

THÔNG RA MỘT KỶ

5(337)

2016

NUM TH 45

TỔNG BIÊN TẬP

L MAI THANH

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

GS.TSKH. ÆÒ TR C
PGS.TS. B XUÂN C
PGS.TS. PH H H I
PGS.TS. TR N NH H O
PGS.TS. HÀ TH MAI H N
PGS.TS. PH M H U N H O
PGS.TS. NGUY N N H P H T
PGS.TS. L MINH TH NG
PGS.TS. NGUY N TRUNG T N
GS.TS. V KH NH VINH
PGS.TS. INH N C V NG

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

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

**Giấy phép ho ng
b ch s 121/GP-
BT/TT, ngày 22/4/2013**

In tại Công ty in Thủy Lợi

Giá 20.000

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

LUẬT HÀNH CHÍNH

❖ NGUYỄN VĂN VIÊN: Áp dụng mô hình quản lý nguồn nhân lực công theo vị trí việc làm ở Việt Nam hiện nay 3

❖ NGUYỄN ĐẶNG PHƯƠNG TRUYỀN: Định kỳ chuyển đổi vị trí công tác đối với công chức cấp xã: thực trạng và giải pháp 8

LUẬT HÌNH SỰ, LUẬT TỐ TỤNG HÌNH SỰ

❖ NGUYỄN VĂN THUYẾT: Quy định về trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân thương mại trong Bộ luật Hình sự năm 2015 13

❖ PHÍ THÀNH CHUNG: Nội dung quyền tư pháp của Tòa án nhân dân theo Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 20

LUẬT DÂN SỰ

❖ DƯƠNG QUỲNH HOA: Những điểm mới cơ bản của Bộ luật Dân sự năm 2015 25

❖ VŨ THỊ LAN ANH: Các vấn đề pháp lý đặt ra trong việc thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi 32

❖ TRẦN THỊ THU PHƯƠNG: Thỏa thuận pháp luật áp dụng trong quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài theo Bộ luật Dân sự năm 2015 40

LUẬT KINH TẾ, LUẬT LAO ĐỘNG

❖ TRẦN NGỌC DŨNG: Hoàn thiện quy định về cơ chế giám sát hoạt động quản lý, điều hành trong công ty cổ phần theo Luật Doanh nghiệp năm 2014 45

❖ LÊ HƯƠNG GIANG: Một số vấn đề pháp lý về hợp đồng đối tác công tư 50

❖ LÊ THỊ HOÀI THU: Tiếp cận dựa trên quyền con người trong xây dựng, thực thi pháp luật lao động ở Việt Nam 58

LUẬT ĐẤT ĐAI, LUẬT MÔI TRƯỜNG

❖ ĐẶNG ANH QUÂN: Bất cập trong các quy định về căn cứ giao đất, cho thuê đất của Luật Đất đai năm 2013 64

❖ VŨ THỊ DUYÊN THỦY: Hạn chế của pháp luật về buôn bán, vận chuyển, sử dụng động vật rừng nguy cấp, quý, hiếm tại Việt Nam 74

LUẬT QUỐC TẾ

❖ HOÀNG PHƯỚC HIỆP: Áp dụng trực tiếp điều ước quốc tế 79

MONTHLY ISSUE

5(337)

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:

tcnnpl@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

ADMINISTRATIVE LAW

❖ NGUYEN VAN VIEN: Application of the Model of Public Human Resource Management Based on Working Position in Vietnam Nowadays 3

❖ NGUYEN DANG PHUONG TRUYEN: Periodic Transfer of Working Position for Public Servants at the Commune Level: Practice and Solution 8

CRIMINAL LAW, CRIMINAL PROCEDURE LAW

❖ NGUYEN VAN THUYET: Provisions on Criminal Liability of a Commercial Legal Entity under the Penal Code of 2015 13

❖ PHI THANH CHUNG: The Content of Judicial Rights of People's Courts under the Criminal Procedure Code of 2015 20

CIVIL LAW

❖ DUONG QUYNH HOA: Main New Issues of the Civil Code of 2015 25

❖ VU THI LAN ANH: Legal Issues Regarding Contract Implementation in Case of Hardship 32

❖ TRAN THI THU PHUONG: Agreement on Applicable Law for Civil Relation Containing Foreign Factors under the Civil Code of 2015 40

ECONOMIC LAW, LABOUR LAW

❖ TRAN NGOC DUNG: Improving Provisions on Oversight of Management and Operation of Joint Stock Companies under the Law on Enterprises of 2014 45

❖ LE HUONG GIANG: Some Legal Issues of Public Private Partnership Agreements 50

❖ LE THI HOAI THU: Human Right Based Approach for Building up and Implementing Labour Law in Vietnam 58

LAND LAW, ENVIRONMENTAL LAW

❖ DANG ANH QUAN: Flaws of Provisions on Grounds of Land Allocation, Land Lease under the Law on Land of 2013 64

❖ VU THI DUYEN THUY: Shortcomings of Laws and Regulations on Trade, Transportation and Use of Endangered, Precious, Rare Wild Fauna in Vietnam 74

INTERNATIONAL LAW

❖ HOANG PHUOC HIEP: Direct Application of Treaties 79

ÁP DỤNG MÔ HÌNH QUẢN LÝ NGUỒN NHÂN LỰC CÔNG THEO VỊ TRÍ VIỆC LÀM Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

Nguyễn Văn Viên*

Tóm tắt: Ở Việt Nam, quản lý nguồn nhân lực công theo vị trí việc làm đang được nghiên cứu để áp dụng. Bài viết giới thiệu mô hình quản lý nguồn nhân lực công theo vị trí việc làm và nêu một số vấn đề đặt ra trong áp dụng mô hình này ở Việt Nam.

Abstract: In Vietnam, working position-based human resource management has been being studied for application. This article introduces the model of such management and points out some issues for the application of that model in Vietnam.

Quản lý nguồn nhân lực công là hoạt động quan trọng của quản lý nhà nước. Nguồn nhân lực công trong phạm vi bài viết này được hiểu là đội ngũ cán bộ, công chức, viên chức. Do điều kiện chính trị, kinh tế - xã hội, văn hóa khác nhau nên mỗi quốc gia có những mô hình quản lý nguồn nhân lực công khác nhau. Tựu chung lại, trên thế giới có 2 mô hình quản lý cơ bản, đó là mô hình quản lý nguồn nhân lực công theo ngạch bậc (hay còn gọi là mô hình/chế độ công vụ chức nghiệp) và mô hình quản lý nguồn nhân lực công theo vị trí việc làm (hay còn gọi là mô hình/chế độ công vụ việc làm).

Mỗi mô hình quản lý nguồn nhân lực công có những ưu điểm và hạn chế nhất định, nhưng mô hình quản lý nguồn nhân lực công theo vị trí việc làm đang là xu thế phát triển của nền công vụ. Vấn đề xây dựng vị trí việc làm trong nền công vụ đã và đang được Đảng và Nhà nước Việt Nam quan tâm, xem là giải pháp góp phần đổi mới phương thức quản lý nhân lực công, đồng thời là tiền đề quan trọng để Chính phủ triển khai một số đề án cải cách như cải cách tiền lương, tinh giản biên chế... nhằm đẩy mạnh công cuộc cải cách hành chính.

1. Mô hình quản lý nguồn nhân lực công theo vị trí việc làm

Mô hình quản lý nguồn nhân lực công theo vị trí việc làm là cách thức bố trí nhân sự công theo từng công việc cụ thể của tổ chức. Tổ chức chia hệ thống hoạt động thành rất nhiều công việc khác nhau và mỗi người (hoặc một số người) trong tổ chức được giao một công việc cụ thể trong suốt cuộc đời với một mức lương nhất định. Mô hình này còn được gọi là mô hình bàn cờ (hoặc mô hình ma trận), vì mỗi ô vuông của ma trận là một vị trí việc làm, tương ứng với mỗi ô vuông do một hoặc một số người đảm nhận tùy theo cường độ, khối lượng công việc. Mỗi một công việc được bố trí cho một người (hoặc một số người) và họ giữ vị trí đó đến lúc không tiếp tục đảm nhận được công việc nữa.

Khác với mô hình quản lý nguồn nhân lực công theo ngạch bậc, mô hình công vụ vị trí việc làm không xếp theo ngạch bậc của nhân lực công, mà bố trí theo từng vị trí công việc của nhân lực công. Do vậy, việc tuyển chọn nhân lực công vào làm việc không căn cứ vào văn bằng, chứng chỉ mà dựa vào năng lực thực tế của người đó. Mô hình công vụ việc làm dựa trên khái niệm “chuyên gia”, bởi mỗi vị trí công việc nhất

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

định đòi hỏi một nhân lực công cụ thể với những tiêu chuẩn phù hợp để đáp ứng yêu cầu công việc. Việc bố trí nhân lực công theo quan điểm vì việc mà tìm người¹.

Mô hình công vụ việc làm đòi hỏi người làm việc phải có các năng lực thực tế để đảm nhận được vị trí việc làm mà họ đảm nhiệm theo khung năng lực chung của vị trí việc làm đó. Mô hình công vụ việc làm không bắt buộc nhân lực công phải gắn với công việc mà họ đảm nhiệm như một chức nghiệp (cả đời làm công chức, viên chức), mà được coi là chế độ công vụ mở. Theo đó, nhân lực công hay bất cứ ai cũng có thể thi tuyển vào bất kỳ vị trí việc làm nào (kể cả vị trí lãnh đạo, quản lý) không phân biệt ứng viên là người thuộc khu vực công hay khu vực tư, miễn là họ đáp ứng được tiêu chuẩn công việc đề ra. Ngoài ra, vì là mô hình mở, nên việc “ra - vào” nền công vụ cũng rất linh hoạt.

Mô hình công vụ việc làm thiết kế vị trí công việc trên cơ sở yêu cầu, tiêu chuẩn công việc rất cụ thể, rõ ràng với mức độ phức tạp, quy mô công việc, đối tượng phục vụ, quản lý khác nhau... nên hệ thống tiền lương cũng khác biệt so với mô hình công vụ chức nghiệp. Sẽ không còn hệ thống thang bảng lương của mô hình công vụ chức nghiệp, thay vào đó là hệ thống lương theo vị trí việc làm. Do vậy, hệ thống lương theo mô hình công vụ việc làm rất đa dạng và phức tạp.

Mô hình công vụ việc làm được xem là công cụ quan trọng nhằm quản lý hiệu quả nguồn nhân lực của tổ chức công, giúp các tổ chức tuyển chọn được nguồn nhân lực phù hợp với yêu cầu công việc, thiết kế các

chương trình tập huấn, bồi dưỡng, đào tạo theo nhu cầu đặt ra. Mặt khác, việc xây dựng và ứng dụng mô hình quản lý này không chỉ giúp lãnh đạo đơn vị đánh giá sát mức độ quan trọng của từng công việc trong một tổ chức, tránh sự chồng chéo trong phân định chức năng, nhiệm vụ giữa các bộ phận, mà còn là căn cứ để thực hiện việc đánh giá nhân lực công một cách chính xác, khách quan, công bằng, làm cơ sở để trả lương, thưởng phù hợp với công việc đó².

Với những ưu điểm nổi trội như trên, quản lý nguồn nhân lực công theo vị trí việc làm cho phép lượng hóa các tiêu chí của quy trình công vụ như: tuyển dụng, đào tạo, đánh giá, trả lương... cho nhân lực công, vì tất cả xuất phát từ việc phân tích, mô tả các vị trí công việc trong nền công vụ. Nhờ đó, tính năng động, hiệu suất làm việc và tính thích ứng cao hơn, tận dụng được khả năng của nhân lực công thông qua môi trường “cạnh tranh”, kể cả thu hút các tài năng bên ngoài công vụ.

Tuy nhiên, để xây dựng và áp dụng mô hình công vụ việc làm là quá trình khó khăn, phức tạp, nhất là trong việc thiết kế mô hình tổ chức, mô tả công việc, xác định tiêu chuẩn, khung năng lực rõ ràng và cụ thể cho từng vị trí. Mặt khác, ở mô hình công vụ này, công việc của nhân lực công hay biến động, có thể dễ dàng bị mất việc nếu không đáp ứng đúng yêu cầu, tiêu chuẩn của từng vị trí; khó linh hoạt trong việc chuyển đổi nhân sự giữa các vị trí việc làm. Công tác thi tuyển, nội dung thi, môn thi, hình thức thi để chọn người phù hợp, cũng như tiêu chí đánh giá, các cơ chế giám sát, các biện pháp chế tài đối với hoạt động của

¹ Xem: Nguyễn Văn Hậu, *Mô hình vị trí việc làm trong cải cách công vụ*, <http://www.lamdong.gov.vn>, truy cập ngày 28/3/2016.

² Xem: Nguyễn Tiến Đình, *Công tác quản lý nhân lực hành chính công ở Việt Nam hiện nay*, <http://tcnn.vn>, truy cập ngày 28/3/2016.

nhân lực công trong từng lĩnh vực cụ thể, quản lý hệ thống lương... là những vấn đề thực tế đặt ra cần nghiên cứu giải quyết.

2. Một số vấn đề đặt ra trong áp dụng mô hình quản lý nguồn nhân lực công theo vị trí việc làm ở Việt Nam

Một là, xây dựng được bản mô tả công việc

Xây dựng bản mô tả vị trí việc làm chính là việc xác định các vị trí việc làm. Đây là bước đi đầu tiên, quyết định trực tiếp đến việc áp dụng mô hình quản lý nguồn nhân lực công theo vị trí việc làm. Bản mô tả công việc là căn cứ pháp lý của quản lý nhân lực công, không có bản mô tả công việc thì các khâu tuyển chọn, đào tạo, bố trí, phân công công việc, đánh giá nhân lực công sẽ không có ý nghĩa. Bản mô tả công việc cũng là một trong những căn cứ để tuyển chọn được nhân lực công phù hợp với yêu cầu của từng vị trí, từ đó sắp xếp, bố trí nhân lực công hợp lý, góp phần sử dụng hiệu quả nhân lực công.

Trong bản mô tả công việc, cần thể hiện bốn loại năng lực cơ bản, đó là:

- Năng lực tư duy bao gồm: khả năng nghiên cứu, phân tích, tổng hợp, nhận biết vấn đề, nguyên nhân của vấn đề cần được xử lý, giải quyết; khả năng lập luận, phân tích và nhận thức vấn đề một cách linh hoạt, tiếp cận khách quan vấn đề theo nhiều cách, nhiều góc độ khác nhau, hiểu được tính lô-gic, tính hệ thống khi xem xét, nghiên cứu vấn đề; khả năng đưa ra ý tưởng, giải pháp, cách làm để giải quyết vấn đề, thực thi nhiệm vụ một cách linh hoạt, sáng tạo, thích hợp với từng hoàn cảnh, điều kiện trong thực tiễn; khả năng tư duy chiến lược, tầm nhìn và hướng đến tương lai.

- Năng lực hành động bao gồm: khả năng tổ chức thực hiện công việc hiệu quả,

hoàn thành nhiệm vụ trong điều kiện thực tiễn phức tạp; khả năng tổ chức và thực hiện công việc một cách chủ động, tự tin, linh hoạt và thành thạo; khả năng xử lý các vấn đề phát sinh một cách thích hợp, hiệu quả; khả năng chịu trách nhiệm trong công việc, bảo đảm không để xảy ra sai sót trong công việc; khả năng liên kết, phối hợp trong thực thi nhiệm vụ...

- Năng lực quan hệ bao gồm: khả năng giao tiếp, thuyết phục, lãnh đạo, phối hợp với người khác; khả năng giao tiếp hiệu quả, thuyết phục, truyền cảm hứng cho mọi người để cùng thực hiện tốt nhất công việc; khả năng hỗ trợ, giúp đỡ, khuyến khích người khác cùng hoàn thành công việc; khả năng lãnh đạo, gây ảnh hưởng đến người khác, hướng các nỗ lực tập thể thông qua việc thu hút được sự ủng hộ, tán thành của các thành viên trong đơn vị đối với tầm nhìn của tổ chức, khiến cho họ cùng cố gắng, nỗ lực hoàn thành tốt công việc.

- Năng lực học tập, tiếp thu, đổi mới, sáng tạo, phát triển: là khả năng liên tục cập nhật thông tin, tiếp thu kiến thức và học tập, luôn tìm tòi những ý tưởng mới, có khát vọng liên tục phát triển.

Suốt một thời gian dài, Việt Nam thực hiện mô hình công vụ chức nghiệp và hiện nay đang bắt đầu chuyển sang mô hình công vụ việc làm. Do đó, cần coi trọng quy trình, chất lượng, làm từng bước vững chắc, lộ trình phù hợp, không tạo ra áp lực cho các cơ quan, địa phương. Mặt khác, cần có hướng dẫn khung với đề cương chi tiết để xác định cho những vị trí việc làm ở nhiều cơ quan, địa phương mà tính chất, đặc điểm, yêu cầu công việc, mức độ phức tạp, quy mô công việc tương đương nhau để tránh tình trạng cùng một vị trí việc làm như nhau nhưng mỗi nơi xác định một cách khác nhau.

Hai là, quản lý công việc theo định hướng kết quả

Khi áp dụng mô hình công vụ việc làm thì việc quản lý theo thời gian làm việc như hiện nay sẽ là hàng rào ngăn trở hiệu quả làm việc của nhân lực công. Để quản lý theo vị trí việc làm, cần áp dụng mô hình quản lý theo định hướng kết quả công việc.

Quản lý theo định hướng kết quả là muốn nhấn mạnh đến “kết quả cuối cùng” hơn là dừng lại ở các “kết quả trung gian” (hoặc còn gọi là sản phẩm trung gian). Để đạt được “kết quả cuối cùng” thì phải đạt được các “kết quả trung gian”, nếu không thì nhà quản lý sẽ tiếp tục suy nghĩ và tìm ra các hoạt động và giải pháp trung gian khác phù hợp hơn nhằm tiếp tục hoàn thành cho được kết quả cuối cùng.

Mục tiêu chỉ là kết quả của quá trình thực hiện kế hoạch công việc. Thực hiện công việc theo kế hoạch sẽ tạo ra các kết quả đầu ra. Để tạo ra các kết quả đầu ra thì phải có nguồn lực đầu vào, cần có lộ trình thực hiện, việc nào làm trước, việc nào làm sau, ai phụ trách việc gì... Dựa vào lộ trình này, nhà quản lý sẽ dễ dàng hơn trong giám sát và đánh giá khả năng thực hiện công việc của nhân lực công cũng như tiến độ hoàn thành so với mục tiêu đặt ra; qua đó, biết được vướng mắc để kịp thời điều chỉnh các hoạt động cho phù hợp nhằm mang lại hiệu quả cao hơn.

Sau khi đánh giá tình hình, các tổ chức thực hiện kế hoạch có thể điều chỉnh các sản phẩm đầu ra hoặc các chương trình hành động sao cho linh hoạt nhằm hoàn thành mục tiêu (hay kết quả) cuối cùng. Sự đánh giá, kiểm tra công tác thực thi công vụ trong mỗi tổ chức là giải pháp quan trọng để định hướng tổ chức, uốn nắn những lệch lạc trong quá trình thực hiện mục tiêu chung.

Ba là, sử dụng yếu tố của cơ chế thị trường

Nền hành chính công ngày càng phát triển theo hướng chuyển từ hình thức quản chế sang phục vụ, người dân không chỉ là công dân, mà còn khách hàng của nhà nước. Với tư duy như vậy, việc quản lý nguồn nhân lực công của một quốc gia không thể quản lý theo cách truyền thống là chia thành các ngạch, bậc, mà phải quản lý dựa trên công việc do mỗi cá nhân của nguồn nhân lực công đảm nhận.

Với mục tiêu xây dựng một Chính phủ giống với doanh nghiệp, các cơ quan nhà nước dần thay đổi theo những đặc điểm giống với tổ chức thuộc khu vực tư, thì việc sử dụng các yếu tố của cơ chế thị trường trong quản lý nguồn nhân lực công là điều tất yếu. Các yếu tố của cơ chế thị trường mà hành chính công có thể áp dụng bao gồm: tiêu chí cạnh tranh, tạo động lực làm việc gắn với kết quả, sử dụng các hình thức đấu thầu giữa các tổ chức của nhà nước và tổ chức tư nhân trong cung cấp dịch vụ công...³.

Sử dụng các yếu tố của cơ chế thị trường trong quản lý nguồn nhân lực công không chỉ giúp cho nhà nước thuận lợi trong việc quản lý và sử dụng nguồn nhân lực của mình mà còn giúp cho mỗi cán bộ, công chức, viên chức không ngừng nâng cao chất lượng và khả năng làm việc, qua đó nâng cao hiệu quả, hiệu lực công việc.

Bốn là, đổi mới công tác đánh giá nhân lực công

Mục đích của việc đánh giá nhân lực công làm rõ phẩm chất chính trị, đạo đức, năng lực, trình độ chuyên môn, nghiệp vụ,

³ Xem: Nguyễn Thị Hồng Hải, *Một số xu hướng thay đổi của hành chính công trong thế kỷ 21*, <http://caicachhanhchinh.gov.vn>, truy cập ngày 28/3/2016.

kết quả thực hiện nhiệm vụ được giao. Kết quả đánh giá là căn cứ để bố trí, sử dụng, bổ nhiệm, đào tạo, bồi dưỡng, khen thưởng, kỷ luật và thực hiện chính sách đối với nhân lực công⁴.

Như vậy, có thể thấy rằng việc đánh giá nhân lực công có ý nghĩa quan trọng để xem xét khả năng và mức độ hoàn thành công việc của nhân lực công. Tuy nhiên, hiện nay việc đánh giá chỉ mang tính hình thức, nội dung đánh giá chỉ liệt kê các công việc đã hoàn thành trong năm mà không chú trọng đến hiệu quả, hiệu suất của công việc. Để việc đánh giá nhân lực công đúng bản chất và ý nghĩa thì phương thức đánh giá cần thay đổi.

Việc đánh giá nhân lực công hằng năm phải căn cứ vào kết quả, hiệu quả làm việc; coi đó là thước đo chính để đánh giá phẩm chất, trình độ, năng lực của nhân lực công. Thẩm quyền đánh giá nhân lực công thuộc trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan đơn vị sử dụng nhân lực công; của người trực tiếp giao nhiệm vụ cho nhân lực công. Việc đánh giá phải theo quy trình đảm bảo dân chủ, công bằng, công khai, chính xác và trách nhiệm đối với đánh giá nhân lực công.

Năm là, sự tham gia của hệ thống chính trị

Việc xây dựng hệ thống vị trí việc làm sẽ dẫn đến thay đổi cấu trúc truyền thống, phải sắp xếp lại vị trí, việc làm để phù hợp với mục tiêu, yêu cầu của mô hình công vụ việc làm. Vì vậy, có nhiều người sẽ bị ảnh hưởng quyền lợi, từ đó sẽ không thực sự đồng tình, ủng hộ thực hiện việc quản lý theo vị trí việc làm⁵.

Mặt khác, việc áp dụng mô hình vị trí việc làm sẽ dẫn đến thay đổi cơ chế quản lý nhân lực công nên không tránh khỏi sức cản từ những người còn tư duy theo lối cũ và không muốn đổi mới. Ngoài ra, tình trạng bố trí, sử dụng nhân lực công dựa trên thâm niên, kinh nghiệm công tác, làm trái ngành, trái nghề hiện nay còn khá phổ biến nên việc xác định vị trí việc làm sẽ gặp nhiều khó khăn, đặc biệt trong công tác sắp xếp đội ngũ này.

Công tác cải cách đồng nghĩa với việc áp dụng mô hình mới, tiến bộ, mang lại hiệu quả về mặt quản lý nhà nước cũng như công việc và không thể tránh khỏi một số cá nhân bị ảnh hưởng đến quyền lợi riêng. Thói quen và sự tính toán lợi ích thiết hơn của chính lực lượng nhân sự ở ngay trong hệ thống bộ máy hành chính nhà nước hiện nay cũng là thách thức không nhỏ đối với quá trình áp dụng mô hình quản lý theo vị trí việc làm. Vì vậy, việc áp dụng mô hình vị trí việc làm cần phải có sự quyết tâm lớn của cả hệ thống chính trị thì mới đạt kết quả.

Dù không phải là mô hình hoàn hảo tuyệt đối, nhưng mô hình quản lý nguồn nhân lực công theo vị trí việc làm vẫn là mô hình có nhiều ưu điểm so với các mô hình quản lý nguồn nhân lực công khác, và việc áp dụng mô hình này ở Việt Nam chỉ là vấn đề thời gian. Tuy nhiên, do mô hình này còn khá mới, và việc quá quen với mô hình công vụ chức nghiệp, thì khi chuyển sang mô hình công vụ việc làm sẽ gặp nhiều khó khăn. Do vậy, để áp dụng mô hình này ở nước ta, cần phải có những giải pháp khả thi và lộ trình phù hợp.

⁴ Xem: Điều 55 Luật Cán bộ, công chức năm 2008 và Điều 39 Luật Viên chức năm 2010.

⁵ Xem: Hà An, *Áp dụng mô hình vị trí việc làm vào nền hành chính công cần có sự quyết tâm lớn*,

<http://www.baodaknong.org.vn>, truy cập ngày 28/3/2016.

ĐỊNH KỲ CHUYỂN ĐỔI VỊ TRÍ CÔNG TÁC ĐỐI VỚI CÔNG CHỨC CẤP XÃ: THỰC TRẠNG VÀ GIẢI PHÁP

*Nguyễn Đặng Phương Truyền**

Tóm tắt: Bài viết trình bày thực trạng thực hiện việc định kỳ chuyển đổi vị trí công tác đối với công chức cấp xã ở nước ta hiện nay, đồng thời kiến nghị một số giải pháp nhằm góp phần thực hiện có hiệu quả công tác này.

Abstract: This article presents the practice of periodic transfer of working position for public servants at the commune level in our country nowadays. It then makes some proposals to improve efficiently such transfer.

1. Đặt vấn đề

Định kỳ chuyển đổi vị trí công tác đối với cán bộ, công chức, viên chức (CB,CC,VC) được coi là một giải pháp quan trọng nhằm phòng ngừa tham nhũng. Trước đây, khi chưa có Luật Phòng, chống tham nhũng việc định kỳ chuyển đổi vị trí công tác của CB,CC,VC đã được thực hiện ở một số ngành và lĩnh vực nhưng chưa có quy định thống nhất. Năm 2005, Quốc hội thông qua Luật Phòng, chống tham nhũng¹ trong đó chính thức quy định việc định kỳ chuyển đổi vị trí công tác đối với CB,CC,VC để phòng ngừa tham nhũng². Đồng thời, trong Luật này Quốc hội giao Chính phủ quy định danh mục các vị trí công tác và thời hạn định kỳ chuyển đổi vị trí công tác của CB,CC,VC. Sau đó, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 158/2007/NĐ-CP ngày 27/10/2007 để triển khai thực hiện³. Những quy định này đảm

bảo việc định kỳ chuyển đổi vị trí công tác đối với CB,CC,VC được tiến hành thống nhất và chặt chẽ hơn.

Đối với cấp xã, định kỳ chuyển đổi vị trí công tác với các chức danh công chức cũng đã được chính quyền địa phương quan tâm và thực hiện theo quy định của Luật Phòng, chống tham nhũng và các văn bản hướng dẫn. Tuy nhiên, hiện nay việc thực hiện định kỳ chuyển đổi vị trí công tác đối với công chức cấp xã ở các địa phương vẫn còn nhiều điểm chưa thống nhất và bất cập cần được khắc phục.

2. Định kỳ chuyển đổi vị trí công tác đối với công chức cấp xã ở nước ta hiện nay

Chính quyền cấp xã là cấp chính quyền gần dân nhất, đội ngũ công chức cấp xã là đội ngũ trực tiếp thực hiện và giải quyết các công việc liên quan đến người dân. Do đó, công chức cấp xã công tác lâu ở một vị trí chức danh có thể tham nhũng; hoặc do làm lâu nên công chức cấp xã cũng dễ dàng tìm cách móc nối với người có liên quan để thực hiện những hành vi tham nhũng và tìm cách những nhiễu, tiêu cực. Vì vậy, việc định kỳ chuyển đổi vị trí công tác đối với các chức danh công chức cấp xã để chủ động phòng, ngừa tham nhũng là điều cần phải thực hiện.

* ThS., Học viện Hành chính quốc gia, Cơ sở TP. Hồ Chí Minh.

¹ Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2007, năm 2012).

² Xem Điều 43 Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2005.

³ Được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 150/2013/NĐ-CP ngày 01/11/2013 của Chính phủ.

Định kỳ chuyển đổi vị trí công tác là việc người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị quyết định điều động, bố trí, phân công lại vị trí công tác đối với CB,CC,VC có đủ thời hạn định kỳ chuyển đổi vị trí công tác tại các vị trí trong các lĩnh vực, ngành, nghề theo quy định phải định kỳ chuyển đổi. Hiện nay, việc thực hiện định kỳ chuyển đổi vị trí công tác được thực hiện bằng việc ban hành quyết định điều động, bố trí CB,CC,VC.

Theo quy định của Luật Cán bộ, công chức năm 2008 thì công chức cấp xã do cấp huyện quản lý⁴. Do đó, khi thực hiện định kỳ chuyển đổi vị trí công tác Ủy ban nhân dân (UBND) cấp huyện sẽ ban hành quyết định điều động, bố trí công tác đối với những công chức cấp xã thuộc diện định kỳ chuyển đổi.

*Việc chuyển đổi vị trí công tác được coi là một giải pháp quan trọng nhằm ngăn ngừa hiện tượng cấu kết, móc nối hình thành êkíp, đường dây tiêu cực, tham nhũng*⁵. Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2005 cũng quy định: “Cơ quan, tổ chức, đơn vị theo thẩm quyền quản lý có trách nhiệm thực hiện việc định kỳ chuyển đổi CB,CC,VC làm việc tại một số vị trí liên quan đến việc quản lý ngân sách, tài sản của Nhà nước, trực tiếp tiếp xúc và giải quyết công việc của cơ quan, tổ chức, đơn vị, cá nhân nhằm chủ động phòng ngừa tham nhũng”⁶. Nghị định số 158/2007/NĐ-CP cũng quy định: “Nghị định này quy định các vị trí công tác trong các lĩnh vực,

*ngành, nghề phải định kỳ chuyển đổi và thời hạn định kỳ chuyển đổi vị trí công tác trong các cơ quan, tổ chức, đơn vị của Nhà nước có liên quan đến việc quản lý ngân sách, tài sản của Nhà nước, trực tiếp tiếp xúc và giải quyết công việc của cơ quan, tổ chức, đơn vị, cá nhân nhằm chủ động phòng ngừa tham nhũng”*⁷.

Như vậy, định kỳ chuyển đổi vị trí công tác đối với công chức cấp xã là việc thực hiện chuyển đổi vị trí công tác đối với các chức danh công chức cấp xã ở một đơn vị hành chính (xã, phường, thị trấn) sang công tác ở đơn vị hành chính (xã, phường, thị trấn) khác nhằm chủ động phòng ngừa tham nhũng. Tuy nhiên, ở nhiều cơ quan vẫn còn tình trạng nhận thức chưa đúng, lẫn lộn giữa chuyển đổi vị trí công tác với điều động, luân chuyển. Do đó, cần phân biệt việc chuyển đổi vị trí công tác và luân chuyển cán bộ.

Luân chuyển cán bộ nhằm đào tạo, rèn luyện đội ngũ cán bộ để họ có điều kiện nâng cao trình độ hiểu biết và đủ năng lực thực tiễn đáp ứng được yêu cầu của người lãnh đạo, quản lý. Hiện nay, việc luân chuyển cán bộ thực chất là luân chuyển những cán bộ, công chức có chức vụ lãnh đạo quản lý: “Luân chuyển là việc cán bộ, công chức lãnh đạo, quản lý được cử hoặc bổ nhiệm giữ một chức danh lãnh đạo, quản lý khác trong một thời hạn nhất định để tiếp tục được đào tạo, bồi dưỡng và rèn luyện theo yêu cầu nhiệm vụ”⁸. Luân chuyển cán bộ được thực hiện theo quy hoạch, kế hoạch hàng năm. Quyết định số 27/2003/QĐ-TTg ngày 19/02/2003 của Thủ tướng Chính phủ quy định: “Thủ trưởng và tập thể lãnh đạo

⁴ Xem: Khoản 3 Điều 61 Luật Cán bộ, công chức năm 2008.

⁵ Viện Khoa học Thanh tra (Thanh tra Chính phủ) (2011), Tài liệu Bồi dưỡng về phòng, chống tham nhũng, Nxb. Chính trị quốc gia, tr. 124-125.

⁶ Khoản 1 Điều 43 Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2005.

⁷ Điều 1 Nghị định số 158/2007/NĐ-CP.

⁸ Khoản 11 Điều 7 Luật Cán bộ, công chức năm 2008.

cơ quan, đơn vị quyết định cụ thể từng trường hợp luân chuyển thuộc thẩm quyền quản lý⁹. Bên cạnh việc luân chuyển cán bộ theo quy hoạch, kế hoạch, Thủ trưởng và tập thể lãnh đạo cơ quan tự thảo luận, thống nhất điều động, luân chuyển cán bộ theo yêu cầu nhiệm vụ công tác, tăng cường bổ sung cán bộ cho các cơ quan, đơn vị có nhu cầu. Nghị quyết số 11-NQ/TW ngày 25/01/2002 của Bộ Chính trị về luân chuyển cán bộ lãnh đạo quản lý khẳng định: Việc luân chuyển cán bộ là một chủ trương rất quan trọng trong công tác cán bộ của Đảng, của toàn bộ hệ thống chính trị và các lực lượng vũ trang, nhằm bảo đảm thực hiện chủ trương đào tạo, bồi dưỡng toàn diện và sử dụng có hiệu quả đội ngũ cán bộ; tạo điều kiện cho cán bộ trẻ, có triển vọng, cán bộ trong quy hoạch được rèn luyện trong thực tiễn; tạo nguồn cán bộ lâu dài cho đất nước; tăng cường cán bộ cho các lĩnh vực và địa bàn cần thiết; khắc phục tình trạng cục bộ trong công tác cán bộ, khép kín trong từng ngành, từng địa phương và từng đơn vị. Đồng thời, Kết luận số 24-KL/TW ngày 05/6/2012 của Bộ Chính trị về đẩy mạnh công tác quy hoạch và luân chuyển cán bộ lãnh đạo quản lý đến năm 2020 và những năm tiếp theo cũng khẳng định: “*Kết quả luân chuyển cán bộ từ Trung ương về địa phương trong hai nhiệm kỳ Đại hội IX và X đã góp phần đào tạo được nhiều cán bộ*” và “*hầu hết cán bộ qua luân chuyển đều có bước trưởng thành, tích lũy được nhiều kinh nghiệm thực tiễn, có quan điểm nhìn nhận và phương pháp lãnh đạo, chỉ đạo toàn diện hơn, sát thực tế hơn*”¹⁰.

⁹ Khoản 5 Điều 13 Quyết định số 27/2003/QĐ-TTg ngày 19/02/2003 của Thủ tướng Chính phủ.

¹⁰ Kết luận số 24-KL/TW ngày 05/6/2012 của Bộ Chính trị về đẩy mạnh công tác quy hoạch và luân

Như vậy, việc chuyển đổi vị trí công tác là nhằm mục đích phòng ngừa tham nhũng và được thực hiện đối với CB,CC,VC nói chung, còn luân chuyển cán bộ là nhằm mục đích đào tạo, rèn luyện CB,CC,VC và được áp dụng đối với CB,CC,VC giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý.

3. Những khó khăn, vướng mắc trong thực hiện định kỳ chuyển đổi vị trí công tác đối với công chức cấp xã

Thứ nhất, chưa có quy định thống nhất về các chức danh công chức cấp xã phải thực hiện định kỳ chuyển đổi vị trí công tác

Theo quy định của Luật Cán bộ, công chức năm 2008 thì công chức cấp xã có 07 chức danh: Trưởng công an; Chỉ huy trưởng quân sự; Văn phòng - thống kê; Địa chính - xây dựng¹¹; Tài chính - kế toán; Tư pháp - hộ tịch; Văn hóa - xã hội. Tuy nhiên, hiện nay chưa có quy định thống nhất chức danh nào phải định kỳ chuyển đổi vị trí công tác.

Thực tế cho thấy, các địa phương thực hiện việc chuyển đổi vị trí công tác đối với chức danh Địa chính - xây dựng và chức danh Tài chính - kế toán. Bên cạnh đó, có địa phương thực hiện định kỳ chuyển đổi thêm chức danh Văn hóa - xã hội hoặc Tư pháp - hộ tịch.

Mặt khác, thực tế cũng cho thấy có rất nhiều đối tượng tham nhũng là cán bộ, công chức lãnh đạo, quản lý. Những đối tượng này thường gây ra những vụ tham nhũng

chuyển cán bộ lãnh đạo quản lý đến năm 2020 và những năm tiếp theo.

¹¹ Chức danh được Luật quy định là Địa chính - xây dựng - đô thị và môi trường (đối với phường, thị trấn) hoặc Địa chính - nông nghiệp - xây dựng và môi trường (đối với xã). Trong bài viết này, để đơn giản tác giả gọi tắt chức danh này là công chức “Địa chính - xây dựng”.

lớn, thiệt hại rất nghiêm trọng, nhưng pháp luật quy định không phải chuyển đổi vị trí công tác đối với các chức danh này. Chức danh Trưởng công an và Chỉ huy trưởng quân sự có thể được xem là 02 chức danh có chức vụ lãnh đạo, quản lý, và ở các địa phương 02 chức danh này không phải thực hiện việc định kỳ chuyển đổi vị trí công tác.

Do chưa có văn bản quy phạm pháp luật quy định trong các chức danh công chức cấp xã, chức danh nào phải định kỳ chuyển đổi vị trí công tác, dẫn đến việc thực hiện không thống nhất giữa các địa phương, hoặc lợi dụng kẽ hở của pháp luật để vụ lợi hay trù dập công chức.

Thứ hai, chưa quy định thời hạn định kỳ chuyển đổi đối với các chức danh công chức cấp xã thuộc diện định kỳ chuyển đổi

Trước đây, Nghị định 158/2007/NĐ-CP quy định thời hạn chuyển đổi vị trí công tác đối với tất cả các trường hợp, ở tất cả các ngành, nghề, lĩnh vực là 3 năm (đủ 36 tháng). Qua thực tế thực hiện quy định cho thấy, thời hạn 3 năm cho mọi vị trí, ngành, nghề, lĩnh vực mà CB,CC,VC công tác là chưa phù hợp. Có những vị trí, thời hạn 3 năm chỉ vừa đủ để CB,CC,VC làm quen với nơi làm việc mới và bước đầu thực hiện tốt công việc, sau 3 năm mới phát huy tác dụng. Ngược lại, có những vị trí công tác, thời hạn 3 năm mới chuyển đổi là quá dài, tác dụng phòng ngừa tiêu cực, tham nhũng sẽ bị hạn chế. Vì vậy, ngày 01/01/2013 Chính phủ đã ban hành Nghị định số 150/2013/NĐ-CP sửa đổi thời hạn chuyển đổi vị trí công tác là từ 02 năm (đủ 24 tháng) đến 05 năm (đủ 60 tháng) theo đặc thù của từng ngành, lĩnh vực. Đồng thời, Chính phủ giao Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ quy định cụ thể thời hạn định kỳ chuyển đổi vị trí công tác thuộc lĩnh

vực quản lý nhà nước của Bộ. Tuy nhiên, hiện chưa có Bộ, cơ quan ngang Bộ nào thực hiện việc này.

Thứ ba, chế độ, chính sách cho công chức cấp xã khi chuyển đổi vị trí công tác chưa đảm bảo

Khi thực hiện định kỳ chuyển đổi vị trí công tác, công chức cấp xã ở đơn vị hành chính này sẽ được chuyển sang công tác ở đơn vị hành chính khác. Thực tế có những trường hợp công chức cấp xã sẽ được chuyển đến các đơn vị hành chính có điều kiện khó khăn hơn trước.

Hiện nay, chúng ta còn thiếu quy định để khuyến khích, động viên CB,CC,VC nói chung, công chức cấp xã nói riêng chuyển đổi vị trí công tác như: nâng bậc lương trước thời hạn, phụ cấp đi lại...

Mặt khác, theo quy định hiện hành ở cấp xã có phụ cấp theo loại xã. Tuy nhiên, phụ cấp này chỉ áp dụng đối với cán bộ cấp xã mà không áp dụng đối với công chức cấp xã¹². Do đó, các chức danh công chức cấp xã được định kỳ chuyển đổi cũng không được hưởng mức phụ cấp này.

3. Một số kiến nghị

Từ những phân tích nêu trên, để góp phần thực hiện thống nhất và có hiệu quả việc định kỳ chuyển đổi vị trí công tác đối với công chức cấp xã, tác giả có một số kiến nghị sau đây:

Thứ nhất, quy định thống nhất các chức danh công chức cấp xã phải định kỳ chuyển đổi vị trí công tác

Hiện nay, chưa có quy định danh mục các chức danh công chức cấp xã phải định kỳ thực hiện chuyển đổi vị trí công tác. Vì vậy,

¹² Nghị định 92/2009/NĐ-CP quy định cán bộ cấp xã ở xã loại 1 được hưởng mức phụ cấp 10%, xã loại 2 hưởng mức phụ cấp 5% mức lương hiện hưởng.

tác giả kiến nghị bổ sung quy định giao Bộ Nội vụ chủ trì phối hợp với các Bộ, ngành liên quan quy định thống nhất các chức danh công chức cấp xã phải định kỳ chuyển đổi công tác. Theo tác giả, trong 07 chức danh công chức cấp xã thì ngoài chức danh công chức Tài chính - kế toán, Địa chính - xây dựng, Tư pháp - hộ tịch phải định kỳ chuyển đổi (đây là các chức danh có liên quan trực tiếp đến lĩnh vực nhạy cảm như đất đai, quản lý tài chính, ngân sách, hoạt động tư pháp, thường xuyên tiếp xúc với nhân dân, dễ phát sinh tiêu cực), thì chức danh Trưởng công an và Chỉ huy trưởng quân sự cấp xã cũng phải định kỳ chuyển đổi.

Ngoài ra, cần bổ sung quy định: “*Thực hiện chuyển đổi vị trí công tác đối với CB,CC,VC giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý đang công tác tại các ngành, nghề, lĩnh vực thuộc danh mục phải chuyển đổi*” để có cơ sở cho việc định kỳ chuyển đổi vị trí công tác đối với CB,CC,VC giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý.

Thứ hai, quy định thời hạn định kỳ chuyển đổi cho từng chức danh công chức cấp xã

Cần quy định thống nhất thời hạn định kỳ chuyển đổi vị trí công tác đối với các chức danh công chức cấp xã phù hợp với tính chất công việc của từng vị trí chức danh cụ thể. Theo tác giả, những ngành, nghề, vị trí công tác đòi hỏi chuyên môn sâu, nhiều kinh nghiệm nên quy định thống nhất là 5 năm (trường hợp chức danh công chức Địa chính - xây dựng, Tư pháp - hộ tịch, Trưởng công an, Chỉ huy trưởng quân sự); những chức danh công việc đặc thù nhạy cảm, dễ xảy ra tiêu cực, tham nhũng như chức danh Tài chính - kế toán thì quy định thống nhất 2 năm phải định kỳ chuyển đổi.

Hiện nay, Chính phủ giao Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ ban hành văn bản quy định cụ thể thời hạn định kỳ chuyển đổi vị trí công tác thuộc lĩnh vực quản lý nhà nước của Bộ, cơ quan ngang Bộ¹³. Tuy nhiên, các chức danh công chức cấp xã tham mưu UBND cấp xã quản lý nhà nước nhiều lĩnh vực. Do đó, rất khó xác định Bộ, cơ quan ngang Bộ nào quy định thời hạn định kỳ chuyển đổi vị trí công tác cho từng chức danh công chức cấp xã. Vì vậy, nên trao thẩm quyền quy định thời hạn định kỳ chuyển đổi cho Bộ Nội vụ như sau: “*Bộ Nội vụ chủ trì, phối hợp với các Bộ, cơ quan ngang bộ quy định cụ thể về thời hạn định kỳ chuyển đổi vị trí công tác đối với các chức danh công chức cấp xã*”.

Thứ ba, bổ sung quy định về các chế độ, chính sách hỗ trợ cho các chức danh công chức cấp xã phải thực hiện định kỳ chuyển đổi vị trí công tác

Chính phủ cần có chính sách để hỗ trợ những CB,CC,VC nói chung, công chức cấp xã nói riêng thuộc đối tượng định kỳ chuyển đổi vị trí công tác.

Ngoài ra, chúng tôi kiến nghị bổ sung quy định về phụ cấp cho công chức được chuyển đổi đến công tác tại các xã loại 1 và loại 2 vì tính chất công việc ở các xã này khó khăn và phức tạp hơn. Bên cạnh đó, cần nghiên cứu bổ sung quy định về chuyển đổi trở lại vị trí công tác của công chức nhằm thực hiện chính sách đào tạo, bồi dưỡng và tạo nguồn cán bộ lãnh đạo, quản lý ở cấp xã. Việc ban hành các chính sách, chế độ hỗ trợ nhằm thể hiện sự quan tâm, khuyến khích,

(Xem tiếp trang 39)

¹³ Xem khoản 4 Điều 1 Nghị định 150/2013/NĐ-CP ngày 01/11/2013 của Chính phủ.

QUY ĐỊNH VỀ TRÁCH NHIỆM HÌNH SỰ ĐỐI VỚI PHÁP NHÂN THƯƠNG MẠI TRONG BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 2015

*Nguyễn Văn Thuyết**

Tóm tắt: Bài viết phân tích và làm rõ những quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 về trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân thương mại. Trên cơ sở đó, tác giả đưa ra một số nhận xét, đánh giá.

Abstract: This article analyses and clarifies provisions of the Penal Code of 2015 on criminal responsibility of a commercial legal entity. On that basis, it provides relevant comment and evaluation.

Trách nhiệm hình sự (TNHS) đối với pháp nhân là một vấn đề không mới trong khoa học Luật hình sự, nhưng phải đến Bộ luật Hình sự 2015 (BLHS) mới chính thức được quy định. Việc tìm hiểu chế định này có ý nghĩa quan trọng trong thực tiễn công tác phòng ngừa, đấu tranh và chống tội phạm.

1. Khái niệm, điều kiện và phạm vi trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại

1.1. Khái niệm và cơ sở của việc quy định trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân thương mại

Trong tư duy lập pháp cho đến năm 2015, TNHS chỉ đặt ra đối với cá nhân, chỉ con người mới có thể là chủ thể của tội phạm. Quy định này hoàn toàn phù hợp với hệ thống lý luận Luật hình sự và yêu cầu của công tác phòng ngừa, đấu tranh chống tội phạm trong một khoảng thời gian dài.

Tuy vậy, trong những năm gần đây, cùng với quá trình hội nhập quốc tế và sự phát triển mạnh mẽ của nền kinh tế thị

trường, tình hình vi phạm pháp luật do pháp nhân thực hiện diễn ra phức tạp và ngày càng nghiêm trọng. Bên cạnh đó, mặc dù chúng ta đã có chế tài xử phạt vi phạm hành chính và căn cứ pháp luật khác để người dân, cơ quan, tổ chức có thể kiện đòi bồi thường thiệt hại đối với pháp nhân có hành vi vi phạm, nhưng các quy định này còn bất cập, kém hiệu quả. Điều này dẫn đến tình trạng pháp nhân coi thường pháp luật, ngang nhiên vi phạm. Mặt khác, mức phạt tiền trong Luật Xử lý vi phạm hành chính áp dụng đối với pháp nhân không vượt quá 2 tỷ đồng chưa đủ sức răn đe. Với mức phạt này, nhiều pháp nhân, nhất là các tập đoàn lớn hoặc các công ty đa quốc gia có thể chấp nhận nộp phạt để tiếp tục vi phạm. Ngoài ra, việc quy định xử lý hình sự đối với pháp nhân là xu thế chung trên thế giới, hiện có 119 nước trên thế giới đã quy định TNHS của pháp nhân. 5/10 nước trong Hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á đã quy định chính thức và 2/10 nước (Lào và Brunei) đang trong quá trình xem xét TNHS của pháp nhân¹.

* Khoa Luật, Học viện Cảnh sát nhân dân.

¹ Xem Chuyên đề 2, *Những điểm mới cơ bản của quy định về trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân trong*

Vấn đề cấp thiết không còn là việc thuyết phục để thay đổi quan niệm về chủ thể của TNHS mà là vấn đề xác định nội dung và kỹ thuật thể hiện các điều luật về TNHS của tổ chức². Có phải mọi pháp nhân đều phải chịu TNHS không? Và nếu chịu TNHS thì điều kiện và phạm vi như thế nào?

Điều 2 BLHS quy định: Chỉ pháp nhân thương mại nào phạm một tội đã được quy định tại Điều 76 của Bộ luật này mới phải chịu TNHS. Theo đó, TNHS được đặt ra đối với pháp nhân thương mại, còn đối với pháp nhân phi thương mại vấn đề TNHS không đặt ra.

Pháp nhân thương mại là pháp nhân có mục tiêu chính là tìm kiếm lợi nhuận và lợi nhuận được chia cho các thành viên. Pháp nhân thương mại bao gồm doanh nghiệp và các tổ chức kinh tế khác (khoản 1, 2 Điều 75 Bộ luật Dân sự 2015).

1.2. Điều kiện chịu trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại

Pháp nhân là một thực thể xã hội khác với cá nhân; bản thân pháp nhân không thể tự mình trực tiếp thực hiện được tội phạm³, mà phải thông qua hành vi của các chủ thể hoạt động trong pháp nhân. Điều 75, BLHS quy định pháp nhân thương mại chỉ phải chịu TNHS khi có đủ các điều kiện sau đây: (i) Hành vi phạm tội được thực hiện nhân danh pháp nhân thương mại; (ii) Hành vi phạm tội được thực hiện vì lợi ích của pháp nhân

thương mại; (iii) Hành vi phạm tội được thực hiện có sự chỉ đạo, điều hành hoặc chấp thuận của pháp nhân thương mại; (iv) Chưa hết thời hiệu truy cứu TNHS.

Hành vi phạm tội của pháp nhân có thể được thực hiện dưới hình thức hành động hoặc không hành động. Tuy nhiên, hành vi vi phạm đó phải nhân danh pháp nhân, có nghĩa rằng pháp nhân là chủ thể của vi phạm. Mặc dù pháp nhân hoạt động thông qua hành vi của cá nhân, nhưng những hành vi đó tạo ra quyền và nghĩa vụ cho pháp nhân⁴. Đồng thời, hành vi của những cá nhân đó được coi là hành vi và ý chí của pháp nhân⁵, xâm phạm đến các quan hệ xã hội được Luật hình sự bảo vệ.

Bên cạnh đó, hành vi phạm tội phải được thực hiện vì lợi ích của pháp nhân. Pháp nhân phải là chủ thể được hưởng lợi từ hành vi phạm tội, các cá nhân nhân danh pháp nhân thực hiện hành vi vì mục đích, lợi ích chung của pháp nhân⁶. Những lợi ích này thông thường là tài sản, tiền bạc, cũng có thể là những dạng lợi ích vật chất khác.

Như đã khẳng định, pháp nhân phạm tội thông qua hành vi của các cá nhân trong tổ chức. Tuy vậy, pháp nhân là một tổ chức có cơ cấu rõ ràng, có tư cách độc lập khi tham gia các quan hệ xã hội. Chính vì vậy, pháp nhân thông qua chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của mình để đưa ra đường lối hoạt động, phân công vai trò, vị trí cho các cá nhân trong tổ chức, hoặc chấp thuận các nhiệm vụ cụ thể của các cá nhân trong pháp

dự thảo Bộ luật Hình sự, Bộ Tư pháp, Hà Nội, 2015, tr. 8.

² Nguyễn Ngọc Hòa, *Trách nhiệm hình sự của chủ thể là tổ chức và vấn đề sửa đổi Bộ luật Hình sự Việt Nam*, Tạp chí Luật học, số 12, năm 2004, tr. 9-16.

³ Trịnh Quốc Toàn, *Vấn đề trách nhiệm hình sự của pháp nhân trong điều kiện phát triển nền kinh tế thị trường ở Việt Nam hiện nay*, Tạp chí Khoa học Đại học quốc gia Hà nội, Luật học, tập 29, số 1, năm 2013, tr. 60-73.

⁴ Hoàng Hải Yến, *Một số vấn đề trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân*, Tạp chí kiểm sát, số 22, năm 2014, tr. 32.

⁵ Phạm Hồng Hải, *Pháp nhân có thể là chủ thể của tội phạm hay không?*, Tạp chí Luật học, số 6/1999, tr. 16.

⁶ Đinh Hoàng Quang, *Quy định về trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân trong Bộ luật Hình sự Việt Nam*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 3/2015, tr. 56-62.

nhân. Trường hợp hành vi phạm tội mà không có sự chỉ đạo, điều hành, phân công hay đồng ý của pháp nhân, thì dù gây ra hậu quả nguy hại thế nào, TNHS cũng không đặt ra đối với pháp nhân. Ngược lại, khoản 2 Điều 75 BLHS ghi nhận một nội dung quan trọng: Việc pháp nhân thương mại chịu TNHS không loại trừ TNHS của cá nhân. Việc áp dụng hình phạt cho pháp nhân phạm tội không đồng nghĩa với việc bỏ qua TNHS của cá nhân⁷.

Ngoài ra, để pháp nhân phải chịu TNHS thì hành vi phạm tội phải chưa hết thời hiệu truy cứu TNHS theo quy định tại khoản 2 và khoản 3 Điều 27 BLHS.

1.3. Phạm vi chịu trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại

Có nhiều cách thức quy định phạm vi TNHS của pháp nhân. Một số quốc gia quy định TNHS của pháp nhân được áp dụng có tính chất chung cho mọi tội phạm, ví dụ: Anh, Hà Lan, Bỉ, Thụy Sĩ, Canada, Australia, Lúcxambua... Bên cạnh đó, một số quốc gia khi quy định phạm vi TNHS của pháp nhân đối với tội phạm cụ thể đã xác định rõ các pháp nhân chỉ phải chịu TNHS trong trường hợp luật quy định, ví dụ: Pháp, Trung Quốc, Thái Lan⁸... Pháp luật hình sự Việt Nam quy định pháp nhân thương mại chỉ phải chịu TNHS về một số tội phạm được quy định về tội phạm cụ thể. Theo Điều 76 BLHS, pháp nhân thương mại chỉ phải chịu TNHS về 31 tội phạm trong Phần các tội phạm nằm ở 2 chương. Trong

đó có, 22 tội phạm thuộc Chương các tội xâm phạm trật tự quản lí kinh tế quy định tại các điều: 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 200, 203, 209, 210, 211, 213, 216, 217, 225, 226, 227, 232, 234, và 9 tội phạm thuộc Chương các tội phạm về môi trường, bao gồm các điều: 235, 237, 238, 239, 242, 243, 244, 245, 246.

Việc quy định các tội phạm cụ thể mà pháp nhân phải chịu TNHS giúp cho việc áp dụng dễ dàng trong thực tiễn đấu tranh, phòng, chống tội phạm. Tuy nhiên, Điều 76 không thực sự cần thiết khi TNHS đối với pháp nhân thương mại phạm tội đã được quy định ở từng điều luật về tội phạm cụ thể.

2. Các loại hình phạt đối với pháp nhân thương mại phạm tội

Theo Điều 33 BLHS, hệ thống hình phạt đối với pháp nhân thương mại bao gồm hình phạt chính và hình phạt bổ sung. Trong đó, hình phạt tiền là hình phạt lưỡng tính, vừa có thể áp dụng là hình phạt chính vừa có thể áp dụng là hình phạt bổ sung. Các hình phạt đối với pháp nhân thương mại phạm tội bao gồm:

- Phạt tiền;
- Đình chỉ hoạt động có thời hạn;
- Đình chỉ hoạt động vĩnh viễn;
- Cấm kinh doanh, cấm hoạt động trong một số lĩnh vực nhất định;
- Cấm huy động vốn.

2.1. Phạt tiền

Cũng giống như hình phạt tiền đối với cá nhân phạm tội, phạt tiền đối với pháp nhân thương mại phạm tội là hình phạt có tính chất kinh tế nhằm vào tài sản của pháp nhân đó, được thực hiện bằng việc buộc pháp nhân phải nộp một khoản tiền nhất định.

Phạt tiền là hình phạt phổ biến nhất được áp dụng đối với pháp nhân thương mại phạm tội. Pháp nhân thương mại hoạt động

⁷ Nguyễn Quý Công, *Về vấn đề trách nhiệm hình sự của pháp nhân*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 10/2010, tr. 80-84.

⁸ Cao Thị Oanh, *Trách nhiệm hình sự của tổ chức theo quy định của pháp luật một số nước Asean*, Chuyên đề đề tài cấp Bộ, Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp, 2011, tr. 199.

vì mục tiêu chính là tìm kiếm lợi nhuận. Vì vậy hình phạt hiệu quả nhất đối với pháp nhân thương mại là nhằm vào tài sản của tổ chức, để đạt được mục tiêu của hình phạt là trừng trị đồng thời giáo dục pháp nhân, ngăn ngừa phạm tội mới, phòng ngừa và đấu tranh chống tội phạm.

Trong 31 điều luật quy định hình phạt đối với pháp nhân thương mại, thì tất cả đều có quy định hình phạt tiền. Có 65/84 điểm tại các khoản cuối cùng của những điều luật đó quy định hình phạt chính đối với pháp nhân thương mại là hình phạt tiền (chiếm 77,38%).

Như đã đề cập, hình phạt tiền có thể được áp dụng là hình phạt chính hoặc là hình phạt bổ sung, tùy từng trường hợp cụ thể. Trong trường hợp hình phạt chính không phải là hình phạt tiền thì được áp dụng hình phạt tiền là hình phạt bổ sung.

Về mức phạt tiền, theo quy định tại khoản 2 Điều 77 thì mức tiền phạt căn cứ vào tính chất, mức độ nguy hiểm của tội phạm, có xét đến tình hình tài chính của pháp nhân thương mại phạm tội cũng như sự biến động của giá cả, nhưng không được thấp hơn 50 triệu đồng. Điều 77 không quy định mức tối đa của hình phạt tiền áp dụng đối với pháp nhân.

Tuy vậy, về trường hợp hình phạt tiền là hình phạt chính đối với pháp nhân cho thấy, mức thấp nhất của hình phạt tiền đối với pháp nhân thương mại phạm tội là 100 triệu đồng ở Tội in, phát hành, mua bán trái phép hóa đơn, chứng từ thu nộp ngân sách nhà nước quy định tại điểm a khoản 4 Điều 203; trường hợp áp dụng là hình phạt bổ sung thì mức phạt tiền thấp nhất là 50 triệu đồng ở các tội như buôn lậu, vận chuyển trái phép hàng hóa, tiền tệ qua biên giới, tội sản xuất,

buôn bán hàng cấm, tội tàng trữ, vận chuyển hàng cấm...

Mức cao nhất của hình phạt tiền là hình phạt chính đối với pháp nhân thương mại được quy định tại điểm d khoản 6 Điều 194 về Tội sản xuất, buôn bán hàng giả là thuốc chữa bệnh, thuốc phòng bệnh, với mức phạt lên đến 20 tỉ đồng. Nếu là hình phạt bổ sung thì mức cao nhất là 2 tỉ đồng, được quy định tại điểm d khoản 6 Điều 211 về Tội thao túng thị trường chứng khoán.

So sánh với các hình phạt khác được áp dụng đối với pháp nhân thương mại, có thể thấy hình phạt tiền là hình phạt ít nghiêm khắc hơn so với hình phạt đình chỉ hoạt động có thời hạn hay đình chỉ hoạt động vĩnh viễn.

Phạt tiền áp dụng đối với pháp nhân thương mại và cá nhân phạm tội cũng có sự khác biệt. Trong BLHS, hình phạt tiền áp dụng đối với cả pháp nhân thương mại phạm tội và cá nhân phạm tội đều chỉ có một cách thức, đó là quy định khung với mức tối thiểu và tối đa mà không quy định tiền phạt bằng bội số của lượng tiền vi phạm hay thu lợi bất chính như trong Bộ luật Hình sự 1999. Tuy vậy, mức tối thiểu cũng như tối đa của hình phạt tiền đối với pháp nhân thương mại phạm tội cao hơn nhiều lần so với cá nhân phạm tội (50 triệu đồng so với 05 triệu đồng⁹, 20 tỉ đồng so với 05 tỉ đồng¹⁰).

2.2. Đình chỉ hoạt động có thời hạn

Đối với một số quốc gia, đặc biệt là các nước theo truyền thống pháp luật Common law, chế tài hình sự duy nhất áp dụng đối với pháp nhân phạm tội là phạt tiền, tiêu biểu là

⁹ Xem Điều 136, 138, 159, 165, 261... Bộ luật Hình sự 2015, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2015.

¹⁰ Xem Điều 188, 210, 212, 227 Bộ luật Hình sự 2015, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2015.

các nước như: Mỹ, Canada, Anh, Thụy Sĩ, Nhật Bản... Bên cạnh đó, một số quốc gia khác, ngoài hình phạt tiền còn quy định cả một hệ thống hình phạt áp dụng đối với pháp nhân phạm tội như: Pháp, Hà Lan, Bỉ, Thái Lan, Indonesia...¹¹. Một trong những hình phạt khá phổ biến bên cạnh hình phạt tiền đó là hình phạt đình chỉ hoạt động có thời hạn. Điều 78 BLHS Việt Nam quy định:

“Đình chỉ hoạt động có thời hạn là tạm dừng hoạt động của pháp nhân thương mại trong một hoặc một số lĩnh vực mà pháp nhân thương mại phạm tội gây thiệt hại đến tính mạng, sức khỏe con người, môi trường hoặc an ninh, trật tự, an toàn xã hội và hậu quả gây ra có khả năng khắc phục trên thực tế”.

Pháp nhân thương mại có thể hoạt động trên nhiều lĩnh vực khác nhau, khi áp dụng hình phạt, Tòa án có thể quyết định đình chỉ hoạt động của pháp nhân ở một hoặc một số lĩnh vực hoạt động của pháp nhân, pháp nhân đó vẫn có thể hoạt động ở những lĩnh vực khác không bị đình chỉ.

Đình chỉ hoạt động có thời hạn là một trong 3 hình phạt chính được áp dụng đối với pháp nhân thương mại phạm tội. Hình phạt này không nhằm tước bỏ quyền về tài sản đối với pháp nhân thương mại phạm tội như hình phạt tiền. Đình chỉ hoạt động có thời hạn là hình phạt nặng hơn hình phạt tiền, nhưng nhẹ hơn so với hình phạt đình chỉ hoạt động vĩnh viễn đối với pháp nhân thương mại phạm tội.

BLHS có tổng cộng 22/31 điều luật (chiếm tỉ lệ 56%) có quy định hình phạt đình chỉ hoạt động có thời hạn, với tổng số 24/84 điểm quy định đó là hình phạt chính

đối với pháp nhân thương mại phạm tội (chiếm 26%).

Theo quy định tại khoản 2 Điều 78, thì thời hạn đình chỉ hoạt động là từ 6 tháng đến 3 năm. Trong tổng số 24 điểm quy định hình phạt này, có đến 20 điểm quy định thời hạn đình chỉ hoạt động là 6 tháng đến 3 năm, 1 điểm quy định thời hạn 6 tháng đến 1 năm (điểm b khoản 5 Điều 239) và 3 điểm quy định thời hạn 6 tháng đến 2 năm.

Ngoài ra, ở các điều luật có quy định hình phạt đình chỉ hoạt động có thời hạn đối với pháp nhân thương mại phạm tội, hình phạt này được quy định cùng với hình phạt chính khác là phạt tiền. Tòa án có thể cân nhắc, lựa chọn dựa trên các căn cứ khác nhau của hành vi phạm tội hay tình hình kinh tế của pháp nhân thương mại mà không phải cứng nhắc quyết định một loại hình phạt bắt buộc.

2.3. Đình chỉ hoạt động vĩnh viễn

Theo quy định tại khoản 1 Điều 79, đình chỉ hoạt động vĩnh viễn là chấm dứt hoạt động của pháp nhân thương mại trong một hoặc một số lĩnh vực mà pháp nhân thương mại phạm tội gây thiệt hại hoặc có khả năng thực tế gây thiệt hại đến tính mạng của nhiều người, gây sự cố môi trường hoặc gây ảnh hưởng xấu đến an ninh, trật tự, an toàn xã hội và không có khả năng khắc phục hậu quả gây ra.

Đình chỉ hoạt động vĩnh viễn là một trong ba hình phạt chính được áp dụng đối với pháp nhân thương mại phạm tội, là hình thức khai tử pháp nhân trong một hoặc một số lĩnh vực hoạt động của pháp nhân do những hành vi phạm tội có tính chất mức độ nguy hiểm cao. Hình phạt này được ghi nhận tại 19/31 điều có quy định TNHS của pháp nhân thương mại. Đình chỉ hoạt động vĩnh viễn được quy định một cách độc lập,

¹¹ Cao Thị Oanh, *Nghiên cứu so sánh cơ sở lý luận và thực tiễn của việc áp dụng trách nhiệm hình sự đối với tổ chức*, Đề tài cấp Bộ, Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp, 2011, tr. 40-41.

không có các hình phạt khác, thể hiện tính cứng rắn, nghiêm khắc của loại hình phạt này.

Cần lưu ý rằng, một pháp nhân được thành lập có thể có nhiều mục đích khác nhau, hoạt động kinh doanh trong một hoặc nhiều lĩnh vực, nhưng nếu pháp nhân thương mại được thành lập chỉ để thực hiện tội phạm thì sẽ bị đình chỉ vĩnh viễn toàn bộ hoạt động, chấm dứt tư cách của pháp nhân theo quy định tại khoản 2 Điều 79 BLHS.

2.4. Cấm kinh doanh, cấm hoạt động trong một số lĩnh vực nhất định

Cấm kinh doanh, cấm hoạt động trong một số lĩnh vực nhất định được áp dụng khi xét thấy, nếu để pháp nhân thương mại bị kết án tiếp tục kinh doanh hoặc hoạt động trong lĩnh vực đó có thể gây nguy hại cho tính mạng, sức khỏe của con người hoặc cho xã hội.

Đây là hình phạt bổ sung, không được Tòa án tuyên độc lập mà được tuyên kèm theo các hình phạt chính đối với pháp nhân thương mại phạm tội; có tác dụng hỗ trợ cho hình phạt chính, giáo dục pháp nhân, ngăn ngừa pháp nhân phạm tội mới.

Cấm hoạt động trong một số lĩnh vực nhất định chỉ được áp dụng là hình phạt bổ sung và cũng chỉ được áp dụng đối với pháp nhân thương mại phạm tội mà không áp dụng đối với các chủ thể khác.

Pháp nhân thương mại phạm tội có thể bị Tòa án tuyên cấm kinh doanh hoặc hoạt động ở một hoặc nhiều lĩnh vực. Mặc dù ở Phần chung cũng như Phần các tội phạm không quy định cụ thể lĩnh vực cấm hoạt động kinh doanh, nhưng có thể hiểu đó là những lĩnh vực có liên quan đến hành vi phạm tội của pháp nhân thương mại.

Theo quy định tại khoản 3 Điều 80 BLHS, thời hạn cấm kinh doanh, cấm hoạt động trong một số lĩnh vực nhất định là từ 1 năm đến 3 năm, kể từ ngày bản án có hiệu lực pháp luật. Như vậy, thời gian thấp nhất khi đưa ra hình phạt bổ sung này là 1 năm và cao nhất là 3 năm. Ngoài ra, Tòa án có thể tuyên các thời hạn khác nhưng phải nằm trong khoảng thời gian nói trên.

Trong 31 điều luật quy định TNHS đối với pháp nhân thương mại, có 30 điều luật quy định hình phạt bổ sung là cấm kinh doanh hoặc hoạt động trong một số lĩnh vực nhất định. Điều 216 Tội trốn đóng bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế, bảo hiểm thất nghiệp là điều luật duy nhất không quy định hình phạt bổ sung này.

2.5. Cấm huy động vốn

Cấm huy động vốn được áp dụng khi xét thấy nếu để pháp nhân thương mại bị kết án huy động vốn thì có nguy cơ tiếp tục phạm tội.

Pháp nhân không thể kinh doanh, hoạt động được nếu thiếu vốn. Vốn là điều kiện tiên quyết để pháp nhân thương mại duy trì và mở rộng các hoạt động kinh doanh của mình. Có thể nói, cấm huy động vốn là một hình phạt bổ sung cần thiết, quan trọng áp dụng đối với pháp nhân thương mại nhằm hỗ trợ cho hình phạt chính.

Cấm huy động vốn được áp dụng là hình phạt bổ sung đối với pháp nhân thương mại phạm tội trong trường hợp xét thấy pháp nhân thương mại có nguy cơ tiếp tục phạm tội nếu được huy động vốn. Hình phạt này nhằm ngăn ngừa pháp nhân phạm tội.

Trong BLHS, hình phạt này được ghi nhận tại 26/31 điều luật quy định TNHS đối với pháp nhân thương mại phạm tội. Có 5 điều không quy định hình phạt cấm huy

động vốn bao gồm: Điều 216, Điều 235, Điều 237, Điều 238 và Điều 239. Đây là nhóm tội phạm mà nếu áp dụng hình phạt cấm huy động vốn sẽ không mang lại hiệu quả hoặc không ảnh hưởng đến việc pháp nhân thương mại tiếp tục thực hiện hành vi phạm tội.

Các hình thức cấm huy động vốn bao gồm:

- Cấm vay vốn ngân hàng, tổ chức tín dụng hoặc các quỹ đầu tư;
- Cấm phát hành, chào bán chứng khoán;
- Cấm huy động vốn khách hàng;
- Cấm liên doanh, liên kết trong và ngoài nước;
- Cấm hình thành quỹ tín thác bất động sản.

Thời hạn cấm huy động vốn là từ 1 năm đến 3 năm, kể từ ngày bản án có hiệu lực pháp luật.

3. Một số nhận xét

Việc quy định TNHS của pháp nhân trong BLHS là phù hợp với xu thế chung của thế giới, đáp ứng được yêu cầu hội nhập quốc tế. Đồng thời giải quyết được những vướng mắc trong thực tiễn công tác phòng ngừa, đấu tranh chống tội phạm do pháp nhân thương mại gây ra. Với những chế tài hết sức nghiêm khắc, sẽ góp phần giáo dục pháp nhân thương mại tôn trọng pháp luật, tuân theo các chuẩn mực xã hội, ngăn ngừa pháp nhân phạm tội mới.

Tuy nhiên, BLHS chỉ quy định TNHS đối với 2 nhóm tội phạm xâm phạm trật tự quản lý kinh tế và tội phạm về môi trường, còn đối với các nhóm tội phạm khác thì chưa đặt ra như: Nhóm các tội xâm phạm an toàn công cộng, trật tự công cộng (tội tài trợ khủng bố hay tội rửa tiền...); nhóm các tội phạm về chức vụ (tội nhận hối lộ, tội đưa

hối lộ...); tội phạm mua bán người... Thực tế cho thấy, những tội phạm này hoàn toàn có thể được thực hiện bởi các pháp nhân.

Điều đó thể hiện sự thiếu tương thích của BLHS với yêu cầu của các công ước quốc tế về phòng chống tội phạm mà Việt Nam là thành viên như: Công ước chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia, Công ước chống tham nhũng, Công ước chống tài trợ khủng bố và 40 Khuyến nghị của Cơ quan đặc nhiệm tài chính (FATF) về phòng chống rửa tiền...

Quy định về điều kiện chịu TNHS đối với pháp nhân có thể gặp vướng mắc trong thực tiễn bởi vì, sẽ rất khó khăn để minh chứng đầy đủ các điều kiện quy định tại Điều 75 BLHS. Có quan điểm cho rằng, nên quy định điều kiện chịu TNHS của pháp nhân thương mại theo dạng hành vi cụ thể với 3 trường hợp: Pháp nhân có thể phải chịu TNHS về hành vi không được thực hiện quy định trực tiếp cho pháp nhân; Pháp nhân có thể phải chịu TNHS về hành vi phạm tội được thực hiện nhân danh và vì lợi ích của chính nó; Pháp nhân phải chịu TNHS trong trường hợp người của pháp nhân phạm tội khi thực hiện công việc được pháp nhân giao và việc phạm tội này có phần lỗi của pháp nhân¹². Cách xác định này cũng có những điểm hợp lý và có thể phù hợp cho việc truy cứu TNHS của pháp nhân và phù hợp với khoa học Luật hình sự Việt Nam.

¹² Xem: Nguyễn Ngọc Hòa, *Trách nhiệm hình sự của chủ thể là tổ chức và vấn đề sửa đổi Bộ luật Hình sự Việt Nam*, Tạp chí Luật học, số 12, năm 2014, tr. 9-16.

NỘI DUNG QUYỀN TƯ PHÁP CỦA TÒA ÁN NHÂN DÂN THEO BỘ LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ NĂM 2015

*Phí Thành Chung**

Tóm tắt: Bài viết làm rõ nội hàm quyền tư pháp và yêu cầu thể chế quyền tư pháp của Tòa án trong Bộ luật Tố tụng Hình sự; phân tích nội dung các quy định mới của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 về vấn đề này.

Abstract: This article clarifies the content of judicial rights and requirement for legalization of judicial rights of people's courts in a Criminal Procedure Code. It then analyses the content of new issues on such rights under the Criminal Procedure Code of 2015.

1. Quyền tư pháp và yêu cầu thể chế quyền tư pháp của Tòa án trong quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự

1.1. Quan niệm quyền tư pháp

Về bản chất, “*Tư pháp là một lĩnh vực quyền lực nhà nước, được thực hiện thông qua hoạt động phân xử và phán xét tính đúng đắn, tính hợp pháp của các hành vi, các quyết định pháp luật khi có sự tranh chấp về các quyền và lợi ích giữa các chủ thể pháp luật*”¹.

Bản chất của tư pháp hay hoạt động tư pháp bắt nguồn từ quyền lực đặc biệt đó là quyền tư pháp. Trong đó, quyền tư pháp là một nội dung của quyền lực nhà nước, được định danh khi quyền lực nhà nước phân chia thành quyền lập pháp, quyền hành pháp và quyền tư pháp.

Trong tác phẩm Bàn về tinh thần pháp luật, Montesquieu giải thích: Quyền lập pháp là quyền làm ra luật... sửa đổi hay hủy bỏ luật (đã ban hành), quyền hành pháp là quyền quyết định việc hòa hay chiến, gửi đại sứ đi các nước, thiết lập an ninh, đề

phòng xâm lược, còn quyền tư pháp là quyền trừng trị tội phạm, phân xử tranh chấp giữa các cá nhân².

Theo định nghĩa của từ điển Black's Law Dictionary, quyền tư pháp (judicial power) là “*thẩm quyền được trao cho tòa án và các thẩm phán xem xét và quyết định các vụ việc và đưa ra phán quyết có giá trị bắt buộc thi hành đối với các vụ việc ấy; quyền giải thích và áp dụng pháp luật khi có tranh cãi phát sinh từ việc một điều gì đó có phù hợp hay không phù hợp với pháp luật điều chỉnh việc ấy*”³.

Ở Việt Nam, theo các nhà nghiên cứu, quyền tư pháp là: “*quyền xét xử các vụ án hình sự, dân sự, hôn nhân gia đình, kinh tế, lao động, hành chính*”⁴; “*xét xử các hành vi vi phạm hiến pháp, vi phạm pháp luật từ phía công dân và các cơ quan nhà nước;*

* Tòa án nhân dân thành phố Hà Nội.

¹ Nguyễn Đăng Dung, Thể chế tư pháp trong Nhà nước pháp quyền, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2005, tr. 11.

² Montesquieu, Bàn về tinh thần pháp luật, Nxb. Lý luận chính trị, Hà Nội, 2006, tr. 105-106.

³ Bryan. Garner (ed.), Black's Law Dictionary, 9th ed, 2009, tr. 924.

⁴ Viện Khoa học pháp lý, Từ điển luật học, Nxb. Từ điển Bách khoa, 2006, tr. 657.

*bảo vệ pháp luật, công lý, tự do của công dân và trật tự an toàn xã hội*⁵.

Mặc dù còn nhiều quan điểm và cách nhìn nhận khác nhau về quyền tư pháp, song nhận thức chung về quyền tư pháp cốt lõi vẫn là quyền xét xử, là việc nhân danh nhà nước giải quyết tranh chấp, giải quyết xung đột xã hội trên cơ sở pháp luật và lẽ công bằng, thông qua xét xử, theo các thủ tục tố tụng luật định. Quyền tư pháp do đó phân biệt với quyền lập pháp (xây dựng chính sách, tạo lập ra các quy tắc chung làm khuôn mẫu cho các hành vi) và quyền hành pháp (quản lý nhà nước, thực thi pháp luật, tổ chức đời sống theo pháp luật).

Trong xu thế phát triển dân chủ và xây dựng nhà nước pháp quyền trên thế giới hiện nay, khái niệm về quyền tư pháp đã không chỉ giới hạn ở chức năng xét xử thuần túy (áp dụng các quy định của pháp luật vào các tranh chấp cụ thể để xác định sự đúng sai, hợp pháp/bất hợp pháp trong hành vi của con người và xác định biện pháp chế tài tương ứng), mà đã mở rộng thêm nhiều quyền hạn khác như quyền giải thích pháp luật để phục vụ việc giải quyết vụ việc, hoặc quyền tuyên vi hiến các hành vi của cơ quan nhà nước, và quyền tạo ra án lệ...

1.2. Yêu cầu thể chế quyền tư pháp của Tòa án trong quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự

Với nội hàm quyền tư pháp như trên đòi hỏi được pháp luật nói chung và pháp luật tố tụng hình sự nói riêng thể chế hóa thành các quy định cụ thể đáp ứng các yêu cầu sau đây:

⁵ GS.VS. Nguyễn Duy Quý và PGS.TS. Nguyễn Tấn Viễn, Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam của dân, do dân, vì dân: Lý luận và thực tiễn, Nxb. Chính trị quốc gia, 2008, tr. 60.

a. Tòa án nhân danh Nhà nước thực hiện quyền tư pháp để bảo vệ các quyền và tự do của con người và của công dân.

Trong hoạt động tố tụng hình sự, các Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát có thẩm quyền ra các quyết định có liên quan đến việc hạn chế quyền, trong đó đặc biệt là các quyền về tự do cá nhân (bắt, tạm giam, khám nhà...) ảnh hưởng đến quyền con người, quyền công dân... Vì vậy, Tòa án với tư cách là cơ quan thực hiện quyền tư pháp phải phán quyết hoặc kiểm tra việc ra quyết định để bảo vệ các quyền ấy.

b. Tòa án ra quyết định giải quyết các tranh chấp, xung đột nhằm tìm kiếm chân lý và đạt được công lý trên cơ sở pháp luật và lẽ công bằng không bị giới hạn bởi phạm vi hoạt động của các chủ thể tiến hành tố tụng khác.

Tính đúng đắn của quá trình ra phán quyết của Tòa án khi thực hiện quyền tư pháp chỉ có được khi có 3 yếu tố cơ bản: i) Tình tiết khách quan của vụ việc; ii) Các quy định pháp luật có liên quan áp dụng cho vụ việc; iii) Tư duy logic của Thẩm phán, Hội thẩm. Trong tố tụng hình sự, nếu chỉ giới hạn quyền xác định tình tiết khách quan (chứng cứ) của Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát và phán quyết của Tòa án trong phạm vi truy tố của Viện kiểm sát, thì phán quyết của Tòa án có thể không đảm bảo tính đúng đắn (do thiếu căn cứ hoặc hạn chế phạm vi ra quyết định), do đó, mục đích của việc thực hiện quyền tư pháp không đạt được.

c. Tòa án có thẩm quyền giải thích pháp luật (trước hết là giải thích các quy phạm pháp luật phục vụ việc giải quyết vụ án), tạo ra án lệ; xem xét, tuyên bố (có thể chỉ là kiến nghị) các đạo luật, các hành vi của các nhánh quyền lực nhà nước vi hiến.

d. Tư pháp độc lập hay sự độc lập xét xử và chỉ tuân theo pháp luật của Thẩm phán, Hội thẩm trong quá trình xét xử phải được đảm bảo.

Tư pháp độc lập là sự độc lập của những người làm công tác xét xử đối với: i) Các cơ quan, tổ chức, cá nhân khác trong bộ máy cầm quyền, bao gồm cả lãnh đạo của Tòa án, Thẩm phán của Tòa án cấp trên; ii) Các bên đương sự trong vụ án; iii) Dư luận xã hội. Ngoài ra, sự độc lập của người làm công tác xét xử còn bao hàm sự độc lập của chính những người làm công tác xét xử với nhau (độc lập giữa các thành viên Hội đồng xét xử, độc lập với bản thân người làm công tác xét xử theo nghĩa không được xét xử những vụ việc mà bản thân họ có định kiến hoặc có lợi ích liên quan hoặc với các bên trong vụ việc ấy).

Yêu cầu thể chế quyền tư pháp với nội hàm tư pháp độc lập trước hết đòi hỏi phải quy định nguyên tắc về độc lập xét xử của Tòa án, trong đó quy định nội dung tư pháp độc lập và các yếu tố cơ bản đảm bảo độc lập.

đ. Đảm bảo nguyên tắc tranh tụng trong xét xử

Trong quá trình ra phán quyết của Tòa án, chất lượng của quyết định không chỉ phụ thuộc vào năng lực chuyên môn của người ra quyết định mà còn phụ thuộc vào số lượng và chất lượng thông tin của các bên cung cấp. Người bị áp dụng biện pháp chế tài cũng có quyền trình bày lý lẽ, thể hiện quan điểm, bản thân họ cũng là những người tham gia vào quá trình ra quyết định của tòa án. Cơ sở cho việc thực hiện điều này chỉ khi tranh tụng dân chủ trong xét xử được đảm bảo.

2. Các quy định về quyền tư pháp của Tòa án nhân dân trong Bộ luật Tố tụng Hình sự 2015

Thể chế hóa tinh thần cải cách tư pháp và cụ thể hóa quy định của Hiến pháp năm 2013, Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014, Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 đã có nhiều quy định về bảo đảm Tòa án thực hiện quyền tư pháp:

a. Sửa đổi, bổ sung và quy định mới các nguyên tắc cơ bản của Luật tố tụng hình sự về đảm bảo quyền tư pháp của Tòa án.

- Sửa đổi nguyên tắc “Thẩm phán, Hội thẩm xét xử độc lập và chỉ tuân theo pháp luật” (Điều 23), bổ sung quy định “*nghiêm cấm cơ quan, tổ chức, cá nhân can thiệp vào việc xét xử của Thẩm phán, Hội thẩm*”. Đồng thời, bổ sung chế tài xử lý: “*Cơ quan, tổ chức, cá nhân can thiệp vào việc xét xử của Thẩm phán, Hội thẩm dưới bất kỳ hình thức nào thì tùy tính chất, mức độ vi phạm mà bị xử lý kỷ luật, xử phạt vi phạm hành chính hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định pháp luật*”. Đặc biệt, trong nội dung của nguyên tắc, Bộ luật đã có quy định mới, mở rộng phạm vi yêu cầu về sự độc lập của Thẩm phán, Hội thẩm, không chỉ là “*khi xét xử*” như trong Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2003, mà “*Thẩm phán, Hội thẩm xét xử độc lập*”, bao gồm yêu cầu về độc lập trong toàn bộ quá trình thực hiện việc xét xử, từ chuẩn bị xét xử đến khi xét xử.

- Bổ sung nguyên tắc “Tranh tụng trong xét xử được đảm bảo” (Điều 26). Đây là nguyên tắc có nội dung hoàn toàn mới trong Bộ luật, thể chế hóa quan điểm của Đảng về cải cách tư pháp trong Nghị quyết 49/NQ-TW, là cơ sở pháp lý quan trọng xác định đổi mới căn bản mô hình tố tụng hình sự Việt Nam theo hướng, tiếp tục duy trì và phát huy những ưu điểm của mô hình tố

tụng thẩm vấn, đồng thời tiếp thu những hạt nhân tiến bộ, phù hợp của mô hình tố tụng tranh tụng.

Điều 26 đã hàm chứa những yếu tố cần và đủ bảo đảm tranh tụng trong xét xử. Cụ thể: i) Xác định vị trí trung tâm, vai trò điều hành, “trọng tài” trong phiên tòa xét xử của Tòa án; ii) Xác định tính chất “hai bên” của các chủ thể tham gia tranh tụng thông qua các quy định về chủ thể tố tụng; iii) Xác định tranh tụng diễn ra trong suốt quá trình giải quyết vụ án và được thể hiện tập trung ở phiên tòa xét xử; iv) Xác định vị trí bình đẳng của các chủ thể tố tụng trong việc cung cấp, đánh giá chứng cứ, tài liệu, đồ vật, yêu cầu tranh luận dân chủ tại phiên tòa.

Ngoài ra, để đảm bảo tranh tụng trong xét xử, Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 đã có nhiều quy định nhằm nâng cao chất lượng tranh tụng như: quy định trách nhiệm của Tòa án trong việc giải quyết yêu cầu cung cấp, bổ sung chứng cứ; triệu tập người làm chứng, người có thẩm quyền tiên hành tố tụng, người tham gia tố tụng khác đến phiên tòa (Điều 279); quy định Kiểm sát viên Viện kiểm sát cùng cấp phải có mặt tại phiên tòa, đối với vụ án nghiêm trọng, phức tạp thì có thể có nhiều Kiểm sát viên (Điều 289); quy định sự có mặt của người bào chữa (Điều 291); quy định sự có mặt của điều tra viên (Điều 296), người giám định, người định giá (Điều 294), người phiên dịch, dịch thuật (Điều 295); quy định về thủ tục tranh tụng tại phiên tòa (Mục V Chương XXI)...

b. Quy định về thẩm quyền “tự điều tra” của Tòa án trong tố tụng hình sự; Tòa án không bị giới hạn trong phạm vi truy tố của Viện kiểm sát.

- Nhằm tháo gỡ những vướng mắc trong thực tiễn, Bộ luật Tố tụng Hình sự năm

2015 đã cụ thể hóa các căn cứ Tòa án trả hồ sơ điều tra bổ sung trên cơ sở pháp điển hóa các quy định của Thông tư liên tịch số 01/TTLT/VKSNDTC-BCA-TANDTC ngày 27/8/2010. Đặc biệt, Bộ luật đã bổ sung 01 điều luật quy định về việc Tòa án xác minh, thu thập, bổ sung chứng cứ trong 02 trường hợp: i) Có yêu cầu của người tham gia tố tụng về việc xác minh, thu thập, bổ sung chứng cứ mà họ đã yêu cầu Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát nhưng không được chấp nhận; ii) Tòa án đã trả hồ sơ cho Viện kiểm sát để điều tra, bổ sung nhưng Viện kiểm sát không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ theo yêu cầu của Tòa án trong thời hạn nhất định. Đồng thời, quy định cụ thể các trường hợp và cách thức Tòa án tự mình xác minh, thu thập, bổ sung chứng cứ tại Điều 252. Đây là những quy định thể hiện rõ Tòa án thực hiện quyền tư pháp một cách độc lập, không “thụ động”, hạn chế trong phạm vi chứng cứ do các cơ quan tố tụng, chủ thể tố tụng khác thu thập.

- Nhằm tháo gỡ khó khăn trong thực tiễn xét xử, bảo đảm sự độc lập của Tòa án, bảo đảm phán quyết của Tòa án phải trên cơ sở xét hỏi, tranh tụng và những chứng cứ đã kiểm tra công khai tại phiên tòa, Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 tiếp tục quy định Tòa án có thể xét xử bị cáo về các khoản khác mà Viện kiểm sát đã truy tố trong cùng một điều luật hoặc về một tội khác bằng hoặc nhẹ hơn tội mà Viện kiểm sát đã truy tố; bổ sung quy định *Tòa án có thể xét xử bị cáo về tội danh nặng hơn* trong trường hợp Tòa án trả hồ sơ để Viện kiểm sát truy tố lại, Viện kiểm sát vẫn giữ nguyên quan điểm và giữ tội danh đã truy tố.

c. Quy định bổ sung thẩm quyền xem xét, kết luận về tính hợp pháp của các hành

vi, quyết định tố tụng, các chứng cứ, tài liệu trong tố tụng hình sự của Tòa án.

Để đảm bảo quyền tư pháp, Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 đã quy định bổ sung thẩm quyền của Tòa án trong việc: i) Xem xét, kết luận về tính hợp pháp của các hành vi, quyết định tố tụng của Điều tra viên, Kiểm sát viên, Luật sư trong quá trình điều tra, truy tố, xét xử; ii) Xem xét, kết luận tính hợp pháp của các chứng cứ, tài liệu do Cơ quan điều tra, Điều tra viên, Viện kiểm sát, Kiểm sát viên thu thập; do luật sư, bị can, bị cáo và những người tham gia tố tụng khác cung cấp (Điều 260, 326). Đồng thời, để có căn cứ xem xét, Bộ luật đã bổ sung quy định về việc Điều tra viên, Kiểm sát viên, người khác có thẩm quyền tiến hành tố tụng, người tham gia tố tụng trình bày ý kiến tại phiên tòa. Theo đó, khi thấy cần thiết, Hội đồng xét xử tự mình hoặc theo đề nghị của người tham gia tố tụng yêu cầu Điều tra viên, Kiểm sát viên, người khác có thẩm quyền tiến hành tố tụng, người tham gia tố tụng trình bày ý kiến để làm rõ những quyết định, hành vi tố tụng trong giai đoạn điều tra, truy tố, xét xử (Điều 371).

d. Tòa án phát hiện, kiến nghị sửa đổi, bổ sung hoặc hủy bỏ văn bản pháp luật trái luật.

Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 bổ sung quy định, trong quá trình xét xử vụ án hình sự, Tòa án phát hiện và kiến nghị với cơ quan có thẩm quyền xem xét, sửa đổi, bổ sung hoặc hủy bỏ văn bản pháp luật trái với Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết của Ủy ban Thường vụ Quốc hội để đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, cơ quan, tổ chức. Việc xem xét, trả lời Tòa án kết quả xử lý văn bản pháp luật bị kiến nghị được thực

hiện theo quy định của pháp luật (Điều 265). Mặc dù mới chỉ cho phép Tòa án kiến nghị mà không tuyên bố hủy bỏ các văn bản vi hiến, vi luật, nhưng quy định này cũng đã bước đầu thể hiện vị thế của Tòa án và quyền tư pháp trong hệ thống quyền lực nhà nước, đáp ứng yêu cầu kiểm soát quyền lực nhà nước.

Bên cạnh đó, mặc dù Bộ luật không có quy định chính thức về việc phát triển án lệ và thẩm quyền giải thích pháp luật của Tòa án, nhưng những quy định về việc này đã được ghi nhận trong Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014 (Điều 22): “*Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao có nhiệm vụ lựa chọn quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao, bản án, quyết định pháp luật đã có hiệu lực pháp luật, có tính chuẩn mực của các Tòa án, tổng kết phát triển thành án lệ và công bố án lệ để các Tòa án nghiên cứu và áp dụng trong xét xử*”.

Tóm lại, thể chế hóa quan điểm chỉ đạo của Đảng về cải cách tư pháp và cụ thể hóa quy định của Hiến pháp 2013, Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 đã có những quy định mới về quyền tư pháp của Tòa án nhân dân. Những quy định này thể hiện bước đột phá trong tư duy pháp lý, khẳng định vị thế trung tâm, kiểm soát quyền lực của Tòa án nhân dân, là cơ sở pháp lý quan trọng cho Tòa án trong việc bảo vệ công lý, đấu tranh phòng, chống tội phạm và bảo đảm quyền con người, quyền công dân trong giai đoạn mới. Tuy nhiên, đây mới là những quy định đặt nền móng bước đầu, vì vậy đòi hỏi phải tiếp tục nghiên cứu, cụ thể hóa thành những cơ chế để thực hiện có hiệu quả trong thực tiễn.

NHỮNG ĐIỂM MỚI CƠ BẢN CỦA BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015

*Dương Quỳnh Hoa**

Tóm tắt: Bộ luật Dân sự năm 2015 được Quốc hội thông qua ngày 24/11/2015 và có hiệu lực thi hành kể từ ngày 1/1/2017. Đây là đạo luật cơ bản của hệ thống pháp luật điều chỉnh các quan hệ dân sự được hình thành trên cơ sở bình đẳng, tự do ý chí, độc lập về tài sản và tự chịu trách nhiệm của các bên tham gia quan hệ đó. Bài viết trình bày một số quy định mới, có tính đột phá của Bộ luật này.

Abstract: The Civil Code of 2015 adopted by the National Assembly on 24 November 2015 will come into effect on 01 January 2017. This is the basic law of a legal system for civil relations established on the basis of equality, freedom of will, independence of property and self-responsibility of parties to those relations. This article presents main important new issues of this Code.

Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 được bố cục thành 6 phần, 27 chương với 689 điều (giảm 88 điều so với Bộ luật Dân sự năm 2005). BLDS năm 2015 đã loại ra khỏi kết cấu Phần “Quy định về chuyển quyền sử dụng đất” và Phần “Quyền sở hữu trí tuệ và Chuyển giao công nghệ”.

Việc xây dựng lại kết cấu của Bộ luật như trên đã khắc phục được tình trạng trùng lặp, chồng chéo, mâu thuẫn giữa các văn bản pháp luật về cùng một vấn đề. Đây cũng là biện pháp góp phần thực hiện một trong những quan điểm chỉ đạo của việc sửa đổi, bổ sung BLDS lần này là xây dựng Bộ luật thành bộ luật có vai trò là luật chung của hệ thống pháp luật dân sự, có tính khái quát, tính dự báo và tính khả thi, đáp ứng được kịp thời sự phát triển của các quan hệ xã hội vốn rất năng động thuộc phạm vi điều chỉnh của pháp luật dân sự, đồng thời bảo đảm được tính ổn định của Bộ luật này.

1. Về một số vấn đề chung

BLDS năm 2015 xác định rõ phạm vi chủ thể của quan hệ dân sự chỉ bao gồm cá nhân và pháp nhân; đồng thời, làm rõ bản chất của quan hệ dân sự, không liệt kê cụ thể các loại quan hệ dân sự. Hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân được thực hiện các giao dịch dân sự thông qua các thành viên hoặc thông qua người đại diện.

Để bảo đảm thống nhất trong nhận thức, xây dựng và áp dụng pháp luật dân sự, góp phần hình thành chuẩn mực pháp lý về cách ứng xử của cá nhân, pháp nhân, Bộ luật quy định 5 nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự. So với BLDS năm 2005, việc quy định các nguyên tắc của BLDS năm 2015 bao quát hơn, chỉ trong 01 điều luật, thay vì quy định thành 01 chương (Chương II Phần thứ nhất) với 09 điều luật (từ Điều 4 đến Điều 13) như trước đây.

BLDS năm 2015 xây dựng được cơ chế hợp lý áp dụng pháp luật dân sự. BLDS năm 2015 quy định về việc áp dụng pháp luật dân sự theo hướng: xác định BLDS là

* TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

Bài viết được công bố trong khuôn khổ thực hiện nhiệm vụ cấp Bộ: “Báo cáo thường niên 2016: Triển khai thi hành Bộ luật Dân sự (sửa đổi)”.

luật chung điều chỉnh các quan hệ dân sự; các luật khác có liên quan không quy định hoặc có quy định nhưng trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự thì quy định của BLDS được áp dụng; trường hợp có sự khác nhau giữa quy định của Bộ luật và điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên về cùng một vấn đề thì áp dụng quy định của điều ước quốc tế. Quy định này đã xác định rõ hơn việc xử lý mối quan hệ giữa BLDS với tư cách là luật chung với luật chuyên ngành.

2. Về xác lập, thực hiện và bảo vệ quyền dân sự

BLDS năm 2015 sửa đổi, bổ sung nhiều quy định của BLDS năm 2005; cụ thể hóa Hiến pháp năm 2013 nhằm ghi nhận, tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm quyền con người, quyền công dân trong lĩnh vực dân sự, thể hiện ở một số nội dung chủ yếu sau:

- Cá nhân, pháp nhân thực hiện quyền dân sự theo ý chí của mình nhưng không được trái với những nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự và không được vượt quá giới hạn thực hiện quyền dân sự được quy định tại Bộ luật này;

- Cá nhân, pháp nhân không được lạm dụng quyền dân sự để gây thiệt hại cho người khác; để vi phạm các nghĩa vụ của mình hoặc để thực hiện mục đích khác trái pháp luật. Trường hợp cá nhân, pháp nhân không tuân thủ quy định này thì Tòa án hoặc cơ quan có thẩm quyền khác căn cứ vào tính chất, hậu quả của hành vi vi phạm có thể không bảo vệ một phần hoặc toàn bộ quyền của họ, buộc bồi thường nếu gây thiệt hại và có thể áp dụng chế tài khác do luật quy định.

Khi quyền dân sự của cá nhân, pháp nhân bị xâm phạm thì chủ thể đó có quyền

tự bảo vệ theo quy định của pháp luật. Tuy nhiên, việc tự bảo vệ quyền dân sự phải phù hợp với tính chất, mức độ xâm phạm và không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự.

Tòa án, cơ quan có thẩm quyền khác có trách nhiệm tôn trọng, bảo vệ quyền dân sự của cá nhân, pháp nhân với các phương thức được quy định tại Điều 11 Bộ luật. Trường hợp quyền dân sự bị xâm phạm hoặc có tranh chấp thì việc bảo vệ quyền được thực hiện theo pháp luật tố tụng tại Tòa án hoặc trọng tài. Việc bảo vệ quyền dân sự theo thủ tục hành chính được thực hiện trong trường hợp luật quy định. Quyết định giải quyết vụ việc theo thủ tục hành chính có thể được xem xét lại tại Tòa án.

BLDS năm 2015 cũng bổ sung các công cụ pháp lý giúp Tòa án có đủ căn cứ giải quyết các vụ việc dân sự, nhất là khi chưa có điều luật để áp dụng. Để bảo đảm tính khả thi của cơ chế này, BLDS 2015 đã có những sửa đổi, bổ sung quan trọng về áp dụng tập quán, áp dụng tương tự pháp luật. Các trường hợp không thể áp dụng tập quán, áp dụng tương tự pháp luật thì áp dụng các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự, án lệ, lẽ công bằng để giải quyết, đó là trường hợp các bên không có thoả thuận, pháp luật không có quy định thì có thể áp dụng tập quán nếu tập quán không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự được quy định tại Điều 3 của Bộ luật; trường hợp các bên không có thoả thuận, pháp luật không có quy định và không có tập quán thì áp dụng quy định của pháp luật điều chỉnh quan hệ dân sự tương tự; trường hợp không thể áp dụng tương tự pháp luật thì áp dụng các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự, án lệ, và lẽ công bằng. Đây được xem là điểm mới nổi bật nhất trong

các quy định về bảo vệ quyền dân sự của BLDS năm 2015. Theo pháp luật Việt Nam hiện hành, thẩm phán có thể từ chối giải quyết một vụ việc dân sự khi pháp luật không có quy định. Thực tiễn cho thấy, thời gian qua, quy định của pháp luật dân sự nói chung và BLDS nói riêng còn nhiều khoảng trống, chưa phù hợp hoặc chưa phản ánh đầy đủ các quan hệ dân sự phát sinh trong đời sống kinh tế - xã hội. Điều đó đã gây ra không ít khó khăn cho Tòa án trong giải quyết các vụ việc dân sự. Tiếp thu kinh nghiệm của các nước, BLDS năm 2015 lần đầu tiên quy định Tòa án không được từ chối yêu cầu giải quyết vụ, việc dân sự vì lý do chưa có điều luật để áp dụng, nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, pháp nhân phù hợp với tinh thần của Hiến pháp năm 2013. Quy định này cũng cho thấy sự nhất quán của BLDS năm 2015 và Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 trong việc bảo đảm quyền khởi kiện của các chủ thể nhằm bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của mình trước Tòa án. Đây là một quy định mới, mang tính đột phá, xác định rõ trách nhiệm của Nhà nước trong việc giải quyết tranh chấp, góp phần bảo vệ quyền con người, quyền công dân trong lĩnh vực dân sự.

3. Về chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự

So với BLDS 2005, vấn đề chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự được quy định tại BLDS 2015 có nhiều điểm khác biệt.

Khác với BLDS 2005, BLDS 2015 không quy định thể nào là chủ thể của một quan hệ pháp luật dân sự, mà quy định: “Bộ luật này quy định địa vị pháp lý, chuẩn mực pháp lý về cách ứng xử của cá nhân, pháp nhân” (Điều 1). Như vậy, BLDS 2015 chỉ ghi nhận cá nhân và pháp nhân là hai chủ thể độc lập, không coi hộ gia đình và tổ hợp

tác là chủ thể độc lập của quan hệ pháp luật dân sự. Tuy nhiên, vẫn thừa nhận chúng là những thực thể pháp lý đang tồn tại trong đời sống xã hội, tham gia vào nhiều quan hệ pháp luật dân sự. Điểm mới này của BLDS năm 2015 đã giải quyết được những vướng mắc, bất cập trong nhiều năm qua liên quan đến hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân khi tham gia các giao dịch dân sự.

- Đối với chủ thể quan hệ pháp luật là cá nhân, BLDS 2015 bổ sung trường hợp loại trừ năng lực hành vi dân sự (NLHVDS) đầy đủ¹. Bên cạnh quy định các trường hợp hạn chế NLHVDS, mất NLHVDS, BLDS năm 2015 bổ sung thêm trường hợp người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi². Bộ luật đã bổ sung nhiều cơ chế pháp lý mới, hợp lý để bảo vệ tốt hơn quyền của những người yếu thế, đặc biệt là chế độ giám hộ đối với người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự, người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi của mình. Bộ luật cũng bổ sung quy định quyền nhân thân với các đối tượng khiếm khuyết NLHVDS; làm rõ quy định về quyền có họ, tên; tách riêng quyền thay đổi họ và quyền thay đổi tên thành 02 điều, đồng thời, cụ thể hóa từng trường hợp được phép thay đổi họ, tên; thừa nhận quyền sống bên cạnh quyền được bảo đảm an toàn về tính mạng, sức khỏe, thân thể; cụ thể hóa trường hợp khai sinh, khai tử cho trẻ chết sau khi sinh...

BLDS năm 2015 quy định cá nhân có quyền xác định lại giới tính. Việc xác định lại giới tính của một người được thực hiện trong trường hợp giới tính của người đó bị khuyết tật bẩm sinh hoặc chưa định hình chính xác cần có sự can thiệp của y học. Cá

¹ Xem khoản 2 Điều 20 BLDS 2015.

² Xem Điều 23 BLDS 2015.

nhân đã thực hiện việc xác định lại giới tính có quyền, nghĩa vụ đăng ký thay đổi hộ tịch theo quy định của pháp luật về hộ tịch; có các quyền nhân thân phù hợp với giới tính đã được xác định lại theo quy định của Bộ luật này và luật khác có liên quan.

BLDS năm 2015 cho phép chuyển đổi giới tính theo quy định của luật (Điều 37). Theo đó, cá nhân đã chuyển đổi giới tính có quyền, nghĩa vụ đăng ký thay đổi hộ tịch theo quy định của pháp luật về hộ tịch; có các quyền nhân thân phù hợp với giới tính đã được chuyển đổi theo quy định của Bộ luật này và luật khác có liên quan.

Với quy định về xác định lại giới tính và chuyển đổi giới tính, BLDS năm 2015 đã đáp ứng được nhu cầu của một bộ phận công dân trong xã hội, đồng thời phù hợp với thông lệ quốc tế và không trái với truyền thống, phong tục của dân tộc.

Tuy nhiên, BLDS năm 2015 quy định: “việc chuyển đổi giới tính được thực hiện theo quy định của luật”, hay nói cách khác - khi Quốc hội ban hành luật chuyển đổi giới tính.

- Để cụ thể hóa nội dung, tinh thần của Hiến pháp về các chủ thể thuộc các thành phần kinh tế đều bình đẳng..., Bộ luật quy định mọi cá nhân, tổ chức đều có quyền thành lập pháp nhân, trừ trường hợp luật có quy định khác³. Khác với BLDS năm 2005, BLDS năm 2015 quy định rất khái quát về hai loại pháp nhân là pháp nhân thương mại và pháp nhân phi thương mại⁴. Một điểm đáng chú ý là, BLDS năm 2015 đã bổ sung quy định về quốc tịch của pháp nhân và tài sản của pháp nhân. Theo đó, pháp nhân được thành lập theo pháp luật Việt Nam là

pháp nhân Việt Nam. Tài sản của pháp nhân bao gồm vốn góp của chủ sở hữu, sáng lập viên, thành viên của pháp nhân và tài sản khác mà pháp nhân được xác lập quyền sở hữu theo quy định của BLDS năm 2015 và luật khác có liên quan.

- Chủ thể trong quan hệ dân sự có sự tham gia của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân được quy định cụ thể và chi tiết. Theo đó, khi hộ gia đình, tổ hợp tác và các tổ chức khác không có tư cách pháp nhân tham gia quan hệ pháp luật dân sự thì mỗi thành viên sẽ được coi là một chủ thể độc lập tham gia vào quan hệ dân sự đó; hay nói cách khác, từng thành viên của hộ gia đình tham gia quan hệ dân sự hoặc ủy quyền cho thành viên khác tham gia xác lập, thực hiện giao dịch dân sự⁵.

- Bộ luật quy định, Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, cơ quan nhà nước ở trung ương và ở địa phương bình đẳng với chủ thể khác là cá nhân, pháp nhân khi tham gia quan hệ dân sự và chịu trách nhiệm dân sự theo quy định của Bộ luật này; quy định những nội dung cơ bản về địa vị pháp lý, đại diện tham gia quan hệ dân sự, trách nhiệm thực hiện nghĩa vụ dân sự và trách nhiệm trong quan hệ dân sự của Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, cơ quan nhà nước ở trung ương và ở địa phương với nhà nước, pháp nhân, cá nhân nước ngoài.

4. Về tài sản

BLDS năm 2005 và BLDS năm 2015 đều không đưa ra khái niệm về tài sản mà chỉ liệt kê một số loại tài sản, bao gồm vật, tiền, giấy tờ có giá và các quyền tài sản. Tuy nhiên, khác với cách hiểu về quyền tài

³ Khoản 1 Điều 74 BLDS năm 2015.

⁴ Điều 75 và Điều 76 BLDS năm 2015.

⁵ Điều 101 BLDS năm 2015.

sản của BLDS 2005, BLDS năm 2015 ấn định một tiêu chí duy nhất đó là quyền tài sản trị giá được bằng tiền.

5. Về giao dịch dân sự

BLDS năm 2015 đã có nhiều sửa đổi, bổ sung liên quan đến các quy định về giao dịch dân sự theo hướng bảo đảm tốt hơn quyền tự do thể hiện ý chí, sự an toàn pháp lý, sự ổn định của giao dịch, quyền, lợi ích của bên thiện chí, bên ngay tình.

BLDS năm 2015 vẫn ghi nhận hình thức là một điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự. Tuy nhiên, khi các bên đáp ứng những điều kiện nhất định do luật dự liệu; một bên hoặc các bên đã thực hiện ít nhất 2/3 nghĩa vụ trong giao dịch, thì dù giao dịch vi phạm về hình thức nhưng nếu một hoặc các bên yêu cầu, Tòa án vẫn công nhận hiệu lực pháp lý của giao dịch đó.

Hoặc nếu giao dịch 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 2/3 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.

Đây là một giải pháp nhằm hạn chế việc một bên không tự nguyện tham gia giao dịch viện dẫn lý do vi phạm về hình thức của giao dịch để hủy toàn bộ giao dịch khi giá trị của đối tượng giao dịch biến động có lợi hơn cho họ.

Quy định về giải quyết hậu quả pháp lý của giao dịch dân sự vô hiệu (Điều 131) cũng được sửa đổi để bảo đảm quyền, lợi ích của chủ thể xác lập giao dịch.

Quyền của người thứ ba ngay tình được bảo vệ theo nguyên tắc: trong trường hợp đối tượng của giao dịch là tài sản phải đăng

ký quyền sở hữu mà 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 đó bị chiếm đoạt bất hợp pháp, ngoài ý chí của chủ sở hữu. Việc chuyển giao tài sản thông qua đấu giá hoặc căn cứ theo bản án, quyết định của cơ quan có thẩm quyền cũng được bảo vệ..., chủ sở hữu tài sản không có quyền khởi kiện đòi lại tài sản từ người thứ ba ngay tình trong trường hợp này (khoản 3 Điều 133).

6. Về đại diện

BLDS 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: Bên đại diện có thể là cá nhân hoặc pháp nhân⁶; cụ thể hóa căn cứ xác lập quyền đại diện⁷; tách riêng quy định đại diện theo pháp luật của cá nhân và đại diện theo pháp luật của pháp nhân. Đặc biệt, Bộ luật đã bổ sung quy định người đại diện theo pháp luật của pháp nhân là người được xác định theo điều lệ hoặc theo quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền; pháp nhân có thể có nhiều người đại diện theo pháp luật và pháp nhân có thể là người đại diện theo ủy quyền cho các chủ thể khác; đại diện theo pháp luật có quyền nhân danh bên được đại diện xác lập, thực hiện hành vi pháp lý phù hợp với quyền, nghĩa vụ của bên được đại diện. Trường hợp pháp nhân có nhiều đại diện

⁶ Điều 134 BLDS 2015.

⁷ Điều 135 BLDS 2015.

theo pháp luật thì mỗi người đại diện cho pháp nhân phù hợp với quyền, nghĩa vụ của mình. Giao dịch dân sự do bên đại diện xác lập, thực hiện với bên thứ ba trong phạm vi đại diện làm phát sinh quyền, nghĩa vụ của bên được đại diện. Bên đại diện có quyền xác lập, thực hiện hành vi cần thiết tùy thuộc hoàn cảnh để đạt được mục đích phù hợp với phạm vi đại diện. Trong trường hợp không xác định được cụ thể phạm vi đại diện, người đại diện theo pháp luật có quyền xác lập, thực hiện mọi giao dịch vì lợi ích của người được đại diện, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác.

7. Về thời hiệu

BLDS năm 2015 quy định cá nhân, pháp nhân phải yêu cầu tòa án, trọng tài giải quyết vụ, việc dân sự trong thời hạn luật định, hết thời hạn đó mà cá nhân, pháp nhân mới có yêu cầu thì thay vì từ chối giải quyết yêu cầu của cá nhân, pháp nhân như quy định hiện hành, tòa án hoặc trọng tài vẫn thụ lý, giải quyết và tuyên bố chủ thể được hưởng quyền dân sự hoặc được miễn trừ nghĩa vụ dân sự. Người được hưởng quyền dân sự có quyền từ chối việc hưởng quyền, người được miễn trừ nghĩa vụ dân sự có quyền từ chối việc miễn trừ nghĩa vụ, trừ trường hợp việc từ chối đó có mục đích trốn tránh thực hiện nghĩa vụ hoặc vi phạm điều cấm, trái đạo đức xã hội.

8. Quyền sở hữu và quyền khác đối với tài sản

BLDS năm 2015 đã tạo cơ chế pháp lý đầy đủ, công khai hơn về quyền sở hữu và các quyền khác đối với tài sản; nguyên tắc xác lập, thực hiện quyền sở hữu, quyền khác đối với tài sản; thời điểm xác lập quyền sở hữu và quyền khác đối với tài sản... So với BLDS năm 2005, BLDS năm 2015 quy định cụ thể, chi tiết, rõ ràng và đầy đủ hơn về

thời điểm xác lập quyền sở hữu và quyền khác đối với tài sản. Ngoài ra, BLDS năm 2015 cũng quy định trường hợp xác lập quyền sở hữu đối với hoa lợi, lợi tức phát sinh từ tài sản khi chưa được chuyển giao thuộc về bên có tài sản.

Với việc bổ sung các quyền khác đối với tài sản bên cạnh quyền sở hữu, gồm quyền đối với bất động sản liền kề, quyền hưởng dụng và quyền bề mặt, BLDS năm 2015 đã tạo nhiều hành lang pháp lý cho người dân, doanh nghiệp khai thác, sử dụng tài sản trong giao lưu dân sự, khuyến khích chủ sở hữu đưa tài sản của mình vào lưu thông và khuyến khích cả người không phải là chủ sở hữu tài sản yên tâm đầu tư vào tài sản của người khác nhằm khai thác, sử dụng hiệu quả nhất tài sản này.

Các quy định về bảo vệ quyền sở hữu, quyền khác đối với tài sản về bản chất không thay đổi so với BLDS 2005, tuy nhiên BLDS 2015 bổ sung thêm biện pháp bảo vệ quyền khác đối với tài sản cho các chủ thể có quyền này.

9. Về chiếm hữu

Chiếm hữu là chế định mới của BLDS 2015. Chiếm hữu là việc chủ thể nắm giữ, chi phối tài sản một cách trực tiếp hoặc gián tiếp như chủ thể có quyền đối với tài sản. Người chiếm hữu tài sản được suy đoán là ngay tình; người nào cho rằng, người chiếm hữu là không ngay tình thì phải chứng minh. Trường hợp có tranh chấp, người có tranh chấp với người chiếm hữu phải chứng minh về việc người chiếm hữu không có quyền. Trường hợp việc chiếm hữu bị người khác xâm phạm thì người chiếm hữu có quyền yêu cầu người có hành vi xâm phạm phải chấm dứt hành vi, khôi phục tình trạng ban đầu, trả lại tài sản và bồi thường thiệt hại

hoặc yêu cầu Tòa án, cơ quan nhà nước có thẩm quyền khác giải quyết.

10. Về hợp đồng

BLDS năm 2015 có một số quy định mới được bổ sung để phù hợp với thông lệ quốc tế và thực tiễn nước ta, đặc biệt là các quy định về điều kiện giao dịch chung, điều chỉnh hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi,...

BLDS 2015 thừa nhận về điều kiện giao dịch chung. Đó là những quy định do bên đề nghị giao kết hợp đồng công bố áp dụng chung cho các bên tham gia hợp đồng; nếu bên được đề nghị chấp nhận giao kết hợp đồng thì coi như chấp nhận toàn bộ quy định đã được bên đề nghị đưa ra. Nếu trong điều kiện giao dịch chung có quy định về miễn trách nhiệm của bên đưa ra điều kiện giao dịch chung, tăng trách nhiệm hoặc loại bỏ quyền lợi của bên kia thì quy định này không có hiệu lực.

Bộ luật cũng cho phép điều chỉnh lại hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi nhằm loại bỏ sự không công bằng giữa các bên. Theo quy định, trong trường hợp hoàn cảnh thay đổi cơ bản, bên có lợi ích bị ảnh hưởng có quyền yêu cầu bên kia đàm phán lại hợp đồng trong một thời hạn hợp lý. Trường hợp các bên không thể thỏa thuận được về việc sửa đổi hợp đồng trong một thời hạn hợp lý, một trong các bên có thể yêu cầu Tòa án chấm dứt hợp đồng tại một thời điểm xác định hoặc sửa đổi hợp đồng để cân bằng quyền và lợi ích hợp pháp của các bên. Tòa án chỉ được quyết định sửa đổi hợp đồng trong trường hợp việc chấm dứt hợp đồng sẽ gây thiệt hại lớn hơn so với các chi phí để thực hiện hợp đồng nếu được sửa đổi. Trong quá trình đàm phán sửa đổi, chấm dứt hợp đồng và tòa án giải quyết vụ việc, các bên vẫn phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ của

minh theo hợp đồng, trừ trường hợp có thỏa thuận khác.

11. Về các hợp đồng thông dụng

BLDS năm 2015 chỉ quy định về những hợp đồng mang tính đặc trưng và đại diện cho quan hệ pháp luật dân sự. Bộ luật không quy định về hợp đồng mua bán nhà ở, hợp đồng thuê nhà ở, hợp đồng bảo hiểm bởi những hợp đồng đã được quy định trong Luật Nhà ở, Luật Kinh doanh bảo hiểm. Bên cạnh đó, Bộ luật cũng bổ sung một loại hợp đồng mới là hợp đồng hợp tác để đáp ứng yêu cầu thực tiễn về hợp tác trong sản xuất, kinh doanh. Đối với một số hợp đồng cơ bản như hợp đồng mua bán tài sản, hợp đồng vay tài sản, hợp đồng thuê tài sản..., Bộ luật bổ sung nhiều quy định để bảo đảm áp dụng không những cho các hợp đồng liên quan mà còn bao quát được những dạng hợp đồng phái sinh, đặc thù có thể phát sinh trong tương lai.

Đối với hợp đồng vay tài sản, BLDS 2015 không sử dụng lãi suất cơ bản do Ngân hàng Nhà nước công bố làm lãi suất tham chiếu khi xác định trần lãi suất cho vay cũng như xác định các lãi suất liên quan khác, như lãi suất phát sinh do chậm thực hiện nghĩa vụ trả tiền⁸; lãi suất áp dụng trong trường hợp bên mua hàng đã trả tiền nhưng chưa nhận vật do giao không đồng bộ⁹. Khoản 1 Điều 468 BLDS 2015 quy định lãi suất cho vay do các bên thỏa thuận và mức trần lãi suất cho vay cụ thể ở mức không vượt quá 20%/năm. Việc quy định cụ thể mức lãi suất như vậy đã đáp ứng nhu cầu thực tiễn.

(Xem tiếp trang 49)

⁸ Điều 357 BLDS 2015.

⁹ Điều 438 BLDS 2015.

CÁC VẤN ĐỀ PHÁP LÝ ĐẶT RA TRONG VIỆC THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG KHI HOÀN CẢNH THAY ĐỔI

Vũ Thị Lan Anh*

Tóm tắt: Một trong những điểm mới nổi bật về hợp đồng trong Bộ luật Dân sự năm 2015 là quy định về việc thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản. Trên cơ sở phân tích, làm rõ khái niệm; các dấu hiệu để xác định khi nào việc thay đổi hoàn cảnh được coi là thay đổi cơ bản; cơ chế thực hiện quyền yêu cầu sửa đổi, chấm dứt hợp đồng do thay đổi hoàn cảnh, tác giả đánh giá sự tác động của quy định này tới thực tiễn ký kết và thực hiện hợp đồng, đồng thời đưa ra một số khuyến nghị.

Abstract: One of the most important new issues in the Civil Code of 2015 is contract implementation in case of hardship. This article analyses and clarifies the concept and signals of determining substantial changes of circumstances as hardship and mechanism to implement rights of amendment, termination of contracts in case of hardship. It then evaluates the effects of this provision on contract signing and implementation and proposes some recommendations.

1. Khái niệm hoàn cảnh thay đổi cơ bản

Khi tham gia quan hệ hợp đồng, các bên đều nhằm mục đích đạt được những lợi ích nhất định và nhìn chung, lợi ích mỗi bên muốn đạt được là cân bằng nhau. Ví dụ, trong quan hệ hợp đồng mua bán tài sản, người bán phải giao tài sản và được nhận tiền thanh toán; người mua được nhận tài sản và phải thanh toán tiền. Tiền thanh toán chính là giá trị của tài sản đó. Để tối đa hóa lợi ích cho mình, khi giao kết hợp đồng các bên thường phải tính toán tới các yếu tố tác động của thị trường như: chất lượng, số lượng, giá cả, thanh toán, giao nhận, bảo hành, chính sách pháp luật có liên quan... Trên cơ sở cân nhắc các yếu tố tác động đó, các bên thỏa thuận, thống nhất những nội dung cụ thể của hợp đồng. Như vậy, nội dung của hợp đồng luôn chịu sự tác động của các yếu tố bên ngoài và mọi hợp đồng,

ngay từ khi giao kết đã được đặt trong những hoàn cảnh riêng.

Tuy nhiên, các yếu tố bên ngoài lại thường xuyên thay đổi với tính chất, mức độ và tầm ảnh hưởng khác nhau, có thể chỉ là những thay đổi nhỏ, nằm trong tầm dự báo và kiểm soát của các bên, nhưng cũng có thể là những thay đổi lớn, ảnh hưởng nghiêm trọng đến lợi ích của một bên khi thực hiện hợp đồng. Bộ luật Dân sự (BLDS) 2015 gọi những thay đổi như vậy là hoàn cảnh thay đổi cơ bản khi thực hiện hợp đồng.

Quy định về hoàn cảnh thay đổi trong quá trình thực hiện hợp đồng không phải “sản phẩm riêng có” của BLDS 2015. Pháp luật nhiều quốc gia trên thế giới đã có những quy định tương tự, là cơ sở để Việt Nam tham khảo và luật hoá trong BLDS 2015. Điều 313 BLDS Cộng hòa Liên bang Đức (BGB) quy định: Nếu các hoàn cảnh là cơ sở ký kết hợp đồng đã thay đổi đáng kể sau khi giao kết hợp đồng và các bên đáng

* TS., Trường Đại học Luật Hà Nội.

ra đã không ký kết hợp đồng hoặc ký kết hợp đồng với nội dung khác nếu họ dự đoán trước sự thay đổi này, các bên có thể yêu cầu điều chỉnh hợp đồng khi xem xét tất cả điều kiện cụ thể, đặc biệt tính đến rủi ro theo hợp đồng hoặc pháp luật dẫn đến việc một trong các bên không thể chấp nhận giữ nguyên hợp đồng¹.

Điều 451 BLDS Liên bang Nga quy định về điều chỉnh và huỷ bỏ hợp đồng liên quan đến thay đổi hoàn cảnh cơ bản; theo đó, việc thay đổi hoàn cảnh cơ bản so với hoàn cảnh các bên lấy làm căn cứ để ký kết hợp đồng sẽ là cơ sở để điều chỉnh hoặc huỷ bỏ hợp đồng nếu hợp đồng không có quy định khác. Hoàn cảnh được coi là thay đổi cơ bản khi các bên biết trước một cách hợp lý việc thay đổi đó thì sẽ không ký kết hoặc được ký kết hợp đồng với nội dung khác hẳn².

Điều 1.615 Bộ luật Thương mại thống nhất Hoa Kỳ³ thừa nhận ngoại lệ impracticability of performance (thay đổi nghĩa vụ khi hoàn cảnh thay đổi) trong mua bán hàng hoá. Theo đó, hoàn cảnh bị coi là thay đổi nếu xảy ra bất ngờ, các bên không thấy trước được và không hề nghĩ đến hoặc nếu có nghĩ đến thì cũng không cho rằng nó có thể trở thành hiện thực vào thời điểm ký kết hợp đồng⁴. Một số án lệ của Hoa Kỳ và Anh cũng chấp nhận cho các bên đàm phán

lại hoặc chấm dứt hợp đồng do thay đổi hoàn cảnh⁵.

Bộ nguyên tắc của UNIDROIT về hợp đồng thương mại quốc tế đưa ra định nghĩa về hoàn cảnh khó khăn (hardship) tại điểm 2 khoản 2 Điều 6: “Một hoàn cảnh khó khăn được xác lập khi xảy ra các sự kiện làm thay đổi cơ bản sự cân bằng nghĩa vụ của hợp đồng, hoặc chi phí thực hiện nghĩa vụ tăng lên, hoặc do giá trị của nghĩa vụ đối ứng giảm xuống...” và thỏa mãn bốn điều kiện: (i) Các sự kiện này xảy ra hoặc được biết đến sau khi giao kết hợp đồng; (ii) Bên bị khó khăn đã không tính đến một cách hợp lý các sự kiện đó khi giao kết hợp đồng; (iii) Các sự kiện đó nằm ngoài sự kiểm soát của bên bị khó khăn; và, (iv) Bên bị khó khăn không gánh chịu rủi ro về các sự kiện này⁶.

Bộ nguyên tắc luật hợp đồng chung châu Âu (PECL phiên bản 1999 - 2002) có quy định về thay đổi hoàn cảnh (change of circumstances) tại Điều 6 khá tương đồng với Bộ nguyên tắc của UNIDROIT. Theo đó, “Nếu việc thực hiện hợp đồng trở nên quá khó khăn bởi sự thay đổi hoàn cảnh, các bên buộc phải tiến hành thỏa thuận về chỉnh sửa hợp đồng hoặc chấm dứt hợp đồng, với điều kiện là: (a) Việc thay đổi hoàn cảnh xảy ra sau thời gian ký kết hợp đồng; (b) Không phải là một trong những tình huống mà các bên buộc phải tính đến khi ký kết hợp đồng; và (c) Theo như hợp đồng, bên bị

¹ German Civil Code, http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb, truy cập ngày 30/3/2016.

² Гражданский кодекс Российской Федерации, Часть первая, 30 ноября 1994 года N 51-ФЗ, Издательство: Гросс-Медиа, 2009 г.

³ Uniform Commercial Code, nguồn: <https://www.law.cornell.edu/ucc>, truy cập ngày 15/3/2016.

⁴ Brian A. Blum, *Contracts: examples & explanations*, 4th edition, Wolters Kluwer, NY 2007, p. 492.

⁵ Tham khảo: Lê Minh Hùng, *Điều khoản điều chỉnh hợp đồng do hoàn cảnh thay đổi (Hardship) trong pháp luật nước ngoài và kinh nghiệm cho Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 6, tháng 3/2009, tr. 41- 51.

⁶ UNIDROIT, *Principles d'UNIDROIT relatives aux contrats du commerce international 2004*, nguồn: <http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-f.pdf>, truy cập ngày 30/3/2016.

ảnh hưởng không phải gánh chịu rủi ro về sự thay đổi”.

BLDS 2015 không đưa ra khái niệm hoàn cảnh thay đổi cơ bản mà chỉ liệt kê các dấu hiệu của nó. Theo nghĩa khái quát nhất, có thể hiểu *hoàn cảnh thay đổi cơ bản là sự biến động một cách bất thường các yếu tố ngoại cảnh mà các bên đã dựa vào đó để giao kết hợp đồng, dẫn đến việc thực hiện hợp đồng đã ký kết có nguy cơ gây thiệt hại nghiêm trọng cho một bên*.

Về dấu hiệu bên ngoài, thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản rất giống với thực hiện hợp đồng khi xảy ra sự kiện bất khả kháng. Sự kiện bất khả kháng và hoàn cảnh thay đổi cơ bản giống nhau ở chỗ: đều là những sự kiện bất thường xảy ra sau khi giao kết hợp đồng; các bên không thể lường trước điều đó khi giao kết hợp đồng và bên chịu tác động đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết trong khả năng cho phép mà không thể ngăn chặn được hoặc khắc phục được. Tuy nhiên, giữa hai vấn đề này cũng có những điểm khác nhau. **Một là**, khi xảy ra sự kiện bất khả kháng thì bên chịu tác động của sự kiện bất khả kháng không thể thực hiện được hợp đồng, còn khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản thì bên chịu sự tác động vẫn có thể thực hiện được hợp đồng, nhưng sẽ gây thiệt hại nghiêm trọng cho bên đó. **Hai là**, sự kiện bất khả kháng và hoàn cảnh thay đổi cơ bản dẫn đến hậu quả pháp lý khác nhau, cụ thể là: việc xảy ra sự kiện bất khả kháng là căn cứ để xem xét việc miễn hoặc giảm trách nhiệm hợp đồng cho bên chịu tác động, còn khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản thì bên chịu sự tác động được quyền yêu cầu sửa đổi hợp đồng hoặc chấm dứt hợp đồng. Ví dụ: A ký hợp đồng mua gạo của B. Đến ngày phải giao hàng, toàn bộ gạo của B được bảo quản trong kho chờ

ngày giao cho A bị tiêu hủy do hỏa hoạn. B không còn gạo để giao cho A và B không có khả năng thực hiện hợp đồng đã ký. Đây là sự kiện bất khả kháng và B được miễn trách nhiệm bồi thường thiệt hại cũng như nộp phạt hợp đồng cho A (nếu có). Cũng tình huống này, giả sử gần ngày B phải giao hàng, đồng tiền thanh toán đột ngột bị mất giá lớn, vượt nhiều lần so với tỷ lệ lạm phát thông thường. B vẫn có thể giao hàng cho A, nhưng nếu giao hàng thì B sẽ bị thiệt hại nghiêm trọng. Đây là trường hợp thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản. Trong trường hợp này, B được yêu cầu A sửa đổi hợp đồng theo hướng tăng giá gạo cho phù hợp với việc đồng tiền bị mất giá; nếu không đạt được thỏa thuận thì B có thể yêu cầu chấm dứt hợp đồng.

Để giảm thiểu thiệt hại cho bên có lợi ích bị ảnh hưởng do hoàn cảnh thay đổi cơ bản và cân bằng lợi ích của các bên trong quan hệ hợp đồng, BLDS 2015 quy định bên có lợi ích bị ảnh hưởng có quyền yêu cầu bên kia đàm phán để sửa đổi hợp đồng trong một thời hạn hợp lý; nếu các bên không đạt được thỏa thuận thì một trong các bên có thể yêu cầu Tòa án xem xét, quyết định chấm dứt hợp đồng hoặc sửa đổi hợp đồng. Như vậy, mặc dù Điều 420 BLDS 2015 có tên gọi là “thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản” và được cơ cấu trong Tiểu mục 2 - Thực hiện hợp đồng⁷, nhưng xét về bản chất, đây chính là trường hợp đặc biệt để một bên (bên có lợi ích bị ảnh hưởng do hoàn cảnh thay đổi cơ bản) được đơn phương yêu cầu sửa đổi hoặc chấm dứt hợp đồng.

⁷ Tiểu mục 2 được kết cấu trong Mục 7 – Hợp đồng của Chương XV.

2. Các dấu hiệu xác định hoàn cảnh thay đổi cơ bản

Có thể thấy, dù hoàn cảnh giao kết, thực hiện hợp đồng thường xuyên thay đổi, nhưng không phải sự thay đổi nào cũng được coi là thay đổi cơ bản để làm phát sinh quyền yêu cầu sửa đổi hoặc chấm dứt hợp đồng. Theo khoản 1 Điều 420 BLDS 2015, sự thay đổi hoàn cảnh được coi là thay đổi cơ bản phải đồng thời đáp ứng 5 điều kiện sau: (i) Sự thay đổi hoàn cảnh do nguyên nhân khách quan xảy ra sau khi giao kết hợp đồng; (ii) Tại thời điểm giao kết hợp đồng, các bên không thể lường trước được về sự thay đổi hoàn cảnh; (iii) Hoàn cảnh thay đổi lớn đến mức nếu như các bên biết trước thì hợp đồng đã không được giao kết hoặc được giao kết nhưng với nội dung hoàn toàn khác; (iv) Việc tiếp tục thực hiện hợp đồng mà không có sự thay đổi nội dung hợp đồng sẽ gây thiệt hại nghiêm trọng cho một bên; và (v) Bên có lợi ích bị ảnh hưởng đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết trong khả năng cho phép, phù hợp với tính chất của hợp đồng mà không thể ngăn chặn, giảm thiểu mức độ ảnh hưởng đến lợi ích. Đây cũng chính là 5 dấu hiệu pháp lý để nhận biết hoàn cảnh thay đổi cơ bản. Về cơ bản, những điều kiện này khá tương đồng với những điều kiện quy định tại Bộ nguyên tắc của UNIDROIT về hợp đồng thương mại quốc tế và Bộ nguyên tắc luật hợp đồng chung châu Âu như đã nêu ở trên.

Trong 5 điều kiện nói trên, điều kiện (i) và (ii) khá dễ nhận biết và có nhiều điểm tương đồng. Hai điều kiện này thể hiện tính khách quan và tính không thể dự báo trước của sự thay đổi hoàn cảnh. Những thay đổi này phải mang tính bất thường, nằm ngoài sự mong muốn của các bên. Ví dụ, đầu năm 2014, A ký hợp đồng cho B thuê nhà trong

thời hạn 5 năm với giá thuê cố định và không có điều khoản về điều chỉnh giá thuê. Đến đầu năm 2015, A đề nghị tăng 10% giá thuê nhà với lý do đồng tiền mất giá so với thời điểm ký hợp đồng. Trên thực tế, chỉ số giá tiêu dùng (CPI) năm 2014 chỉ tăng 1% so với thời điểm ký hợp đồng và thấp hơn so với mức dự báo tăng 5% đã công bố. Trong trường hợp này, bên cho thuê buộc phải lường trước được mức lạm phát để xác định giá thuê phù hợp với thời gian cho thuê. Mức lạm phát 1% là hoàn toàn có thể dự báo được. Có nghĩa là, việc đồng tiền mất giá không phải là hoàn cảnh thay đổi cơ bản. Yêu cầu tăng giá cho thuê nhà của A là không có cơ sở.

Điều kiện (iii), (iv) là những dấu hiệu đặc trưng, quan hệ mật thiết với nhau và có vai trò quan trọng trong việc nhận diện hoàn cảnh thay đổi cơ bản. Những thay đổi về hoàn cảnh phải đủ “lớn”, ảnh hưởng nghiêm trọng đến việc thực hiện hợp đồng, làm thay đổi cân bằng lợi ích giữa các bên như một thuộc tính của hợp đồng. Để khẳng định mức độ thay đổi hoàn cảnh có đủ “lớn” hay không cần đặt việc giao kết hợp đồng trong bối cảnh mới với giả thiết rằng: với hoàn cảnh đã thay đổi thì các bên sẽ không giao kết hợp đồng vì không đạt được lợi ích, hoặc để có lợi ích thì các bên đã phải thỏa thuận nội dung hợp đồng hoàn toàn khác; ngoài ra, nếu tiếp tục thực hiện hợp đồng mà không có sự sửa đổi nội dung cho phù hợp thì bên chịu sự tác động của việc thay đổi hoàn cảnh sẽ chịu thiệt hại nghiêm trọng. Trở lại tình huống cho thuê nhà nêu trên, giả sử mức lạm phát tăng tới 20%, vượt xa so với mức dự báo 5% dẫn đến việc nếu tiếp tục cho thuê nhà với giá cũ sẽ gây thiệt hại nghiêm trọng đối với bên cho thuê. Trong trường hợp này, việc đồng tiền mất

giá mạnh có thể được coi là hoàn cảnh thay đổi cơ bản, bên cho thuê có thể yêu cầu điều chỉnh lại giá thuê nhà.

Điều kiện (v) là “điều kiện đủ” để bên chịu sự tác động của việc thay đổi hoàn cảnh có thể thực hiện quyền yêu cầu sửa đổi (điều chỉnh) hợp đồng hoặc chấm dứt hợp đồng. Theo điều kiện này, khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản, bên chịu sự tác động không được “khoanh tay đứng nhìn” mà phải nỗ lực thực hiện tất cả các biện pháp cần thiết trong khả năng có thể, để giảm thiểu mức độ ảnh hưởng của việc thay đổi hoàn cảnh đến lợi ích hợp pháp của mình. Trong trường hợp bên có lợi ích bị ảnh hưởng không thực hiện các biện pháp cần thiết (trong khi có thể thực hiện được) và theo tính toán, nếu các biện pháp này được áp dụng thì đã ngăn chặn hoặc giảm thiểu mức độ ảnh hưởng thì bên này mất quyền yêu cầu sửa đổi hoặc chấm dứt hợp đồng.

3. Cơ chế thực hiện quyền yêu cầu sửa đổi, chấm dứt hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản

Theo khoản 2 Điều 420 BLDS 2015, trong trường hợp hoàn cảnh thay đổi cơ bản, bên có lợi ích bị ảnh hưởng có quyền yêu cầu bên kia đàm phán để sửa đổi hợp đồng trong một thời hạn hợp lý. Để thực hiện quyền này, bên có lợi ích bị ảnh hưởng có thể đề xuất phương án sửa đổi hợp đồng cụ thể, phù hợp với sự thay đổi hoàn cảnh và trên nguyên tắc cân bằng lợi ích giữa các bên. Việc chấp nhận hay không chấp nhận phương án sửa đổi hoàn toàn phụ thuộc vào ý chí của bên kia. Đây chính là căn cứ sửa đổi hợp đồng đã được quy định tại khoản 1 Điều 421 BLDS 2015. Nếu các bên đạt được phương án thỏa thuận thì hợp đồng tiếp tục được thực hiện. Trường hợp các bên không thể thỏa thuận được việc sửa đổi hợp

đồng thì một trong các bên có thể yêu cầu Tòa án xem xét để buộc chấm dứt hợp đồng hoặc sửa đổi hợp đồng để cân bằng quyền và lợi ích hợp pháp của các bên do hoàn cảnh thay đổi cơ bản. Như vậy, có thể thấy, việc yêu cầu sửa đổi hoặc chấm dứt hợp đồng trong trường hợp hoàn cảnh thay đổi cơ bản không phải là quyền đơn phương của bên bị tác động bởi hoàn cảnh thay đổi. Cơ chế để thực hiện quyền này hoàn toàn khác so với cơ chế thực hiện quyền đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng do một bên vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ trong hợp đồng⁸.

Liên quan đến quy định này có một số vấn đề đáng lưu ý như sau: **Thứ nhất**, các bên chỉ có thể yêu cầu Tòa án xem xét việc hủy bỏ hay sửa đổi hợp đồng nếu không thể tự thỏa thuận được, và tất cả các bên ký kết hợp đồng đều được thực hiện quyền này. Quy định này thể hiện pháp luật tôn trọng quyền tự do thỏa thuận của các bên. **Thứ hai**, trong việc giải quyết đơn yêu cầu của đương sự, Tòa án phải ưu tiên áp dụng chế tài chấm dứt hợp đồng. Tòa án chỉ quyết định việc sửa đổi hợp đồng trong trường hợp việc chấm dứt hợp đồng sẽ gây thiệt hại lớn hơn so với các chi phí để thực hiện hợp đồng nếu được sửa đổi. Quy định này làm phát sinh vấn đề: trong trường hợp đương sự chỉ nộp đơn yêu cầu sửa đổi hợp đồng thì Tòa án có được quyền quyết định chấm dứt hợp đồng không? **Thứ ba**, việc yêu cầu sửa đổi hoặc chấm dứt hợp đồng trong trường hợp hoàn cảnh thay đổi cơ bản không phải là quyền đơn phương của bên bị tác động bởi hoàn cảnh thay đổi, nên trong quá trình đàm phán sửa đổi, chấm dứt hợp đồng, Tòa án giải quyết vụ việc, các bên

⁸ Xem khoản 1 Điều 428 BLDS 2015.

vẫn phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ của mình theo hợp đồng, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác.

4. Một số vướng mắc có thể phát sinh trong thực tiễn áp dụng

Mặc dù BLDS 2015 quy định khá chi tiết các điều kiện để xác định hoàn cảnh thay đổi cơ bản dẫn tới quyền yêu cầu sửa đổi hoặc chấm dứt hợp đồng của bên bị ảnh hưởng, nhưng thực tế áp dụng có thể sẽ phát sinh một số vướng mắc như sau:

Thứ nhất, BLDS 2015 không quy định loại trừ một số loại hợp đồng theo bản chất hoặc theo tập quán dẫn đến việc một bên không được yêu cầu sửa đổi hoặc chấm dứt khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản. Ví dụ, với hợp đồng mua bán hàng hóa theo kỳ hạn, bên bán cam kết giao và bên mua cam kết nhận hàng hoá tại một thời điểm trong tương lai⁹. Đây là loại hợp đồng mang tính rủi ro cao, khi giao kết hợp đồng các bên buộc phải tính toán kỹ các yếu tố tác động của thị trường. Do đó, khi thị trường có biến động mạnh (hoàn cảnh thay đổi cơ bản), một bên có được yêu cầu sửa đổi hoặc chấm dứt hợp đồng không hay phải tự gánh chịu rủi ro?

Thứ hai, BLDS 2015 không quy định điều kiện bên bị ảnh hưởng bởi hoàn cảnh thay đổi phải hoàn toàn không có lỗi trong thực hiện hợp đồng, mới được yêu cầu sửa đổi, bổ sung hợp đồng. Ví dụ, A ký hợp đồng xây dựng với chủ đầu tư B, theo đó A phải bàn giao công trình cho B trước ngày 30/6/2017. Do lỗi của A mà công trình bị chậm tiến độ, chỉ được bàn giao cho B vào ngày 30/12/2017. Trong khoảng thời gian bị chậm tiến độ, giá vật liệu và nhân công tăng

mạnh. Khi quyết toán hợp đồng, A đề nghị B điều chỉnh lại giá hợp đồng cho phù hợp với biến động của giá vật liệu và nhân công. Trong tình huống này, mặc dù giá vật liệu và nhân công tăng mạnh, ngoài sự tiên liệu của các bên, gây thiệt hại nghiêm trọng cho A (hoàn cảnh thay đổi cơ bản), nhưng do A vi phạm hợp đồng (chậm tiến độ) nên không thể yêu cầu B điều chỉnh giá hợp đồng.

Thứ ba, cả 5 điều kiện được quy định tại khoản 1 Điều 420 BLDS 2015 đều không thể hiện được yếu tố hoàn cảnh thay đổi cơ bản là hoàn cảnh mà các bên đã căn cứ để thỏa thuận, thống nhất nội dung hợp đồng. Điểm c khoản 1 Điều 420 BLDS 2015 chỉ xác định mức độ thay đổi hoàn cảnh, chứ không thể hiện rõ tính liên quan giữa hoàn cảnh với nội dung của hợp đồng¹⁰.

Thứ tư, khoản 3 Điều 420 BLDS 2015 quy định trường hợp các bên không thể thỏa thuận được về việc sửa đổi hợp đồng trong một thời hạn hợp lý, một trong các bên có thể yêu cầu Tòa án chấm dứt hợp đồng hoặc sửa đổi hợp đồng để cân bằng quyền và lợi ích hợp pháp của các bên do hoàn cảnh thay đổi cơ bản. Như vậy, phải chăng chỉ có Tòa án mới có thẩm quyền xem xét, giải quyết yêu cầu chấm dứt hợp đồng hoặc sửa đổi hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản? Trong trường hợp hợp đồng được các bên ký kết có điều khoản thỏa thuận mọi tranh chấp phát sinh từ hợp đồng được giải quyết tại Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam thì vấn đề xung đột thẩm quyền giữa Tòa án và trọng tài sẽ được xử lý như thế nào?

5. Một số khuyến nghị

¹⁰ Điểm c khoản 1 Điều 420 quy định: “Hoàn cảnh thay đổi lớn đến mức nếu như các bên biết trước thì hợp đồng đã không được giao kết hoặc được giao kết nhưng với nội dung hoàn toàn khác”.

⁹ Xem: từ Điều 63 đến Điều 66 Luật Thương mại năm 2005.

Trong bối cảnh BLDS quy định chưa rõ về việc thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản, để khắc phục các vướng mắc trong thực tiễn áp dụng, tác giả xin đề xuất một số khuyến nghị như sau:

5.1. Đối với các bên giao kết hợp đồng

Thứ nhất, khi giao kết hợp đồng, các bên cần phải cẩn trọng, cố gắng dự liệu các khả năng có thể xảy ra trong quá trình thực hiện hợp đồng, nhất là các hợp đồng có thời gian thực hiện dài, hợp đồng dễ bị tác động bởi các yếu tố ngoại cảnh, để thỏa thuận, thống nhất trước về cách thức xử lý. Phụ thuộc vào tính chất của từng hợp đồng cụ thể, các bên có thể thỏa thuận về những trường hợp được coi là hoàn cảnh thay đổi cơ bản làm phát sinh quyền yêu cầu sửa đổi hợp đồng hoặc chấm dứt hợp đồng, đồng thời đưa ra nguyên tắc sửa đổi hợp đồng hoặc chấm dứt hợp đồng phù hợp, cách thức xử lý hậu quả trong trường hợp chấm dứt hợp đồng.

Thứ hai, khi có sự thay đổi hoàn cảnh trong quá trình thực hiện hợp đồng, cần làm rõ sự thay đổi đó có phải là thay đổi cơ bản hay không? Muốn vậy, cần xem xét tính liên quan của những thay đổi đó với những nội dung cụ thể của hợp đồng; sự tác động của chúng tới việc thực hiện hợp đồng; những thiệt hại về lợi ích mình phải gánh chịu nếu tiếp tục thực hiện hợp đồng, mức độ thiệt hại, nhất là đặt trong sự cân bằng lợi ích giữa các bên. Đặc biệt, cần rà soát kỹ quá trình thực hiện hợp đồng để xác định mình có vi phạm hợp đồng với đối tác hay không, nhất là về thời gian thực hiện. Cần lưu ý trong điều kiện thực tế hiện nay, rất ít trường hợp hội đủ các điều kiện để được coi là hoàn cảnh thay đổi cơ bản để có thể yêu cầu sửa đổi hoặc chấm dứt hợp đồng.

5.2. Đối với Tòa án

Thứ nhất, xử lý xung đột về thẩm quyền giữa Tòa án và trọng tài trong trường hợp hợp đồng quy định tranh chấp phát sinh được giải quyết bằng trọng tài, nhưng một bên lại nộp đơn tới Tòa án. Tác giả cho rằng, giải quyết yêu cầu chấm dứt hợp đồng hoặc sửa đổi hợp đồng do hoàn cảnh thay đổi cơ bản là một loại việc dân sự, không phải là tranh chấp hợp đồng. Loại việc dân sự này đã được BLDS quy định thuộc thẩm quyền của Tòa án, do đó Tòa án vẫn có thẩm quyền giải quyết ngay cả khi hợp đồng có điều khoản thỏa thuận trọng tài.

Thứ hai, mặc dù BLDS cho phép Tòa án được quyết định việc sửa đổi hợp đồng để cân bằng quyền và lợi ích hợp pháp của các bên do hoàn cảnh thay đổi cơ bản, nhưng xác định phương án sửa đổi như thế nào là vấn đề không đơn giản, đòi hỏi phải am tường tình hình thị trường. Bởi vậy, để hạn chế tối đa sai sót trong phương án sửa đổi, Tòa án nên hướng dẫn, hỗ trợ để các bên tự thỏa thuận, thống nhất phương án sửa đổi; nếu các bên không thỏa thuận được thì Tòa án mới quyết định phương án sửa đổi cụ thể. Cách làm này cũng thể hiện việc tôn trọng quyền tự do hợp đồng của các bên. Khi xây dựng phương án sửa đổi hợp đồng, Tòa án phải căn cứ vào tình hình thực tế, mức độ thay đổi hoàn cảnh, đảm bảo sự cân bằng quyền và lợi ích hợp pháp giữa các bên.

5.3. Đối với nhà lập pháp

Pháp luật cần tiếp tục làm rõ hơn nội hàm của khái niệm hoàn cảnh giao kết hợp đồng, hoàn cảnh thực hiện hợp đồng và mối liên hệ giữa chúng với nhau; đưa ra các tiêu chí cụ thể, rõ ràng hơn để xác định khi nào việc thay đổi hoàn cảnh được coi là thay đổi cơ bản; nhấn mạnh hơn yếu tố cân bằng lợi ích giữa các bên trong quan hệ hợp đồng; bổ

sung quy định để loại trừ một số loại hợp đồng theo bản chất hoặc theo tập quán mà các bên không được yêu cầu sửa đổi hoặc chấm dứt khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản; bổ sung thẩm quyền xem xét yêu cầu chấm dứt hợp đồng, sửa đổi hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản cho trọng tài thương mại để tránh xung đột về thẩm quyền giữa Tòa án và trọng tài trong giải quyết các vấn đề phát sinh từ hợp đồng. Cần rà soát các văn bản pháp luật chuyên ngành về hợp đồng nhằm

cụ thể hóa quy định của BLDS 2015 về thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản cho phù hợp với tính chất của hợp đồng trong từng lĩnh vực cụ thể. Có như vậy pháp luật về hợp đồng, với BLDS giữ vị trí trung tâm mới thực sự “*tạo điều kiện thuận lợi để thúc đẩy sản xuất kinh doanh, sử dụng có hiệu quả mọi nguồn lực xã hội, bảo đảm sự thông thoáng, ổn định trong giao lưu dân sự, góp phần phát triển nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa*”¹¹.

¹¹ Tờ trình số 390/TTr-CP ngày 12/10/2014 của Chính phủ về dự án Bộ luật Dân sự (sửa đổi).

(Tiếp theo trang 12 – Định kỳ chuyển đổi vị trí ...)

động viên các đối tượng thuộc diện định kỳ chuyển đổi vị trí công tác, để đội ngũ này an tâm công tác, ổn định tâm lý, hoàn thành tốt nhiệm vụ được giao.

Thứ tư, tăng cường công tác chỉ đạo, thanh tra, kiểm tra, giám sát việc thực hiện định kỳ chuyển đổi vị trí công tác của công chức cấp xã

Trong quá trình thực hiện định kỳ chuyển đổi vị trí công tác, cần tăng cường công tác chỉ đạo, thanh tra, kiểm tra, giám sát việc thực hiện nhằm tránh tình trạng lợi dụng để vụ lợi, trù dập CB,CC,VC.

UBND cấp huyện cần tăng cường chỉ đạo UBND cấp xã hàng năm phải rà soát, lập danh sách công chức cấp xã thuộc danh mục phải định kỳ chuyển đổi và thực hiện chuyển đổi theo quy định. Đồng thời, UBND cấp xã phải xây dựng kế hoạch thực hiện việc định kỳ chuyển đổi và công bố công khai vấn đề này theo đúng quy định.

Cần phát huy vai trò của Hội đồng nhân dân các cấp, các tổ chức chính trị - xã hội trong việc giám sát thực hiện việc định kỳ chuyển đổi vị trí công tác đối với CB,CC,VC nói chung, đối với công chức cấp xã nói riêng. Bên cạnh đó, cần kiên quyết xử lý các địa phương không thực hiện đúng các quy định về việc định kỳ chuyển đổi vị trí công tác đối với công chức cấp xã.

Thứ năm, tuyên truyền nâng cao nhận thức cho công chức cấp xã khi thực hiện việc chuyển đổi vị trí công tác

Tuyên truyền tạo sự chuyển biến tích cực trong nhận thức của công chức cấp xã, nhất là các chức danh thuộc diện phải định kỳ chuyển đổi vị trí công tác để đội ngũ này hiểu được ý nghĩa, mục đích, tầm quan trọng của việc định kỳ chuyển đổi vị trí công tác, góp phần ngăn ngừa, hạn chế tiêu cực, phòng chống tham nhũng.

THỎA THUẬN PHÁP LUẬT ÁP DỤNG TRONG QUAN HỆ DÂN SỰ CÓ YẾU TỐ NƯỚC NGOÀI THEO BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015

*Trần Thị Thu Phương**

Tóm tắt: Trong Tư pháp quốc tế, quyền thỏa thuận luật áp dụng của các bên được ghi nhận ở hầu hết các hệ thống pháp luật. Tuy nhiên, phạm vi của quyền thỏa thuận có sự khác nhau theo quy định pháp luật của mỗi quốc gia. Bài viết làm rõ phạm vi quyền thỏa thuận luật áp dụng của các bên theo Bộ luật Dân sự năm 2015, so sánh với pháp luật của một số quốc gia trên thế giới; từ đó đưa ra nhận xét, đánh giá các quy định hiện hành về những vấn đề này.

Abstract: In private international law, right of agreement on applicable law has been recognized in most of legal systems. However, the scope of that right may differ from one legal system to another. This article clarifies the scope of such right under the Civil Code of 2015 in comparison with laws of some countries in the world. It then provides relevant comment and assessment.

Theo quy định của Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015, một quan hệ dân sự được coi là có yếu tố nước ngoài khi đáp ứng một trong các tiêu chí sau:

+ Có ít nhất một bên là cá nhân, pháp nhân nước ngoài.

+ Các bên đều là công dân Việt Nam, pháp nhân Việt Nam, nhưng việc xác lập, thay đổi, thực hiện hay chấm dứt quan hệ đó xảy ra ở nước ngoài.

+ Các bên tham gia đều là công dân Việt Nam, pháp nhân Việt Nam nhưng đối tượng của quan hệ dân sự đó ở nước ngoài.

Trong một quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, việc xác định luật áp dụng là một vấn đề quan trọng. Bởi các yếu tố nước ngoài này sẽ phát sinh những vấn đề pháp lý thuộc phạm vi điều chỉnh của hệ thống pháp luật quốc gia khác nhau, như pháp luật quốc

gia nơi các chủ thể có quốc tịch hoặc đăng ký thành lập, pháp luật quốc gia nơi ký kết hợp đồng, pháp luật quốc gia nơi thực hiện hợp đồng, pháp luật quốc gia nơi tiến hành hôn lễ, pháp luật quốc gia nơi có tài sản... Để giải quyết vấn đề này, pháp luật Việt Nam đặt ra một số nguyên tắc cho việc xác định pháp luật áp dụng đối với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Cụ thể, theo Điều 664 BLDS 2015, những nguyên tắc chung đặt ra là:

+ Ưu tiên áp dụng điều ước quốc tế để xác định. Theo đó, pháp luật áp dụng đối với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài được xác định theo điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên hoặc luật Việt Nam.

+ Trường hợp điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên hoặc luật Việt Nam có quy định các bên có quyền lựa chọn thì pháp luật áp dụng đối với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài được

* TS., Khoa Kinh tế - Luật, Trường Đại học Thương mại.

xác định theo lựa chọn của các bên.

+ Trường hợp không xác định được pháp luật áp dụng theo quy định tại khoản 1 và khoản 2 Điều này thì pháp luật áp dụng là pháp luật của nước có mối liên hệ gần bó nhất với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài đó.

1. Quyền thỏa thuận pháp luật áp dụng của các bên

Pháp luật Việt Nam cho phép khá ít trường hợp các bên trong quan hệ có yếu tố nước ngoài được quyền thỏa thuận pháp luật áp dụng. Theo quy định của BLDS 2015, các bên được quyền thỏa thuận pháp luật áp dụng trong một số quan hệ tài sản và quan hệ nhân thân. Cụ thể:

Thứ nhất, trong quan hệ về quyền sở hữu và quyền khác đối với tài sản đang trên đường vận chuyển.

Thứ hai, trong quan hệ hợp đồng, trừ một số trường hợp nhất định liên quan đối tượng hợp đồng là bất động sản; liên quan đến hợp đồng lao động, hợp đồng tiêu dùng; liên quan đến quyền và lợi ích hợp pháp của người thứ ba.

Thứ ba, trong quan hệ bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng.

Như vậy, về cơ bản, BLDS 2015 có sự mở rộng về lĩnh vực quan hệ các bên được quyền thỏa thuận pháp luật áp dụng so với BLDS 2005 đối với quan hệ bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng.

Bên cạnh đó, BLDS 2015 còn mở rộng phạm vi thỏa thuận pháp luật áp dụng của các bên trong quan hệ hợp đồng giữa họ. Nếu như BLDS 2005 giới hạn quyền thỏa thuận pháp luật áp dụng trong quan hệ hợp đồng ở vấn đề quyền và nghĩa vụ của các bên mà không quy định về những vấn đề khác như: giải thích hợp đồng, thực hiện

hợp đồng, trách nhiệm pháp lý, trong đó bao gồm cả vấn đề xác định mức bồi thường thiệt hại, hiệu lực hợp đồng, hình thức hợp đồng... dẫn đến khó khăn trong thực tiễn thực hiện. Thì nay, phạm vi quyền đã được mở rộng ra tất cả những vấn đề liên quan đến quan hệ hợp đồng.

Quy định mới này đã khắc phục mâu thuẫn giữa BLDS và Luật Thương mại. Cụ thể, Luật Thương mại 2005 quy định các bên trong giao dịch thương mại có yếu tố nước ngoài được “thỏa thuận áp dụng pháp luật nước ngoài...”, mà không giới hạn quyền này ở một vấn đề nhất định nào của hợp đồng. Nói cách khác, các bên được quyền thỏa thuận pháp luật điều chỉnh đối với tất cả các vấn đề phát sinh từ quan hệ thương mại có yếu tố nước ngoài. Việc BLDS 2015 mở rộng phạm vi quyền thỏa thuận pháp luật áp dụng cho các bên trong quan hệ hợp đồng đã khắc phục được sự mâu thuẫn giữa hai đạo luật về vấn đề nêu trên.

BLDS 2015 chỉ giới hạn quyền thỏa thuận pháp luật áp dụng ở một số trường hợp nhất định nhằm bảo vệ một số vấn đề hoặc chủ thể mà Nhà nước cần tôn trọng hoặc bảo vệ. Cụ thể, liên quan đến đối tượng của hợp đồng là bất động sản, pháp luật áp dụng đối với việc chuyển giao quyền sử dụng và quyền khác, việc thuê bất động sản hoặc việc sử dụng bất động sản để đảm bảo việc thực hiện nghĩa vụ phải là pháp luật của nước nơi có bất động sản. Liên quan đến hợp đồng lao động, hợp đồng tiêu dùng có ảnh hưởng đến quyền lợi tối thiểu của người lao động, của người tiêu dùng theo quy định của pháp luật Việt Nam thì pháp luật Việt Nam phải được áp dụng. Hoặc trong trường hợp các bên thay đổi pháp luật áp dụng làm ảnh hưởng đến quyền

và lợi ích hợp pháp của người thứ ba được hưởng trước khi thay đổi pháp luật, thì việc thay đổi phải được sự đồng ý của người thứ ba. Trong lĩnh vực bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, trường hợp bên gây thiệt hại và bên bị thiệt hại có nơi cư trú đối với cá nhân, hoặc nơi thành lập đối với pháp nhân tại cùng một nước thì pháp luật của nước đó được áp dụng.

Đây là quy định hoàn toàn mới của BLDS 2015. BLDS 2015 mở rộng phạm vi quyền thỏa thuận pháp luật áp dụng cho các bên nhưng vẫn bảo đảm các quyền và lợi ích hợp pháp của những chủ thể yếu thế trong quan hệ hợp đồng (người lao động, người tiêu dùng), người có quyền và lợi ích hợp pháp liên quan (người thứ ba), tôn trọng và bảo vệ sự quản lý của nhà nước (nước ngoài hoặc Việt Nam) đối với tài sản là bất động sản trong quan hệ hợp đồng giữa các bên, tạo thuận tiện cho các chủ thể trong việc xác định pháp luật điều chỉnh quan hệ bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng giữa họ khi các bên cùng có nơi cư trú hoặc trụ sở tại một quốc gia.

Theo kinh nghiệm của nhiều nước trên thế giới, trong Tư pháp quốc tế, quyền thỏa thuận pháp luật áp dụng không chỉ được công nhận trong lĩnh vực hợp đồng, mà còn trong nhiều lĩnh vực khác như thừa kế, hôn nhân, gia đình... Tư pháp quốc tế của nhiều quốc gia cho phép chủ thể được quyền lựa chọn luật để điều chỉnh những vấn đề thuộc quyền định đoạt của họ. Đối với những lĩnh vực không thuộc quyền định đoạt của các bên, việc xác định luật áp dụng sẽ do các quy phạm xung đột pháp luật chỉ định. Pháp luật các nước như Pháp, Đức phân biệt những lĩnh vực thuộc quyền định đoạt của các bên chủ thể với những lĩnh vực nhà nước cần phải can thiệp như lĩnh vực cạnh

tranh, bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng; những vấn đề liên quan đến ngành nghề kinh doanh có điều kiện như casino, chứng khoán...

Đối với lĩnh vực thừa kế, xu hướng Tư pháp quốc tế hiện nay cho thấy, ý chí của người để lại di sản đang ngày càng được đề cao. Tư pháp quốc tế của Thụy Sĩ cho phép người nước ngoài có thể lựa chọn luật quốc tịch để giải quyết vấn đề thừa kế theo di chúc (Điều 90 Luật liên bang về Tư pháp quốc tế Thụy Sĩ 1987)¹. Tư pháp quốc tế của Bỉ cũng cho phép người nước ngoài được quyền lựa chọn luật nơi người để lại thừa kế có quốc tịch hoặc có nơi cư trú để giải quyết vấn đề thừa kế theo di chúc (Điều 78 Luật về Tư pháp quốc tế Bỉ 2004)². Trong lĩnh vực tài sản chung của vợ chồng, Tư pháp quốc tế của các nước cũng cho phép các bên được quyền thỏa thuận lựa chọn luật áp dụng như Bỉ (Điều 49 Luật về Tư pháp quốc tế Bỉ 2004), Thụy Sĩ (Điều 52 Luật liên bang về Tư pháp quốc tế Thụy Sĩ 1987), Trung Quốc (Điều 24 Luật về các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài năm 2010)³...

Ngoài mở rộng về lĩnh vực và phạm vi quyền thỏa thuận pháp luật áp dụng của các bên trong quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, BLDS 2015 còn mở rộng quyền thỏa thuận phạm vi pháp luật áp dụng. Trước đây, BLDS 2005 giới hạn quyền thỏa thuận

¹ Xem Luật liên bang về Tư pháp quốc tế Thụy Sĩ trên trang web: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/>, truy cập ngày 7/9/2015.

² Xem Luật về Tư pháp quốc tế Bỉ trên trang web: <http://reflex.raadvst-consetat.be/reflex/index.reflex?docid=87708&lang=fr>, truy cập ngày 7/9/2015.

³ Xem Luật về Tư pháp quốc tế của Trung Quốc trên trang web: <http://cjcl.oxfordjournals.org/content/1/1/185.full.pdf+html>, truy cập ngày 7/9/2015.

của các bên ở việc lựa chọn pháp luật nước ngoài mà không cho phép các bên được quyền thỏa thuận áp dụng tập quán quốc tế (Điều 759 BLDS 2005). Mục 7 của BLDS 2005 không cho phép các bên được quyền thỏa thuận áp dụng tập quán quốc tế. Hơn nữa, theo Điều 759 khoản 4 BLDS 2005, tập quán quốc tế chỉ được áp dụng khi pháp luật Việt Nam, điều ước quốc tế hoặc hợp đồng giữa các bên không điều chỉnh. Quy định này cũng mâu thuẫn với quy định tại Điều 5 Luật Thương mại cho phép các bên trong giao dịch thương mại có yếu tố nước ngoài được quyền thỏa thuận áp dụng tập quán quốc tế. Hiện nay, với Điều 666 BLDS 2015, các bên được quyền lựa chọn tập quán quốc tế trong trường hợp điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên hoặc luật Việt Nam có quy định các bên có quyền lựa chọn pháp luật áp dụng.

Như vậy, qua các phân tích trên cho thấy pháp luật Việt Nam đã cho phép các bên trong quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài được quyền thỏa thuận pháp luật áp dụng. Sự đổi mới còn thể hiện ở việc mở rộng lĩnh vực cũng như phạm vi của các quyền này cho các bên.

2. Nguyên tắc áp dụng pháp luật nước ngoài theo Bộ luật Dân sự năm 2015

Để pháp luật các bên thỏa thuận được áp dụng trong thực tế cần phải đảm bảo nguyên tắc: hậu quả của việc áp dụng pháp luật nước ngoài, tập quán quốc tế không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam. Vậy nên, BLDS 2015 vẫn giữ nguyên thuật ngữ “nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam” từ BLDS 2005. Nếu thẩm phán hoặc trọng tài phát hiện ra rằng, hậu quả của việc áp dụng pháp luật nước ngoài hoặc tập quán quốc tế trái với các nguyên tắc cơ bản

của pháp luật Việt Nam, pháp luật đó sẽ không được áp dụng nữa. Khi đó, pháp luật Việt Nam sẽ được áp dụng.

Các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam là tổng hợp các nguyên tắc được quy định trong Hiến pháp và các đạo luật như BLDS, Bộ luật Hình sự, Bộ luật Hàng hải, Luật Thương mại, Luật Hôn nhân và Gia đình... Các nguyên tắc này tạo nên nền tảng của hệ thống pháp luật Việt Nam nhằm bảo vệ trật tự công cộng; bảo vệ, giữ gìn và phát triển những giá trị tốt đẹp của dân tộc Việt Nam. Ví dụ, Điều 3 BLDS 2015 nêu rõ các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự là bảo đảm quyền bình đẳng của mỗi cá nhân, pháp nhân trước pháp luật; nguyên tắc tự do, tự nguyện cam kết khi tham gia các giao dịch dân sự và không được xâm phạm đến lợi ích quốc gia, dân tộc, lợi ích công cộng, quyền và lợi ích hợp pháp của người khác... Chính vì vậy, khi việc áp dụng pháp luật do các bên thỏa thuận đi ngược lại những giá trị cơ bản mà pháp luật Việt Nam bảo vệ, pháp luật đó sẽ bị loại trừ.

Pháp luật các nước cũng quy định, nếu hậu quả của việc áp dụng pháp luật nước ngoài trái với trật tự công, pháp luật nước ngoài sẽ bị loại bỏ. Khái niệm “trật tự công” thường có nội hàm bao gồm những quy tắc pháp lý cơ bản được quốc tế thừa nhận rộng rãi như: chống phân biệt chủng tộc, tôn giáo, giới tính; những quy tắc tạo nên nền tảng về bộ máy chính trị, kinh tế, xã hội của một đất nước (như chế độ chính trị phi tôn giáo), những chính sách quan trọng của đất nước. Điều 6 Luật dẫn nhập về Bộ luật Dân sự Đức đưa ra cách hiểu về trật tự công bao hàm các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Đức và các quyền cơ bản của con người. Các quyền cơ bản được hiểu qua thực tiễn xét xử của thẩm phán Đức ở các điều từ 1

đến 19 trong Luật Cơ bản của Cộng hòa Liên bang Đức (Grundgesetz), bao gồm các quyền cơ bản và nhân phẩm con người, về bình đẳng giữa con người (đặc biệt là về giới tính), các quyền và tự do cơ bản khác của con người được thừa nhận bởi các nước châu Âu⁴. Nếu việc áp dụng pháp luật nước ngoài dẫn đến hậu quả rõ ràng trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Đức hoặc trái với các quyền cơ bản của con người, thì luật đó sẽ bị loại trừ⁵.

Tuy nhiên, việc áp dụng “trật tự công” cũng có thể làm ảnh hưởng đến chính sách của quốc gia trong quan hệ kinh tế quốc tế, đặc biệt là trong con mắt của các nhà đầu tư nước ngoài. Thực tiễn áp dụng của Pháp cho thấy, các thẩm phán Pháp hết sức cân nhắc khi áp dụng “trật tự công”, kể cả trong các quan hệ dân sự. Ví dụ, các thẩm phán của Tòa Phá án Pháp cho rằng một đạo luật nước ngoài cấm quan hệ hôn nhân thực tế sẽ không vi phạm trật tự công⁶. Tuy nhiên, đạo luật này sẽ vi phạm trật tự công nếu trẻ em sinh ra từ hôn nhân này có quốc tịch Pháp hoặc cư trú tại Pháp⁷. Để giới hạn việc loại trừ pháp luật nước ngoài, thẩm phán và các

nhà nghiên cứu luật của Pháp còn phân loại khái niệm trật tự công thành “trật tự công trong nước” (ordre public interne) và “trật tự công quốc tế” (ordre public international). Theo đó, khái niệm “trật tự công quốc tế” được hiểu là tổng hợp những nguyên tắc được thừa nhận có giá trị quốc tế rộng rãi, như các quyền cơ bản và nhân phẩm con người; các quy phạm bảo vệ và củng cố chế độ chính trị pháp lý của Cộng hòa Pháp⁸. Pháp luật nước ngoài sẽ chỉ có thể bị loại trừ khi vi phạm trật tự công quốc tế.

3. Kết luận

Qua phân tích trên có thể thấy, quy định của BLDS 2015 về cơ bản phù hợp với thông lệ quốc tế. BLDS 2015 đã khắc phục được một số hạn chế của BLDS 2005 trong quy định về quyền tự do thỏa thuận của các bên khi tham gia quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam cần hướng tới mở rộng hơn nữa phạm vi của quyền thỏa thuận luật áp dụng của các bên trong quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài... Một cách khái quát, pháp luật Việt Nam nên xem xét việc cho phép các bên được quyền thỏa thuận luật áp dụng trong những lĩnh vực các bên được quyền định đoạt. Quy định này vừa đáp ứng được nhu cầu của các bên chủ thể khi tham gia vào các quan hệ thương mại quốc tế, vừa thể hiện được tính hội nhập của pháp luật Việt Nam.

⁴ Xem Luật Cơ bản của Cộng hòa Liên bang Đức trên trang web:

https://www.bundestag.de/blob/189762/f0568757877611b2e434039d29a1a822/loi_fondamentale-data.pdf, truy cập ngày 7/9/2015.

⁵ Xem Luật dẫn nhập Bộ luật Dân sự Đức trên trang web: <http://jafbase.fr/docUE/Allemagne/DIPFrench.PDF>, truy cập ngày 7/9/2015.

⁶ Xem bản án của Tòa Dân sự, Tòa Phá án, ngày 10 tháng 5 năm 2006 (Cass, civ, 1re, 10 mai 2006) trên trang web: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007051872>, truy cập ngày 7/9/2015.

⁷ Xem bản án của Tòa Dân sự, Tòa Phá án, ngày 10 tháng 2 năm 1993 (Cass, civ, 1re, 10 février 1993) trên trang web: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007029998>, truy cập ngày 7/9/2015.

⁸ Xem thêm các bản án của thẩm phán Pháp: Cass. Civ. 25 mai 1948 Latour, trên trang web: http://www.interjurisnet.eu/html/dip/civ1_25_05_48.pdf, truy cập ngày 7/9/2015; Cass, civ, 1re, 17 février 2004 trên trang web <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007047082>, truy cập ngày 7/9/2015, Cass, civ, 1re, 17 avril 1953, trên trang web http://www.interjurisnet.eu/html/dip/civ1_17_04_1953.pdf, truy cập ngày 7/9/2015.

HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH VỀ CƠ CHẾ GIÁM SÁT HOẠT ĐỘNG QUẢN LÝ, ĐIỀU HÀNH TRONG CÔNG TY CỔ PHẦN THEO LUẬT DOANH NGHIỆP NĂM 2014

*Trần Ngọc Dũng**

Tóm tắt: Bài viết chỉ ra và phân tích một số bất cập của các quy định về cơ chế giám sát hoạt động quản lý, điều hành trong công ty cổ phần theo Luật Doanh nghiệp năm 2014. Trên cơ sở đó, tác giả đề xuất giải pháp nhằm hoàn thiện các quy định này.

Abstract: This article points out and analyses shortcomings of provisions on oversight of management and operation of joint stock companies under the Law on Enterprises of 2014. On that basis, it makes relevant proposals to improve those provisions.

1. Đặt vấn đề

Công ty cổ phần là tổ chức kinh tế được các cổ đông lập ra để cùng sản xuất hàng hóa, kinh doanh dịch vụ nhằm mục đích lợi nhuận. Công ty cổ phần là doanh nghiệp đối vốn. Mỗi quan tâm lớn nhất của các cổ đông là các cơ quan quản lý, điều hành công ty phải hoạt động sao cho bảo toàn và sử dụng đồng vốn của các cổ đông có hiệu quả. *

Cơ quan quản lý (Đại hội đồng cổ đông-ĐHĐCĐ, Hội đồng quản trị-HĐQT) và cơ quan điều hành (Giám đốc, Tổng Giám đốc) của công ty cổ phần là những tổ chức, cá nhân được các cổ đông bầu ra nhằm thực hiện chức năng quản lý, điều hành công ty. Pháp luật tạo ra cơ chế để các tổ chức, cá nhân quản lý, điều hành công ty giám sát, chế ước lẫn nhau; các cổ đông giám sát các tổ chức, cá nhân đó về việc thi hành các quy định của pháp luật, điều lệ, nội quy của công ty.

Cơ chế giám sát hoạt động quản lý, điều hành trong công ty cổ phần gồm hai bộ phận cấu thành. Đó là bộ máy giám sát và

hệ thống các quy định pháp luật về việc giám sát hoạt động của các cơ quan quản lý, điều hành công ty cổ phần. Bộ máy giám sát hoạt động quản lý, điều hành công ty gồm có: ĐHCĐ, HĐQT, Ban kiểm soát, các cổ đông. Hệ thống các quy định giám sát hoạt động của các cơ quan quản lý, điều hành công ty cổ phần gồm các quy định trong Luật Doanh nghiệp, các nghị định của Chính phủ, quyết định của Thủ tướng, thông tư, chỉ thị của các bộ hướng dẫn thi hành Luật Doanh nghiệp, các quy định trong điều lệ, nội quy của công ty cổ phần.

Chủ thể và đối tượng của việc giám sát như sau: ĐHCĐ giám sát HĐQT, Giám đốc (Tổng giám đốc); HĐQT giám sát Giám đốc (Tổng Giám đốc); Ban Kiểm soát giám sát HĐQT, Giám đốc (Tổng Giám đốc); Các cổ đông giám sát HĐQT, Giám đốc, (Tổng Giám đốc).

Giám sát hoạt động quản lý, điều hành trong công ty cổ phần có các đặc điểm sau:

a) Được thực hiện bởi các cơ quan có tính chất tập thể (ĐHCĐ, HĐQT, Ban kiểm soát) và các cá nhân (cổ đông).

* PGS.TS., Đại học Luật Hà Nội.

b) Được thực hiện trong các kỳ tiến hành ĐHCĐ thường kỳ và bất thường. Việc giám sát cũng được tiến hành khi phát hiện có biểu hiện vi phạm pháp luật và điều lệ, nội quy của công ty.

c) Việc giám sát vừa có tính chất ngăn ngừa vừa nhằm mục đích xử lý những hành vi tiêu cực trong hoạt động quản lý, điều hành công ty.

d) Việc giám sát phải được thực hiện trên cơ sở pháp luật và phải có căn cứ¹.

đ) Việc giám sát phải được thể hiện bằng văn bản².

e) Các cơ quan, cá nhân không được sử dụng kết quả giám sát để tư lợi hoặc phục vụ lợi ích của tổ chức, cá nhân khác³.

Giám sát hoạt động quản lý, điều hành trong công ty cổ phần có các chức năng sau:

i) Bảo đảm cho các cơ quan, cá nhân tiến hành việc quản lý, điều hành công ty cổ phần hoạt động theo đúng pháp luật, điều lệ, nội quy của công ty.

ii) Bảo đảm cho hoạt động quản lý, điều hành công ty được diễn ra trôi chảy, thông suốt, đem lại lợi ích chính đáng cho công ty.

iii) Ngăn ngừa, xử lý các biểu hiện lạm quyền, các hoạt động tư lợi của các cơ quan, cá nhân có quyền hành trong công ty.

2. Một số bất cập trong các quy định về cơ chế giám sát hoạt động quản lý, điều hành trong công ty cổ phần

Luật Doanh nghiệp 2014 đã có khá nhiều quy định hợp lý về cơ chế giám sát hoạt động quản lý, điều hành công ty cổ phần. Tuy nhiên, đạo luật này vẫn còn một số bất cập, gây khó khăn và vướng mắc

trong quá trình thực hiện. Cụ thể:

a) Điểm 8, Điều 4 Luật Doanh nghiệp quy định doanh nghiệp nhà nước (DNNN) là doanh nghiệp do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ. Tuy nhiên, theo Điều 17 khoản 1 Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP), một doanh nghiệp có trên 50% vốn nhà nước hay có trên 50% quyền biểu quyết là DNNN⁴. Do vậy, những công ty cổ phần của Việt Nam do nhà nước góp trên 50% vốn cổ phần hoặc có trên 50% quyền bỏ phiếu đều được gọi là DNNN. Và theo quy định tại Điều 105, Kiểm soát viên trong DNNN có thể làm việc ở nhiều nhất 4 DNNN. Đây là một quy định bất cập, vì một Kiểm soát viên làm việc ở 4 DNNN thì không thể bảo đảm việc kiểm tra, giám sát các hoạt động của DNNN (nay bao gồm cả các công ty cổ phần có trên 50% vốn cổ phần, trên 50% quyền biểu quyết) sâu sát, kịp thời và có hiệu quả.

b) Ban kiểm soát có vị trí, vai trò đặc biệt quan trọng trong việc giám sát hoạt động quản lý, điều hành công ty cổ phần. Vị trí và vai trò này đòi hỏi các thành viên của Ban kiểm soát phải độc lập, không bị phụ thuộc hoặc chịu sức ép bởi bất kỳ cơ quan quản lý, điều hành nào trong công ty cổ phần. Điều 103 Luật Doanh nghiệp quy định về tiêu chuẩn và điều kiện đối với Kiểm soát viên trong DNNN, đó là được đào tạo một trong các chuyên ngành về tài chính, kế toán, kiểm toán, luật, quản trị kinh doanh và có ít nhất 3 năm kinh nghiệm làm việc; Trưởng Ban kiểm soát phải có ít nhất 5 năm kinh nghiệm làm việc liên quan đến chuyên ngành được đào tạo tài chính, kế toán, kiểm toán, luật, quản trị kinh doanh;

¹ Xem Điều 168, Luật Doanh nghiệp 2014.

² Xem Điều 153, khoản 4; Điều 154, khoản 2; Điều 155, khoản 2, Luật Doanh nghiệp 2014.

³ Xem Điều 168, khoản 3, Luật Doanh nghiệp 2014.

⁴ Xem toàn văn Hiệp định TPP, <http://www.thuvienphapluat.vn>, truy cập ngày 13/11/2015.

không phải là người lao động của công ty, không phải là vợ hoặc chồng, cha đẻ, cha nuôi, mẹ đẻ, mẹ nuôi, con đẻ, con nuôi, anh chị em ruột, anh em rể, chị em dâu của các cán bộ quản lý, điều hành của DNNN. Tuy nhiên, Luật lại không quy định những tiêu chuẩn và điều kiện tương tự đối với các Kiểm soát viên trong các công ty cổ phần. Phải chăng có sự phân biệt giữa DNNN với doanh nghiệp dân doanh?

Mặt khác, thực tế hiện nay, các Kiểm soát viên của các công ty cổ phần thường được bầu từ các cổ đông là những người làm công ăn lương và chịu sự điều hành của Giám đốc (Tổng giám đốc) công ty. Ở một số công ty, điều lệ công ty quy định HĐQT được chỉ định hoặc giới thiệu người vào Ban kiểm soát. Một số công ty khác, Chủ tịch HĐQT còn chọn người thân tín của mình vào Ban kiểm soát cho cùng ê kíp. Ban kiểm soát như vậy sẽ không phát huy được chức năng kiểm tra, giám sát hoạt động quản lý, điều hành công ty, được lập ra chỉ có tính chất trang trí, cho đủ điều kiện theo quy định của Luật Doanh nghiệp.

c) Điều 165 Luật Doanh nghiệp quy định Ban kiểm soát phải thực hiện rất nhiều chức năng, đặc biệt là giám sát hoạt động quản lý, điều hành công ty cổ phần. Tuy nhiên, theo khoản 2 Điều 163 Luật Doanh nghiệp, trong số Kiểm soát viên của một Ban kiểm soát chỉ cần Trưởng ban là kế toán viên hoặc kiểm toán viên chuyên nghiệp. Đây là một quy định bất cập. Bởi nếu các kiểm soát viên khác không được đào tạo, không có kiến thức về kiểm toán, kế toán, pháp lý, quản trị kinh doanh... thì họ cũng không thể hoàn thành tốt chức năng kiểm tra, giám sát của mình.

d) Khoản 3 Điều 162 quy định ĐHĐCĐ phải xem xét việc chấp thuận hay không

chấp thuận các hợp đồng và giao dịch khác ngoài các giao dịch quy định tại khoản 2 Điều 162 Luật Doanh nghiệp: “*Hội đồng quản trị chấp thuận các hợp đồng và giao dịch có giá trị nhỏ hơn 35% tổng giá trị tài sản doanh nghiệp ghi trong báo cáo tài chính, gần nhất hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty*”. Quy định này có nghĩa, khi một cán bộ quản lý, điều hành công ty ký hợp đồng có giá trị từ 35% tổng số tài sản của công ty trở lên thì phải trình nội dung hợp đồng đó để ĐHĐCĐ xem xét chấp thuận hay không chấp thuận.

Trong khi đó, theo quy định của pháp luật, mỗi năm ĐHĐCĐ chỉ họp thường kỳ một lần. Tại đại hội thường kỳ, có rất nhiều vấn đề cần được báo cáo và giải quyết, thời gian họp hạn hẹp (thường từ 1 đến 2 ngày), các văn bản hợp đồng lại thường dài và phức tạp,... nên ĐHĐCĐ rất khó có cơ hội để xem xét kỹ lưỡng các hợp đồng.

Tuy pháp luật cho phép công ty có thể tổ chức các ĐHĐCĐ bất thường trong năm, nhưng đó thường là khi có các vi phạm pháp luật, vi phạm điều lệ, nội quy nghiêm trọng. Vì vậy, không phải khi nào có hợp đồng hoặc giao dịch có giá trị từ 35% tổng giá trị tài sản của công ty trở lên của các cán bộ quản lý, điều hành công ty hoặc người có liên quan của họ với công ty thì công ty phải triệu tập ĐHĐCĐ để xem xét và phê duyệt hoặc không phê duyệt hợp đồng, giao dịch đó.

đ) Để phòng ngừa khả năng xảy ra việc lạm dụng quyền và nguy cơ phát sinh tư lợi, Điều 162 Luật Doanh nghiệp quy định các cán bộ quản lý, điều hành của công ty phải báo cáo với HĐQT hoặc ĐHĐCĐ về các hợp đồng, giao dịch của họ và/hoặc người có liên quan của họ với công ty. Tuy nhiên, nếu họ cố tình không báo cáo thì như thế nào? Hiện nay, các chế tài đối với các trường hợp

không báo cáo này được Luật Doanh nghiệp quy định quá nhẹ, chưa khả thi.

e) Để khắc phục hậu quả của việc tự ý thực hiện các hợp đồng, giao dịch không được báo cáo hoặc không được chấp thuận, Điều 162 Luật Doanh nghiệp đã có quy định về chế tài. Tuy vậy, quy định này quá chung chung và khó thực hiện trong thực tế. Ai sẽ tính toán thiệt hại mà công ty phải gánh chịu? Ai sẽ xác định khoản lợi mà người vi phạm quy định về nghĩa vụ báo cáo phải nộp lại cho công ty? Cơ quan, chức danh nào có thẩm quyền ra quyết định buộc người vi phạm quy định báo cáo phải nộp lại khoản lợi bất chính cho công ty? Tất cả chưa được quy định trong Luật Doanh nghiệp và những văn bản hướng dẫn thi hành.

3. Các giải pháp hoàn thiện

Hiện nay, Chính phủ mới ban hành 4 nghị định hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Doanh nghiệp 2014⁵, nhưng chưa có nghị định nào giải thích và hướng dẫn thi hành cơ chế giám sát hoạt động quản lý, điều hành các doanh nghiệp nói chung và công ty cổ phần nói riêng. Vì vậy, Chính phủ cần ban hành một nghị định về vấn đề này.

Nhằm hoàn thiện các quy định về cơ chế giám sát hoạt động quản lý, điều hành trong công ty cổ phần, chúng tôi xin đề xuất một số giải pháp sau:

a) Quy định tất cả các thành viên Ban kiểm soát đều phải là những người được công ty ký hợp đồng vào làm công tác kiểm tra, giám sát tại công ty. Các kiểm soát viên này làm việc độc lập và không chịu bất kỳ sức ép, chỉ đạo nào của các tổ chức, cá nhân quản lý và điều hành của công ty. Họ chỉ

phải báo cáo về kết quả kiểm tra, giám sát trước ĐHĐCĐ.

b) Quy định tất cả các Kiểm soát viên của công ty cổ phần phải là những người được đào tạo bài bản, có trình độ cử nhân hoặc trung cấp pháp lý, kiểm toán, kế toán, quản trị kinh doanh và nghiệp vụ kiểm soát.

c) Cần sửa khoản 3 Điều 162, Luật Doanh nghiệp theo hướng: Khi các cán bộ quản lý, điều hành công ty hoặc người có liên quan của họ ký hợp đồng với công ty mà giá trị của hợp đồng đó bằng 35% giá trị tài sản của công ty trở lên, thì phải báo cáo về hợp đồng này trong hội nghị liên tịch giữa HĐQT và Ban kiểm soát của công ty. Nếu các thành viên khác của HĐQT, của Ban kiểm soát thấy không có dấu hiệu của việc trục lợi, không có khả năng phát sinh tư lợi, thì sẽ chấp thuận hợp đồng đó hoặc ngược lại. Điều này là điều cần thiết và có tính khả thi, vì việc triệu tập hội nghị liên tịch giữa HĐQT và Ban kiểm soát đơn giản hơn so với việc triệu tập ĐHĐCĐ để xem xét, chấp thuận hợp đồng giữa cán bộ quản lý, điều hành công ty hoặc giữa những người có liên quan của họ với công ty.

d) Bổ sung vào Điều 162 Luật Doanh nghiệp một khoản quy định về chế tài đối với trường hợp cán bộ quản lý, điều hành của công ty không báo cáo về những hợp đồng, giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi. Cần quy định hình thức cảnh cáo, phạt tiền, và/hoặc bãi miễn chức vụ... đối với những người vi phạm nghĩa vụ báo cáo này. Ở Singapore và Malaysia, nếu không khai báo, thành viên HĐQT sẽ bị phạt tiền đến 5.000 đôla hoặc bị phạt đến một năm tù giam⁶.

⁵ Nghị định số 78/2015/NĐ-CP; Nghị định số 81/2015/NĐ-CP; Nghị định số 93/2015/NĐ-CP; Nghị định số 96/2015/NĐ-CP.

⁶ Viện Nghiên cứu Quản lý kinh tế trung ương, Báo cáo nghiên cứu so sánh Luật công ty ở bốn quốc gia Đông Nam Á, tr. 82.

đ) Bổ sung vào Điều 162 quy định bộ phận tài chính - kế toán của công ty có trách nhiệm tính toán khoản lợi nhuận mà các cán bộ quản lý, điều hành công ty vi phạm nghĩa vụ báo cáo về những hợp đồng, giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi phải nộp lại cho công ty. Luật Doanh

nh nghiệp và điều lệ công ty cần quy định người có thẩm quyền ký quyết định buộc bồi thường này là Chủ tịch HĐQT. Nếu Chủ tịch HĐQT là người vi phạm nghĩa vụ báo cáo, thì người ký quyết định bồi thường sẽ là Trưởng Ban kiểm soát.

(Tiếp theo trang 31 – Những điểm mới cơ bản ...)

Để có thể điều chỉnh lãi suất một cách linh hoạt khi tình hình thực tế thay đổi và theo đề xuất của Chính phủ, Bộ luật quy định Ủy ban Thường vụ Quốc hội có thẩm quyền quyết định điều chỉnh mức lãi suất nói trên và báo cáo Quốc hội tại kỳ họp gần nhất.

Trường hợp lãi suất theo thỏa thuận vượt quá lãi suất giới hạn được quy định tại khoản này thì mức lãi suất vượt quá không có hiệu lực.

Đối với hợp đồng hợp tác, là một loại hợp đồng mới được bổ sung trong BLDS năm 2015, thể hiện sự thỏa thuận giữa các cá nhân, pháp nhân về việc cùng đóng góp tài sản, công sức để thực hiện công việc nhất định, cùng hưởng lợi và cùng chịu trách nhiệm.

12. Về pháp luật áp dụng đối với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài

Phần thứ năm BLDS năm 2015 tập trung điều chỉnh vấn đề xác định và pháp luật áp dụng đối với các quan dân sự có yếu tố nước ngoài (phần này chỉ đưa ra các quy phạm xung đột). Trong trường hợp có quy định khác nhau giữa Phần này và luật khác có liên quan về pháp luật áp dụng đối với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài thì áp dụng quy định của luật khác có liên quan, với điều kiện các quy định của luật đó

không trái với các nguyên tắc xác định pháp luật áp dụng trong quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài được quy định trong BLDS.

Nguyên tắc chung trong việc xác định pháp luật áp dụng đối với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài là dựa trên quy phạm xung đột trong điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên hoặc luật Việt Nam. Quy định này chỉ rõ vị trí của các quy phạm xung đột, đồng thời tạo tiền đề cho việc pháp điển hóa các quy phạm xung đột.

BLDS 2015 cũng đã mở rộng hơn so với BLDS 2005 về việc áp dụng pháp luật nước ngoài của các bên trong hợp đồng.

Bộ luật quy định áp dụng nguyên tắc về nơi có quan hệ gắn bó nhất để làm cơ sở xác định pháp luật áp dụng trong trường hợp các bên không thỏa thuận lựa chọn hoặc không có quy phạm xung đột điều chỉnh.

Bên cạnh đó, Bộ luật đã sửa đổi, bổ sung làm phong phú hơn hệ thuộc xác định pháp luật áp dụng, làm rõ thứ tự ưu tiên áp dụng các hệ thuộc, đặc biệt là hệ thuộc áp dụng đối với hợp đồng, thừa kế, bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng và các hệ thuộc áp dụng đối với quan hệ nhân thân theo hướng tiếp thu có chọn lọc các chuẩn mực pháp lý chung đã được quốc tế thừa nhận rộng rãi.

MỘT SỐ VẤN ĐỀ PHÁP LÝ VỀ HỢP ĐỒNG ĐỐI TÁC CÔNG TƯ

*Lê Hương Giang**

Tóm tắt: Bài viết trình bày quá trình phát triển của pháp luật về đầu tư theo hình thức hợp đồng đối tác công tư, đồng thời phân tích bản chất pháp lý và bình luận một số quy định cơ bản của pháp luật Việt Nam hiện hành về loại hợp đồng này.

Abstract: This article presents the development of laws and regulations on public private partnership (PPP) contract-based investment. It also analyses the legal nature of such contracts and makes comment on relevant Vietnamese laws and regulations.

1. Sự phát triển của pháp luật về đầu tư theo hình thức hợp đồng đối tác công tư ở Việt Nam

Đầu tư theo hình thức hợp đồng đối tác công tư (hợp đồng PPP) được coi là một hình thức đầu tư trực tiếp nhằm thu hút nguồn lực xã hội để xây dựng các công trình, cung cấp các dịch vụ công cộng. Quá trình hình thành và phát triển mô hình đầu tư theo hình thức hợp đồng đối tác công tư ở Việt Nam trải qua ba giai đoạn:

- Hình thành mô hình đầu tư theo hình thức BOT (Xây dựng - Kinh doanh - Chuyển giao), BTO (Xây dựng - Chuyển giao - Kinh doanh), BT (Xây dựng - Chuyển giao) trong lĩnh vực xây dựng cơ sở hạ tầng

Từ những năm 1990, Việt Nam đã tồn tại mô hình đối tác công tư trong lĩnh vực xây dựng cơ sở hạ tầng với sự hiện diện của các hợp đồng BOT, BTO, BT.

- Ban hành Quyết định thí điểm đầu tư theo hình thức đối tác công - tư

Trong bối cảnh Việt Nam hội nhập kinh tế quốc tế, Quyết định số 71/2010/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ về việc ban hành

Quy chế thí điểm đầu tư theo hình thức đối tác công - tư đã đặt nền móng đầu tiên cho sự thống nhất cách gọi về các loại hợp đồng BOT, BTO, BT theo đúng thông lệ quốc tế, đồng thời mở rộng khái niệm về các loại hợp đồng đầu tư có sự tham gia của các nhà đầu tư tư nhân. Tuy nhiên, văn bản này tồn tại song song với hệ thống các văn bản về BOT, BTO, BT dẫn đến cách hiểu chưa chính xác về mô hình đối tác công tư và có mâu thuẫn với nhau. Bên cạnh đó, nhiều ý kiến cho rằng, việc coi mô hình đối tác công tư là một hình thức đầu tư mang tính “thí điểm” sẽ khiến cho các nhà đầu tư không tin tưởng vào chính sách pháp luật của Việt Nam.

- Đầu tư theo hình thức đối tác công tư được luật hoá tại Luật Đầu tư 2014 và Luật Đầu tư công 2014

Hiện nay, pháp luật về đầu tư, đầu tư công của Việt Nam đang dần được hoàn thiện, mô hình hợp tác công tư cũng trở nên gần gũi với các nhà đầu tư. Luật Đầu tư công 2014 và Luật Đầu tư 2014 là hai văn bản pháp lý quan trọng quy định về mô hình đối tác công tư cũng như hợp đồng đối tác công tư (hợp đồng PPP). Tiếp đó, Nghị định số 15/2015/NĐ-CP của Chính phủ về đầu tư theo mô hình đối tác công tư (Nghị định

* ThS., Khoa Pháp luật Kinh tế, Trường đại học Luật Hà Nội.

15/2015/NĐ-CP) đã mở rộng các loại hình hợp đồng bên cạnh các dạng hợp đồng BOT, BTO, BT như: Xây dựng - Sở hữu - Kinh doanh (BOO), Xây dựng - Chuyển giao - Thuê dịch vụ (BTL), Xây dựng - Thuê dịch vụ - Chuyển giao (BLT), Kinh doanh - Quản lý (O&M).

Để thúc đẩy sự tham gia của tư nhân vào các dự án PPP, Nghị định số 15/2015/NĐ-CP đã xóa bỏ mức trần vốn của nhà nước tham gia vào thực hiện dự án PPP trong giai đoạn xây dựng. Nghị định cũng làm rõ lợi ích mà nhà đầu tư trong hợp đồng BT nhận là được thanh toán bằng quỹ đất để thực hiện dự án, thay vì quy định như trước đây là được Chính phủ tạo điều kiện thực hiện dự án khác hoặc thanh toán theo thỏa thuận trong hợp đồng BT. Việc bổ sung các dạng hợp đồng mới như BTL, BLT cho phép cơ quan nhà nước có thẩm quyền thuê dịch vụ và thanh toán cho nhà đầu tư là một bước đột phá trong pháp luật của Việt Nam về PPP. Hợp đồng BTL và BLT sẽ là hình thức tốt để huy động vốn tư nhân cho các dự án an sinh xã hội - những dự án mà khoản thu từ người sử dụng khó hoặc chậm bù đắp chi phí cho nhà đầu tư. Bên cạnh đó, việc bổ sung loại hợp đồng BOO sẽ thúc đẩy các nhà đầu tư bỏ vốn để xây dựng và vận hành, được quyền sở hữu mà không phải chuyển giao lại cho nhà nước (ví dụ trong lĩnh vực xây dựng và vận hành nhà máy điện). O&M cũng là loại hợp đồng mới được quy định dù đã xuất hiện ở Việt Nam khá lâu; là sự thỏa thuận với Nhà nước để nhà đầu tư kinh doanh, quản lý công trình trên cơ sở vật chất có sẵn (ví dụ trong các lĩnh vực vận hành cảng hàng không, vận hành bảo dưỡng các công trình dầu khí).

Có thể thấy, khung pháp luật PPP về

mô hình đối tác công tư đã từng bước được hoàn thiện theo hướng phù hợp với thông lệ quốc tế.

2. Khái quát về hợp đồng đối tác công tư

Về mặt lý luận, để tìm hiểu bản chất pháp lý của hợp đồng đối tác công tư cần xem xét ba yếu tố:

Thứ nhất, dưới góc độ các bước của hoạt động đầu tư. Hợp đồng PPP là một văn bản pháp lý ghi nhận các thông tin, quyền và nghĩa vụ các bên trong quá trình thực hiện dự án đầu tư. Theo đó, để triển khai hoạt động đầu tư trong lĩnh vực PPP, Nhà nước cũng phải tổ chức lập kế hoạch dự án, tổ chức đấu thầu, lựa chọn nhà thầu và ký kết hợp đồng PPP với bên thắng thầu. Việc ký hợp đồng PPP là bước quan trọng trong quá trình thực hiện đầu tư. Nếu việc lựa chọn nhà đầu tư tốt, ký kết hợp đồng chặt chẽ thì việc triển khai dự án sau này sẽ thuận lợi và đạt được đúng mục đích đặt ra. Do đó, xét theo khía cạnh này, hợp đồng PPP là cơ sở pháp lý cho việc thực hiện dự án PPP.

Thứ hai, dưới góc độ chủ thể và mục đích ký kết hợp đồng PPP. Có nhiều quan điểm cho rằng, hợp đồng PPP là một dạng của hợp đồng hành chính¹. Thuật ngữ hợp đồng hành chính được sử dụng khá phổ biến trong khoa học pháp lý của các quốc gia theo hệ thống pháp luật châu Âu lục địa. Tiêu chí để xác định một hợp đồng hành chính bao gồm: “...được xác lập trên cơ sở các quy phạm pháp luật hành chính; tự do ý chí không phải là nguyên tắc tuyệt đối của chủ thể trong hợp đồng hành chính như chủ

¹ Diễn hình như quan điểm của Võ Trí Hào trong bài “Hợp đồng đối tác công tư: Bản chất và các rủi ro pháp lý”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 12/2014, tr. 15-24.

thể của hợp đồng dân sự; một bên trong quan hệ hợp đồng hành chính luôn là pháp nhân công quyền (đại diện cho quyền lực nhà nước), còn lại có thể là thể nhân, pháp nhân tư pháp hay pháp nhân công quyền khác; mục đích của việc ký kết hợp đồng hành chính là nhằm đáp ứng nhu cầu, lợi ích công cộng, nhu cầu, lợi ích của nhà nước, cộng đồng dân cư và xã hội nói chung”². Hợp đồng PPP không thể được coi là một hợp đồng dân sự hay thương mại, đầu tư thông thường. Bởi lẽ, địa vị pháp lý của các bên trong hợp đồng không thực sự bình đẳng, mục đích khi ký hợp đồng không chỉ đơn thuần là lợi nhuận. Hợp đồng PPP cũng không hoàn toàn tuân theo nguyên tắc tự do ý chí, mà có sự chi phối của pháp luật đến thoả thuận giữa các bên. Yếu tố đặc trưng của hợp đồng PPP là một bên chủ thể luôn là Nhà nước và lợi ích mà hợp đồng mang lại là lợi ích công cộng; do đó, có bản chất khác biệt với hợp đồng hợp tác kinh doanh-BCC (Business Cooperation Contract) được ký kết trên cơ sở hợp tác cùng góp vốn và chia sẻ lợi nhuận, rủi ro trong quá trình thực hiện dự án đầu tư, với mục đích các bên hướng đến là lợi ích kinh tế.

Để giảm gánh nặng ngân sách, cũng như tăng hiệu quả dự án, Nhà nước sẽ ký kết các hợp đồng với các nhà đầu tư có tiềm năng nhằm mang lại những lợi ích tốt nhất cho xã hội. Sự hỗ trợ của Nhà nước có thể được thể hiện dưới nhiều hình thức như: góp vốn hỗ trợ xây dựng công trình, tổ chức bồi thường, giải phóng mặt bằng, tái định cư, thanh toán cho nhà đầu tư cung cấp dịch vụ. Đối với nhà đầu tư, mục đích của việc tham gia vào dự án hợp tác với Nhà nước bao gồm: lợi ích xã hội và lợi ích kinh tế

(lợi nhuận hoặc các lợi ích kinh tế khác). Do đó, có thể thấy hợp đồng PPP tồn tại song song hai tính chất: Đầu tư thương mại và phục vụ lợi ích công cộng.

Thứ ba, dưới góc độ đối tượng của hợp đồng. Hợp đồng PPP có thể được coi là một loại hợp đồng “nhượng quyền”. Mục đích của Nhà nước là chuyển giao quyền cho nhà đầu tư thực hiện dự án PPP, mục đích của nhà đầu tư là được thực hiện dự án PPP trong các lĩnh vực đặc thù. Loại quyền mà nhà đầu tư được nhượng lại từ Nhà nước có thể bao gồm quyền xây dựng, quyền sở hữu, quyền vận hành, kinh doanh.

Khoản 8 Điều 3 Luật Đầu tư 2014 quy định: “Hợp đồng đầu tư theo hình thức đối tác công tư (sau đây gọi là hợp đồng PPP) là hợp đồng được ký kết giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền và nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án để thực hiện dự án đầu tư theo quy định tại Điều 27 của Luật này”.

Như vậy, có thể hiểu: (i) Hợp đồng PPP là sự thoả thuận giữa các bên về một dự án đầu tư xây dựng mới hoặc cải tạo, nâng cấp, mở rộng, quản lý và vận hành công trình kết cấu hạ tầng hoặc cung cấp dịch vụ công; (ii) Hợp đồng PPP là văn bản ghi nhận sự hợp tác giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền và nhà đầu tư thực hiện dự án.

Luật Đầu tư 2014 đã xây dựng được một khái niệm chung, bao quát và phù hợp với quan niệm chung của thế giới. Nội hàm của hợp đồng PPP rộng hơn, không chỉ bao gồm việc thực hiện những dự án xây dựng công trình công cộng, mà còn mở rộng phạm vi tới những dịch vụ công.

Tại Úc, PPP được hiểu là “Ở đó, Chính phủ có một mối quan hệ kinh doanh dài hạn, với rủi ro và lợi nhuận được chia sẻ, còn khối doanh nghiệp tư nhân chịu trách nhiệm tài chính, thiết kế, xây dựng, sở hữu

² Phạm Hồng Thái, *Một số vấn đề lý luận về hợp đồng hành chính*, Tạp chí Luật học số 6/2012, tr. 38-45.

hoặc điều hành cơ sở dịch vụ công cộng”. Chính phủ Úc sử dụng khá nhiều loại hợp đồng PPP như: BOOT (Build - Own - Operate - Transfer) (Hợp đồng Xây dựng - Sở hữu - Kinh doanh - Chuyển giao); BOT (Build - Operate - Transfer); BOO (Build - Own - Operate); DBFM (Design - Build - Finance - Maintain) (Hợp đồng Thiết kế - Xây dựng - Tài trợ - Bảo trì)³.

Ở Nhật Bản, Canada hay Mỹ, mô hình PPP được gọi là P3 hoặc PFI, là hình thức hợp tác giữa khu vực công và tư để cung cấp các dịch vụ công. Trong đó, Canada được coi là một quốc gia đi đầu trong lĩnh vực PPP, với những cơ quan chuyên trách tại các tỉnh như Alberta, British Columbia, New Brunswick, Ontario, Quebec và ở cả cấp liên bang. Canada thường thực hiện PPP trong các lĩnh vực như cơ sở hạ tầng nước, cơ sở hạ tầng nước thải, cơ sở hạ tầng giao thông công cộng, đường sắt, đường bộ, hàng không và vận tải biển, cơ sở hạ tầng năng lượng xanh, cơ sở hạ tầng văn hóa, kết nối và cơ sở hạ tầng băng thông rộng... Mục đích của quan hệ hợp tác này là cung cấp cho xã hội dịch vụ công có chất lượng tốt với chi phí thấp hơn hoặc dịch vụ công tốt hơn với chi phí tương tự thông qua việc sử dụng nguồn tài chính tư nhân, năng lực quản lý và năng lực kỹ thuật trong xây dựng, bảo trì, quản lý các cơ sở công cộng...⁴.

Theo quan điểm của tác giả, dưới góc

độ khái niệm khoa học pháp lý, hợp đồng PPP cần được hiểu: Là sự thoả thuận giữa Nhà nước và nhà đầu tư; theo đó, Nhà nước nhượng quyền thực hiện dự án đầu tư xây dựng cơ sở hạ tầng, quyền vận hành, quyền cung cấp dịch vụ cho nhà đầu tư, Nhà nước và nhà đầu tư cùng hợp tác và chia sẻ các quyền, nghĩa vụ, lợi ích, rủi ro trong quá trình thực hiện dự án đầu tư theo mô hình đối tác công tư.

3. Hợp đồng đối tác công tư theo pháp luật Việt Nam hiện hành

3.1. Các loại hợp đồng đối tác công tư

Hiện nay, các hợp đồng PPP bao gồm những hợp đồng gắn với việc xây dựng cơ sở hạ tầng hoặc sử dụng cơ sở hạ tầng để cung cấp các dịch vụ công. Đối với các hợp đồng BOT, BTO, BT, BOO, BTL, BLT, nhà đầu tư thoả thuận với Nhà nước việc xây dựng các công trình kết cấu hạ tầng, sau đó tùy vào từng loại hợp đồng mà nhà đầu tư sẽ có các quyền và nghĩa vụ khác nhau. Ở hợp đồng BOT, nhà đầu tư được quyền kinh doanh trong một thời hạn nhất định sau đó chuyển giao cho Nhà nước. Ngược lại, với hợp đồng BTO, nhà đầu tư phải chuyển giao cho Nhà nước ngay khi xây dựng xong, sau đó mới được quyền kinh doanh trong thời hạn nhất định. Trong hợp đồng BT, nhà đầu tư chuyển giao cho Nhà nước công trình và sẽ nhận được lợi ích là “quỹ đất để thực hiện dự án khác”. Đối với hợp đồng BOO, nhà đầu tư sau khi xây dựng công trình sẽ được quyền sở hữu và kinh doanh công trình trong một khoảng thời hạn nhất định. Nhà đầu tư chịu trách nhiệm về tài chính, xây dựng, sở hữu, điều hành và bảo trì cơ sở hạ tầng. Trong các loại hợp đồng này, hợp đồng BOO là một dạng hợp đồng mới được quy định; tuy đã tồn tại ở Việt Nam khi Nhà nước giao quyền cho các doanh nghiệp thực hiện một

³ Anita Taseska, *Overview of Public Private Partnership in Australia: Financing, Regulation, Auditing and Proposed Improvements*, *The Journal of Contemporary Issues in Business and Government*, 2008 Volume 14, Number 2, p.79-90.

⁴ Embassy of Canada, PPP Seminar: May 22, 2014, *PPP vs PFI: What's the difference? Is Japan missing out? What are the Opportunities for Japanese Private Sector in PPP projects abroad?*.

số dự án như dự án nước sạch. Điểm khác của hợp đồng BOO so với hợp đồng BOT ở chỗ, nhà đầu tư được quyền chủ động kinh doanh và không xác định thời hạn phải chuyển giao cho Nhà nước mà sẽ được quyền sở hữu công trình, thời hạn kinh doanh theo giấy chứng nhận đăng ký đầu tư. Tuy mục đích và tính đặc thù của dự án PPP mà Nhà nước lựa chọn loại hợp đồng phù hợp. Tuy nhiên, hợp đồng BOT và BOO sẽ cho phép nhà đầu tư chủ động thu hồi vốn trong dự án. Nghị định số 15/2015/NĐ-CP đã bổ sung thêm hai loại hợp đồng có thời hạn chuyển giao công trình cho Nhà nước là hợp đồng BTL, BLT. Theo đó, thay vì việc nhà đầu tư thu tiền trực tiếp từ người sử dụng dịch vụ (người dân), Nhà nước sẽ thanh toán cho nhà đầu tư theo quy định của pháp luật (về giải ngân vốn thanh toán) được thoả thuận tại hợp đồng dự án. Các hợp đồng BTL, BLT thường được lựa chọn cho các dự án an sinh xã hội có khả năng thu hồi vốn từ xã hội không cao. Ví dụ, các dự án PPP trong lĩnh vực môi trường, giáo dục..., việc thu tiền để bồi đắp chi phí xây dựng, vận hành và đảm bảo có lãi cho nhà đầu tư là khó có khả năng.

Ngoài các hợp đồng gắn với xây dựng cơ sở hạ tầng, Nghị định số 15/2015/NĐ-CP cũng bổ sung hợp đồng O&M (Hợp đồng kinh doanh - quản lý); mục đích của nhà đầu tư trong hợp đồng O&M là được nhượng lại quyền khai thác, vận hành công trình (Ví dụ: Khai thác cảng hàng không).

3.2. Chủ thể của hợp đồng đối tác công tư

Tại nhiều quốc gia, hợp đồng PPP được ký kết giữa Chính phủ và nhà đầu tư tư nhân⁵. Ở Việt Nam, theo khoản 1 Điều 3

Nghị định 15/2015/NĐ-CP, các chủ thể của hợp đồng đối tác công tư bao gồm:

Thứ nhất, phía Nhà nước đại diện, gồm cơ quan cấp Bộ và Ủy ban nhân dân cấp tỉnh. Các cơ quan này được uỷ quyền cho tổ chức trực thuộc để ký kết các hợp đồng dự án thuộc nhóm B và C (Theo phân loại tại Luật Đầu tư công 2014). Nhà nước thường là chủ thể đưa ra nhu cầu, trên cơ sở đó các cơ quan có thẩm quyền ký kết hợp đồng đề xuất cơ quan cấp trên phê duyệt dự án.

Thứ hai, phía Nhà đầu tư, thường là các tổ chức kinh tế có kinh nghiệm trong các lĩnh vực dự án PPP và được lựa chọn theo hình thức đấu thầu. Theo cách tiếp cận hiện nay của pháp luật Việt Nam, tổ chức kinh tế có thể là nhà đầu tư tư nhân hoặc doanh nghiệp nhà nước; doanh nghiệp nhà nước có thể liên doanh với nhà đầu tư tư nhân để đề xuất dự án PPP, hoặc tham gia độc lập trong trường hợp không phải nhà đầu tư đề xuất dự án. Nhiều ý kiến cho rằng, quy định hiện hành cho phép các doanh nghiệp nhà nước (là các công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do Nhà nước làm chủ sở hữu) tham gia vào quan hệ hợp đồng PPP sẽ làm phá vỡ bản chất công – tư của mô hình đầu tư này và sẽ chuyển sang mối quan hệ công-công. Bởi lẽ doanh nghiệp nhà nước sử dụng vốn đầu tư của nhà nước (chủ yếu là sử dụng trực tiếp từ ngân sách nhà nước) để thực hiện dự án đầu tư PPP. Do đó, xét về bản chất và mục đích của quan hệ hợp đồng PPP, tác giả cho rằng, cần phải có quy định không cho phép khối doanh nghiệp nhà nước tham gia vào quan hệ hợp đồng PPP.

Thứ ba, ngoài Nhà nước và Nhà đầu tư, chủ thể của hợp đồng PPP còn có thể là doanh nghiệp dự án. Doanh nghiệp dự án là

⁵ PPIAF, *PPP basics and principles of a PPP framework*, May 2012, <http://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/Note-One-PPP-Basics->

[and-Principles-of-a-PPP-Framework.pdf](http://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/Note-One-PPP-Basics-and-Principles-of-a-PPP-Framework.pdf), truy cập ngày 14/4/2016.

doanh nghiệp do nhà đầu tư thành lập để thực hiện dự án PPP. Trước đây, theo Luật Đầu tư 2005 và Nghị định số 108/2009/NĐ-CP, việc thành lập doanh nghiệp dự án không bắt buộc, nhà đầu tư đã là tổ chức kinh tế chỉ cần đăng ký bổ sung ngành nghề kinh doanh⁶. Tuy nhiên, sau đó Thông tư số 03/2011/TT-BKHĐT hướng dẫn thi hành Nghị định 108/2009/NĐ-CP lại yêu cầu nhà đầu tư bắt buộc phải thành lập mới doanh nghiệp dự án⁷. Sự mâu thuẫn này gây lúng túng cho các nhà đầu tư trong quá trình thực hiện những dự án PPP. Hiện nay, Nghị định số 15/2015/NĐ-CP đã làm rõ hơn về vấn đề này. Theo đó, nhà đầu tư chỉ bắt buộc thành lập doanh nghiệp dự án nếu dự án PPP có tính quan trọng, quy mô lớn thuộc nhóm A và B theo phân loại của Luật Đầu tư công 2014⁸. Đối với các dự án có quy mô vốn không cao thuộc nhóm C⁹ và dự án BT, nhà đầu tư có quyền lựa chọn việc thành lập hay không thành lập doanh nghiệp dự án. Nếu không thành lập doanh nghiệp dự án thì phải tổ chức quản lý, hạch toán độc lập dự án PPP với các hoạt động đầu tư kinh doanh khác của doanh nghiệp. Mối quan hệ giữa Nhà nước, nhà đầu tư và doanh nghiệp dự án được thể hiện bằng thoả thuận hai bên (nhà đầu tư - doanh nghiệp dự án ký hợp đồng để hợp thành một bên chủ thể của hợp đồng PPP) hoặc thoả thuận ba bên (nhà đầu tư, nhà nước, doanh nghiệp dự án ký thoả thuận chung cho phép doanh nghiệp dự án tiếp nhận và thực hiện các quyền, nghĩa vụ của nhà đầu tư quy định tại Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư và hợp đồng dự án).

Nhìn chung, quy định hiện hành về chủ

thể hợp đồng đối tác công tư khá rõ ràng, thống nhất, hướng đến đảm bảo tính minh bạch và chuyên nghiệp trong việc thực hiện dự án đầu tư.

3.3. Đối tượng và phạm vi ký kết hợp đồng đối tác công tư

Hiện nay, việc xác định đối tượng của hợp đồng đối tác công tư vẫn còn được tranh luận. Theo cách tiếp cận về bản chất là quan hệ nhượng quyền, các đối tượng của hợp đồng PPP bao gồm: Quyền xây dựng, quyền sở hữu, quyền cung cấp các dịch vụ công, quyền kinh doanh, vận hành. Các loại quyền này không tồn tại song song, mà phụ thuộc vào từng loại hợp đồng. Các đối tượng hợp đồng cụ thể bao gồm:

+ Đối với hợp đồng BOT, BTO: Đối tượng hợp đồng là quyền xây dựng, quyền kinh doanh;

+ Đối với hợp đồng BT: Đối tượng hợp đồng là quyền xây dựng;

+ Đối với hợp đồng BOO: Đối tượng hợp đồng là quyền xây dựng, quyền sở hữu công trình và quyền kinh doanh;

+ Đối với hợp đồng BTL, BLT: Đối tượng hợp đồng là quyền xây dựng, quyền cung cấp dịch vụ công;

+ Đối với hợp đồng O&M: Đối tượng hợp đồng là quyền kinh doanh, quản lý (vận hành).

Về phạm vi ký kết hợp đồng PPP, khác với các quan hệ hợp đồng thông thường khác trong lĩnh vực đầu tư, hợp đồng PPP không tuân theo nguyên tắc tự do ý chí và nhu cầu của các chủ thể trong hợp đồng, mà phạm vi ký kết được Nhà nước quy định rõ tại các văn bản pháp luật. Theo đó, bên cạnh các lĩnh vực trước đây thuộc phạm vi ký kết các hợp đồng PPP như: Công trình kết cấu hạ tầng giao thông vận tải và các dịch vụ có liên quan; hệ thống cung cấp nước sạch; hệ

⁶ Điều 27 Nghị định 108/2009/NĐ-CP.

⁷ Khoản 1 Điều 3 Thông tư 03/2011/TT-BKHĐT.

⁸ Điều 8, Điều 9 Luật Đầu tư công 2014.

⁹ Điều 10 Luật Đầu tư công 2014.

thống thoát nước; hệ thống thu gom, xử lý nước thải, chất thải; nhà máy điện, đường dây tải điện; công trình kết cấu hạ tầng y tế, giáo dục, đào tạo, dạy nghề, văn hóa, thể thao và các dịch vụ liên quan; trụ sở làm việc của cơ quan nhà nước..., hiện nay Chính phủ đã quy định rõ hơn theo hướng mở rộng lĩnh vực đầu tư vào các dự án đối tác công tư như: đầu tư vào hệ thống chiếu sáng; nhà ở xã hội; nhà ở tái định cư; nghĩa trang; công trình kết cấu hạ tầng thương mại, khoa học và công nghệ, khí tượng, thủy văn, khu kinh tế, khu công nghiệp, khu công nghệ cao, khu công nghệ thông tin tập trung; ứng dụng công nghệ thông tin; công trình kết cấu hạ tầng nông nghiệp, nông thôn và dịch vụ phát triển liên kết sản xuất gắn với chế biến, tiêu thụ sản phẩm nông nghiệp; và các lĩnh vực khác theo quyết định của Thủ tướng Chính phủ. Tùy vào từng loại công trình hay dịch vụ, lợi ích và chi phí mà Nhà nước sẽ quyết định hình thức hợp tác theo mô hình công tư với nhà đầu tư. So với quy định tại Nghị định số 108/2009/NĐ-CP, Nghị định số 24/2011/NĐ-CP và Quyết định số 71/2009/QĐ-TTg, cơ hội tham gia vào các dự án đối tác công tư của các nhà đầu tư hiện nay đã được tăng lên.

3.4. Một số nội dung cơ bản của hợp đồng đối tác công tư

Hợp đồng PPP có các nội dung bắt buộc và phù hợp với loại dự án PPP, nhìn chung, có thể phân chia các nhóm nội dung như sau:

Một là, nhóm hợp đồng có các điều khoản về quyền mà Nhà nước nhượng lại, giao cho nhà đầu tư. Hợp đồng cũng cần làm rõ mục tiêu, quy mô, địa điểm, thời hạn và tiến độ thực hiện dự án; thời gian xây dựng công trình dự án.

Hai là, nhóm các điều khoản xác định yêu cầu và trách nhiệm của Nhà nước đối với dự án. Các yêu cầu của Nhà nước bao gồm: kỹ thuật, công nghệ, chất lượng công trình dự án, sản phẩm hoặc dịch vụ được cung cấp. Trách nhiệm của Nhà nước đối với dự án bao gồm: các điều kiện, tỷ lệ và tiến độ giải ngân vốn đầu tư của Nhà nước tham gia thực hiện dự án (nếu có); điều kiện sử dụng đất và công trình liên quan; vấn đề về bồi thường, giải phóng mặt bằng, tái định cư. Hiện nay, Nghị định số 15/2015/NĐ-CP không hạn chế việc sử dụng vốn Nhà nước vào dự án PPP nhằm tăng tính hấp dẫn, khả thi cho việc thu hút vốn đầu tư. Vốn góp của Nhà nước khi tham gia vào dự án được thể hiện dưới nhiều dạng như vốn góp hỗ trợ xây dựng công trình, giải phóng mặt bằng, tái định cư, hỗ trợ thu phí từ người sử dụng dịch vụ, hỗ trợ những khoản thu không đủ thu hồi vốn và có lợi nhuận, thanh toán dịch vụ cho nhà đầu tư trong dự án BTL, BLT. Tỷ lệ vốn chủ sở hữu của nhà đầu tư không được thấp hơn 15% tổng vốn đầu tư. Đối với dự án có tổng vốn đầu tư trên 1.500 tỷ đồng, tỷ lệ vốn chủ sở hữu được xác định theo nguyên tắc lũy tiến từng phần như sau: nếu phần vốn đến 1.500 tỷ đồng, tỷ lệ vốn chủ sở hữu không được thấp hơn 15% của phần vốn này; nếu phần vốn trên 1.500 tỷ đồng, tỷ lệ vốn chủ sở hữu không được thấp hơn 10% của phần vốn này. Phần còn lại của dự án sẽ được đi vay hoặc có thể có sự tham gia của Nhà nước bằng các nguồn vốn: ngân sách nhà nước, trái phiếu chính phủ, trái phiếu chính quyền địa phương, ODA và vay ưu đãi của nhà tài trợ nước ngoài. Tuy nhiên, ở mỗi dự án, Nhà nước cần tính toán, xem xét việc tham gia mức vốn vào dự án, bởi nếu mức vốn tham gia quá nhiều sẽ khó giảm thiểu các

chi phí đầu tư nhà nước cho các công trình và dịch vụ xã hội. Việc không quy định mức trần vốn Nhà nước tham gia vào dự án PPP sẽ là một động lực cho mô hình PPP phát triển, nhưng cũng tiềm ẩn rủi ro trong trường hợp dự án thua lỗ, nhà đầu tư không thể trả nợ, và nghĩa vụ sẽ thuộc về Nhà nước. Do đó, theo tác giả, vẫn nên có quy định mức vốn tối đa mà Nhà nước được hỗ trợ, tham gia vào dự án. Đồng thời, để khuyến khích tư nhân tham gia vào mô hình hợp tác PPP, Nhà nước cũng cần tạo ra cơ chế và khuyến khích các nhà đầu tư liên doanh với nhau nhằm tăng phần vốn chủ sở hữu, phòng ngừa rủi ro về tài chính trong quá trình triển khai dự án.

Ba là, nhóm các điều khoản xác định quyền và nghĩa vụ của nhà đầu tư, như cam kết tổng vốn đầu tư và phương án tài chính của dự án; thi công xây dựng, kiểm tra, giám sát, quản lý chất lượng, nghiệm thu, quyết toán dự án; điều khoản về thu phí, giá hàng hoá, dịch vụ. Đặc biệt, hợp đồng cần làm rõ nguyên tắc về thu phí, giá đảm bảo: (i) Việc xác định, điều chỉnh giá, phí phải đảm bảo lợi ích của người dân (mục đích cao nhất của dự án PPP); (ii) Việc xác định, điều chỉnh giá, phí phải dựa trên cơ sở tạo điều kiện cho nhà đầu tư thu hồi vốn và lợi nhuận.

Bốn là, nhóm các điều khoản quy định trách nhiệm giám định, vận hành, bảo dưỡng, kinh doanh và khai thác công trình dự án; chuyển giao công trình; bảo đảm an toàn và bảo vệ môi trường. Hiện nay, đối với các hợp đồng mà nhà đầu tư có nghĩa vụ chuyển giao công trình cho cơ quan nhà nước, thì cơ quan nhà nước có thẩm quyền tổ chức giám định chất lượng, giá trị, tình trạng công trình theo thỏa thuận tại hợp đồng dự án, lập danh mục tài sản chuyển giao, xác định các hư hại (nếu có) và yêu

cầu doanh nghiệp dự án thực hiện việc sửa chữa, bảo trì công trình. Tuy nhiên, Nhà nước cũng cần có cơ chế quản lý và chế tài rõ ràng về việc thẩm định và định giá công trình nhằm tránh trường hợp cơ quan nhà nước có thẩm quyền và nhà đầu tư “thông đồng” khi xác định tình trạng công trình, gây thiệt hại cho Nhà nước cũng như các lợi ích công cộng sau này.

Năm là, điều khoản về phân chia rủi ro giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền và nhà đầu tư. Theo đó, hợp đồng cần làm rõ các rủi ro được xác định như thế nào, trách nhiệm của mỗi bên phát sinh từ các rủi ro trong và sau quá trình thực hiện dự án PPP. Ngoài ra, hợp đồng cần quy định về trách nhiệm các bên trong các trường hợp bất khả kháng cũng như nguyên tắc xử lý.

Sáu là, một số điều khoản bắt buộc khác như điều kiện, thủ tục tiếp nhận dự án của bên cho vay, tổ chức được chỉ định; các hình thức ưu đãi và bảo đảm đầu tư (nếu có); luật điều chỉnh hợp đồng và cơ chế giải quyết tranh chấp; hiệu lực và thời hạn hợp đồng dự án; các nguyên tắc, điều kiện sửa đổi, bổ sung, chấm dứt hợp đồng dự án; chuyển nhượng quyền và nghĩa vụ theo hợp đồng dự án.

Ngoài các nội dung trên, các bên có thể thỏa thuận nội dung khác để đảm bảo quyền lợi và chất lượng dự án một cách tốt nhất. Các bên cũng phải thỏa thuận về phụ lục, đưa các tài liệu (kỹ thuật, tài chính...) và các giấy tờ khác thành một bộ phận của hợp đồng dự án. Xuất phát từ đặc thù của hợp đồng PPP, quy định bắt buộc các bên phải thỏa thuận các điều khoản nhằm đảm bảo việc thực thi và kiểm soát các thỏa thuận về vốn của dự án PPP.

TIẾP CẬN DỰA TRÊN QUYỀN CON NGƯỜI TRONG XÂY DỰNG, THỰC THI PHÁP LUẬT LAO ĐỘNG Ở VIỆT NAM

*Lê Thị Hoài Thu**

Tóm tắt: Bài viết phân tích, đánh giá thực trạng việc tiếp cận dựa trên quyền con người trong xây dựng và thực thi pháp luật lao động ở Việt Nam thời gian vừa qua. Trên cơ sở đó, tác giả đưa ra một số đề xuất, kiến nghị về vấn đề này.

Abstract: This article analyses and evaluates the practice of human right-based approach for building up and implementing labour law in Vietnam recently. On that basis, it provides relevant proposal and recommendation.

Theo quan niệm chung nhất, tiếp cận dựa trên quyền con người trong xây dựng và thực thi pháp luật bao gồm những nội dung cơ bản sau đây:

Thứ nhất, bảo đảm các tiêu chuẩn và nguyên tắc cơ bản về quyền con người được kết nối trong quá trình xây dựng và thực thi chính sách pháp luật.

Thứ hai, trao quyền cho chủ thể quyền biết và khiếu nại về quyền của mình; chủ thể có nghĩa vụ nâng cao năng lực bảo đảm thực thi quyền con người.

Thứ ba, trao cho chủ thể quyền cơ hội lớn hơn khi tham gia vào các quyết định tác động đến quyền của họ. Tương ứng với nó là việc nâng cao năng lực của những người có trách nhiệm bảo đảm quyền ghi nhận và tôn trọng các quyền đó của các cá nhân.

Việc sử dụng cách tiếp cận dựa trên quyền con người trong xây dựng và thực thi pháp luật là điều kiện để đảm bảo hiệu quả trong công tác này.

1. Thực trạng tiếp cận dựa trên quyền con người trong xây dựng, thực thi pháp luật lao động ở nước ta

Kể từ khi chuyển sang cơ chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa có sự quản lý của Nhà nước (năm 1986) đến nay, cùng với các lĩnh vực pháp luật khác, pháp luật lao động được xây dựng phù hợp với những yêu cầu cơ bản của kinh tế thị trường, mà khởi đầu là sự ra đời của Pháp lệnh Hợp đồng lao động năm 1990. Tiếp đó là sự ra đời của Bộ luật Lao động năm 1994 – đánh dấu một bước tiến quan trọng trong công tác xây dựng pháp luật lao động ở nước ta. Từ đó đến nay, Bộ luật Lao động thường xuyên được rà soát, sửa đổi, bổ sung phù hợp hơn với yêu cầu của nền kinh tế thị trường (Bộ luật Lao động sửa đổi, bổ sung qua các năm: 2002; 2006; 2007 và Bộ luật Lao động năm 2012). Trong đó, tiếp cận dựa trên quyền con người khi xây dựng và hoàn thiện Bộ luật Lao động là phương pháp được đặc biệt quan tâm, nhất là việc xây dựng Bộ luật Lao động năm 2012 và các luật có liên quan trong lĩnh vực lao động (Luật Công đoàn năm 2012, Luật Việc làm năm 2013, Luật Bảo hiểm xã hội năm

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

2014, Luật An toàn, vệ sinh lao động năm 2015...). Điều này được thể hiện như sau:

Thứ nhất, bảo đảm các tiêu chuẩn và nguyên tắc cơ bản về quyền con người trong quá trình xây dựng và thực thi pháp luật lao động.

Quyền con người trong lĩnh vực lao động được quy định chủ yếu trong Tuyên ngôn nhân quyền năm 1948 của Liên hợp quốc (Điều 23, Điều 24); Công ước quốc tế về các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa năm 1966 (Điều 6, Điều 7, Điều 8, Điều 9). Các tiêu chuẩn và nguyên tắc về quyền con người trong lĩnh vực lao động được quy định trong hai văn kiện quốc tế này bao gồm các nội dung cơ bản sau đây: (i) Đảm bảo quyền làm việc, tự do lựa chọn nghề nghiệp, được bảo vệ để chống lại lao động cưỡng bức, thất nghiệp; (ii) Đảm bảo cơ hội thăng tiến của người lao động; (iii) Đảm bảo điều kiện an toàn và vệ sinh cho người lao động và những người liên quan; (iv) Đảm bảo chế độ thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi hợp lý; (v) Đảm bảo chế độ tiền lương công bằng, bình đẳng, hợp lý, tôn trọng giá trị nhân phẩm của con người; (vi) Đảm bảo an sinh xã hội cho bản thân và gia đình người lao động; (vii) Đảm bảo quyền tự do thành lập, gia nhập công đoàn; (viii) Đảm bảo quyền đình công của người lao động.

Những quyền con người trong lĩnh vực lao động này đã được ghi nhận trong nhiều công ước của Tổ chức lao động quốc tế, đặc biệt là trong 8 công ước cơ bản: Công ước số 87 và 98 về tự do hiệp hội và thương lượng tập thể; Công ước số 29 và 105 về lao động cưỡng bức; Công ước số 100 và 111 về phân biệt đối xử; Công ước số 138 và 182 về lao động trẻ em.

Trong quá trình xây dựng pháp luật lao động, các cơ quan chủ trì soạn thảo đã tổ

chức nghiên cứu các quy định của Liên hợp quốc và Tổ chức lao động quốc tế về quyền con người trong lĩnh vực lao động, đồng thời đánh giá tác động khi đưa vào các văn bản pháp luật và tổ chức thực hiện ở Việt Nam ở cả phương diện kinh tế, xã hội và pháp lý. Về phương diện lập pháp, có thể khẳng định Việt Nam khá thành công khi sử dụng phương pháp tiếp cận dựa trên quyền con người trong quá trình xây dựng pháp luật lao động.

Tuy nhiên, thực tế vẫn còn một số tồn tại (chủ yếu ở phương diện thực thi pháp luật), cụ thể như sau:

- Quyền bình đẳng về cơ hội việc làm của người lao động vẫn chưa được thực sự tôn trọng và thực hiện triệt để trên thực tế. Vẫn có biểu hiện phân biệt đối xử trong chính sách tuyển dụng lao động. Sự phân biệt đối xử này thường tập trung vào hai vấn đề: phân biệt đối xử theo vùng miền và phân biệt đối xử theo giới tính.

- Vẫn có hiện tượng vi phạm quyền tự do việc làm của người lao động. Không ít doanh nghiệp vẫn còn giữ bản gốc văn bằng chứng chỉ, giấy tờ tùy thân của người lao động hoặc buộc người lao động phải bảo đảm thực hiện hợp đồng lao động bằng một khoản tiền hoặc tài sản khác nhằm “giữ chân” người lao động phải tiếp tục làm việc trái ý muốn của họ hoặc gây khó dễ cho người lao động tìm kiếm việc làm mới.

- Nhiều nơi, người lao động chưa được làm việc trong điều kiện thực sự đảm bảo an toàn, vệ sinh. Tai nạn lao động, các vụ ngộ độc thực phẩm tập thể vẫn liên tiếp xảy ra theo chiều hướng gia tăng; tình hình bệnh nghề nghiệp cũng diễn biến theo chiều hướng phức tạp. Nguyên nhân của tình trạng này một phần từ bất cập trong quy định của pháp luật, một phần do lỗi chủ

quan của các chủ thể tham gia quan hệ lao động và các tác động khách quan khác.

- Đời sống của một bộ phận không nhỏ người lao động làm công ăn lương chưa được đảm bảo. Thực tế không ít người lao động làm công ăn lương ở nước ta đang nhận mức lương dưới mức lương tối thiểu do Chính phủ công bố, trong khi bản thân mức lương tối thiểu đang áp dụng cũng chỉ đáp ứng khoảng hơn 60% nhu cầu tối thiểu của người lao động.

- Mặc dù pháp luật đã quy định cụ thể quỹ thời giờ làm việc tương đối hợp lý, phù hợp với tiêu chuẩn quốc tế, nhưng thực tế không ít người lao động vẫn đang phải làm việc vượt quá số giờ làm việc bình thường so với quy định chuẩn của pháp luật, nhất là người lao động làm việc ở các ngành dệt, may, da, giày và các ngành dịch vụ.

- Chính sách bảo hiểm xã hội vẫn chưa bao phủ hết lực lượng lao động làm công ăn lương. Theo quy định của Bộ luật Lao động và Luật Bảo hiểm xã hội năm 2006, những người lao động làm việc theo hợp đồng lao động từ đủ 3 tháng trở lên mới thuộc đối tượng tham gia bảo hiểm xã hội bắt buộc, trừ những người lao động đã nghỉ hưu và những người lao động đang tham gia bảo hiểm xã hội ở nơi khác. Quy định này đã loại bỏ một lượng không nhỏ những người lao động làm việc theo hợp đồng lao động mùa vụ và hợp đồng lao động theo công việc có thời hạn dưới 3 tháng ra khỏi chính sách bảo hiểm xã hội của Nhà nước, mặt khác tạo điều kiện để người lao động và người sử dụng lao động có ý thức chấp hành pháp luật chưa tốt tìm cách “lách luật”. Bên cạnh đó, việc đóng bảo hiểm xã hội cho người lao động theo mức lương thấp hơn khá nhiều so với tiền lương trả cho người lao động, tình trạng lạm dụng quỹ bảo hiểm

xã hội cũng là những vấn đề rất đáng lưu ý trong việc thực thi pháp luật lao động ở Việt Nam trong thời gian vừa qua.

Nhằm khắc phục một phần các tồn tại này, Luật Bảo hiểm xã hội năm 2014 đã mở rộng phạm vi tham gia bảo hiểm xã hội đối với người lao động làm công ăn lương (từ ngày 01/01/2018, bảo hiểm xã hội áp dụng đối với cả người lao động làm việc theo hợp đồng lao động có thời hạn từ đủ 01 tháng đến dưới 03 tháng và người lao động là người nước ngoài làm việc tại Việt Nam); quy định lại số tiền lương làm căn cứ đóng bảo hiểm xã hội theo lộ trình đến năm 2018 là tổng lương của người lao động (bao gồm: mức lương + phụ cấp lương + các khoản bổ sung khác); quy định chức năng thanh tra việc đóng bảo hiểm xã hội cho Tổ chức bảo hiểm xã hội; tăng mức xử phạt và áp dụng các biện pháp bổ sung nghiêm khắc hơn đối với các hành vi vi phạm pháp luật về bảo hiểm xã hội, đặc biệt, hành vi trốn đóng bảo hiểm xã hội, lạm dụng quỹ bảo hiểm xã hội có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015.

- Quyền tự do thành lập, gia nhập công đoàn của người lao động được quy định trong Luật Công đoàn năm 2012, quyền tự do lập hội của người sử dụng lao động được quy định trong các văn bản pháp luật về hội. Các quy định này về hình thức là khá đầy đủ, đảm bảo quyền tự do lập hội của các bên trong quan hệ lao động. Tuy nhiên, nếu tiếp cận dưới góc độ quyền tự do lập hội của người lao động thì pháp luật nước ta vẫn chưa đảm bảo theo tiêu chuẩn quốc tế (Công ước số 87 của Tổ chức lao động quốc tế). Hiện tại, pháp luật lao động Việt Nam chỉ ghi nhận một tổ chức duy nhất đại diện hợp pháp cho người lao động trong quan hệ

lao động là Tổ chức công đoàn Việt Nam (từ cấp trung ương đến cấp cơ sở). Tại cấp cơ sở (đơn vị sử dụng lao động), nếu đã thành lập tổ chức công đoàn thì ban chấp hành công đoàn cơ sở đương nhiên là người đại diện tập thể lao động tại đơn vị sử dụng lao động đó, không kể người lao động có gia nhập công đoàn hay không. Đối với những đơn vị chưa thành lập tổ chức công đoàn cơ sở thì tổ chức công đoàn cấp trên trực tiếp cơ sở là tổ chức đại diện cho người lao động (không nhất thiết phải có sự ủy quyền của người lao động). Như vậy, cách quy định này chưa thực sự đảm bảo quyền tự do, tự nguyện trong việc thành lập, gia nhập, hoạt động trong tổ chức đại diện của người lao động. Đây cũng là thách thức lớn của Việt Nam khi gia nhập TPP. Bên cạnh đó, chất lượng đại diện, bảo vệ người lao động của công đoàn vẫn là vấn đề còn nhiều nghi ngại.

- Quyền đình công của người lao động được chính thức ghi nhận trong Bộ luật Lao động năm 1994 sau đó được rà soát, sửa đổi, hoàn thiện qua Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật Lao động năm 2002, năm 2006 và hiện nay là Bộ luật Lao động năm 2012. Tuy nhiên, cho đến nay, các quy định pháp luật về đình công vẫn còn không ít bất cập như: thời điểm đình công khá muộn; điều kiện đình công hợp pháp khá khắt khe; thủ tục đình công rườm rà, phức tạp, chưa hợp lý; quy định về thủ tục xét tính hợp pháp của cuộc đình công còn nhiều bất cập... Cộng với sự hiểu biết pháp luật và ý thức của người lao động chưa cao, nên trong những năm qua các cuộc đình công xảy ra ngày càng nhiều, quy mô ngày càng lớn, tính chất ngày càng phức tạp nhưng phần lớn các cuộc đình công không tuân thủ đúng quy định của pháp luật.

Thứ hai, giải quyết mối quan hệ giữa quyền của người lao động và nghĩa vụ của các chủ thể chịu trách nhiệm bảo đảm quyền của người lao động.

Quan hệ lao động giữa người sử dụng lao động và người lao động là quan hệ song phương, mỗi bên đều có những quyền và nghĩa vụ nhất định, quyền của bên này tương ứng với nghĩa vụ của bên kia và ngược lại. Tinh thần này đã được quán triệt và thể hiện trong quá trình xây dựng pháp luật lao động ở nước ta. Hiện tại, quyền và nghĩa vụ của người lao động, người sử dụng lao động được quy định tại Điều 5 và Điều 6 Bộ luật Lao động năm 2012.

Trên cơ sở này, quyền và nghĩa vụ của hai bên được cụ thể hóa trong từng lĩnh vực cụ thể (việc làm, hợp đồng lao động, đối thoại tại nơi làm việc, thương lượng tập thể, thỏa ước lao động tập thể, tiền lương, thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi, xử lý vi phạm kỷ luật lao động, trách nhiệm vật chất, an toàn lao động, vệ sinh lao động, giải quyết tranh chấp lao động, đình công, giải quyết đình công...). Điểm tiến bộ của Bộ luật Lao động năm 2012 là đã quy định cụ thể về quan hệ lao động ở cấp trên cơ sở (cấp ngành) và cơ chế tham khảo ý kiến đại diện ba bên về các vấn đề thuộc mối quan hệ lao động.

Trong quan hệ lao động, người lao động là chủ thể “yếu thế” hơn so với người sử dụng lao động, quyền và lợi ích hợp pháp của họ dễ bị xâm hại, dễ bị lạm dụng. Đây là cơ sở lý luận và thực tiễn để Nhà nước, xã hội luôn bảo vệ người lao động nhiều hơn người sử dụng lao động theo nguyên lý “bên yếu kẻ yếu”. Tư tưởng này được thể hiện sâu sắc trong tất cả các chế định của Bộ luật Lao động, đồng thời cũng được thực hiện khá tốt ở nước ta trong thời gian vừa

qua. Tuy nhiên, điều đáng ghi nhận là, trong thời gian gần đây, các văn bản pháp luật lao động đã lược bớt các quy định bị coi là bảo vệ người lao động một cách “thái quá”, chú trọng hơn nữa các quy định bảo vệ quyền lợi hợp pháp, chính đáng của người sử dụng lao động theo hướng đảm bảo tốt hơn quyền tự do kinh doanh của các tổ chức, cá nhân, không can thiệp quá sâu vào công việc nội bộ của người sử dụng lao động, tôn trọng và đảm bảo tốt hơn quyền tự định đoạt của các bên, tôn trọng các quy luật khách quan của kinh tế thị trường trong việc điều tiết thị trường lao động, quan hệ lao động...

Mặc dù vậy, trên thực tế trong nhiều trường hợp các quyền cơ bản của người lao động vẫn bị xâm phạm, như: bị kéo dài thời gian thử việc bằng nhiều cách thức khác nhau; nhiều người lao động phải chấp nhận ký hợp đồng lao động ngắn hạn (dưới 12 tháng) để làm các công việc có tính ổn định từ đủ 12 tháng trở lên, không được ký hợp đồng lao động không xác định thời hạn mặc dù đã làm việc lâu dài cho người sử dụng lao động; một tỷ lệ tương đối lớn người lao động bị trả lương thấp hơn so với giá trị sức lao động, thậm chí phải chấp nhận mức lương dưới mức tối thiểu do Nhà nước quy định; ở một số ngành nghề, nhiều người lao động phải làm việc quá thời giờ làm việc không được tính tiền làm thêm giờ; một bộ phận người lao động không được nghỉ hằng tuần, không được nghỉ hằng năm hoặc bị cắt ngày nghỉ hằng năm một cách tùy tiện; nhiều người lao động phải làm việc trong điều kiện chưa đảm bảo an toàn, vệ sinh lao động; bị chấm dứt hợp đồng lao động hoặc sa thải một cách vô cớ... Nếu xét trong mối quan hệ giữa quyền và nghĩa vụ thì trong những trường hợp này, người sử dụng lao động đã không nghiêm túc trong việc thực hiện các

nghĩa vụ của mình, không tạo điều kiện thực tế để người lao động thụ hưởng một cách đầy đủ, có chất lượng các quyền của mình.

Thứ ba, đánh giá năng lực của chủ thể có quyền và chủ thể có nghĩa vụ trong xây dựng và bảo đảm thực thi quyền của người lao động.

Với phương pháp tiếp cận dựa trên quyền trong xây dựng và thực thi pháp luật lao động, việc phân tích, đánh giá một cách khách quan, chính xác năng lực của chủ thể có quyền và chủ thể có nghĩa vụ chính là việc làm có ý nghĩa quyết định tới tính khả thi của các quy định pháp luật và bảo đảm hiệu quả, hiệu lực của các quy định này trên thực tế.

Quá trình xây dựng Bộ luật Lao động và các văn bản pháp luật có liên quan, cơ quan chủ trì soạn thảo đã tổ chức nghiên cứu, khảo sát, đánh giá tác động để đánh giá năng lực của các chủ thể liên quan trong cả quá khứ, hiện tại và dự báo cho các giai đoạn tiếp theo. Mỗi chủ đề lớn đưa ra đều dự kiến các phương án giải quyết, trong từng phương án đều đánh giá cụ thể những ưu điểm, hạn chế trên cả ba lĩnh vực: kinh tế, xã hội và pháp lý để từ đó có những khuyến nghị cần thiết cho cơ quan có thẩm quyền quyết định thông qua hoặc ban hành văn bản pháp luật. Chẳng hạn, trước khi quyết định các nội dung liên quan đến quyền của người lao động trong lĩnh vực việc làm, các nhà làm luật đã đánh giá khả năng đáp ứng từ phía Nhà nước (chủ thể trước hết có trách nhiệm trong đảm bảo và giải quyết việc làm cho người lao động), nhất là khả năng đáp ứng của ngân sách nhà nước, đồng thời đánh giá năng lực của giới sử dụng lao động để đảm bảo người sử dụng lao động có thể đáp ứng được các quyền lợi

cho người lao động trong lĩnh vực này. Hay khi xác định mức lương tối thiểu vùng để công bố từng thời kỳ, Hội đồng tiền lương quốc gia đã nghiên cứu, đánh giá những ưu điểm, hạn chế của toàn bộ giai đoạn trước, đồng thời đánh giá năng lực đáp ứng của người sử dụng lao động cũng như dự báo sự biến động của nền kinh tế tác động đến năng lực của người sử dụng lao động trong tương lai để đảm bảo quyền lợi chính đáng của người lao động, nhưng không gây khó khăn cho người sử dụng lao động... Bên cạnh đó người lao động được đóng góp ý kiến đối với các quyết sách liên quan đến mình.

Một thách thức lớn nữa là, nhận thức về pháp luật và ý thức chấp hành pháp luật của các bên liên quan còn nhiều hạn chế. Tiếp cận thực tế với công tác quản trị nhân sự trong các doanh nghiệp cho thấy, phần lớn cán bộ quản lý, cán bộ nhân sự trong các doanh nghiệp không nắm được pháp luật lao động hoặc nếu có biết cũng chỉ là “qua loa, đại khái”, phần lớn những người lao động làm công tác công đoàn cũng không nắm được pháp luật lao động, không tận dụng được công cụ hiệu quả này để bảo vệ người lao động khi cần thiết.

Phụ nữ, trẻ em, người khuyết tật, người cao tuổi... là những đối tượng được đặc biệt quan tâm trong công tác xây dựng và thực thi pháp luật lao động ở hầu hết các quốc gia trên thế giới. Bởi đây là nhóm người lao động đặc thù, dễ bị tổn thương nếu các chủ thể liên quan có xử sự không phù hợp. Ở nước ta, qua tất cả các thời kỳ, Bộ luật Lao động bao giờ cũng dành một số điều khoản thích đáng để quy định riêng về quyền cho các đối tượng này và nghĩa vụ cho các chủ thể khác có liên quan. Trước đây, do chưa khai thác và sử dụng hiệu quả phương pháp

tiếp cận dựa trên quyền con người khi quy định riêng cho các đối tượng này, các nhà làm luật đã vô tình tạo ra cảm giác về sự phân biệt đối xử, tạo rào cản cho chính các đối tượng này khi tham gia quan hệ pháp luật. Ví dụ: quy định ưu tiên, ưu đãi quá nhiều cho lao động nữ, đến mức làm cho không ít nhà đầu tư rất ngại sử dụng lao động nữ vì vừa không có khả năng đáp ứng, vừa bị thiệt thòi quá lớn về lợi ích kinh tế so với việc sử dụng lao động nam. Hay khi thiết kế các quy định riêng cho người lao động là người khuyết tật, dường như các nhà làm luật chỉ tiếp cận từ góc độ y tế, xem những người khuyết tật là những người “không bình thường” khi tham gia thị trường lao động, quan hệ lao động nên buộc người sử dụng lao động và các chủ thể khác phải “nâng đỡ”, hoặc quy định nghĩa vụ của người sử dụng lao động theo lối “ban ơn”, “làm phúc”... Cách tiếp cận nêu trên đã bị đánh giá là sai lầm trong công tác làm luật. Hiện nay, với phương pháp tiếp cận dựa trên quyền con người đã giúp các nhà làm luật khắc phục được một cách căn bản những sai lầm này. Sự quan tâm của Nhà nước tới các đối tượng phụ nữ, trẻ em, người khuyết tật, người cao tuổi... thông qua các quy định riêng của Bộ luật Lao động và các văn bản pháp luật liên quan đã đảm bảo hợp lý hơn, phù hợp với năng lực của người sử dụng lao động, của nhà nước, xã hội; tương quan quyền và nghĩa vụ của các bên đã được giải quyết tương đối hài hòa.

Tuy nhiên, khâu thực thi pháp luật chưa thực sự hiệu quả, trong đó, công tác quản lý, thanh tra và xử lý vi phạm pháp luật lao động của nhà nước cũng chưa chặt chẽ, chưa nghiêm minh.

(Xem tiếp trang 73)

BẤT CẬP TRONG CÁC QUY ĐỊNH VỀ CĂN CỨ GIAO ĐẤT, CHO THUÊ ĐẤT CỦA LUẬT ĐẤT ĐAI NĂM 2013

Đặng Anh Quân*

Tóm tắt: Ở Việt Nam, với tư cách đại diện chủ sở hữu, Nhà nước chuyển giao đất đai đến người sử dụng đất thông qua hoạt động giao đất, cho thuê đất. Để đảm bảo công bằng, hoạt động này phải dựa trên những căn cứ nhất định được pháp luật quy định. Bài viết cho thấy những hạn chế, bất cập trong các quy định về căn cứ giao đất, cho thuê đất của Luật Đất đai năm 2013 đòi hỏi cần có sự đánh giá lại.

Abstract: In Vietnam, the State, as the land owner representative, distributes land to land users through the activities of land allocation or land lease. For equality, these activities shall comply with certain grounds required by laws. However, in reality, such activities contain shortcomings, as pointed out by this article. Therefore, it is necessary to have a review on grounds of land allocation and land lease.

1. Đặt vấn đề

Hiến pháp 1980 (Điều 19 và Điều 20), Hiến pháp 1992 (Điều 17 và Điều 18), và Hiến pháp 2013 (Điều 53 và Điều 54) đều xác lập một hình thức sở hữu duy nhất đối với đất đai là sở hữu toàn dân. Cụ thể hóa Hiến pháp, Luật Đất đai năm 2013 quy định: Nhà nước là đại diện chủ sở hữu, thực hiện quyền của chủ sở hữu đối với tài sản thuộc sở hữu toàn dân, trong đó có đất đai (Điều 4). Với tư cách chủ sở hữu, Nhà nước trao quyền sử dụng từng loại đất đến chủ thể có nhu cầu thông qua hoạt động giao đất, cho thuê đất. Nhằm đảm bảo công bằng trong sử dụng và hưởng lợi ích từ đất đai, đảm bảo đất đai được khai thác hiệu quả, việc chuyển giao quyền sử dụng đất của Nhà nước cho người có nhu cầu phải dựa trên những căn cứ khoa học, được pháp luật quy định.

Theo Luật Đất đai 2013, căn cứ để giao đất, cho thuê đất được quy định tại Điều 52

bao gồm: (i) Kế hoạch sử dụng đất hàng năm của cấp huyện đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt, và (ii) Nhu cầu sử dụng đất thể hiện trong dự án đầu tư, đơn xin giao đất, thuê đất. Bên cạnh đó, một số quy định từ Điều 53 đến Điều 59, tuy không được gọi một cách trực tiếp là “căn cứ giao đất, cho thuê đất”, nhưng thiếu hoặc không đáp ứng các quy định này thì việc giao đất, cho thuê đất không thể thực hiện. Vì vậy, có thể xem đây là những căn cứ gián tiếp ảnh hưởng đến việc giao đất, cho thuê đất, đó là: (i) Đối tượng được giao đất, cho thuê đất và mục đích sử dụng đất; (ii) Quyết định thu hồi đất và việc hoàn thành bồi thường, hỗ trợ, tái định cư trước khi giao đất, cho thuê đất nếu đất giao, cho thuê đang có người sử dụng; (iii) Thẩm quyền giao đất, cho thuê đất; và (iv) Các điều kiện, cũng là các căn cứ để giao đất, cho thuê đất dành riêng cho việc thực hiện dự án đầu tư, bao gồm sự chấp thuận bằng văn bản của cơ quan có thẩm quyền trước khi giao đất, cho thuê đất, và điều kiện về năng lực tài chính của chủ đầu tư.

* TS., Khoa Luật Thương mại, trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

Có thể nói, các căn cứ giao đất, cho thuê đất được pháp luật đất đai quy định qua nhiều lần điều chỉnh, bổ sung đã tương đối đầy đủ, góp phần đảm bảo việc chuyển giao quyền sử dụng đất từ Nhà nước đến người sử dụng đất đúng đối tượng, đảm bảo công bằng, ổn định. Tuy nhiên, việc giao đất, cho thuê đất trên thực tế vẫn còn hạn chế và bất cập. Nhiều diện tích đất đai đã được giao, cho thuê nhưng chưa được sử dụng hiệu quả, trong khi nhiều chủ thể có nhu cầu sử dụng đất lại khó tiếp cận với quyền sử dụng đất. Vì vậy, đòi hỏi cần có sự đánh giá lại các quy định về giao đất, cho thuê đất, trong đó có các căn cứ giao đất, cho thuê đất của Luật Đất đai năm 2013.

2. Bất cập trong các quy định về căn cứ giao đất, cho thuê đất của Luật Đất đai năm 2013 cần hoàn thiện

2.1. Kế hoạch sử dụng đất hàng năm của cấp huyện đã được phê duyệt

Kế hoạch sử dụng đất là các biện pháp, thời gian cụ thể để sử dụng đất theo quy hoạch sử dụng đất. Quy hoạch sử dụng đất là việc khoanh định mục đích sử dụng các loại đất dựa trên những tính toán khoa học về số lượng, vị trí theo nhu cầu của đời sống kinh tế, xã hội¹. Thông qua quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất đã được phê duyệt, không chỉ các loại đất được bố trí, sắp xếp sử dụng một cách hợp lý, khoa học mà Nhà nước còn dễ dàng kiểm soát được mọi diễn biến về sử dụng đất đai. Với tầm quan trọng đó, trong pháp luật đất đai, quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất luôn được chọn là căn cứ đầu tiên làm cơ sở cho việc quyết định giao đất, cho thuê đất của cơ quan có thẩm quyền.

¹ Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, Giáo trình Luật Đất đai, Nxb. Hồng Đức – Hội Luật gia Việt Nam, tr. 125.

Theo quy định của Luật Đất đai 2013, kể từ ngày 01/7/2014, hệ thống quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất theo đơn vị hành chính được rút gọn chỉ còn ba cấp: quốc gia, tỉnh và huyện; không còn quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp xã (Điều 36); bổ sung thêm việc công khai thông tin quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất trên cổng thông tin điện tử của cơ quan có thẩm quyền (Điều 48); và bổ sung quy định về việc lấy ý kiến, tiếp thu, giải trình ý kiến của nhân dân về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất (Điều 43). Đặc biệt, giữa quy hoạch và kế hoạch sử dụng đất, chỉ còn kế hoạch sử dụng đất là căn cứ để giao đất, cho thuê đất, cụ thể là kế hoạch sử dụng đất hàng năm của cấp huyện đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt (Điều 52), hoặc nếu chưa có kế hoạch này thì dựa trên kế hoạch sử dụng đất cấp tỉnh và danh mục dự án phục vụ phát triển kinh tế - xã hội của cấp huyện (Điều 51).

Quy định này đã khắc phục sự thiếu nhất quán của Điều 31 Luật Đất đai 2003 khi dựa vào nhiều loại quy hoạch, kế hoạch khác nhau để giao đất, cho thuê đất. Thực tế, các loại quy hoạch này được lập, xét duyệt và quản lý bởi những cơ quan khác nhau nhưng chưa kết nối với nhau, quy hoạch của các ngành thường vượt ra ngoài khung của quy hoạch sử dụng đất. Nhiều địa phương đã sử dụng quy hoạch xây dựng đô thị, quy hoạch xây dựng điểm dân cư nông thôn để giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất trong khi các quy hoạch này khác so với quy hoạch sử dụng đất, từ đó dẫn đến tình trạng quy hoạch sử dụng đất bị phá vỡ, bị vô hiệu hóa².

² Chính phủ, Dự thảo Báo cáo thuyết minh tổng hợp điều chỉnh quy hoạch sử dụng đất đến năm 2020 và kế hoạch sử dụng đất kỳ cuối (2016-2020) cấp quốc gia, Hà Nội, 2015, tr. 48.

Luật Đất đai 2013 còn quy định trách nhiệm của chính quyền địa phương trong việc nhanh chóng xây dựng kế hoạch sử dụng đất hàng năm phù hợp với quy hoạch sử dụng đất, tạo cơ sở cho việc giao đất, cho thuê đất.

Tuy nhiên, Luật Đất đai 2013 có thể nói cũng chưa thể khắc phục được những hạn chế và hệ quả để lại từ kỳ quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất trước đó. Hơn nữa, do đã qua gần nửa kỳ quy hoạch sử dụng đất và gần hết giai đoạn đầu của kỳ kế hoạch sử dụng đất 5 năm, Luật Đất đai 2013 mới được áp dụng, nên quy hoạch sử dụng đất đến năm 2020 và kế hoạch sử dụng đất 5 năm (2011 - 2015) cấp quốc gia vẫn theo quy định của Luật Đất đai 2003. Vì vậy, các địa phương cũng khó điều chỉnh kịp thời quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất đã được phê duyệt của mình cho phù hợp với quy định mới. Những quy định đó chủ yếu áp dụng trong kỳ kế hoạch sử dụng đất 5 năm còn lại (2016-2020) của giai đoạn quy hoạch sử dụng đất 2011-2020.

Hiện nay, việc phải hoàn thành kế hoạch sử dụng đất cũng là một vấn đề khó khăn, áp lực cho các địa phương³. Chỉ thị 08/CT-TTg của Thủ tướng Chính phủ ngày 20/5/2015 về công tác điều chỉnh quy hoạch sử dụng đất đến năm 2020 và lập kế hoạch sử dụng đất kỳ cuối (2016 - 2020) cấp quốc gia cũng khẳng định, quy hoạch sử dụng đất thời kỳ 2001 - 2010 đã kết thúc, nhưng quy hoạch sử dụng đất thời kỳ 2011 - 2020 chỉ được phê duyệt vào cuối năm 2011, đã tạo khoảng trống pháp lý về quản lý sử dụng đất; việc thu hồi đất, giao đất, cho thuê đất, chuyển mục đích sử dụng đất để thực hiện các công trình, dự án gặp nhiều khó khăn,

làm mất nhiều cơ hội đầu tư của các doanh nghiệp trong nước và ngoài nước, đồng thời cũng làm phát sinh khiếu nại liên quan đến vấn đề sử dụng đất không theo quy hoạch, kế hoạch.

Bên cạnh đó, do việc lập quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất theo từng thửa đất (quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp xã) đã bị bãi bỏ bởi Luật Đất đai 2013, trong khi việc quản lý đất đai vẫn được tiến hành với đơn vị là thửa đất, nên có sự lúng túng trong quản lý đất đai tại nhiều địa phương. Một bộ phận đất đai chưa được quy hoạch đúng với nhu cầu phát triển của xã hội. Quy hoạch sử dụng đất chất lượng chưa cao, chưa đồng bộ với các quy hoạch chuyên ngành; tính kết nối liên vùng, liên tỉnh và quản lý quy hoạch còn yếu⁴. Một số địa phương không tuân thủ quy định của pháp luật, không công bố công khai, công bố chậm, hoặc thông tin không đầy đủ về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất đã được phê duyệt, nên người có nhu cầu sử dụng đất khó đối chiếu, kiểm tra. Tiêu cực trong giao đất, cho thuê đất theo đó dễ dàng phát sinh.

2.2. Nhu cầu sử dụng đất

Không phải bất kỳ chủ thể nào xin giao đất, thuê đất cũng được Nhà nước chấp thuận. Trước tiên, cần phải xem xét nhu cầu của chủ thể xin sử dụng đất, được thể hiện trong dự án đầu tư, hay trong đơn xin giao đất, thuê đất. Nghĩa là chủ thể xin giao đất, thuê đất phải chứng minh nhu cầu, khả năng sử dụng đất của mình. Nhu cầu này phải phù hợp với nhu cầu của Nhà nước, của toàn xã hội được thể hiện thông qua quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất, được thẩm định bởi cơ quan giải quyết thủ tục giao đất,

³ Chính phủ, *tlđđ*, tr. 48.

⁴ Nghị quyết 17/2011/QH13 ngày 22/11/2011 về quy hoạch sử dụng đất đến năm 2020 và kế hoạch sử dụng đất 5 năm (2011-2015) cấp quốc gia.

cho thuê đất là cơ quan tài nguyên và môi trường.

Đối với những chủ thể đã và đang sử dụng đất do Nhà nước giao đất, cho thuê đất trước đó để thực hiện dự án đầu tư, để được giao, cho thuê đất mới, cần đảm bảo không vi phạm quy định của pháp luật về đất đai (điểm c khoản 3 Điều 58 Luật Đất đai 2013). Điều kiện này được xác định căn cứ vào kết quả xử lý vi phạm pháp luật về đất đai đối với các dự án tại địa phương có đất được Sở Tài nguyên và Môi trường lưu trữ; nội dung công bố về tình trạng vi phạm pháp luật đất đai và kết quả xử lý vi phạm pháp luật đất đai trên trang thông tin điện tử của Bộ Tài nguyên và Môi trường, Tổng cục Quản lý đất đai đối với các dự án thuộc địa phương khác⁵.

Nếu Luật Đất đai 2003 giao cho Sở Tài nguyên và Môi trường xác minh mức độ chấp hành pháp luật về đất đai của người xin giao đất, thuê đất trên cơ sở bản tự kê khai việc sử dụng đất và tự nhận xét của họ⁶, thì Luật Đất đai 2013 chỉ rõ căn cứ để cơ quan có thẩm quyền kiểm tra mà không yêu cầu người xin giao đất, thuê đất tự kê khai. Như vậy, pháp luật đã tăng cường trách nhiệm của cơ quan quản lý đất đai trong việc lưu trữ và công bố thông tin về tình trạng sử dụng đất theo hướng tin học hóa.

Tuy nhiên, quy định mới này vẫn không khắc phục được sự chung chung, không định lượng, tạo nên sự tùy tiện từ cơ quan có thẩm quyền; ví dụ như quy định số lần và mức độ vi phạm dẫn đến việc người xin

giao đất, thuê đất sẽ không được giao đất, cho thuê đất; hay cơ sở để kết luận người xin giao đất, thuê đất đã có sự vi phạm pháp luật về đất đai. Hơn nữa, với mạng thông tin đất đai đang được xây dựng và chưa hoàn thiện cũng như hệ thống thông tin đất đai giữa các địa phương chưa có sự kết nối, thì vấn đề xác minh và đánh giá việc không vi phạm pháp luật đất đai của người xin giao đất, thuê đất sẽ tốn nhiều thời gian, nhất là khi người xin giao đất, thuê đất ở nhiều địa phương khác nhau.

2.3. Đối tượng được giao đất, được cho thuê đất và mục đích sử dụng đất

Việc cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định giao đất hay cho thuê đất còn được xác định dựa trên đối tượng hay chủ thể được giao đất, được cho thuê đất và mục đích sử dụng đất của họ. Việc phân loại đối tượng được giao đất, được cho thuê đất không chỉ giúp các cơ quan quản lý nhà nước về đất đai xác định đúng thẩm quyền, trình tự thủ tục khi giao đất, cho thuê đất, mà còn giúp người xin giao đất, thuê đất hiểu đúng quyền và nghĩa vụ của mình khi thực hiện thủ tục xin giao đất, thuê đất, cũng như trong quá trình sử dụng đất.

Theo quy định của Luật Đất đai 2003, Nhà nước tiến hành giao đất, cho thuê đất dưới bốn hình thức, gồm: giao đất không thu tiền sử dụng đất hoặc giao đất có thu tiền sử dụng đất, cho thuê đất với tiền thuê đất được trả hàng năm hoặc trả một lần cho cả thời gian thuê (Điều 33, 34 và 35).

Tuy hướng đến việc tạo thuận lợi cho người sử dụng đất trong lựa chọn hình thức sử dụng đất phù hợp với nhu cầu sử dụng đất và khả năng tài chính của mình⁷, nhưng

⁵ Khoản 3 Điều 14 Nghị định 43/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đất đai.

⁶ Khoản 2 Điều 30 Nghị định 181/2004/NĐ-CP ngày 29/10/2004.

⁷ Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, Giáo trình Luật Đất đai, Nxb. Hồng Đức – Hội Luật gia Việt Nam, tr. 137.

với sự phức tạp trong việc xác định hình thức sử dụng đất của người sử dụng đất, quy định của Luật Đất đai 2003 đã dẫn đến nhiều khó khăn, vướng mắc khi áp dụng vào thực tiễn, nhất là trong việc xác định đối tượng được giao đất, được cho thuê đất.

Luật Đất đai năm 2013 cơ bản đã khắc phục được hạn chế trên. Theo đó, Luật không cho phép người sử dụng đất được lựa chọn hình thức sử dụng đất, không căn cứ vào người sử dụng đất mà căn cứ vào mục đích sử dụng đất để quyết định hình thức sử dụng đất. Cụ thể, những trường hợp sử dụng đất không mang tính chất sản xuất, kinh doanh thu lợi nhuận, thì được sử dụng đất dưới hình thức giao đất không thu tiền sử dụng đất (Điều 54); nếu người sử dụng đất để sản xuất, kinh doanh không nhằm mục đích chuyển quyền sử dụng đất, như sử dụng đất vào mục đích sản xuất nông nghiệp hoặc mục đích sản xuất, kinh doanh phi nông nghiệp thì sử dụng dưới hình thức thuê (Điều 56); người sử dụng đất để kinh doanh nhằm mục đích chuyển quyền sử dụng đất thì chỉ được sử dụng dưới hình thức giao đất có thu tiền sử dụng đất (Điều 55). Khoảng cách về hình thức sử dụng đất khi giao đất, cho thuê đất giữa chủ thể trong nước và chủ thể nước ngoài đã được rút ngắn. Đồng thời, với sự đơn giản trong quy định về đối tượng được giao đất, được cho thuê đất, Luật Đất đai 2013 tạo nhiều thuận lợi cho cơ quan quản lý nhà nước về đất đai cũng như người sử dụng đất trong hoạt động giao đất, cho thuê đất.

2.4. Thu hồi đất trước khi thực hiện giao đất, cho thuê đất

Khoản 11 Điều 3 Luật Đất đai 2013 quy định về việc thu hồi đất của Nhà nước. Nhà nước thu hồi đất nhằm thực hiện quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất; hoặc xuất phát từ việc

người sử dụng đất không có nhu cầu, khả năng tiếp tục sử dụng đất; hoặc do hết thời hạn sử dụng đất mà không được gia hạn; hay khi có sự vi phạm pháp luật đất đai (Điều 61 đến Điều 65).

Theo Điều 53 Luật Đất đai 2013, việc giao đất, cho thuê đất đối với đất đang có người sử dụng cho người khác chỉ được thực hiện sau khi cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định thu hồi đất và thực hiện xong việc bồi thường, hỗ trợ, tái định cư. Như vậy, thu hồi đất cũng có thể là một căn cứ cho việc giao đất, cho thuê đất. Vấn đề đặt ra là, Nhà nước hay người xin giao đất, cho thuê đất sẽ chịu trách nhiệm thu hồi đất?

Theo Luật Đất đai 2003, nếu thu hồi đất nhằm thực hiện quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất vào mục đích quốc phòng, an ninh, lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng, thì trách nhiệm thu hồi đất thuộc về Nhà nước. Trường hợp thu hồi đất nhằm thực hiện quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cho mục đích phát triển kinh tế, thì Nhà nước chỉ thu hồi để chuyển giao cho chủ đầu tư thực hiện những dự án lớn, quan trọng được pháp luật quy định⁸. Nếu không thuộc những dự án này, Nhà nước sẽ không can thiệp mà người có nhu cầu sử dụng đất phải tự thỏa thuận với những người đang trực tiếp sử dụng.

So với Luật Đất đai 2003, Luật Đất đai 2013 đã có một số điểm tiến bộ như: thu hẹp diện phải thu hồi đất (Điều 62); nâng cao tính hiệu lực của các quy định bồi thường thiệt hại về tài sản, ngừng sản xuất,

⁸ Những trường hợp thu hồi đất cho phát triển kinh tế do Nhà nước tiến hành được quy định tại khoản 1 Điều 40 Luật Đất đai 2003, khoản 2 Điều 36 Nghị định 181/2004/NĐ-CP, Điều 34 Nghị định 84/2007/NĐ-CP, và trong Thông tư 06/2007/TT-BTNMT ngày 15/6/2007.

kinh doanh, thiệt hại về nhà, công trình xây dựng trên đất; bồi thường đối với cây trồng vật nuôi; bồi thường chi phí di chuyển bằng quy định trực tiếp từ Điều 88 đến Điều 94. Đáng chú ý, Điều 74 quy định, nếu không có đất để bồi thường thì được bồi thường bằng tiền theo giá đất cụ thể của loại đất thu hồi do Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định tại thời điểm quyết định thu hồi đất mà không dựa vào nguyên tắc “giá chuyển nhượng quyền sử dụng đất thực tế trên thị trường trong điều kiện bình thường” khó xác định.

Tuy nhiên, việc Luật Đất đai 2013 tiếp tục phân chia loại dự án phát triển kinh tế để Nhà nước thu hồi đất hay chủ đầu tư tự thỏa thuận vẫn là bất cập. Thời gian qua, nhiều nhà đầu tư đã gặp khó khăn khi tự thỏa thuận do người đang sử dụng đất không chấp thuận chuyển nhượng quyền sử dụng đất hoặc chấp thuận với giá quá cao. Nhà đầu tư thỏa thuận được phần lớn diện tích đất nhưng phần còn lại không thỏa thuận được thì họ cũng gặp khó khăn, thậm chí không thể triển khai dự án. Đây là một nhược điểm của “cơ chế chuyển dịch đất đai tự nguyện”, là nguyên nhân chính làm cho các nhà đầu tư sau một thời gian áp dụng lại mong muốn chỉ áp dụng “cơ chế chuyển dịch đất đai bắt buộc”⁹, nghĩa là Nhà nước thu hồi đất để bàn giao cho người có nhu cầu.

Luật Đất đai 2013 cũng tiếp tục giữ quy định rất khó khả thi, đó là quy định người bị thu hồi loại đất nào thì được bồi thường bằng việc giao đất có cùng mục đích sử dụng với loại đất thu hồi, nếu không có đất để bồi thường thì được bồi thường bằng tiền theo giá đất cụ thể của loại đất thu hồi do

Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định tại thời điểm quyết định thu hồi (Điều 74). Theo thống kê “từ năm 2010 đến năm 2020, Việt Nam cần có thêm 1 tỉ m² nhà để phục vụ nhu cầu nhà ở của xã hội. Tính đến tháng 8/2010, chúng ta có 254 khu công nghiệp với tổng diện tích 68.800 hecta đất, 15 khu kinh tế với tổng diện tích 627.623 hecta đất, với tốc độ 73,2 nghìn hecta thu hồi mỗi năm, khu vực bị ảnh hưởng nhiều nhất là vùng đồng bằng sông Hồng với hơn 300.000 hộ, tiếp đến là vùng Đông Nam Bộ với 108.000 hộ”¹⁰. Như vậy, hàng năm với tốc độ thu hồi và phải bồi thường đất theo quy định pháp luật thì nhà nước sẽ không có đất để bồi thường, nhất là đất nông nghiệp.

Bên cạnh đó, giá đất bồi thường theo quy định của Luật Đất đai 2013 là giá đất cụ thể, nhưng việc xác định giá đất cụ thể vẫn căn cứ giá đất trong bảng giá. Trong năm phương pháp xác định giá đất, phương pháp hệ số điều chỉnh giá đất sẽ được áp dụng khi các thửa đất hoặc khu đất có giá trị tính theo bảng giá đất là dưới 30 tỷ đối với các thành phố trực thuộc trung ương, dưới 10 tỷ đối với các tỉnh miền núi, vùng cao, và dưới 20 tỷ đối với các tỉnh còn lại. Các phương pháp so sánh trực tiếp, chiết trừ, thu nhập và thặng dư sẽ được xem xét áp dụng tùy trường hợp khi các thửa đất hoặc khu đất có giá trị tính theo bảng giá đất bằng hoặc cao hơn các mức nêu trên tại các tỉnh, thành phố tương ứng¹¹. Đối với hộ gia đình, cá nhân bị thu hồi đất thì giá trị diện tích đất bị thu hồi cũng không thể cao hơn. Như vậy, phương pháp chủ yếu để xác định giá đất bồi thường sẽ là phương pháp hệ số điều chỉnh, và giá đất bồi thường sẽ được xác định trên cơ sở

⁹ Ngân hàng thế giới, *tlđđ*, tr. 20.

¹⁰ Trần Quang Huy, *Chính sách hỗ trợ khi nhà nước thu hồi đất*, Tạp chí Luật học, số 10/2010, tr.29.

¹¹ Điều 18 Nghị định 44/2014/NĐ-CP.

giá đất trong bảng giá đất nhân với hệ số điều chỉnh.

Hiện nay, tại các địa phương, hệ số điều chỉnh giá đất theo quy định của Luật Đất đai 2013 đã được ban hành. Hầu hết, mức cao nhất của hệ số này là không quá 3. Ví dụ, mức hệ số cao nhất của Tp. Hồ Chí Minh không quá 2,6¹², và của Hà Nội áp dụng cho hộ gia đình, cá nhân không quá 1,5¹³. Hơn nữa, các địa phương chỉ dừng ở việc áp dụng hệ số này để làm căn cứ tính nghĩa vụ tài chính của người sử dụng đất, chưa xác định áp dụng cho trường hợp tính giá đất bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất¹⁴. Nhưng giá đất bồi thường sẽ không thể cao hơn giá đất tính thu nghĩa vụ tài chính. Theo đó, giá đất cụ thể theo quy định của Nhà nước vẫn sẽ thấp hơn giá đất trên thị trường, và người bị thu hồi đất cũng vẫn không đồng ý với giá đất bồi thường.

Ngoài ra, việc bồi thường cho người có đất bị thu hồi còn nhiều điểm bất hợp lý. Mặc dù được gọi là thu hồi đất trong khu quy hoạch xây dựng nhưng hoạt động này gắn liền với việc thu hồi nhiều loại tài sản khác nhau gắn liền với đất như nhà ở, các công trình xây dựng khác, cây trồng, vật nuôi... Các nội dung này không thuộc phạm vi điều chỉnh của pháp luật đất đai và có thể gây khó khăn cho việc hướng dẫn, áp dụng của các cơ quan thi hành. Đặc biệt, việc bồi thường những thiệt hại vô hình như địa thế kinh doanh, tiếng ồn, độ rung ... thì phạm

vi điều chỉnh của Luật Đất đai 2013 không thể bao quát hết được¹⁵.

2.5. Thẩm quyền giao đất, cho thuê đất

Theo Luật Đất đai 2013, hệ thống các cơ quan quản lý đất đai bao gồm các cơ quan có thẩm quyền chung (Chính phủ và Ủy ban nhân dân các cấp) và các cơ quan chuyên môn hỗ trợ cơ quan có thẩm quyền chung (cơ quan tài nguyên và môi trường) (Điều 23 và Điều 24). Các cơ quan trung ương chỉ chịu trách nhiệm thống nhất quản lý đất đai trên phạm vi cả nước. Hoạt động quản lý đất đai tại địa phương được phân cấp cho chính quyền địa phương chịu trách nhiệm. Trong đó, thẩm quyền phân phối, điều chỉnh đất đai, bao gồm cả hoạt động giao đất, cho thuê đất chủ yếu thuộc về Ủy ban nhân dân cấp huyện và Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, với sự phân định thẩm quyền đơn giản, rõ ràng dựa trên yếu tố duy nhất là loại chủ thể sử dụng đất. Theo đó, thẩm quyền giao đất, cho thuê đất của Ủy ban nhân dân cấp huyện đối với hộ gia đình, cá nhân và cộng đồng dân cư; thẩm quyền của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh đối với cơ sở tôn giáo, tổ chức, người Việt Nam định cư ở nước ngoài, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài và tổ chức nước ngoài có chức năng ngoại giao (Điều 59). Ngoài ra, Ủy ban nhân dân cấp xã được cho thuê đất thuộc quỹ đất nông nghiệp sử dụng vào mục đích công ích của xã, phường, thị trấn; Ban quản lý khu công nghệ cao, Ban quản lý khu kinh tế được giao lại đất, cho thuê đất trong khu công nghệ cao, khu kinh tế (Điều 150 và Điều 151); và Cảng vụ hàng không được giao đất, cho thuê đất cảng hàng không, sân

¹² Quyết định 35/2015/QĐ-UBND của Ủy ban nhân dân Tp. Hồ Chí Minh ngày 14/7/2015.

¹³ Quyết định 2328/2015/QĐ-UBND của Ủy ban nhân dân Tp. Hà Nội ngày 22/5/2015.

¹⁴ Tại Tp. Hồ Chí Minh có Quyết định 35/2015/QĐ-UBND ngày 14/7/2015; Hà Nội có Quyết định 2328/2015/QĐ-UBND ngày 22/5/2015. Các địa phương khác như Lâm Đồng, Đồng Nai, Tiền Giang... có quy định tương tự.

¹⁵ Phan Trung Hiền, *Pháp luật về thu hồi đất khi thực hiện quy hoạch và chế định trưng dụng đất trong pháp luật Việt Nam*, Tạp chí Luật học, số 3/2011, tr. 22.

bay dân dụng (Điều 156). Bên cạnh đó, trường hợp Ủy ban nhân dân cấp huyện cho hộ gia đình, cá nhân thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất nông nghiệp để sử dụng vào mục đích thương mại, dịch vụ với diện tích từ 0,5 hecta trở lên thì phải có văn bản chấp thuận của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh (Điều 59). Đây sẽ là căn cứ để cơ quan có thẩm quyền xác định, tiến hành giao đất, cho thuê đất đúng thẩm quyền. Sự phân định thẩm quyền nêu trên là tương đối hợp lý.

2.6. Điều kiện giao đất, cho thuê đất để thực hiện dự án đầu tư

Thông thường, một dự án đầu tư cần được giao, được thuê một diện tích đất lớn để sử dụng trong thời gian dài. Việc thu hồi đất để giao, cho thuê đối với các dự án này có thể sẽ ảnh hưởng đến nhiều đối tượng sử dụng đất, đến nhiều mặt của đời sống xã hội, nhất là những dự án sử dụng đất tại những khu vực có thể ảnh hưởng đến quốc phòng, an ninh, hoặc sử dụng các loại đất được bảo vệ nghiêm ngặt bởi pháp luật. Do đó, việc giao đất, cho thuê đất cần được cơ quan có thẩm quyền xem xét, đánh giá cẩn trọng.

Luật Đất đai 2013 đã bổ sung thêm các điều kiện để các cơ quan có thẩm quyền làm cơ sở giao đất, cho thuê đất cho dự án đầu tư. Cụ thể:

Thứ nhất, đối với dự án có sử dụng đất trồng lúa, đất rừng phòng hộ, đất rừng đặc dụng vào các mục đích khác mà không thuộc trường hợp được Quốc hội quyết định, Thủ tướng Chính phủ chấp thuận chủ trương đầu tư thì cơ quan có thẩm quyền chỉ được giao đất, cho thuê đất khi có: (i) Văn bản chấp thuận của Thủ tướng Chính phủ nếu chuyển mục đích sử dụng từ 10 hecta đất trồng lúa, hoặc từ 20 hecta đất rừng

phòng hộ, đất rừng đặc dụng trở lên; hoặc (ii) Nghị quyết của Hội đồng nhân dân cấp tỉnh nếu chuyển mục đích sử dụng dưới 10 hecta đất trồng lúa, hoặc dưới 20 hecta đất rừng phòng hộ, đất rừng đặc dụng (khoản 1 Điều 58).

Đối với dự án có vốn đầu tư trực tiếp của nhà đầu tư nước ngoài tại đảo và xã, phường, thị trấn biên giới không thuộc trường hợp Quốc hội, Thủ tướng Chính phủ chấp thuận, quyết định đầu tư thì trước khi xem xét chấp thuận chủ trương đầu tư, phải có ý kiến của: (i) Bộ Quốc phòng, Bộ Công an, Bộ Ngoại giao đối với đất sử dụng tại đảo và xã, phường, thị trấn biên giới; (ii) Bộ Quốc phòng đối với đất sử dụng tại xã, phường, thị trấn ven biển liền kề với khu đất sử dụng vào mục đích quốc phòng; hoặc (iii) Bộ Công an đối với đất sử dụng tại xã, phường, thị trấn ven biển liền kề với khu đất sử dụng vào mục đích an ninh¹⁶.

Việc bảo vệ quỹ đất nông nghiệp để đảm bảo sự ổn định nguồn lương thực cho xã hội, bảo tồn tự nhiên và bảo vệ môi trường là cần thiết, cũng tương tự như bảo đảm sự bí mật, an toàn của khu đất sử dụng cho mục đích an ninh, quốc phòng. Mỗi giai đoạn phát triển kinh tế - xã hội, nhu cầu và mục đích sử dụng đất đã được xác định và thể hiện trong quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất được cơ quan có thẩm quyền xét duyệt. Vấn đề bảo vệ quỹ đất nông nghiệp, đảm bảo tính bí mật của đất quốc phòng, an ninh đã được cân nhắc, quyết định kỹ lưỡng trước khi quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất được thông qua. Quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất được duyệt, như đã trình bày, lại là căn cứ đầu tiên, là nền tảng cho việc giao đất, cho thuê đất của cơ quan có thẩm

¹⁶ Khoản 1 Điều 13 Nghị định 43/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014.

quyền. Nghĩa là, nếu nhu cầu sử dụng đất của người xin giao đất, thuê đất phù hợp với quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất được duyệt, thì yếu tố liên quan đất nông nghiệp, đất an ninh, quốc phòng cũng đã được đảm bảo. Vì vậy, việc phải có ý kiến hoặc văn bản chấp thuận, có thể nói là không cần thiết. Hơn nữa, quy định này sẽ tạo thêm thủ tục hành chính rắc rối, phiền hà, làm kéo dài thời gian xét duyệt hồ sơ giao đất, cho thuê đất, tạo điều kiện cho sự tồn tại cơ chế xin – cho trong hoạt động phân phối đất đai của Nhà nước.

Thứ hai, người được nhà nước giao đất, cho thuê đất để thực hiện dự án đầu tư kinh doanh bất động sản, hoặc dự án sản xuất, kinh doanh không sử dụng vốn ngân sách phải có năng lực tài chính để bảo đảm việc sử dụng đất theo đúng tiến độ thực hiện dự án và phải ký quỹ theo quy định của pháp luật về đầu tư (khoản 3 Điều 58). Điều kiện về năng lực tài chính là yêu cầu vốn thuộc sở hữu của chủ đầu tư để thực hiện dự án không thấp hơn: (i) 20% tổng mức đầu tư đối với dự án có quy mô sử dụng đất dưới 20 hecta; hoặc (ii) 15% tổng mức đầu tư đối với dự án có quy mô sử dụng đất từ 20 hecta trở lên; và (iii) chủ đầu tư phải có khả năng huy động vốn để thực hiện dự án¹⁷.

Quy định này nhằm hạn chế tình trạng đầu cơ dự án của những chủ thể không đủ năng lực tài chính, dẫn đến tình trạng dự án “treo”, không được triển khai thực hiện theo đúng tiến độ. Đây là điểm mới của Luật Đất đai 2013. Tuy nhiên, yêu cầu về việc chứng minh năng lực tài chính của nhà đầu tư đã được đặt ra trong Luật Kinh doanh bất động sản và Luật Nhà ở khi chủ đầu tư đăng ký đầu tư dự án.

Bên cạnh việc chứng minh năng lực tài chính, Luật Đất đai 2013 còn yêu cầu nhà đầu tư phải ký quỹ, nhưng không xác định mức cụ thể mà quy định áp dụng theo pháp luật về đầu tư. Vấn đề đặt ra là, vào thời điểm Luật Đất đai 2013 có hiệu lực thì pháp luật về đầu tư lại không có quy định cụ thể về việc ký quỹ để đảm bảo đầu tư dự án, trừ trường hợp việc ký quỹ đối với nhà đầu tư nước ngoài đầu tư trong lĩnh vực giáo dục, đào tạo, y tế và các lĩnh vực khác có tác động đến công cộng¹⁸. Việc ký quỹ, cùng với đặt cọc và bảo lãnh được xem là một trong những biện pháp bảo đảm dự thầu (không quá 3% tổng giá trị ước tính của hàng hoá, dịch vụ đấu thầu)¹⁹ hoặc bảo đảm thực hiện hợp đồng (không quá 10% giá trị hợp đồng)²⁰ điều chỉnh bởi pháp luật về thương mại và pháp luật về đấu thầu. Như vậy, mức ký quỹ để đảm bảo thực hiện đầu tư dự án là bao nhiêu vẫn chưa được hướng dẫn cụ thể. Điều này tạo nên sự lo lắng cho các nhà đầu tư xin giao đất, thuê đất, nhất là đối với các dự án kinh doanh bất động sản. Đến Luật Đầu tư 2014, mức ký quỹ mới được quy định cụ thể từ 1% đến 3% vốn đầu tư của dự án (khoản 2 Điều 42). Trong điều kiện nhiều dự án bất động sản đang đình trệ do thiếu vốn hiện nay, việc yêu cầu nhà đầu tư phải ký quỹ để đảm bảo thực hiện dự án khi xin giao đất, cho thuê đất càng thêm khó khăn cho họ. Hơn nữa, có cần thiết phải ký quỹ khi chủ đầu tư đã phải chứng minh năng lực tài chính của mình? Khi bỏ vốn đầu tư, nhà đầu tư không mong muốn dự án của mình không thể triển khai, bởi trong trường

¹⁷ Khoản 2 Điều 14 Nghị định 43/2014/NĐ-CP.

¹⁸ Điều 87 Nghị định 108/2006/NĐ-CP ngày 22/9/2006.

¹⁹ Khoản 2 Điều 222 Luật Thương mại 2005.

²⁰ Khoản 1 Điều 231 Luật Thương mại 2005.

hợp này, họ phải đối diện với nguy cơ bị thu hồi dự án và mất những gì đã đầu tư. Do đó, dù ký quỹ hay không, nhà đầu tư vẫn sẽ có trách nhiệm thực hiện đầu tư dự án.

Như vậy, những điều kiện bổ sung làm căn cứ cho việc giao đất, cho thuê đất để thực hiện dự án đầu tư của Luật Đất đai

2013 tuy hướng đến mục đích thúc đẩy, cũng như tăng cường trách nhiệm triển khai dự án của chủ đầu tư, nhưng nội dung các quy định này còn một số điểm chưa phù hợp, có thể nảy sinh bất cập khi áp dụng trên thực tế. Vì vậy, cần có sự hướng dẫn của các văn bản dưới luật.

(Tiếp theo trang 63 – Tiếp cận dựa trên quyền con người...)

2. Một số kiến nghị

Từ những phân tích ở trên, tác giả đề xuất một số kiến nghị sau:

Một là, các cơ quan có chức năng chủ trì soạn thảo các văn bản pháp luật lao động cần tiếp tục nghiên cứu một cách đầy đủ, chuyên sâu về quyền của người lao động được quy định trong các văn kiện của Liên hợp quốc và Tổ chức lao động quốc tế, nghiên cứu kinh nghiệm của các nước khi sử dụng phương pháp tiếp cận dựa trên quyền con người trong quá trình xây dựng, thực thi pháp luật lao động.

Hai là, nâng cao nhận thức của đội ngũ cán bộ làm công tác quản lý lao động, bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế, người sử dụng lao động, người lao động và tổ chức đại diện của người lao động về quyền con người trong lĩnh vực lao động cũng như phương pháp tiếp cận dựa trên quyền trong xây dựng, thực thi pháp luật lao động; đồng thời nâng

cao năng lực nhận thức và ý thức chấp hành pháp luật lao động của tất cả các chủ thể có liên quan thông qua công tác đào tạo, tuyên truyền, phổ biến về chính sách pháp luật lao động một cách hợp lý, hiệu quả.

Ba là, thường xuyên rà soát, sửa đổi, bổ sung để hoàn thiện hệ thống pháp luật lao động trên cơ sở lấy các tiêu chí bảo đảm quyền con người làm nguyên tắc chỉ đạo. Trong các quy định của Bộ luật Lao động và các văn bản pháp luật có liên quan phải chứa đựng đầy đủ nội dung quyền con người đã được ghi nhận trong các văn bản pháp lý quốc tế, phù hợp với điều kiện thực tế của Việt Nam.

Bốn là, tăng cường công tác quản lý nhà nước về lao động, trong đó đặc biệt chú trọng công tác thanh tra, kiểm tra và xử lý vi phạm pháp luật lao động, đảm bảo thực thi quyền con người trong lĩnh vực lao động.

HẠN CHẾ CỦA PHÁP LUẬT VỀ BUÔN BÁN, VẬN CHUYỂN, SỬ DỤNG ĐỘNG VẬT RỪNG NGUY CẤP, QUÝ, HIẾM TẠI VIỆT NAM

*Vũ Thị Duyên Thủy**

Tóm tắt: Bài viết phân tích, đánh giá những điểm hạn chế trong các quy định pháp luật hiện hành về buôn bán, vận chuyển, sử dụng động vật rừng nguy cấp, quý, hiếm tại Việt Nam và đề xuất giải pháp khắc phục những hạn chế đó.

Abstract: This article analyses and evaluates shortcomings of current laws and regulations on trade, transportation and use of endangered, precious, rare wild fauna in Vietnam. It then provides resolution for such shortcomings.

Động vật rừng nguy cấp, quý, hiếm là loài động vật rừng có giá trị đặc biệt về kinh tế, khoa học và môi trường, số lượng còn ít trong tự nhiên hoặc có nguy cơ bị tuyệt chủng, thuộc danh mục các loài thực vật, động vật rừng nguy cấp, quý, hiếm do Chính phủ quy định¹. Tại Việt Nam, động vật rừng nguy cấp, quý, hiếm được phân thành hai nhóm: (i) Nhóm IB gồm những loài động vật rừng có giá trị đặc biệt về khoa học, môi trường hoặc có giá trị cao về kinh tế, số lượng quần thể còn rất ít trong tự nhiên hoặc có nguy cơ tuyệt chủng cao; (ii) Nhóm IIB gồm những loài động vật rừng có giá trị về khoa học, môi trường hoặc có giá trị cao về kinh tế, số lượng quần thể còn ít trong tự

nhiên hoặc có nguy cơ tuyệt chủng².

Để bảo vệ động vật rừng nguy cấp, quý, hiếm, cho đến nay Việt Nam đã ban hành khá nhiều văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh các hoạt động buôn bán, vận chuyển và sử dụng động vật rừng nguy cấp, quý, hiếm. Có thể kể đến: Luật Bảo vệ và phát triển rừng năm 2004, Luật Đa dạng sinh học năm 2008, Luật Bảo vệ môi trường năm 2014, Nghị định số 32/2006/NĐ-CP ngày 30/3/2006 về quản lý động vật rừng, thực vật rừng nguy cấp, quý, hiếm; Nghị định 82/2006/NĐ-CP ngày 10/8/2006 về quản lý hoạt động xuất khẩu, nhập khẩu, tái xuất khẩu, nhập nội từ biển, quá cảnh, nuôi sinh sản, nuôi sinh trưởng và trồng cây nhân tạo các loài động, thực vật hoang dã, nguy cấp, quý, hiếm.... Mặc dù luôn được sửa đổi, bổ sung cho phù hợp với yêu cầu thực tiễn của công tác quản lý và bảo vệ động vật rừng quý, hiếm, song theo tác giả các quy định pháp luật hiện hành trong lĩnh vực này vẫn còn tồn tại một số bất cập, hạn chế sau:

1. Về sử dụng thuật ngữ

* TS., Khoa Pháp luật Kinh tế, Trường Đại học Luật Hà Nội.

¹ Danh mục các loài thực vật, động vật rừng nguy cấp, quý, hiếm hiện được quy định cụ thể tại Nghị định số 32/2006/NĐ-CP ngày 30/3/2006 về quản lý thực vật rừng, động vật rừng nguy cấp, quý, hiếm. Trong đó, có một số loài được xếp vào danh mục loài nguy cấp, quý, hiếm được ưu tiên bảo vệ và được quản lý theo quy định riêng tại Nghị định số 160/2013/NĐ-CP về tiêu chí xác định loài và chế độ quản lý loài thuộc danh mục loài nguy cấp, quý, hiếm được ưu tiên bảo vệ.

² Trường Đại học Luật Hà Nội (2010), Giáo trình Luật Môi trường, tr. 269.

Liên quan đến việc buôn bán, vận chuyển và sử dụng một hoặc nhiều bộ phận cơ thể của động vật rừng nguy cấp, quý, hiếm, các thuật ngữ trong các văn bản pháp luật được sử dụng chưa thống nhất.

Ví dụ, cùng là sừng tê giác, song có khi được gọi là “*mẫu vật động vật*”, khi thì là “*bộ phận cơ thể của động vật*”, lúc lại là “*sản phẩm động vật*”. Cụ thể như sau:

- Theo quy định tại Nghị định số 32/2006/NĐ-CP ngày 30/3/2006 về quản lý động vật rừng, thực vật rừng nguy cấp, quý, hiếm thì sừng tê giác được hiểu là sản phẩm động vật. Cụ thể, Điều 8, Điều 9 của văn bản này đều sử dụng chung một thuật ngữ là “*sản phẩm*”³. Cách hiểu này hoàn toàn phù hợp với cách giải thích về sản phẩm động vật tại Điều 3 Luật Thú y năm 2015. Theo đó, *sản phẩm động vật* trên cạn là thịt, trứng, sữa, mật ong, sáp ong, sữa ong chúa, tinh dịch, phôi động vật, huyết, nội tạng, da, lông, xương, sừng, ngà, móng, các sản phẩm khác có nguồn gốc từ động vật. Sản phẩm động vật thủy sản là động vật thủy sản đã qua sơ chế hoặc chế biến ở dạng nguyên con; phôi, trứng, tinh dịch và các sản phẩm khác có nguồn gốc từ động vật thủy sản. Như vậy, với cách giải thích này thì sừng tê giác được hiểu là sản phẩm động vật trên cạn.

- Theo quy định tại Nghị định số 82/2006/NĐ-CP về quản lý hoạt động xuất khẩu, nhập khẩu, tái xuất khẩu, nhập nội từ biển, quá cảnh, nuôi sinh sản, nuôi sinh trưởng và trồng cây nhân tạo các loài động, thực vật hoang dã, nguy cấp, quý, hiếm thì sừng tê giác được gọi là *mẫu vật động vật*.

³ Điều 8: *Vận chuyển, cất giữ thực vật rừng, động vật rừng nguy cấp, quý, hiếm từ tự nhiên và sản phẩm của chúng*; Điều 9: *Chế biến, kinh doanh thực vật rừng, động vật rừng nguy cấp, quý, hiếm và sản phẩm của chúng*.

Tại khoản 7 Điều 2 Nghị định này có giải thích: Mẫu vật các loài động vật hoang dã là động vật hoang dã còn sống hay đã chết, bộ phận, dẫn xuất dễ dàng nhận biết được có nguồn gốc từ động vật hoang dã. Như vậy, sừng tê giác là bộ phận dễ dàng nhận biết được có nguồn gốc từ động vật hoang dã là tê giác, nên theo quy định này, sừng tê giác được hiểu là mẫu vật động vật hoang dã.

- Theo quy định tại Nghị định số 157/2013/NĐ-CP ngày 11/11/2013 (đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 40/2015/NĐ-CP ngày 27/4/2015) quy định xử phạt vi phạm hành chính về quản lý rừng, phát triển rừng, bảo vệ rừng và quản lý lâm sản thì sừng tê giác lại được gọi là *bộ phận của động vật*. Chẳng hạn, Điều 21 Nghị định này quy định các biện pháp xử phạt đối với hành vi vi phạm các quy định về quản lý, bảo vệ động vật rừng, trong đó có quy định biện pháp xử phạt tiền đối với hành vi vi phạm có tang vật vi phạm là động vật rừng hoặc bộ phận, dẫn xuất của chúng thuộc loài nguy cấp, quý, hiếm nhóm IB. Điều đó có nghĩa, nếu tang vật bị bắt giữ là sừng tê giác thì sừng tê giác trong trường hợp này được hiểu là bộ phận của động vật thuộc loài nguy cấp, quý, hiếm nhóm IB.

- Bộ luật Hình sự 1999 tại Điều 190 quy định tội vi phạm các quy định về bảo vệ động vật thuộc danh mục loài nguy cấp, quý, hiếm được ưu tiên bảo vệ như sau: Người nào săn bắt, giết, vận chuyển, nuôi, nhốt, buôn bán trái phép động vật thuộc danh mục loài nguy cấp, quý, hiếm được ưu tiên bảo vệ hoặc vận chuyển, buôn bán trái phép *bộ phận cơ thể hoặc sản phẩm* của loài động vật đó, thì bị phạt tiền từ năm mươi triệu đồng đến năm trăm triệu đồng, cải tạo không giam giữ đến ba năm hoặc bị phạt tù từ sáu tháng đến ba năm. Như vậy, vận chuyển, buôn bán trái

phép sùng tê giác cần được hiểu là vận chuyển, buôn bán trái phép *bộ phận cơ thể* hay vận chuyển, buôn bán trái phép *sản phẩm* của loài động vật đó? Rõ ràng, với cách sử dụng thuật ngữ thiếu thống nhất như hiện nay thì hiểu cách nào cũng đúng. Và nếu hiểu cách nào cũng đúng thì quy định như Bộ luật Hình sự lại trở nên thừa⁴.

Để khắc phục tình trạng trên, tác giả cho rằng, liên quan đến điều chỉnh việc buôn bán, vận chuyển và sử dụng một hoặc nhiều sản phẩm của động vật rừng nguy cấp, quý, hiếm, chỉ nên sử dụng một thuật ngữ chung thống nhất trong các văn bản pháp luật. Đó là thuật ngữ “*sản phẩm của động vật*” theo cách tiếp cận mới nhất và khá hợp lý tại Điều 3 Luật Thú y năm 2015. Theo đó, thịt, trứng, tinh dịch, phôi động vật, huyết, nội tạng, da, lông, xương, sừng, ngà, móng và các sản phẩm khác có nguồn gốc từ động vật nguy cấp, quý, hiếm đều được gọi chung là sản phẩm của động vật nguy cấp, quý, hiếm.

2. Về tính cụ thể và tính hợp lý trong các quy định

Hạn chế trong các quy định pháp luật về vận chuyển, buôn bán và sử dụng động vật

⁴ Bộ luật Hình sự 2015 (có hiệu lực từ ngày 1/7/2016) cũng sử dụng thuật ngữ này. Điểm b khoản 1 Điều 244 quy định:

1. Người nào vi phạm quy định về quản lý, bảo vệ động vật thuộc danh mục loài nguy cấp, quý, hiếm được ưu tiên bảo vệ; động vật nguy cấp, quý, hiếm thuộc Nhóm IB hoặc thuộc Phụ lục I của Công ước về buôn bán quốc tế các loài động vật, thực vật hoang dã nguy cấp, thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tiền từ 500.000.000 đồng đến 2.000.000.000 đồng hoặc bị phạt tù từ 01 năm đến 05 năm:

...

b) Tàng trữ, vận chuyển, buôn bán trái phép cá thể, *bộ phận cơ thể hoặc sản phẩm* của loài động vật quy định tại điểm a khoản này; ngà voi có khối lượng từ 02 kilôgam đến dưới 20 kilôgam; sừng tê giác có khối lượng từ 0,05 kilôgam đến dưới 01 kilôgam.

rừng nguy cấp, quý, hiếm được minh chứng như sau:

Thứ nhất, về tính cụ thể: Điều 26 Nghị định 82/2006/NĐ-CP ngày 10/8/2006 về quản lý hoạt động xuất khẩu, nhập khẩu, tái xuất khẩu, nhập nội từ biển, quá cảnh, nuôi sinh sản, nuôi sinh trưởng và trồng cây nhân tạo các loài động vật, thực vật hoang dã nguy cấp, quý, hiếm quy định: Việc tạm lưu giữ động vật sống trong khi chờ quyết định xử lý phải đảm bảo an toàn cho người và có điều kiện phù hợp về quản lý, chăm sóc động vật. Có thể thấy, quy định này còn chung chung nên rất khó đảm bảo thực hiện thống nhất và nghiêm túc trên thực tế. Mỗi loài động vật với những đặc tính sinh học không giống nhau đòi hỏi các điều kiện chăm sóc khác nhau. Vì vậy, sẽ không dễ đảm bảo các điều kiện phù hợp để quản lý, chăm sóc động vật nếu không có hướng dẫn cụ thể; đặc biệt, khi chủ thể thu giữ động vật sống lại là các cơ quan nhà nước, những nơi không thể đảm bảo môi trường tự nhiên phù hợp cho việc chăm sóc các loài động vật hoang dã, nguy cấp. Vụ việc tại Quảng Trị là một ví dụ điển hình: Chiều 27/11/2014, Công an huyện Hướng Hóa (Quảng Trị) đã phối hợp với Hải quan và Đoàn Biên phòng cửa khẩu quốc tế Lao Bảo kiểm tra, phát hiện trên xe khách có 120,5kg động vật hoang dã còn sống gồm: 36kg tê tê (thuộc loại quý hiếm), 68kg rắn ráo trâu; 15,5kg ba ba; 1kg rùa. Sau khi nhận lại 120,5kg động vật hoang dã ở kiểm lâm, Hải quan cửa khẩu quốc tế Lao Bảo đưa về cất giữ tại nhà kho. Những cá thể động vật hoang dã này được chứa trong những bao lưới chạt hẹp, nằm bất động trên sàn được chăm sóc bằng cách bật điều hòa và tưới nước lên các bao lưới. Tuy nhiên, một số cá thể động vật đung trong các bao lưới đã chết vài ngày sau đó, trong khi các cá thể

khác vẫn tiếp tục chờ được thả về môi trường sống tự nhiên phù hợp⁵.

Thứ hai, về tính hợp lý: Ngày 24/11/2013 Thủ tướng Chính phủ ban hành Quyết định số 11/2013/QĐ-TTg về cấm xuất khẩu, nhập khẩu, mua bán mẫu vật một số loài động vật hoang dã thuộc các phụ lục của Công ước về buôn bán quốc tế các loài động vật, thực vật hoang dã nguy cấp. Theo Quyết định này, mẫu vật tê giác trắng (*Ceratotherium simum*) và sản phẩm chế tác từ tê giác trắng; mẫu vật tê giác đen (*Diceros bicornis*) và sản phẩm chế tác từ tê giác đen chỉ được nhập khẩu trong các trường hợp mẫu vật phục vụ ngoại giao, nghiên cứu khoa học, cơ sở bảo tồn đa dạng sinh học, trưng bày vườn thú; triển lãm, biểu diễn xiếc không vì mục đích thương mại; thực thi pháp luật; trao đổi mẫu vật giữa Cơ quan quản lý CITES⁶ và các nước thành viên.

Như vậy, quy định này đã liệt kê các hoạt động được phép sử dụng mẫu vật tê giác trắng và tê giác đen nhập khẩu. Việc liệt kê này chưa thực sự hợp lý khi trước đó, tất cả các hoạt động đã được liệt kê tại khoản 9 Điều 2 Nghị định số 82/2006/NĐ-CP về quản lý hoạt động xuất khẩu, nhập khẩu, tái xuất khẩu, nhập nội từ biển, quá cảnh, nuôi sinh sản, nuôi sinh trưởng và trồng cây nhân tạo các loài động, thực vật hoang dã, nguy cấp, quý, hiếm và được xác định chung là những hoạt động không vì mục đích thương mại. Điều luật này giải thích: Không vì mục đích thương mại là những hoạt động trao đổi, dịch vụ vận chuyển mẫu vật của các loài động vật, thực vật hoang dã không

nhằm mục đích lợi nhuận, bao gồm: phục vụ ngoại giao, nghiên cứu khoa học, trao đổi giữa các vườn động vật, vườn thực vật, triển lãm không vì mục đích thương mại, biểu diễn xiếc không vì mục đích thương mại; trao đổi, trao trả mẫu vật giữa các Cơ quan quản lý CITES các nước. Như vậy, cùng một nhóm hoạt động giống nhau nhưng việc liệt kê lặp đi lặp lại trong các văn bản pháp luật khác nhau như trên là không hợp lý.

Tác giả cho rằng, nếu văn bản pháp luật ban hành sau không bổ sung thêm điểm mới thì không nên lặp lại quy định đã được ban hành trong văn bản pháp luật trước đó. Trong trường hợp này, mẫu vật tê giác trắng và sản phẩm chế tác từ tê giác trắng; mẫu vật tê giác đen và sản phẩm chế tác từ tê giác đen đều là sản phẩm của động vật nguy cấp, quý, hiếm nên việc nhập khẩu chúng có thể áp dụng quy định chung tại khoản 9 Điều 2 Nghị định 82/2006/NĐ-CP về quản lý hoạt động xuất khẩu, nhập khẩu, tái xuất khẩu, nhập nội từ biển, quá cảnh, nuôi sinh sản, nuôi sinh trưởng và trồng cây nhân tạo các loài động, thực vật hoang dã, nguy cấp, quý, hiếm mà không cần phải liệt kê lại các trường hợp cụ thể trong một văn bản pháp luật riêng.

3. Về tính chặt chẽ trong các quy định

(i) Quy định thiếu chặt chẽ về việc bảo vệ, bảo tồn động vật rừng nguy cấp, quý, hiếm:

Khoản 2 Điều 11 Nghị định số 32/2006/NĐ-CP ngày 30/3/2006 về quản lý động vật rừng, thực vật rừng nguy cấp, quý, hiếm quy định biện pháp xử lý trong trường hợp động vật rừng nguy cấp, quý, hiếm trực tiếp tấn công đe dọa đến tính mạng nhân dân ở ngoài các khu rừng đặc dụng. Theo đó, sau khi đã áp dụng các biện pháp xua đuổi nhưng không có hiệu quả thì được phép bắn, bắt

⁵ <http://www.doisongphapluat.com/to-quoc-xanh/tai-nguyen/dong-vat-quy-hiem-nam-cho-chet-trong-nha-kho-hai-quan-a71857.html>.

⁶ CITES là Công ước về buôn bán quốc tế các loài động vật, thực vật hoang dã nguy cấp. Việt Nam hiện là thành viên của Công ước này.

động vật đó. Quy định này là cần thiết, tuy nhiên, nó lại chưa đảm bảo sự chặt chẽ bởi:

Thứ nhất, theo quy định này, trong trường hợp động vật rừng đặc biệt quý, hiếm trực tiếp tấn công đe dọa đến tính mạng nhân dân ở ngoài các khu rừng đặc dụng, sau khi đã áp dụng các biện pháp xua đuổi nhưng không có hiệu quả thì phải báo cáo Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh xem xét. Nếu không còn khả năng áp dụng được những biện pháp khác (xua đuổi, di chuyển đi vùng rừng khác...) để bảo vệ tính mạng nhân dân thì Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định cho phép áp dụng biện pháp bắn, bắn tự vệ, sau khi đã có sự đồng ý của Bộ trưởng các Bộ: Nông nghiệp và Phát triển nông thôn, Tài nguyên và Môi trường. Việc quy định thủ tục xin phép quá rườm rà như vậy trong điều kiện tính mạng của nhân dân đang bị trực tiếp đe dọa dễ dẫn đến tình trạng “tiền trạm hậu tẩu”, bắn bắn trái phép động vật quý, hiếm. Vì vậy, sẽ hợp lý hơn khi trực tiếp trao quyền này cho Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh. Trong trường hợp đặc biệt, chỉ cần xin ý kiến của Bộ trưởng Bộ Tài nguyên Môi trường, bởi Bộ trưởng Bộ Tài nguyên Môi trường là Thủ trưởng cơ quan chịu trách nhiệm cao nhất trên phạm vi cả nước về bảo tồn đa dạng sinh học, mà việc đảm bảo sự sống của động vật nguy cấp, quý, hiếm trước hết là vì mục đích bảo tồn đa dạng sinh học.

Thứ hai, điểm a khoản 2 Điều này quy định: Nếu động vật rừng đã bắn, bắn bị chết hoặc bị thương không thể cứu chữa được thì lập biên bản bàn giao cho cơ quan nghiên cứu khoa học xử lý làm tiêu bản để phục vụ đào tạo nghiên cứu hoặc tổ chức tiêu hủy bảo đảm làm sạch môi trường. Quy định này vô tình đã thừa nhận việc bắn, bắn chết động vật quý, hiếm để phòng vệ là hợp pháp. Bởi lẽ,

trong điều kiện khoa học kỹ thuật hiện đại như hiện nay, việc bắn, bắn động vật mà không làm ảnh hưởng đến tính mạng của chúng là điều không khó thực hiện. Rõ ràng, sự lỏng lẻo này của pháp luật rất dễ bị lợi dụng bởi lợi ích kinh tế của các loài động vật quý, hiếm. Để tránh tình trạng này, cần quy định trách nhiệm áp dụng các biện pháp bảo đảm an toàn tính mạng của động vật trước khi thực hiện các biện pháp bắn, bắn. Sự ràng buộc trách nhiệm đó sẽ góp phần giảm thiểu nguy cơ trực lợi từ việc bắn, bắn động vật nguy cấp, quý, hiếm để phòng vệ.

(ii) Quy định chưa chặt chẽ về vận chuyển, chế biến, quảng cáo, kinh doanh, sử dụng, tàng trữ, xuất khẩu, nhập khẩu động vật rừng nguy cấp, quý, hiếm:

Khoản 3 Điều 5 Nghị định số 32/2006/NĐ-CP về quản lý động vật rừng, thực vật rừng nguy cấp, quý, hiếm quy định nghiêm cấm những hành vi:

- Săn, bắn, bẫy, bắt, nuôi nhốt, giết mổ động vật rừng nguy cấp, quý, hiếm trái quy định;

- Vận chuyển, chế biến, quảng cáo, kinh doanh, sử dụng, tàng trữ, xuất khẩu, nhập khẩu động vật rừng nguy cấp, quý, hiếm trái với quy định.

Trên thực tế, nhiều trường hợp các tổ chức, cá nhân không vận chuyển, chế biến, quảng cáo, kinh doanh, sử dụng, tàng trữ, xuất khẩu, nhập khẩu động vật quý, hiếm mà chỉ vận chuyển, chế biến, quảng cáo, kinh doanh, sử dụng, tàng trữ, xuất khẩu, nhập khẩu một hoặc nhiều sản phẩm của chúng (sừng tê giác, thịt và xương hổ...). Quy định như vậy không chỉ dẫn đến hiểu sai việc vận chuyển, chế biến, quảng cáo, kinh doanh, sử dụng, tàng trữ, xuất khẩu, nhập khẩu một hoặc nhiều sản phẩm của

(Xem tiếp trang 84)

ÁP DỤNG TRỰC TIẾP ĐIỀU ƯỚC QUỐC TẾ

*Hoàng Phước Hiệp**

Tóm tắt: Bài viết trình bày vấn đề áp dụng trực tiếp điều ước quốc tế thông qua ba quan niệm pháp lý khác nhau: i) Điều ước tự thi hành; ii) Học thuyết hiệu lực trực tiếp của pháp luật Cộng đồng châu Âu; và iii) Nguyên tắc “Good faith” và “Pacta sunt servanda”.

Abstract: This article presents the issues of direct application of treaties through three legal concepts: i) self-executing treaties; ii) the doctrine of direct effect under EU law; and iii) the principles of good faith and pacta sunt servanda.

Nhiều vấn đề lý luận về điều ước quốc tế cần nghiên cứu trong điều kiện hội nhập quốc tế hiện nay. Việc pháp điển luật điều ước quốc tế được thảo luận khá sớm, nhưng chỉ sau Đại chiến thế giới lần thứ hai, trong khuôn khổ Liên hợp quốc, Công ước Viên về Luật điều ước quốc tế (Công ước Viên 1969) mới được soạn thảo và thông qua. Năm 1986, Liên hợp quốc tiếp tục thông qua Công ước Viên 1986 về Luật điều ước giữa quốc gia và tổ chức quốc tế và giữa các tổ chức quốc tế với nhau¹. Tuy vậy, trong quá trình hội nhập quốc tế, một số vấn đề lý luận và thực tiễn như việc áp dụng trực tiếp điều ước quốc tế vẫn chưa được pháp điển hóa, và vẫn được xử lý theo các quy phạm tập quán quốc tế. Bài viết sẽ phân tích vấn đề áp dụng trực tiếp điều ước quốc tế dựa trên lý luận cũng như thực tiễn áp dụng tại các quốc gia khác nhau.

1. Điều ước tự thi hành

* PGS.TS., Khoa Luật Kinh tế, Trường Đại học Kinh doanh và Công nghệ Hà Nội.

¹Xem: https://treaties.un.org/pages/ParticipationStatus.aspx/Vienna_Convention_on_the_Law_of_Treaties_between_States_and_International_Organizations_or_between_International_Organizations/Vienna, 21 March 1986. Công ước này chưa có hiệu lực. Việt Nam chưa tham gia Công ước này.

“Áp dụng trực tiếp”, “hiệu lực trực tiếp” bắt đầu từ quan niệm “điều ước tự thi hành”. Điều ước tự thi hành nghĩa là loại điều ước có hiệu lực ngang bằng với đạo luật trong nước mà không cần phải qua một văn bản luật nội luật hóa². Nói cách khác, không cần phải có một văn bản pháp luật trong nước nhằm thực hiện điều ước quốc tế đó³.

Hoa Kỳ là quốc gia điển hình theo trường phái này. Tại Hoa Kỳ, theo quy định Hiến pháp, điều ước tự thi hành sẽ được coi là văn bản có hiệu lực ngang bằng với bất kỳ đạo luật nào khác của Nghị viện⁴.

2. Hiệu lực trực tiếp của pháp luật Cộng đồng châu Âu (EC)

Hiệu lực trực tiếp là một vấn đề đáng chú ý nhất trong hệ thống pháp luật EC, đặc biệt là trong lý luận áp dụng pháp luật của Tòa Công lý châu Âu (European Court of Justice-ECJ)⁵.

² John H. Jackson (1992), ‘Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A policy Analysis’, *American Journal of International Law*, tập 86, số 2, tr. 310.

³ Jordan Paust (1988), ‘Self-executing Treaties’, *American Journal of International Law*, Vol. 82.

⁴ Điều VI, khoản 2, Hiến pháp Hoa Kỳ.

⁵ Av. Kürşat Yılmaz, ‘An Overview to the Concept of Direct Effect and the Approach of the European Court of Justice concerning Direct Effect’, Onur

Có hai loại hiệu lực trực tiếp là hiệu lực về mặt chủ thể và hiệu lực về mặt khách thể. Hiệu lực trực tiếp về mặt chủ thể thể hiện qua Quyết định trong Vụ kiện Van Gend & Loos⁶. Đó là tình huống mà một quy định của pháp luật EC có thể trao cho cá nhân được thực hiện quyền thứ phát tại các quốc gia thành viên⁷. Hiệu lực trực tiếp về mặt khách thể là tình huống, theo đó một quy định pháp luật của EC có thể được viện dẫn áp dụng tại toà án quốc gia thành viên⁸.

Mặc dù quan niệm này được áp dụng trong khuôn khổ pháp luật của EC và các quốc gia thành viên, nhưng trên thực tế, chúng được nhiều nước công nhận và áp dụng. Vậy tiêu chí gì để xác định một điều ước quốc tế được áp dụng trực tiếp, có hiệu lực trực tiếp trong quan hệ đối với một quốc gia thành viên EC?

Trong vụ kiện Van Gend & Loos, để xác định việc bãi bỏ thuế xuất nhập khẩu theo Điều 12 Hiệp ước thành lập EC có thể được áp dụng trực tiếp tại nước thành viên EC hay không, cũng như công dân các quốc gia thành viên EC có thể yêu cầu tòa án quốc gia thành viên EC cho hưởng các quyền phát sinh trực tiếp từ Điều 12 hay không, ECJ đã ra phán quyết rằng, tòa án quốc gia thành viên EC phải bảo vệ quyền

lợi cho công dân mình. Điều 12 Hiệp ước thành lập EC quy định: “*Các quốc gia thành viên sẽ không đưa ra bất kỳ loại thuế xuất nhập khẩu mới nào đối với hàng hoá xuất nhập khẩu hay bất kỳ loại phí nào với tác dụng tương tự, và sẽ không tăng các loại thuế, phí hiện đang áp dụng trong thương mại với các quốc gia thành viên khác*”.

Có thể thấy, Điều 12 chưa quy định rõ ràng về việc trao quyền liên quan cho bất kỳ cá nhân nào, nhưng đã chỉ ra sự cấm đoán một cách rõ ràng và vô điều kiện đối với quốc gia thành viên, và tương ứng là quyền của các cá nhân liên quan được hưởng. ECJ kết luận rằng, chính bản chất của việc cấm đó đã phù hợp với quan niệm về hiệu lực trực tiếp⁹.

Về cơ bản, vụ kiện Van Gend & Loos cho thấy, quy định của điều ước quốc tế có thể được áp dụng và có hiệu lực trực tiếp khi: (i) Một quy định của điều ước đó có nội dung cấm rõ ràng đối với một quốc gia thành viên EC, và (ii) Việc thực hiện quy định của điều ước đó không cần phải tiến hành bất kỳ biện pháp lập pháp cụ thể nào từ một quốc gia thành viên EC.

ECJ cũng đã đưa ra ba điều kiện để một quy định của điều ước quốc tế được áp dụng và có hiệu lực trực tiếp: (i) Quy định đó phải cụ thể và rõ ràng; (ii) Áp dụng quy định đó phải là vô điều kiện; và (iii) Việc áp dụng quy định đó không phụ thuộc vào bất kỳ hành động nào của EC hay quốc gia thành viên EC¹⁰.

Về cơ bản, một quy định sẽ không được áp dụng trực tiếp, không có hiệu lực trực tiếp nếu nội dung quy định đó cho phép các

Law Office, có thể tìm thấy tại www.onurhukuk.com/makaleler/Effect.doc.

⁶ NV Algemene Transporten Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration [1963] ECR 1, [EURLex case 26-62], (hereinafter Van Gend & Loos case).

⁷ Paul Craig and Gráinne de Búrca (2001), *EU Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, tái bản lần thứ 4.

⁸ Xem: Av. Kürşat Yılmaz, “*An Overview to the Concept of Direct Effect and the Approach of the European Court of Justice concerning Direct Effect*”, Onur Law Office, có thể tìm thấy tại www.onurhukuk.com/makaleler/Effect.doc.

⁹ Xem: Vụ kiện Van Gend & Loos.

¹⁰ Xem: Van Duyn v. Home Office, vụ 41/74 [1974] ECR 1337.

quốc gia thành viên EC quyền tự quyết trong việc thực thi. Một quy định được coi là áp dụng vô điều kiện nếu việc áp dụng không phụ thuộc vào quyền kiểm soát của bất kỳ cơ quan có thẩm quyền độc lập nào của EC hoặc của một quốc gia thành viên EC. Đặc biệt, việc áp dụng quy định đó không phụ thuộc vào phán quyết hay quyền quyết định của bất kỳ cơ quan tài phán nào nói trên. Ngược lại, sẽ bị coi là phụ thuộc nếu quyền đó chỉ có hiệu lực khi EC hay một quốc gia thành viên EC tiến hành các hành vi hành pháp hay lập pháp nhất định¹¹.

Pháp - một quốc gia thành viên EC, cũng áp dụng cách hiểu này trong phạm vi quốc gia. Giới hạn duy nhất là điều ước quốc tế phải phù hợp với Hiến pháp của Pháp. Trong trường hợp Pháp muốn điều ước quốc tế không phù hợp với Hiến pháp có giá trị pháp lý tại các toà án của mình thì sẽ phải sửa đổi Hiến pháp trước khi điều ước quốc tế đó có hiệu lực.

3. Về quan niệm “Good faith” và “Pacta sunt servanda”

Quan niệm “áp dụng trực tiếp”, “hiệu lực trực tiếp” được coi là việc mở rộng nguyên tắc “Pacta sunt servanda” của Luật quốc tế.

Nguyên tắc “good faith” (thiện chí) được quy định tại Điều 26 Công ước Viên 1969¹² và được công nhận rộng rãi như là một quy tắc chung của Luật quốc tế¹³. Điều

26 Công ước Viên 1969 quy định: “*Mỗi điều ước có hiệu lực đều ràng buộc các bên tham gia và phải được các bên thực thi một cách thiện chí*”. Có thể thấy, nguyên tắc này thể hiện trách nhiệm của các quốc gia trong việc tuân thủ tự nguyện và đầy đủ các nghĩa vụ theo các điều ước quốc tế mà mình là thành viên.

Việc sử dụng quyền miễn trừ quốc gia để ban hành văn bản pháp luật trong nước có tính giải thích sai các nghĩa vụ quốc tế là trái với nguyên tắc trên. Do vậy, nhiều ý kiến cho rằng, áp dụng trực tiếp các điều ước quốc tế có thể giúp bảo đảm việc tuân thủ tinh thần “thiện chí” đối với các nghĩa vụ điều ước quốc tế của các quốc gia thành viên.

Tóm lại, khi bàn về “áp dụng trực tiếp”, “hiệu lực trực tiếp” nghĩa là bàn về việc công nhận hoặc tạo ra cơ chế để bản thân một điều ước quốc tế đương nhiên được thi hành; nhờ vậy, sẽ tạo ra các quyền và nghĩa vụ mà các cá nhân tại quốc gia đó đương nhiên có tại toà án quốc gia, chứ không hàm ý về một cơ chế phụ trợ cho việc thực thi điều ước quốc tế. Về khía cạnh này, thuật ngữ “áp dụng trực tiếp”, “hiệu lực trực tiếp” và “tự thi hành” được sử dụng với nội dung như nhau, thay thế cho nhau.

Ngoài các cách tiếp cận nêu trên, hiện nay có *ba xu hướng tiếp cận khác đối với quan niệm áp dụng trực tiếp, hiệu lực trực tiếp đối với điều ước quốc tế*: (i) Cho phép các điều ước quốc tế có hiệu lực trực tiếp tuyệt đối, áp dụng trực tiếp tuyệt đối; (ii) Không cho phép các điều ước quốc tế có hiệu lực trực tiếp, được áp dụng trực tiếp; và (iii) Chỉ cho phép các điều ước quốc tế có “hiệu lực trực tiếp một phần”, áp dụng trực tiếp một phần, tức là khi các quy định của điều ước quốc tế đáp ứng các điều kiện nhất định mới có hiệu lực trực tiếp, được áp

¹¹ Xem Av. Kürşat Yilmaz, “An Overview to the Concept of Direct Effect and the Approach of the European Court of Justice concerning Direct Effect”, Onur Law Office, có thể tìm thấy tại: www.onurhukuk.com/makaleler/Effect.doc.

¹² Công ước Viên về Luật điều ước, ngày 23/3/1969, có hiệu lực ngày 27/1/1980.

¹³ Nuclear Tests Cases (Australia. France; New Zealand . France) [1974] ICJ Reports 253 at 268.

dụng trực tiếp. Qua nghiên cứu các cách tiếp cận này có thể thấy:

Thứ nhất, đối với quốc gia cho phép các điều ước quốc tế có hiệu lực trực tiếp tuyệt đối, được áp dụng trực tiếp toàn bộ thì sẽ không cần ban hành quy định pháp luật trong nước để thực thi điều ước đó. Nói cách khác, các điều ước quốc tế mặc nhiên có giá trị pháp lý, được áp dụng trực tiếp mà không cần bất kỳ hành động lập pháp hay hành pháp nào.

Thứ hai, có những quốc gia hoàn toàn nghiêm cấm việc áp dụng trực tiếp bất kỳ điều ước quốc tế nào. Tại các quốc gia này, các điều ước không có hiệu lực nếu không được cơ quan có thẩm quyền nội luật hóa để thi hành nó. Các hoạt động nội luật hóa để thi hành được thực hiện bằng một trong các phương thức sau: (1) Ban hành văn bản quy định về hiệu lực và sự tồn tại của điều ước quốc tế cụ thể đó; hoặc (2) Chuyển hóa các nội dung của điều ước quốc tế vào chính sách, pháp luật trong nước và thi hành nó như là bộ phận của nội luật.

Thứ ba, một số quốc gia chỉ cho một số điều ước quốc tế, hoặc chỉ cho một phần nhất định của điều ước có hiệu lực trực tiếp, nếu đáp ứng một số điều kiện nhất định. Trong trường hợp này, cơ quan có thẩm quyền quốc gia sẽ quyết định điều ước nào hoặc điều khoản nào của điều ước đó sẽ được áp dụng trực tiếp. Cách quy định về các điều kiện này ở mỗi nước là khác nhau, và thường được quy định cụ thể tại văn bản pháp luật trong nước liên quan. Theo đó, các điều ước/phần điều ước đáp ứng các điều kiện nhất định sẽ được cho phép áp dụng trực tiếp, còn các điều ước/phần điều ước khác không đáp ứng điều kiện cần phải nội luật hóa/chuyển hóa để thực hiện.

Nhìn chung, có thể tìm hiểu về cách tiếp cận này thông qua việc sử dụng các “mẫu điều kiện thông thường” được áp dụng tại một số quốc gia. Nhóm điều kiện đầu tiên phần lớn được dựa trên “ý định” của các bên tham gia điều ước cụ thể. Theo đó, một, một số quy định hoặc cả điều ước sẽ có tính “tự thi hành”, hoặc có được hiệu lực trực tiếp chừng nào nó “không tự thi hành”. Điều ước “không tự thi hành” bao gồm, ngoài những yếu tố khác, (1) điều ước này có quy định rõ ràng, điều ước sẽ không có hiệu lực thi hành nếu không có văn bản nội luật; (2) cơ quan phê chuẩn hoặc phê duyệt điều ước khẳng định rõ ràng rằng, điều ước đó không có hiệu lực thi hành nếu không có văn bản nội luật thi hành; và (3) theo quy định của hiến pháp thì phải có văn bản thi hành điều ước quốc tế đó¹⁴.

Nhóm điều kiện thứ hai dựa trên bản chất của các điều ước hay quy định của điều ước. Theo đó, điều ước hay quy định của điều ước sẽ có hiệu lực trực tiếp nếu đủ “rõ ràng”, “chính xác”, “chi tiết”, “vô điều kiện”... Theo đó, một quy định của điều ước có thể được coi là đủ rõ ràng, chính xác, chi tiết... nếu: (1) Nội dung của điều ước hay quy định có thể cho phép diễn giải rõ ràng, chính xác, chi tiết... và có thể được tòa án quốc gia áp dụng trực tiếp¹⁵, và (2) Các quan niệm cấu thành nội hàm điều ước hay quy định đó không cho phép các bên tham gia điều ước đó có quyền tự quyết định

¹⁴ Stephen I. Vladeck (2004), “*Non-Self-Executing Treaties and the Suspension Clause After St. Cyr*”, *The Yale Law Journal*, Vol. 113, No. 8, tr. 2007.

¹⁵ Tuy nhiên, việc các ý kiến có thể khác nhau về việc diễn giải không làm cho nó không còn đủ chính xác. Xin xem Andrew Macnab (2004), “*Direct Effect and Supremacy of Community Law*”, *The Tax Journal*.

trong việc áp dụng¹⁶. Một điều ước hay quy định của điều ước được coi là “phải áp dụng vô điều kiện” nếu việc thực thi hoặc hiệu lực của điều ước hay quy định đó không cần đến bất kỳ hoạt động nào của quốc gia, cơ quan hay tổ chức có thẩm quyền và cũng không phụ thuộc vào phán quyết hay quyết định của bất kỳ cơ quan nào nêu trên¹⁷.

Có thể thấy, cách tiếp cận áp dụng trực tiếp điều ước quốc tế có những ưu, nhược điểm nhất định cần chú ý sau:

- Về ưu điểm, cách tiếp cận áp dụng trực tiếp góp phần: (i) Đẩy mạnh hiệu lực của Luật quốc tế; (ii) Ngăn ngừa tình trạng các quốc gia có quá nhiều quyền tự quyết định trong việc thực thi các nghĩa vụ quốc tế của mình; (iii) Thúc đẩy hợp tác giữa các quốc gia; và (iv) Bảo đảm chắc chắn rằng, quyền cá nhân được thực thi bởi hệ thống pháp luật.

Ba lý do đầu tiên xuất phát từ những lo ngại về mức độ sẵn sàng của các quốc gia trong việc tham gia và ký kết các điều ước quốc tế và thực thi các nghĩa vụ quốc tế. Một là, việc cho các điều ước có hiệu lực trực tiếp, áp dụng trực tiếp làm tăng tầm quan trọng và trọng lượng của các điều ước đó và giảm nguy cơ các cơ quan thẩm quyền quốc gia từ chối hoặc phớt lờ thực thi bởi quy định của nội luật, cho dù là toàn bộ hay chỉ một phần¹⁸. Hai là, trong quá trình thực thi điều ước, các Chính phủ có thể được phép không bám sát ngôn ngữ chính xác của điều

ước¹⁹, nên điều ước được áp dụng trực tiếp có thể tránh việc các quốc gia tự quyết trong phạm vi quá rộng. Ba là, việc sử dụng cách tiếp cận áp dụng trực tiếp bởi một hoặc nhiều bên tham gia thương lượng điều ước có thể bảo đảm với các bên khác rằng, các điều khoản được thương lượng sẽ được thực thi, để thúc đẩy việc ký kết các điều ước.

Lý do thứ tư là về quyền của các cá nhân theo các hệ thống pháp luật trong nước và quốc tế. Bằng việc thừa nhận điều ước quốc tế có hiệu lực trực tiếp, được áp dụng trực tiếp, các quốc gia bảo đảm hiệu quả cho quyền của các cá nhân trong cả hai hệ thống pháp luật quốc gia và quốc tế, đặc biệt khi điều ước có các điều khoản liên quan trực tiếp đối với những cá nhân đó.

- Về nhược điểm: Thứ nhất, một số quốc gia không thể áp dụng cách tiếp cận áp dụng trực tiếp do Hiến pháp và hệ thống pháp luật trong nước. Thực tế, Hiến pháp của một số quốc gia không quy định rõ ràng về việc cho phép áp dụng cách tiếp cận này, trong khi Hiến pháp của một số quốc gia khác quy định rõ ràng việc cấm áp dụng trực tiếp các điều ước quốc tế. Như vậy, các Chính phủ không thể quyết định thi hành điều ước quốc tế theo cách áp dụng trực tiếp. Thứ hai, không phải chủ thể nào cũng hiểu rằng, khi chấp nhận một nghĩa vụ quốc tế, quốc gia có quyền tự quyết về phương thức thực hiện nghĩa vụ đó để phù hợp với tình hình trong nước. Đặc biệt, khi ngôn ngữ chính thức của điều ước quốc tế không phải là ngôn ngữ chính thức của quốc gia thi hành, việc biên dịch các quy định của điều ước quốc tế trong quá trình thực thi sẽ giúp làm

¹⁶ Xem Av. Kürşat Yılmaz, “An Overview to the Concept of Direct Effect and the Approach of the European Court of Justice concerning Direct Effect”, Onur Law Office, có thể tìm thấy tại www.onurhukuk.com/makaleler/Effect.doc.

¹⁷ Xem Av. Kürşat Yılmaz, đã nêu trên.

¹⁸ Henry G. Schermers & Denis F. Waelbroeck (1987), *Judicial Protection in the European Community*, Kluwer Law International, 4th edition.

¹⁹ John H. Jackson (1992), ‘Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis’, *American Journal of International Law*, Vol. 86, Issue 2, tr. 322.

rõ các quyền, nghĩa vụ và cách thức áp dụng phù hợp. Thứ ba, hầu hết các Chính phủ không dùng cách thức áp dụng trực tiếp vì lo ngại vấn đề chủ quyền quốc gia. Đặc biệt, họ lo ngại rằng, việc cho phép áp dụng trực tiếp các điều ước quốc tế có thể làm hẹp phạm vi chính sách quốc gia, có thể dẫn đến tác động đối với các quyền miễn trừ quốc

gia và một cách gián tiếp, làm giảm lợi ích của quốc gia đó. Tuy nhiên, ở chừng mực nào đó, lập luận này trái với nguyên tắc Pacta sunt servanda²⁰ - nguyên tắc cốt lõi của Luật quốc tế, rằng các quốc gia lựa chọn tham gia điều ước phải thực hiện các điều ước đó một cách thiện chí.

²⁰ John H. Jackson (1992), 'Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis', American Journal of International Law, Vol. 86, Issue 2, tr. 325.

(Tiếp theo trang 78 – Hạn chế của pháp luật ...)

động vật nguy cấp, quý, hiếm không bị nghiêm cấm, mà còn mâu thuẫn với các quy định khác có liên quan như điều kiện nhập khẩu, xử lý vi phạm... Để đảm bảo tính chặt chẽ, quy định trên cần phải sửa đổi theo hướng: Nghiêm cấm các hành vi vận chuyển, chế biến, quảng cáo, kinh doanh, sử dụng, tàng trữ, xuất khẩu, nhập khẩu động vật rừng nguy cấp, quý, hiếm và các sản phẩm của chúng trái với quy định.

4. Về tổ chức và hoạt động của các trung tâm cứu hộ động vật

Theo quy định của Công ước CITES, Trung tâm cứu hộ là cơ sở do cơ quan thẩm quyền quản lý chọn lựa nhằm trông nom, chăm sóc các mẫu vật sống, đặc biệt là những mẫu vật bị tịch thu. Các quốc gia thành viên có trách nhiệm thành lập các trung tâm này để chăm sóc các mẫu vật sống bị tịch thu, đảm bảo mọi mẫu vật sống phải được chăm sóc thích hợp nhằm hạn chế tối đa các tổn thương về sức khỏe hay đối xử thô bạo trong quá trình vận chuyển hoặc quá cảnh.

Thực hiện cam kết này, Việt Nam đã thành lập một số trung tâm cứu hộ động vật. Tuy nhiên, hiện vẫn còn thiếu các quy định pháp luật cụ thể làm căn cứ pháp lý cho hoạt động của các trung tâm này. Hiện tại, các

hoạt động cứu hộ được thực hiện theo quy định chung tại Nghị định 32/2006/NĐ-CP về việc quản lý thực vật rừng, động vật rừng nguy cấp, quý, hiếm và Nghị định 82/2006/NĐ-CP về quản lý hoạt động xuất khẩu, nhập khẩu, tái xuất khẩu, nhập nội từ biển, quá cảnh, nuôi sinh sản, nuôi sinh trưởng và trồng cây nhân tạo các loài động vật, thực vật hoang dã nguy cấp, quý, hiếm. Tuy nhiên, đây chỉ là các quy định chung về thu giữ và quản lý động, thực vật nguy cấp, quý, hiếm mà không có các quy định cụ thể hướng dẫn cứu hộ động vật rừng hoang dã, nguy cấp, quý, hiếm. Hạn chế này không chỉ làm ảnh hưởng đến việc thực hiện các cam kết quốc tế mà còn gây không ít khó khăn cho các cơ quan có thẩm quyền trong trường hợp thu giữ động vật do hành vi vi phạm của các tổ chức, cá nhân; gây lúng túng cho các trung tâm cứu hộ khi tiếp nhận động vật rừng cần cứu hộ. Vì vậy, bên cạnh việc thành lập mới một số trung tâm cứu hộ, việc xây dựng và ban hành các quy định cụ thể liên quan đến hoạt động của các trung tâm cứu hộ cũng cần được quan tâm. Theo đó, cần quy định rõ các vấn đề như: yêu cầu về cách ly, yêu cầu về kiểm tra dịch bệnh, hướng dẫn riêng về cứu hộ đối với một số nhóm động vật rừng...