoặc chỉ một bên có yêu cầu ly hôn thì Tòa án đều giải quyết cho họ ly hôn.

2. Một số vấn đề pháp lý phát sinh

Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 và Thông tư liên tịch 01/2016/TTLT-TANDTC-VKSNDTC-BTP đã tạo hành lang pháp lý tương đối hoàn chỉnh cho việc xử lý kết hôn trái pháp luật. Song cách xử lý dựa vào yêu cầu của các bên kết hôn trái pháp luật khi họ đã đủ điều kiện kết hôn có thể sẽ gặp phải một số vướng mắc. Ví dụ như sau:

Ngày 20/2/2015, anh A (sinh ngày 20/2/1996) đã đăng ký kết hôn với chị B (sinh ngày 01/2/1997) tại Ủy ban nhân dân xã X. Việc kết hôn này là trái pháp luật do

anh A chưa đủ tuổi kết hôn. Dù vậy, hai người vẫn chung sống hạnh phúc. Tháng 4/2016, anh A lại đăng kết hôn với chị C. Tháng 6/2016, chị B phát hiện sự việc và nộp đơn yêu cầu Tòa án hủy việc kết hôn này. Để giải quyết mối quan hệ hôn nhân giữa anh A với chị B và chị C, cần phải làm rõ hai vấn đề:

- Thứ nhất, chị B có quyền yêu cầu Tòa án hủy việc kết hôn trái pháp luật hay không? Khoản 2 Điều 10 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 quy định: “Cá nhân, cơ quan, tổ chức sau đây, theo quy định của pháp luật về tổ tụng dân sự, có quyền yêu cầu Tòa án hủy việc kết hôn trái pháp luật do việc kết hôn vi phạm quy định tại các điểm a, c và d khoản 1 Điều 8 của Luật này:

a. Vợ, chồng của người đang có vợ, có chồng mà kết hôn với người khác; cha, mẹ, con, người giám hộ hoặc người đại diện theo pháp luật khác của người kết hôn trái pháp luật;

b. Cơ quan quản lý nhà nước về gia đình;

c. Cơ quan quản lý nhà nước về trẻ em;

d. Hội liên hiệp phụ nữ”.

Trong trường hợp này, chị B muốn yêu cầu hủy việc kết hôn trái pháp luật của anh A và chị C thì chị B phải được công nhận là vợ của anh A tại thời điểm yêu cầu. Tác giả cho rằng, việc kết hôn của anh A và chị B ban đầu là kết hôn trái pháp luật, vì vậy, khi chưa có quyết định công nhận của Tòa án đối với quan hệ hôn nhân này thì chị B chưa phải là vợ hợp pháp của anh A. Vì vậy, chị B không thể yêu cầu hủy việc kết hôn trái pháp luật của anh A và chị C.

- Thứ hai, quan hệ của anh A và chị C có bị coi là kết hôn trái pháp luật hay không? Căn cứ vào khái niệm kết hôn trái

pháp luật được ghi nhận tại khoản 6 Điều 3 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 thì phải có sự vi phạm điều kiện kết hôn của một bên hoặc cả hai bên khi đăng ký kết hôn. Như vậy, tại thời điểm anh A và chị C đăng ký kết hôn, người vi phạm điều kiện kết hôn chỉ **có thể** là anh A, đó là kết hôn với người khác khi đang có vợ là chị B. Tuy nhiên, theo hướng dẫn tại khoản 4 Điều 2 Thông tư liên tịch 01/2016/TTLT-TANDTC-VKSNDTC-BTP, người đang có vợ hoặc có chồng thuộc một trong các trường hợp sau đây:

“a. Người đã kết hôn với người khác theo đúng các quy định của pháp luật về hôn nhân và gia đình nhưng chưa ly hôn hoặc không có sự kiện vợ (chồng) của họ chết hoặc vợ (chồng) của họ không bị tuyên bố là đã chết;

b. Người xác lập quan hệ vợ chồng với người khác trước ngày 03-01-1987 mà chưa đăng ký kết hôn và chưa ly hôn hoặc không có sự kiện vợ (chồng) của họ chết hoặc vợ (chồng) của họ không bị tuyên bố là đã chết;

c. Người đã kết hôn với người khác vi phạm điều kiện kết hôn theo quy định của Luật Hôn nhân và Gia đình nhưng đã được Tòa án công nhận quan hệ hôn nhân bằng một bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật và chưa ly hôn hoặc không có sự kiện vợ (chồng) của họ chết hoặc vợ (chồng) của họ không bị tuyên bố là đã chết”.

Theo đó, người được xem là đang có vợ phải thuộc vào một trong ba trường hợp đã được liệt kê tại điểm a, b, c của khoản 4 Điều 2 Thông tư nêu trên. Trường hợp của anh A thuộc vào điểm c. Song cũng căn cứ vào quy định vừa nêu, thì quan hệ hôn nhân của anh A và chị B chưa đủ để anh A được xem là người đang có vợ. Cụ thể là chưa có

quyết định công nhận của Tòa án đối với việc kết hôn trái pháp luật của họ. Như vậy, việc anh A kết hôn với chị C trong trường hợp này là hợp pháp.

Từ đây, vấn đề lại tiếp tục đặt ra: nếu quan hệ hôn nhân của anh A và chị C hợp pháp thì có cần giải quyết quan hệ hôn nhân của anh A và chị B hay không? Và giải quyết như thế nào?

Quan hệ hôn nhân của anh A và chị B như đã phân tích là kết hôn trái pháp luật. Vì vậy, chỉ có thể được giải quyết theo cách thức Tòa án hủy việc kết hôn trái pháp luật của họ. Đồng thời, tại thời điểm Tòa án giải quyết, hai bên đủ điều kiện kết hôn do anh A đã đủ tuổi, vì vậy, căn cứ vào hướng dẫn của Điều 4 Thông tư liên tịch 01/2016/TTLT-TANDTC-VKSNDTC-BTP, quan hệ hôn nhân của anh A và chị B có thể được giải quyết theo các hướng sau đây:

+ Thứ nhất, anh A và chị B yêu cầu công nhận quan hệ hôn nhân. Điều này khó có khả năng xảy ra do anh A mới kết hôn với chị C. Song, nếu thật sự có yêu cầu thì Tòa án công nhận quan hệ hôn nhân của anh A và chị B theo quy định tại điểm a khoản 2 Điều 4 Thông tư liên tịch 01/2016/TTLT-TANDTC-VKSNDTC-BTP. Khi đó, việc kết hôn của anh A và chị C lại là kết hôn trái pháp luật. Vì vậy, cần hủy việc kết hôn trái pháp luật giữa anh A và chị C.

+ Thứ hai, nếu tại thời điểm giải quyết, một trong hai bên hoặc cả anh A và chị B có yêu cầu thì Tòa án sẽ hủy quan hệ hôn nhân của họ⁵. Như vậy, quan hệ của anh A và chị C được thừa nhận là hôn nhân hợp

⁵ Cách giải quyết này áp dụng theo điểm b khoản 2 Điều 4 Thông tư liên tịch 01/2016/TTLT-TANDTC-VKSNDTC-BTP.

pháp do quan hệ hôn nhân của anh A và chị B đã bị hủy.

+ Thứ ba, nếu anh A và chị B hoặc 1 trong 2 người yêu cầu ly hôn thì Tòa án sẽ giải quyết cho ly hôn. Trường hợp này quan hệ hôn nhân của anh A và chị C có được xem là hợp pháp hay không? Bởi vì ly hôn là *sự chấm dứt quan hệ vợ chồng*⁶. Điều này có nghĩa, Tòa án đã công nhận quan hệ hôn nhân của anh A và chị B là hợp pháp, sau đó mới giải quyết cho họ ly hôn. Như vậy, nếu đã công nhận quan hệ hôn nhân của anh A và chị B thì quan hệ hôn nhân của anh A và chị C không thể xem là hôn nhân hợp pháp.

Có thể thấy, trong ba cách xử lý quan hệ hôn nhân của anh A và chị B nêu trên, thì cách thứ hai là đơn giản nhất, nhưng lại không phải là lựa chọn tối ưu. Bởi lẽ, ở chừng mực nào đó, trong quan hệ hôn nhân với anh A, có thể xem chị B là người bị thiệt thòi. Thời điểm chị B kết hôn với anh

A, chị là người đã đủ điều kiện kết hôn, người vi phạm điều kiện kết hôn là anh A. Sau đó, cũng chính anh A là người đã cố ý vi phạm nghĩa vụ vợ chồng khi tiến hành đăng ký kết hôn với chị C. Song anh A lại không chịu bất kỳ một sự xử lý nào của pháp luật.

Vì vậy, theo quan điểm của tác giả, việc xử lý kết hôn trái pháp luật cần phải xem xét thêm yếu tố lỗi của các bên, bên cạnh căn cứ vào yêu cầu của họ. Trường hợp trên, nếu chị B yêu cầu công nhận, anh A yêu cầu hủy, nhưng xét thấy họ đã đủ điều kiện kết hôn và mục đích anh A yêu cầu hủy kết hôn với chị B là để đăng ký kết hôn với chị C thì Tòa án cần cân nhắc để ra quyết định. Cụ thể, Tòa án sẽ không hủy hôn nhân của anh A và chị B theo yêu cầu của anh A mà công nhận quan hệ hôn nhân này, để từ đó xử lý quan hệ hôn nhân của anh A và chị C theo hướng kết hôn trái pháp luật.

⁶ Theo khái niệm tại khoản 14 Điều 3 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 thì “Ly hôn là việc chấm dứt quan hệ vợ chồng theo bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật của Tòa án”.

(Tiếp theo trang 23 – Xây dựng pháp luật về ...)

Nhìn chung, tiếp cận dựa trên quyền hướng tới sự bảo đảm tối đa cho người chuyển giới, bao gồm cả mặt thể chất lẫn tinh thần. Điều đó đặt ra nghĩa vụ với nhiều loại chủ thể, bao gồm nhà nước, các tổ chức xã hội hay kể cả những người chăm sóc y tế. Suy rộng ra, đối với mỗi lĩnh vực xã hội, bao gồm sức khỏe và cả các lĩnh vực khác như văn hóa, lao động, giáo dục,

nghệ thuật, nơi người chuyển giới tham gia, cần có những yêu cầu khắt khe về các nghĩa vụ cụ thể nhằm chống sự phân biệt đối xử, đồng thời có những hỗ trợ cần thiết để người chuyển giới không cảm thấy bị thiệt thòi. Đó chính là điều phản ánh rõ rệt nhất các nguyên lý cơ bản của tiếp cận dựa trên quyền con người về vấn đề chuyển đổi giới tính.

TỔ CHỨC QUẢN LÝ NỘI BỘ HỢP TÁC XÃ THEO LUẬT HỢP TÁC XÃ NĂM 2012

Vũ Thị Hòa Như*

Tóm tắt: Bài viết đánh giá các quy định về tổ chức quản lý nội bộ hợp tác xã của Luật Hợp tác xã năm 2012, đồng thời đưa ra một số ý kiến nhằm hoàn thiện.

Abstract: This article evaluates provisions on organization of internal management of a cooperative under the Law on Cooperatives of 2012. It then makes relevant recommendations.

1. Các nguyên tắc cơ bản của quan hệ tổ chức và quản lý nội bộ trong hợp tác xã

Cùng là một sản phẩm của sự hợp tác nhưng bản chất của hợp tác xã khác với các loại hình doanh nghiệp. Là một tổ chức kinh tế, nhưng mục tiêu cao nhất của hợp tác xã không phải là tối đa hóa lợi nhuận cho các thành viên mà tạo ra một mô hình kinh doanh quy tụ đồng đẳng thành viên tham gia. Do đó, hợp tác xã liên kết một số lượng lớn các cá nhân, hộ gia đình, nhóm người cùng nhau tự nguyện góp vốn, góp sức nhằm phát huy sức mạnh của tập thể, hỗ trợ nhau thực hiện hiệu quả hoạt động sản xuất, kinh doanh. Có thể nói, yếu tố tự nguyện là nền tảng để tạo lập một tổ chức kinh tế tập thể. Vì vậy, việc thiết lập các quan hệ về tổ chức và quản lý nội bộ của hợp tác xã - hợp tác hoá phải đảm bảo bản chất tự nguyện liên kết của các thành viên hợp tác xã. Quy chế tổ chức quản lý nội bộ của hợp tác xã phải được xây dựng trên nền tảng hai nguyên tắc:

a) Nguyên tắc quản lý dân chủ.

Nguyên tắc quản lý dân chủ là gốc rễ của hoạt động quản lý nội bộ trong hợp tác xã, là tư tưởng chủ đạo chi phối nội dung quy định pháp luật về tổ chức quản lý nội bộ

hợp tác xã. Nguyên tắc dân chủ đặt ra yêu cầu khi xây dựng quy phạm pháp luật về tổ chức quản lý nội bộ hợp tác xã phải thể hiện rõ nội dung: các thành viên là người chủ thực sự của hợp tác xã. Vì vậy, để hợp tác xã thực sự là “một tổ chức kinh tế tập thể, đồng chủ sở hữu và tự chịu trách nhiệm”¹ thì nguyên tắc quản lý dân chủ phải được áp dụng triệt để². Cụ thể:

Một là, Nhà nước phải tôn trọng quyền tự do quản lý nội bộ của hợp tác xã và không can thiệp vào hoạt động quản lý nội bộ của hợp tác xã. Quyết định của hợp tác xã do các thành viên biểu quyết thông qua. Nhà nước hạn chế tối đa sự can thiệp mang tính mệnh lệnh hoặc chi phối đến các quyết định nội bộ của hợp tác xã.

Hai là, tập thể thành viên hợp tác xã tạo thành cơ quan quản lý cao nhất. Cơ quan này là Đại hội xã viên (Luật Hợp tác xã năm 2003), hay Đại hội thành viên (Luật Hợp tác xã năm 2012)³; bao gồm toàn bộ thành viên của hợp tác xã, hợp thường niên hoặc hợp

¹ Xem Điều 3 Luật Hợp tác xã năm 2012.

² Bộ kế hoạch và đầu tư, Đề tài “Bản chất pháp lý của hợp tác xã - Thực tiễn Việt Nam, kinh nghiệm quốc tế và khả năng vận dụng ở Việt nam”, Hà Nội, tháng 2 năm 2007, tr. 33.

³ Xem Điều 21 Luật Hợp tác xã năm 2003 và Điều 30 Luật Hợp tác xã năm 2012.

* ThS., Khoa Pháp luật kinh tế, Đại học Luật Hà Nội.

bất thường nếu có yêu cầu của thành viên. Nội dung cuộc họp bàn về các vấn đề quan trọng như kết nạp, khai trừ thành viên; sửa đổi, bổ sung điều lệ; quyết định tăng, giảm vốn điều lệ... Các vấn đề sẽ được thành viên biểu quyết thông qua với một tỷ lệ nhất định.

Ba là, các cơ quan quản lý, điều hành của hợp tác xã phải do cơ quan cao nhất là Đại hội thành viên bầu ra; các thành viên là người quyết định cơ cấu tổ chức của hợp tác xã.

b) Nguyên tắc bình đẳng. Nguyên tắc này xuất phát từ bản chất đặc biệt của hợp tác xã là một tổ chức kinh tế nhưng có tính xã hội. Tính chất xã hội được thể hiện ngay trong mục tiêu của hợp tác xã là “hợp tác tương trợ nhau trong sản xuất kinh doanh” và là đặc điểm để định nghĩa về hợp tác xã⁴. Thực thi nguyên tắc này đảm bảo sức mạnh đoàn kết của tập thể thành viên trong hợp tác xã, thể hiện ở những nội dung sau:

Một là, mỗi thành viên đều có một phiếu biểu quyết và không phụ thuộc vào tỷ lệ vốn góp. Đây là sự thể hiện cao nhất của quyền bình đẳng và cũng là đặc điểm để phân biệt bản chất hợp tác xã và doanh nghiệp. Trong doanh nghiệp, mặc dù có quy định về bảo vệ quyền lợi của cổ đông thiểu số nhưng cổ đông có vốn góp lớn vẫn có quyền quản lý, điều hành và chi phối được hoạt động của doanh nghiệp.

Hai là, mọi thành viên có quyền tham gia quản lý, giám sát hoạt động của hợp tác xã. Nếu thấy mình đáp ứng đủ điều kiện để đảm nhiệm một chức danh quản lý trong hợp tác xã, họ có quyền ứng cử vào chức danh đó, không phân biệt vốn góp hay địa vị xã hội. Tuy nhiên, các chức danh quản lý cũng bị hạn chế thời gian đảm nhận và

nhiệm kỳ, nhằm tăng cơ hội ứng cử cho tất cả thành viên, đồng thời giảm bớt nguy cơ hợp tác xã bị chi phối bởi một nhóm thành viên.

2. Các quy định về tổ chức quản lý nội bộ hợp tác xã theo Luật Hợp tác xã năm 2012

Hiện nay, quan hệ tổ chức, quản lý nội bộ của hợp tác xã đã có sự thay đổi. Thay thế sự phức tạp khi phải lựa chọn hai mô hình như Luật Hợp tác xã năm 2003 (gồm một bộ máy vừa quản lý vừa điều hành hoặc thành lập riêng bộ máy quản lý và bộ máy điều hành⁵), Luật Hợp tác xã năm 2012 chỉ quy định một mô hình quản trị đơn nhất, không phân biệt mọi trường hợp. Quy định mới này bước đầu tạo ra tính thống nhất trong mô hình quản trị hợp tác xã.

Cơ cấu tổ chức quản lý nội bộ hợp tác xã bao gồm hai nhánh cơ quan: cơ quan quản lý điều hành và cơ quan giám sát hoạt động của hợp tác xã. Trong đó, tên gọi của cơ quan quản lý điều hành có sự thay đổi so với Luật Hợp tác xã năm 2003: Đại hội thành viên thay thế cho Đại hội xã viên, Hội đồng quản trị thay thế cho Ban quản trị, chức danh Giám đốc (Tổng Giám đốc) thay thế cho Chủ nhiệm hợp tác xã. Như vậy, tên gọi của các cơ quan này giống với cơ quan quản lý trong cơ cấu tổ chức của doanh nghiệp. Đối với cơ quan có chức năng giám sát, kiểm tra hoạt động của hợp tác xã, tên gọi vẫn giữ là Ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên⁶.

2.1. Nhóm cơ quan quản lý điều hành nội bộ hợp tác xã

Nhóm cơ quan quản lý điều hành nội bộ hợp tác xã bao gồm: Đại hội thành viên, Hội đồng quản trị, hai chức danh quản lý là Chủ

⁴ Xem Điều 3 Luật Hợp tác xã năm 2012.

⁵ Xem Điều 27 và Điều 28 Luật Hợp tác xã năm 2003.

⁶ Xem Điều 29 Luật Hợp tác xã năm 2012.

tịch Hội đồng quản trị và Giám đốc (Tổng Giám đốc).

a) Đại hội thành viên

Đại hội thành viên là cơ quan quản lý cao nhất của hợp tác xã, bao gồm toàn bộ các thành viên của hợp tác xã. Nếu hợp tác xã có trên 100 thành viên có thể tổ chức Đại hội đại biểu thành viên. Quy định này nhằm tạo ra khung pháp lý linh hoạt phù hợp với tính đa dạng về quy mô của các loại hình hợp tác xã, đồng thời phát huy tính chất dân chủ trong quản lý nội bộ của hợp tác xã.

Về chức năng, Đại hội thành viên hay Đại hội đại biểu thành viên có nhiệm vụ và quyền hạn như nhau. Thông qua cuộc họp của Đại hội thành viên, thành viên được thực hiện quyền quản lý dân chủ của mình. Đại hội thành viên quyết định các vấn đề quan trọng liên quan đến hoạt động kinh doanh cũng như cơ cấu tổ chức quản lý nội bộ, như xây dựng kế hoạch hoạt động hàng năm; phương án phân chia lợi nhuận và xử lý tài sản; bầu, bãi nhiệm, miễn nhiệm Chủ tịch Hội đồng quản trị, thành viên Hội đồng quản trị, Trưởng Ban kiểm soát, thành viên Ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên; tăng, giảm số lượng thành viên Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát⁷...

Về triệu tập đại hội, Đại hội thành viên có thể được tiến hành dưới hình thức Đại hội thành viên thường niên hoặc Đại hội thành viên bất thường. Đại hội thành viên thường niên phải được họp trong thời hạn 03 tháng, kể từ ngày kết thúc năm tài chính do Hội đồng quản trị triệu tập. Quy định này phù hợp với tình hình thực tế của hợp tác xã khi hoạt động theo kế hoạch hàng năm. Bên cạnh đó, khi có những công việc mới phát sinh và cấp bách, Đại hội thành viên bất

thường sẽ được tổ chức để giải quyết kịp thời. Đại hội thành viên bất thường do Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên hoặc nhóm thành viên triệu tập⁸.

Về cách thức biểu quyết, mỗi thành viên có một phiếu biểu quyết không phụ thuộc vào phần vốn góp hay chức vụ trong hợp tác xã. Các quyết định của hợp tác xã được thông qua khi có tỷ lệ nhất trí cao của các thành viên, và tỷ lệ này được chia làm hai mức phụ thuộc vào nội dung quyết định. Mức thứ nhất, cần có ít nhất 75% tổng số đại biểu có mặt biểu quyết tán thành, áp dụng với các nội dung đặc biệt quan trọng và có mức độ ảnh hưởng lớn như sửa đổi, bổ sung điều lệ; chia, tách, sáp nhập, hợp nhất, giải thể, phá sản hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã; đầu tư hoặc bán tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã. Mức thứ hai, cần ít nhất 50% tổng số đại biểu biểu quyết tán thành với các nội dung khác.

b) Hội đồng quản trị

Hội đồng quản trị là cơ quan quản lý và điều hành mọi công việc của hợp tác giữa hai kỳ Đại hội thành viên. Hội đồng quản trị do Đại hội thành viên bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm theo thể thức bỏ phiếu kín; bao gồm Chủ tịch và thành viên, số lượng thành viên do điều lệ quy định nhưng tối thiểu là 03 người, tối đa 15 người. Nhiệm kỳ của Hội đồng quản trị do điều lệ quy định nhưng tối thiểu là 02 năm, tối đa 05 năm. Thành viên Hội đồng quản trị phải là thành viên hợp tác xã và không đồng thời là thành viên Ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên, kế toán trưởng, thủ quỹ của cùng hợp tác xã và không phải là cha, mẹ đẻ; cha, mẹ nuôi; vợ,

⁷ Xem Điều 33 Luật Hợp tác xã năm 2012.

⁸ Xem khoản 1 Điều 31 Luật Hợp tác xã năm 2012.

chồng; con, con nuôi; anh, chị, em ruột của thành viên Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát, kiểm soát viên. Quy định này đảm bảo tối đa quyền làm chủ của thành viên. Ngoài ra, với điều kiện về nhân thân của thành viên như vậy tạo ra môi trường làm việc khách quan, đảm bảo tính công bằng, dân chủ, tránh sự bè phái trong tổ chức quản lý, phòng tránh tham ô, tham nhũng trong hợp tác xã.

Cuộc họp của Hội đồng quản trị được thực hiện định kỳ theo điều lệ, nhưng ít nhất 03 tháng một lần và họp bất thường khi có yêu cầu của ít nhất một phần ba tổng số thành viên Hội đồng quản trị hoặc Chủ tịch Hội đồng quản trị, Trưởng Ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên, Giám đốc (Tổng Giám đốc) hợp tác xã⁹. Quy định về thời gian họp của Hội đồng quản trị như trên là hợp lý, bởi 03 tháng được coi là phù hợp với thực tiễn kinh doanh, đảm bảo cho Hội đồng quản trị giải quyết các công việc kịp thời.

Về phương thức làm việc, Hội đồng quản trị hoạt động theo nguyên tắc tập thể, quyết định theo đa số. Hội đồng quản trị được giao những nhiệm vụ sau: i) Quyết định cơ cấu tổ chức của các bộ phận chuyên môn, ii) Tổ chức thực hiện các nghị quyết của Đại hội thành viên, chuẩn bị và trình Đại hội thành viên các kế hoạch sản xuất hàng năm, phương án phân phối thu nhập, iii) Khen thưởng và kỷ luật thành viên... Hội đồng quản trị phải chịu trách nhiệm về quyết định của mình trước Đại hội thành viên và trước pháp luật, vì thế các nhiệm vụ của Hội đồng quản trị rất nặng nề, ảnh hưởng trực tiếp tới kết quả kinh doanh của hợp tác xã. Cuộc họp Hội đồng quản trị được tiến hành khi có ít nhất hai phần ba

tổng số thành viên Hội đồng quản trị tham dự và quyết định của Hội đồng quản trị được thông qua theo nguyên tắc đa số, mỗi thành viên có một phiếu biểu quyết có giá trị ngang nhau. Các thành viên Hội đồng quản trị đều là thành viên hợp tác xã. Đây là sự gắn kết cần thiết để phát triển hợp tác xã. Tuy nhiên, ở khía cạnh thực tế, khi quyết định các vấn đề quan trọng của hợp tác xã đòi hỏi thành viên Hội đồng quản trị phải có kiến thức kinh tế, tầm nhìn và kinh nghiệm trong quản trị kinh doanh. Điều này khó có thể đảm bảo khi đa phần các thành viên đều giỏi trong sản xuất nhưng không được đào tạo chuyên nghiệp về quản trị doanh nghiệp. Chính vì vậy, nhiều hợp tác xã, nhất là hợp tác xã nông nghiệp hoạt động với quy mô hẹp, thiếu tính cạnh tranh và ít hiệu quả. Đây là bài toán về nhân lực mà các hợp tác xã của Việt Nam phải tìm cách giải quyết để nâng cao năng lực cạnh tranh trong giai đoạn mới.

c) Chủ tịch Hội đồng quản trị

Chủ tịch Hội đồng quản trị là tên gọi thay thế cho chức danh Chủ nhiệm hợp tác xã theo Luật Hợp tác xã năm 2003 và là người đại diện theo pháp luật của hợp tác xã. Trong khi mô hình hợp tác xã theo pháp luật hiện hành là đơn vị kinh doanh tự chủ và các thành viên quản lý theo nguyên tắc dân chủ thì tên gọi “chủ nhiệm hợp tác xã” hướng đến chức danh của một đơn vị do nhà nước thành lập, thực hiện các nhiệm vụ nhà nước giao, và Chủ nhiệm được coi như Thủ trưởng của các thành viên. Vì vậy, tên gọi “Chủ tịch Hội đồng quản trị” mới thể hiện đúng vai trò của người đại diện theo pháp luật, là người được tập thể thành viên giao quyền quản lý hợp tác xã và bình đẳng với thành viên.

⁹ Xem khoản 4 Điều 35 Luật Hợp tác xã năm 2012.

Về vai trò, Chủ tịch Hội đồng quản trị là trung tâm của hệ thống cơ quan quản lý hợp tác xã, chịu trách nhiệm trước Đại hội thành viên và Hội đồng quản trị, đồng thời là người đại diện theo pháp luật. Chủ tịch Hội đồng quản trị lập chương trình, kế hoạch hoạt động của Hội đồng quản trị và phân công nhiệm vụ cho các thành viên; chuẩn bị nội dung, chương trình, triệu tập và chủ trì cuộc họp của Hội đồng quản trị, Đại hội thành viên trừ trường hợp điều lệ có quy định khác.

d) Giám đốc (Tổng Giám đốc)

Giám đốc (Tổng Giám đốc) là người điều hành hoạt động của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã, được Hội đồng quản trị bổ nhiệm từ thành viên hợp tác xã hoặc thuê theo hợp đồng lao động. Tuy nhiên, nếu Giám đốc (Tổng Giám đốc) đồng thời là thành viên của Hội đồng quản trị thì cần thông qua Đại hội thành viên¹⁰. Giám đốc (Tổng Giám đốc) có quyền hạn và nhiệm vụ sau: (i) Tổ chức thực hiện phương án sản xuất, kinh doanh của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã; (ii) Thực hiện nghị quyết của Đại hội thành viên, quyết định của Hội đồng quản trị; (iii) Ký kết hợp đồng nhân danh hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã theo ủy quyền của Chủ tịch Hội đồng quản trị; (iv) Trình Hội đồng quản trị báo cáo tài chính hằng năm; (v) Xây dựng phương án tổ chức bộ phận giúp việc, đơn vị trực thuộc của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã trình Hội đồng quản trị quyết định; (vi) Tuyển dụng lao động theo quyết định của Hội đồng quản trị.

Với hai chức danh Chủ tịch Hội đồng quản trị và Giám đốc (Tổng Giám đốc) trong Luật Hợp tác xã năm 2012, cơ cấu tổ

chức của hợp tác xã được quy định rõ ràng với hai nhánh: nhánh quản lý mang tính tập thể dưới sự lãnh đạo của Chủ tịch Hội đồng quản trị và nhánh quản lý mang tính trách nhiệm cá nhân (Giám đốc, Tổng Giám đốc). Cách thức quản lý này tạo ra một mô hình hợp tác xã vừa có tính chủ động, nhạy bén trong kinh doanh vừa đảm bảo tính tập thể dân chủ. Tuy nhiên, khi triển khai mô hình này cho thấy còn một số vấn đề pháp luật chưa đề cập tới.

Thứ nhất, Chủ tịch Hội đồng quản trị có được đồng thời là Giám đốc, Tổng Giám đốc không? Theo Luật Hợp tác xã năm 2003, trong mô hình vừa quản lý vừa điều hành thì Chủ nhiệm hợp tác xã đồng thời là Trưởng ban quản trị. Nhưng với Luật Hợp tác xã năm 2012, vấn đề này còn bỏ ngỏ. Chính vì thế, có nhiều cách hiểu khác nhau về vấn đề này.

(i) Các hiểu thứ nhất, Chủ tịch Hội đồng quản trị có thể kiêm chức danh Giám đốc Hợp tác xã. Áp dụng cách hiểu này vào thực tế sẽ mang lại hiệu quả kinh tế nhất định cho hợp tác xã. Chi phí để trả lương cho bộ máy quản lý điều hành được tiết kiệm đáng kể khi chỉ phải trả lương cho một cá nhân. Ngoài ra, mục tiêu lớn nhất của hợp tác xã là tính xã hội, phục vụ cho lợi ích của các thành viên nên việc điều hành hoạt động của hợp tác xã bởi một người là thành viên hợp tác xã, do các thành viên bầu sẽ đảm bảo cho mục tiêu này luôn đi đúng hướng.

(ii) Cách hiểu thứ hai, Chủ tịch Hội đồng quản trị không thể đồng thời là Giám đốc Hợp tác xã. Cách hiểu này dựa trên nền tảng nguyên tắc dân chủ và bình đẳng trong quản lý nội bộ hợp tác xã. Khi tập trung quá nhiều quyền lực vào một cá nhân thì họ sẽ có xu hướng sử dụng quyền lực để phục vụ cho lợi ích cá nhân mà bỏ qua lợi ích tập

¹⁰ Xem khoản 10 Điều 32 Luật Hợp tác xã năm 2012.

thể. Nói cách khác, hợp tác xã có thể chịu sự áp đặt quyền lực của một cá nhân nếu như Chủ tịch Hội đồng quản trị và Giám đốc là một người. Khi đó, tính chất tập thể, dân chủ và bình đẳng vốn là nền tảng của thành lập hợp tác xã sẽ mất đi¹¹.

Theo quan điểm cá nhân, tác giả ủng hộ cách hiểu thứ hai, bởi một số lý do sau: (i) Nếu một cá nhân nắm trong tay quyền chi phối hoạt động của hợp tác xã thì dù có sự giám sát của Ban kiểm soát cũng khó tránh khỏi sự lạm quyền của cá nhân đó; và vì vậy, sẽ khiến cho hợp tác xã đi xa dần mục tiêu là một tổ chức tập thể hỗ trợ cho hoạt động sản xuất của xã viên. (ii) Việc tách biệt hai chức danh quản lý đứng đầu hợp tác xã là sự phân công lao động hợp lý trong bối cảnh hội nhập kinh tế. Mô hình hợp tác xã hiện nay không chỉ dừng lại ở quy mô nhỏ, mang tính địa phương mà đã dần phát triển thành những hợp tác xã thương mại có tầm ảnh hưởng quốc gia. Đại diện điển hình là Liên hiệp hợp tác xã thương mại Tp. Hồ Chí Minh với số lượng thành viên lên tới hàng nghìn người¹². Điều đó sẽ đặt sức ép lên bộ máy quản lý điều hành. Nếu chỉ có một cá nhân chịu trách nhiệm giải quyết mọi công việc sẽ khó đảm bảo duy trì hiệu suất trong hoạt động của cá nhân đó. Vì vậy, cần có sự chia sẻ giữa những người quản lý của hợp tác xã. Và sự tách biệt giữa Chủ tịch Hội đồng quản trị và Tổng Giám đốc là cần thiết.

¹¹ Võ Thị Kim Sa, Báo cáo đề dẫn tại hội thảo góp ý hoàn thiện dự thảo Luật Hợp tác xã sửa đổi ngày 7 tháng 4 năm 2011 tại TP. Hồ Chí Minh, tr. 2.

¹² Lịch sử hình thành của Liên hiệp hợp tác xã thương mại Hồ Chí Minh, http://www.saigoncoop.com.vn/vi-vn/gi%E1%BB%9Bithi%E1%BB%87uchung/lichsu-hinhthanh/lich-su-hinh-thanh_2198.html.

Thứ hai, sự tham gia của cán bộ, công chức trong cơ cấu quản lý nội bộ của hợp tác xã. Luật Hợp tác xã năm 2003 quy định cán bộ, công chức được tham gia hợp tác xã với tư cách là xã viên theo quy định của Điều lệ hợp tác xã nhưng không được trực tiếp quản lý và điều hành hợp tác xã¹³. Luật Hợp tác xã năm 2012 và nghị định hướng dẫn chưa làm rõ được vấn đề này. Theo Điều 37 Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2012):

“1. Cán bộ công chức không được làm những việc sau

...

b. Thành lập, tham gia thành lập hoặc tham gia quản lý, điều hành doanh nghiệp tư nhân, công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần, công ty hợp danh, hợp tác xã, bệnh viện tư, trường học tư và tổ chức nghiên cứu khoa học tư, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác;

2. Người đứng đầu, cấp phó của người đứng đầu cơ quan, vợ hoặc chồng của những người đó không được góp vốn vào doanh nghiệp hoạt động trong phạm vi ngành, nghề mà người đó trực tiếp thực hiện việc quản lý nhà nước”.

Như vậy, Luật Phòng, chống tham nhũng quy định cán bộ, công chức không được tham gia thành lập hoặc tham gia quản lý điều hành hợp tác xã. Nhưng vấn đề đặt ra ở đây là, người đứng đầu, cấp phó của người đứng đầu cơ quan có quyền góp vốn vào hợp tác xã hay không? Bởi Luật chỉ cấm họ góp vốn vào doanh nghiệp hoạt động trong phạm vi ngành, nghề mà người đó trực tiếp quản lý nhà nước, mà hợp tác xã thì không phải là doanh nghiệp. Bên cạnh đó, thực tế phát sinh một vấn đề đó là,

¹³ Xem khoản 1 Điều 17 Luật Hợp tác xã năm 2003.

các cán bộ, công chức đã là xã viên của hợp tác xã theo Luật Hợp tác xã năm 2003 thì họ có được tiếp tục là thành viên của hợp tác xã khi hợp tác xã chuyển đổi mô hình quản lý theo Luật Hợp tác xã 2012?

2.2. Nhóm cơ quan kiểm tra, giám sát trong hợp tác xã

Theo Luật Hợp tác xã năm 2012, cơ quan kiểm tra giám sát là Ban kiểm soát hoặc có thể là kiểm soát viên. Hợp tác xã có từ 30 thành viên trở lên phải bầu Ban kiểm soát. Đối với hợp tác xã có dưới 30 thành viên, việc thành lập Ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên do điều lệ quy định. Ban kiểm soát, kiểm soát viên hoạt động độc lập, kiểm tra và giám sát hoạt động của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã theo quy định của pháp luật và điều lệ. Thành viên Ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên do Đại hội thành viên bầu trực tiếp trong số thành viên, theo thể thức bỏ phiếu kín. Số lượng thành viên Ban kiểm soát do Đại hội thành viên quyết định nhưng không quá 07 người. Trưởng Ban kiểm soát do Đại hội thành viên bầu trực tiếp trong số các thành viên Ban kiểm soát; nhiệm kỳ của Ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên theo nhiệm kỳ của Hội đồng quản trị. Thành viên Ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên không đồng thời là thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc (Tổng Giám đốc), kế toán trưởng, thủ quỹ của cùng hợp tác xã và không phải là cha, mẹ đẻ; cha, mẹ nuôi; vợ, chồng; con, con nuôi; anh, chị, em ruột của thành viên Hội đồng quản trị, thành viên khác của Ban kiểm soát. Như vậy, toàn bộ thành viên Ban kiểm soát đều do Đại hội thành viên bầu ra. Quy trình bầu trực tiếp tạo ra sự đối kháng cần thiết giữa Ban kiểm soát và Hội đồng

quản trị để hai cơ quan này hoạt động có hiệu quả, đúng mục tiêu phát triển của hợp tác xã.

Trong quá trình hoạt động, Ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên thực hiện các nhiệm vụ và quyền hạn được quy định tại Điều 39 Luật Hợp tác xã năm 2012, trong đó nhiệm vụ chính là kiểm tra việc chấp hành điều lệ, nghị quyết, quyết định của Đại hội thành viên, Hội đồng quản trị và quy chế của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã; giám sát hoạt động của Hội đồng quản trị, Giám đốc (Tổng Giám đốc), thành viên, hợp tác xã thành viên theo quy định của pháp luật, điều lệ, nghị quyết của Đại hội thành viên, quy chế của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã. Ngoài ra, Ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên kiểm tra các hoạt động tài chính và việc sử dụng tài sản của hợp tác xã.

Tóm lại, các quy định của Luật hiện hành về mô hình quản lý tổ chức nội bộ của hợp tác xã khá chi tiết và rõ ràng. Tuy nhiên, còn một vấn đề Luật chưa đề cập tới, đó là trình độ chuyên môn của các chức danh quản lý. Quy định của Luật Hợp tác xã năm 2012 mới chỉ dừng lại ở các điều kiện về nhân thân, nhưng tại thời điểm hiện nay, điều kiện như thế là chưa đủ. Hợp tác xã đã không chỉ dừng lại là những hợp tác xã địa phương, quy mô nhỏ tự cung tự cấp mà đang tiến dần tới hình thành các hợp tác xã thương mại với kinh tế trang trại là mục tiêu. Vì vậy, để làm được điều đó, Luật cần bổ sung quy định về trình độ chuyên môn của người quản lý, bao gồm trình độ về sản xuất và trình độ về quản trị kinh doanh, đảm bảo các quyết định của hợp tác xã có tính thực tiễn và khả thi.

MỘT SỐ VẤN ĐỀ PHÁP LÝ TRONG GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP GIỮA NGƯỜI TIÊU DÙNG VÀ BÊN CUNG CẤP HÀNG HÓA, DỊCH VỤ BẰNG PHƯƠNG THỨC THƯƠNG LƯỢNG

*Phan Thị Thanh Thủy**

Tóm tắt: Bài viết làm rõ một số vấn đề pháp lý trong giải quyết tranh chấp giữa người tiêu dùng và nhà cung cấp hàng hóa, dịch vụ bằng biện pháp thương lượng. Qua đó, đưa ra một số khuyến nghị nhằm tăng cường hiệu quả giải quyết tranh chấp bằng biện pháp này và bảo vệ lợi ích chính đáng của người tiêu dùng.

Abstract: This article focuses on clarifying legal issues with respect to dispute settlement through negotiation between consumers and suppliers of good and services. On this basis, recommendations are made to enhance effectiveness of such negotiation and consumers' legitimate interests in practice.

1. Đặt vấn đề

Mối quan hệ giữa người tiêu dùng (NTD) và nhà cung cấp hàng hóa, dịch vụ (NCC) luôn là mối quan hệ có tính hai mặt. Một mặt, NCC luôn đề cao NTD, tìm cách thỏa mãn tối đa nhu cầu về hàng hóa, dịch vụ của NTD để tìm kiếm lợi nhuận. Mặt khác, do sức ép của thị trường, nhiều NCC đã xâm phạm quyền lợi của NTD nhằm thu được nhiều lợi nhuận hơn. Do vậy, nền kinh tế càng phát triển thì càng có nhiều tranh chấp xảy ra giữa NTD và NCC. Giống như các tranh chấp tư khác, luật pháp của hầu hết các quốc gia đều khuyến khích các bên sử dụng biện pháp thương lượng để giải quyết mâu thuẫn; chỉ khi không tự dàn xếp được mới cần đến các biện pháp mang tính xét xử như trọng tài hay tòa án. Tuy nhiên, trên thực tế, không phải NTD nào cũng hiểu biết về cách thức hợp pháp trong thương lượng nên đã xảy ra những hậu quả pháp lý đáng tiếc.

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

2. Chủ thể và đối tượng trong giải quyết tranh chấp bằng thương lượng

2.1. Chủ thể của tranh chấp

a) Người tiêu dùng

Ở nhiều quốc gia và các khu vực thương mại tự do trên thế giới, NTD được hiểu là một hay nhiều cá nhân (*tự nhiên nhân* – *natural person*) sử dụng hàng hóa, dịch vụ không phải cho mục đích kinh doanh hay các mục đích chuyên nghiệp (nghề nghiệp) khác. Quan niệm này được chấp nhận rộng rãi ở Liên minh châu Âu (EU)¹, Nhật Bản². Các quốc gia thành viên của ASEAN như Singapore³, Philippines⁴,

¹ Xem “Definitions of 'consumer' in EU law” trong Rafał Mańko, 06/05/2013, *The notion of 'consumer' in EU law*, Library of the European Parliament, tại [http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2013/130477/LDM_BRI\(2013\)130477_RE_V1_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2013/130477/LDM_BRI(2013)130477_RE_V1_EN.pdf); tr.1, truy cập ngày 17/1/2016.

² Article 1(2), The Consumer Contract Act 2000 tại <http://www.consumer.go.jp/english/cca/#2>, truy cập ngày 18/2/2015.

³ Article 2 (1a), Singapore Consumer Protection (Fair Trading) Act sửa đổi năm 2009 tại

Malaysia⁵, Thailand⁶, Indonesia⁷, Brunei⁸,... cũng đều có quan điểm NTD là một hay nhiều cá nhân. Tại Hoa Kỳ, NTD được định nghĩa là: “*Một người mua hàng hóa hoặc dịch vụ dùng cho việc sử dụng cá nhân, gia đình hoặc hộ gia đình, không có ý định bán lại; một tự nhiên nhân sử dụng sản phẩm cho mục đích cá nhân hơn là mục đích kinh doanh*”⁹. Tương đồng với quan điểm này, tại khoản 1 Điều 3 Luật Bảo vệ quyền lợi NTD Việt Nam năm 2010 (Luật BVNTD 2010), “*người tiêu dùng*” được giải thích là “*người mua, sử dụng hàng hóa, dịch vụ cho mục đích tiêu dùng, sinh hoạt của cá nhân, gia đình, tổ chức*”. Mở rộng hơn, trong luật pháp một số quốc gia như Áo, Đức, Ba

Lan...¹⁰, Trung Quốc¹¹, khái niệm NTD còn bao hàm cả các tổ chức, hiệp hội khi họ sử dụng các sản phẩm dịch vụ không vì mục đích kinh doanh hoặc các chức năng nghề nghiệp.

Như vậy, dù là một, nhiều cá nhân riêng lẻ hay một tập hợp các cá nhân dưới hình thức hộ gia đình hay các tổ chức thì NTD theo thông lệ quốc tế và pháp luật Việt Nam đều có các đặc điểm chung như sau: (1) Là một hoặc nhiều cá nhân hoặc những tổ chức mua hoặc người sử dụng hàng hóa, dịch vụ của NCC cho mục đích sinh hoạt hoặc tiêu dùng; không phải cho mục đích kinh doanh hay cho các hoạt động mang tính chuyên nghiệp; (2) NTD phải trả tiền cho hàng hóa, dịch vụ mình mua để sử dụng trực tiếp hoặc cho người khác sử dụng.

b) Nhà cung cấp

Người kinh doanh hàng hóa, dịch vụ trong quan hệ với NTD có thể được gọi bằng nhiều thuật ngữ pháp lý khác nhau như “*nhà cung cấp*” (*supplier*), “*người bán*” (*seller*), hoặc *thương nhân* (*trader*), tùy từng bối cảnh. Chỉ thị của Ủy ban châu Âu số 93/13/EEC ban hành ngày 5/4/1993 về Các hành vi thiếu công bằng trong các hợp đồng tiêu dùng đã định nghĩa “*nhà cung cấp*” hoặc “*người bán*” là: “*cá nhân hoặc pháp nhân đang hoạt động vì mục đích liên quan đến hành vi thương mại, kinh doanh hoặc (hành vi) mang tính chất chuyên nghiệp của mình, cho dù ở khu vực thuộc sở hữu công hoặc tư*”¹². Tại Hoa Kỳ, NCC được định

[http://www.aseanconsumer.org/accp/download/Singapore/Consumer%20Protection%20\(Fair%20Trading\)%20Act%202009.pdf](http://www.aseanconsumer.org/accp/download/Singapore/Consumer%20Protection%20(Fair%20Trading)%20Act%202009.pdf), truy cập ngày 10/8/2015.

⁴ Article 4(n), Consumer Act of the Philippines (Republic Act No. 7394) năm 1992 tại <http://www.aseanconsumer.org/accp/download/Philippines/Republic%20Act%20No.%207394%20-%20The%20Consumer%20Act%20of%201992.pdf>, truy cập ngày 10/8/2015.

⁵ Article 1(3a), Consumer Protection Act of Malaysia 1999 tại <http://www.aseanconsumer.org/misc/downloads/misc-msiacpa.pdf>, truy cập ngày 10/8/2015.

⁶ Section 3, Consumer Protection Act 1979 of Thailand tại <http://www.aseanconsumer.org/accp/download/Thailand/The%20Consumer%20Protection%20Act%201979.pdf>, truy cập ngày 10/8/2015.

⁷ Article 1(2), Consumer Protection Law of Indonesia 1999 tại <http://www.aseanconsumer.org/accp/download/Indonesia/Consumer%20Protection%20Law%20-%20English.pdf>, truy cập ngày 10/8/2015.

⁸ Article 2(1), Consumer Protection (Fair Trading) Order 2011 of Brunei Darussalam tại http://www.aseanconsumer.org/accp/download/Brunei/Consumer_Protection_Fair_Trading_Order_2011_Brunei_Darussalam.pdf, truy cập ngày 10/8/2015.

⁹ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 10th ed., Thomson Reuter, USA, 2014. Section 15C, tr. 382.

¹⁰ Rafal Manko, *The notion of 'consumer' in EU law, tlđđ*, tr.2, truy cập ngày 17/1/2016.

¹¹ Zhixiong Liao, *The Recent Amendment to China's Consumer Law: An Imperfect Improvement and Proposal for Future Changes*, Beijing Law Review, số 5/2014, tr. 168.

¹² Directive 93/13, Art. 2 lit. (c) tại Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in

nghĩa là: “Một cá nhân hoặc nhà kinh doanh trong mối quan hệ trực tiếp hoặc gián tiếp đến việc đem lại một sản phẩm hiện hữu cho khách hàng”¹³. Các chuyên gia pháp lý cũng giải thích: “Người cung cấp có thể là người bán, người sản xuất hoặc bất kỳ ai trong chuỗi cung ứng đang làm cho sản phẩm hiện hữu với khách hàng”¹⁴.

Pháp luật của một số nước ASEAN như Singapore đưa ra khái niệm NCC về cơ bản có nhiều điểm tương đồng với cách hiểu của Hoa Kỳ và châu Âu¹⁵. Luật BVNTD 2010 Việt Nam tuy không dùng các thuật ngữ trên nhưng đã đưa ra khái niệm “*Tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ*” và giải thích: “*Tổ chức, cá nhân thực hiện một, một số hoặc tất cả các công đoạn của quá trình đầu tư, từ sản xuất đến tiêu thụ hàng hóa hoặc cung ứng dịch vụ trên thị trường nhằm mục đích sinh lợi, bao gồm: a) Thương nhân theo quy định của Luật Thương mại; b) Cá nhân hoạt động thương mại độc lập, thường xuyên, không phải*

đăng ký kinh doanh” (khoản 3 Điều 2). Có thể thấy, khái niệm này có nội hàm tương tự với khái niệm NCC của các quốc gia. Như vậy, “nhà cung cấp” là bên thực hiện hành vi cung cấp hàng hóa, dịch vụ vì mục đích kinh doanh của mình thông qua một hợp đồng với NTD. Họ có thể là người trực tiếp sản xuất ra hàng hóa, cung ứng dịch vụ hoặc chỉ là một khâu trong chuỗi cung ứng sản phẩm hướng đến NTD.

Về bản chất pháp lý, quan hệ giữa NCC hàng hóa, dịch vụ và NTD chính là một quan hệ pháp luật thương mại hỗn hợp, trong đó một bên (NCC) là thương nhân nhằm mục đích kinh doanh, bên kia (NTD) là người mua hàng hóa, dịch vụ phục vụ cho mục đích sinh hoạt tiêu dùng của chính mình hoặc người khác.

Trên thực tế, gần đây đã xuất hiện một số tranh chấp về chất lượng sản phẩm giữa doanh nghiệp và khách hàng của mình. Vậy trong trường hợp nào người mua hàng hóa, dịch vụ là người tiêu dùng:

Vụ việc thứ nhất: Tháng 3/2015, ông Nguyễn Ngọc Anh - chủ nhà hàng Hữu Nghị, mua nước ngọt tại một đại lý của Công ty Tân Hiệp Phát (THP) về bán lại cho khách hàng và phát hiện thấy có dị vật bên trong. Ông Anh khiếu nại đến Hội bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng Khánh Hòa, nhưng Hội không thụ lý đơn khiếu nại này và đã chuyển đơn đến ba chi cục: Quản lý thị trường, Tiêu chuẩn - đo lường - chất lượng, và An toàn vệ sinh thực phẩm để giải quyết¹⁶. Việc xử lý của Hội bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng Khánh Hòa là đúng luật, bởi, trong trường hợp này ông Anh là thương nhân, mua sản phẩm của THP về để

consumer contracts <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:en:HTML>, truy cập ngày 03/5/2015.

¹³ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary* 10th ed., Thomson Reuter, USA, 2014, *tlđđ.* tr. 1668.

¹⁴ Julian B. McDonnell and Elizabeth J. Coleman, *Commercial and Consumer Warranties - Drafting, Performing and Litigating*, 2th ed. Vol. 2. 1991, Matthew Bender, USA, tr. 6-33.

¹⁵ Tại khoản 8 Điều 10 Luật Bảo vệ người tiêu dùng Singapore (Luật Thương mại công bằng) sửa đổi năm 1999, nhà cung cấp được giải thích là: “*Một người, trong quá trình kinh doanh của người đó: (a) Cung cấp hàng hóa hoặc dịch vụ cho khách hàng; (b) Chế tạo, lắp ráp hoặc sản xuất ra sản phẩm; (c) Xúc tiến việc sử dụng hoặc mua hàng hóa hoặc dịch vụ; hoặc (d) Nhận hoặc đứng danh nghĩa nhận tiền hoặc khoản tiền công khác như một kết quả của sự cung cấp hàng hóa hoặc dịch vụ cho người tiêu dùng và bao gồm bất kỳ người làm công hoặc đại lý nào của người đó*”.

¹⁶ Nhất Nam, *Từ chối bảo vệ người bán nước ngọt Tân Hiệp Phát là đúng luật?*, Báo Đời sống và Pháp luật, số ra ngày 08/03/2015.

kinh doanh lấy lời. Tranh chấp xảy ra là tranh chấp thương mại giữa ông Anh với đại lý bán hàng - nhà phân phối của THP về chất lượng hàng hóa. THP sẽ tham gia giải quyết với tư cách là người có liên quan theo yêu cầu của các bên và tùy theo diễn biến thực tế của vụ việc.

Vụ việc thứ hai: Tháng 12/2014, ông Võ Văn Minh ở Tiền Giang, chủ một quán bún, mua nước ngọt nhãn hiệu “Number 1” của THP về bán cho khách ăn của quán. Phát hiện thấy chai nước có dị vật, nghi là con ruồi, ông Minh thông báo cho THP. Công ty này cử người đại diện xuống gặp ông Minh để thương lượng lấy lại chai nước và đề nghị bồi thường cho ông Minh bằng hiện vật. Ông Minh từ chối và yêu cầu được trả 1 tỷ đồng để giữ im lặng nếu không sẽ cho in tờ rơi và thông tin cho báo chí truyền thông về vụ việc. Sau ba lần thương lượng, do ông Minh không đồng ý, hai bên đã đi đến thỏa thuận rằng công ty sẽ chi trả 500 triệu đồng đổi lấy chai nước ngọt có ruồi và sự im lặng của ông Minh. Ngày 27/1/2015 khi ông Minh đã nhận tiền và ký vào giấy xác nhận do đại diện của THP đưa thì bị công an bắt quả tang. Ông Minh bị truy tố và xét xử tháng 12/2015 về tội Cường đoạt tài sản công dân và bị tuyên 7 năm tù tại bản án sơ thẩm¹⁷, và y án tại bản án phúc thẩm¹⁸.

Giống vụ việc trên, có thể nói ông Minh cũng không phải là NTD theo quy định của pháp luật Việt Nam, mà là người mua hàng hóa để kinh doanh. Mặc dù vậy, ranh giới giữa mục đích kinh doanh và tiêu dùng sẽ

trở nên khó xác định nếu trong vụ việc này ông Minh cho rằng lô hàng mua về vừa để bán hàng vừa để cho gia đình dùng. Và trường hợp này, nếu nhận được tin báo của ông Minh về hàng hóa khuyết tật, Hội người tiêu dùng địa phương vẫn phải thụ lý và có trách nhiệm cùng ông giải quyết.

2.2. Các đối tượng của tranh chấp

Đối tượng của giải quyết tranh chấp chính là các mâu thuẫn, xung đột về lợi ích giữa NTD và NCC, thể hiện qua các khiếu nại, thường là của NTD đối với NCC về chất lượng hàng hóa, dịch vụ. Luật BVNTD 2010 đã đưa ra khái niệm “hàng hóa khuyết tật” làm căn cứ cho các khiếu kiện của NTD đối với NCC. Theo đó, “*Hàng hóa có khuyết tật là hàng hóa không bảo đảm an toàn cho người tiêu dùng, có khả năng gây thiệt hại cho tính mạng, sức khỏe, tài sản của người tiêu dùng, kể cả trường hợp hàng hóa đó được sản xuất theo đúng tiêu chuẩn hoặc quy chuẩn kỹ thuật hiện hành nhưng chưa phát hiện được khuyết tật tại thời điểm hàng hóa được cung cấp cho người tiêu dùng, bao gồm: a) Hàng hóa sản xuất hàng loạt có khuyết tật phát sinh từ thiết kế kỹ thuật; b) Hàng hóa đơn lẻ có khuyết tật phát sinh từ quá trình sản xuất, chế biến, vận chuyển, lưu giữ; c) Hàng hóa tiềm ẩn nguy cơ gây mất an toàn trong quá trình sử dụng nhưng không có hướng dẫn, cảnh báo đầy đủ cho người tiêu dùng*” (khoản 3, Điều 3).

Tuy nhiên, Luật lại không đề cập đến khái niệm “dịch vụ không đạt tiêu chuẩn” để làm căn cứ pháp lý cho việc khiếu kiện của NTD. Đây cũng chính là một trong những hạn chế của Luật, làm giảm hiệu quả bảo vệ quyền lợi chính đáng cho NTD trước những hành vi xâm hại đang rất phổ biến trong đời sống xã hội của các NCC dịch vụ

¹⁷ Hoàng Phương, *Tòa hỏi: “Chai Number one giá 10.000 đồng, đôi 1 tí có vô lý không?”*, Báo Thanh niên, số ra ngày 17/12/2015.

¹⁸ Tân Châu, *Phúc thẩm vụ “con ruồi 500 triệu”: Y án Võ Văn Minh 7 năm tù*, Báo Tiền phong, số ra ngày 8/9/2016.

hạ tầng cơ bản như điện, nước sạch, viễn thông - internet...¹⁹.

3. Quyền thương lượng và giới hạn của thương lượng trong giải quyết tranh chấp

3.1. Quyền thương lượng của người tiêu dùng

Giải quyết tranh chấp bằng thương lượng về bản chất chính là một hợp đồng do hai bên thỏa thuận xác lập, không có sự can thiệp của người thứ ba để giải quyết tranh chấp trên cơ sở sự tự nguyện và tự do ý chí²⁰. Theo Luật BVNTD 2010, yêu cầu giải quyết tranh chấp bằng thương lượng của NTD đối với NCC là chính đáng, NCC không có quyền từ chối. Điều 31 của Luật khẳng định: "*1. Người tiêu dùng có quyền gửi yêu cầu đến tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ để thương lượng khi cho rằng quyền, lợi ích hợp pháp của mình bị xâm phạm. 2. Tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ có trách nhiệm tiếp nhận, tiến hành thương lượng với người tiêu dùng trong thời hạn không quá 07 ngày làm việc, kể từ ngày nhận được yêu cầu*".

3.2. Giới hạn của thương lượng

Giải quyết tranh chấp bằng thương lượng mặc dù là quyền tự do ý chí nhưng cần phải tiến hành trong khuôn khổ của pháp luật với những giới hạn nhất định, nhằm đảm bảo trật tự pháp luật và bảo vệ lợi ích hợp pháp của những người thứ ba có liên quan. *Thứ nhất*, các bên được tự do thỏa thuận nhưng không được trái pháp luật

và trái đạo đức xã hội. Nguyên tắc này được thể hiện trong khoản 1 Điều 4 Bộ luật Dân sự 2005 (BLDS 2005): "*Quyền tự do cam kết, thỏa thuận trong việc xác lập quyền, nghĩa vụ dân sự được pháp luật bảo đảm, nếu cam kết, thỏa thuận đó không vi phạm điều cấm của pháp luật, không trái đạo đức xã hội*"²¹. *Thứ hai*, các thỏa thuận phải đảm bảo không xâm phạm lợi ích chính đáng của các chủ thể khác. Điều 10 của BLDS 2005 chỉ rõ giới hạn của các thỏa thuận là "*Việc xác lập, thực hiện quyền, nghĩa vụ dân sự không được xâm phạm đến lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền, lợi ích hợp pháp của người khác*"²².

Thống nhất với các nguyên tắc của pháp luật dân sự về giới hạn của thỏa thuận, Luật BVNTD 2010 đã chỉ rõ giới hạn của thương lượng: "*Không được thương lượng, hòa giải trong trường hợp tranh chấp gây thiệt hại đến lợi ích của Nhà nước, lợi ích của nhiều người tiêu dùng, lợi ích công cộng*" (khoản 2 Điều 30). Vậy hiểu như thế nào về "gây thiệt hại" cho lợi ích của Nhà nước, lợi ích của nhiều người tiêu dùng, lợi ích công cộng? Cho đến nay vẫn chưa có giải thích chính thức về quy định này. Tuy nhiên, có thể hiểu là, NTD và NCC không được phép tiến hành thương lượng hay hòa giải nhằm mục đích che dấu các cơ quan chức năng, che dấu những NTD khác và cộng đồng

¹⁹ Nguyễn Hà, *Quyền của người tiêu dùng: Bị xâm hại nghiêm trọng*, Báo Tiền phong, số ra ngày 15/3/2015.

²⁰ Phan Thị Thanh Thủy, *Những vấn đề lý luận về giải quyết tranh chấp thương mại bằng các biện pháp thay thế*, Tạp chí Khoa học kiểm sát, 2015, tập 8 (số 4/2015), tr. 12.

²¹ Khoản 2 Điều 3 Bộ luật Dân sự 2015 (BLDS 2015) sẽ có hiệu lực từ ngày 01/1/2017 quy định: "*Mọi cam kết, thỏa thuận không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội có hiệu lực thực hiện đối với các bên và phải được chủ thể khác tôn trọng*".

²² Khoản 4 Điều 4 BLDS 2015 cũng khẳng định và làm rõ thêm giới hạn của thỏa thuận dân sự là "*Việc xác lập, thực hiện, chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự không được xâm phạm đến lợi ích quốc gia, dân tộc, lợi ích công cộng, quyền và lợi ích hợp pháp của người khác*".

những thông tin về hàng hóa khuyết tật, dịch vụ không đạt chất lượng hay có dấu hiệu phạm pháp đã, đang và sẽ được NCC cho lưu hành trên thị trường. Quy định này nhằm mục đích ngăn chặn các thỏa thuận bất hợp pháp giữa NTD và NCC có thể bóp méo tính cạnh tranh lành mạnh của thị trường, xâm hại lợi ích của những NTD khác, lợi ích cộng đồng và suy rộng ra là lợi ích quốc gia.

Từ nguyên tắc về giới hạn của thỏa thuận trong giải quyết tranh chấp, bên cạnh tám quyền năng mà Luật BVNTD trao cho²³, Luật cũng đòi hỏi NTD có nghĩa vụ và trách nhiệm trong việc bảo vệ quyền lợi của chính mình, đó là: “*Kiểm tra hàng hóa trước khi nhận; lựa chọn tiêu dùng hàng hóa, dịch vụ có nguồn gốc, xuất xứ rõ ràng, không làm tổn hại đến môi trường, trái với thuần phong mỹ tục và đạo đức xã hội, không gây nguy hại đến tính mạng, sức khỏe của mình và của người khác; thực hiện chính xác, đầy đủ hướng dẫn sử dụng hàng hóa, dịch vụ*” (khoản 1 Điều 9). Đặc biệt, NTD có nghĩa vụ công khai các thông tin về vi phạm của NCC để bảo vệ trật tự quản lý nhà nước và những NTD khác: “*Thông tin cho cơ quan nhà nước, tổ chức, cá nhân có liên quan khi phát hiện hàng hóa, dịch vụ lưu hành trên thị trường không bảo đảm an toàn, gây thiệt hại hoặc đe dọa gây thiệt hại đến tính mạng, sức khỏe, tài sản của NTD; hành vi của tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ xâm phạm đến quyền, lợi ích hợp pháp của NTD*” (khoản 2 Điều 9).

Với vụ tranh chấp giữa ông Minh và THP, có ý kiến cho rằng ông Minh bị oan, ông hoàn toàn có quyền tự thương lượng với THP với mức giá đã đưa ra để đổi lấy

việc giữ im lặng và trao lại cho THP chai nước ngọt có ruồi²⁴. Thậm chí tại phiên tòa, ông Minh cho rằng mình vô tội vì chỉ bán chai nước cho THP với giá thỏa thuận giữa hai bên²⁵. Vậy ông Minh có những quyền gì để bảo vệ lợi ích của mình và nghĩa vụ gì mà lẽ ra ông phải tuân thủ để tránh bị truy cứu trách nhiệm hình sự?

- *Quyền thương lượng và yêu cầu bồi thường thiệt hại*: Dù ở vị trí là đối tác kinh doanh hay là NTD, sau khi THP xác nhận chai nước ngọt có dị vật là sản phẩm của công ty, ông Minh có quyền yêu cầu THP thương lượng để giải quyết khiếu nại và đưa ra bất kỳ mức bồi thường thiệt hại nào mà ông cho là tương xứng với các thiệt hại mà mình đang gánh chịu. Theo Điều 307 BLDS 2005, mức bồi thường này bao gồm giá trị các thiệt hại về vật chất và tổn thất về tinh thần, về uy tín kinh doanh và các tổn thất có liên quan khác (nếu có). Trường hợp thương lượng không thành, ông Minh có quyền khởi kiện yêu cầu tòa án hoặc trọng tài giải quyết tranh chấp.

- *Những nghĩa vụ đáng lẽ ông Minh phải thực hiện*: (1) Ông Minh đã không thực hiện nghĩa vụ thông báo với cơ quan chức năng như cơ quan quản lý thị trường, cơ quan quản lý về an toàn, vệ sinh thực phẩm, Hội người tiêu dùng địa phương... khi phát hiện ra hàng hóa khuyết tật; (2) Ông Minh không được tiến hành thỏa thuận bất hợp pháp với THP về việc giữ kín thông tin về chai nước ngọt có dị vật để đổi lấy một khoản tiền cho cá nhân mình bởi vì loại

²⁴ Nhật Trường, *Tân Hiệp Phát muốn bắt khách hàng là để “dần mặt”?*, Báo Lao động, số ra ngày 06/02/2015.

²⁵ Hoàng Phương, *Tòa hỏi: “Chai Number one giá 10.000 đồng, đòi 1 tỉ có vô lý không?”*, Báo Thanh niên, số ra ngày 17/12/2015.

²³ Điều 8, Luật BVNTD 2010.

hàng hóa này có thể gây ảnh hưởng xấu đến sức khỏe cộng đồng; (3) Dưới góc độ pháp luật hình sự, với hành vi yêu cầu THP đưa một số tiền lớn và dùng những lời lẽ đe dọa làm giảm uy tín của doanh nghiệp như sẽ rải tờ rơi và tiết lộ thông tin về chai nước ngọt THP có ruồi cho báo chí truyền thông và nhiều người dân cùng biết, ông Minh đã thực hiện hành vi đe dọa, cưỡng ép người khác để đạt được mục đích chiếm đoạt tài sản; đủ yếu tố cấu thành Tội cưỡng đoạt tài sản theo khoản 4 Điều 135 Bộ luật Hình sự.

Như vậy, lòng tham và sự thiếu hiểu biết đã làm cho ông Minh đi vào con đường phạm pháp²⁶. Tuy nhiên, sẽ không công bằng cho ông Minh khi các cơ quan điều tra, truy tố và xét xử tỉnh Tiền Giang đã bỏ qua một khía cạnh quan trọng đó là THP đã cố ý cùng ông Minh thực hiện thỏa thuận trái pháp luật, nhưng lại được cho là vô can và trở thành bị hại trong vụ án hình sự xét xử ông Minh về tội “Cưỡng đoạt tài sản”²⁷. Dư luận xã hội hiện đang cho rằng, lẽ ra phải từ chối thỏa thuận sai trái, THP đã cố tình “gài bẫy” để ông Minh rơi vào vòng lao lý; hành vi của THP không chỉ trái pháp luật, mà còn thiếu đạo đức kinh doanh, hủy

hoại quan hệ với khách hàng. Vụ việc đã tạo ra một làn sóng tẩy chay các sản phẩm của THP trong cộng đồng NTD và làm giảm uy tín của doanh nghiệp này²⁸.

4. Một số khuyến nghị

Giải quyết tranh chấp bằng thương lượng với nhiều ưu việt như đề cao tính thiện chí, linh hoạt, đảm bảo uy tín, bí mật kinh doanh, tiết kiệm thời gian và tiền bạc cho các bên, nhưng biện pháp này cũng có những hạn chế. Mặc dù trên quan điểm pháp luật, các bên có tranh chấp đều có vị thế bình đẳng, song do không có sự tham gia của bên thứ ba trung lập, khách quan như trong quy trình hòa giải hay trọng tài nên bên yếu thế về nhận thức pháp luật, về thông tin, về địa vị kinh tế, rất dễ bị bên kia lấn át, dẫn dắt vào các thỏa thuận bất lợi, thậm chí bất hợp pháp²⁹. Ngoài ra, do điều kiện kinh tế - văn hóa - xã hội còn kém phát triển, nhận thức của nhiều NTD Việt Nam còn rất hạn chế; do không được cung cấp đầy đủ các thông tin về quyền và nghĩa vụ của NTD và sự trợ giúp pháp lý cần thiết, khi có tranh chấp xảy ra với NCC, phần nhiều NTD hoặc chấp nhận thiệt hại hoặc hành xử theo cảm tính dẫn đến vi phạm pháp luật. Do vậy, khi có đề xuất giải quyết tranh chấp bằng thương lượng với NCC, theo tác giả, NTD cần lưu ý một số vấn đề pháp lý sau:

²⁶ Trong suốt phiên tòa sơ thẩm diễn ra ngày 20/12/2015 tại Tòa án nhân dân tỉnh Tiền Giang, ông Minh luôn cho rằng mình vô tội vì chỉ bán lại chai nước có con ruồi bên trong cho THP theo giá mà hai bên thỏa thuận. Xem Hoàng Phương, *Tòa hỏi: “Chai Number one giá 10.000 đồng, đôi 1 tí có vô lý không?”*, *tlđđ*.

²⁷ Phía THP đã nại ra rằng, công ty buộc phải trao 500 triệu cho ông Minh để ngăn chặn việc phát tán các thông tin xấu về sản phẩm của công ty, mặc dù không phải là sự thật, làm ảnh hưởng uy tín kinh doanh của công ty và vụ việc này đã gây thiệt hại cho công ty 2000 tỷ đồng. Xem Dương Dung, *Tân Hiệp Phát và “con ruồi nửa tỷ”: Tranh cãi chưa có hồi kết*, Báo Đời sống và Pháp luật, số ra ngày 12/2/2015.

²⁸ Nhiều thông tin trên các phương tiện truyền thông đưa tin rằng, trong những năm gần đây nhiều khách hàng của THP đã rơi vào con đường tù tội với cùng tội danh “Cưỡng đoạt tài sản” khi phát hiện ra dị vật trong sản phẩm của THP. Xem Hà Mi - Đức Trong, *Tân Hiệp Phát bị chất vấn có “gài bẫy” khách hàng?*, Báo Tuổi trẻ, số ra ngày 13/02/2015.

²⁹ Phan Thị Thanh Thủy, *Một số vấn đề lý luận và thực tiễn về giải quyết tranh chấp thương mại bằng thương lượng ở Việt Nam*, Tạp chí Khoa học kiểm sát, tập 10 (số 2/2016).

Thứ nhất, NTD cần lựa chọn biện pháp giải quyết tranh chấp phù hợp. Đòi hỏi giải quyết tranh chấp bằng thương lượng của NTD với NCC là quyền hoàn toàn chính đáng. Tuy vậy, nếu NCC tỏ ra không thiện chí, khả năng đi đến thỏa thuận giải quyết tranh chấp là không cao, hoặc tuy đạt được thỏa thuận nhưng NCC không tự nguyện thực hiện. NTD có quyền yêu cầu tìm một bên trung gian độc lập, khách quan để hòa giải. Trường hợp thương lượng hoặc hòa giải không thành, NTD vẫn có quyền khởi kiện yêu cầu giải quyết vụ tranh chấp ở tòa án hoặc trọng tài.

Thứ hai, NTD cần thực hiện đầy đủ các nghĩa vụ pháp luật quy định. NTD cần thông báo cho các cơ quan chức năng tại địa phương như quản lý thị trường, Sở Y tế..., Hội bảo vệ người tiêu dùng và các tổ chức đoàn thể địa phương về các hàng hóa, dịch vụ không đảm bảo chất lượng theo quy định tại Điều 9 Luật BVNTD 2010. Việc phản ánh thông tin một mặt giúp cơ quan chức năng, tổ chức, cá nhân có liên quan nắm bắt, xử lý kịp thời hành vi vi phạm pháp luật của NCC, mặt khác, giúp NTD có quyền yêu cầu các cơ quan tổ chức này hỗ trợ pháp lý để bảo vệ quyền lợi chính đáng của mình.

Thứ ba, NTD cần có sự chuẩn bị chu đáo cho quy trình thương lượng. NTD nên tham khảo ý kiến của các luật sư, các chuyên gia từ các cơ quan chức năng, hiệp hội bảo vệ NTD để đưa ra mức bồi thường phù hợp với tính chất và mức độ thiệt hại do hàng hóa, dịch vụ kém chất lượng gây ra. Tránh đưa ra yêu cầu đền bù thiệt hại không có cơ sở thực tế và kèm theo những thông tin có tính chất đe dọa gây thiệt hại tới uy tín, danh dự, tài sản của tổ chức, cá nhân

kinh doanh. Cách hành xử này có thể dẫn tới khả năng vi phạm pháp luật.

Là người đòi bồi thường thiệt hại, NTD có nghĩa vụ chứng minh các thiệt hại về vật chất, các tổn thất về tinh thần mà hàng hóa, dịch vụ của NCC gây ra. Vì vậy, cần giữ lại đầy đủ các bằng chứng của giao dịch.

Cuối cùng, trong quá trình thương lượng, NTD cần yêu cầu lập biên bản có ghi đầy đủ nội dung cuộc thương lượng, thời gian và chữ ký xác nhận của cả hai bên làm bằng chứng pháp lý cho việc thực hiện thỏa thuận sau này. Nếu thấy cần thiết, có thể mời đại diện cộng đồng hay đại diện Hội bảo vệ NTD chứng kiến và cùng ký vào biên bản. Trong những vụ việc có nội dung thương lượng phức tạp, NTD có thể mời luật sư hoặc người hiểu biết về pháp luật đại diện cho mình để thương lượng với NCC³⁰.

³⁰ Phan Thị Thanh Thủy, *Một số vấn đề về lý luận và thực tiễn về giải quyết tranh chấp thương mại bằng thương lượng ở Việt Nam*, tldđ, tr. 40.

BẤT CẬP TRONG QUY ĐỊNH VỀ XÁC ĐỊNH TIỀN SỬ DỤNG ĐẤT KHI NHÀ NƯỚC GIAO ĐẤT ĐỐI VỚI TỔ CHỨC KINH TẾ

Châu Hoàng Thân*

Tóm tắt: Tiền sử dụng đất khi Nhà nước giao đất là một khoản thu tài chính đặc thù trong quản lý đất đai ở Việt Nam, chiếm tỉ trọng lớn trong nguồn thu ngân sách từ bất động sản; là một thách thức không nhỏ đối với các tổ chức kinh tế khi thực hiện dự án đầu tư. Bài viết phân tích, đánh giá những hạn chế trong quy định của pháp luật hiện hành về khoản thu tài chính này và đề xuất kiến nghị hoàn thiện.

Abstract: Land-use charges upon giving land to an individual or a legal entity by the State, which effectively contribute to state budget from real estate, are special financial collection of land management in Vietnam. They are also a challenge for enterprises carrying out investment projects. This article analyses and evaluates shortcoming of current law and regulation on such charges and makes relevant proposals.

Trong chính sách tài chính đất đai, tiền sử dụng đất luôn chiếm vị trí quan trọng. Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy tình trạng các doanh nghiệp nợ tiền sử dụng đất cũng rất phổ biến.

Trước thực trạng đó câu hỏi đặt ra là: quy định của pháp luật về xác định tiền sử dụng đất khi Nhà nước giao đất¹ có những hạn chế, bất cập gì?

1. Các quy định về xác định tiền sử dụng đất khi Nhà nước giao đất thông qua đấu giá quyền sử dụng đất

Bên cạnh Luật Đất đai năm 2013, việc đấu giá quyền sử dụng đất còn được điều chỉnh tại các văn bản như: Quyết định số 216/2005/QĐ-TTg ngày 31/8/2005 về quy chế đấu giá quyền sử dụng đất, được sửa

đổi, bổ sung bởi Nghị định số 17/2010/NĐ-CP ngày 04/3/2010 của Chính phủ về bán đấu giá tài sản; Thông tư số 48/2012/TT-BTC ngày 16/3/2012 của Bộ Tài chính về hướng dẫn xác định giá khởi điểm và chế độ tài chính trong hoạt động đấu giá quyền sử dụng đất để giao đất có thu tiền sử dụng đất hoặc cho thuê đất, được sửa đổi, bổ sung bởi Thông tư số 02/2015/TT-BTC ngày 05/01/2015; Thông tư liên tịch số 14/2015/TTLT-BTNMT-BTP ngày 04/4/2015 của Bộ Tài nguyên và Môi trường và Bộ Tư pháp quy định việc tổ chức thực hiện đấu giá quyền sử dụng đất để giao đất có thu tiền hoặc cho thuê đất.

Điều 4 Nghị định số 45/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 của Chính phủ về thu tiền sử dụng đất quy định công thức xác định tiền sử dụng đất khi Nhà nước giao đất thông qua đấu giá như sau:

Tiền sử dụng đất = diện tích đất thu tiền sử dụng đất x giá đất trúng đấu giá

*ThS., Khoa Luật, Trường Đại học Cần Thơ.

¹ Các trường hợp giao đất thông qua đấu giá và không thông qua đấu giá quy định tại Điều 118 Luật Đất đai năm 2013.

1.1. Phương pháp, thời điểm xác định giá khởi điểm

Giá khởi điểm là một trong những yếu tố cơ bản quyết định sự thành công của buổi đấu giá. Quan điểm chung của các địa

phương là căn cứ quan hệ cung – cầu, vị trí, địa thế khu đất, thửa đất, tình trạng đất để định giá khởi điểm². Hiện nay, giá khởi điểm trong đấu giá quyền sử dụng đất được quy định tại Thông tư số 02/2015/TT-BTC:

$$\text{Giá khởi điểm đấu giá quyền sử dụng đất (đồng)} = \text{Diện tích đất (m}^2\text{)} \times \text{Giá đất cụ thể (đồng/m}^2\text{)}$$

Như vậy, giá đất cụ thể được sử dụng để xác định giá khởi điểm đấu giá quyền sử dụng đất, nhưng cơ sở pháp lý chưa chặt chẽ. Cụ thể, khoản 2 Điều 15 Nghị định số 44/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 có quy định về giá đất cụ thể dùng làm căn cứ xác định giá khởi điểm để đấu giá quyền sử dụng đất khi Nhà nước giao đất, cho thuê đất, trong khi Điều 114 Luật Đất đai 2013 lại không quy định vấn đề này.

Theo Thông tư số 02/2015/TT-BTC, giá đất cụ thể dùng làm căn cứ tính giá khởi điểm chỉ được xác định qua bốn phương pháp định giá: so sánh trực tiếp, chiết trừ, thu nhập và thặng dư; Điều này thống nhất với quy định của Luật Đất đai về giá đất. Tuy nhiên, vẫn chưa xác định rõ thời điểm tiến hành xác định giá đất là lúc nào: Thời điểm đã có mặt bằng sạch, thời điểm có chủ trương giao đất thông qua đấu giá, hay thời điểm thông báo tổ chức đấu giá?... Ở những thời điểm khác nhau, giá đất sẽ khác nhau. Thiếu quy định cụ thể về thời điểm xác định giá khởi điểm có thể dẫn đến việc áp dụng khác nhau.

Bên cạnh đó, theo quy định tại điểm b khoản 2 Điều 10 Thông tư số 76/2014/TT-BTC ngày 16/6/2014 hướng dẫn một số

điều của Nghị định số 45/2014/NĐ-CP³ thì phương pháp hệ số điều chỉnh giá đất có thể được áp dụng để xác định giá đất khởi điểm. Điều này tạo nên sự bất cập trong phương pháp định giá khi xác định giá khởi điểm.

Vấn đề xác định lại giá khởi điểm được quy định tại Điều 6 Thông tư số 02/2015/TT-BTC, nhưng việc xác định lại không được quy định cụ thể. Theo Điều 6 Thông tư số 48/2012/TT-BTC, trường hợp bán đấu giá không thành do giá khởi điểm cao thì cơ quan đấu giá quyền sử dụng đất có văn bản đề nghị cơ quan có thẩm quyền cho xác định lại giá khởi điểm, nhưng hiện nay Thông tư số 02/2015/TT-BTC không quy định rõ trường hợp nào sẽ xác định lại

² Đặng Thị Bích Liễu (2014), *Pháp luật về đấu giá quyền sử dụng đất ở Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 226.

³ Điểm b khoản 2 Điều 10 Thông tư số 76/2014/TT-BTC quy định: “Trường hợp giá khởi điểm đấu giá quyền sử dụng đất được xác định theo phương pháp hệ số điều chỉnh giá đất thì căn cứ bằng giá đất; hệ số điều chỉnh giá đất và nguyên tắc điều chỉnh hệ số này do Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quy định để thực hiện thu chênh lệch giữa tiền sử dụng đất tính theo giá đất được xác định theo phương pháp hệ số điều chỉnh giá đất tương ứng với quy hoạch xây dựng trước và sau khi điều chỉnh tại thời điểm được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cho phép thay đổi quy hoạch”.

ương; từ 10 tỷ đồng trở lên đối với các tỉnh miền núi, vùng cao; từ 20 tỷ đồng trở lên đối với các tỉnh còn lại, thì giá đất tính thu tiền sử dụng đất là giá đất cụ thể do Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định được xác định theo các phương pháp: so sánh trực tiếp, chiết trừ, thu nhập, thặng dư⁵;

- Trường hợp được Nhà nước giao đất mà diện tích tính thu tiền sử dụng đất của thửa đất hoặc khu đất có giá trị (tính theo giá đất trong Bảng giá đất) dưới 30 tỷ đồng đối với các thành phố trực thuộc Trung ương; dưới 10 tỷ đồng đối với các tỉnh miền núi, vùng cao; dưới 20 tỷ đồng đối với các tỉnh còn lại thì giá đất tính thu tiền sử dụng đất được xác định bằng giá đất do Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quy định tại Bảng giá đất nhân với hệ số điều chỉnh giá đất.

Hệ số điều chỉnh giá đất để xác định giá đất tính thu tiền sử dụng đất do Sở Tài chính chủ trì xác định theo từng khu vực, tuyến đường, vị trí, tương ứng với từng mục đích sử dụng đất, phù hợp với thị trường và điều kiện phát triển kinh tế, xã hội tại địa phương và trình Ủy ban nhân dân cấp tỉnh ban hành hàng năm⁶. Trường hợp một số vị trí đất dự án trong cùng một khu vực, tuyến đường có hệ số sử dụng đất (mật độ xây dựng, chiều cao của công trình) khác với mức bình quân chung của khu vực, tuyến đường đó thì Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quy định hệ số điều chỉnh giá đất để tính thu tiền sử dụng đất đối với các trường hợp này và quy định cụ thể

trong Quyết định ban hành hệ số điều chỉnh giá đất của địa phương⁷.

Như vậy, cả năm phương pháp định giá đất đều được áp dụng để xác định giá đất cụ thể trong trường hợp tính tiền sử dụng đất không thông qua đấu giá và được chia thành hai nhóm, phụ thuộc vào giá trị thửa đất, khu đất được Nhà nước giao đất. Tuy nhiên, trường hợp áp dụng hệ số điều chỉnh giá ban hành hàng năm chưa thật công bằng và hợp lý. Bởi việc giao đất ở những thời điểm khác nhau trong năm nhưng lại tính cùng một đơn giá; hơn nữa, nếu giá đất áp dụng theo phương pháp hệ số điều chỉnh giá thấp hơn nhiều so với giá đất cụ thể theo các phương pháp còn lại sẽ tạo cơ hội cho chủ đầu tư chia nhỏ dự án để xin giao các khu đất giá trị nhỏ (dưới 30 tỷ đồng đối với các thành phố trực thuộc Trung ương; dưới 10 tỷ đồng đối với các tỉnh miền núi, vùng cao; dưới 20 tỷ đồng đối với các tỉnh còn lại) và nộp tiền sử dụng đất theo đơn giá xác định bởi phương pháp hệ số điều chỉnh giá nhằm hưởng chênh lệch.

2.2. Miễn, giảm tiền sử dụng đất đối với tổ chức kinh tế

Miễn, giảm tiền sử dụng đất đối với tổ chức kinh tế được quy định tại Điều 10, 11 và 12 Nghị định số 45/2014/NĐ-CP và Thông tư số 76/2014/TT-BTC ngày 16/6/2014 hướng dẫn một số điều của Nghị định số 45/2014/NĐ-CP. Tuy nhiên, thực tiễn áp dụng cũng gặp một số vướng mắc:

Thứ nhất, quy định về miễn, giảm chưa rõ ràng, gây khó khăn trong áp dụng. Cụ thể, khoản 1 Điều 16 Thông tư số

⁵ Việc lựa chọn phương pháp áp dụng tùy thuộc vào điều kiện của từng phương pháp quy định tại Điều 5 Nghị định số 44/2014/NĐ-CP và thông tin thu thập về thửa đất và khu vực định giá.

⁶ Khoản 3, 4 Điều 18 Nghị định số 44/2014/NĐ-CP.

⁷ Ví dụ Quyết định số 14/2015/QĐ-UBND ngày 26/3/2015 của Ủy ban nhân dân thành phố Cần Thơ quy định hệ số điều chỉnh giá đất năm 2015.

76/2014/TT-BTC quy định, trường hợp tổ chức kinh tế chuyển nhượng quyền sử dụng đất đối với diện tích đất đã được miễn, giảm thì phải nộp số tiền sử dụng đất đã được miễn, giảm cho Nhà nước; số tiền sử dụng đất được ghi tại Quyết định này sẽ được tính lại theo quy định của pháp luật tại thời điểm chuyển nhượng. Quy định này được hiểu, chỉ khi thực hiện chuyển nhượng thì tổ chức kinh tế mới có nghĩa vụ nộp lại khoản tiền sử dụng đất được miễn, giảm. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra đối với trường hợp doanh nghiệp được miễn, giảm tiền sử dụng đất và đã thế chấp phần đất đó, nay không có khả năng trả nợ nên bị bán đấu giá để thu hồi nợ đối với phần đất được miễn, giảm thì có áp dụng khoản 1 Điều 16 Thông tư số 76/2014/TT-BTC nêu trên để thu tiền sử dụng đất hay không? Theo Công văn số 856/TCT-CS ngày 4/3/2016 của Tổng cục Thuế, doanh nghiệp phải nộp lại tiền sử dụng đất đã miễn, giảm và được xác định lại tại thời điểm trúng đấu giá. Như vậy, thuật ngữ “chuyển nhượng” tại khoản 1 Điều 16 Thông tư số 76/2014/TT-BTC không chỉ đơn thuần là chuyển nhượng.

Thứ hai, chưa có chính sách giảm tiền sử dụng đất để khuyến khích các doanh nghiệp nộp đúng, đủ tiền sử dụng đất. Đối với hộ gia đình, cá nhân, pháp luật đưa ra rất nhiều trường hợp được miễn, giảm và thậm chí là ghi nợ tiền sử dụng đất, nhưng đối với tổ chức kinh tế thì còn hạn chế. Trước đây, Điều 14 Nghị định số 38/2000/NĐ-CP quy định, người sử dụng đất nộp đủ tiền sử dụng đất một lần theo thông báo của cơ quan thuế thì được giảm 20% tiền sử dụng đất phải nộp. Hiệu quả của việc giảm tiền sử dụng đất khi nộp đủ một lần đã được minh chứng ở Đà Nẵng

trong thời gian qua⁸. Chính vì vậy, cần ban hành quy định về giảm tiền sử dụng đất nhằm khắc phục tình trạng nợ đọng hiện nay.

2.3. Khấu trừ chi phí giải phóng mặt bằng

Khoản 2 Điều 15 Nghị định số 45/2014/NĐ-CP quy định, trường hợp thuộc đối tượng được Nhà nước giao đất không thông qua hình thức đấu giá và tự nguyện ứng trước tiền bồi thường, giải phóng mặt bằng theo phương án do cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt thì được trừ số tiền đã ứng trước vào tiền sử dụng đất phải nộp theo phương án được duyệt; mức trừ không vượt quá số tiền sử dụng đất phải nộp. Đối với số tiền bồi thường, giải phóng mặt bằng còn lại chưa được trừ vào tiền sử dụng đất phải nộp (nếu có) thì được tính vào vốn đầu tư của dự án. Bên cạnh đó, khoản 3 Điều 15 Nghị định số 45/2014/NĐ-CP quy định cụ thể tiền bồi thường, giải phóng mặt bằng gồm: tiền bồi thường, hỗ trợ, tái định cư và kinh phí tổ chức thực hiện bồi thường, giải phóng mặt bằng. Như vậy, số tiền được tính giảm trừ trong khoản tiền ứng trước của người sử dụng đất gồm cả kinh phí thực hiện mà không chỉ là các khoản chi trả bồi thường, hỗ trợ, tái định cư.

Tiền bồi thường, hỗ trợ, tái định cư được xác định căn cứ theo quyết định phê duyệt phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư quy định tại Điều 28 Nghị định số 47/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 của Chính

⁸ Bửu Lâm, *Đà Nẵng thất thoát 3.400 tỷ nhưng dân được lợi*, <http://www.vtc.vn/da-nang-that-thoat-3400-ty-nhung-dan-duoc-loi-d129176.html>, truy cập ngày 18/9/2015.

phủ. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra khi tổ chức kinh tế ứng vốn để giải phóng mặt bằng, nhưng việc bàn giao không đúng tiến độ cam kết với nhà đầu tư làm cho chi phí tăng lên, và những chi phí phát sinh thêm sẽ xử lý ra sao khi lỗi không bàn giao mặt bằng đúng tiến độ là của cơ quan tiến hành giải phóng mặt bằng.

Bên cạnh đó, theo quy định, nếu chi phí được khấu trừ cao hơn tiền sử dụng đất phải nộp thì phần vượt đó tính vào vốn đầu tư dự án; như vậy, khoản tiền đó thực chất cũng do chủ đầu tư chi trả, đẩy cao vốn đầu tư dự án mà không được hoàn trả. Điều này ảnh hưởng đến quyền lợi của nhà đầu tư, buộc họ phải đẩy giá thành phẩm lên để thu hồi vốn, gây khó khăn cho người sử dụng đất khi thực hiện hoạt động kinh doanh; ảnh hưởng đến thu hút đầu tư.

3. Một số giải pháp

Từ những phân tích trên, để khắc phục hạn chế, bất cập trong các quy định của pháp luật về xác định tiền sử dụng đất, tác giả đề xuất một số giải pháp sau:

a) Về các quy định hiện hành

Một là, Điều 112 Luật Đất đai năm 2013 quy định nguyên tắc, phương pháp định giá đất, nhưng chỉ áp dụng trong quá trình khảo sát, định giá mà thiếu nguyên tắc quyết định giá đất cụ thể; đảm bảo giá đất cụ thể được xác định phù hợp với thị trường. Như vậy, khi xây dựng nguyên tắc quyết định giá đất cụ thể cần làm rõ mối quan hệ giữa giá tư vấn của các tổ chức tư vấn giá đất độc lập với giá quyết định cuối cùng, làm rõ trách nhiệm của các chủ thể trong quy trình định giá.

Hai là, tiến hành rà soát các quy định về giao đất thông qua đấu giá quyền sử dụng

đất tại Thông tư số 48/2012/TT-BTC, Thông tư số 02/2015/TT-BTC và Thông tư liên tịch số 14/2015/TTLT-BTNMT-BTP theo hướng sau: i) Xem xét hợp nhất ba Thông tư, chỉ quy định chung các vấn đề về đấu giá quyền sử dụng đất trong một Thông tư; ii) Nên trao quyền xác định giá đất khởi điểm trong đấu giá quyền sử dụng đất cho cơ quan tài nguyên và môi trường, trong đó quyền quyết định giá đất khởi điểm thuộc về Ủy ban nhân dân cấp tỉnh. Việc trao cho cơ quan tài nguyên và môi trường xác định giá khởi điểm là phù hợp, vì đây là chủ thể quản lý đất đai. Bên cạnh đó, thẩm quyền quyết định giá khởi điểm trao cho Ủy ban nhân dân cấp tỉnh cũng sẽ đảm bảo tính minh bạch, dân chủ. Ngoài ra, xem xét bổ sung các trường hợp xác định lại giá khởi điểm và mối quan hệ giữa giá khởi điểm ban đầu và giá xác định lại. Hiện nay, Thông tư số 48/2012/TT-BTC và Thông tư số 02/2015/TT-BTC chưa quy định chi tiết vấn đề này và vì vậy, cần thống nhất việc giao cho Sở Tài nguyên và Môi trường xác định lại giá khởi điểm.

Ba là, quy định thống nhất về phương pháp định giá đất sử dụng để xác định giá khởi điểm. Như vậy, điểm b khoản 2 Điều 10 Thông tư số 76/2014/TT-BTC cần sửa đổi, bởi các văn bản về giá đất và xác định giá khởi điểm trong đấu giá đều không sử dụng phương pháp hệ số điều chỉnh giá.

Bốn là, trên cơ sở quy định về giảm tiền sử dụng đất đối với người sử dụng đất nói chung và các tổ chức kinh tế nói riêng tại khoản 2 Điều 14 Nghị định số 38/2000/NĐ-CP là: nộp tiền sử dụng đất một lần trong thời hạn 60 ngày từ ngày nhận được thông báo của cơ quan thuế thì được giảm 20% hoặc 10% tiền sử dụng đất, cần nghiên cứu

đánh giá hiệu quả của việc giảm này nhằm thu hút đầu tư, giảm bớt gánh nặng tài chính cho doanh nghiệp, cũng như làm cơ sở để xử lý các trường hợp nợ tiền sử dụng đất. Tác giả cho rằng, cần giảm tiền sử dụng đất đối với trường hợp nộp một lần trong thời hạn quy định, nhưng mức giảm không cao bằng mà có thể lũy tiến tùy theo mức tiền sử dụng đất phải nộp.

b) Về giá đất tính tiền sử dụng đất

Một là, xây dựng cơ sở dữ liệu giá đất giao dịch của thị trường. Để xác định chính xác giá đất tính tiền sử dụng đất thì phải xác định được giá đất trong thị trường lành mạnh⁹. Vấn đề quản lý giá đất ở nước ta hiện nay khó xác định giá đất thị trường đúng bản chất. Chính điều này dẫn đến việc doanh nghiệp cho rằng, giá đất tính tiền sử dụng đất cao, không phù hợp thực tế. Để khắc phục vấn đề này, tác giả cho rằng, cần xây dựng cơ chế kiểm soát giá trong các giao dịch đất đai để làm nguồn cung cấp giá thị trường khi cần xác định giá đất cụ thể.

Hai là, Điều 3 Thông tư số 76/2014/TT-BTC nên sửa đổi theo hướng, trường hợp áp

⁹ Muốn xác định được giá đất lành mạnh trong các hợp đồng giao dịch thì cần thay đổi đơn giá tính thuế (thuế thu nhập cá nhân và lệ phí trước bạ) trong giao dịch đất đai. Bởi hiện nay đa phần các giá trong hợp đồng đều là giá ảo. Theo Điều 17 Thông tư số 92/2015/TT-BTC ngày 15/6/2015 sửa đổi, bổ sung Điều 12 Thông tư số 111/2013/TT-BTC thì đơn giá tính thuế thu nhập cá nhân khi chuyển nhượng quyền sử dụng đất là giá trong hợp đồng; trường hợp giá ghi trên hợp đồng thấp hơn giá đất do Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quy định thì tính thuế theo giá đất do Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quy định. Chính quy định này đã tạo nên hiện tượng giá ảo trên hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất.

dụng giá đất cụ thể theo phương pháp hệ số điều chỉnh giá thì hệ số được xác định tại thời điểm giao đất.

c) Về khấu trừ chi phí giải phóng mặt bằng

Người sử dụng đất ứng vốn giải phóng mặt bằng sẽ giảm bớt gánh nặng tài chính cho ngân sách nhà nước, đẩy nhanh tiến độ giải phóng mặt bằng thực hiện dự án. Tuy nhiên, tác giả kiến nghị:

Một là, trường hợp chi phí giải phóng mặt bằng đã ứng trước lớn hơn số tiền sử dụng đất phải nộp thì không tính vào vốn đầu tư dự án mà xử lý như sau: chủ đầu tư đang thực hiện nhiều dự án trên cùng một tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương thì số dư sẽ được trừ vào tiền sử dụng đất, tiền thuê đất ở các dự án khác trên cùng địa bàn. Trường hợp nếu được trừ đối với các dự án trên cùng địa bàn mà vẫn còn dư hoặc chỉ thực hiện một dự án trên địa bàn hoặc nhiều dự án, nhưng chỉ có một dự án phải nộp tiền sử dụng đất và phát sinh số dư thì Ủy ban nhân dân cấp tỉnh sẽ cho ghi số dư đối với chủ đầu tư và khoản dư này sẽ được giảm trừ trong thời hạn nhất định (có thể là 24 tháng), khi thực hiện dự án khác trên địa bàn sẽ được giảm trừ. Như vậy, việc không tính vào vốn đầu tư dự án sẽ giảm bớt áp lực giá thành sản phẩm đối với các doanh nghiệp kinh doanh bất động sản.

Hai là, chủ động tạo quỹ đất sạch, tiến hành đấu giá quyền sử dụng đất khi giao đất nhằm đảm bảo tính cạnh tranh, minh bạch và đảm bảo giá trị khu đất, thửa đất được giao.

TRUNG QUỐC THAM GIA VỚI TƯ CÁCH BÊN THỨ BA VÀO CƠ CHẾ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP CỦA TỔ CHỨC THƯƠNG MẠI THẾ GIỚI VÀ KINH NGHIỆM CHO VIỆT NAM

Nguyễn Ngọc Hà*

Tóm tắt: Từ khi trở thành Thành viên của WTO, Trung Quốc đã tích cực tham gia vào cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO với tư cách bên thứ ba. Bài viết tập trung phân tích một số vấn đề: 1) Đánh giá khái quát việc tham gia với tư cách bên thứ ba của Trung Quốc; 2) Những tác động của việc tham gia đó; 3) Rút ra một số kinh nghiệm cho Việt Nam.

Abstract: After becoming a WTO member, China has actively participated in WTO dispute settlement mechanism as a third party. This article focuses on: 1) Brief evaluation on such participation of China; 2) Impacts of such participation; 3) Implications for Vietnam.

Trên cơ sở các điều 4.11, 10 và 17.4 của Thỏa thuận về các Quy tắc và Thủ tục điều chỉnh việc giải quyết tranh chấp của Tổ chức Thương mại thế giới (WTO), một Thành viên có thể tham gia với tư cách bên thứ ba (*third party*) vào một vụ tranh chấp phát sinh giữa hai Thành viên khác được đệ trình lên Cơ quan giải quyết tranh chấp (DSB)¹. Điều 4.11 cho phép sự có mặt của một Thành viên với tư cách bên thứ ba trong giai đoạn tham vấn; trong giai

đoạn giải quyết tranh chấp tại Ban hội thẩm (Điều 10); và trong giai đoạn phúc thẩm (Điều 17.4). Dù các báo cáo của Ban hội thẩm/Cơ quan phúc thẩm chỉ có giá trị ràng buộc đối với các bên tranh chấp, việc trở thành bên thứ ba cũng có nhiều ý nghĩa đối với các Thành viên khác. Trước hết, đây là cách thức giúp cho các Thành viên khác bảo vệ được lợi ích chính đáng của mình nếu bị ảnh hưởng bởi quyết định của Ban hội thẩm/Cơ quan phúc thẩm². Ngoài ra, tham gia với tư cách bên thứ ba vào các vụ tranh chấp được giải quyết tại các Ban hội thẩm và Cơ quan phúc thẩm là một trong những cách hiệu quả để đào tạo nguồn nhân lực của cơ chế giải quyết tranh chấp tại WTO³.

* TS., Khoa Luật, Đại học Ngoại thương.

¹ Về nội dung này, có thể xem thêm: Faisal A S A Albashar & A F M Maniruzzaman, "Reforming the WTO Dispute Settlement System: A Rethink of the Third Party Right of Access to Panel and Appeal Processes from Developing Countries Perspectives", *The Journal of World Investment & Trade*, 2011, n^o. 3, tr. 311-373; Nicolas Angelet, "Le tiers à l'instance dans la procédure de règlement des différends de l'OMC", trong Hélène Ruiz Fabri & Jean-Marc Sorel (dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Coll. Contentieux international, A. Pedone, Paris, 2005, tr. 207-238.

² Antonis Antoniadis, "Enhanced Third Party Rights in the WTO Dispute Settlement Understanding", *Legal Issues of Economic Integration*, 2002, vol. 29, n^o. 3, tr. 289-291.

³ Xem thêm: Marc Galanter, "Why the "Have" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", *Law & Society Review*, 1974, vol. 9, n^o. 1,

Nói cách khác, đây là một phương thức đào tạo qua thực hành (*learning by doing*⁴) hữu hiệu cho các Thành viên đang và kém phát triển của WTO, nhất là đối với các Thành viên mới gia nhập.

Trung Quốc trở thành Thành viên thứ 143 của WTO vào tháng 12/2001. Là một Thành viên mới gia nhập và đang phát triển, Trung Quốc đã gặp không ít khó khăn trong quá trình thực thi các cam kết của mình. Điều này xuất phát từ một số nguyên nhân như: các quy định của WTO rất phức tạp và khá mới mẻ đối với Trung Quốc; đội ngũ nhân lực về pháp luật thương mại quốc tế của Trung Quốc chưa đáp ứng được yêu cầu của thực tiễn; thiếu vắng một cơ chế phối hợp giữa các cơ quan nhà nước có liên quan; chưa huy động được sự tham gia của các chủ thể tư... Tuy nhiên, Trung Quốc đã có những bước đi tích cực để khắc phục các điểm yếu của mình, mà một trong số đó là việc Trung Quốc tăng cường tham gia với tư cách bên thứ ba vào cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO.

1. Đánh giá khái quát việc Trung Quốc tham gia vào cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO với tư cách bên thứ ba

tr. 95-160; Joseph A. Conti, "Learning to Dispute: Repeat Participation, Expertise, and Reputation at the World Trade Organization", *Law & Social Inquiry*, 2010, vol. 35, n^o. 3, tr. 625-662; Fernando Piérola, "Third-party Participation in WTO Dispute Settlement Proceeding for Training Purposes", *Global Trade & Customs Journal*, 2007, vol. 2, n^o. 10, tr. 367-368; Wenhua Ji & Cui Huang, "China's Experience in Dealing with WTO Dispute Settlement: A Chinese Perspective", *Journal of World Trade*, 2011, vol. 45, n^o. 1, tr. 1-37.

⁴ Fernando Piérola, *lđđđ*, tr. 367; Trần Thị Thùy Dương, "Nhìn lại 6 năm Việt Nam tham gia vào quá trình giải quyết tranh chấp trong WTO với vai trò bên thứ ba – "học" và "hành"", *Tạp chí Khoa học pháp lý*, 2012, số 6, tr. 52-57.

Việc Trung Quốc tham gia với vai trò bên thứ ba trong cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO cho thấy một số vấn đề đáng chú ý như sau:

Thứ nhất, Trung Quốc tham gia với vai trò bên thứ ba vào nhiều vụ tranh chấp. Đến hết tháng 07/2016, Trung Quốc là bên thứ ba trong 131 vụ tranh chấp được đệ trình và giải quyết tại DSB⁵, đứng thứ tư sau Nhật Bản (160 vụ), Liên minh châu Âu (157 vụ) và Hoa Kỳ (132 vụ). Tuy nhiên, tính tỷ lệ trên tổng số vụ tranh chấp thì Trung Quốc lại là Thành viên có tỷ lệ tham gia với tư cách bên thứ ba cao nhất. Cụ thể: Trung Quốc là bên thứ ba trong 59,5% số vụ tranh chấp (131/220 vụ), trong khi đó Hoa Kỳ là 48,4% (132/273 vụ), Liên minh châu Âu: 47,4% số vụ tranh chấp (157/331 vụ) và Nhật Bản: 42,7% (160/374 vụ).

Thứ hai, Trung Quốc tham gia vào các vụ tranh chấp liên quan đến nhiều vấn đề khác nhau. So với một số Thành viên chỉ tham gia với vai trò bên thứ ba vào một số vụ tranh chấp nhất định⁶, "lựa chọn tham gia với tư cách bên thứ ba của Trung Quốc không chỉ giới hạn ở những vụ việc liên quan đến một số ngành công nghiệp, một số

⁵ Xem danh mục các vụ tranh chấp này tại: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm, truy cập ngày 15/7/2016.

⁶ Ví dụ như trường hợp của Hàn Quốc, Brazil hay của Việt Nam. Đối với Hàn Quốc, nước này chỉ tham gia với tư cách bên thứ ba vào các vụ việc liên quan đến những ngành công nghiệp lớn như công nghiệp ô tô, thép, công nghệ thông tin (xem: Dukgeum Ahn, "Korea in the GATT/WTO Dispute Settlement System: Legal Battle for Economic Development", *Journal of International Economic Law*, 2003, vol. 6, n^o. 3, tr. 626). Đối với Brazil, phần lớn các vụ tranh chấp mà nước này tham gia với tư cách bên thứ ba đều liên quan đến các sản phẩm nông nghiệp và thép (xem: Gregory Shaffer, Michelle Raton Sanchez & Barbara Rosenberg, "Brazil's Response to the Judicialized WTO Regime: Strengthening the

biện pháp hoặc một số Thành viên, mà các loại tranh chấp về tất cả các biện pháp Trung Quốc tham gia vào hầu như tất cả và liên quan đến tất cả các Thành viên”⁷.

Bảng Tổng hợp các hiệp định được viện dẫn trong các vụ tranh chấp mà Trung Quốc tham gia với tư cách bên thứ ba tính đến hết năm 2015

STT	Hiệp định được viện dẫn	Số lần được viện dẫn
1	Hiệp định thành lập WTO	25
2	Các hiệp định đa biên về thương mại hàng hóa	
	<i>GATT</i>	90
	<i>Hiệp định nông nghiệp</i>	14
	<i>Hiệp định về các biện pháp vệ sinh dịch tễ</i>	9
	<i>Hiệp định về các rào cản kỹ thuật trong thương mại</i>	10
	<i>Hiệp định về các biện pháp đầu tư liên quan đến thương mại</i>	6
	<i>Hiệp định về chống bán phá giá</i>	32
	<i>Hiệp định xác định trị giá hải quan</i>	2
	<i>Hiệp định về giấy phép nhập khẩu</i>	6
	<i>Hiệp định về trợ cấp và các biện pháp đối kháng</i>	23
	<i>Hiệp định về tự vệ</i>	13
3	Hiệp định chung về thương mại dịch vụ	2
4	Hiệp định TRIPs	6
5	DSU	27
6	Ngoại lệ trong GATT và GATS	10
7	Nghị định thư gia nhập WTO	2

State through Diffusing Expertise”, tr. 19-20, xem tại: <http://www.ictsd.org/downloads/2008/05/brazils-response-to-the-judicialized-wto-regime-strengthening-the-state-through-diffusing-expertise.pdf>, truy cập ngày 16/07/2016. Còn đối với Việt Nam, phần lớn các vụ tranh chấp mà Việt Nam tham gia thời gian vừa qua đều liên quan đến các biện pháp chống bán phá giá (xem: Nguyễn Ngọc Hà, “Thực trạng Việt Nam tham gia với tư cách bên thứ ba vào cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO và một số kiến nghị”, Kỷ yếu hội thảo quốc tế dành cho các nhà khoa học trẻ trong lĩnh vực kinh tế và kinh doanh lần thứ nhất “Kinh tế, Quản lý và Quản trị kinh doanh trong bối cảnh toàn cầu hóa”, Tập 2, Nxb. Đại học kinh tế quốc dân, Hà Nội, 2015, tr. 681-683).

⁷ “China’s third party choices are not only limited to cases related only to certain industries, certain measures or certain Members, but to virtually all kinds of disputes involving all kinds of measures and all kinds of Members”, Wenhua Ji & Cui Huang, *lđđ*, tr. 26.

Nguồn: Ngọc Ha Nguyen, *L'intervention des tierces parties dans le règlement des différends à l'OMC*, Thèse doctorale, Aix-Marseille Université, 2015, tr. 285.

Từ bảng trên có thể thấy, các vụ tranh chấp mà Trung Quốc tham gia với tư cách bên thứ ba liên quan đến hầu hết các hiệp định thương mại đa biên của WTO. Dù phần lớn các vụ tranh chấp đều về lĩnh vực thương mại hàng hóa liên quan đến các biện pháp chống bán phá giá, trợ cấp, hiệp định nông nghiệp, cũng có một số vụ tranh chấp liên quan đến thương mại dịch vụ hay các khía cạnh thương mại của quyền sở hữu trí tuệ. Qua những vụ tranh chấp đó, đội ngũ nhân lực pháp luật thương mại và đầu tư quốc tế của Trung Quốc sẽ có thêm kinh nghiệm và tích lũy được kiến thức đối với việc giải quyết các tranh chấp.

Thứ ba, Trung Quốc tham gia với tư cách bên thứ ba vào hầu hết các vụ tranh chấp được giải quyết đến giai đoạn Ban hội thẩm và phúc thẩm⁸. Trên thực tế, Trung Quốc xuất hiện với vai trò bên thứ ba trong giai đoạn Ban hội thẩm 69 lần (57 lần trong giai đoạn Ban hội thẩm xét xử lần đầu và 12 lần trong giai đoạn Ban hội thẩm được thành lập theo Điều 21.5 của DSU⁹); và trong giai đoạn phúc thẩm 43 lần. Đặc biệt, khi mới gia nhập WTO, Trung Quốc đã tham gia vào tất cả các vụ tranh chấp được giải quyết bởi các Ban hội thẩm được

thành lập từ năm 2003 đến 2007¹⁰ và tất cả các vụ tranh chấp được giải quyết đến giai đoạn phúc thẩm từ năm 2005 đến 2007¹¹.

Thứ tư, Trung Quốc thường chủ động xuất hiện với tư cách bên thứ ba. Khác với một số Thành viên đang phát triển, Trung Quốc đã lựa chọn chiến lược tham gia chủ động với tư cách bên thứ ba bằng cách thường xuyên đệ trình lên Ban hội thẩm hay Cơ quan phúc thẩm những văn kiện thể hiện quan điểm của bên thứ ba và trình bày ý kiến của mình trong các phiên xét xử của các cơ quan này¹². Cụ thể: trong số 69 ban hội thẩm Trung Quốc tham gia với tư cách bên thứ ba, Trung Quốc đệ trình văn kiện viết cho 36 ban hội thẩm và trình bày quan điểm trước 8 ban hội thẩm không đệ trình văn kiện viết. Đối với giai đoạn phúc thẩm, thời kỳ 2003-2007, Trung Quốc luôn tham gia với tư cách bên thứ ba trên cơ sở quy tắc số 24.1 về Thủ tục làm việc của Cơ quan phúc thẩm, theo đó, bên thứ ba phải đệ trình cho Cơ quan phúc thẩm văn kiện thể hiện quan điểm của mình đối với các vấn đề bị kháng cáo. Chiến lược này được đánh giá là

⁸ Xem thêm: Wenhua Ji & Cui Huang, "China's Path to the Center Stage of WTO Dispute Settlement: Challenges and Responses", *Global Trade and Customs Journal*, 2010, vol. 9, n° 5, tr. 367.

⁹ Ban hội thẩm được thành lập theo Điều 21.5 DSU có vai trò xem xét sự tương thích của việc thực thi các báo cáo đã được DSB thông qua với các khuyến nghị được đưa ra trong các báo cáo đó.

¹⁰ Michael Ewing-Chow, Alex. W. S. Goh & Akshay Kolse Patil, "Are Asian WTO Members Using the WTO DSU 'Effectively'?", *Journal of International Economic Law*, 2013, vol. 16, n° 3, tr. 679.

¹¹ Cụ thể: Trung Quốc đã tham gia vào 8/9 vụ tranh chấp được giải quyết ở giai đoạn phúc thẩm trong năm 2005, tất cả các vụ tranh chấp được giải quyết ở giai đoạn phúc thẩm trong năm 2006 và trong 4/5 vụ tranh chấp được giải quyết ở giai đoạn phúc thẩm năm 2007. Xem thêm: OMC – Organe d'appel, *Rapport annuel pour 2013*, WT/AB/20, le 14 mars 2014, tr. 67-70.

¹² Các phiên xét xử này được tiến hành theo Điều 10, phụ lục 3 của DSU hoặc Điều 24 và 27 của Thủ tục làm việc của Cơ quan phúc thẩm.

có ý nghĩa lớn đối với việc nâng cao năng lực đội ngũ nhân lực về pháp luật của WTO, bởi để có thể đệ trình các văn kiện viết hay trình bày trong phiên xét xử dành cho bên thứ ba, những đại diện của Trung Quốc đều phải tìm hiểu kỹ các vấn đề được giải quyết trong vụ việc, cách thức viết văn kiện, cách thức trình bày trước Ban hội thẩm hay Cơ quan phúc thẩm. Nói cách khác, các kỹ năng viết và trình bày của đại diện Chính phủ Trung Quốc tham gia vào vụ tranh chấp sẽ được nâng cao và hoàn thiện.

2. Hiệu quả của việc Trung Quốc là bên thứ ba trong các vụ tranh chấp được giải quyết tại WTO

Có thể nói, việc Trung Quốc tham gia vào cơ chế giải quyết tranh chấp tại WTO với tư cách bên thứ ba đã có nhiều hiệu quả tích cực. Cụ thể:

Một là, đối với việc phát triển đội ngũ nhân lực pháp luật về thương mại quốc tế nói chung và WTO nói riêng

Trước năm 2009, khi bị khởi kiện, Trung Quốc đã ưu tiên giải quyết các tranh chấp đó thông qua thương lượng¹³. Một

¹³ Từ 2002 đến 2009, Trung Quốc đã giải quyết thông qua thương lượng thành công đối với 9/14 vụ tranh chấp mà Trung Quốc bị khởi kiện tại WTO. Đó là các vụ: *Trung Quốc – Thuế giá trị gia tăng đánh lên sản phẩm bố trí mạch tích hợp* (WT/DS309, nguyên đơn: Hoa Kỳ); *Trung Quốc – Những biện pháp hoàn, giảm hoặc miễn thuế và các biện pháp ưu đãi khác* (WT/DS358, nguyên đơn: Hoa Kỳ; WT/DS359, nguyên đơn: Mexico); *Trung Quốc – Những biện pháp ảnh hưởng đến dịch vụ thông tin tài chính và người cung ứng dịch vụ thông tin tài chính* (WT/DS372, nguyên đơn: Cộng đồng châu Âu; WT/DS373, nguyên đơn: Hoa Kỳ; WT/DS378, nguyên đơn: Canada); *Trung Quốc – Trợ cấp, cho vay và các biện pháp khuyến khích khác* (WT/DS387, nguyên đơn: Hoa Kỳ; WT/DS388, nguyên đơn: Mexico; WT/DS390, nguyên đơn: Guatemala).

trong các lý do là Trung Quốc còn tỏ ra “ngại ngại” trong việc sử dụng cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO¹⁴, hoặc do truyền thống văn hóa phương Đông ưu tiên giải quyết tranh chấp thông qua đàm phán, thương lượng¹⁵. Bên cạnh đó, việc thiếu hụt đội ngũ nhân lực về pháp luật WTO và về giải quyết tranh chấp tại WTO đã không cho phép Trung Quốc có thể tham gia đồng thời nhiều vụ việc.

Sau năm 2009, Trung Quốc không thực thi chính sách ưu tiên giải quyết tranh chấp thông qua thương lượng nữa mà sẵn sàng theo đuổi vụ kiện đến giai đoạn Ban hội thẩm hay phúc thẩm¹⁶. Sự thay đổi này xuất

¹⁴ Xem: Henry S. Gao, “Aggressive Legalism: The East Asian Experience and Lessons for China”, in Henry S. Gao & Donald Lewis (edt.), *China’s Participation in the WTO*, Cameron May Publishers, 2005, tr. 344; Henry S. Gao, “Taming the Dragon: China’s Experience in the WTO Dispute Settlement System”, *Legal Issues of Economic Integration*, 2007, vol. 34, n^o. 4, tr. 389.

¹⁵ Michael Ewing-Chow, Alex. W. S. Goh & Akshay Kolse Patil, *tlđđ*, tr. 678; Han Liyu & Henry Gao, “China’s experience in utilizing the WTO Dispute Settlement Mechanism”, in Gregory C. Shaffer & Ricardo Meléndez-Ortiz, *Dispute Settlement at the WTO: The Developing Country Experience*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, tr. 165.

¹⁶ Trong giai đoạn 2010-2015, Trung Quốc đã giải quyết đến giai đoạn Ban hội thẩm/phúc thẩm đối với 13/17 vụ kiện chống lại Trung Quốc. Các vụ việc này bao gồm: *Trung Quốc – Những biện pháp liên quan đến xuất khẩu một số loại nguyên liệu thô* (WT/DS394, nguyên đơn: Hoa Kỳ; WT/DS395, nguyên đơn: Cộng đồng châu Âu; WT/DS398, nguyên đơn: Mexico), *Trung Quốc – Một số biện pháp ảnh hưởng đến dịch vụ thanh toán điện tử* (WT/DS413, nguyên đơn: Hoa Kỳ), *Trung Quốc – Thuế đối kháng và thuế chống bán phá giá lên thép từ tính, hạt lăn định hướng từ Hoa Kỳ* (WT/DS414, nguyên đơn: Hoa Kỳ), *Trung Quốc – Thuế chống bán phá giá chính thức lên máy X quang để kiểm tra an toàn từ Liên minh châu Âu* (WT/DS425, nguyên đơn: Liên minh châu Âu), *Trung Quốc – Thuế chống*

phát từ việc, sau một quá trình đào tạo và nâng cao chất lượng đội ngũ nhân lực pháp luật có liên quan, Trung Quốc đã thành lập được đơn vị thứ hai thuộc Bộ Thương mại chuyên phụ trách giải quyết tranh chấp tại WTO. Nhóm chuyên gia này cùng với nhóm chuyên gia ban đầu có thể phụ trách giải quyết từ 5 đến 7 vụ tranh chấp cùng một lúc và sẵn sàng giải quyết đến giai đoạn Ban hội thẩm/phúc thẩm nếu quá trình tham vấn không mang lại kết quả¹⁷. Nói cách khác, nguồn nhân lực của hai đơn vị này có thể đáp ứng đủ nhu cầu của Trung Quốc trong việc giải quyết các tranh chấp tại WTO¹⁸. Đây có thể nói là một thành công rất đáng kể của Trung Quốc trong quá trình đào tạo và phát triển đội ngũ nhân lực pháp luật về giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế của nước này.

Hai là, đối với việc tham gia của các chủ thể tư trong quá trình giải quyết tranh chấp tại WTO

bán giá phá và thuế đối kháng đối với sản phẩm từ thịt gà từ Hoa Kỳ (WT/DS427, nguyên đơn: Hoa Kỳ), Trung Quốc – Những biện pháp liên quan đến xuất khẩu đất hiếm (WT/DS431, nguyên đơn Hoa Kỳ; WT/DS432, nguyên đơn: Liên minh châu Âu; WT/DS433, nguyên đơn: Nhật Bản), Trung Quốc – Thuế đối kháng và thuế chống bán phá giá lên một số loại ô tô từ Hoa Kỳ (WT/DS440, nguyên đơn: Hoa Kỳ), Trung Quốc – Các biện pháp áp đặt thuế chống bán phá giá lên các ống thép không gỉ, liên mạch, hiệu suất cao từ Nhật Bản (WT/DS454, nguyên đơn: Nhật Bản; WT/DS460, nguyên đơn: Trung Quốc).

¹⁷ Henry S. Gao, *tlđđ*, tr. 389; Michael Ewing-Chow, Alex. W. S. Goh & Akshay Kolse Patil, *tlđđ*, tr. 679.

¹⁸ Cần lưu ý là, dù Trung Quốc bị nhiều nguyên đơn khởi kiện, nhưng vì các tranh chấp đó liên quan đến cùng một vấn đề, nên theo Điều 9 của DSU, chỉ có một Ban hội thẩm được thành lập. Ví dụ: trong các vụ tranh chấp DS394, DS395, DS398, chỉ có một Ban hội thẩm duy nhất được thành lập; tương tự với các vụ tranh chấp DS431, DS432 và DS433.

Nhằm đối phó với sự gia tăng của các vụ kiện mà Trung Quốc khởi xướng hoặc phải đối mặt, Trung Quốc đã thực thi khá tốt chính sách hợp tác công tư. Nói cách khác, đây vừa là cách thức để Chính phủ Trung Quốc “lấp chỗ trống” cho những hạn chế mà các cơ quan nhà nước gặp phải về nhân lực hay tài chính, vừa là cách thức để phát triển năng lực của các công ty luật tư nhân về lĩnh vực pháp luật thương mại quốc tế.

Đối với các vụ tranh chấp mà Trung Quốc là bên thứ ba, Chính phủ Trung Quốc đã trao quyền đại diện cho các công ty luật tư nhân. Các cơ quan chính phủ chỉ tham gia với tư cách là bên cung cấp thông tin và tài liệu. Các công ty như BHP¹⁹, King & Wood²⁰, Jincheng Tongda & Neal²¹,

¹⁹ Beijing Huanzhong & Partners (BHP) là công ty luật đầu tiên của Trung Quốc được Chính phủ thuê làm đại diện cho Trung Quốc với tư cách là nguyên đơn trong vụ tranh chấp *Hoa Kỳ - Biện pháp tự vệ chính thức đối với việc nhập khẩu một số sản phẩm thép (WT/DS252)*; đại diện cho Trung Quốc với tư cách bên thứ ba trong vụ tranh chấp *Canada – Những biện pháp liên quan đến xuất khẩu lúa mì và xử lý hạt nhập khẩu (WT/DS276)*... Xem thêm tại: <http://www.huanzhonglaw.com/gyhz-en.htm>, truy cập ngày 15/7/2016.

²⁰ Đây là công ty luật đại diện cho Chính phủ Trung Quốc trong nhiều vụ việc tại WTO mà Trung Quốc tham gia với tư cách bên thứ ba, như: *Hoa Kỳ - Những biện pháp đối kháng áp lên một số sản phẩm từ Cộng đồng châu Âu (WT/DS212)*, *Hoa Kỳ - Xác định thuế đối kháng cuối cùng đối với một số sản phẩm gỗ mềm từ Canada (WT/DS257)*, *Hàn Quốc – Những biện pháp ảnh hưởng đến thương mại tàu thuyền thương mại (WT/DS273)*, *Hoa Kỳ - Điều tra liên quan đến thuế đối kháng đánh lên bán dân cho bộ nhớ DRAM từ Hàn Quốc (WT/DS296)*, *Cộng đồng châu Âu – Những biện pháp ảnh hưởng đến thương mại tàu thuyền thương mại (WT/DS301)*, *Cộng đồng châu Âu và một số quốc gia thành viên – Những biện pháp ảnh hưởng đến thương mại máy bay dân sự cỡ lớn (WT/DS316)*, *Hoa Kỳ - Những*

Grandall Legal Group²², Broad & Bright²³, Scott Liu & Associates²⁴, Seafront Law Office²⁵..., nhờ vào chính sách này, đã đại diện cho Chính phủ, chuẩn bị các văn kiện cho vụ tranh chấp, tiến hành trình bày quan điểm trước các Ban hội thẩm và/hoặc Cơ quan phúc thẩm... Có thể thấy, đây là cách thức hiệu quả nhất để các công ty luật trong nước có thể tiếp cận với pháp luật của WTO, qua việc tham gia trực tiếp vào các khâu và công đoạn khác nhau của quá trình giải quyết tranh chấp. Nhờ vậy, kiến thức và kinh nghiệm về giải quyết tranh chấp của đội ngũ luật sư trong nước sẽ được cải thiện đáng kể.

biện pháp ảnh hưởng đến thương mại máy bay dân sự cỡ lớn (WT/DS317)...

²¹ Công ty này đại diện cho Trung Quốc trong một số vụ tranh chấp mà nước này tham gia với tư cách bên thứ ba như: *Mexico – Biện pháp chống bán phá giá chính thức đối với thịt bò và gạo (WT/DS295)*; *Hàn Quốc – Thuế chống bán phá giá đối với một số loại giấy nhập khẩu từ Indonexia (WT/DS312)*; *Nhật Bản – Hạn ngạch nhập khẩu rong biển sấy khô và rong biển tằm ướp thuộc loài *Porphyra Spp* (WT/DS323)*; *Thổ Nhĩ Kỳ - Những biện pháp ảnh hưởng đến việc nhập khẩu gạo (WT/DS334)...*

²² Công ty này đại diện cho Chính phủ Trung Quốc tham gia với tư cách bên thứ ba trong một số vụ tranh chấp như: *Hoa Kỳ - Đối xử về thuế đối với “các công ty bán hàng ở nước ngoài” (WT/DS108)*; *Hoa Kỳ - Trợ cấp cho bông vùng cao (WT/DS108)*; *Mexico – Những biện pháp thuế đối với đồ uống không cồn và những đồ uống khác (WT/DS308)...*

²³ Công ty này đại diện cho Chính phủ Trung Quốc tham gia với tư cách bên thứ ba trong vụ tranh chấp *Hoa Kỳ - Xác định thuế chống bán phá giá cuối cùng đối với gỗ mềm từ Canada (WT/DS264)*.

²⁴ Công ty này đại diện cho Chính phủ Trung Quốc tham gia với tư cách bên thứ ba trong vụ tranh chấp *Hoa Kỳ - Những biện pháp đối kháng đối với một số sản phẩm từ Cộng đồng châu Âu (WT/DS212)*.

²⁵ Công ty này đại diện cho Chính phủ Trung Quốc tham gia với tư cách bên thứ ba trong vụ tranh chấp *Hoa Kỳ - Biện pháp tự vệ chính thức đối với việc nhập khẩu một số sản phẩm thép (WT/DS251)*.

Ba là, đối với việc hạn chế sự phụ thuộc vào các công ty và văn phòng luật nước ngoài cũng như các dịch vụ tư vấn của Trung tâm tư vấn pháp luật WTO (AWCL).

Với sự tăng cường đội ngũ và khả năng tự giải quyết các vụ tranh chấp bằng nguồn nhân lực trong nước, Trung Quốc đã không cần phải sử dụng hay thuê các công ty/văn phòng luật nước ngoài để đại diện cho Trung Quốc trong quá trình giải quyết tranh chấp của WTO trong những năm gần đây²⁶. Ngoài ra, cũng nhờ khả năng tự tăng cường đội ngũ nhân lực pháp luật để giải quyết các tranh chấp thương mại và đầu tư, Trung Quốc không cần phải trở thành thành viên của ACWL và không phải sử dụng dịch vụ tư vấn và đại diện của trung tâm này²⁷.

Việc hạn chế sự phụ thuộc vào các công ty luật nước ngoài còn tạo ra nhiều tác động tích cực như: Trung Quốc không phải lệ thuộc vào các luật sư nước ngoài; làm giảm khả năng lộ các thông tin bí mật khi thuê các công ty luật nước ngoài; từ đó giảm chi phí và tiết kiệm cho ngân sách nhà nước khi không phải chi trả một khoản tiền lớn cho các công ty luật nước ngoài.

3. Một số kinh nghiệm đối với Việt Nam

Việt Nam trở thành Thành viên thứ 150 của WTO vào tháng 01/2007. Dù đã tham gia vào cơ chế giải quyết tranh chấp với tư cách nguyên đơn trong ba vụ tranh chấp và

²⁶ Yang Gouhua, “China in the WTO Dispute Settlement: A Memoir”, *Journal of World Trade*, 2015, vol. 49, n^o. 1, tr. 1-18.

²⁷ Với các thành viên của ACWL, xem tại: <http://www.acwl.ch/members-introduction/>, truy cập ngày 15/07/2017.

là bên thứ ba trong 22 vụ tranh chấp khác, chiến lược tham gia vào cơ chế giải quyết tranh chấp của Việt Nam chưa thực sự hiệu quả, từ góc độ đào tạo nguồn nhân lực²⁸ hay triển khai cơ chế phối hợp giữa các cơ quan nhà nước và cơ chế phối hợp công tư²⁹. Đồng thời, trong tương lai, việc Việt Nam sẽ khởi kiện các Thành viên khác và nguy cơ Việt Nam bị các Thành viên khác khởi kiện tại WTO là không nhỏ. Vì vậy, Việt Nam phải chuẩn bị về nhiều mặt để có thể giải quyết thành công các tranh chấp đó. Những kinh nghiệm sau đây của Trung Quốc có thể rút ra cho Việt Nam:

- Tích cực tham gia vào quá trình giải quyết tranh chấp với tư cách là bên thứ ba. Điều này sẽ có tác động tốt đến quá trình đào tạo và bồi dưỡng đội ngũ nhân lực của Việt Nam về pháp luật thương mại quốc tế. Bởi vì, đây luôn được coi là cách thức đào tạo vừa hiệu quả, vừa ít tốn kém. Sự tích cực này không chỉ thể hiện qua việc tham gia vào nhiều vụ tranh chấp hơn, mà còn ở việc tham gia một cách đa dạng vào các tranh chấp (không chỉ các vụ việc có liên quan đến chống bán phá giá, mà cả các vụ việc có liên quan đến các biện pháp kiểm dịch động thực vật, hàng rào kỹ thuật, trợ cấp và các biện pháp đối kháng, thương mại dịch vụ hay thương mại liên quan đến quyền sở hữu trí tuệ...). Đồng thời, cần tích

cực trong việc chuẩn bị các văn kiện đệ trình, tham gia trình bày quan điểm của mình và trả lời các câu hỏi tại các phiên xét xử của Ban hội thẩm/Cơ quan phúc thẩm.

- Tăng cường sự tham gia của các văn phòng luật trong nước vào quá trình giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế. Đây không chỉ là biện pháp giúp bồi dưỡng cho đội ngũ luật sư trong nước mà còn góp phần hình thành một cơ chế phối hợp giữa cơ quan nhà nước (hiện là Cục Quản lý cạnh tranh, Bộ Công Thương) với các chủ thể tư³⁰, từ đó, cho phép Nhà nước có thể huy động được các nguồn lực tư nhân trong quá trình giải quyết tranh chấp tại WTO nói riêng và các tranh chấp thương mại – đầu tư quốc tế nói chung.

Tóm lại, có thể thấy việc Trung Quốc tham gia vào cơ chế giải quyết tranh chấp tại WTO với tư cách bên thứ ba là một chiến lược đúng đắn. Việt Nam trong thời gian tới, cần chủ động và tích cực tham gia với tư cách bên thứ ba trong nhiều vụ tranh chấp được giải quyết tại WTO để nâng cao được trình độ của đội ngũ nhân lực pháp luật thương mại quốc tế cũng như hoàn thiện cơ chế phối hợp khi Việt Nam khởi kiện hoặc bị kiện tại WTO, hoặc trong khuôn khổ các hiệp định thương mại tự do khác.

²⁸ Le Toan, “Vietnam’s Experience in Development International Trade Lawyers Following Five Years of World Trade Organization Accession”, *Journal of World Trade*, 2013, vol. 47, n^o. 3, tr. 681.

²⁹ Nguyễn Ngọc Hà, *tlđđ*, tr. 681-683.

³⁰ Xem thêm: Nguyễn Tiến Vinh, “Kinh nghiệm nước ngoài và việc tăng cường hiệu quả tham gia của Việt Nam vào cơ chế giải quyết tranh chấp tại Tổ chức Thương mại thế giới (WTO)”, *Tạp chí Khoa học Đại học quốc gia Hà Nội - Luật học*, 2012, vol. 28, n^o. 2, tr. 125-126, 130-131.

KHUNG PHÁP LÝ VỀ TỰ DO HOÁ LAO ĐỘNG TRONG CỘNG ĐỒNG KINH TẾ HIỆP HỘI CÁC NƯỚC ĐÔNG NAM Á - MỘT SỐ HẠN CHẾ VÀ KHUYẾN NGHỊ

Ngô Thị Trang*

Tóm tắt: Nhằm thực hiện mục tiêu tự do hoá lao động trong Cộng đồng kinh tế ASEAN, các nước ASEAN đã ký kết nhiều hiệp định, thoả thuận, tuyên bố, bước đầu tạo nên khung pháp lý cho tự do hoá lao động trong khu vực. Tuy nhiên, những văn bản này còn nhiều hạn chế, cả về nội dung cũng như khả năng thực thi trên thực tế. Bài viết sẽ chỉ ra một số hạn chế đồng thời đưa ra khuyến nghị cho việc thúc đẩy tự do hoá lao động trong ASEAN.

Abstract: In order to meet the objective of labour liberalization in the ASEAN Economic Community, ASEAN countries have concluded several agreements and declarations to create legal framework for the free movement of labour within ASEAN. However, these instruments consist of shortcomings with respect to both contents and enforcement in practice. The article will analyse these shortcomings and make recommendations to promote the free movement of labour in ASEAN in the future.

1. Khung pháp lý về tự do hóa lao động trong Cộng đồng Kinh tế ASEAN

Khái niệm về hội nhập kinh tế ASEAN lần đầu tiên được đưa ra trong Hiệp định khung về Thúc đẩy hợp tác kinh tế ASEAN năm 1992, trong đó nhấn mạnh tầm quan trọng của việc hợp tác trên các lĩnh vực thương mại, công nghiệp, năng lượng, khoáng sản, tài chính, ngân hàng, thực phẩm, nông nghiệp, lâm nghiệp, giao thông và truyền thông. Mục tiêu thành lập một Cộng đồng Kinh tế ASEAN (AEC) được đưa ra tại Hội nghị Cấp cao ASEAN lần thứ 9 vào năm 2003, được cụ thể hoá thành Kế hoạch tổng thể xây dựng AEC (AEC Blueprints) tại Hội nghị các bộ trưởng kinh tế (AMM) lần thứ 38 năm 2006 và được thông qua tại Hội nghị Cấp cao ASEAN lần thứ 13 năm 2007 tại Singapore. Năm 2015,

Cộng đồng Kinh tế ASEAN được thành lập với các khuôn khổ pháp lý chính, bao gồm Hiệp định Thương mại hàng hoá ASEAN (ATIGA); Hiệp định Khung về dịch vụ ASEAN (AFAS); Hiệp định ASEAN về di chuyển thể nhân (MNP) và Hiệp định đầu tư toàn diện ASEAN (ACIA). Kế hoạch tổng thể xây dựng AEC hướng đến nhiều mục tiêu, trong đó có mục tiêu đưa ASEAN trở thành một thị trường đơn nhất và là cơ sở sản xuất chung với việc tự do di chuyển của 05 yếu tố bao gồm: hàng hoá, dịch vụ, đầu tư, vốn và lao động có tay nghề¹. Trong khi các yếu tố khác đều đã và đang được tự do hoá mạnh mẽ thì vấn đề tự do hoá lao động có tay nghề trong ASEAN còn tiến triển

* ThS., Khoa Luật quốc tế, Học viện Ngoại giao.

¹ Kế hoạch tổng thể xây dựng AEC (AEC Blueprints), đoạn 9-34.

chậm chạp và gặp nhiều vướng mắc trên thực tế².

Các quốc gia ASEAN đã ký kết nhiều văn kiện pháp lý ở mức độ khác nhau điều chỉnh trực tiếp hoặc gián tiếp vấn đề tự do hoá lao động trong khu vực. Theo Hiệp định AFAS, tự do hoá lao động nằm ở các cam kết liên quan tới phương thức cung cấp dịch vụ thứ tư là “hiện diện thể nhân”. Tuy nhiên, phương thức này sau đó được tách ra đàm phán riêng trong Hiệp định MNP năm 2012, và bắt đầu có hiệu lực ngày 14/06/2016. Ngoài ra, các nước ASEAN đã ký kết các Thoả thuận công nhận lẫn nhau (MRAs) trên 08 lĩnh vực cụ thể tạo điều kiện cho việc di chuyển lao động có tay nghề giữa các nước trong khu vực³. Bên cạnh đó, AEC Blueprints 2007 cụ thể hoá mục tiêu tự do di chuyển của lao động có tay nghề trên cả 03 trụ cột chính gồm chính trị - an ninh, kinh tế và văn hoá - xã hội. Các khía cạnh liên quan đến quyền của người lao động di trú cũng được ASEAN nhắc đến trong Tuyên bố của lãnh đạo ASEAN năm 2007.

Hiệp định khung ASEAN về dịch vụ (AFAS)

Hiệp định AFAS được ký kết ngày 15/12/1995 với các nội dung cơ bản tương tự như Hiệp định chung về thương mại dịch vụ của WTO (GATS). Hiệp định AFAS quy định các nguyên tắc chung làm cơ sở cho các vòng đàm phán để từng bước loại bỏ rào cản đối với thương mại dịch vụ giữa các nước ASEAN. Từ năm 1995 đến nay, các

nước ASEAN đã đưa ra 9 gói cam kết chung về dịch vụ, 6 gói cam kết về dịch vụ tài chính và 8 gói cam kết về dịch vụ vận tải hàng không.

Các gói cam kết này chủ yếu là các cam kết về 3 phương thức cung ứng dịch vụ đầu tiên, bao gồm: 1) Cung cấp dịch vụ qua biên giới, 2) Tiêu dùng ở nước ngoài và 3) Hiện diện thương mại. Cam kết về phương thức cung ứng dịch vụ thứ tư - hiện diện thể nhân cũng được các quốc gia đưa vào trong Biểu cam kết về dịch vụ nhưng mới ở mức độ hạn chế. Bảng dưới đây liệt kê Gói cam kết thứ 8 năm 2010 về phương thức thứ tư của 04 nước ASEAN tiêu biểu về nhận lao động nước ngoài (Malaysia, Singapore) và gửi lao động ra nước ngoài (Indonesia, Việt Nam)⁴ sẽ cho thấy, các nước còn rất dè dặt thỏa thuận về tự do hoá lao động trong Hiệp định AFAS⁵.

⁴ Theo tổng hợp của tác giả Aniceto C. Orbeta trong bài “Enhancing Labor Mobility in ASEAN: Focus on lower-skilled workers”, *PIDS Discussion Paper Series*, 02/2013, Singapore là quốc gia có số lượng lao động nước ngoài nhiều nhất trong ASEAN, chiếm 34.7% tổng lực lượng lao động của Singapore trong năm 2010. Malaysia vừa là nước tiếp nhận lao động vừa là nước gửi lao động ra nước ngoài, hiện có khoảng 22% lao động Malaysia là người nước ngoài. Trong khi đó, Indonesia là một trong 09 quốc gia gửi lao động ra nước ngoài nhiều nhất thế giới. Năm 2009, Indonesia có khoảng 1 triệu lao động ở nước ngoài và gửi kiều hối khoảng 10 tỷ USD. Năm 2015, Việt Nam có gần 116.000 lao động ở nước ngoài (theo báo Nhân dân điện tử, ngày 28/1/2016, xem tại <http://nhandan.com.vn/xahoi/tin-tuc/item/28645002-gan-116-nghin-lao-dong-di-lam-viec-o-nuoc-ngoai.html>). Tuy nhiên, số lượng lao động được cử đi và nhận về này không phản ánh lượng lao động di chuyển trong nội bộ ASEAN mà chỉ thể hiện tiềm năng về di chuyển lao động trong khu vực.

⁵ Tổng hợp của tác giả dựa trên Biểu cam kết dịch vụ trong Gói cam kết thứ 8 Hiệp định AFAS của các nước Malaysia, Singapore, Indonesia và Việt Nam.

² VCCI, Cẩm nang tóm lược Cộng đồng Kinh tế ASEAN (AEC), tr. 37.

³ Các văn kiện pháp lý ASEAN về Cộng đồng Kinh tế, xem tại <http://agreement.asean.org/search/by-pillar/2.html>, truy cập ngày 23/9/2016.

Malaysia	<p>Không cam kết về phương thức thứ tư, trừ các trường hợp:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Người di chuyển trong nội bộ doanh nghiệp (Intra-Cooperate Tranferees – ICTs) là quản lý cao cấp và chuyên gia (2 chuyên gia/tổ chức): tối đa 05 năm. - Các đối tượng khác (others) gồm chuyên gia và các nhà chuyên môn: tối đa 05 năm. - Khách kinh doanh (Bussiness Visitors – BVs): 90 ngày.
Singapore	<p>Không cam kết về phương thức thứ tư trừ trường hợp:</p> <ul style="list-style-type: none"> - ICTs (quản lý, điều hành, chuyên gia): 02 năm, gia hạn tối đa mỗi lần 03 năm và tổng thời gian không quá 08 năm.
Indonesia	<p>Phù hợp với pháp luật về lao động và di cư Indonesia:</p> <ul style="list-style-type: none"> - ICTs (giám đốc, quản lý và chuyên gia/tư vấn kỹ thuật): 02 năm, gia hạn tối đa 02 lần mỗi lần không quá 02 năm. Việc tiếp nhận cấp quản lý và chuyên gia kỹ thuật phụ thuộc vào đánh giá nhu cầu về kinh tế (Economic needs test). - BVs: 60 ngày, gia hạn tối đa 120 ngày.
Việt Nam	<p>Không cam kết về phương thức thứ tư, trừ các trường hợp:</p> <ul style="list-style-type: none"> - ICTs (quản lý, điều hành và chuyên gia): 03 năm, gia hạn tùy theo thời gian hoạt động của công ty ở Việt Nam. Ít nhất 20% quản lý, điều hành và chuyên gia của công ty phải là người Việt Nam; tuy nhiên, phải cho phép mỗi công ty có ít nhất 03 người quản lý/điều hành/chuyên gia không phải người Việt Nam. - Các đối tượng quản lý, điều hành và chuyên gia khác (Other personnel): 03 năm hoặc ngắn hơn, gia hạn tùy theo hợp đồng lao động với công ty tại Việt Nam. - Người bán hàng dịch vụ (Service sales persons): 90 ngày. - Người chịu trách nhiệm thiết lập hiện diện thương mại: 90 ngày. - Người cung cấp dịch vụ theo hợp đồng (Contractual Service Suppliers – CSS): 90 ngày hoặc theo thời hạn hợp đồng với các điều kiện cụ thể.

Có thể thấy, đa phần các quốc gia ASEAN đều không vượt quá những cam kết đã thỏa thuận theo Hiệp định GATS của WTO. Các cam kết chủ yếu liên quan đến hoạt động đầu tư, thương mại và chỉ tạo điều kiện tự do lao động cho nhóm lao động có tay nghề cao như quản lý, điều hành, chuyên gia ICTs. Nhóm BVs được phép lưu trú nhưng với thời gian ngắn. Riêng Việt Nam có những cam kết sâu hơn với các nhóm có tay nghề thấp hơn như CSS, người

bán hàng dịch vụ, người chịu trách nhiệm thiết lập hiện diện thương mại. Tuy nhiên, những cam kết này chỉ nhằm thu hút đầu tư và kinh doanh, chưa mở rộng ra các nhóm ngành nghề khác. Trong khi đó, lực lượng lao động chủ yếu ở các nước ASEAN là lao động phổ thông và không có tay nghề, do vậy, đa số các lao động trong ASEAN vẫn chưa thực sự hưởng lợi từ các cam kết này trong Hiệp định AFAS.

Hiệp định về di chuyển thể nhân ASEAN (MNP)

Hiệp định MNP được ký kết ngày 19/11/2012 với mục tiêu gỡ bỏ các rào cản, cho phép các thể nhân có thể di chuyển tạm thời qua biên giới các quốc gia ASEAN để tham gia vào thương mại hàng hoá, dịch vụ và đầu tư. Hiệp định có hiệu lực ngày 14/06/2016.

Theo Điều 2, Hiệp định MNP áp dụng với các quy định ảnh hưởng đến việc di chuyển tạm thời qua biên giới hoặc lưu trú tạm thời của thể nhân một nước thành viên ASEAN trên lãnh thổ của một nước thành viên ASEAN khác trong 04 trường hợp: (i) Khách kinh doanh (BVs); (ii) Người di chuyển trong nội bộ doanh nghiệp (ICTs); (iii) Người cung cấp dịch vụ theo hợp đồng (CSS); và (iv) Một số trường hợp khác theo biểu cam kết cụ thể của các nước thành viên.

Cam kết về tự do hoá lao động trong khuôn khổ Hiệp định MNP của 04 nước Malaysia, Singapore, Indonesia và Việt Nam không khác biệt so với Gói cam kết thứ 8 theo AFAS. Riêng Malaysia tăng thêm số lượng chuyên gia cho phép nhập cảnh và làm việc từ 02 chuyên gia/tổ chức lên 03 chuyên gia/tổ chức. Điều này dễ lý giải bởi, từ khi thông qua Gói cam kết thứ 08 đến khi ký kết Hiệp định MNP chỉ có 02 năm nên các quốc gia khó có thể thay đổi đáng kể trong chính sách lao động. Cam kết hạn chế trong Hiệp định MNP một lần nữa cho thấy, các quốc gia ASEAN còn dè dặt trong việc mở cửa thị trường lao động đối với các đối tác trong khu vực. Cam kết trong MNP vẫn chỉ nhằm vào nhóm lao động có trình độ cao trong các nhóm ICTs và BVs.

Trong khi đó, các quốc gia đang phát triển nói chung thường muốn có các cam kết về tự do hoá lao động đối với chuyên gia độc lập (Independent Professional – IP) và CSS⁶. Bởi trừ Brazil, Trung Quốc và Ấn Độ, hầu hết các quốc gia đang phát triển đều chưa có trụ sở của nhiều tập đoàn đa quốc gia nên không tận dụng được các cam kết đối với nhóm ICTs hay BVs. Do đó, việc tự do hoá lao động cho chuyên gia độc lập và người lao động theo hợp đồng sẽ cho phép các quốc gia đang phát triển gửi nhiều lao động ra nước ngoài làm việc có thời hạn hơn.

Các thoả thuận công nhận lẫn nhau (MRAs)

Hiệp định AFAS và Hiệp định MNP đã định ra khung pháp lý tạo điều kiện cho lao động có tay nghề di chuyển trong khu vực. Tuy nhiên, hai Hiệp định này mới chỉ quy định những nguyên tắc chung và biểu cam kết của các nước chứ chưa có quy định cụ thể về hài hoà hoá các tiêu chuẩn, điều kiện và thủ tục cho phép lao động nước ngoài làm việc trong khu vực ASEAN. Do vậy, các nước ASEAN đã ký kết các MRAs nhằm công nhận thẩm quyền, văn bằng, chứng chỉ và trình độ của lao động có tay nghề trong khu vực.

Cho đến nay, các nước ASEAN đã ký kết được 08 thoả thuận công nhận lẫn nhau trong 08 lĩnh vực dịch vụ, bao gồm: kiến trúc, tư vấn kỹ thuật, điều dưỡng, hành nghề y, nha sĩ, du lịch, kế toán kiểm toán và khảo

⁶ Sherry Stephenson & Gary Hufbauer, Chapter 13 “Labor Mobility”, *Preferential Trade Agreement Policies for development: A handbook*, edited by Jean-Pierre Chauffour & Jean-Christophe Maur, World Bank, Washington DC, 2011, tr. 277.

sát. Theo đó, đối với mỗi ngành dịch vụ, quy trình để lao động được công nhận và

được tự do làm việc trong ASEAN là không giống nhau⁷.

Lĩnh vực dịch vụ	Công nhận
Kiến trúc; Tư vấn kỹ thuật và Kế toán kiểm toán	Để làm việc tại một nước ASEAN, lao động cần trải qua 04 bước: - Ủy ban giám sát trong nước cấp chứng chỉ cho người lao động. - Ủy ban điều phối chuyên nghiệp ASEAN cấp chứng chỉ chuyên nghiệp cho người lao động. - Khi có chứng chỉ của ASEAN, lao động sẽ đủ điều kiện để đăng ký với cơ quan có thẩm quyền quản lý ngành nghề đó ở một nước ASEAN khác để được cấp phép hoạt động. - Lao động được phép hành nghề nhưng phải tuân thủ theo pháp luật và quy định hiện hành của nước sở tại và phải phối hợp với các lao động chuyên nghiệp tại nước sở tại.
Du lịch	Người lao động phải có chứng nhận trình độ du lịch đáp ứng được tiêu chuẩn trình độ chung ASEAN về du lịch. Chứng chỉ này được cấp bởi Hội đồng chứng nhận nghề du lịch trong nước. Người lao động phải tuân thủ các quy định pháp luật và quy định hiện hành tại nước sở tại.
Điều dưỡng, hành nghề y và Nha sĩ	Không có cơ chế đăng ký hành nghề chung ASEAN, do vậy lao động muốn hành nghề vẫn phải tuân thủ pháp luật và quy trình thủ tục liên quan tại nước sở tại.
Khảo sát	Mới chỉ có thoả thuận khung nhằm tạo khuôn khổ cho các nước ASEAN tham gia vào các cuộc đàm phán song phương hoặc đa phương. Tuy nhiên, cho đến nay, chưa có một thoả thuận song phương hay đa phương nào như vậy.

Có thể thấy, các MRAs của ASEAN mới chỉ điều chỉnh 08 lĩnh vực dịch vụ trong tổng số 12 ngành lớn và 155 phân ngành dịch vụ khác nhau theo phân loại dịch vụ của WTO. Số lượng này là rất hạn chế so với tiềm năng lao động của ASEAN. Hơn nữa, số lượng lao động thuộc các lĩnh

vực MRAs điều chỉnh đều là lao động có tay nghề và chỉ chiếm khoảng 1.5% lực lượng lao động khu vực, trong khi đó 87% lao động di chuyển trong nội khối ASEAN lại là lao động không có tay nghề⁸. Do vậy,

⁷ Tổng hợp của tác giả dựa trên quy định tại các MRAs.

⁸ Alexander Chipman Koty, *Labor Mobility in ASEAN: current commitments and future limitations*, <http://www.aseanbriefing.com/news/2016/05/13/asean-labor-mobility.html>, truy cập ngày 20/09/2016.

rất ít lao động trong ASEAN tận dụng được những lợi ích từ MRAs.

Trong 08 lĩnh vực dịch vụ có MRAs, chỉ có 03 lĩnh vực dịch vụ là kiến trúc, tư vấn kỹ thuật và kế toán kiểm toán đã bước đầu xây dựng cơ chế để thực thi, nhưng cũng chưa tạo ra được cơ chế công nhận tự động cho lao động các nước ASEAN. Lao động vẫn phải đăng ký theo quy trình nhiều bước từ trong nước đến cơ chế ASEAN; và vẫn phải tuân thủ đầy đủ các quy định pháp luật nước sở tại. Vì thế, quy trình này chưa tạo thuận lợi cho lao động làm việc tại các quốc gia ASEAN.

Đối với 05 lĩnh vực còn lại, các MRAs mới chỉ dừng lại ở mức thoả thuận khung hoặc dẫn chiếu đến pháp luật của nước sở tại hoặc nước cử lao động. Thực tế, đến nay MRA về du lịch vẫn chưa có hiệu lực, MRAs về lĩnh vực hành nghề y, điều dưỡng và nha sỹ vẫn phải dẫn chiếu đến pháp luật nước tiếp nhận lao động và hiện cũng chưa có bất kỳ thoả thuận song phương hay đa phương nào về lĩnh vực này⁹. Trong khi đó, yêu cầu về tiêu chuẩn giáo dục, văn bằng, trình độ đối với lao động của mỗi quốc gia ASEAN không giống nhau do phát triển không đồng đều.

Vì những nguyên nhân này, lao động trong ASEAN còn gặp rất nhiều khó khăn để tận dụng được các MRAs trên thực tế. Ví dụ, MRA về dịch vụ điều dưỡng cho phép y tá làm việc ở các quốc gia ASEAN khác nhau, nhưng để một y tá ở Phillipines có thể làm việc tại Thái Lan thì cần phải qua bài thi lấy chứng chỉ tiếng Thái theo quy định

⁹ VCCI, Cẩm nang tóm lược Cộng đồng Kinh tế ASEAN (AEC), tr. 32.

của Thái Lan¹⁰. Hay để lao động nước ngoài được phép làm việc tại Campuchia, Thái Lan, Myanmar và Lào, các công ty phải chứng minh rằng sẽ chuyển giao công nghệ và kỹ năng cho lao động địa phương và lao động nước ngoài sau này sẽ được thay thế bằng lao động địa phương. Tại Indonesia, các công ty phải chứng minh rằng lao động địa phương không thể làm được¹¹ công việc của lao động nước ngoài.

Kế hoạch xây dựng tổng thể Cộng đồng Kinh tế ASEAN (AEC Blueprints)

AEC Blueprints được thông qua năm 2007, trong đó, các khía cạnh về tự do hoá lao động được nêu trong cả ba lĩnh vực trụ cột của ASEAN. Cụ thể, về chính trị - an ninh, AEC đặt mục tiêu tăng cường tư pháp hình sự trong việc ứng phó với nạn buôn người, bảo vệ nạn nhân của nạn buôn người¹². Về kinh tế, AEC sẽ tạo thuận lợi cho việc di chuyển của lao động thông qua cấp thị thực, chứng chỉ hành nghề cho người lao động có tay nghề, công nhận văn bằng, thực hiện và thúc đẩy MRAs, nâng cao năng lực trong các ngành dịch vụ ưu tiên¹³... Về văn hoá - xã hội, AEC quan tâm phát triển nguồn nhân lực, thúc đẩy việc làm bền vững, bảo vệ và thúc đẩy quyền của lao động di cư¹⁴.

Tuy nhiên, AEC Blueprints không có giá trị ràng buộc pháp lý¹⁵. Vì vậy, sẽ không

¹⁰ Flavia Jurje, Sandra Lavenex, "ASEAN Economic Community: what model for labor mobility?", NCCR Working Paper No 2015/02; 01/2015, tr. 6.

¹¹ Alexander Chipman Koty, tldd.

¹² Flavia Jurje, Sandra Lavenex, tldd, tr. 7.

¹³ AEC Blueprints, Phần đoạn 33-34.

¹⁴ Flavia Jurje, Sandra Lavenex, tldd, tr. 7.

¹⁵ AEC Blueprints, đoạn 72.

có cơ chế mang tính cưỡng chế nào có thể áp dụng khi các nước thành viên không tuân thủ các cam kết trong AEC Blueprints. Hơn thế nữa, AEC cho phép các quốc gia có thể linh hoạt thực hiện các mục tiêu trong AEC Blueprints, phù hợp với lợi ích của các thành viên¹⁶. Do vậy, khó đạt được các mục tiêu đề ra nhằm thúc đẩy tự do hoá lao động trong ASEAN.

Tuyên bố ASEAN về bảo vệ và thúc đẩy quyền của người lao động di trú

Tuyên bố ASEAN về bảo vệ và thúc đẩy quyền của người lao động di trú được thông qua tại Cebu, Phillipines năm 2007. Tuyên bố kêu gọi các quốc gia ASEAN, cả nước gửi lao động và nước tiếp nhận lao động, phải đảm bảo quyền của người lao động bằng cách thực hiện các nghĩa vụ trong việc: (i) Bảo vệ người lao động không bị lạm dụng, phân biệt đối xử hay bạo hành, (ii) Quản lý lao động di cư, và (iii) Chống lại nạn buôn bán người. Tuyên bố cũng kêu gọi các quốc gia tăng cường hợp tác trong những vấn đề liên quan đến bảo vệ và thúc đẩy quyền của người lao động di cư bao gồm cả các thành viên gia đình của họ. Tuyên bố thể hiện ý chí của khu vực trong việc bảo đảm quyền của người lao động di trú, đặc biệt khi đa số các nước ASEAN đều chưa phê chuẩn các công ước của Liên hợp quốc và Tổ chức Lao động quốc tế (ILO) về tiêu chuẩn lao động cho lao động di trú¹⁷.

¹⁶ Flavia Jurje, Sandra Lavenex, tldd, tr. 7.

¹⁷ Công ước quốc tế về bảo vệ quyền của người lao động di trú và các thành viên gia đình của họ (1990) A/RES/45/158 mới chỉ có 02 quốc gia ASEAN là thành viên bao gồm Campuchia (ký) và Phillipines (ký và phê chuẩn). Trong tổng số 04 Công ước ILO về tiêu chuẩn lao động cho người lao động di trú (C21; C066; C097; C143), chỉ có Malaysia và

Sau khi ký kết tuyên bố, ASEAN đã thành lập một Ủy ban có nhiệm vụ dự thảo các công cụ của ASEAN để thực hiện mục tiêu của Tuyên bố. Hàng năm, ASEAN tổ chức Diễn đàn về người lao động di cư (AFML) tạo điều kiện trao đổi, chia sẻ quan điểm giữa các Chính phủ, tổ chức sử dụng lao động, và các tổ chức xã hội về những vấn đề liên quan đến lao động di cư trong khu vực Đông Nam Á. Ngoài ra, giữa các quốc gia ASEAN cũng có một số Biên bản ghi nhớ (MoU) nêu rõ việc bảo đảm các quyền cho người lao động di cư như Campuchia - Malaysia (1999), Campuchia - Thái Lan (2003), Indonesia - Malaysia (2004, 2006), Indonesia - Phillipines (2003), Lào - Thái Lan (2002), Myanmar - Thái Lan (2003) và Việt Nam - Malaysia (2003)¹⁸.

Tuy nhiên, Tuyên bố này cũng chỉ mang tính chất khuyến nghị với các nước thành viên. Kể cả các MoU giữa các nước ASEAN cũng không phải là một văn bản pháp lý có tính ràng buộc.

2. Một số hạn chế và khuyến nghị

Qua những phân tích trên đây có thể thấy, các hạn chế của khung pháp lý về tự do hoá lao động trong Cộng đồng kinh tế ASEAN tập trung ở các vấn đề sau: (i) Phạm vi áp dụng của các quy định còn hẹp, chỉ áp dụng cho lao động có tay nghề mà chưa điều chỉnh với lao động phổ thông, và chỉ tập trung vào các lĩnh vực liên quan đến thương mại đầu tư; (ii) Nhiều văn bản không có giá trị pháp lý ràng buộc mà chỉ

Phillipines phê chuẩn Công ước về di cư việc làm (C097) và Phillipines phê chuẩn Công ước về lao động di trú (Điều khoản bổ sung) (C143).

¹⁸ Flavia Jurje, Sandra Lavenex, tldd, tr. 9.

mang tính chất khuyến nghị và chưa có cơ chế cưỡng chế thi hành trong trường hợp vi phạm; và (iii) Cơ chế công nhận và cho phép lao động làm việc tự do còn nhiều bước và phức tạp, chưa khuyến khích được lao động tham gia vào thị trường ASEAN.

Do vậy, để tăng cường khung pháp lý và khuyến khích lao động tự do di chuyển trong ASEAN, các nước ASEAN cần có những nhóm giải pháp cụ thể như sau: *Thứ nhất*, cần tiếp tục đàm phán, mở rộng các cam kết trong Hiệp định MNP cả về phạm vi điều chỉnh (bổ sung thêm nhóm IP) và lĩnh vực điều chỉnh ngoài thương mại và đầu tư. *Thứ hai*, cần tăng thêm số lượng các lĩnh vực ký kết MRAs. Với các MRAs đã có, các quốc gia cần đàm phán và cam kết với các lĩnh vực đã có thoả thuận khung (điều dưỡng, hành nghề y, nha sĩ, khảo sát) và đơn giản hoá thủ tục công nhận lẫn nhau trong các lĩnh vực đã có hướng dẫn thực thi cụ thể (kiến trúc, tư vấn kỹ thuật, kế toán và

kiểm toán). *Thứ ba*, các mục tiêu trong AEC Blueprints nên được chuyển hoá thành các cam kết trong Hiệp định AFAS hoặc Hiệp định MNP để có tính ràng buộc pháp lý, tạo cơ sở áp dụng khi giải quyết tranh chấp. *Thứ tư*, các mục tiêu đặt ra trong tuyên bố ASEAN về quyền của người lao động di trú cần được chuyển thành các cam kết có tính ràng buộc cụ thể hoặc thúc đẩy các quốc gia ASEAN ký và phê chuẩn các Công ước quốc tế của Liên hợp quốc và ILO về tiêu chuẩn lao động cho người lao động di trú. *Cuối cùng*, ASEAN nên tham khảo mô hình về tự do hoá lao động của các khu vực khác như: khu vực Bắc Mỹ với các quy định của Hiệp định Thương mại tự do Bắc Mỹ (NAFTA), khu vực châu Âu với các quy định của Liên minh châu Âu (EU), hay khu vực Nam Mỹ với các quy định của Khối thị trường chung Nam Mỹ (MERCOSUR), để cải tiến mô hình hiện nay phù hợp với tình hình khu vực Đông Nam Á.