

ISSN 0866 -7446



NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

STATE AND LAW REVIEW



VIỆN HÀN LÂM KHOA HỌC XÃ HỘI VIỆT NAM
VIỆN NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

Vietnam Academy of Social Sciences
Institute of State and Law

6(386)
2020

THÁNG RA MỘT KỲ
6(386)
2020
NĂM THỨ 49

TỔNG BIÊN TẬP
TS. TRẦN VĂN BIÊN

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

GS.TSKH. ĐÀO TRÍ ÚC
PGS.TS. BÙI XUÂN ĐỨC
PGS.TS. PHẠM HỒNG HẢI
PGS.TS. TRẦN ĐÌNH HẢO
PGS.TS. HÀ THỊ MAI HIỀN
PGS.TS. PHẠM HỮU NGHỊ
PGS.TS. NGUYỄN NHƯ PHÁT
PGS.TS. LÊ MINH THÔNG
PGS.TS. NGUYỄN TRUNG TÍN
GS.TS. VÔ KHÁNH VINH
PGS.TS. ĐINH NGỌC VƯỢNG

Trụ sở Toà soạn:
27 Trần Xuân Soạn
Hà Nội

Tel: 024.39713333
Fax: 024.39764534
Email:
tcnnpl@isl.gov.vn

Giấy phép hoạt động
báo chí: số 121/GP-
BTTTT, ngày 22/4/2013

In tại Công ty Cổ phần
in và thương mại
Đông Bắc

Giá: 20.000^d

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

LUẬT HIẾN PHÁP, LUẬT HÀNH CHÍNH

- ❖ NGUYỄN LINH GIANG – NGUYỄN VĂN QUÂN: An toàn pháp lý – Một yêu cầu trong xây dựng nhà nước pháp quyền và bảo đảm quyền con người 3
- ❖ VŨ THU: Một số vấn đề về hoàn thiện chế định trách nhiệm kỷ luật hành chính ở Việt Nam 10

LUẬT HÌNH SỰ, LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ

- ❖ HỒ SỸ SƠN: Sự trừng trị trong Luật hình sự 20
- ❖ TRẦN THỊ LIÊN – NGUYỄN VIỆT KHÁNH HÒA: Bất cập trong các quy định về thực hành quyền công tố của Viện kiểm sát ở giai đoạn xét xử sơ thẩm vụ án hình sự 25

LUẬT DÂN SỰ

- ❖ NGUYỄN THANH PHÚC: Quyền của chủ thể có quyền hưởng dụng theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 30
- ❖ HÀ THỊ THÚY – ĐOÀN ĐỨC LƯƠNG: Đánh giá và đề xuất diễn giải áp dụng quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 về giao kết, thực hiện, sửa đổi, chấm dứt hợp đồng 38

LUẬT LAO ĐỘNG, LUẬT MÔI TRƯỜNG, LUẬT TÀI CHÍNH

- ❖ HOÀNG XUÂN TRƯỜNG: Một số hạn chế của pháp luật về tuyển dụng lao động ở Việt Nam 48
- ❖ NGUYỄN HOÀNG THÙY TRANG: Cơ chế lựa chọn chủ thể cung ứng dịch vụ thu gom chất thải rắn sinh hoạt 55
- ❖ PHAN PHƯƠNG NAM: Quy định về chào bán chứng khoán trong Luật Chứng khoán hiện hành 68

LUẬT QUỐC TẾ

- ❖ TRẦN HỮU DUY MINH: Tác động của việc tham gia Hiệp định về đàn cá di cư đến việc hưởng quyền tự do đánh bắt cá trên biển cả của Việt Nam 75

MONTHLY ISSUE

6(386)

2020

49TH YEAR

EDITOR IN CHIEF

TRAN VAN BIEN

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: 024.39713333

Fax: 024.39764534

Email:

tcnnpl@isl.gov.vn

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

Printed by Dong Bac
Trade and Print Joint
Stock Company

Price: 20.000 VND

STATE AND LAW

CONTENTS

CONSTITUTIONAL LAW, ADMINISTRATIVE LAW

❖ NGUYEN LINH GIANG – NGUYEN VAN QUAN: Legal Certainty – A Requirement for Building the Rule-of-law State and Ensuring Human Rights 3

❖ VU THU: Issues on Perfecting the Administrative Disciplinary Institution in Vietnam 10

CRIMINAL LAW, CRIMINAL PROCEDURE LAW

❖ HO SY SON: On Retribution in Criminal Law 20

❖ TRAN THI LIEN – NGUYEN VIET KHANH HOA: Shortcomings of Regulations on the Procuracies' Power of Prosecution during the Stage of First Instance Trial 25

CIVIL LAW

❖ NGUYEN THANH PHUC: On Usufruct Rights under the Civil Code of 2015 30

❖ HA THI THUY – DOAN DUC LUONG: Evaluation and Proposal of the Interpretation of the Provisions of the Civil Code 2015 on Signing, Performance, Amendment and Termination of Contract 38

LABOR LAW, ENVIRONMENTAL LAW, FINANCIAL LAW

❖ HOANG XUAN TRUONG: Shortcomings of Vietnam's Laws on Labor Recruitment 48

❖ NGUYEN HOANG THUY TRANG: Mechanisms for Selecting Service Providers to Collect Household Solid Waste 55

❖ PHAN PHUONG NAM: Regulations on Offer of Securities under the Securities Law 68

INTERNATIONAL LAW

❖ TRAN HUU DUY MINH: Effects of the Accession to the Agreement on Migratory Fish Stocks on the Enjoyment of Vietnam's Fishing Rights at High Seas 75

AN TOÀN PHÁP LÝ - MỘT YÊU CẦU TRONG XÂY DỰNG NHÀ NƯỚC PHÁP QUYỀN VÀ BẢO ĐẢM QUYỀN CON NGƯỜI

Nguyễn Linh Giang*
Nguyễn Văn Quân**

Tóm tắt: An toàn pháp lý ngày càng được đề cao như một thành tố không thể thiếu của nhà nước pháp quyền, trở thành một tiêu chuẩn bắt buộc của hệ thống pháp luật trong việc bảo đảm quyền, tự do của con người. Bài viết trình bày và phân tích nguồn gốc và nội dung của nguyên tắc an toàn pháp lý, mối liên hệ giữa an toàn pháp lý và nhà nước pháp quyền, bảo đảm quyền con người. Qua đó, đề xuất một số yêu cầu đối với việc xây dựng nguyên tắc an toàn pháp lý tại Việt Nam.

Abstract: Legal certainty has been promoted as an indispensable element of the rule of law, becoming a mandatory standard of a legal system in ensuring human rights and freedoms. This article presents and analyzes the origin and content of legal certainty principles, the relationship between legal certainty, the rule of law, and ensuring human rights in order to propose certain requirements for the development of legal certainty principles in Vietnam.

“An toàn pháp lý” là một nguyên tắc nhằm mục đích bảo vệ công dân chống lại các hệ quả bất lợi về mặt pháp lý, đặc biệt là liên quan đến sự thiếu chặt chẽ hay sự phức tạp của các quy phạm pháp luật, cũng như chống lại các thay đổi thường xuyên và tùy tiện của pháp luật. Từ tính chất đó, “an toàn pháp lý” đã trở thành một thành tố quan trọng của nhà nước pháp quyền và là một yêu cầu quan trọng trong việc bảo đảm quyền con người.

1. Nguồn gốc và nội dung của nguyên tắc an toàn pháp lý

* TS., Viện Nhà nước và Pháp luật, Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam.

** TS., Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội. Nghiên cứu này được tài trợ bởi Quỹ Phát triển khoa học và công nghệ Quốc gia (NAFOSTED) trong đề tài mã số 505.01-2018.300.

Từ thời La Mã cổ đại, những mầm mống đầu tiên của nguyên tắc an toàn pháp lý đã được hình thành. Các luật gia La Mã quan niệm rằng, “càng nhiều luật thì Nhà nước càng tệ” (*plurimae leges, pessima respublica*¹). Vào thời đó, người ta phân tích an toàn pháp lý dưới dạng hai nguyên tắc nhỏ: Một nguyên tắc mang tính định hướng và một nguyên tắc mang tính thực tiễn. Nguyên tắc mang tính định hướng là nguyên tắc về “tính chắc chắn” (*certitudo*²),

¹ Dẫn theo: Jean Baptiste Emiphe Munganga Cishugi, *L’Idée d’un gouvernement mondial: pour la paix et la fraternité universelles*, Nxb. Publibook, 2016, tr.24.

² Xem: Dominique Soulas de Russel, Philippe Raimbault, *Nature et racines du principe de sécurité juridique: une mise au point*, *Revue internationale de droit comparé*, 1/2003, tr. 97; Theodor Julius Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 2^e ed. Munich, 1964.

đòi hỏi chủ thể pháp luật phải biết được hệ quả pháp lý chờ đợi mình. Để đạt được điều này, pháp luật không được lập lờ, không để quá nhiều lỗ hổng cho người áp dụng, không được lật lại các quyền đã được thủ đắc và thiết lập, vốn là nền tảng của sự an toàn. Nguyên tắc thứ hai là nguyên tắc về “an toàn” (*securitas*³) đòi hỏi sự tuân thủ một cách cụ thể các quy phạm, các phán quyết pháp lý và hợp đồng.

Những di sản của luật pháp La Mã được hồi sinh vào thời kỳ Khai sáng, đặc biệt là trong tư tưởng chính trị-pháp lý của nước Đức. Vào giữa thế kỷ XIX, Robert von Mohl thông qua các công trình nghiên cứu nổi tiếng: “Công pháp của vương quốc Wurtemberg” (*Staatsrecht des Königreichs Württemberg*) và “Khoa học hình sự theo các nguyên tắc của nhà nước pháp quyền” (*Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats*) đã xây dựng nên những đường nét cơ bản của học thuyết nhà nước pháp quyền. Theo đó, nhà nước pháp quyền đòi hỏi việc kiểm soát quyền lực và đặt ra yêu cầu về tính trong sáng của các luật lệ cũng như bảo vệ các quyền cá nhân bằng thủ tục tư pháp⁴. Sau đó, vào những năm 1860-1890, lý thuyết về nhà nước pháp quyền ở Đức tiếp tục được tiếp sức và bổ sung bởi các luận thuyết của Lorenz von Stein, Rudolf von Gneist, Otto Mayer...⁵.

Những tư tưởng tiến bộ này bị lu mờ trong bối cảnh nước Đức cuối thế kỷ XIX

đầu thế kỷ XX với nhiều biến động. Trong thời kỳ Đức Quốc xã, khái niệm nhà nước pháp quyền hoàn toàn bị quên lãng. Phải sau Chiến tranh thế giới thứ hai và với sự công bố Hiến pháp mới của nước Đức thời hậu chiến (Luật Cơ bản năm 1949), nhà nước pháp quyền và nguyên tắc an toàn pháp lý mới tìm lại được chỗ đứng của mình trong hệ thống lý thuyết pháp luật cũng như được đưa vào luật thực định.

Nguyên tắc an toàn pháp lý hình thành và phát triển ở Đức như một hệ thống học thuyết pháp lý gắn liền với lý thuyết nhà nước pháp quyền và trở thành một nguyên tắc của luật thực định tại Đức, trước khi được tiếp nhận tại nhiều quốc gia khác. Điều 28 của Luật Cơ bản năm 1949⁶ thừa nhận nguyên tắc nhà nước pháp quyền và gắn liền với nó là an toàn pháp lý. Tòa án Hiến pháp Liên bang đã dựa trên các cơ sở này⁷ để diễn giải rằng, nhà nước pháp quyền không chỉ gắn liền với “tính có thể dự liệu trước” về các hoạt động của các cơ quan nhà nước, mà còn phải gắn với “an toàn pháp lý và sự đúng đắn, hợp lý về mặt nội dung của các quy phạm và công chính”⁸. Theo án lệ của Tòa án Hiến pháp Liên bang, “an toàn pháp lý là một yếu tố cấu thành của nhà nước pháp quyền, và là một trong

³ Xem: Theodor Julius Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 2^e ed. Munich, 1964.

⁴ Dominique Soulas de Russel, Philippe Raimbault, *Nature et racines du principe de sécurité juridique: une mise au point*, tldđ, như trên.

⁵ Dominique Soulas de Russel, Philippe Raimbault, *Nature et racines du principe de sécurité juridique: une mise au point*, tldđ, tr.98.

⁶ “Trật tự hiến pháp tại các bang phải phù hợp với các nguyên tắc của nhà nước cộng hòa dân chủ và xã hội, theo nguyên tắc pháp quyền, trong phạm vi nội dung của Luật cơ bản này”. Xem: Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội, *Tuyển tập hiến pháp của một số quốc gia*, Nxb. Hồng Đức, 2012, tr. 263.

⁷ Christian Bumke, Andreas Vosskuhle, *German Constitutional Law: Introduction, Cases, and Principles*, Oxford University Press, 2019, tr.347.

Phán quyết BVerfGE 2, 380 (381). Xem toàn văn toàn văn: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv002380.html>, truy cập ngày 23/4/2020.

⁸ Phán quyết BVerfGE 7, 89 [92]. Xem: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv007089.html>, truy cập 23/4/2020.

những nguyên tắc chủ đạo của Luật Cơ bản”⁹. Nói cách khác, an toàn pháp lý là một trong những nền tảng hiến định không thành văn của pháp luật Cộng hòa Liên bang Đức.

Ngay từ ngày 01/07/1953¹⁰, Tòa án Hiến pháp Liên bang Đức đã xếp an toàn pháp lý vào hàng “các nguyên tắc hiến định với tư cách là thành tố cấu thành mang tính nền tảng của nhà nước pháp quyền”. Sau đó, nguyên tắc “an toàn pháp lý” (cùng với nguyên tắc “bảo vệ niềm tin”) được Tòa án Công lý châu Âu áp dụng (phán quyết ngày 13/07/1965¹¹). Tiếp theo, nguyên tắc này được xem là “nguyên tắc cấu thành trật tự pháp lý của Cộng đồng châu Âu” (phán quyết ngày 03/5/1978¹²), rồi được nâng lên thành “nguyên tắc căn bản của Cộng đồng châu Âu” (phán quyết ngày 5/5/1981¹³). Từ

đó, nguyên tắc này được nêu lên trong nhiều hoàn cảnh khác nhau, với sự diễn giải đa dạng của các thẩm phán. Từ năm 1979, Tòa án nhân quyền châu Âu cũng thừa nhận nguyên tắc an toàn pháp lý là nguyên tắc căn bản của pháp luật châu Âu¹⁴. Những án lệ của các tòa án này ảnh hưởng tới pháp luật của các quốc gia thành viên với tư cách là một loại nguồn của pháp luật quốc gia.

Tại Anh, theo quan điểm của học giả Friedrich Hayek, “an toàn pháp lý” (legal security) được xem là một tình huống mà ở đó mọi hoạt động của Nhà nước đều bị ràng buộc bởi các quy định pháp luật đã được công bố công khai trước đó. Điều đó tạo ra khả năng dự đoán trước về việc cơ quan nhà nước sẽ hành xử như thế nào trong các tình huống nhất định. Từ đó, các cá nhân sẽ dự kiến được cách ứng xử của mình dựa trên các hiểu biết về pháp luật¹⁵.

Tại Tây Ban Nha, an toàn pháp lý bao gồm nhiều thành tố khác nhau mà nguyên tắc chính là tập trung vào việc ban hành các quy phạm một cách rõ ràng, sáng sủa, mang tính dự báo trước, có tính ổn định, đáp ứng được nhu cầu của xã hội và tôn trọng thứ bậc của hệ thống pháp lý¹⁶. An toàn pháp lý được ghi nhận tại khoản 3 Điều 9 Hiến pháp Tây Ban Nha năm 1978¹⁷.

⁹ Phán quyết BVerfGE 7, 194 (196) và BVerfGE 16, 190 (196), Bình luận bởi D. Neil MacCormick, Robert S. Summers, *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Routledge, 1991, tr.98. Carsten Bäcker, *Gerechtigkeit im Rechtsstaat: Das Rechtsstaatsprinzip des Bundesverfassungsgerichts zwischen Grundgesetz und Gerechtigkeit (Jus Publicum)*, Nxb. Mohr Siebeck, 2015, tr.241. (“Die Rechtssicherheit ist ebenso wie die Gerechtigkeit wesentlicher Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips, einer der Leitideen des Grundgesetzes”).

¹⁰ Phán quyết BVerfGE 2, 380. Xem toàn văn: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv002380.html>, truy cập ngày 23/4/2020.

¹¹ Vụ Lemmerz-Werke GmbH v. High Authority of the ECSC. Xem: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61963CJ0111&from=FR>, truy cập ngày 19/1/2020.

¹² Vụ August Töpfer & Co. GmbH v. Commission of the European Communities, Xem: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61977CJ0112&from=FR>, truy cập ngày 19/1/2020.

¹³ Vụ Firma Anton Dürbeck v. Hauptzollamt Frankfurt am Main-Flughafen. Xem: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61980CJ0112&from=FR>, truy cập ngày 19/1/2020.

¹⁴ Xem phán quyết của Tòa án Nhân quyền châu Âu, ngày 13/06/1979, Marckx c/ Belgique.

¹⁵ F.A. Von Hayek, “*The Road to serfdom*”, London, 1944, tr.54.

¹⁶ S. Berteau, “Seguridad jurídica” trong cuốn “Acerca del valor moral de la seguridad jurídica”, Doxa, 2003, No26, tr.483-484.

¹⁷ Hiến pháp Tây Ban Nha ngày 27/12/1978. Xem: <http://mjp.univ-perp.fr/constit/es1978.htm> (tiếng Pháp). (khoản 3 Điều 9 Hiến pháp Tây Ban Nha: “Bảo đảm nguyên tắc pháp chế, trật tự quy phạm, tính công khai của pháp luật, bảo đảm tính không hồi tố của các quy định đưa ra mức hình phạt nghiêm khắc hơn hoặc thu hẹp các quyền cá nhân, an toàn

Tại Pháp, nguyên tắc an toàn pháp lý không được quy định trực tiếp trong Hiến pháp và trong một thời gian dài các cơ quan tổ tụng dẫn đo trong việc áp dụng nguyên tắc này. Qua phán quyết ngày 24/03/2006, Tham chính viện (Conseil d'Etat) đã chính thức công nhận nguyên tắc này¹⁸.

Như vậy, có thể thấy, an toàn pháp lý đã trở thành một nguyên tắc quan trọng trong hệ thống pháp luật của nhiều nước trên thế giới. An toàn pháp lý không chỉ là đòi hỏi về tính rõ ràng, chặt chẽ, tính có thể dự đoán của quy phạm pháp luật - là những đòi hỏi trong khâu xây dựng luật, mà nó còn là sự an toàn, đảm bảo trong công tác thực thi và áp dụng pháp luật của bộ máy hành pháp và tư pháp.

2. An toàn pháp lý trong nhà nước pháp quyền

Nhà nước pháp quyền bảo vệ con người chống lại sự chuyên chế, tùy tiện. Pháp luật trong nhà nước pháp quyền phải luôn là hiện thân của lẽ phải, sự công bằng, những giá trị tốt đẹp chung của cộng đồng. Nhà nước pháp quyền thường được quan niệm như một chuẩn mực trong tổ chức quyền lực nhà nước. Trung tâm của nhà nước pháp quyền chính là mối quan hệ giữa Nhà nước và pháp luật: Nhà nước hoạt động trong khuôn khổ pháp luật, phục tùng pháp luật (về mặt hình thức); và pháp luật trong nhà nước pháp quyền không phải là thứ pháp luật bất kỳ, mà phải là thứ pháp luật chứa đựng một số thuộc tính nội tại cần được tuân thủ (về mặt nội dung)¹⁹.

pháp lý, tính chịu trách nhiệm và đảm bảo chống lại sự tùy tiện của công quyền”).

¹⁸ CE, ass., 24 mars 2006m, Société KPMG, N° 288460.

¹⁹ Jacques Chevallier, *L'Etat de droit*, 5^e éd. Nxb. Montchrestien, 2010, tr. 18.

Có thể thấy rằng, trong nhà nước pháp quyền, pháp luật đóng vai trò vô cùng quan trọng. Điều này dẫn tới một xu hướng phổ biến ở nhiều quốc gia là sự bùng nổ của các quy phạm và quy tắc pháp lý. Hiện tượng này từ lâu đã được một số học giả đặt tên là “lạm phát pháp luật”²⁰ với nhiều hệ lụy cho cơ chế điều chỉnh xã hội²¹. Ở Việt Nam, chúng ta vẫn thường gọi đây là hiện tượng “có cả một rừng luật”²². Thực tế này gây ra khó khăn, phức tạp cho các chủ thể pháp luật trong việc tiếp cận, nắm bắt và hiểu rõ pháp luật, để từ đó các hành xử phù hợp.

Nhằm giảm thiểu những rủi ro của hiện tượng “lạm phát pháp luật”, các học giả đã đề ra nguyên tắc “an toàn pháp lý”²³. Theo đó, trong nhà nước pháp quyền, quy phạm

²⁰ Ví dụ xem: Charles Debbsch et a., *L'inflation législative et réglementaire en Europe*, CNRS, 1997; Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Nxb. Flammarion, 1996.

²¹ Ví dụ: René Savatier, *L'inflation législation et l'indigestion du corps social*, Recueil Dalloz, 1977, tr. 43; Georges Ripert, *Le déclin du droit*, Nxb. LGDJ, Paris, 1949, tr. 67-72.

²² Thuật ngữ “rừng luật” thực ra không chỉ được dùng ở nước ta mà nhiều nước cũng dùng khái niệm tương đương. Ví dụ: “Trop de loi tue la loi... la jungle législative” [“Quá nhiều luật lệ giết chết luật pháp... hiện tượng rừng luật” (Báo Le monde, ngày 23/01/2007)].

²³ Tiếng Anh: *Legal certainty*, tiếng Đức: *Rechtssicherheit*, tiếng Pháp: *Sécurité juridique*. Lâu nay, có một số tài liệu đã dùng thuật ngữ “an ninh pháp lý”. Theo chúng tôi, thuật ngữ “an ninh” hay “an toàn” pháp lý đều có thể dùng để diễn đạt khái niệm này. Suy cho cùng là xuất phát từ cách dịch thuật ngữ này từ tiếng nước ngoài vì khái niệm này mới được du nhập vào Việt Nam trong giai đoạn gần đây. Ở đây, chúng tôi sử dụng thuật ngữ an toàn pháp lý với nghĩa là trạng thái “yên ổn hẳn, tránh được tai nạn, tránh được thiệt hại” của các chủ thể pháp luật trước những rủi ro pháp lý đến từ sự phức tạp của hệ thống pháp luật, theo cách giải thích về thuật ngữ “an toàn” trong Từ điển tiếng Việt. Xem: Hoàng Phê (chủ biên), *Từ điển tiếng Việt*, Nxb. Từ điển bách khoa, 2010, tr. 21.

pháp luật phải chứa đựng các đặc tính thực chất, cho phép Nhà nước thực hiện chức năng của mình; nhưng pháp luật cũng phải thiết lập cho các đối tượng mà nó điều chỉnh một khuôn khổ rõ ràng, chi tiết, ổn định, tạo ra cho các đối tượng này các yếu tố đủ chắc chắn, cũng như đưa ra khả năng để các đối tượng này dự liệu được hệ quả pháp lý áp đặt lên hành vi của họ. Đồng thời, cần đảm bảo cho những chủ thể này khả năng chống lại sự tùy tiện của công quyền trong áp dụng pháp luật. Như vậy, có thể thấy, an toàn pháp lý là đòi hỏi cơ bản của một xã hội văn minh và pháp quyền²⁴.

An toàn pháp lý bao trùm lên tất cả các lĩnh vực của xã hội, là một hệ thống để giảm thiểu các căng thẳng của xã hội. Các hành vi trong xã hội phải phù hợp với pháp luật và từ đó tạo ra an toàn cho xã hội. An toàn pháp lý chính là sự bảo đảm cho pháp luật có giá trị trên thực tế. Pháp luật mà không tạo ra sự an toàn thì pháp luật đó vô giá trị. Người ta sử dụng pháp luật là để ngăn chặn nguy hiểm có thể xảy ra trong tương lai hoặc để đòi lại lẽ công bằng đối với những sự việc đã diễn ra và gây ảnh hưởng đến lợi ích của các chủ thể trong xã hội. Nếu pháp luật không đủ sức để ngăn chặn các vi phạm hoặc không đủ sức để lấy lại công bằng, lập lại công lý cho những đối tượng bị thiệt hại thì pháp luật đó chắc chắn không đảm bảo tính an toàn.

Từ chỗ chỉ là những quan điểm chính trị - pháp lý của các học giả, hiện nay pháp luật của nhiều quốc gia áp dụng nguyên tắc “an toàn pháp lý” vào pháp luật thực định, thậm chí một số quốc gia đã “hiến định hóa” nguyên tắc “an toàn pháp lý” nhằm

đảm bảo chất lượng của hệ thống pháp luật, và xem đây như là một thành tố nền tảng và bắt buộc của nhà nước pháp quyền. An toàn pháp lý từ đó được xem như là một thể thức đảm bảo trật tự và ổn định của đời sống pháp luật trong nhà nước pháp quyền²⁵.

3. An toàn pháp lý với tư cách là một điều kiện đảm bảo quyền con người

Trong lịch sử loài người, pháp luật ban đầu ra đời với ý nghĩa đảm bảo trật tự xã hội, ngăn chặn hành vi bạo lực, sự báo thù mang tính cá nhân hoặc chấm dứt tình trạng “ăn miếng trả miếng” theo quan niệm từ xa xưa. Tức là, pháp luật mang lại sự an toàn cho con người và việc xây dựng luật nhằm mục tiêu thiết lập sự an toàn. Tuy nhiên, thực tế cho thấy, sự tồn tại của các quy phạm pháp luật không đủ để đảm bảo cho sự an toàn của mọi người dân. Thậm chí, trên thực tế, nhiều quy phạm còn đem lại sự nguy hiểm cho con người. Ví dụ, các quy định hạn chế quyền con người. Nếu các quy định này được xây dựng hay được áp dụng một cách tùy tiện, thiếu nhất quán, chắc chắn nó sẽ là mối đe dọa đến an toàn của mỗi cá nhân.

An toàn pháp lý cũng là một nguyên tắc gắn chặt với các quyền con người theo quan điểm của Tòa án nhân quyền châu Âu. Nguyên tắc này đã được viện dẫn nhiều lần trong các bản án của Tòa án nhân quyền châu Âu, đặc biệt trong quá trình giải thích các quy định của Công ước châu Âu về quyền con người trong suốt hơn một nửa thế kỷ qua.

²⁴ Xem: Nguyễn Văn Quân, *Yêu cầu về an toàn pháp lý trong nhà nước pháp quyền*, Tạp chí Luật học, số 9/2016, tr.41.

²⁵ W. Sauer, “*Sécurité juridique*” trong cuốn “Introduction à l’étude du droit comparé”, Recueil d’Études en l’honneur d’Edouard Lambert, LGDJ, Tome 3, Paris, 1938, tr.34.

Mối quan hệ giữa an toàn pháp lý với quyền con người được thể hiện ở các khía cạnh:

Thứ nhất, an toàn pháp lý đảm bảo rằng luật phải đủ rõ ràng để cung cấp cho các chủ thể những dự đoán nhằm điều chỉnh hành vi của họ, đồng thời bảo vệ họ chống lại những sự tùy tiện của quyền lực công. Khi có an toàn pháp lý thì người dân sẽ tiên liệu được bộ máy nhà nước sẽ phản ứng ra sao với hành vi của họ, tính toán các hệ quả pháp lý và định hướng hành vi. Với ý nghĩa đó, an toàn pháp lý đóng một vai trò quan trọng trong việc xác định khoảng không cho tự do cá nhân và giới hạn quyền lực nhà nước. Theo cách đó, an toàn pháp lý đã trở thành một nguyên tắc trong xây dựng pháp luật và cung cấp một khuôn khổ cho các tương tác xã hội cũng như định ra một bộ khung cho tự do cá nhân và quyền lực chính trị trong xã hội hiện đại²⁶. Trên thực tế, Tòa án nhân quyền châu Âu luôn nhấn mạnh đến nguyên tắc này, đặc biệt trong các trường hợp hạn chế quyền con người trong các bối cảnh đặc biệt²⁷. Tức là, với các trường hợp hạn chế quyền, người dân phải được biết rõ trong hoàn cảnh nào thì quyền của mình bị hạn chế, với những điều kiện nào. Nếu không đảm bảo được các yếu tố này mà vẫn hạn chế quyền con người thì pháp luật đó không đảm bảo được tính an toàn.

Thứ hai, một khía cạnh thể hiện của an toàn pháp lý chính là cách tiếp cận dựa trên quyền con người trong xây dựng pháp luật - một xu thế phổ biến ở nhiều nước trên thế giới trong hai thập kỷ gần đây. Tiếp cận dựa

trên quyền con người trong xây dựng pháp luật là phương pháp sử dụng các chuẩn mực và các nguyên tắc về quyền con người để làm căn cứ cho các mục tiêu và các nguyên tắc trong xây dựng luật. Theo đó, cách tiếp cận này sẽ hướng đến việc đảm bảo quyền cho mỗi cá nhân có liên quan và song song với đó là những đòi hỏi thực thi nghĩa vụ từ phía Nhà nước. Cách tiếp cận dựa trên quyền con người đã nhấn mạnh đến quyền và nghĩa vụ giữa các chủ thể và đặc biệt tạo cơ hội cho sự tham gia của người dân vào quá trình xây dựng pháp luật. Nói cách khác, cách tiếp cận dựa trên quyền con người thể hiện rõ được sự tôn trọng người dân, tôn trọng quyền của người dân và hỗ trợ người dân tích cực tham gia vào quá trình xây dựng pháp luật. Như vậy, cách tiếp cận dựa trên quyền không chỉ đảm bảo quyền của các đối tượng liên quan đến phạm vi tác động của văn bản mà nó còn là yếu tố để đảm bảo tính an toàn pháp lý. Một văn bản pháp luật được xây dựng theo cách tiếp cận dựa trên quyền con người sẽ luôn có giá trị lâu dài trên thực tế, đảm bảo sự phát triển bền vững, đồng thời bảo đảm tối đa được các quyền con người theo Hiến pháp và chuẩn mực quốc tế.

Thứ ba, một yếu tố nữa của an toàn pháp lý chính là việc xây dựng một hệ thống bảo vệ quyền con người. Đó chính là vai trò của hệ thống tòa án tư pháp và hành chính. Các cơ quan này có vai trò đảm bảo an toàn cá nhân thông qua việc đóng vai trò trung gian, đứng giữa giải quyết các mâu thuẫn giữa các chủ thể khác nhau. Đây chính là việc áp dụng pháp luật nhằm đảm bảo được tính an toàn pháp lý. Việc áp dụng pháp luật hay giải thích pháp luật của tòa án cũng phải đảm bảo được tính hợp pháp, hợp lý, chấp nhận được, phù hợp với bản chất và hoàn cảnh của sự việc. Để đảm bảo được

²⁶ Mark Fenwick, Stefan Wrba, *Legal Certainty in a Contemporary Context: Private and Criminal Law Perspectives*, Springer, 2016, tr.1-2.

²⁷ John McGarry, *Effecting Legal Certainty under the Human Rights Act*, *Judicial Review*, Volume 16, 2011 - Issue 1, tr.66.

yếu tố này, việc xây dựng quy phạm phải đảm bảo được tính minh bạch, tính chính đáng, tính ổn định, tính mềm dẻo, tính đoán trước và có thể chấp nhận được. Ở đây, khâu xây dựng pháp luật và áp dụng pháp luật đã được gắn chặt với nhau qua nguyên tắc an toàn pháp lý. Xây dựng pháp luật đảm bảo được tính an toàn pháp lý chính là một yếu tố để đảm bảo tính an toàn pháp lý trong áp dụng pháp luật và từ đó bảo vệ tốt hơn quyền con người.

4. Những đòi hỏi đối với việc xây dựng nguyên tắc an toàn pháp lý ở Việt Nam

Những đòi hỏi về tính an toàn pháp lý không phải là một kết quả tình cờ của lịch sử mà là sự đòi hỏi của bối cảnh xã hội, tự do chính trị và đặc biệt là đòi hỏi của một trật tự pháp lý tiến bộ. Như vậy, tính an toàn pháp lý mang đến lợi ích cho cả nhân dân và Nhà nước. Nó cân bằng lợi ích giữa hai bên, nếu không cân bằng, chắc chắn xã hội sẽ không ổn định, không an toàn. Vì vậy, nguyên tắc này kéo theo các đòi hỏi về việc cải cách pháp luật, sửa đổi các văn bản pháp luật chưa đảm bảo tính an toàn, tức là những văn bản không cân bằng, nghiêng hẳn về lợi ích của một bên. Nhận thức về tính cân bằng nội tại của các lợi ích trong pháp luật phải được coi là một nguyên tắc trong cải cách pháp luật. Điều này sẽ đòi hỏi thay đổi tư duy trong quá trình xây dựng pháp luật ở Việt Nam. Nếu như trước đây, các văn bản pháp luật được các cơ quan soạn thảo xây dựng với tư duy dễ dàng cho công tác quản lý nhà nước thì hiện nay, để đảm bảo tính an toàn pháp lý, các văn bản pháp luật sẽ phải tính đến sự cân bằng lợi ích giữa các bên cả nhà quản lý lẫn đối tượng bị quản lý.

Mặc dù về nguyên tắc, an toàn pháp lý để đảm bảo tính cân bằng cho cả lợi ích của

Nhà nước và cá nhân, nhưng có thể thấy rõ rằng, trong mối quan hệ cá nhân - Nhà nước thì cá nhân luôn ở thế yếu và thiếu các công cụ quyền lực để bảo vệ mình. Chính vì vậy, an toàn pháp lý có khuynh hướng bảo vệ các quyền cá nhân. Điều này cũng tạo ra một số thay đổi trong quá trình xây dựng pháp luật. Cách tiếp cận dựa trên quyền con người trong xây dựng pháp luật đã nói ở trên cần phải được xem là một cách tiếp cận bắt buộc trong quá trình xây dựng luật ở Việt Nam hiện nay. Cách tiếp cận này không chỉ đảm bảo được tính dân chủ, pháp quyền mà nó còn là cách tiếp cận đảm bảo cho văn bản pháp luật có giá trị lâu dài trên thực tiễn, tiết kiệm các chi phí cơ hội cho tất cả các bên.

Hơn nữa, cần nhận thấy rằng, an toàn pháp lý được biểu hiện qua hai mặt hình thức và nội dung của pháp luật. Về mặt hình thức, luật phải thoả mãn các yếu tố bắt buộc như tính dễ tiếp cận, rõ ràng, ổn định, dễ hiểu, tính có thể dự đoán trước... Đây chính là các yếu tố về kỹ thuật lập pháp. Về mặt nội dung, pháp luật phải đảm bảo tính có lý, tính chính đáng, được chấp nhận bởi nhân dân. Như vậy, những đòi hỏi về an toàn pháp lý trước tiên là một môi trường xây dựng văn bản quy phạm có khả năng vận hành, áp dụng tốt đối với việc sử dụng và thực thi pháp luật. Đó chính là tính dễ tiếp cận của văn bản quy phạm. Để làm được điều này, cần tăng cường sự tham gia của người dân vào quá trình xây dựng văn bản pháp luật. Việc công khai các dự thảo luật và tiếp nhận các ý kiến đóng góp của các cơ quan, tổ chức, cá nhân đối với các văn bản pháp luật theo quy định của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật là một cách làm đúng đắn nhưng nó chưa đủ để đảm bảo
(Xem tiếp trang 19)

MỘT SỐ VẤN ĐỀ VỀ HOÀN THIỆN CHẾ ĐỊNH TRÁCH NHIỆM KỶ LUẬT HÀNH CHÍNH Ở VIỆT NAM

Vũ Thu*

Tóm tắt: Trách nhiệm kỷ luật hành chính đối với cán bộ, công chức, cán bộ, công chức cấp xã, viên chức (gọi chung là người làm việc trong khu vực nhà nước) làm việc trong các cơ quan, tổ chức, đơn vị (gọi chung là cơ quan) là biện pháp cưỡng chế nhà nước được áp dụng trong nội bộ các cơ quan, tổ chức, đơn vị này. Hiện nay, Chính phủ đang xây dựng một nghị định mới về trách nhiệm kỷ luật thay thế hầu hết văn bản hiện hành về trách nhiệm kỷ luật hành chính. Bài viết góp phần làm rõ một số khía cạnh lý luận, thực tiễn, đồng thời đề xuất một số ý kiến hoàn thiện chế định trách nhiệm kỷ luật này.

Abstract: Administrative disciplinary forms against cadres, civil servants, commune-level cadres, civil servants, and public employees (in general terms public-sector employees) employed by an agency, organization or unit (herein agency) are the State's enforcement measures applicable within internal affairs of such an agency. Currently, the Government has been formulating a decree on administrative disciplinary forms in place of the existing related documents. This article shines a light on theoretical and practical issues, thereby it makes proposals to perfect the relevant regulations.

1. Khái quát về chế định trách nhiệm kỷ luật hành chính

Trách nhiệm kỷ luật hành chính đối với người làm việc trong khu vực nhà nước về thực chất là áp dụng và thực hiện chế tài kỷ luật đối với người vi phạm kỷ luật. Một cách diễn đạt khác, trách nhiệm kỷ luật hành chính là phản ứng của các cơ quan đối với vi phạm kỷ luật, thể hiện ở việc người có thẩm quyền theo quy định của pháp luật áp dụng các biện pháp cưỡng chế kỷ luật đối với người vi phạm nhằm duy trì trật tự nội bộ và bảo đảm việc thực hiện công vụ, nhiệm vụ. Kỷ luật trong mỗi cơ quan thông thường được duy trì bằng các biện pháp giáo dục - tư tưởng, tổ chức..., nhưng khi cần thiết, phải áp dụng biện pháp trách nhiệm kỷ luật - biện pháp có tính cưỡng chế nhà nước - đối với người vi phạm kỷ luật.

Điều đó cũng có nghĩa là, trách nhiệm kỷ luật là biện pháp không mong muốn, sau cùng mới phải áp dụng.

Trong hệ thống chính trị nước ta, điều lệ của các tổ chức Đảng, các tổ chức chính trị - xã hội đều thấy có biện pháp trách nhiệm kỷ luật¹, nhưng đó là trách nhiệm kỷ luật không có tính chất pháp lý. Trách nhiệm kỷ luật hành chính nước ta là trách nhiệm pháp lý, áp dụng đối với các lớp đối tượng thuộc khu vực nhà nước. Đó là:

- *Cán bộ*: Cán bộ là công dân Việt Nam, được bầu cử, phê chuẩn, bổ nhiệm giữ chức vụ, chức danh theo nhiệm kỳ trong cơ quan của Đảng Cộng sản Việt Nam, Nhà nước, tổ chức chính trị - xã hội ở trung ương, ở cấp

* PGS.TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

¹ Xem: Các điều 35-39 Điều lệ Đảng Cộng sản Việt Nam (sửa đổi, bổ sung năm 2011); các điều 32- 35 Điều lệ Đoàn thanh niên cộng sản Hồ Chí Minh năm 2017, Điều 44 Điều lệ Công đoàn Việt Nam năm 2013,...

tỉnh, cấp huyện, trong biên chế và hưởng lương từ ngân sách nhà nước.

Cán bộ cấp xã: Cán bộ cấp xã là công dân Việt Nam, được bầu cử giữ chức vụ theo nhiệm kỳ trong Thường trực Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân, Bí thư, Phó Bí thư Đảng ủy, người đứng đầu tổ chức chính trị - xã hội².

- *Công chức*: Công chức là công dân Việt Nam, được tuyển dụng, bổ nhiệm vào ngạch, chức vụ, chức danh tương ứng với vị trí việc làm trong cơ quan của Đảng Cộng sản Việt Nam, Nhà nước, tổ chức chính trị - xã hội ở trung ương, cấp tỉnh, cấp huyện; trong cơ quan, đơn vị thuộc Quân đội nhân dân mà không phải là sĩ quan, quân nhân chuyên nghiệp, công nhân quốc phòng; trong cơ quan, đơn vị thuộc Công an nhân dân mà không phải là sĩ quan, hạ sĩ quan phục vụ theo chế độ chuyên nghiệp, công nhân công an, trong biên chế và hưởng lương từ ngân sách nhà nước³.

Công chức cấp xã: Công chức cấp xã là công dân Việt Nam được tuyển dụng giữ một chức danh chuyên môn, nghiệp vụ thuộc Ủy ban nhân dân cấp xã, trong biên chế và hưởng lương từ ngân sách nhà nước⁴.

- *Viên chức*: Viên chức là công dân Việt Nam được tuyển dụng theo vị trí việc làm, làm việc tại đơn vị sự nghiệp công lập theo chế độ hợp đồng làm việc, hưởng lương từ quỹ lương của đơn vị sự nghiệp công lập theo quy định của pháp luật⁵.

Cho đến nay, trách nhiệm kỷ luật được

pháp luật quy định áp dụng cho những đối tượng khác nhau. Trên cơ sở hoặc phù hợp với các quy định của Luật Cán bộ, công chức năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2019) và Luật Viên chức năm 2010 (sửa đổi, bổ sung năm 2019) về trách nhiệm kỷ luật, trách nhiệm kỷ luật cho từng đối tượng trên đã được quy định trong các văn bản quy phạm pháp luật chủ yếu sau: Luật Tổ chức Quốc hội; Luật Tổ chức chính quyền địa phương; Nghị định số 34/2011/NĐ-CP Quy định về xử lý kỷ luật đối với công chức, ngày 17/5/2011; Nghị định số 112/2011/CP Về công chức xã, phường, thị trấn, ngày 05/12/2011; Nghị định số 27/2012/NĐ-CP Quy định về xử lý viên chức và trách nhiệm bồi thường, hoàn trả của viên chức, ngày 6/4/2012...

Phân tích các quy định pháp luật về trách nhiệm kỷ luật hành chính đối với các lớp đối tượng trên, có thể thấy, dù được quy định trong văn bản quy phạm pháp luật nào và như thế nào thì vẫn có bốn yếu tố cấu thành sau:

Một là, vi phạm kỷ luật. Vi phạm kỷ luật là cơ sở của việc áp dụng trách nhiệm kỷ luật hay chế tài kỷ luật. Vi phạm kỷ luật cũng như vi phạm pháp luật nói chung được cấu thành từ bốn yếu tố: Chủ thể vi phạm, cụ thể ở đây là cá nhân cán bộ, công chức, viên chức có năng lực trách nhiệm pháp lý; khách thể bị vi phạm, tức là quan hệ xã hội được trách nhiệm kỷ luật hướng đến bảo vệ; mặt chủ quan của chủ thể vi phạm chỉ các yếu tố thuộc tâm lý liên quan đến lỗi người vi phạm cố ý hay vô ý thể hiện qua các khái niệm như động cơ, mục đích; mặt khách quan là những thể hiện ra bên ngoài của vi phạm kỷ luật gắn với hành vi, phương tiện, hoàn cảnh... Các yếu tố kể trên được sử dụng để xác định một hành vi là vi phạm kỷ luật, các tình tiết tăng nặng, giảm nhẹ; tất cả

² Khoản 1 và khoản 3 Điều 4 Luật Cán bộ, công chức năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2019).

³ Khoản 2 Điều 4 Luật Cán bộ, công chức năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2019).

⁴ Khoản 3 Luật Cán bộ, công chức năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2019).

⁵ Điều 2 Luật Viên chức năm 2010 (sửa đổi, bổ sung năm 2019).

đều phản ánh tính chất và mức độ nguy hiểm cho xã hội của vi phạm.

Một điểm chú ý trong các quy định về vi phạm kỷ luật đối với cán bộ, công chức, viên chức là các vi phạm kỷ luật thường không được sắp xếp riêng thành hệ thống, không chia nhỏ thành các vi phạm theo quan hệ xã hội cụ thể bị vi phạm trong các lĩnh vực khác nhau như trong các quy định pháp luật về trách nhiệm hình sự, trách nhiệm hành chính, trách nhiệm dân sự. Ví dụ, trong Nghị định số 34/2011/NĐ-CP ngày 17/5/2011 của Chính phủ *Quy định về xử lý kỷ luật đối với công chức* cũng chỉ quy định về hành vi vi phạm kỷ luật như sau:

“Điều 3. Các hành vi bị xử lý kỷ luật

1. Vi phạm việc thực hiện nghĩa vụ, đạo đức và văn hóa giao tiếp của công chức trong thi hành công vụ; những việc công chức không được làm quy định tại Luật Cán bộ, công chức.

2. Vi phạm pháp luật bị Tòa án kết án bằng bản án có hiệu lực pháp luật.

3. Vi phạm quy định của pháp luật về phòng, chống tham nhũng; thực hành tiết kiệm, chống lãng phí; bình đẳng giới; phòng, chống tệ nạn mại dâm và các quy định khác của pháp luật liên quan đến công chức nhưng chưa đến mức bị truy cứu trách nhiệm hình sự”.

Từ Điều 9 đến Điều 14 của Nghị định, mỗi hình thức chế tài được xác định áp dụng với các vi phạm nhất định. Chỉ trong một số trường hợp mới được quy định cụ thể hơn, ví dụ, khoản 3 Điều 51 của Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018: “Người có nghĩa vụ kê khai không thuộc trường hợp quy định tại khoản 1 và khoản 2 Điều này mà kê khai tài sản, thu nhập không trung thực, giải trình nguồn gốc của tài sản, thu nhập tăng thêm không trung thực thì tùy theo tính chất, mức độ vi phạm,

bị xử lý kỷ luật bằng một trong các hình thức cảnh cáo, hạ bậc lương, giáng chức, cách chức, buộc thôi việc hoặc bãi nhiệm; ...trường hợp xin thôi làm nhiệm vụ, từ chức, miễn nhiệm thì có thể xem xét không kỷ luật”. Quy định cụ thể hơn nữa là trong các điều 25 - 29 của Nghị định số 19/2020/NĐ-CP Về *Kiểm tra xử lý kỷ luật trong thi hành pháp luật về xử lý vi phạm hành chính* ngày 12/02/2020 của Chính phủ, trong đó quy định các chế tài kỷ luật được áp dụng cho các vi phạm pháp luật nào.

Vi phạm kỷ luật xét về tính chất và mức độ nguy hiểm cho xã hội thấp hơn so với tội phạm cùng vi phạm một khách thể. Nếu trong tương quan giữa vi phạm pháp luật hành chính và vi phạm pháp luật hình sự, người ta có thể xác định hành vi vi phạm pháp luật là vi phạm hành chính hay tội phạm, thì tương quan giữa vi phạm kỷ luật và tội phạm lại khác. Với một hành vi vi phạm pháp luật, không thể giữ lại một hành vi phạm tội để chỉ xử lý kỷ luật, nhưng cùng hành vi đó, ngoài xử lý hình sự, pháp luật còn quy định việc xử lý kỷ luật hành chính. Chẳng hạn, theo quy định tại khoản 3 Điều 79 của Luật Cán bộ, công chức năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2019) thì công chức bị toà xử án treo có thể vẫn bị xử lý kỷ luật. Điều đó liên quan đến vấn đề chấn chỉnh tổ chức bên trong của cơ quan, tổ chức.

Một điểm nữa là trên thực tế, khi pháp luật chưa điều chỉnh rõ ràng thì chế tài kỷ luật hành chính được áp dụng cả đối với cán bộ, công chức đã nghỉ việc, nghỉ hưu. Đến nay, điều này đã được ghi nhận tại khoản 18 Điều 2 của Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Cán bộ, công chức, Luật Viên chức ngày năm 2019.

Hai là, chế tài kỷ luật. Quan hệ của vi phạm kỷ luật với chế tài kỷ luật là quan hệ nhân quả. Không có hệ thống chế tài kỷ luật

để áp dụng chung cho mọi lớp đối tượng áp dụng. Có thể cùng một chế tài kỷ luật được áp dụng cho các lớp đối tượng khác nhau, nhưng thực ra nó được xác định có một cách độc lập, phù hợp với tính chất, mức độ nguy hiểm cho xã hội từ thấp đến cao phù hợp với đặc điểm của mỗi lớp đối tượng. Theo pháp luật, chế tài xếp từ thấp đến cao tương ứng với tính chất, mức độ nguy hiểm cho xã hội của vi phạm áp dụng cho từng lớp đối tượng, gồm các hình thức sau:

i. Đối với cán bộ: a) Khiển trách; b) Cảnh cáo; c) Cách chức; d) Bãi nhiệm [Điều 78 Luật Cán bộ, công chức năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2019)].

ii. Đối với công chức: a) Khiển trách; b) Cảnh cáo; c) Hạ bậc lương; d) Giáng chức; đ) Cách chức; e) Buộc thôi việc [Điều 79 Luật Cán bộ, công chức năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2019)].

Hình thức giáng chức, cách chức chỉ áp dụng đối với công chức giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý; hình thức hạ bậc lương chỉ áp dụng đối với công chức không giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý. Công chức bị tòa án kết án phạt tù mà không được hưởng án treo hoặc bị kết án về tội phạm tham nhũng thì đương nhiên bị buộc thôi việc kể từ ngày bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật; công chức giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý phạm tội bị tòa án kết án và bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật thì đương nhiên thôi giữ chức vụ do bãi nhiệm [Điều 79 của Luật Cán bộ, công chức năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2019)].

iii. Đối với công chức cấp xã:

Theo Nghị định số 112/2011/NĐ-CP có sự phân biệt hai nhóm. Đối với nhóm các công chức Văn phòng - thống kê, 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), Tài chính - kế toán, Tư pháp - hộ tịch, Văn hóa - xã hội, đó là các chế tài: a) Khiển trách; b) Cảnh cáo; c) Hạ bậc lương; d) Buộc thôi việc.

Còn đối với công chức Chỉ huy trưởng Quân sự cấp xã và Trưởng Công an xã, các chế tài là: a) Khiển trách; b) Cảnh cáo; c) Hạ bậc lương; d) Giáng chức; đ) Cách chức; e) Buộc thôi việc.

iv. Đối với viên chức: a) Khiển trách; b) Cảnh cáo; c) Cách chức; d) Buộc thôi việc [Luật Viên chức năm 2010 (sửa đổi, bổ sung năm 2019)].

Hệ thống chế tài kỷ luật trên đây có một số đặc điểm đáng chú ý:

- Mỗi chế tài là các biện pháp có cơ chế hay cách thức tác động riêng. Các biện pháp tác động có tính chất đạo đức - giáo dục là khiển trách, cảnh cáo. Hình thức có tính chất hạn chế hay tước bỏ quyền lợi vật chất là hạ bậc lương; với công chức quản lý, lãnh đạo là các tác động có tính chất tổ chức và kết hợp với lợi ích vật chất là giáng chức, cách chức. Hình thức chế tài có tính tổ chức nghiêm khắc nhất loại bỏ người vi phạm ra khỏi cơ quan, tổ chức, đơn vị là buộc thôi việc...

- Các hình thức chế tài kỷ luật không đa dạng như chế tài hành chính, hình sự, nhưng cách sử dụng lại đa dạng. Những hình thức chế tài được sử dụng phổ biến cho mọi nhóm là khiển trách, cảnh cáo, buộc thôi việc. Hình thức giáng chức chỉ áp dụng đối với công chức lãnh đạo, quản lý và công chức Chỉ huy trưởng Quân sự cấp xã và Trưởng Công an xã. Bãi nhiệm là chế tài chỉ áp dụng đối với cán bộ...

- Các chế tài là hệ thống có tính thứ bậc, tác động đến người vi phạm kỷ luật từ thấp đến cao mà hình thức thấp nhất là khiển trách, cao nhất là buộc thôi việc. Không có sự phân biệt chế tài chính, chế tài bổ sung như luật hình sự, luật hành chính và cũng

không thể có sự phối hợp liên kết áp dụng cùng lúc hai chế tài.

- Mỗi chế tài có thể tác động đến người vi phạm không chỉ bằng cơ chế hay cách thức vốn có của nó. Pháp luật còn đặt nó liên hệ với các lợi ích phái sinh từ đó như: Cán bộ, công chức bị kỷ luật bằng hình thức khiển trách, cảnh cáo hoặc hạ bậc lương thì không thực hiện việc nâng ngạch, quy hoạch, đào tạo, bổ nhiệm vào chức vụ cao hơn trong thời hạn 12 tháng, kể từ ngày quyết định kỷ luật có hiệu lực. Trường hợp bị kỷ luật bằng hình thức giáng chức hoặc cách chức thì không thực hiện việc nâng ngạch, quy hoạch, đào tạo, bổ nhiệm trong thời hạn 24 tháng, kể từ ngày quyết định kỷ luật có hiệu lực. Viên chức bị kỷ luật bằng một trong các hình thức quy định tại khoản 1 Điều 52 Luật Viên chức năm 2010 (sửa đổi, bổ sung năm 2019) còn có thể bị hạn chế thực hiện hoạt động nghề nghiệp theo quy định của pháp luật có liên quan. Hoặc, đối với công chức Chỉ huy trưởng Quân sự cấp xã và Trưởng Công an xã, trường hợp vi phạm pháp luật bị áp dụng hình thức kỷ luật giáng chức hoặc cách chức mà không sắp xếp được chức danh công chức khác ở cấp xã thì đồng thời giải quyết chế độ thôi việc...

- Việc áp dụng chế tài kỷ luật hành chính phải theo thời hiệu và thời hạn xác định. Thời hiệu xử lý kỷ luật là thời hạn mà khi hết thời hạn đó thì người có hành vi vi phạm không bị xem xét xử lý kỷ luật. Các quy định này thể hiện tính giáo dục và tác động có thời hạn của chế tài cũng như cơ hội phấn đấu, thăng tiến của người vi phạm. Thời hạn xử lý kỷ luật là khoảng thời gian từ khi phát hiện hành vi vi phạm kỷ luật đến khi có quyết định xử lý kỷ luật của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền. Quy định này buộc người đứng đầu cơ quan, tổ chức có người vi phạm phải khẩn trương tiến hành kỷ luật

kịp thời để chế tài kỷ luật phát huy tác dụng. Mặt khác, nếu để vi phạm một thời gian dài không bị xử lý thì việc xử lý mất tác dụng giáo dục, phòng ngừa vi phạm pháp luật.

Ba là, thẩm quyền áp dụng chế tài kỷ luật. Đây là bộ phận quan trọng của chế định trách nhiệm kỷ luật hành chính. Cần xác định hợp lý người có thẩm quyền xử lý kỷ luật bảo đảm phục vụ tốt nhất yêu cầu duy trì, củng cố kỷ luật công vụ, nhiệm vụ của cơ quan, tổ chức cũng như các hoạt động theo chức năng, nhiệm vụ, sát với thực tế của việc xử lý vi phạm và khả năng bảo đảm pháp chế, dân chủ trong xử lý vi phạm. Thẩm quyền xử lý kỷ luật của người xử lý có thể do được phân cấp.

Trong pháp luật hiện nay, các quy định về vấn đề thẩm quyền xử lý vi phạm kỷ luật được quy định trong các văn bản khác nhau, như theo Nghị định số 34/2011/NĐ-CP và Nghị định số 27/2012/NĐ-CP: Đối với công chức, viên chức không giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý do người đứng đầu cơ quan quản lý hoặc cơ quan được phân cấp quản lý, người đứng đầu đơn vị sự nghiệp quản lý viên chức tiến hành xử lý và quyết định hình thức kỷ luật; đối với công chức, viên chức giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý do người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị có thẩm quyền bổ nhiệm thực hiện; đối với công chức, viên chức biệt phái thì người đứng đầu cơ quan, đơn vị nơi được cử đến thực hiện...

Bốn là, thủ tục xử lý kỷ luật. Thủ tục xử lý kỷ luật đối với công chức có thể chia thành bốn giai đoạn chủ yếu là: 1. Khởi xướng vụ việc vi phạm kỷ luật để xử lý; 2. Xem xét và ra quyết định xử lý vi phạm; 3. Khiếu nại quyết định xử lý kỷ luật; 4. Thi hành quyết định kỷ luật. Xét về bản chất và vai trò, thủ tục xử lý kỷ luật là bảo đảm pháp lý cho việc thực hiện việc áp dụng

đúng đắn chế tài đối với người vi phạm kỷ luật. Nguyên tắc cơ bản của thủ tục xử lý kỷ luật bảo đảm đúng pháp chế, mọi vi phạm kỷ luật phải được xử lý và xử lý minh bạch, công khai, dân chủ, bảo đảm lợi ích của người được xem xét kỷ luật.

Trong thủ tục xử lý kỷ luật đối với công chức, có một số điểm đáng chú ý. Ở giai đoạn khởi xướng vụ việc, đối với cán bộ, công chức, pháp luật quy định việc tiến hành xử lý vi phạm kỷ luật phải được thực hiện trong thời hiệu xử lý kỷ luật 2 năm hay 5 năm tùy theo mức độ vi phạm. Vấn đề chính ở đây là quá thời hạn đó, việc áp dụng chế tài hay biện pháp trách nhiệm kỷ luật không còn ý nghĩa phòng ngừa vi phạm pháp luật nữa. Không áp dụng thời hiệu xử lý đối với các trường hợp công chức là đảng viên có hành vi vi phạm đến mức phải kỷ luật bằng hình thức khai trừ; vi phạm quy định về công tác bảo vệ chính trị nội bộ; xâm hại đến lợi ích quốc gia trong lĩnh vực quốc phòng, an ninh, đối ngoại; sử dụng văn bằng, chứng chỉ, giấy chứng nhận, xác nhận giả hoặc không hợp pháp⁶... Với cán bộ, công chức, thời hạn xử lý kỷ luật đối với cán bộ, công chức được quy định là không quá 90 ngày; trường hợp vụ việc có tình tiết phức tạp cần thời gian thanh tra, kiểm tra để xác minh làm rõ thêm thì thời hạn xử lý kỷ luật có thể kéo dài nhưng không quá 150 ngày. Thời gian như vậy là hợp lý để tác động của biện pháp kỷ luật áp dụng tương xứng đối với vi phạm và có tác dụng tốt nhất.

Đối với giai đoạn xem xét và ra quyết định xử lý kỷ luật, đây là giai đoạn chủ yếu, có tính chất quyết định của thủ tục xử lý kỷ luật. Theo pháp luật, trừ một số trường hợp không tổ chức Hội đồng kỷ luật (ví dụ: Cán bộ, công chức, công chức cấp xã, viên chức

bị phạt tù mà không được hưởng án treo), người có thẩm quyền xử lý kỷ luật phải thành lập Hội đồng kỷ luật để xem xét, đánh giá vi phạm kỷ luật và chế tài áp dụng. Ý kiến của Hội đồng chỉ có tính chất tư vấn cho người có thẩm quyền xử lý. Thành phần của Hội đồng và thủ tục họp được xác định theo nguyên tắc dân chủ.

Giai đoạn tiếp theo là khiếu nại và giải quyết khiếu nại. Việc khiếu nại của công dân được thực hiện theo Luật Khiếu nại năm 2011.

Giai đoạn cuối của thủ tục xử lý kỷ luật là thực hiện quyết định xử lý kỷ luật. Kết quả của thủ tục xử lý kỷ luật hành chính đối với cán bộ, công chức, công chức cấp xã, viên chức phải được thể hiện nghiêm túc ở giai đoạn này. Nếu không, cả quá trình xử lý kỷ luật không có kết quả.

Trên đây là bốn yếu tố cấu thành của chế định trách nhiệm kỷ luật. Chúng được thể hiện trong các văn bản pháp luật khác nhau cho các lớp đối tượng và hoàn cảnh ở những mức độ khác nhau. Do cùng điều chỉnh các quan hệ có cùng tính chất, đặc điểm, tổng thể các quy định về trách nhiệm kỷ luật hợp thành chế định kỷ luật hành chính. Như vậy, ngành luật hành chính có đến hai chế định về trách nhiệm pháp lý là trách nhiệm kỷ luật hành chính và trách nhiệm hành chính. Nếu như trách nhiệm hành chính được nghiên cứu nhiều, thì nghiên cứu về trách nhiệm kỷ luật còn ít⁷.

⁶ Khoản 2 Điều 80 Luật Cán bộ, công chức năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2019).

⁷ Trách nhiệm hành chính là đề tài được thực hiện bởi chính số lượng lớn các cơ quan liên quan đến áp dụng các biện pháp cưỡng chế hành chính. Trong giảng dạy và nghiên cứu pháp luật ở các trường đại học, trách nhiệm hành chính được nghiên cứu và giảng dạy với dung lượng khá lớn, nhưng trách nhiệm kỷ luật không được hoặc chỉ được đề cập ở mức không đáng kể. Xem, ví dụ: Trường Đại học Luật thành phố Hồ Chí Minh, *Giáo trình Luật hành*

Rất có thể trách nhiệm kỷ luật hành chính quá phức tạp, tế nhị và có tính chất “nội bộ”, do nội bộ tự giải quyết nên chưa được quan tâm đúng mức.

2. Vấn đề hoàn thiện pháp luật về trách nhiệm kỷ luật hành chính

Như đã biết, ngày 25/11/2019, Quốc hội đã thông qua Luật sửa, bổ sung một số điều của Luật Cán bộ, công chức và Luật Viên chức. Từ đây, nhu cầu hoàn thiện chế định trách nhiệm kỷ luật hành chính cũng được đặt ra cấp bách hơn. Vì, hiện tại, các văn bản quy định trách nhiệm kỷ luật hành chính đang tản mạn trong nhiều văn bản pháp luật và còn không ít những bất cập cần xem xét, xử lý để hoàn thiện hơn. Hiện nay, Chính phủ đã dự thảo Nghị định về Xử lý kỷ luật cán bộ, công chức, viên chức và đang lấy ý kiến nhân dân⁸. Với dự thảo này thì chế định trách nhiệm kỷ luật đã gộp chung các đối tượng cán bộ, công chức, công chức cấp xã, viên chức thuộc khu vực nhà nước vào cùng một văn bản. Các vấn đề thuộc chế định trách nhiệm kỷ luật hành chính đã được các nhà soạn thảo đưa vào nghị định này với nhiều chỉnh lý, bổ sung hợp lý. Đây là công việc hết sức phức tạp, khi gộp tất cả các nhóm đối tượng của xử lý kỷ luật vào một văn bản. Có những vấn đề có thể được điều chỉnh chung cho tất cả, ví dụ: Các nguyên tắc xử lý kỷ luật, hoặc cho nhóm lớn các đối tượng, quy định về Hội đồng kỷ luật đối với công chức, công chức cấp xã, viên chức, quy định về chế tài đối với công chức và công chức cấp xã. Nhưng, mỗi đối tượng bên cạnh những điểm chung lại có những điểm đặc thù quy định riêng.

chính Việt Nam, Nxb. Hồng Đức - Hội Luật gia Việt Nam, năm 2017, tr. 270-275; 555-674.

⁸ Xem toàn văn dự thảo Nghị định tại: <https://moha.gov.vn/van-ban-du-thao.html?id=42877>, truy cập ngày 25/2/2020.

Việc quy định về trách nhiệm kỷ luật hành chính chung vào một văn bản không chỉ làm cho pháp luật dễ hiểu, dễ tìm kiếm, mà còn làm cho các văn bản pháp luật đỡ trùng lặp và tránh mâu thuẫn hay vênh nhau trên cùng một vấn đề.

Do có đặc điểm riêng cho từng nhóm đối tượng nên không thể có các quy định như nhau cho mọi đối tượng và đơn giản được. Nhưng, một văn bản chung dù không thể bao gồm hết được điều chỉnh chung vấn đề trách nhiệm kỷ luật cho các đối tượng khác nhau thì vẫn là điều hay, nên làm. Nội dung của dự thảo Nghị định gồm rất nhiều vấn đề. Ở đây, xin chỉ đề cập một số vấn đề quan trọng, kiến nghị có tính gợi ý cho việc hoàn thiện bản dự thảo Nghị định này.

Thứ nhất, về phạm vi điều chỉnh, đối tượng áp dụng, tại Điều 1 của dự thảo Nghị định xác định các quy định để xử lý kỷ luật đối với công chức, công chức cấp xã, viên chức và để xử lý kỷ luật đối với một số trường hợp cán bộ có hành vi vi phạm mà pháp luật và điều lệ chưa quy định. Tức là, dự thảo Nghị định không quy định cụ thể các nội dung về xử lý kỷ luật (hành vi vi phạm, hình thức xử lý, trình tự - thủ tục áp dụng, thẩm quyền áp dụng) đối với tất cả cán bộ có hành vi vi phạm, bao gồm cả cán bộ công tác trong hệ thống Đảng, đoàn thể chính quyền để bảo đảm sự thống nhất.

Theo hướng quy định trong dự thảo Nghị định cho thấy, dự thảo đã khắc phục được một số khiếm khuyết, hạn chế của chế định trách nhiệm kỷ luật hành chính. Tuy nhiên, nếu chỉ tập hợp và sửa đổi, bổ sung các quy định đang có với mục tiêu để giải quyết các vướng mắc thực tế thì chế định trách nhiệm kỷ luật hành chính tuy có hoàn thiện hơn, nhưng vẫn là chế định vá vúi, để lại những khoảng trống trong pháp luật. Kinh nghiệm cho thấy, với các quy định

trong dự thảo thì còn rất lâu nữa chúng ta mới có chế định kỷ luật hoàn chỉnh. Nên đặt ra mục đích cho Nghị định đang được soạn thảo sẽ là văn bản có tính pháp điển nhằm hoàn chỉnh pháp luật trong lĩnh vực trách nhiệm kỷ luật hành chính. Có như vậy mới góp phần vào việc kiểm soát quyền lực nhà nước, tăng cường hiệu quả hoạt động các cơ quan, tổ chức, đơn vị khu vực nhà nước hiện nay.

Nếu không ban hành ngay được một Nghị định như vậy thì để chuẩn bị cho điều này, chỉ nên ban hành thêm các văn bản pháp luật đơn hành về các vấn đề chưa được pháp luật điều chỉnh hoặc giải quyết các vướng mắc trong thực tế.

Thứ hai, nguyên tắc xử lý kỷ luật trong dự thảo cho thấy một số vấn đề. Khoản 2 của Điều 2 dự thảo quy định: "...Trường hợp có nhiều hành vi vi phạm pháp luật thì bị xử lý kỷ luật về từng hành vi vi phạm và chịu hình thức kỷ luật nặng hơn một mức so với hình thức kỷ luật áp dụng đối với hành vi vi phạm nặng nhất, trừ trường hợp bị xử lý kỷ luật bằng hình thức bãi nhiệm, cách chức, buộc thôi việc". Cách tổng hợp các chế tài phạt của nhiều vi phạm kỷ luật như vậy không rõ ràng. Giả định rằng, hai vi phạm kỷ luật bị áp dụng hai hình thức là khiển trách và cảnh cáo thì tổng hợp các mức phạt theo quy định là "nặng hơn một mức so với hình thức kỷ luật áp dụng đối với hành vi vi phạm nặng nhất" thì sẽ hiểu như thế nào khi cảnh cáo là chế tài xác định tuyệt đối, không có mức nào cả? Phải chăng là áp dụng chế tài trên nó là hạ bậc lương (đối với công chức) hay cách chức (đối với viên chức)? Nếu vậy thì sao chúng ta không xác định thêm là chế tài liền kề cao hơn như trong quy định tại Điều 54 Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017)? Đồng thời, khoản 4 của Điều 2 này cũng có vấn đề tương tự.

Cũng ở nguyên tắc này, tại khoản 6 Điều 2 quy định: "Không áp dụng hình thức xử phạt hành chính hoặc hình thức kỷ luật đảng thay cho hình thức kỷ luật hành chính". Về cơ bản, có thể đồng ý với nguyên tắc này. Nhưng, viết "Không áp dụng hình thức xử phạt hành chính... thay cho hình thức kỷ luật hành chính" là không thoát ý. Vì xử phạt hành chính là giữa những người không có quan hệ trực thuộc về mặt tổ chức. Người đứng đầu hay người quản lý cán bộ, công chức, viên chức không thể "áp dụng" hình thức xử phạt hành chính được. Nên viết chung là: "Xử phạt hành chính... không thay thế được hình thức kỷ luật hành chính".

Khoản 7 Điều 2 quy định: "Trường hợp người bị xử lý kỷ luật là đảng viên thì xem xét, xử lý kỷ luật đảng trước, kỷ luật hành chính sau. Hình thức xử lý kỷ luật hành chính bảo đảm tương ứng hoặc cao hơn so với hình thức xử lý kỷ luật đảng". Việc đòi hỏi xử lý kỷ luật phải tương đương hoặc cao hơn cũng cần phải xem lại. Đánh giá về kỷ luật đảng mang tính chính trị nhiều so với đánh giá về mặt nhà nước, vấn đề chính ở đây là đánh giá hành vi con người so với pháp luật.

Thứ ba, vấn đề miễn trách nhiệm kỷ luật, khoản 2 của Điều 4 quy định một trường hợp được miễn trách nhiệm kỷ luật do: "Phải chấp hành quyết định của cấp trên theo quy định". Viết như vậy không rõ nghĩa. Chấp hành hay phải chấp hành quyết định của cấp trên là vấn đề có tính nguyên tắc, bình thường, không đặt vấn đề miễn trách nhiệm kỷ luật. Miễn trách nhiệm kỷ luật này cần liên hệ với quy định tại khoản 5 Điều 9 của Luật Cán bộ, công chức năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2019) quy định: "*Khi có căn cứ cho rằng quyết định đó là trái pháp luật thì phải kịp thời báo cáo*

bằng văn bản với người ra quyết định; trường hợp người ra quyết định vẫn quyết định việc thi hành thì phải có văn bản và người thi hành phải chấp hành nhưng không chịu trách nhiệm về hậu quả của việc thi hành, đồng thời báo cáo cấp trên trực tiếp của người ra quyết định...”. Như vậy, hành vi được miễn trách nhiệm phải thể hiện được nội dung của khoản 5 Điều 9 này.

Thứ tư, vấn đề quy định hành vi vi phạm kỷ luật cũng gợi suy nghĩ về tính khoa học của nó. Điều 7 của dự thảo quy định về các hành vi bị xử lý kỷ luật. Tuy nhiên, đây chỉ là quy định có tính chất nguyên tắc về các vi phạm kỷ luật bị xử lý. Sau đó, chế tài kỷ luật cụ thể áp dụng cho các hành vi vi phạm kỷ luật nào mới được xác định. Nếu vậy, quy định tại Điều 7 là không cần thiết vì các hành vi này đã được quy định theo các chế tài cụ thể rồi.

Tại khoản 4 Điều 7 của dự thảo quy định kỷ luật được áp dụng hành vi vi phạm “các điều cấm trong các văn bản của Đảng”. Trước hết, văn bản về trách nhiệm kỷ luật này là một hình thức của trách nhiệm pháp lý; không áp dụng đối với đảng viên vi phạm điều cấm trong các văn bản của Đảng, trong đó có văn bản đặc biệt quan trọng là Điều lệ Đảng. Trách nhiệm pháp lý này được áp dụng đối với cán bộ, công chức, viên chức với tư cách là những người thực thi công vụ, nhiệm vụ trong khu vực nhà nước. Do đó, cơ sở của nó phải là quy định về điều cấm của pháp luật.

Bất cứ ngành luật nào quy định về hành vi vi phạm và chế tài bao giờ cũng theo nguyên tắc ngang bằng. Tùy theo đặc điểm, tính chất và mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi mà đặt ra chế tài tương ứng. Nhưng trong các quy định của dự thảo có khả năng chưa đảm bảo tính khả thi của mối quan hệ giữa vi phạm kỷ luật và chế tài

được xác định. Dường như mỗi hành vi chỉ được xác định một lần tương ứng với chế tài mà không tính đến các tình tiết liên quan đến hành vi. Ví dụ, tại khoản 2 Điều 9, khiến trách được áp dụng đối với hành vi: “*Không thực hiện nhiệm vụ được giao mà không có lý do chính đáng*”. Cũng với hành vi này, chỉ cần hậu quả ở mức độ nào đó thì chế tài có thể không còn là khiển trách nữa, mà phải áp dụng hình thức cảnh cáo. Nhưng, ở hình thức cảnh cáo không thấy nói đến hành vi này. Trong khi đó, áp dụng hình thức hạ bậc lương được áp dụng đối với hành vi tương tự như vậy quy định tại khoản 1 Điều 11: “*Không thực hiện nhiệm vụ chuyên môn được giao mà không có lý do chính đáng, gây ảnh hưởng đến công việc chung của cơ quan, đơn vị*”. Hoặc, tại khoản 2 Điều 10 quy định áp dụng hình thức kỷ luật cảnh cáo đối với hành vi: “*Sử dụng thông tin, tài liệu cơ quan, tổ chức, đơn vị để vụ lợi*”. Trong khi đó, tại khoản 2 Điều 11 quy định hành vi: “*Lợi dụng vị trí công tác, cố ý làm trái pháp luật với mục đích vụ lợi*” sẽ bị áp dụng chế tài cao hơn là hạ bậc lương. Các hành vi được quy định trên thực chất chỉ là một loại hành vi có tính chất tương tự, nhưng lại có chế tài khác nhau.

Cách tiếp cận theo hướng quy định về hành vi vi phạm kỷ luật phải chỉ ra hết được các hành vi vi phạm (tương ứng với chế tài kỷ luật cụ thể) là điều rất khó. Liệu có thể bảo đảm việc Nghị định có thể liệt kê hết được các vi phạm kỷ luật của cán bộ, công chức, viên chức hay không? Đó là chưa kể có nhiều hành vi ranh giới rất mỏng manh, không thể rành mạch để xác định chế tài tương ứng, các tình tiết có thể tăng nặng, giảm nhẹ tính chất, mức độ của hành vi vi phạm kỷ luật chưa được tính. Chỉ mới so sánh các quy định về hành vi trong dự thảo Nghị định này với các hành vi được quy

định trong Nghị định số 19/2020/NĐ-CP Về kiểm tra, xử lý kỷ luật trong thi hành pháp luật về xử lý vi phạm hành chính đã thấy khá nhiều điểm không khớp nhau, có những vi phạm trong Nghị định này không thấy trong dự thảo Nghị định. Trong khi, về nguyên tắc, Nghị định về xử lý kỷ luật cán bộ, công chức, viên chức đang soạn thảo phải bao hàm hết các hành vi vi phạm kỷ luật trong Nghị định 19/2020/NĐ-CP.

Vì thế, các quy định về vi phạm kỷ luật và chế tài kỷ luật tương ứng nên xem xét, liên hệ đến các quy định hiện hành về hành vi vi phạm kỷ luật và chế tài kỷ luật áp dụng trong các lĩnh vực đã có hoặc sẽ có. Không nên quy định đóng khung, cố định ở các vi phạm cụ thể, khi chưa thể hoặc không thể

tổng kết, kể ra hết được. Có thể khắc phục bằng cách bổ sung quy định quét, sử dụng cụm từ “và các vi phạm khác”.

Cuối cùng, một số vấn đề cần tiếp tục nghiên cứu để hoàn thiện dự thảo Nghị định như: Vấn đề áp dụng trách nhiệm kỷ luật “cách chức” của cơ quan hành chính cấp trên đối với cán bộ của cơ quan hành chính cấp dưới và quan hệ của nó với miễn nhiệm của Hội đồng nhân dân cùng cấp; về chế tài hạ bậc lương, phạt bao nhiêu mức, bậc tối thiểu, tối đa và tình huống gắn với nó; vấn đề có kỷ luật hành chính đối với tập thể hay không, ví dụ, tập thể Ủy ban nhân dân hay không, điều đó liên quan gì với nguyên tắc chỉ cá nhân mới bị xử lý kỷ luật?...

(Tiếp theo trang 9 – An toàn pháp lý...)

sự tham gia của người dân. Để làm được điều này, cần tham khảo cách tiếp cận dựa trên quyền con người trong xây dựng pháp luật đã nói ở trên.

Ngoài ra, an toàn pháp lý trong việc thực thi và áp dụng pháp luật còn đòi hỏi những nỗ lực đến từ quá trình cải cách hành chính và cải cách tư pháp ở Việt Nam hiện nay. Như vậy, để có được an toàn pháp lý, ở Việt Nam cần thay đổi cả tư duy trong xây dựng pháp luật lẫn trong cách thi hành và áp dụng pháp luật.

Kết luận

Trên thực tế, pháp luật phải an toàn, nếu không tạo ra được trạng thái an toàn cho các chủ thể thì pháp luật không là gì cả. Tính an toàn chính là một mục tiêu không thể thiếu

được của pháp luật và pháp luật đó phải chính xác. Đó chính là phẩm chất tối thiểu của pháp luật, đứng từ góc độ thực thi²⁸. Nhìn từ góc độ chính trị, những đòi hỏi về an toàn pháp lý là một trong những yêu cầu căn bản, gắn với tính chính đáng của pháp luật.

An toàn pháp lý nâng cao niềm tin của người dân vào pháp luật, gây dựng sự tin tưởng lẫn nhau trong xã hội. Khi pháp luật đảm bảo tính an toàn, mỗi người đều tin tưởng vào pháp luật và luôn xác định hành vi của mình phải phù hợp với pháp luật. Khi pháp luật an toàn, người dân sẽ tin tưởng quyền của mình được bảo vệ một cách công bằng khi có trường hợp xâm phạm xảy ra. Vì vậy, đảm bảo an toàn pháp lý chính là một yêu cầu quan trọng trong quá trình xây dựng nhà nước pháp quyền ở Việt Nam hiện nay.

²⁸ B.Pacteau, “La sécurité juridique, un principe qui nous manque”, AJDA, 1995, No spécial du cinquantenaire, le Droit administratif, des principes fondamentaux à l'effectivité des règles: bilan et perspectives d'un droit en mutation, tr.151.

SỰ TRỪNG TRỊ TRONG LUẬT HÌNH SỰ

*Hồ Sỹ Sơn**

Tóm tắt: Từ góc nhìn lý luận, bài viết phân tích, bình luận về phạm trù trừng trị trong Luật hình sự; qua đó, tác giả cho rằng, trừng trị cần được nhận thức là nội dung chứ không phải mục đích của hình phạt.

Abstract: From a theoretical view, the article analyzes and discusses the concept of retribution in criminal law; thereby, the author contends that retribution needs to be viewed as the substance, not the objective of penalties.

1. Đặt vấn đề

Trong khoa học Luật hình sự, thuật ngữ “trừng trị” thường được nhắc đến một cách “nhân tiện” khi người ta luận bàn về hình phạt nói chung, về bản chất, nội dung và mục đích của hình phạt nói riêng. Hơn thế, trừng trị được hiểu theo nhiều cách khác nhau. Chẳng hạn, đồng nhất trừng trị với hình phạt, trừng trị và hình phạt là những phạm trù đồng nghĩa, coi trừng trị là bản chất của hình phạt, hoặc coi trừng trị là một trong những nội dung của hình phạt. Thuật ngữ trừng trị đôi khi cũng được sử dụng trong ngữ cảnh xác định chính sách và hoạt động thực tiễn của Nhà nước trong lĩnh vực đấu tranh phòng, chống tội phạm. Bộ luật Hình sự Việt Nam hiện hành, nơi quy định tội phạm, hình phạt và các vấn đề khác liên quan đến tội phạm và hình phạt, cũng chỉ đề cập duy nhất một lần tại Điều 31 khi quy định mục đích của hình phạt. Theo đó, trừng trị được coi là một trong những mục đích của hình phạt.

Sự nhận thức thiếu thống nhất về trừng trị không chỉ phản ánh tính chất phức tạp của phạm trù này, mà còn cho thấy đây là một trong những “vùng trũng” về mặt lý

luận của luật hình sự nói chung, của các quy định về khái niệm hình phạt và mục đích của hình phạt nói riêng. Một trong những hệ lụy của sự nhận thức thiếu thống nhất, thậm chí là không thật chính xác về trừng trị thể hiện ở những hạn chế, bất cập trong xây dựng và áp dụng pháp luật hình sự. Thực trạng này dẫn tới việc quy định ít hình phạt nhẹ hơn hình phạt tù; quy định ít chế tài lựa chọn, thậm chí các hình phạt trong chế tài lựa chọn khác xa nhau về mức độ trừng trị; quy định khoảng cách khá rộng giữa mức thấp nhất và mức cao nhất của các khung hình phạt trong chế tài tương đối dứt khoát... Bên cạnh đó, việc quyết định hình phạt quá mức cần thiết đối với người phạm tội; không cho hưởng án treo đối với người đáng được hưởng... có cả nguyên nhân nằm trong sự nhận thức không thống nhất, thậm chí không chuẩn xác về trừng trị trong luật hình sự.

2. Nội dung vấn đề

Trước hết cần nhấn mạnh rằng, trừng trị không phải là thuật ngữ đặc thù của pháp luật nói chung và của pháp luật hình sự nói riêng. Với tính cách là phạm trù có nội hàm phong phú và đa dạng, trừng trị là phạm trù xã hội học được sử dụng để chỉ việc buộc một người phải gánh chịu trách

* PGS.TS., Học viện Khoa học xã hội.

nhiệm do đã có lỗi trong việc gây ra điều ác cho Nhà nước, cho xã hội hoặc cho cá nhân khác. Trừng trị xét đến cùng là sự phản ứng của Nhà nước, của xã hội, của tổ chức, của cá nhân... đối với những hành vi không đúng đắn của con người, đối với những hành vi vi phạm các quy phạm xã hội như quy tắc đạo đức, tín điều tôn giáo, phong tục tập quán, quy phạm pháp luật... Sự phản ứng đó mang tính chất chê trách, lên án, chỉ trích; vì vậy, khi được áp dụng, nó tác động đến tâm lý của người vi phạm nhằm phòng ngừa họ tái phạm. Do đó, quan điểm cho rằng, trừng trị đồng nghĩa với “gây đau đớn”, “gây mất mát”, “cưỡng chế buộc phải đau đớn, mất mát”...¹ là không hoàn toàn chính xác.

Những người “phải nhận” sự phản ứng đó của Nhà nước, của xã hội, của tổ chức, của cá nhân, cố nhiên phải chịu những đau đớn, mất mát nhất định. Vì vậy, mức độ trừng trị phải được cân nhắc để người bị áp dụng không phải chịu những đau đớn, mất mát không đáng có, quá mức cần thiết, nhất là thiếu công bằng. Trừng trị chỉ thể hiện được vai trò là phương thức tác động có hiệu quả đến tâm lý của người có lỗi, giúp họ sửa chữa được lỗi lầm và không tái phạm một khi nó là đại lượng công bằng. Do đó, những đau đớn và mất mát mà người có lỗi phải gánh chịu không phải là bản chất của trừng trị và càng không phải là mục đích của trừng trị. Về nguyên tắc, có cả trừng trị không gây đau đớn và mất mát, nên quan điểm đồng nhất trừng trị với đau đớn và mất

mát để thổi phồng vai trò của chúng trong cơ chế tác động của trừng trị đối với người vi phạm, theo tác giả, cũng không hoàn toàn chính xác.

Trừng trị, xét đến cùng, còn là sự phán xét có tính công bằng (ở nghĩa văn minh hiện đại chứ không ở nghĩa ăn miếng trả miếng như dưới thời Trung cổ), là sự lên án người có lỗi ở mức cần và đủ, là sự xử lý hợp lý, khách quan dựa trên cơ sở vi phạm và không nhất thiết phải gây đau đớn cho người bị áp dụng. Sự cảm nhận “bị gây đau đớn”, “bị gây mất mát”, “bị gây nỗi đau về thể chất hoặc tinh thần” “bị đày ải”² là quan niệm mang tính chủ quan của con người đối với sự lên án, sự chỉ trích, sự xử lý được áp dụng đối với họ và đối với những hạn chế mang tính khách quan gắn với sự lên án, sự chỉ trích, sự xử lý mà họ phải gánh chịu. Với ý thức chủ quan của mình, con người có thể cảm thấy đau đớn, nhưng cũng có thể không cảm thấy đau đớn khi bị lên án, bị chỉ trích, bị xử lý.

Trong lĩnh vực Luật hình sự, bất kỳ một hình phạt hay biện pháp cưỡng chế hình sự nào khác được áp dụng đối với người phạm tội cũng có thể được họ cảm nhận bị trừng trị hoặc không bị trừng trị. Chẳng hạn, khi cùng bị áp dụng hình phạt như cấm đảm nhiệm chức vụ, cấm hành nghề hoặc làm công việc nhất định (Điều 41 Bộ luật Hình sự Việt Nam năm 2015, sửa đổi, bổ sung năm 2017), một số người bị kết án cảm nhận việc tòa án áp dụng hình phạt trên là trừng trị họ, một số người bị kết án khác

¹ Xem: Noj I.S., *Những vấn đề lý luận về hình phạt trong Luật hình sự Xô-viết*, Saratov, 1962, tr. 155; Tagashev N.X, *Luật hình sự nước Nga, Phần chung*, Mátxcova, tr.5-7 (Tiếng Nga).

² Xem: Ozhegov S.I., *Từ điển Tiếng Nga*, Mátxcova, 1985, tr.679 (Tiếng Nga).

cảm nhận đó là chuyện nhỏ nhất, thậm chí chẳng có nghĩa lý gì cả.

Mức độ trừng trị vốn là nội dung của hình phạt này hay hình phạt khác không chỉ được xác định thông qua kết quả đánh giá khách quan của dư luận xã hội về “giá trị” của những quyền và lợi ích mà người phạm tội “bị tước đoạt” hay “bị hạn chế”, mà còn được xác định thông qua sự cảm nhận mang tính chủ quan của người bị áp dụng về những đau đớn và mất mát mà họ phải gánh chịu. Chính vì vậy, cùng bị trừng trị như nhau (xét theo nội dung và phạm vi trừng trị), một số người cảm nhận trừng trị là đau đớn và mất mát, một số người cảm nhận trừng trị chỉ là “sự khó chịu không đáng kể” mà thôi. Về điều này, không thể không đồng ý với quan điểm cho rằng: “Tuỳ thuộc vào đặc điểm nhân thân mà những người cùng bị kết án về loại và mức hình phạt như nhau, nhận thức về mức độ nặng, nhẹ của loại và mức hình phạt đó không giống nhau. Giữa người tái phạm tội vốn ra tòa vào tù “như cơm bữa” và người lần đầu phạm tội cảm nhận sự đau đớn và mất mát mà mức hình phạt tù 1 năm đem lại cho họ khác nhau một trời một vực”³.

Do đặc điểm nhân thân, người bị kết án có thể không cảm nhận được hoặc cảm nhận được, nhưng không đầy đủ mức độ trừng trị mà tòa án đã dự liệu. Trong những trường hợp như vậy, tòa án có nên tăng nặng hình phạt hay nói cách khác là có nên tăng mức độ trừng trị để tác động đến tinh thần người phạm tội hay không? Câu trả lời ở đây là

không, bởi đối với một số người phạm tội, việc tăng nặng hình phạt được họ cảm nhận là hợp lý, còn đối với một số người phạm tội khác, việc tăng nặng hình phạt không những không hợp lý mà còn là sự bất công. Với tính cách là sự tương xứng khách quan với tính chất và mức độ nguy hiểm của hành vi phạm tội (nhìn từ góc độ quan niệm của xã hội về lẽ công bằng), trừng trị luôn luôn tồn tại và “đủ độ” đối với tội phạm và người phạm tội. Rõ ràng, tòa án không nhất thiết phải tăng nặng hình phạt đối với người bị kết án mà cần cân nhắc đến các đặc điểm khác của sự trừng trị. Cần lưu ý rằng, việc đồng nhất trừng trị với đau đớn và mất mát cũng như việc thổi phồng vai trò của đau đớn và mất mát trong việc đảm bảo hiệu quả của hình phạt làm lu mờ các đặc điểm khác của trừng trị. Thực tiễn chứng minh rằng, lòng tự trọng, tâm trạng, thái độ “ăn năn, hối lỗi, xấu hổ”... của những người bị kết án có “độ phủ rộng lớn” hơn nhiều so với “sự đau đớn và mất mát” mà họ cảm nhận được từ “sự trừng trị” vốn là nội dung của hình phạt được áp dụng đối với mình. Thái độ “ăn năn, hối lỗi, xấu hổ”... chỉ xuất hiện ở người phạm tội khi họ nhận thức được mức độ trừng trị mà họ phải gánh chịu là công bằng. Vì vậy, khi quy định và áp dụng hình phạt, cần cân nhắc để mức độ trừng trị với tính cách là nội dung của hình phạt có thể tạo ra ở những người bị kết án những xung động tích cực như xấu hổ, ăn năn, hối hận... vì đã phạm tội chứ không nên “tuyệt đối hóa” mức độ đau đớn và mất mát mà hình phạt quy định và việc áp dụng mang lại cho họ. Cũng cần lưu ý rằng, trừng trị người phạm tội không có nghĩa là làm cho họ đau đớn và mất mát quá mức cần thiết để họ “khiếp sợ”, lại càng không có nghĩa là dùng

³ Xem: Galp`perin I.M, *Hình phạt: Chức năng xã hội và thực tiễn áp dụng*, Nxb. Pháp lý, Mátxcova, 1983, tr. 44 (Tiếng Nga).

sự đau đớn và mất mát quá mức cần thiết đó để ngăn ngừa việc phạm tội của những người khác, nhất là những người không vững vàng trong cuộc sống.

Vậy, đặt trong ngữ cảnh trừng trị người phạm tội, cái đau đớn và mất mát mà trừng trị (nội dung của hình phạt) mang lại cho người phạm tội được biểu hiện bằng những đại lượng nào? Trước hết cần nhấn mạnh rằng, trừng trị người phạm tội, suy cho cùng là tước đi hoặc hạn chế ở họ những quyền và lợi ích nhất định mà nếu không phạm tội, họ được hưởng và được bảo đảm thực hiện theo quy định của pháp luật. Trừng trị công bằng là việc tước đi hoặc hạn chế các quyền và lợi ích của người phạm tội tương xứng với tính chất và mức độ nguy hiểm của hành vi phạm tội, với các tình tiết tăng nặng và giảm nhẹ, với các đặc điểm nhân thân của người phạm tội.

“Gây đau đớn và mất mát” không phải là mục đích của trừng trị. Có sự đau đớn và mất mát ngoài trừng trị thì cũng có trừng trị không gây ra đau đớn và mất mát. Sự “khiếp sợ”, sự “không phạm tội mới” của người phạm tội và sự cảm nhận “bị răn đe là đừng phạm tội” của những người không vững vàng trong cuộc sống là kết quả gián tiếp của sự trừng trị, là sự nhận thức chủ quan của những người đó. Kết quả đó có thể có, nhưng cũng có thể không có và càng không thể là ý nghĩa hoặc mục đích vốn có của trừng trị. Sự hiện diện của trừng trị, có tác dụng ngăn ngừa người phạm tội phạm tội mới, ngăn ngừa những người không vững vàng trong cuộc sống phạm tội, nhưng trừng trị không thể (cũng như không cần) chỉ gây đau đớn và mất mát quá mức cần thiết cho người phạm tội.

Trong lĩnh vực Luật hình sự, trừng trị như đã nhấn mạnh, là sự phản ứng của xã hội, của Nhà nước đối với người phạm tội, song không phải là sự phản ứng ở bất kỳ mức độ nghiêm khắc nào mà chỉ ở mức độ tương xứng phù hợp với ý thức và dư luận xã hội về lẽ công bằng, về xét xử công bằng tội phạm và người phạm tội. Đây chính là điểm khác biệt giữa sự trừng trị và hình phạt, vì hình phạt có thể (và thường là) không công bằng; còn trừng trị phải công bằng do đây là sự phản ứng mang tính tất yếu khách quan của xã hội “lành mạnh” đối với người phạm tội - một sự phản ứng không thể nào khác ngoài sự tương xứng của nó với tính chất và mức độ nguy hiểm của hành vi phạm tội, với các tình tiết tăng nặng và giảm nhẹ, với các đặc điểm nhân thân người phạm tội vốn được coi là những căn cứ quyết định hình phạt. Nếu sự tương xứng hay sự công bằng giữa trừng trị và các căn cứ quyết định hình phạt nêu trên bị phá vỡ, sẽ không còn trừng trị theo đúng nghĩa của nó vì hình phạt được quyết định đối với người phạm tội lúc đó hoặc quá nặng hoặc quá nhẹ mà không có căn cứ. Khi tính tất yếu khách quan của trừng trị phá vỡ theo hướng nghiêm khắc hơn mức cần thiết, trừng trị trở thành sự trấn áp, sự trả thù của xã hội, của Nhà nước đối với người phạm tội.

Để trừng trị người phạm tội, không cần tăng cường các chế tài nghiêm khắc, mà phải đảm bảo mức độ tương xứng (công bằng) đã được văn minh hóa giữa những hậu quả pháp lý bất lợi mà người phạm tội phải gánh chịu với tính chất và mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội mà người đó đã thực hiện vì mục đích đảm

bảo công lý, công bằng xã hội và phòng ngừa tội phạm.

Cách tiếp cận coi trừng trị là nội dung của hình phạt như đã phân tích trên đây, theo tác giả là có cơ sở khoa học và mang tính nhân đạo cao hơn so với cách tiếp cận coi trừng trị là mục đích của hình phạt mà Bộ luật Hình sự hiện hành của nước ta ghi nhận. Bởi, nội dung của hình phạt, trừng trị trong Luật hình sự thể hiện ở mức độ tước bỏ hoặc hạn chế quyền và lợi ích của người phạm tội. Tuy nhiên, phạm vi, mức độ của các quyền và lợi ích bị tước bỏ hoặc hạn chế đó phải tương xứng với tính chất và mức độ nguy hiểm của hành vi phạm tội, với các tình tiết tăng nặng và giảm nhẹ, với các đặc điểm nhân thân người phạm tội. Vì vậy, hình phạt được quy định và áp dụng đối với người phạm tội không nhằm mục đích trừng trị người phạm tội mà chính là thông qua trừng trị hướng đến các mục đích đảm bảo công lý, công bằng xã hội và phòng ngừa tội phạm. Cũng vì vậy, quan điểm coi hình phạt là biện pháp cưỡng chế nghiêm khắc nhất của Nhà nước và có mục đích trừng trị người phạm tội, thiết nghĩ là không hoàn toàn chính xác. Đó cũng là cơ sở để kết luận khái niệm hình phạt quy định tại Điều 30 Bộ luật Hình sự năm 2015, sửa đổi, bổ sung năm 2017: “Hình phạt là biện pháp cưỡng chế nghiêm khắc nhất của Nhà nước được quy định trong Bộ luật này, do tòa án quyết định áp dụng đối với người hoặc pháp nhân thương mại phạm tội nhằm tước bỏ hoặc hạn chế quyền, lợi ích của người, pháp nhân thương mại đó” là không hoàn toàn chính xác. Vấn đề không chính xác ở đây thể hiện

qua việc nhà làm luật nước ta coi “tước bỏ hoặc hạn chế” - trừng trị là “mục đích” của hình phạt, chứ không phải là “nội dung” của hình phạt. Phải chăng vì vậy mà tại Điều 31 của Bộ luật này, nhà làm luật nước ta quy định: “Hình phạt không chỉ nhằm trừng trị người, pháp nhân thương mại phạm tội, mà còn giáo dục họ ý thức tuân theo pháp luật và các quy tắc của cuộc sống, ngăn ngừa họ phạm tội mới; giáo dục người, pháp nhân thương mại khác tôn trọng pháp luật, phòng ngừa và đấu tranh chống tội phạm”. Điều đáng nói là những quy định đó không những không phù hợp bản chất, ý nghĩa, vai trò của trừng trị trong Luật hình sự, mà còn không phù hợp trong xu hướng phát triển ngày càng nhân đạo, phân hóa và quốc tế hóa của Luật hình sự các nước trên thế giới nói chung và của Luật hình sự nước ta nói riêng

Từ những điều phân tích trên đây, có thể thấy, nội dung Điều 30 Bộ luật Hình sự Việt Nam năm 2015, sửa đổi, bổ sung năm 2017 về khái niệm hình phạt, cần được chỉnh sửa theo hướng khẳng định: *Hình phạt là biện pháp tác động của Luật hình sự có nội dung trừng trị thể hiện sự tước bỏ hoặc hạn chế quyền và lợi ích của người hoặc pháp nhân thương mại phạm tội ở mức cần và đủ. Hình phạt được quy định trong Bộ luật Hình sự và do tòa án quyết định đối với chính người hoặc pháp nhân thương mại phạm tội.* Đồng thời, nội dung Điều 31 Bộ luật Hình sự hiện hành về mục đích của hình phạt, cũng cần được chỉnh sửa theo hướng khẳng định: *Hình phạt có mục đích đảm bảo công lý, công bằng xã hội và phòng ngừa tội phạm.*

BẤT CẬP TRONG CÁC QUY ĐỊNH VỀ THỰC HÀNH QUYỀN CÔNG TỐ CỦA VIỆN KIỂM SÁT Ở GIAI ĐOẠN XÉT XỬ SƠ THẨM VỤ ÁN HÌNH SỰ

Trần Thị Liên*
Nguyễn Việt Khánh Hòa**

Tóm tắt: Bài viết phân tích một số bất cập trong các quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 về thực hành quyền công tố của Viện kiểm sát trong giai đoạn xét xử sơ thẩm vụ án hình sự, từ đó đề xuất kiến nghị hoàn thiện.

Abstract: This article analyzes shortcomings of regulations under the Criminal Procedure Code of 2015 on the exercise of procuracies' power of prosecution during the stage of first instance trial, thereby it makes proposals for improvement.

Lần đầu tiên trong lịch sử pháp luật tố tụng hình sự Việt Nam, Bộ luật Tố tụng Hình sự (BLTTHS) năm 2015 đã chính thức ghi nhận quy định về nhiệm vụ, quyền hạn của Viện kiểm sát (VKS) khi thực hành quyền công tố (THQCT) và nhiệm vụ, quyền hạn của VKS khi kiểm sát hoạt động tư pháp trong các giai đoạn tố tụng, trong đó có giai đoạn xét xử sơ thẩm vụ án hình sự (XXSTVAHS). Điều 266 BLTTHS năm 2015 đã quy định cụ thể về nhiệm vụ, quyền hạn của VKS khi THQCT trong giai đoạn xét xử. Có thể nói, đây là bước tiến mới quan trọng trong công tác lập pháp của nước ta, góp phần khẳng định vai trò của chức năng công tố và vị trí của ngành kiểm sát. Tuy nhiên, khi đối chiếu, so sánh với các quy định khác trong BLTTHS năm 2015 thì vẫn còn một số bất cập có thể ảnh hưởng đến chất lượng THQCT trên thực tiễn. Cụ thể như sau:

Về vai trò của Viện kiểm sát khi thực hiện xét hỏi tại phiên tòa xét xử sơ thẩm vụ án hình sự

Quy định về thủ tục tố tụng tại phiên tòa chưa thực sự đảm bảo tính khách quan trong hoạt động tranh tụng, không phù hợp với tinh thần cải cách tư pháp của Đảng. Ngay từ khi ban hành các chủ trương, chính sách về cải cách tư pháp, Đảng đã xác định vai trò của VKS phải là chủ thể có trách nhiệm chính và chủ yếu trong việc chứng minh các tình tiết của vụ án hình sự tại phiên tòa. Công văn số 13 của Ban Chỉ đạo cải cách tư pháp ngày 05/12/2002 đã xác định: “Đại diện Viện kiểm sát giữ quyền công tố tại phiên tòa phải bảo vệ cáo trạng của VKS bằng việc chủ động xét hỏi, thẩm vấn, đưa ra những chứng cứ trực tiếp và chứng cứ gián tiếp để chứng minh tội phạm, làm sáng tỏ đầy đủ các tình tiết từng sự việc của vụ án”. Tuy nhiên, Điều 307 BLTTHS năm 2015 quy định về thủ tục xét hỏi tại phiên tòa đã nêu rõ thẩm phán chủ tọa phiên tòa là người điều hành việc xét hỏi và là người hỏi trước, hỏi chính; rồi sau đó quyết

* TS., Đại học Luật Hà Nội.

** ThS., Đại học Luật Hà Nội.

định để hội thẩm, kiểm sát viên (KSV) hoặc người tham gia tố tụng khác xét hỏi. Quy định về thứ tự xét hỏi này đã dẫn đến việc thẩm phán làm thay việc của KSV, không thể hiện đúng tinh thần của hoạt động tranh tụng. Bản chất của tranh tụng là việc tranh luận giữa hai bên có lập trường tương phản nhau, yêu cầu tòa án làm trọng tài phân xử. Thẩm phán là người điều hành xét hỏi là đúng, nhưng nếu thẩm phán là người hỏi trước, hỏi chính thì vô hình trung đã làm thay nhiệm vụ của KSV trong việc làm rõ chứng cứ buộc tội tại phiên tòa và làm mất đi vị trí là người trọng tài trung lập. Hoạt động tranh tụng tại phiên tòa của KSV là một trong những điểm nhấn thể hiện vai trò của KSV giữ quyền công tố tại phiên tòa, thể hiện sự phân định các chức năng tố tụng (chức năng buộc tội, chức năng gỡ tội, chức năng xét xử) nên cần phải xác định rõ nhiệm vụ của KSV theo hướng: KSV phải là người thực hiện xét hỏi chính, hỏi trước, chủ tọa phiên tòa chỉ giữ vai trò là người điều khiển việc xét hỏi đúng với chức năng xét xử. Chính vì vậy, các tác giả đề xuất sửa đổi quy định về trình tự xét hỏi tại Điều 307 BLTTHS năm 2015 như sau:

“Điều 307. Trình tự xét hỏi

1. Hội đồng xét xử phải xác định đầy đủ những tình tiết về từng sự việc, từng tội trong vụ án và từng người. Chủ tọa phiên tòa điều hành việc hỏi.

2. Khi xét hỏi từng người, *chủ tọa phiên tòa quyết định để kiểm sát viên và người bào chữa hỏi trước, sau đó đến người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự thực hiện việc hỏi. Thẩm phán, hội thẩm hỏi thêm những vấn đề còn chưa rõ để làm sáng tỏ các tình tiết của vụ án.*

Người tham gia tố tụng tại phiên tòa có quyền đề nghị chủ tọa phiên tòa hỏi thêm về những tình tiết cần làm sáng tỏ.

Người giám định, người định giá tài sản được hỏi về những vấn đề có liên quan đến việc giám định, định giá tài sản.

3. Khi xét hỏi, Hội đồng xét xử, *kiểm sát viên, người bào chữa, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự* xem xét vật chứng có liên quan đến vụ án”.

Về thẩm quyền của Viện kiểm sát khi luận tội tại phiên tòa xét xử sơ thẩm vụ án hình sự

Điều 15 BLTTHS năm 2015 quy định trách nhiệm chứng minh tội phạm thuộc về các cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng. Nhiệm vụ chứng minh tội phạm đặt ra yêu cầu cho các cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng là phải xác định sự thật vụ án một cách khách quan, toàn diện, đầy đủ, làm rõ chứng cứ xác định có tội và chứng cứ xác định vô tội của người bị buộc tội. Tuy nhiên, ở giai đoạn điều tra, cơ quan điều tra (CQĐT) không phải ra quyết định thay đổi quyết định khởi tố vụ án, quyết định thay đổi quyết định khởi tố bị can trong trường hợp thay đổi từ khoản nhẹ hơn sang khoản nặng hơn trong cùng một điều luật¹. Ở giai đoạn xét xử, tòa án có thể xét xử bị cáo theo khoản khác với khoản mà VKS đã truy tố trong cùng một điều luật (bao gồm cả trường hợp khoản khác nặng hơn khoản đã truy tố), thậm chí có thể xét xử theo tội nặng hơn tội mà VKS đã truy tố

¹ Viện kiểm sát nhân dân tối cao (2018), *Thông tư liên tịch số 04/2018/TTLT-VKSTC-BCA-BQP ngày 19/10/2018 về quan hệ phối hợp giữa Cơ quan điều tra và Viện kiểm sát trong việc thực hiện một số quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự.*

(sau khi đã trả hồ sơ cho VKS truy tố lại nhưng VKS vẫn giữ nguyên quan điểm truy tố ban đầu)². Tuy nhiên, VKS lại không được kết luận theo khoản khác nặng hơn khoản đã truy tố, không được kết luận theo tội khác nặng hơn tội đã truy tố, dù kết quả xét hỏi, tranh luận tại phiên tòa có thể làm thay đổi nhận thức về hành vi phạm tội so với thời điểm truy tố. Điều này vô hình trung đã làm mất đi tính khách quan trong hoạt động chứng minh của VKS, khiến cho hoạt động THQCT của VKS bị phụ thuộc vào kết quả điều tra của CQĐT và hoạt động xét xử của tòa án. Cụ thể là, khoản 1 Điều 266 BLTTHS năm 2015 không đề cập đến thẩm quyền của KSV khi luận tội tại phiên tòa có thể kết luận về khoản khác nhẹ hơn hoặc nặng hơn khoản mà VKS đã truy tố trong cùng một điều luật. Hơn nữa, điểm c khoản 1 Điều 266 BLTTHS năm 2015 quy định VKS có quyền “*kết luận về tội khác bằng hoặc nhẹ hơn*”, nhưng khoản 3 Điều 321 BLTTHS năm 2015 (luận tội của KSV) và khoản 1 Điều 325 BLTTHS năm 2015 (xem xét việc rút quyết định truy tố hoặc kết luận về tội nhẹ hơn tại phiên tòa) lại chỉ quy định về việc KSV có thể kết luận về tội nhẹ hơn mà không có quy định nào về việc KSV có thể kết luận về tội khác bằng với tội đã truy tố. Trong khi đó, khoản 3 Điều 25 Quy chế thực hành quyền công tố và kiểm sát xét xử ban hành kèm theo Quyết định số 505/QĐ-VKSTC ngày 18/12/2017 của Viện trưởng Viện kiểm sát tối cao lại quy định về việc KSV có thể kết luận về khoản khác nhẹ hơn hoặc nặng hơn khoản mà VKS đã truy tố trong cùng một điều luật. Điều này tạo nên sự không thống nhất trong quy định của

pháp luật tố tụng hình sự Việt Nam về THQCT của KSV tại phiên tòa XXSTVAHS. Mặt khác, việc quy định rõ các hướng kết luận trong luận tội sẽ là cơ sở quan trọng để KSV tiến hành việc tranh luận trong phần tiếp theo bởi vì những gì không được nêu trong bản luận tội thì không thuộc phạm vi tranh luận của KSV.

Để đảm bảo tính thống nhất giữa các văn bản tố tụng hình sự, đảm bảo thực hiện đúng chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của VKS khi THQCT trong giai đoạn xét xử, các tác giả kiến nghị bổ sung quy định tại điểm c khoản 1 Điều 266 BLTTHS năm 2015 về việc KSV tại phiên tòa có thể “*kết luận về khoản khác nhẹ hơn hoặc nặng hơn khoản mà VKS đã truy tố trong cùng một điều luật*” và bổ sung thêm quy định tại Điều 321 BLTTHS năm 2015 (luận tội của KSV) về việc KSV có thể *kết luận về tội khác bằng với tội mà Viện kiểm sát đã truy tố, về một khoản khác nhẹ hơn hoặc nặng hơn trong cùng điều luật* để phù hợp với quy định tại điểm c khoản 1 Điều 266 BLTTHS năm 2015.

Về giới hạn xét xử của tòa án

Quy định về giới hạn xét xử tại Điều 298 BLTTHS năm 2015 cho phép tòa án xét xử theo tội danh khác nặng hơn tội danh mà VKS đã truy tố một mặt thể hiện tính độc lập trong hoạt động xét xử của tòa án, nhưng mặt khác lại ảnh hưởng không nhỏ đến hoạt động THQCT của VKS tại phiên tòa XXSTVAHS. Về nguyên tắc, tòa án chỉ xét xử những bị cáo và hành vi mà VKS đã truy tố và tòa án đã quyết định đưa ra xét xử, nhưng tòa án cũng có thể xét xử theo tội danh khác bằng hoặc nhẹ hơn tội danh mà VKS đã truy tố, hoặc xét xử theo khoản khác với khoản mà VKS đã truy tố trong

² Khoản 2, 3 Điều 298 BLTTHS năm 2015.

cùng một điều luật. Quy định về giới hạn xét xử này đã được ghi nhận ngay từ BLTTHS năm 1988, BLTTHS năm 2003 và BLTTHS năm 2015 tiếp tục kế thừa. Tuy nhiên, BLTTHS năm 2015 bổ sung thêm quy định: Nếu có căn cứ để xét xử bị cáo theo tội khác nặng hơn tội mà VKS đã truy tố thì tòa án trả hồ sơ cho VKS truy tố lại, nếu VKS vẫn giữ tội danh đã truy tố thì tòa án có quyền xét xử bị cáo về tội danh nặng hơn đó. Như vậy, nếu tòa án xét xử theo tội danh khác nặng hơn, mà tội danh nặng hơn đó vượt quá thẩm quyền xét xử của tòa án cấp dưới, trong khi VKS vẫn giữ nguyên tội danh đã truy tố thì vụ án được chuyển cho tòa án cấp trên để xét xử theo thủ tục nào? VKS cấp trên sẽ giữ nguyên quan điểm truy tố của VKS cấp dưới hay truy tố lại theo tội danh mà tòa án quyết định đưa vụ án ra xét xử? Thực tế cho thấy, từ khi BLTTHS năm 2015 có hiệu lực thi hành đến nay, chưa có trường hợp nào tòa án xét xử theo tội danh nặng hơn tội danh mà VKS đã truy tố và đặc biệt lại vượt quá thẩm quyền của tòa án cấp dưới, nên chưa có vướng mắc trên thực tiễn. Nhưng, rõ ràng quy định hiện hành về giới hạn xét xử sẽ ảnh hưởng không nhỏ đến hoạt động THQCT của VKS trong trường hợp tòa án xét xử theo tội danh nặng hơn tội danh mà VKS đã truy tố.

Về vấn đề này, các tác giả cho rằng, nếu vụ án không còn thuộc thẩm quyền xét xử của mình thì tòa án đang thụ lý hồ sơ không thể tiếp tục xét xử được và phải chuyển vụ án cho tòa án có thẩm quyền để tiếp tục giải quyết vụ án. Như vậy, nếu xác định vụ án không còn thuộc thẩm quyền của mình nữa mà thuộc thẩm quyền của tòa án cấp trên thì tòa án đang thụ lý hồ sơ phải chuyển vụ án lên tòa án cấp trên để xét xử theo đúng thẩm

quyền. Việc chuyển vụ án trong giai đoạn xét xử được quy định tại Điều 274 BLTTHS năm 2015. Căn cứ theo quy định tại khoản 1 Điều 274 BLTTHS năm 2015, tòa án đang thụ lý hồ sơ không chuyển trực tiếp cho tòa án có thẩm quyền mà phải trả hồ sơ cho VKS đã truy tố để chuyển đến VKS có thẩm quyền truy tố. Quy định này là hoàn toàn hợp lý, bởi vì nếu tòa án tự mình chuyển hồ sơ vụ án cho tòa án cấp trên xét xử theo đúng thẩm quyền thì sẽ phát sinh hai vấn đề: Một là, tòa án cấp trên không thể sử dụng cáo trạng cũ để xét xử tại phiên tòa; hai là, VKS cùng cấp với tòa án cấp trên không phải là chủ thể ban hành cáo trạng truy tố, cũng không phải được ủy quyền công tố nên không có quyền THQCT tại phiên tòa³. Vì vậy, ngoài việc quy định rõ tòa án phải trả hồ sơ cho VKS đã truy tố để chuyển cho VKS có thẩm quyền truy tố làm lại cáo trạng và THQCT theo đúng thẩm quyền thì Điều 274 BLTTHS năm 2015 cũng quy định rõ trách nhiệm phối hợp của VKS với tòa án là: “Khi xét thấy vụ án vẫn thuộc thẩm quyền xét xử của tòa án đã trả hồ sơ thì VKS chuyển lại hồ sơ vụ án đến tòa án kèm theo văn bản nêu rõ lý do, nếu tòa án xét thấy vụ án vẫn không thuộc thẩm quyền xét xử của mình thì việc giải quyết tranh chấp thẩm quyền xét xử thực hiện theo Điều 275 của BLTTHS năm 2015. VKS phải thực hiện theo quyết định của tòa án có thẩm quyền”.

³ TS. Phan Thị Thanh Mai, (2019), “*Thẩm quyền xét xử sơ thẩm vụ án hình sự trong Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015*”, chuyên đề Đề tài nghiên cứu khoa học cấp trường “*Thủ tục xét xử sơ thẩm vụ án hình sự theo Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015*” (Chủ nhiệm: TS. Vũ Gia Lâm, Đại học Luật Hà Nội, nghiệm thu tháng 6/2019, tr.150.

Liên hệ quy định tại khoản 2, 3 Điều 298 BLTTHS năm 2015 với quy định tại Điều 274 BLTTHS năm 2015 thì có thể hiểu như sau: Nếu có căn cứ để xét xử theo tội danh khác nặng hơn hoặc theo khoản khác nặng hơn trong cùng tội danh mà VKS đã truy tố mà tội danh khác hoặc khoản khác nặng hơn làm thay đổi thẩm quyền xét xử của tòa án thì tòa án phải trả lại hồ sơ cho VKS đã truy tố để VKS chuyển đến VKS có thẩm quyền truy tố. Nếu VKS đồng ý với việc thay đổi tội danh hoặc điều khoản của tòa án thì chuyển hồ sơ cho VKS có thẩm quyền truy tố để tiếp tục giải quyết. Trong trường hợp VKS không đồng ý với việc thay đổi tội danh hoặc điều khoản của tòa án thì VKS chuyển lại hồ sơ vụ án đến tòa án kèm theo văn bản nêu rõ lý do; nếu tòa án xét thấy vụ án vẫn không thuộc thẩm quyền xét xử của mình thì việc giải quyết tranh chấp thẩm quyền xét xử thực hiện theo Điều 275 BLTTHS năm 2015, VKS phải thực hiện theo quyết định của tòa án có thẩm quyền. Như vậy, tòa án là cơ quan có quyền quyết định về việc giải quyết vụ án trong trường hợp quan điểm của VKS và tòa án không thống nhất với nhau. Điều này là hoàn toàn phù hợp với vị trí, vai trò của tòa án trong giai đoạn xét xử sơ thẩm vụ án hình sự. Tuy nhiên, nếu không có quy định cụ thể về vấn đề này sẽ dễ dẫn đến vướng mắc trên thực tiễn thi hành, hiện tượng “quyền anh”, “quyền tôi” khi tòa án quyết định đưa vụ án ra xét xử theo tội danh nặng hơn hoặc khoản khác nặng hơn trong cùng tội danh mà VKS đã truy tố, nhưng VKS không đồng ý và giữ nguyên tội danh đã truy tố. Vì vậy, để đảm bảo thống nhất nhận thức trong thực tiễn thi hành, đảm bảo giới hạn xét xử phù hợp với hoạt động THQCT của VKS trong giai

đoạn XXSTVAHS, các tác giả tán thành quan điểm cho rằng, cần phải bổ sung thêm quy định về việc thay đổi giới hạn xét xử dẫn đến thay đổi về thẩm quyền xét xử sẽ được giải quyết theo quy định tại Điều 274 BLTTHS năm 2015 về “Chuyển vụ án trong giai đoạn xét xử” như sau⁴:

“Điều 298. Giới hạn xét xử

...

4. Nếu việc thay đổi giới hạn xét xử dẫn đến việc thay đổi thẩm quyền xét xử thì giải quyết theo Điều 274 Bộ luật này”.

Những bất cập trong quy định của BLTTHS năm 2015 nêu trên có ảnh hưởng không nhỏ đến hoạt động THQCT của VKS ở giai đoạn XXSTVAHS trên thực tiễn thi hành, đặc biệt là quy định về giới hạn xét xử của tòa án. Việc quy định tòa án có thể xét xử theo tội khác nặng hơn tội mà VKS đã truy tố cũng còn nhiều ý kiến tranh luận, bởi vì việc xét xử theo tội khác nặng hơn tội mà VKS đã truy tố có thể dẫn đến vượt quá thẩm quyền của tòa án đang thụ lý vụ án, đồng thời thể hiện sự “lấn sân” của cơ quan tòa án đối với hoạt động THQCT của VKS tại phiên tòa. Vì vậy, để đảm bảo phân định rõ mối quan hệ giữa chức năng xét xử của tòa án và chức năng THQCT của VKS, đảm bảo các cơ quan tiến hành tố tụng thực hiện đúng vai trò, chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của mình trong tố tụng hình sự thì việc khắc phục một số bất cập trong quy định của BLTTHS năm 2015 là hoàn toàn cần thiết.

⁴ TS. Phan Thị Thanh Mai, (2019), “*Thẩm quyền xét xử sơ thẩm vụ án hình sự trong Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015*”, chuyên đề Đề tài nghiên cứu khoa học cấp trường “Thủ tục xét xử sơ thẩm vụ án hình sự theo Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015” (Chủ nhiệm: TS. Vũ Gia Lâm, Đại học Luật Hà Nội, nghiệm thu tháng 6/2019, tr.153.

QUYỀN CỦA CHỦ THỂ CÓ QUYỀN HƯỞNG DỤNG THEO QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015

*Nguyễn Thanh Phúc**

Tóm tắt: *Quyền hưởng dụng là một chế định pháp luật mới, lần đầu tiên được ghi nhận chính thức trong Bộ luật Dân sự năm 2015. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích một số nội dung liên quan đến quyền của chủ thể có quyền hưởng dụng, từ đó đưa ra cách hiểu thống nhất cho điều luật; những bất cập, hạn chế và kiến nghị hoàn thiện quy định về quyền hưởng dụng.*

Abstract: *Usufruct right is a novel legal institution, which is first officially recognized in the Civil Code of 2015. Within the scope of this article, the author analyzes a number of contents relating to usufruct rights, thereby provides an uniform understanding of legal provisions, inadequacies, limitations and recommendations to improve regulations on usufruct right.*

Đặt vấn đề

Bộ luật Dân sự năm 2015 (BLDS 2015) quy định về quyền sở hữu, quyền khác đối với tài sản theo hướng tách bạch quan hệ thực tế của người chiếm hữu với tài sản và quan hệ của chủ sở hữu với chủ thể có quyền khác đối với tài sản khi có lợi ích trên cùng một tài sản. Bên cạnh việc kế thừa quy định về quyền sở hữu, BLDS 2015 bổ sung chế định quyền khác đối với tài sản, bao gồm: Quyền hưởng dụng, quyền đối với bất động sản liền kề và quyền bề mặt. Trong đó, BLDS 2015 lần đầu tiên ghi nhận về quyền hưởng dụng và quyền bề mặt. BLDS 2015 đã dành 10 điều (từ Điều 257 đến Điều 266) để quy định các nội dung liên quan đến quyền hưởng dụng.

1. Khái niệm quyền hưởng dụng

Thuật ngữ “*quyền hưởng dụng*” đã được ghi nhận trong pháp luật của Nhà nước La Mã cổ đại. Pháp luật thời kỳ này coi quyền sở hữu là một loại quyền được bảo vệ tuyệt đối. Chủ sở hữu một tài sản

được thực hiện tất cả các quyền đối với tài sản của mình như: Nắm giữ, quản lý, định đoạt tài sản... Tuy nhiên, trong một số trường hợp, chủ thể không phải là chủ sở hữu tài sản vẫn có những quyền và lợi ích nhất định trên tài sản của chủ sở hữu, gọi là dịch quyền. Dịch quyền bao gồm dịch quyền thuộc người (personal servitudes) và dịch quyền thuộc vật (real servitude hay predial servitude). Dịch quyền thuộc người thể hiện mối quan hệ giữa chủ thể và tài sản, trong đó một tài sản “gánh chịu dịch quyền hay dịch lụy” để phục vụ cho lợi ích của một người¹. Dịch quyền thuộc người bao gồm: Quyền hưởng dụng (usufruct), quyền sử dụng (use), quyền ngụ cư (inhabitation), quyền thuê dài hạn (emphyteusis) và quyền bề mặt (superficies). Quyền hưởng dụng là một quyền đối vật có thời hạn trên tài sản của người khác, nó bao gồm quyền được khai thác công dụng và hưởng hoa lợi, lợi tức từ

* ThS., Khoa Khoa học quản lý, Trường Đại học Thủ Dầu Một.

¹ Lê Thu Trang (2017), *Tiếp nhận Luật La Mã trong việc xây dựng chế định vật quyền ở Việt Nam hiện nay*, Luận văn thạc sĩ, Hà Nội, tr.45.

vật thuộc quyền sở hữu của người khác². Nhiều quốc gia trên thế giới cũng ghi nhận quyền này trong pháp luật, chủ yếu là các quốc gia theo hệ thống luật châu Âu lục địa. Ở Việt Nam, quyền này cũng được ghi nhận trong pháp luật dân sự Việt Nam trước năm 1945 (Bộ Dân luật giản yếu Nam Kỳ năm 1883, Bộ Dân luật Bắc Kỳ năm 1931, Bộ Dân luật Trung Kỳ năm 1936 - 1939, Bộ Dân luật của Việt Nam Cộng hòa năm 1972). Trước BLDS 2015, pháp luật dân sự không ghi nhận chính thức “quyền hưởng dụng”, nhưng có một số quyền khác về bản chất tương tự như “quyền hưởng dụng”: Quyền sử dụng, hưởng hoa lợi, lợi tức từ tài sản trong trường hợp hạn chế phân chia di sản thừa kế; quyền sử dụng, hưởng hoa lợi, lợi tức đối với đất đai hoặc các tài nguyên thiên nhiên khác thuộc sở hữu toàn dân; quyền lưu cư của vợ hoặc chồng khi ly hôn...

Theo BLDS 2015, *quyền hưởng dụng là quyền của chủ thể được khai thác công dụng và hưởng hoa lợi, lợi tức đối với tài sản thuộc quyền sở hữu của chủ thể khác trong một thời hạn nhất định* (Điều 257). Như vậy, quyền hưởng dụng được hiểu là quyền khai thác công dụng và hưởng hoa lợi, lợi tức đối với tài sản của một chủ thể không phải là chủ sở hữu tài sản. Quyền này chỉ tồn tại trong một thời hạn nhất định mà không phải là tồn tại vĩnh viễn. Để hiểu rõ hơn quyền này, tác giả đưa ra ví dụ sau đây:

Anh A và anh B là anh, em ruột. Anh A định cư ở Hoa Kỳ nên anh A cho anh B quyền hưởng dụng căn nhà thuộc quyền sở hữu của mình. Trong thời hạn của quyền hưởng dụng, anh B chỉ có quyền quản lý, sử dụng, khai thác công dụng của căn nhà để ở hoặc kinh doanh mà không có quyền bán,

tặng cho, góp vốn, thế chấp... căn nhà đó, vì căn nhà vẫn là tài sản thuộc sở hữu của anh A.

Khi so sánh khái niệm quyền này với quyền sử dụng, chúng ta thấy có một khác biệt là khái niệm quyền sử dụng³ không có cụm từ “*đối với tài sản thuộc quyền sở hữu của chủ thể khác trong một thời hạn nhất định*”. Điều đó có nghĩa, chủ thể có quyền sử dụng không chỉ là chủ sở hữu, mà có thể là chủ thể khác không phải là chủ sở hữu. Còn chủ thể có quyền hưởng dụng không bao giờ là chủ sở hữu đối với tài sản đó. Tuy nhiên, nếu chúng ta giới hạn chủ thể có quyền sử dụng là chủ thể khác không phải là chủ sở hữu tài sản thì căn cứ vào khái niệm, chúng ta không thể phân biệt được quyền hưởng dụng và quyền sử dụng của người thuê, thuê khoán, mượn trong hợp đồng thuê, thuê khoán, mượn tài sản; mà cần dựa vào các tiêu chí về thời hạn, hiệu lực, căn cứ xác lập... đối với các quyền nêu trên để phân biệt chúng.

Tính chất tuyệt đối của quyền hưởng dụng thể hiện thông qua việc chủ thể có quyền hưởng dụng thực hiện quyền của mình “*định đoạt tài sản nhưng không được làm thay đổi quyền hưởng dụng đã được xác lập*” mà tất cả mọi người, thậm chí chủ sở hữu tài sản cũng không được xâm phạm “*không được cản trở, thực hiện hành vi khác gây khó khăn hoặc xâm phạm đến quyền, lợi ích hợp pháp của người hưởng dụng...*” (Điều 263 BLDS 2015). Ngoài ra, tính chất tuyệt đối còn thể hiện ở việc chủ thể có quyền hưởng dụng có thể cho phép hoặc ngăn cấm các chủ thể khác tiếp cận, khai thác, sử dụng hay hưởng hoa lợi, lợi

² Trường Đại học Luật Hà Nội (2003), *Giáo trình Luật La Mã*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, tr.80.

³ “*Quyền sử dụng là quyền khai thác công dụng, hưởng hoa lợi, lợi tức từ tài sản*” (Điều 189 BLDS 2015).

tức do đối tượng của quyền hưởng dụng mang lại (khoản 1 Điều 261 BLDS 2015).

2. Đối tượng của quyền hưởng dụng

Theo Điều 105 BLDS 2015, tài sản bao gồm: Vật, tiền, giấy tờ có giá và quyền tài sản; tài sản có thể là bất động sản và động sản; bất động sản và động sản có thể là tài sản hiện có và tài sản hình thành trong tương lai. *Câu hỏi đặt ra là đối tượng của quyền hưởng dụng có phải là tất cả các loại tài sản không? Có quan điểm cho rằng, đối tượng của quyền hưởng dụng là vật và vật không tiêu hao: “Quyền hưởng dụng chỉ có thể được xác lập trên vật không tiêu hao”⁴. Tuy nhiên, một số chuyên gia khác lại cho rằng, đối tượng của quyền hưởng dụng là tất cả các loại tài sản: “Khi bàn về đối tượng của quyền hưởng dụng, các chuyên gia về tài sản của Pháp khẳng định quyền hưởng dụng có thể được xác lập đối với tất cả các loại tài sản, động sản hay bất động sản. Quyền hưởng dụng có thể có đối tượng không chỉ là vật hữu hình mà còn cả quyền vô hình như quyền đòi nợ, quyền tác giả, sáng chế, sản nghiệp thương mại..”⁵; “Tài sản đối tượng của quyền hưởng dụng có thể là bất động sản hoặc động sản”⁶; “Trong thực tiễn xét xử, bên cạnh việc ghi nhận quyền hưởng dụng đối với bất động sản là nhà đất (một dạng vật), tòa án Pháp còn ghi nhận quyền hưởng dụng đối với đối tượng khác như quyền đòi nợ, cổ phần, cổ phiếu,*

một khoản tiền”⁷; “Quyền hưởng dụng có thể được thiết lập trên tất cả các loại tài sản: Bất động sản hữu hình, bất động sản vô hình, động sản hữu hình hoặc động sản vô hình. Quyền hưởng dụng có thể được thiết lập trên một công ty hay một quyền đối nhân khác”⁸... Đây là các loại tài sản ở Việt Nam. Tất cả các loại tài sản nêu trên có thể là tài sản tiêu hao hoặc không tiêu hao: “Quyền hưởng dụng được thiết lập trên cả tài sản tiêu hao và tài sản không tiêu hao”⁹; “Đặc biệt nhà làm luật cũng chấp nhận việc xác lập quyền hưởng dụng trên cả tài sản tiêu hao và tài sản không tiêu hao”¹⁰; “Có thể thấy rằng, đối tượng của quyền hưởng dụng có thể là tất cả các loại tài sản chứ không chỉ đơn thuần là vật không tiêu hao như đối tượng của các hợp đồng chuyển giao quyền sử dụng (hợp đồng thuê hoặc mượn tài sản)”¹¹. Pháp luật của một số quốc gia cũng ghi nhận đối tượng của quyền hưởng dụng là tất cả các loại tài sản, bao gồm cả tài sản tiêu hao¹².

⁴ Nguyễn Văn Cừ và Trần Thị Huệ (chủ biên) (2017), *Bình luận khoa học BLDS 2015*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, tr.420 và 423.

⁵ Đỗ Văn Đại (2017), “Đối tượng của quyền hưởng dụng trong pháp luật Việt Nam”, <http://www.fdv.vn/tai-lieu-phap-luat/doi-tuong-cua-quyen-huong-dung-trong-phap-luat-viet-nam/>, truy cập ngày 04/02/2020.

⁶ Nguyễn Ngọc Điện (2017), “Những điểm mới về quyền sở hữu và các quyền khác đối với tài sản trong Bộ luật Dân sự năm 2015”, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, số 07(335), tháng 4/2017, tr.12.

⁷ Đỗ Văn Đại (2017), “Quyền hưởng dụng nhìn từ pháp luật về bồi thường thiệt hại”, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, số 07(335), tháng 4/2017, tr.20.

⁸ Ngô Huy Cương (2010), “Ý tưởng về chế định quyền hưởng dụng trong Bộ luật Dân sự tương lai của Việt Nam”, <https://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2010/09/24/5228/>, truy cập ngày 04/02/2020.

⁹ Ngô Huy Cương (2010), t.lđđ.

¹⁰ Nguyễn Hồng Hải (2018), “Vài nét về quyền hưởng dụng trong Bộ luật Dân sự năm 2015”, <https://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2018/10/03/vai-net-ve-quyen-huong-dung-trong-bo-luat-dan-su-na-m-2015/>, truy cập ngày 04/02/2020.

¹¹ Nguyễn Minh Oanh (chủ biên) (2018), *Vật quyền trong pháp luật dân sự Việt Nam hiện đại*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, tr.265.

¹² “Nếu quyền thu hoa lợi bao gồm những vật tiêu hao như tiền, thóc, lúa, hạt, rượu thì người thu hoa lợi có thể dùng, nhưng khi quyền thu hoa lợi hết thì phải hoàn trả bằng hiện vật...” (Điều 587 Bộ luật Dân sự Pháp - Nhà pháp luật Việt - Pháp (1998), *Bộ luật Dân sự Pháp*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr.177); trong quy định của Bang Louisiana (Hoa Kỳ)

Tác giả thống nhất với quan điểm cho rằng, đối tượng của quyền hưởng dụng là tất cả các loại tài sản theo pháp luật Việt Nam, bởi vì khái niệm về quyền hưởng dụng đã thể hiện rõ đối tượng của quyền hưởng dụng là tài sản, mà không chỉ giới hạn là “vật” (tài sản) và “vật không tiêu hao”, “... là quyền của chủ thể được khai thác công dụng và hưởng hoa lợi, lợi tức đối với tài sản...” (Điều 257 BLDS 2015). Khi chấm dứt quyền hưởng dụng, chủ thể có quyền hưởng dụng có nghĩa vụ hoàn trả tài sản cho chủ sở hữu, trừ trường hợp chủ sở hữu và chủ thể có quyền hưởng dụng có thỏa thuận khác hoặc luật có quy định khác. Tài sản ở đây phải được hiểu là tài sản đặc định hoặc cùng loại, vì đối với tài sản tiêu hao thì sẽ không còn tồn tại vào thời điểm hoàn trả. Do đó, chủ thể có quyền hưởng dụng chỉ có thể hoàn trả tài sản cùng loại.

3. Quyền của chủ thể có quyền hưởng dụng

Với khái niệm về quyền hưởng dụng, chúng ta thấy chủ thể có quyền hưởng dụng có “quyền khai thác công dụng và hưởng hoa lợi, lợi tức” đối với tài sản thuộc quyền sở hữu của chủ thể khác trong một thời hạn nhất định. Nội dung này được cụ thể hóa tại khoản 1 Điều 261 BLDS 2015, theo đó, chủ thể có quyền hưởng dụng có những quyền sau đây:

3.1. Tự mình khai thác, sử dụng, thu hoa lợi, lợi tức từ đối tượng của quyền hưởng dụng

Điều đó có nghĩa, chủ thể có quyền hưởng dụng là chủ sở hữu của hoa lợi, lợi

tức phát sinh từ tài sản là đối tượng của quyền hưởng dụng trong thời hạn có hiệu lực của quyền hưởng dụng. Trên thực tế, để tạo ra hoa lợi, lợi tức có chất lượng tốt đòi hỏi chủ thể có quyền hưởng dụng phải đầu tư nhiều công sức, tiền bạc, cũng như thời gian chăm sóc, phát triển đối với tài sản là đối tượng của quyền hưởng dụng. Do đó, nếu quyền hưởng dụng chấm dứt mà chưa đến kỳ hạn thu hoa lợi, lợi tức thì chủ thể này vẫn được hưởng giá trị của hoa lợi, lợi tức thu được tương ứng với thời hạn có hiệu lực của quyền hưởng dụng. Tuy nhiên, để chủ thể này có thể hưởng lợi tức từ tài sản là chứng khoán, vốn góp trong doanh nghiệp thì trong tương lai, pháp luật về chứng khoán, doanh nghiệp phải có quy định cụ thể về quy chế pháp lý dành cho chủ thể này. Bên cạnh đó, chủ thể có quyền hưởng dụng có quyền khai thác tài sản là đối tượng của quyền hưởng dụng.

3.2. Cho phép người khác khai thác, sử dụng, thu hoa lợi, lợi tức từ đối tượng của quyền hưởng dụng

Trong một số trường hợp, chủ thể có quyền hưởng dụng vì lý do nào đó không thể tự mình khai thác, sử dụng, thu hoa lợi, lợi tức từ tài sản thì có thể cho phép người khác thực hiện quyền này. Việc “cho phép” có thể được hiểu thông qua “ủy quyền” của chủ thể có quyền hưởng dụng và người khác. Vấn đề đặt ra là việc cho phép này có thể thông qua “cho thuê”, “cho mượn”, “mua, bán” (chuyển nhượng) hoặc dùng quyền hưởng dụng để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ dân sự không? Bởi nếu hiểu như trên thì quy định tại khoản 3 Điều 261 BLDS 2015 (cho thuê quyền hưởng dụng đối với tài sản) là không cần thiết và bị trùng lặp với quy định này. Vấn đề “cho phép” có được hiểu là “cho thuê”, “cho

thì đối tượng của quyền hưởng dụng có thể là tài sản tiêu hao “If the things subject to the usufruct are consumables, the usufructuary becomes owner of them...” (Điều 538 Bộ luật Dân sự Louisiana, <https://law.justia.com/codes/louisiana/2017/code-civil/code/cc-538/>, truy cập ngày 06/02/2020).

mượn” hay không sẽ được giải thích ở nội dung khác.

Một số quan điểm nhận định cụm từ “cho phép” ở đây không bao gồm mua, bán (chuyển nhượng) hoặc dùng quyền hưởng dụng để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ dân sự: “...trong bối cảnh hiện tại khi mà vẫn còn có quan ngại về việc chủ sở hữu, người khác liên quan đến chủ sở hữu chịu nhiều rủi ro do người được chuyển nhượng hoặc nhận cầm cố, thế chấp quyền hưởng dụng có thể lạm dụng quyền mà gây thiệt hại cho chủ sở hữu tài sản thì quy định như Bộ luật cũng là phần hợp lý”¹³, “theo như quy định tại Điều 257 BLDS năm 2015 thì có thể hiểu rằng, quyền hưởng dụng là quyền của người được nắm giữ, sử dụng tài sản nhưng họ không có quyền quyết định, định đoạt tài sản đó, có nghĩa là người này không phải là chủ sở hữu”¹⁴.

Để trả lời câu hỏi nêu trên cần xuất phát từ đối tượng “quyền hưởng dụng”. Quyền hưởng dụng được xác định là quyền tài sản, một trong các loại tài sản theo pháp luật Việt Nam¹⁵. Chủ thể có quyền hưởng dụng có quyền định đoạt loại tài sản này (quyền hưởng dụng) trong phạm vi pháp luật cho phép, mà pháp luật chưa có quy định nào hạn chế quyền định đoạt đối với loại tài sản là “quyền hưởng dụng”. Chính vì vậy, tác giả cho rằng, cụm từ “cho phép” nên được hiểu theo hướng “tặng cho, chuyển nhượng hoặc thông qua các giao dịch dân sự khác”. Tuy nhiên, tùy vào từng trường hợp, chủ sở hữu và chủ thể có quyền hưởng dụng có thể

thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác. Nhận định này cũng phù hợp với quan điểm của một chuyên gia: “Quy định về quyền hưởng dụng không được phép chuyển nhượng chỉ phù hợp với “quyền dụng ích cá nhân” là một quyền hưởng dụng mang tính pháp định mà thôi”¹⁶ và pháp luật dân sự của Pháp: “Người thu hoa lợi có thể tự mình hưởng dụng hoặc có thể cho thuê, thậm chí có thể bán hoặc nhượng lại quyền thu hoa lợi của mình...” (Điều 595)¹⁷.

Ngoài ra, việc cho phép người khác khai thác, sử dụng, thu hoa lợi, lợi tức chỉ được thực hiện trong thời hạn có hiệu lực của quyền hưởng dụng và không trái với thỏa thuận giữa chủ sở hữu và chủ thể có quyền hưởng dụng, ý chí của chủ sở hữu (theo di chúc), cũng như không trái với quy định của pháp luật.

3.3. Yêu cầu chủ sở hữu tài sản thực hiện nghĩa vụ sửa chữa đối với tài sản để bảo đảm không bị suy giảm đáng kể dẫn tới tài sản không thể sử dụng được hoặc mất toàn bộ công dụng, giá trị của tài sản; trường hợp thực hiện nghĩa vụ thay cho chủ sở hữu tài sản thì có quyền yêu cầu chủ sở hữu tài sản hoàn trả chi phí (khoản 2 Điều 261 BLDS 2015)

Như vậy, trong quá trình sử dụng tài sản là đối tượng của quyền hưởng dụng, chủ thể này chỉ có thể yêu cầu chủ sở hữu tài sản thực hiện nghĩa vụ sửa chữa đối với những trường hợp nêu trên, còn những trường hợp khác thì chủ thể có quyền hưởng dụng phải tự thực hiện. Cụ thể, chủ thể có quyền hưởng dụng phải thực hiện một số hành vi bảo dưỡng, sửa chữa tài sản theo định kỳ để bảo đảm tài sản được sử dụng bình thường;

¹³ Nguyễn Hồng Hải (2018), t.lđđ.

¹⁴ Mai Hùng Nhân (2016), “Quyền hưởng dụng – quyền mới trong BLDS năm 2015”, <http://kiemsat.vn/quyen-huong-dung-8211-quyen-moi-trong-blds-nam-2015-46112.html>, truy cập ngày 06/02/2020.

¹⁵ Quyền hưởng dụng gắn liền với tài sản, có thể chuyển giao nhưng có thời hạn (theo thời hạn của quyền hưởng dụng).

¹⁶ Nguyễn Minh Oanh (chủ biên) (2018), t.lđđ, tr.284.

¹⁷ Nhà pháp luật Việt - Pháp (1998), *Bộ luật Dân sự Pháp*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr.178.

khôi phục tình trạng của tài sản và khắc phục các hậu quả xấu đối với tài sản do việc không thực hiện tốt nghĩa vụ của mình phù hợp với yêu cầu kỹ thuật hoặc theo tập quán về bảo quản tài sản. Nếu chủ thể có quyền hưởng dụng đã yêu cầu chủ sở hữu tài sản thực hiện nghĩa vụ sửa chữa đối với tài sản (trong trường hợp chủ sở hữu có nghĩa vụ sửa chữa tài sản) mà chủ sở hữu tài sản không thực hiện thì chủ thể có quyền hưởng dụng tự sửa chữa và có quyền yêu cầu chủ sở hữu tài sản hoàn trả chi phí. Tuy điều luật không quy định thời điểm để chủ thể có quyền hưởng dụng yêu cầu chủ sở hữu hoàn trả, nhưng chúng ta có thể hiểu theo hướng thời điểm này được xác định sau khi chủ thể có quyền hưởng dụng đã tự sửa chữa tài sản.

3.4. Cho thuê quyền hưởng dụng đối với tài sản trong thời hạn của quyền hưởng dụng

Quyền này không chỉ được quy định tại khoản 3 Điều 261 BLDS 2015, mà còn được quy định tại khoản 2 Điều 260 BLDS 2015, trong khi tiêu đề của Điều 260 là “Thời hạn của quyền hưởng dụng”. Quy định này vừa không phù hợp với tiêu đề Điều luật, vừa bị trùng lặp với Điều luật khác. Tác giả cho rằng, nên bỏ quy định tại khoản 2 Điều 260 BLDS 2015 vì nội dung này đã được thể hiện tại khoản 3 Điều 261 BLDS 2015.

Trong nội dung quyền này, chúng ta phải hiểu là chủ thể của quyền hưởng dụng có quyền định đoạt đối với tài sản là quyền hưởng dụng thông qua việc cho thuê quyền hưởng dụng mà không cần có sự đồng ý của chủ sở hữu tài sản. Đây là điểm khác biệt tiếp theo giữa quyền hưởng dụng và quyền sử dụng. Chủ thể có quyền sử dụng (bên thuê) chỉ có quyền cho thuê lại tài sản mà mình đã thuê, nếu được bên cho thuê đồng ý (Điều 475 BLDS 2015). Trong khi đó, chủ

thể có quyền hưởng dụng có quyền cho thuê quyền hưởng dụng mà không cần có sự đồng ý của chủ sở hữu tài sản. Quy định này rất phù hợp với thực tế vì không phải trong mọi trường hợp, chủ thể của quyền hưởng dụng đều tự mình khai thác, sử dụng, thu hoa lợi, lợi tức từ đối tượng của quyền hưởng dụng. Nếu họ không thực hiện được quyền này thì họ có thể cho người khác thực hiện thay thông qua việc cho thuê quyền hưởng dụng. Hành vi “cho thuê quyền hưởng dụng” cũng được coi là “cho phép người khác khai thác, sử dụng, thu hoa lợi, lợi tức...”. Điều đó cho thấy, nội hàm của khoản 1 đã bao gồm khoản 3 Điều này và việc bỏ quy định tại khoản 3 Điều 261 BLDS 2015 là điều cần thiết.

3.5. Quyền hưởng hoa lợi, lợi tức (Điều 264 BLDS 2015)

Toàn bộ nội dung điều này thể hiện chủ thể có quyền hưởng hoa lợi, lợi tức là chủ thể có quyền hưởng dụng. Tuy nhiên, quyền này đã được quy định tại khoản 1 Điều 261 BLDS 2015 “*thu hoa lợi, lợi tức từ đối tượng của quyền hưởng dụng*”. Do vậy, tác giả kiến nghị nên gộp hai điều này thành một điều và quy định tại Điều 261 về “Quyền của người hưởng dụng”.

3.6. Bổ sung một số quyền khác đối với chủ thể có quyền hưởng dụng

Ngoài các quyền nêu trên, tác giả cho rằng, trên thực tế, chủ thể hưởng dụng còn có thể có một số quyền khác chưa được BLDS 2015 quy định, cần được bổ sung. Cụ thể là:

i) Quyền được bồi thường thiệt hại do tài sản là đối tượng của quyền hưởng dụng bị xâm phạm.

Khi tài sản là đối tượng của quyền hưởng dụng gây thiệt hại cho chủ thể khác trong thời hạn của quyền hưởng dụng thì

chủ thể có quyền hưởng dụng chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại¹⁸. Ngược lại, tài sản là đối tượng của quyền hưởng dụng bị thiệt hại do hành vi trái pháp luật của chủ thể khác gây ra thuộc trường hợp bồi thường thiệt hại do tài sản bị xâm phạm thì *chủ thể nào được bồi thường thiệt hại về tài sản? Chủ sở hữu hay chủ thể có quyền hưởng dụng?* Thiệt hại do tài sản bị xâm phạm bao gồm: Tài sản bị mất, bị hủy hoại hoặc bị hư hỏng; lợi ích gắn liền với việc sử dụng, khai thác tài sản bị mất, bị giảm sút; chi phí hợp lý để ngăn chặn, hạn chế và khắc phục thiệt hại và thiệt hại khác do luật quy định (Điều 589 BLDS 2015). Đối với trường hợp tài sản bị hư hỏng thì thiệt hại được xác định là những chi phí đã bỏ ra để sửa chữa, khôi phục lại tình trạng tài sản và những thiệt hại do giảm giá trị của tài sản đem lại¹⁹. Căn cứ quy định tại khoản 4 và 5 Điều 262 BLDS 2015 về nghĩa vụ của chủ thể có quyền hưởng dụng: “*Bảo dưỡng, sửa chữa tài sản theo định kỳ để bảo đảm cho việc sử dụng bình thường; khôi phục tình trạng của tài sản và khắc phục các hậu quả xấu đối với tài sản...*” và “*hoàn trả tài sản cho chủ sở hữu khi hết thời hạn hưởng dụng*” (hoàn trả theo tình trạng của tài sản khi tiếp nhận) thì có thể xác định chủ thể có

quyền hưởng dụng được bồi thường thiệt hại do tài sản bị hư hỏng vì chủ thể này phải bỏ ra chi phí để khôi phục tài sản trước khi hoàn trả tài sản cho chủ sở hữu. Đối với trường hợp tài sản bị mất hoặc bị hủy hoại thì quyền sở hữu đối với tài sản của chủ sở hữu chấm dứt (Điều 242 BLDS 2015) và quyền hưởng dụng của chủ thể có quyền hưởng dụng cũng chấm dứt (khoản 5 Điều 265 BLDS 2015). Hai chủ thể này đều không còn khả năng khai thác, sử dụng, thu hoa lợi, lợi tức từ tài sản. Vì vậy, sẽ là thuyết phục khi cả hai đều được bồi thường theo giá trị các quyền mà họ có đối với tài sản. Đây cũng là hướng mà thực tiễn xét xử của Tòa án Pháp đã thực hiện²⁰. Ngoài ra, có quan điểm khác cũng nhận định tương tự: “*...nếu chủ thể khác gây thiệt hại cho tài sản hưởng dụng thì người hưởng dụng nếu đã bỏ ra cho chi phí sửa chữa, bảo dưỡng tài sản sẽ là người được nhận khoản tiền bồi thường thiệt hại đó*”²¹. Bộ luật Dân sự và Thương mại Thái Lan cũng có quy định: “*...nếu không thể khôi phục, việc hưởng dụng tài sản kết thúc và khoản bồi thường phải được phân chia giữa chủ sở hữu và người hưởng dụng theo tỷ lệ tương ứng với các thiệt hại mà họ phải chịu*”²². Đối với

¹⁸ Trong thời hạn của quyền hưởng dụng, chủ thể có quyền hưởng dụng là người chiếm hữu, sử dụng tài sản (trừ trường hợp chủ thể này cho người khác thuê quyền hưởng dụng thì người thuê quyền hưởng dụng là người chiếm hữu, sử dụng tài sản). Khoản 3 Điều 584 BLDS 2015 quy định: “*Trường hợp tài sản gây thiệt hại thì chủ sở hữu, người chiếm hữu tài sản phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại, trừ trường hợp thiệt hại phát sinh theo quy định tại khoản 2 Điều này*”. Nội dung này cho thấy, chủ thể có quyền hưởng dụng mà đang chiếm hữu tài sản thì phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại.

¹⁹ Trường Đại học Luật thành phố Hồ Chí Minh (2017), *Giáo trình pháp luật về hợp đồng và bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng*, Nxb. Hồng Đức - Hội Luật gia Việt Nam, Hà Nội, tr.391.

²⁰ Đỗ Văn Đại (2017), “*Quyền hưởng dụng trong Bộ luật Dân sự năm 2015*”, <https://thongtinphapluat.dansu.edu.vn/2017/09/07/quyen-huong-dung-trong-bo-luat-dn-su-nam-2015/>, truy cập ngày 06/02/2020.

²¹ Trường Đại học Luật thành phố Hồ Chí Minh (2019), *Giáo trình pháp luật về tài sản, quyền sở hữu và thừa kế (tái bản có sửa đổi, bổ sung)*, Nxb. Hồng Đức - Hội Luật gia Việt Nam, Hà Nội, tr.317.

²² “... if restoration is impossible, the usufruct come to an end and the compensation must be divided between the owner and the usufructuary in proportion to the damages suffered by them respectively” (Section 1419 Civil and Commercial Code Thailand, <https://www.google.com.vn/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=2ahUKewi057yFv77nAhVGyYsBHQ3tASAQFjABegQIARAB&url=http%3A%2F%2Fwww.thailandntr.co>

trường hợp lợi ích gắn liền với việc sử dụng, khai thác tài sản bị mất, bị giảm sút; chi phí hợp lý để ngăn chặn, hạn chế và khắc phục thiệt hại về tài sản: Trong thời hạn của quyền hưởng dụng, chủ thể có quyền hưởng dụng có quyền khai thác, sử dụng, thu hoa lợi, lợi tức từ tài sản là đối tượng của quyền hưởng dụng. Nếu tài sản bị mất, hủy hoại, chủ thể này không thể sử dụng, khai thác được tài sản. Do đó, chủ thể được bồi thường trong trường hợp này phải là chủ thể có quyền hưởng dụng. “*Khắc phục các hậu quả xấu đối với tài sản*” là nghĩa vụ của chủ thể có quyền hưởng dụng, nên khi chủ thể có quyền hưởng dụng đã thực hiện các nghĩa vụ này thì họ cũng có quyền được bồi thường chi phí hợp lý để ngăn chặn, hạn chế và khắc phục thiệt hại về tài sản.

ii) Quyền hưởng dụng đối với phần tăng thêm từ tài sản là đối tượng của quyền hưởng dụng.

Chủ thể có quyền hưởng dụng khai thác, sử dụng tài sản là đối tượng của quyền hưởng dụng trong thời hạn của quyền hưởng dụng. Trong quá trình này, *nếu tài sản được tăng thêm thì chủ thể này có quyền hưởng dụng đối với phần tài sản tăng thêm không?* Tuy BLDS 2015 chưa có quy định, nhưng nếu chúng ta xem chủ sử dụng đất là chủ thể của quyền hưởng dụng đất đai thì pháp luật đất đai cho phép chủ sử dụng đất có quyền hưởng dụng đối với phần đất tăng thêm:

“Trường hợp có sự chênh lệch diện tích giữa số liệu đo đạc thực tế với số liệu ghi trên giấy tờ quy định tại Điều 100 của

*Luật này hoặc Giấy chứng nhận đã cấp mà ranh giới thửa đất đang sử dụng không thay đổi so với ranh giới thửa đất tại thời điểm có giấy tờ về quyền sử dụng đất, không có tranh chấp với những người sử dụng đất liền kề thì khi cấp hoặc cấp đổi Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất **diện tích đất được xác định theo số liệu đo đạc thực tế**. Người sử dụng đất không phải nộp tiền sử dụng đất đối với phần diện tích chênh lệch nhiều hơn nếu có.*

*Trường hợp đo đạc lại mà ranh giới thửa đất có thay đổi so với ranh giới thửa đất tại thời điểm có giấy tờ về quyền sử dụng đất và **diện tích đất đo đạc thực tế nhiều hơn diện tích ghi trên giấy tờ về quyền sử dụng đất thì phần diện tích chênh lệch nhiều hơn (nếu có) được xem xét cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất theo quy định tại Điều 99 của Luật này**”²³.*

Một chuyên gia thống nhất quan điểm: *“Quyền hưởng dụng được mở rộng tới tài sản phụ thêm của tài sản là đối tượng của quyền hưởng dụng. Việc mở rộng này có hiệu lực tại thời điểm phát sinh quyền hưởng dụng. Việc mở rộng có thể tới cả vùng đất bồi hay bị bỏ hoang hóa tùy thuộc vào quy định của pháp luật”²⁴*. Quan điểm nêu trên cũng phù hợp với pháp luật dân sự Pháp: *“Người thu hoa lợi được hưởng dụng phần diện tích tăng do đất bồi vào khoảnh đất mà họ đang có quyền thu hoa lợi”* (Điều 596 Bộ luật Dân sự Pháp)²⁵.

(Xem tiếp trang 84)

m%2Fen%2Ftrade-in-services%2Fflaws%2Forganiza
tion%2Fdownload%2F8%3Ffile%3DLaw_TIS_10_
EN.pdf&usg=AOvVaw3-bHa2h29nSWyFFqkdaYJ
U, truy cập ngày 07/02/2020.

²³ Khoản 5 Điều 98 Luật Đất đai năm 2013.

²⁴ Ngô Huy Cường (2010), tđđ.

²⁵ Nhà pháp luật Việt - Pháp (1998), tđđ, tr.178.

ĐÁNH GIÁ VÀ ĐỀ XUẤT ĐIỂN GIẢI ÁP DỤNG QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015 VỀ GIAO KẾT, THỰC HIỆN, SỬA ĐỔI, CHẤM DỨT HỢP ĐỒNG

Hà Thị Thúy*
Đoàn Đức Lương**

Tóm tắt: Bài viết tập trung nghiên cứu, đánh giá các quy định của Bộ luật Dân sự 2015 về giao kết, thực hiện, sửa đổi và chấm dứt hợp đồng; từ đó đưa ra một số kiến nghị, điển giải nhằm đảm bảo việc áp dụng thống nhất các quy định pháp luật.

Abstract: This article focuses on analyzing, evaluating the provisions of the Civil Code 2015 on signing, performance, amendment and termination of contract; thereby it makes recommendations to ensure consistent application of legal provisions.

1. Quy định về giao kết hợp đồng

1.1. Đề nghị giao kết hợp đồng và chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng

Trong giao kết hợp đồng, pháp luật Việt Nam cũng như hầu hết các nước trên thế giới đều điều chỉnh thông qua hai hành vi pháp lý: Đề nghị giao kết hợp đồng và chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng.

Điều 386 Bộ luật Dân sự năm 2015 (BLDS 2015) quy định: “Đề nghị giao kết hợp đồng là việc thể hiện rõ ý định giao kết hợp đồng và chịu sự ràng buộc về đề nghị này của bên đề nghị đối với bên được xác định hoặc tới công chúng (sau đây gọi chung là bên được đề nghị)”. So với Điều 390 Bộ luật Dân sự năm 2005 (BLDS 2005) thì Điều 386 BLDS 2015 có sự thay đổi, theo đó bên được đề nghị bên cạnh là chủ thể được xác định cụ thể còn có thể là công chúng.

Trên thế giới, hiện nay tồn tại hai xu hướng trong việc quy định chủ thể được đề nghị giao kết hợp đồng: Xu hướng thứ nhất

quy định chủ thể được đề nghị giao kết hợp đồng có thể là một chủ thể được xác định hoặc công chúng; xu hướng thứ hai xác định chủ thể được đề nghị giao kết hợp đồng chỉ có thể là một hoặc nhiều chủ thể xác định hoặc có thể được xác định¹. BLDS 2005 của Việt Nam xác định chủ thể được đề nghị theo quan điểm thứ nhất, còn BLDS 2015 hiện hành lại xác định chủ thể được đề nghị theo quan điểm thứ hai. Bình luận quy định này, một số học giả cho rằng, chủ thể được đề nghị theo BLDS 2015 có thể là công chúng rộng rãi, và vì thế hành vi quảng cáo, thông báo, ... cũng được coi là một đề nghị giao kết hợp đồng². Cách hiểu này có thể khiến cho phạm vi của đề nghị giao kết hợp đồng được xác định quá rộng, đặc biệt là trong khi quy định về thời hạn trả lời chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng theo BLDS 2015 có thể là một khoảng thời gian hợp lý, khi bên đề nghị không ấn định

* TS., Khoa Luật, Trường Đại học Vinh.

** PGS.TS., Trường Đại học Luật, Đại học Huế.

¹ Đỗ Văn Đại (2018), *Luật Hợp đồng Việt Nam – bản án và bình luận án*, Nxb. Hồng Đức – Hội Luật gia Việt Nam, Tp. Hồ Chí Minh, tr. 199.

² Đỗ Văn Đại (2018), *Luật Hợp đồng Việt Nam – bản án và bình luận án*, tđđ, tr.199.

thời hạn trả lời (Điều 394 BLDS 2015) và quy định đề nghị giao kết hợp đồng sẽ có hiệu lực ràng buộc bên đề nghị đối với đề nghị của mình từ thời điểm bên được đề nghị nhận được đề nghị giao kết hợp đồng (Điều 388 BLDS 2015).

Cần phân biệt giữa đề xuất (đề nghị thương lượng) với đề nghị giao kết hợp đồng. Đối chiếu với quy định của một số văn bản pháp luật quốc tế, Điều 2.1.2. Bộ nguyên tắc UNIDROIT về hợp đồng thương mại quốc tế năm 2004 định nghĩa đề nghị giao kết hợp đồng như sau: “*Một đề nghị được gọi là đề nghị giao kết hợp đồng nếu nó đủ rõ ràng và thể hiện ý chí của bên đưa ra đề nghị ràng buộc khi đề nghị giao kết được chấp nhận*”³. Hay Điều 435 BLDS Liên bang Nga năm 1994 (sửa đổi, bổ sung năm 2019) quy định: “*Một đề nghị được thừa nhận là đề nghị giao kết hợp đồng khi nó được gửi đến một hoặc một số chủ thể cụ thể, và được xác định một cách đầy đủ, thể hiện rõ ràng ý định sẽ giao kết hợp đồng của bên đưa ra đề nghị đối với bên được đề nghị. Đề nghị giao kết hợp đồng phải chứa đựng đầy đủ các điều khoản cơ bản của hợp đồng*”⁴. BLDS Pháp năm 1804 (sửa đổi, bổ sung năm 2016) định nghĩa: “*Đề nghị giao kết hợp đồng được đưa ra đối với một người đã được xác định hoặc không xác định, bao gồm các yếu tố chính của hợp đồng và thể hiện ý chí được liên kết trong hợp đồng nếu có sự chấp thuận giao kết từ bên kia. Trong trường hợp ngược lại, nó chỉ được coi là lời*

mời đàm phán hợp đồng”⁵. Có thể thấy, pháp luật của các nước đều có sự phân biệt giữa đề nghị thương lượng và đề nghị giao kết hợp đồng. Theo đó, một đề xuất (đề nghị thương lượng) chỉ được coi là đề nghị giao kết hợp đồng khi thỏa mãn điều kiện: (1) Tính cụ thể của đề nghị, tức là chứa đựng các nội dung chính của hợp đồng; (2) Thể hiện rõ ràng ý định mong muốn giao kết hợp đồng khi đề nghị được chấp nhận. Như vậy, đề nghị thương lượng không tạo ra sự ràng buộc pháp lý giữa chủ thể đưa ra đề nghị với lời đề nghị, trong khi đó, đề nghị giao kết hợp đồng sẽ tạo ra sự ràng buộc pháp lý giữa chủ thể đưa ra đề nghị giao kết hợp đồng với lời đề nghị của mình khi bên được đề nghị chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng.

Mặt khác, đề nghị giao kết hợp đồng và đề nghị thương lượng thường không có ranh giới rõ ràng, mà để phân biệt thì cần phải đặt trong hoàn cảnh cụ thể. Pháp luật các nước theo truyền thống Common law còn phân biệt đề nghị giao kết hợp đồng với quảng cáo, thậm chí là việc quảng cáo có ghi rõ giá cả hàng hóa, với việc phát catalog, bảng liệt kê giá hay giấy báo giá. Truyền thống Common law thường không coi quảng cáo, phát catalog, gửi giấy báo giá, trưng bày hàng hóa... là đề nghị giao kết hợp đồng, mà xem chúng là những lời mời đàm phán⁶. Ngược lại, quan điểm của một số luật gia khác lại cho rằng, việc gửi đề xuất thông qua quảng cáo, áp phích,

³ Bộ nguyên tắc UNIDROIT về hợp đồng thương mại quốc tế năm 2004, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, 2014, tr. 78.

⁴ Bộ luật Dân sự Liên bang Nga năm 1994 (sửa đổi bổ sung năm 2019), http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/892c4b89172aef07157d5d6c0e5dcde6e37b3a83/, truy cập ngày 18/10/2019.

⁵ Điều 1114 Bộ luật Dân sự Pháp (bản dịch tiếng Việt), Phần luật nghĩa vụ, Tài liệu tọa đàm “Những điểm mới của BLDS Pháp, Phần luật nghĩa vụ”, Trường Đại học Luật Hà Nội, tháng 12/2016.

⁶ Ngô Huy Cương (2013), *Giáo trình Luật Hợp đồng – Phần chung*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội, tr. 233 – 235.

thông báo... cần được xử lý như là một lời đề nghị giao kết hợp đồng – đề nghị gửi tới công chúng⁷.

Chúng tôi đặt ra một tình huống giả định, A đăng một quảng cáo lên báo rằng A muốn bán một căn nhà, với mô tả đầy đủ các đặc điểm chi tiết của căn nhà, cùng với giá cả. Nếu việc đăng quảng cáo này được coi là một đề nghị giao kết hợp đồng gửi tới công chúng thì A phải chịu sự ràng buộc pháp lý đối với tất cả những ai đọc mẫu quảng cáo trên báo và chấp nhận mua căn nhà với các điều kiện mà A đã thông báo. Vậy, trong trường hợp này, sẽ rất bất lợi cho A, và A buộc phải bồi thường thiệt hại cho tất cả những ai đồng ý với điều kiện của A mà không được giao kết hợp đồng. BLDS Liên bang Nga cũng quy định minh thị rằng, quảng cáo và những đề xuất được gửi tới một nhóm người không xác định phải được xem là lời mời thương lượng, trừ trường hợp đề xuất có quy định khác⁸.

Như vậy, lời đề nghị gửi đến chủ thể xác định hoặc gửi tới công chúng ở Điều 388 BLDS 2015 phải được diễn giải và áp dụng theo hướng lời đề nghị có thể gửi tới một chủ thể xác định cụ thể hoặc có thể xác định được. Đề nghị được gửi tới công chúng chỉ được xem là đề nghị giao kết hợp đồng khi đề nghị đó thể hiện rõ ý chí của bên đề nghị là sẽ giao kết hợp đồng với bất kỳ người trả lời chấp nhận tất cả các điều kiện mà bên đề nghị đã đưa ra trong đề nghị. Bởi vì, yêu cầu pháp lý của một lời đề nghị giao

kết hợp đồng cần phải hiểu bao gồm: (1) Đề nghị phải thỏa mãn điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự vì đề nghị giao kết hợp đồng được coi là một hành vi pháp lý đơn phương; (2) Lời đề nghị phải thể hiện rõ ý định giao kết hợp đồng và chịu sự ràng buộc với lời đề nghị này khi bên được đề nghị chấp nhận đề nghị; (3) Đề nghị phải được gửi tới chủ thể được đề nghị đã xác định cụ thể hoặc có thể được xác định. Cách diễn giải này cũng phù hợp với cách diễn giải được thừa nhận ở các nước có quy định pháp luật thừa nhận xu hướng đề nghị giao kết hợp đồng có thể được gửi tới công chúng⁹. Vì thế, trong thực tiễn áp dụng pháp luật của cơ quan tài phán, để chứng minh tồn tại đề nghị giao kết hợp đồng hợp pháp, chủ thể yêu cầu cần phải chứng minh: (1) Tồn tại một lời đề nghị thỏa mãn điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự; (2) Lời đề nghị thể hiện rõ ý định mong muốn giao kết hợp đồng và chịu sự ràng buộc của bên đề nghị đối với bên được đề nghị chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng; (3) Đề nghị được gửi tới cho một chủ thể xác định, có thể được xác định, hoặc gửi tới công chúng nếu trong đề nghị có nêu rõ ý định sẽ giao kết hợp đồng và chịu sự ràng buộc với bất kỳ chủ thể nào chấp nhận các điều kiện được đưa ra trong lời đề nghị.

1.2. Nghĩa vụ cung cấp thông tin và bảo mật thông tin trong giao kết hợp đồng

Giao kết hợp đồng là quá trình các bên bàn bạc, thương lượng để đi đến thống nhất nội dung của hợp đồng nhằm xác lập quyền và nghĩa vụ pháp lý. Quá trình này bắt đầu từ giai đoạn một bên đưa ra đề nghị giao kết hợp đồng cho đến thời điểm hình thành hợp

⁷ Đỗ Văn Đại (2018), *Luật Hợp đồng Việt Nam – bản án và bình luận án*, t1đđ, tr.200.

⁸ Điều 437 Bộ luật Dân sự Liên bang Nga 1994 (sửa đổi bổ sung năm 2019), http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/892c4b89172aef07157d5d6c0e5dcde6e37b3a83/, truy cập ngày 18/10/2019.

⁹ Ngô Huy Cương (2013), *Giáo trình Luật Hợp đồng – Phần chung*, t1đđ, tr. 230- 233.

đồng - đây còn gọi là giai đoạn tiền hợp đồng. Một số quan điểm cho rằng, giai đoạn tiền hợp đồng xuất hiện sớm hơn như thế, bắt đầu từ thời điểm một bên bày tỏ ý định giao kết hợp đồng, như thực hiện hành vi quảng cáo, trưng bày giới thiệu sản phẩm, catalog...¹⁰ Tuy nhiên, BLDS 2015 ghi nhận giai đoạn tiền hợp đồng chỉ bắt đầu từ thời điểm một bên đưa ra đề nghị giao kết hợp đồng. Vì vậy, BLDS 2015 điều chỉnh quá trình giao kết hợp đồng thông qua hai hành vi pháp lý: Đề nghị giao kết hợp đồng, chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng, và quyền, nghĩa vụ của các bên trong giai đoạn giao kết hợp đồng (Điều 386 đến Điều 397 BLDS 2015).

So với BLDS 2005, một trong những điểm mới được ghi nhận trong BLDS 2015 khi điều chỉnh quá trình giao kết hợp đồng đó là việc ghi nhận nghĩa vụ cung cấp thông tin và nghĩa vụ bảo mật thông tin trong giai đoạn tiền hợp đồng tại Điều 387. Theo đó, Điều 387 ấn định mỗi bên trong giao kết hợp đồng nếu có thông tin ảnh hưởng đến việc chấp nhận giao kết hợp đồng của bên kia thì phải thông báo cho bên kia biết. Bên nhận được thông tin bí mật của bên kia có trách nhiệm phải bảo mật thông tin và không được sử dụng thông tin đó cho mục đích riêng của mình hoặc cho mục đích trái pháp luật. Bên vi phạm nghĩa vụ cung cấp thông tin và bảo mật thông tin thì phải bồi thường thiệt hại.

Thực ra, nghĩa vụ cung cấp thông tin trong giai đoạn giao kết hợp đồng đã được ghi nhận trong các văn bản pháp luật trước

đây¹¹. Thực tiễn xét xử của tòa án thời gian qua khi chưa có BLDS 2015, tòa án cũng không ít lần đặt ra vấn đề lỗi do một bên vi phạm nghĩa vụ cung cấp thông tin trong giao kết hợp đồng; và trong nhiều trường hợp, tòa án đã tuyên vô hiệu hợp đồng do lừa dối khi một bên vi phạm nghĩa vụ cung cấp thông tin¹².

Trước khi BLDS 2015 ra đời, các văn bản pháp luật còn rất “dè dặt” khi đề cập đến vấn đề nghĩa vụ cung cấp thông tin trong giao kết hợp đồng. Trong khi đó, thực tiễn xét xử đã đi xa hơn bằng cách vận dụng các quy định chung để buộc một bên phải có cung cấp thông tin cho bên đối tác¹³. Chính vì thiếu cơ sở pháp lý vững chắc nên việc vận dụng này của tòa án còn khá “chông chênh”. Để hoàn thiện pháp luật về hợp đồng nói riêng, pháp luật dân sự nói chung, BLDS 2015, với tư cách là luật chung điều chỉnh các quan hệ pháp luật tư, đã lần đầu tiên ghi nhận chính thức nghĩa vụ

¹¹ Điều 204 Bộ luật Hàng hải năm 1990 quy định nghĩa vụ cung cấp thông tin của người được bảo hiểm: “1. Người được bảo hiểm có nghĩa vụ cung cấp cho người bảo hiểm biết tất cả các thông tin mà mình biết hoặc cần phải biết liên quan đến việc ký kết hợp đồng bảo hiểm, có thể ảnh hưởng đến việc xác định khả năng xảy ra hiểm họa hoặc quyết định của người bảo hiểm về việc nhận bảo hiểm và các điều kiện bảo hiểm, trừ loại thông tin mà mọi người đều biết hoặc người bảo hiểm đã biết hoặc cần phải biết. 2. Nghĩa vụ của người được bảo hiểm quy định tại khoản 1 Điều này cũng được áp dụng đối với các đại diện được uỷ quyền của người được bảo hiểm. 3. Các nghĩa vụ quy định tại Điều này cũng được áp dụng đối với người thứ ba, nếu hợp đồng bảo hiểm được ký kết vì quyền lợi của người thứ ba, trừ trường hợp người thứ ba không biết về việc ký kết này”.

¹² Xem quyết định số 521/2010/DS-GĐT ngày 19/8/2010 của Tòa Dân sự Tòa án nhân dân tối cao; Quyết định số 64/2011/DS-GĐT ngày 21/01/2011 của Tòa Dân sự Tòa án nhân dân tối cao.

¹³ Đỗ Văn Đại (2018), *Luật Hợp đồng Việt Nam – bản án và bình luận án*, t1đđ, tr. 462.

¹⁰ TS. Lê Trường Sơn (2016), *Giai đoạn tiền hợp đồng theo pháp luật Việt Nam*, Nxb. Hồng Đức – Hội Luật gia Việt Nam, Tp. Hồ Chí Minh, tr. 6-7.

cung cấp thông tin trong giao kết hợp đồng tại Điều 387. Điều 387 BLDS 2015 đặt ra nghĩa vụ cung cấp thông tin của các bên trong giao kết hợp đồng, nhưng không giới hạn những thông tin nào một bên cần cung cấp, những thông tin nào không cần cung cấp. Bởi vì, thực tế, dựa trên nguyên tắc thiện chí, trung thực, một bên nếu có thông tin quan trọng ảnh hưởng đến việc giao kết hợp đồng của phía bên kia thì phải cung cấp cho phía bên kia được biết. Song, quan hệ hợp đồng là quan hệ pháp luật tư, khi các bên tham gia vào quan hệ hợp đồng đều hướng tới đạt được lợi ích cho chính mình hoặc cho người thứ ba mà mình mong muốn. Bên cạnh đó, trong một xã hội tự do và bình đẳng, mỗi cá nhân, tổ chức đều phải chịu trách nhiệm về những gì mình cam kết, nên các bên khi giao kết hợp đồng cũng phải tự tìm hiểu những thông tin cần thiết để bảo vệ lợi ích cho chính mình¹⁴. Vì thế, các bên không có nghĩa vụ phải cung cấp mọi thông tin cho phía bên kia, nhưng ngược lại bên đối tác cũng phải có trách nhiệm tự tìm hiểu thông tin.

Đối chiếu với quy định pháp luật hiện hành về nghĩa vụ cung cấp thông tin, khoản 2 Điều 408 BLDS 2015 quy định: *“Trong trường hợp khi giao kết hợp đồng mà một bên biết hoặc phải biết về việc hợp đồng có đối tượng không thể thực hiện được nhưng không thông báo cho bên kia biết nên bên kia đã giao kết hợp đồng thì phải bồi thường thiệt hại cho bên kia, trừ trường hợp bên kia biết hoặc phải biết về việc hợp đồng có đối tượng không thể thực hiện được”*. Tương tự, các quy định cụ thể trong BLDS

(ví dụ, quy định tại Điều 573 BLDS 2015), trong Luật Thương mại 2005 (ví dụ Điều 14) cũng quy định nghĩa vụ cung cấp thông tin trong giao kết hợp đồng. Các quy định này chỉ bắt buộc một bên phải cung cấp thông tin cho phía bên kia đối với các thông tin mà bên kia không biết và không thể biết được, còn đối với các thông tin mà bên kia biết hoặc phải biết thì bên nắm thông tin không có nghĩa vụ cung cấp. Vì vậy, để đảm bảo áp dụng thống nhất pháp luật, trong quá trình xét xử, cơ quan tài phán cần theo hướng chỉ buộc một bên phải cung cấp thông tin đối với những thông tin mà: (1) Bên kia không biết và không thể biết được nếu không được bên nắm thông tin cung cấp; (2) Nếu biết được thông tin đó thì bên kia sẽ không giao kết hợp đồng hoặc giao kết hợp đồng, nhưng với một nội dung hoàn toàn khác. Và nghĩa vụ cung cấp thông tin là nghĩa vụ đương nhiên của bên nắm thông tin mà không cần yêu cầu của bên kia. Nghĩa vụ chứng minh vi phạm nghĩa vụ cung cấp thông tin thuộc về bên yêu cầu. Bởi như đã phân tích, nghĩa vụ cung cấp thông tin được quy định dựa trên nguyên tắc thiện chí, trung thực của luật hợp đồng, song mỗi bên tham gia hợp đồng đều phải tự chịu trách nhiệm đối với quyết định, cam kết của mình. Vì thế, mỗi bên trong hợp đồng không thể chỉ thụ động chờ bên kia cung cấp thông tin, mà cũng phải có nghĩa vụ thận trọng và tìm hiểu thông tin khi quyết định giao kết hợp đồng. Trong tương lai, Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao nên ban hành án lệ hướng dẫn áp dụng Điều 387 BLDS 2015 theo hướng này.

2. Quy định về thực hiện, sửa đổi hợp đồng

Thực hiện hợp đồng là một chế định quan trọng trong BLDS, được quy định từ

¹⁴ Nguyễn Xuân Quang (2017), Trao đổi về bài: *“Tác động của các hình thức lỗi đến việc xác định trách nhiệm hợp đồng nhìn từ góc độ trung thực và thiện chí”*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 3/2017.

Điều 409 đến Điều 420 BLDS 2015 và các quy định thực hiện hợp đồng trong các hợp đồng thông dụng. Hợp đồng được giao kết có giá trị như là luật giữa các bên. Các bên cần phải thực hiện hợp đồng dựa trên nguyên tắc tôn trọng cam kết, thỏa thuận. Thực hiện hợp đồng được hiểu là việc bên có nghĩa vụ phải làm hoặc không được làm một công việc nhất định theo đúng nội dung của hợp đồng, qua đó thỏa mãn các quyền dân sự tương ứng của bên kia¹⁵. Quy định về thực hiện hợp đồng trong BLDS 2015, so với BLDS 2005 có hai điểm sửa đổi, bổ sung rất quan trọng là: Quy định cầm giữ tài sản trong hợp đồng song vụ và thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản.

Điều 412 BLDS 2015 quy định: “Trong trường hợp bên có nghĩa vụ không thực hiện đúng nghĩa vụ của mình thì bên có quyền xác lập quyền cầm giữ tài sản đối với tài sản của bên có nghĩa vụ theo quy định từ Điều 346 đến Điều 350 của Bộ luật này”. Cầm giữ tài sản trong hợp đồng song vụ không phải là quy định mới trong BLDS¹⁶,

¹⁵ Nguyễn Xuân Quang, Lê Nét, Nguyễn Hồ Bích Hằng (2007), *Luật Dân sự Việt Nam*, Nxb. Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh, Tp. Hồ Chí Minh, tr. 342.

¹⁶ Điều 416 BLDS 2005 đã từng quy định:

Điều 416. Cầm giữ tài sản trong hợp đồng song vụ

1. Cầm giữ tài sản là việc bên có quyền (sau đây gọi là bên cầm giữ) đang chiếm giữ hợp pháp tài sản là đối tượng của hợp đồng song vụ được cầm giữ tài sản khi bên có nghĩa vụ không thực hiện nghĩa vụ hoặc thực hiện nghĩa vụ không đúng theo thỏa thuận.

2. Bên cầm giữ có quyền và nghĩa vụ sau đây:

- a) Cầm giữ toàn bộ hoặc một phần tài sản trong trường hợp quy định tại khoản 1 Điều này;
- b) Thu hoa lợi từ tài sản cầm giữ và được dùng để bù trừ nghĩa vụ;
- c) Bảo quản, giữ gìn tài sản cầm giữ;
- d) Yêu cầu bên có tài sản bị cầm giữ thanh toán các chi phí cần thiết cho việc bảo quản, giữ gìn tài sản đó.

tuy nhiên điểm mới của BLDS 2015 so với BLDS 2005 chính là bên cạnh quy định cầm giữ tài sản là một nội dung của thực hiện hợp đồng thì còn quy định cầm giữ tài sản là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Quy định cầm giữ tài sản trong thực hiện hợp đồng lại dẫn chiếu đến quy định về cầm giữ tài sản với tư cách là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ được quy định từ Điều 346 đến Điều 350 BLDS 2015.

Điều 346 BLDS 2015 quy định: “*Cầm giữ tài sản là việc bên có quyền (sau đây gọi là bên cầm giữ) đang nắm giữ hợp pháp tài sản là đối tượng của hợp đồng song vụ được chiếm giữ tài sản trong trường hợp bên có nghĩa vụ không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ*”. Từ khái niệm cầm giữ tài sản tại Điều 346 và quy định về cầm giữ tài sản trong hợp đồng song vụ, có thể thấy cầm giữ tài sản chỉ được áp dụng đối với hợp đồng song vụ có đối tượng là tài sản, mà không được áp dụng cho việc thực hiện hợp đồng song vụ có đối tượng là công việc và cũng không áp dụng cho các quan hệ song vụ khác không phải là hợp đồng. Ví dụ: A thuê B vận chuyển một lô hàng từ Hà Nội về thành phố Vinh. Sau đó, B đã vận chuyển lô hàng của A từ Hà Nội về đến Vinh và thông báo cho A nhận hàng, nhưng A không thanh toán chi phí vận chuyển cho B. Trong trường hợp này, mặc dù B đang nắm giữ hợp pháp tài sản của A (lô hàng), nhưng không có quyền cầm giữ tài sản, ngay cả khi A vi phạm nghĩa vụ thanh toán, bởi vì hợp đồng vận chuyển là hợp đồng có

3. Quyền cầm giữ chấm dứt trong các trường hợp sau đây:

- a) Theo thỏa thuận của các bên;
- b) Bên cầm giữ vi phạm nghĩa vụ bảo quản, giữ gìn tài sản cầm giữ;
- c) Bên có tài sản bị cầm giữ hoàn thành nghĩa vụ.

đối tượng là công việc phải làm. Như vậy, quy định về cầm giữ tài sản trong hợp đồng song vụ dường như có phạm vi quá hẹp.

Bình luận về quy định cầm giữ tài sản, một số quan điểm cho rằng, trên thực tế, việc cầm giữ tài sản có thể xuất hiện ngay cả với các hợp đồng có đối tượng là một công việc phải làm¹⁷. Thậm chí, có quan điểm còn cho rằng, cầm giữ tài sản cần phải được mở rộng ra cho tất cả các quan hệ nghĩa vụ song vụ, tức không chỉ bó hẹp trong quan hệ hợp đồng song vụ, mà có thể áp dụng cho tất cả những trường hợp các bên có nghĩa vụ đối với nhau¹⁸. Chúng tôi đồng tình với quan điểm mở rộng áp dụng cầm giữ tài sản áp dụng cho tất cả các trường hợp các bên có quan hệ nghĩa vụ đối với nhau. Bởi vì, cầm giữ tài sản là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ nói chung, và vì thế nó phải được áp dụng cho tất cả các quan hệ nghĩa vụ mà một bên đang nắm giữ hợp pháp tài sản của bên vi phạm nghĩa vụ. Việc nắm giữ tài sản này nhằm mục đích đảm bảo cho việc thực hiện đúng, đầy đủ nghĩa vụ của bên có nghĩa vụ. Và như vậy, phạm vi áp dụng biện pháp cầm giữ tài sản trong thực hiện hợp đồng cũng được mở rộng ra cho các hợp đồng song vụ khác mà không bắt buộc phải là hợp đồng song vụ có đối tượng là tài sản. Cách quy định như vậy cũng được hầu hết các hệ thống pháp luật có ghi nhận biện pháp cầm giữ tài sản quy định¹⁹.

¹⁷ Nguyễn Minh Tuấn (chủ biên), *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 2015*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2016, tr. 527.

¹⁸ Đỗ Văn Đại (chủ biên), *Bình luận khoa học những điểm mới của Bộ luật Dân sự năm 2015*, Nxb. Hồng Đức, Hội Luật gia Việt Nam, Tp. Hồ Chí Minh, 2016, tr. 345.

¹⁹ Đỗ Văn Đại (chủ biên), *Bình luận khoa học những điểm mới của Bộ luật Dân sự năm 2015*, tđđ, tr. 345.

Bên cạnh đó, BLDS 2015 quy định, bên thực hiện quyền cầm giữ tài sản trong hợp đồng song vụ sẽ có các quyền và nghĩa vụ theo quy định tại Điều 348, Điều 349 BLDS 2015. Các quyền, nghĩa vụ này chỉ cho phép bên cầm giữ tài sản được chiếm giữ tài sản của bên có nghĩa vụ mà không có quyền khai thác công dụng, thu hoa lợi, lợi tức từ tài sản cầm giữ, và bên cầm giữ không được xử lý tài sản cầm giữ như các biện pháp bảo đảm có đối tượng là tài sản khác (cầm cố, thế chấp). Như vậy, cơ chế cầm giữ tài sản này dường như vẫn chưa đủ để bảo vệ lợi ích cho bên cầm giữ tài sản trong hợp đồng song vụ. Bởi vì, trong trường hợp cầm giữ này, nếu bên có nghĩa vụ tiếp tục không thực hiện nghĩa vụ, bên cầm giữ tài sản chỉ có quyền chiếm giữ tài sản mà không có quyền xử lý tài sản cầm giữ, thu hoa lợi, lợi tức từ tài sản cầm giữ thì không có giá trị thực tiễn. Mặt khác, bên cầm giữ trong nhiều trường hợp còn phải bỏ ra chi phí để bảo quản, trông giữ tài sản, trong khi tài sản cầm giữ có thể hao mòn, hư hỏng theo thời gian. Vì vậy, BLDS cần phải bổ sung thêm quyền thực tế cho bên cầm giữ để bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng cho họ.

Về quy định thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản quy định tại Điều 420 BLDS 2015, trước khi BLDS 2015 ra đời, trong thực tiễn xét xử đã có trường hợp tòa án cũng như trọng tài ở Việt Nam từng tiến hành điều chỉnh hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản²⁰. Việc quy định thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản vào BLDS 2015 nhằm bổ sung cơ sở pháp lý cho việc giải quyết tranh chấp hợp đồng của cơ quan tài phán và làm cho pháp

²⁰ Đỗ Văn Đại (chủ biên), *Bình luận khoa học những điểm mới của Bộ luật Dân sự năm 2015*, tđđ, tr. 369.

luật Việt Nam tiệm cận với pháp luật của các nước trên thế giới, vì hiện nay pháp luật của rất nhiều nước đều có quy định về thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản²¹. Quy định điều chỉnh hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi được xây dựng dựa trên nguyên tắc thiện chí và được xem như một ngoại lệ của nguyên tắc tôn trọng cam kết, thỏa thuận.

Trong quá trình áp dụng Điều 420 BLDS 2015 về thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản, cần phân biệt hoàn cảnh thay đổi cơ bản và sự kiện bất khả kháng, bởi vì hai trường hợp này pháp luật quy định hướng xử sự của các bên trong hợp đồng là khác nhau. Sự kiện bất khả kháng và hoàn cảnh thay đổi cơ bản đều có những nét tương đồng như xuất phát từ nguyên nhân khách quan, không lường trước được, không ngăn chặn được. Tuy nhiên, hoàn cảnh thay đổi cơ bản khác với sự kiện bất khả kháng ở chỗ, khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản, việc thực hiện hợp đồng vẫn có thể thực hiện được, nhưng tạo ra một thiệt hại nghiêm trọng cho bên bị ảnh hưởng bởi hoàn cảnh thay đổi cơ bản. Trong khi đó, sự kiện bất khả kháng là sự kiện xảy ra khiến cho một hoặc các bên không có khả năng thực hiện hợp đồng. Do đó, hướng xử sự của hai trường hợp này được pháp luật quy định khác nhau. Quy định thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản được xem như một giải pháp bù đắp lỗ hổng cho pháp luật về hợp đồng mà quy định về

sự kiện bất khả kháng không thể điều chỉnh được²². Khi áp dụng Điều 420 BLDS 2015 về thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản cần phải tuân thủ đúng nội hàm của quy định này như sau:

Thứ nhất, khi sự kiện bất khả kháng xảy ra, một hoặc các bên có quyền chấm dứt việc thực hiện hợp đồng mà không phải chịu trách nhiệm; song đối với trường hợp khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản xuất hiện thì hợp đồng vẫn chưa chấm dứt. Vì thế, trong quá trình các bên tiến hành đàm phán lại hợp đồng hoặc yêu cầu tòa án giải quyết thì các bên vẫn phải tiếp tục thực hiện hợp đồng cho đến khi có kết quả đàm phán lại hoặc có phán quyết của tòa án, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác.

Thứ hai, việc cho phép tòa án can thiệp để sửa đổi, bổ sung hợp đồng sẽ đi ngược lại với học thuyết tự do ý chí – tức hợp đồng là kết quả của sự thống nhất ý chí của các bên. Do đó, trong trường hợp này, dựa trên nguyên tắc thiện chí, pháp luật chỉ cho phép tòa án được điều chỉnh hợp đồng khi các bên không đàm phán được để cân bằng lợi ích giữa các bên trong hợp đồng. Việc cho phép tòa án điều chỉnh nội dung của hợp đồng cũng có thể dẫn đến nguy cơ lạm dụng của tòa án trong việc can thiệp không chính đáng vào quan hệ hợp đồng. Vì thế, tòa án chỉ được điều chỉnh hợp đồng trong trường hợp việc chấm dứt hợp đồng sẽ tạo ra một thiệt hại lớn hơn so với chi phí để thực hiện hợp đồng nếu điều chỉnh.

²¹ Điều 6.2.3. Bộ nguyên tắc UNIDROIT về hợp đồng thương mại quốc tế năm 2004, Điều 6.111 Bộ nguyên tắc luật hợp đồng châu Âu, Điều 1195 Bộ luật Dân sự Pháp (sự thay đổi của hoàn cảnh), Điều 313 Bộ luật Dân sự Đức (sự xáo trộn cơ sở của hợp đồng)... đều ghi nhận quy định về thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi mặc dù với tên gọi khác nhau.

²² Nguyễn Minh Hằng, Trần Thị Giang Thu (2016), *Đề xuất diễn giải và áp dụng Điều 420 Bộ luật Dân sự 2015 về thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản*, Kỷ yếu Hội thảo khoa học “Một số điểm mới của Bộ luật Dân sự 2015”, Khoa Luật – Trường Đại học Ngoại thương tổ chức, tháng 6/2016, tr. 246.

Rà soát quy định tại Điều 420 BLDS 2015 cho thấy, thẩm quyền điều chỉnh hoặc chấm dứt hợp đồng trong trường hợp hoàn cảnh thay đổi cơ bản chỉ thuộc về tòa án²³. Với quy định đó thì trọng tài không có thẩm quyền này. Trong khi, chủ thể có thẩm quyền giải quyết tranh chấp hợp đồng có thể là trọng tài theo quy định của Luật Trọng tài thương mại. Như thế, trong trường hợp các bên trong hợp đồng thỏa thuận hợp pháp rằng, cơ quan có thẩm quyền giải quyết tranh chấp hợp đồng giữa họ là trọng tài thì với quy định tại Điều 420 BLDS 2015, Trọng tài cũng không có thẩm quyền chấm dứt hợp đồng hoặc điều chỉnh hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản. Vì vậy, các tác giả khuyến nghị, cần bổ sung chủ thể là trọng tài có quyền chấm dứt hợp đồng hoặc điều chỉnh hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản theo Điều 420 BLDS và theo quy định của Luật Trọng tài thương mại. Trong tương lai, Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao cần công bố án lệ theo hướng này. Bên yêu cầu điều chỉnh hợp đồng phải chứng minh có sự tồn tại của hoàn cảnh thay đổi cơ bản, và đã yêu cầu đàm phán lại trong một khoảng thời gian hợp lý hoặc đã đàm phán lại nhưng bất thành.

3. Quy định về chấm dứt hợp đồng

Hợp đồng sẽ chấm dứt dựa trên các căn cứ quy định tại Điều 422 BLDS 2015, gồm

²³ 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:

- a. Chấm dứt hợp đồng tại một thời điểm xác định;
- b. Sửa đổi hợp đồng để cân bằng quyền và lợi ích hợp pháp của các bên do hoàn cảnh thay đổi cơ bản. Tòa án chỉ được quyết định về 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”.

bày căn cứ. So với BLDS 2005, BLDS 2015 bổ sung thêm một căn cứ chấm dứt hợp đồng là dựa trên quyết định chấm dứt hợp đồng của tòa án do hoàn cảnh thay đổi cơ bản. Ngoài ra, có hai căn cứ chấm dứt hợp đồng được BLDS 2015 sửa đổi so với BLDS 2005, đó là hủy bỏ hợp đồng và đơn phương chấm dứt việc thực hiện hợp đồng.

Trường hợp hủy bỏ hợp đồng được quy định tại Điều 423 đến Điều 427 BLDS 2015. Theo đó, Điều 423 BLDS 2015 đưa ra căn cứ để một bên có quyền hủy bỏ hợp đồng, bao gồm: (1) Bên kia vi phạm hợp đồng là điều kiện hủy bỏ hợp đồng mà các bên đã thỏa thuận; (2) Bên kia vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ hợp đồng; (3) Trường hợp khác do luật định. Điều 423 BLDS 2015 cũng đưa ra khái niệm vi phạm nghiêm trọng tại khoản 2: “*Vi phạm nghiêm trọng là việc không thực hiện đúng nghĩa vụ của một bên đến mức làm cho bên kia không đạt được mục đích của mình khi giao kết hợp đồng*”. Cách tiếp cận tương tự cũng được áp dụng cho đơn phương chấm dứt hợp đồng tại Điều 428 BLDS 2015. Theo Điều 428 BLDS 2015, một bên có quyền đơn phương chấm dứt việc thực hiện hợp đồng khi: (1) Bên kia vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ trong hợp đồng; (2) Các bên có thỏa thuận; (3) Pháp luật có quy định.

Với quy định này, trừ trường hợp hủy bỏ hợp đồng, đơn phương chấm dứt hợp đồng theo thỏa thuận của các bên hoặc theo quy định của pháp luật, khi xuất hiện vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ trong hợp đồng của một bên, bên bị vi phạm có quyền lựa chọn xử sự đơn phương chấm dứt hợp đồng hoặc hủy bỏ hợp đồng. Đối chiếu với quy định tại Luật Thương mại năm 2005 có thể thấy một điểm không thống nhất giữa Luật Thương mại năm 2005 và BLDS 2015.

Bởi vì, Luật Thương mại năm 2005 cho phép một bên được tạm ngưng thực hiện hợp đồng, đình chỉ việc thực hiện hợp đồng hoặc hủy bỏ hợp đồng khi bên kia vi phạm cơ bản. Khoản 3 Điều 13 Luật Thương mại năm 2005 định nghĩa: “*Vi phạm cơ bản là sự vi phạm hợp đồng của một bên gây thiệt hại cho bên kia đến mức làm cho bên kia không đạt được mục đích của việc giao kết hợp đồng*”. Như vậy, đứng trước một hành vi vi phạm hợp đồng của một bên thì theo BLDS 2015, bên kia có quyền chấm dứt hợp đồng bằng cách hủy bỏ hợp đồng hoặc đơn phương chấm dứt việc thực hiện hợp đồng, và chỉ cần chứng minh hành vi vi phạm của bên vi phạm là hành vi vi phạm nghiêm trọng hợp đồng – tức là chứng minh hành vi vi phạm hợp đồng của bên kia đã khiến cho mình không đạt được mục đích của việc giao kết hợp đồng. Trong khi đó, nếu ứng xử theo quy định của Luật Thương mại năm 2005 thì bên bị vi phạm có quyền ngưng thực hiện hợp đồng, đình chỉ thực hiện hợp đồng hoặc hủy bỏ hợp đồng, và phải chứng minh hành vi vi phạm hợp đồng của bên vi phạm là hành vi vi phạm cơ bản – tức là chứng minh hành vi vi phạm hợp đồng của bên vi phạm đã dẫn đến gây thiệt hại cho bên bị vi phạm đến mức bên bị vi phạm không đạt được mục đích của việc giao kết hợp đồng.

Đặt trong mối quan hệ giữa BLDS 2015 và Luật Thương mại năm 2005 là mối quan hệ giữa luật chung và luật chuyên ngành (luật chuyên ngành không được quy định mâu thuẫn với luật chung), rõ ràng hai văn bản này đã quy định không thống nhất. Lý giải cho lý do vì sao BLDS 2015 không sử dụng thuật ngữ vi phạm cơ bản mà sử dụng thuật ngữ vi phạm nghiêm trọng, một số

luật gia lý giải là do: Thứ nhất, xu hướng hiện nay của các nước trên thế giới là không sử dụng thuật ngữ vi phạm cơ bản; thứ hai, BLDS 2015 cần sử dụng thuật ngữ vi phạm nghiêm trọng để thống nhất với các trường hợp khác đã sử dụng thuật ngữ “nghiêm trọng” trong BLDS. Tuy vậy, với nguyên tắc áp dụng pháp luật dân sự quy định tại Điều 4 BLDS 2015, Luật Thương mại trong tương lai cần điều chỉnh thay thế thuật ngữ vi phạm cơ bản bằng thuật ngữ vi phạm nghiêm trọng trong BLDS 2015. Và khi một bên thực hiện quyền hủy bỏ hợp đồng, đơn phương chấm dứt việc thực hiện hợp đồng... do có vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ trong hợp đồng của bên kia thì không cần phải chứng minh có thiệt hại xảy ra mà chỉ cần chứng minh hành vi vi phạm hợp đồng của bên vi phạm đã dẫn đến bên bị vi phạm không đạt được mục đích của việc giao kết hợp đồng. Việc chứng minh thiệt hại chỉ cần phải thực hiện khi bên đó muốn yêu cầu bồi thường thiệt hại do hành vi vi phạm hợp đồng của bên vi phạm mà thôi.

Kết luận

Quy định của BLDS 2015 về giao kết, thực hiện, sửa đổi và chấm dứt hợp đồng đã thể hiện nhiều điểm tiến bộ, phần nào đáp ứng được mục tiêu xây dựng BLDS là luật chung để điều chỉnh các quan hệ pháp luật tư, ghi nhận và bảo vệ tốt nhất quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng của các cá nhân, pháp nhân. Tuy nhiên, để đảm bảo nâng cao hiệu quả áp dụng trong thực tiễn, trong tương lai Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao cần ban hành một số án lệ để hướng dẫn áp dụng thống nhất quy định của BLDS cũng như sửa đổi quy định của một số luật chuyên ngành để đảm bảo tính thống nhất cho hệ thống pháp luật.

MỘT SỐ HẠN CHẾ CỦA PHÁP LUẬT VỀ TUYỂN DỤNG LAO ĐỘNG Ở VIỆT NAM

*Hoàng Xuân Trường**

Tóm tắt: Bài viết trình bày bản chất pháp lý cũng như vai trò của tuyển dụng lao động, phân tích các quy định của pháp luật hiện hành, so sánh, đánh giá với Bộ luật Lao động 2019 về tuyển dụng lao động dựa trên các khía cạnh: Chủ thể trong quan hệ tuyển dụng lao động; phương thức tuyển dụng lao động; trình tự, thủ tục tuyển dụng lao động và hệ quả pháp lý của tuyển dụng lao động, qua đó, đề xuất một số giải pháp phù hợp với thực tiễn.

Abstract: The article presents the legal nature and role of labor recruitment, analyzes the existing regulations in comparison with and assessment of the Labor Code of 2019 on labor recruitment in the following aspects: subjects of the labor relation, labor recruitment mechanisms; labor recruitment procedures and legal consequences thereof, thereby it makes proposals concordant with the practice.

1. Đặt vấn đề

Nhân lực là một trong những yếu tố cốt lõi của một tổ chức. Không có một tổ chức nào có thể hoạt động, vận hành mà không cần sự góp sức, hỗ trợ của nhân lực. Bởi vậy, tuyển dụng lao động ra đời như một lẽ tất yếu với sứ mệnh gắn kết người lao động và người sử dụng lao động. Đối với người sử dụng lao động, hoạt động tuyển dụng lao động cung cấp cho nhà tuyển dụng một đội ngũ lao động lành nghề, năng động, sáng tạo, bổ sung nguồn nhân lực phù hợp với yêu cầu hoạt động kinh doanh, công việc của họ. Đối với người lao động, tuyển dụng lao động mở ra cơ hội việc làm cho tất cả người lao động trong xã hội; từ đó giúp họ có thu nhập tăng lên, đời sống của bản thân và gia đình sẽ ổn định và phát triển, rủi ro trong cuộc sống lao động hàng ngày được bảo đảm hơn. Đối với sự phát triển của kinh tế, xã hội, tuyển dụng lao động chính là yếu tố giúp cho xã hội phát triển ổn định, bền

vững, đảm bảo sự phát triển hài hòa giữa tăng trưởng kinh tế và phát triển xã hội, đồng thời ngăn ngừa, hạn chế các tệ nạn xã hội. Với vị trí và vai trò to lớn đó, tuyển dụng lao động luôn được pháp luật lao động quan tâm điều chỉnh.

Pháp luật điều chỉnh hoạt động tuyển dụng lao động hiện nay được phân tách thành các mảng nhỏ như: Tuyển dụng người lao động Việt Nam làm việc cho người sử dụng lao động Việt Nam; tuyển dụng người lao động Việt Nam làm việc cho tổ chức, cá nhân nước ngoài tại Việt Nam; hoặc tuyển dụng lao động là công dân nước ngoài làm việc trên lãnh thổ Việt Nam. Nhìn chung, pháp luật về tuyển dụng lao động ở Việt Nam khá bao quát, quy định được hầu hết các trường hợp tuyển dụng cũng như các chủ thể tham gia hoạt động tuyển dụng. Tuy nhiên, bên cạnh những kết quả đạt được, các quy định pháp luật hiện hành vẫn còn một số bất cập, chưa bảo vệ tốt quyền và lợi ích của các bên tham gia quan hệ tuyển dụng lao động. Đặc biệt, Bộ luật Lao động năm 2019, được Quốc hội thông qua và sẽ có

* ThS., Khoa Luật, Trường Đại học Kinh tế quốc dân; NCS., Khoa Luật – Đại học Quốc gia Hà Nội.

hiệu lực vào ngày 01/01/2021, chưa có nhiều điểm mới, tiến bộ trong quy định về tuyển dụng lao động.

Trong phạm vi nghiên cứu của bài viết, tác giả tập trung phân tích quy định pháp luật về tuyển dụng lao động nói chung, không đi sâu phân tích từng dạng tuyển dụng lao động đặc thù.

2. Những bất cập, hạn chế của pháp luật về tuyển dụng lao động

2.1. Chủ thể trong quan hệ tuyển dụng lao động

Bộ luật Lao động năm 2012 và Bộ luật Lao động năm 2019 đều công nhận quyền tuyển dụng của người sử dụng lao động. Cụ thể, điểm a khoản 1 Điều 6 Bộ luật Lao động năm 2012 quy định: “Người sử dụng lao động có quyền: Tuyển dụng, bố trí, điều hành lao động theo nhu cầu sản xuất, kinh doanh; khen thưởng và xử lý vi phạm kỷ luật lao động”. Nội dung này cũng tiếp tục được ghi nhận tại điểm a khoản 1 Điều 6 Bộ luật Lao động năm 2019. Bên cạnh đó, khái niệm “người sử dụng lao động” được Bộ luật Lao động năm 2012 và Bộ luật Lao động năm 2019 quy định tương đồng^{1,2}: “Người sử dụng lao động là doanh nghiệp, cơ quan, tổ chức, hợp tác xã, hộ gia đình, cá nhân có thuê mướn, sử dụng lao động theo hợp đồng lao động; nếu là cá nhân thì phải có năng lực hành vi dân sự đầy đủ”. Có thể nhận thấy, cả hai bộ luật đều quy định chủ thể tuyển dụng trong quan hệ tuyển dụng lao động gồm: Doanh nghiệp, cơ quan, tổ chức, hợp tác xã, hộ gia đình, cá nhân có nhu cầu tuyển nhân sự (người sử dụng lao động).

Xét về chủ thể doanh nghiệp, Luật Doanh nghiệp định nghĩa: Doanh nghiệp là tổ chức có tên riêng, có tài sản, có trụ sở

giao dịch, được đăng ký thành lập theo quy định của pháp luật nhằm mục đích kinh doanh³. Như vậy, pháp luật lao động mới chỉ công nhận hoạt động tuyển dụng đối với doanh nghiệp được đăng ký thành lập, mà chưa ghi nhận quan hệ tuyển dụng ở giai đoạn tiền doanh nghiệp. Trong khi đó, hoạt động thuê, mướn lao động phục vụ mục đích thành lập doanh nghiệp hoặc thực hiện các công việc cho doanh nghiệp trong giai đoạn xin giấy phép thành lập vẫn diễn ra trên thực tế. Và, khi tranh chấp xảy ra, các bên có liên quan sẽ khó hoặc không có cơ sở pháp lý để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho mình. Bên cạnh đó, giai đoạn tiền doanh nghiệp đã được nhắc đến hoặc quy định ở nhiều văn bản pháp luật khác nhau. Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định: Trường hợp doanh nghiệp không được đăng ký thành lập thì người ký kết hợp đồng theo quy định tại khoản 1 Điều này chịu trách nhiệm hoặc người thành lập doanh nghiệp liên đới chịu trách nhiệm thực hiện hợp đồng đó⁴. Hoặc, Luật Thương mại năm 2005 thừa nhận rằng: Trường hợp chưa đăng ký kinh doanh, thương nhân vẫn phải chịu trách nhiệm về mọi hoạt động của mình theo quy định của Luật này và quy định khác của pháp luật⁵. Như vậy, việc pháp luật lao động chưa quy định về quan hệ lao động ở giai đoạn tiền doanh nghiệp tạo ra sự bất cập trên thực tiễn, thiếu tính đồng bộ với các quy định có liên quan.

2.2. Phương thức tuyển dụng lao động

Bộ luật Lao động năm 2012 và Bộ luật Lao động năm 2019 đều ghi nhận quyền tuyển dụng của người sử dụng lao động như sau: Người sử dụng lao động có quyền trực tiếp hoặc thông qua tổ chức dịch vụ việc

¹ Khoản 2 Điều 3 Bộ luật Lao động năm 2012.

² Khoản 2 Điều 3 Bộ luật Lao động năm 2019.

³ Khoản 7 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

⁴ Khoản 3 Điều 19 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

⁵ Điều 7 Luật Thương mại năm 2005.

làm, doanh nghiệp hoạt động cho thuê lại lao động để tuyển dụng lao động^{6,7}.

Tuy nhiên, cả Bộ luật Lao động năm 2012 và Bộ luật Lao động năm 2019 đều tồn tại mâu thuẫn về vấn đề này. Tại Điều 53 Bộ luật Lao động năm 2012, hoạt động cho thuê lại lao động được định nghĩa: Cho thuê lại lao động là việc người lao động đã được tuyển dụng bởi doanh nghiệp được cấp phép hoạt động cho thuê lại lao động sau đó làm việc cho người sử dụng lao động khác, chịu sự điều hành của người sử dụng lao động sau và vẫn duy trì quan hệ lao động với doanh nghiệp cho thuê lại lao động. Và tại khoản 1 Điều 52 Bộ luật Lao động năm 2019, hoạt động cho thuê lại lao động được định nghĩa: Cho thuê lại lao động là việc người lao động giao kết hợp đồng lao động với một người sử dụng lao động là doanh nghiệp cho thuê lại lao động, sau đó người lao động được chuyển sang làm việc và chịu sự điều hành của người sử dụng lao động khác mà vẫn duy trì quan hệ lao động với người sử dụng lao động đã giao kết hợp đồng lao động. Bên cạnh đó, Nghị định số 29/2019/NĐ-CP ngày 20/3/2019 Quy định chi tiết thi hành khoản 3 Điều 54 Bộ luật Lao động về việc cấp phép hoạt động cho thuê lại lao động, việc ký quỹ và danh mục công việc được thực hiện cho thuê lại lao động định nghĩa: Bên thuê lại lao động là doanh nghiệp, cơ quan, tổ chức, hợp tác xã, hộ gia đình, cá nhân có nhu cầu sử dụng người lao động trong một thời gian xác định, nhưng không trực tiếp tuyển dụng mà thuê lại người lao động của doanh nghiệp cho thuê⁸. Như vậy, thông

qua doanh nghiệp cho thuê lại lao động, chủ thể có nhu cầu sử dụng lao động không được trực tiếp tuyển dụng lao động mà sử dụng lao động của doanh nghiệp cho thuê lại lao động đó. Nói cách khác, doanh nghiệp cho thuê lại lao động không phải là chủ thể gián tiếp giúp doanh nghiệp tuyển dụng lao động.

Từ quy định về quyền tuyển dụng của người sử dụng lao động, có thể hiểu nhà làm luật đưa ra hai phương thức tuyển dụng lao động, đó là người sử dụng lao động trực tiếp thực hiện hoạt động tuyển dụng hoặc gián tiếp thông qua tổ chức dịch vụ việc làm để tuyển dụng lao động (tác giả xác định doanh nghiệp cho thuê lại lao động là chủ thể gián tiếp tuyển dụng lao động vì không phù hợp như phân tích ở trên). Tuy nhiên, pháp luật lao động lại quy định khá mơ hồ về phương thức gián tiếp này. Các văn bản quy định về tổ chức dịch vụ việc làm bao gồm: Nghị định số 196/2013/NĐ-CP ngày 21/11/2013 Quy định thành lập, hoạt động của trung tâm dịch vụ việc làm; Nghị định số 52/2014/NĐ-CP ngày 23/05/2014 Quy định điều kiện, thủ tục cấp giấy phép hoạt động dịch vụ việc làm của doanh nghiệp hoạt động dịch vụ việc làm; Nghị định số 140/2018/NĐ-CP ngày 08/10/2018 sửa đổi, bổ sung các nghị định liên quan đến điều kiện đầu tư kinh doanh và thủ tục hành chính thuộc phạm vi quản lý nhà nước của Bộ Lao động - Thương binh và xã hội; Thông tư số 07/2015/TT-BLĐTBXH ngày 25/02/2015 Quy định chi tiết thi hành một số điều của Nghị định số 196/2013/NĐ-CP ngày 21/11/2013 Quy định thành lập, hoạt động của trung tâm dịch vụ việc làm và Nghị định số 52/2014/NĐ-CP ngày

⁶ Điều 11 Bộ luật Lao động năm 2012.

⁷ Khoản 1 Điều 11 Bộ luật Lao động năm 2019.

⁸ Khoản 2 Điều 3 Nghị định số 29/2019/NĐ-CP ngày 20/3/2019 Quy định chi tiết thi hành khoản 3 Điều 54 Bộ luật Lao động về việc cấp phép hoạt động cho

thuê lại lao động, việc ký quỹ và danh mục công việc được thực hiện cho thuê lại lao động.

23/05/2014 Quy định điều kiện, thủ tục cấp giấy phép hoạt động dịch vụ việc làm của doanh nghiệp hoạt động dịch vụ việc làm. Các văn bản pháp luật này chủ yếu quy định về việc hình thành, thủ tục thành lập, chức năng, nhiệm vụ của tổ chức dịch vụ việc làm mà chưa quy định chặt chẽ, đầy đủ về mối quan hệ, phương thức hoạt động, trách nhiệm giữa người sử dụng lao động và tổ chức dịch vụ việc làm. Trong các văn bản quy phạm pháp luật đó, hợp đồng dịch vụ việc làm được yêu cầu các nội dung sau: Tên, địa chỉ liên hệ của các bên; giá trị hợp đồng, phương thức thanh toán; nội dung cụ thể của dịch vụ việc làm cung cấp (số lượng, chất lượng ...); phương thức thực hiện hợp đồng; quyền và nghĩa vụ của các bên trong việc thực hiện dịch vụ; trách nhiệm do vi phạm hợp đồng; giải quyết tranh chấp, và các nội dung khác (nếu có)⁹. Nội dung của hợp đồng dịch vụ việc làm chính là căn cứ pháp lý đầu tiên và tiên quyết để bảo vệ quyền, lợi ích của người sử dụng lao động và tổ chức dịch vụ việc làm khi xảy ra tranh chấp. Dẫu rằng đó là sự thỏa thuận, cam kết của hai bên. Nhưng, với bản chất là hợp đồng dịch vụ và có đối tượng đặc biệt là “sức lao động”, việc thiếu đi những tiêu chí xác định chất lượng dịch vụ cũng như mức độ đáp ứng yêu cầu của các bên chưa thể tạo nên căn cứ pháp lý chặt chẽ để các bên thực hiện, cũng như là cơ sở để giải quyết các tranh chấp phát sinh nếu có.

Ngoài ra, nhà làm luật mới chỉ công nhận tổ chức dịch vụ việc làm và doanh nghiệp cho thuê lại lao động là hai chủ thể

được ủy quyền để tuyển dụng lao động. Việc giới hạn chủ thể được ủy quyền đã làm hạn chế đi khả năng tuyển dụng của người sử dụng lao động và gia tăng chi phí tuyển dụng cho nhà tuyển dụng nếu muốn tuyển dụng gián tiếp. Trên thực tế, các công ty thành viên có thể tuyển dụng lao động cho nhau; công ty mẹ tuyển dụng lao động cho các công ty thành viên hoặc các đối tác tuyển dụng lao động cho nhau. Như vậy, người sử dụng lao động có thể ủy quyền cho bất kỳ tổ chức nào mà họ cảm thấy tin tưởng để cùng thực hiện việc tuyển dụng. Bởi lẽ, kết quả và chất lượng của hoạt động tuyển dụng ảnh hưởng trực tiếp và trước hết đến người sử dụng lao động.

2.3. Trình tự, thủ tục tuyển dụng lao động

Pháp luật lao động hiện hành đã quy định thủ tục, trình tự tuyển dụng lao động đơn giản và hợp lý hơn. Tuy nhiên, vẫn còn một số vấn đề chưa cụ thể trong quá trình tuyển dụng lao động. Một là, về hình thức thông báo nhu cầu tuyển dụng. Pháp luật yêu cầu nhà tuyển dụng phải công khai về nhu cầu tuyển lao động thông qua hình thức: Thông báo trên các phương tiện thông tin đại chúng¹⁰; tuy nhiên, chưa có văn bản hướng dẫn nào về khái niệm “phương tiện thông tin đại chúng”. Thông thường, các loại phương tiện như báo, đài phát thanh, đài truyền hình... được coi là phương tiện thông tin đại chúng. Trên thực tế, nhà tuyển dụng thường đăng tải nhu cầu tuyển dụng trên các trang web, thậm chí là mạng xã hội. Những hình thức này mang lại hiệu quả khá tốt cho nhà tuyển dụng; bên cạnh đó, chi phí

⁹ Khoản 1 Điều 3 Thông tư số 07/2015/TT-BLĐTBXH ngày 25/02/2015 Quy định chi tiết thi hành một số điều của Nghị định số 196/2013/NĐ-CP ngày 21/11/2013 quy định thành lập, hoạt động của trung tâm dịch vụ việc làm.

¹⁰ Điểm b khoản 1 Điều 5 Thông tư số 23/2014/TT-BLĐTBXH ngày 29/8/2014 Hướng dẫn thực hiện một số điều của Nghị định số 03/2014/NĐ-CP ngày 16/01/2014 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Bộ luật Lao động về việc làm.

tuyển dụng cũng được tiết kiệm một cách đáng kể. Hai là, vấn đề cung cấp thông tin giữa nhà tuyển dụng và ứng viên. Tuyển dụng lao động là giai đoạn tiền hợp đồng lao động. Do đó, mọi thông tin được đưa ra liên quan đến công việc và năng lực của hai bên ở giai đoạn này có vai trò quan trọng để các bên xem xét và đưa ra quyết định giao kết hợp đồng. Tuy nhiên, pháp luật lao động mới chỉ yêu cầu nhà tuyển dụng thông báo công khai các nội dung sau: Nghề, công việc, trình độ chuyên môn, số lượng cần tuyển; loại hợp đồng dự kiến giao kết; mức lương dự kiến; điều kiện làm việc cho từng vị trí công việc¹¹, mà chưa đặt ra nghĩa vụ phải cung cấp thông tin. Những nghĩa vụ này là cần thiết và bắt buộc đối với hai bên khi tham gia vào quan hệ tuyển dụng. Chẳng hạn: Người sử dụng lao động phải thông báo về tình hình tài chính khó khăn hiện tại của doanh nghiệp hoặc việc doanh nghiệp chuẩn bị di dời (nếu có); người dự tuyển cho công việc là lái xe phải thông báo về việc đã từ nhiều năm không lái xe; hoặc người nước ngoài phải thông báo về việc sắp tới có thể bị trục xuất. Có thể nhà tuyển dụng và ứng viên sẽ trao đổi thông tin khi gặp gỡ, đàm phán, nhưng điều đó không đồng nghĩa với việc tất cả nhà tuyển dụng và ứng viên đều minh bạch thông tin trong quá trình tuyển dụng. Nhà tuyển dụng luôn muốn có được nhiều ứng viên chất lượng ứng tuyển và ứng viên luôn muốn tìm được công việc có thu nhập cao nên cả hai sẽ khó tránh khỏi việc “đánh bóng” năng lực, cung cấp các thông tin sai lệch. Nghĩa vụ cung cấp thông tin đã được nhà làm luật yêu cầu đối với các bên khi giao kết hợp đồng lao động được quy định tại Điều 18 Bộ luật Lao

động năm 2012 và Điều 16 Bộ luật Lao động năm 2019. Tuy nhiên, việc quy định nghĩa vụ cung cấp thông tin chỉ ở giai đoạn giao kết hợp đồng là chưa đầy đủ. Bởi ngay từ giai đoạn tiền hợp đồng, nghĩa vụ cung cấp thông tin là bắt buộc đối với các bên.

2.4. Hệ quả pháp lý của tuyển dụng lao động

Tuyển dụng lao động là quá trình gồm một chuỗi các hoạt động mà hệ quả của nó là kết quả tuyển dụng. Kết quả tuyển dụng này bao gồm thông tin trúng tuyển và không trúng tuyển. Pháp luật lao động quy định về vấn đề này như sau: Người sử dụng lao động, tổ chức dịch vụ việc làm, doanh nghiệp cho thuê lại lao động phải thông báo công khai kết quả tuyển lao động trong thời hạn 05 ngày làm việc, kể từ ngày có kết quả tuyển lao động¹². Trường hợp người lao động không trúng tuyển hoặc không tham gia dự tuyển, người sử dụng lao động hay tổ chức dịch vụ việc làm hoặc doanh nghiệp cho thuê lại lao động phải trả lại đầy đủ hồ sơ đăng ký dự tuyển lao động trong thời hạn 05 ngày làm việc, kể từ ngày người lao động yêu cầu¹³. Như vậy, pháp luật lao động chỉ đề cập đến hai vấn đề: Một là, công khai kết quả tuyển dụng và hai là, người lao động không trúng tuyển có thể lấy lại hồ sơ đăng ký dự tuyển. Việc quy định như vậy quá sơ sài và đơn giản, chưa bao quát hết các vấn đề pháp lý phát sinh. Để làm rõ vấn đề này, tác giả xin đưa ra hai tình huống minh họa như sau:

Tình huống 1: Chị M đang làm việc tại công ty Kitty. Khi biết công ty Kitten có

¹¹ Khoản 1 Điều 7 Nghị định số 03/2014/NĐ-CP ngày 16/01/2014 Quy định chi tiết thi hành một số điều của Bộ luật Lao động về việc làm.

¹² Khoản 4 Điều 7 Nghị định số 03/2014/NĐ-CP ngày 16/01/2014 Quy định chi tiết thi hành một số điều của Bộ luật Lao động về việc làm.

¹³ Khoản 5 Điều 7 Nghị định số 03/2014/NĐ-CP ngày 16/01/2014 Quy định chi tiết thi hành một số điều của Bộ luật Lao động về việc làm.

nhu cầu tuyển dụng lao động, chị M nộp hồ sơ và làm các thủ tục cần thiết để tham gia tuyển dụng. Sau quá trình tuyển dụng, công ty Kitten thông báo chị M đã trúng tuyển và hẹn chị 11 ngày sau đến trụ sở công ty để ký hợp đồng lao động. Chị M đồng ý. Sau đó, chị M đã làm các thủ tục để chấm dứt hợp đồng lao động với công ty Kitty và chuẩn bị những điều kiện cần thiết để làm việc ở công ty Kitten. Theo đúng hẹn, chị M đến trụ sở công ty Kitten để ký hợp đồng lao động thì được công ty Kitten trả lời là công ty không có nhu cầu sử dụng nhân sự mới nữa nên sẽ không ký hợp đồng lao động.

Tình huống 2: Chị A biết tin công ty B tổ chức tuyển dụng lao động. Xét từ các điều kiện tuyển dụng phù hợp với nguyện vọng và chuyên môn của mình, chị A nộp hồ sơ và làm các thủ tục để thi tuyển. Trong quá trình tuyển dụng, chị A nhận thấy ứng viên C không tham dự thi tuyển nhưng vẫn có kết quả bài thi. Kết quả là ứng viên C trúng tuyển; chị A không trúng tuyển và cũng không biết điểm bài thi.

Từ hai tình huống trên, có thể thấy nếu chỉ dựa trên những quy định sơ sài về việc thông báo kết quả tuyển dụng thì thật khó để áp dụng quy định pháp luật để giải quyết các vấn đề đã nêu ra. Chị M và công ty Kitten (tình huống 1) chưa ký hợp đồng lao động và pháp luật lao động cũng chưa có quy định nào về vấn đề này nên dường như thiếu căn cứ pháp lý để bảo vệ chị M. Bên cạnh đó, pháp luật lao động cũng chưa đặt ra các yêu cầu, đòi hỏi cho các bên trong suốt quá trình tuyển dụng, nên dường như cũng thiếu cơ chế để bảo vệ quyền, lợi ích cho chị A (tình huống 2).

3. Giải pháp hoàn thiện pháp luật về tuyển dụng lao động

Tuyển dụng lao động, với vai trò là giai đoạn đầu tiên, tiền đề hình thành quan hệ

lao động, đã và đang được nhà làm luật quan tâm, chú trọng. Nhiều văn bản pháp luật với những quy định cụ thể về hoạt động tuyển dụng lao động được ban hành. Nhìn chung, các văn bản pháp luật đã quy định một cách tổng quát về hoạt động tuyển dụng lao động, nêu lên được phương thức tuyển dụng cũng như cách thức hoạt động của các tổ chức có liên quan đến hoạt động tuyển dụng. Bên cạnh đó, pháp luật về tuyển dụng lao động vẫn còn một số hạn chế, khiếm khuyết cần được sửa đổi, bổ sung. Để góp phần hoàn thiện pháp luật về tuyển dụng lao động, tác giả xin đề xuất một số giải pháp như sau:

Thứ nhất, pháp luật nên quy định quan hệ tuyển dụng lao động ở giai đoạn tiền doanh nghiệp. Trên thực tế, quan hệ tuyển dụng có thể hoặc/và thường xuyên xảy ra ở giai đoạn tiền doanh nghiệp. Bên cạnh đó, Luật Doanh nghiệp và Luật Thương mại đã đề cập và quy định phần nào về giai đoạn tiền doanh nghiệp. Vì vậy, việc thừa nhận và điều chỉnh quan hệ này ở giai đoạn tiền doanh nghiệp vừa có ý nghĩa thực tiễn vừa mang tính đồng bộ trong việc điều chỉnh pháp luật.

Thứ hai, cần sửa đổi quy định về quyền tuyển dụng của người sử dụng lao động để tạo tính đồng bộ, thống nhất trong các quy định của pháp luật. Doanh nghiệp hoạt động cho thuê lại lao động chỉ cho người sử dụng lao động thuê người lao động của chính tổ chức đó, mà không giúp người sử dụng lao động tuyển dụng lao động, nên người sử dụng lao động không thể thông qua tổ chức này để tuyển dụng lao động. Bởi vậy, chỉ có tổ chức dịch vụ việc làm là đơn vị trung gian giúp người sử dụng lao động tuyển dụng lao động. Do đó, khoản 1 Điều 11 Bộ luật Lao động năm 2019 nên quy định: “Người sử dụng lao động có quyền trực tiếp

hoặc thông qua tổ chức dịch vụ việc làm để tuyển dụng lao động theo nhu cầu của người sử dụng lao động”.

Thứ ba, cần quy định cụ thể và chặt chẽ hơn về hợp đồng dịch vụ việc làm. Hợp đồng dịch vụ việc làm được xây dựng dựa trên mối quan hệ về quyền và nghĩa vụ giữa người sử dụng lao động và tổ chức dịch vụ việc làm. Nhưng, việc thực hiện hợp đồng hay đánh giá mức độ hoàn thành nghĩa vụ có liên quan hoặc bị ảnh hưởng bởi sự thiện chí của ứng viên (người lao động). Điểm mấu chốt để xác định các nghĩa vụ trong hợp đồng dịch vụ việc làm được hoàn thành là các yêu cầu của mỗi bên được đáp ứng. Do đó, pháp luật cần đặt ra các tiêu chí hoặc dự liệu các trường hợp để xác định mức độ hoàn thành nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng cũng như mối liên hệ với bên thứ ba là người lao động.

Thứ tư, cần mở rộng đối tượng được ủy quyền tuyển dụng lao động để tăng khả năng tuyển dụng của người sử dụng lao động cũng như hiệu suất tiếp cận được người lao động có năng lực. Bên cạnh tổ chức dịch vụ việc làm, pháp luật nên cho phép người sử dụng lao động có thể tuyển dụng lao động thông qua bất kỳ đơn vị, tổ chức nào mà người sử dụng lao động thấy phù hợp. Quy định như vậy sẽ giúp thúc đẩy quá trình gặp gỡ giữa cung và cầu trong thị trường lao động, giúp người sử dụng lao động tiết kiệm chi phí mà đạt hiệu quả trong việc tuyển dụng lao động.

Thứ năm, cần đặt ra nghĩa vụ cung cấp thông tin và trách nhiệm pháp lý đối với các bên ngay từ khi tham gia quan hệ tuyển dụng lao động. Xét một cách tổng quát, mọi giao dịch phát sinh giữa các chủ thể trong xã hội dựa trên sự tự do và tự nguyện đều được điều chỉnh bởi pháp luật tư. Do đó, ở khía cạnh pháp luật dân sự, tác giả coi hợp

đồng lao động là hợp đồng mua bán “sức lao động” và được điều chỉnh tổng quát bởi luật hợp đồng. Thông qua quá trình tuyển dụng lao động, người sử dụng lao động và người lao động gặp gỡ, trao đổi ý chí và dẫn đến sự thống nhất ý chí là hợp đồng lao động. Nên, giai đoạn tuyển dụng lao động được xem như giai đoạn tiền hợp đồng. Bởi những yếu tố của hợp đồng tương lai bắt nguồn từ giai đoạn tiền hợp đồng và ẩn sâu trong tư duy của người giao kết¹⁴. Nguyên tắc thiện chí được xem như tôn chỉ của giai đoạn tiền hợp đồng và từ đó, nghĩa vụ cung cấp thông tin được đặt ra đối với các bên trong suốt giai đoạn tiền hợp đồng. Việc đặt ra nghĩa vụ cung cấp thông tin và trách nhiệm pháp lý đối với các bên ngay từ khi tham gia quan hệ tuyển dụng lao động có ý nghĩa về mặt lý luận và thực tiễn.

Thứ sáu, cần quy định về các hệ quả pháp lý có thể xảy ra khi giai đoạn tuyển dụng kết thúc. Kết thúc giai đoạn tuyển dụng, người sử dụng lao động và ứng viên có thể giao kết hợp đồng lao động hoặc không. Chế định về hợp đồng lao động được đặt ra để bảo vệ quyền và nghĩa vụ của người sử dụng lao động và ứng viên khi họ bước đến giai đoạn giao kết hợp đồng (quan hệ hợp đồng lao động). Tuy nhiên, nếu người sử dụng lao động và ứng viên không thể giao kết hợp đồng, pháp luật cũng cần có những dự liệu pháp lý ở trường hợp này để bảo vệ quyền và lợi ích của các bên, đặc biệt là ứng viên (người lao động). Theo quan điểm của tác giả, pháp luật lao động cần đặt ra trách nhiệm pháp lý của người sử dụng lao động đối với thông báo trúng tuyển, cũng như thời hạn chấp nhận hay từ chối của người lao động.

¹⁴ Ngô Huy Cương (2013), *Giáo trình Luật Hợp đồng phần chung*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, tr. 350.

CƠ CHẾ LỰA CHỌN CHỦ THỂ CUNG ỨNG DỊCH VỤ THU GOM CHẤT THẢI RẮN SINH HOẠT

*Nguyễn Hoàng Thùy Trang**

Tóm tắt: Bài viết này phân tích cơ sở lý luận cho sự can thiệp của Nhà nước vào quá trình lựa chọn chủ thể cung ứng dịch vụ thu gom chất thải rắn sinh hoạt, đánh giá thực trạng cơ chế lựa chọn chủ thể cung ứng dịch vụ thu gom chất thải rắn sinh hoạt ở Việt Nam hiện nay và đưa ra một số đề xuất mang tính định hướng nhằm hoàn thiện cơ chế lựa chọn chủ thể này, góp phần thực hiện mục tiêu phát triển kinh tế bền vững.

Abstract: This article analyzes the theoretical ground for State's intervention in the process of selecting service providers to collect household solid waste, assesses the practice of current laws on mechanism of selecting such providers in Vietnam, and makes recommendations with the aim to promote the goal of sustainable economic development.

1. Cơ sở lý luận của việc lựa chọn chủ thể cung ứng dịch vụ thu gom chất thải rắn sinh hoạt

Thứ nhất, thu gom chất thải rắn sinh hoạt (CTRSH) là một dịch vụ công, mang tính xã hội, với mục tiêu chính là phục vụ lợi ích của cộng đồng; mọi người dân đều có quyền ngang nhau trong việc tiếp cận dịch vụ với tư cách là đối tượng phục vụ của Nhà nước. Ngay cả khi Nhà nước chuyển giao dịch vụ này cho tư nhân cung ứng, Nhà nước vẫn có vai trò điều tiết đặc biệt nhằm bảo đảm sự công bằng trong phân phối các dịch vụ. Dưới góc độ kinh tế học, “các hoạt động thuộc khu vực công cộng là hoạt động nhằm tạo ra các sản phẩm, dịch vụ phục vụ cho nhu cầu xã hội do Nhà nước trực tiếp đầu tư, quản lý hoặc do tư nhân đầu tư, quản lý nhưng có sự chi phối đặc biệt của Nhà nước thông qua hệ thống pháp luật, chính sách, quy định, tiêu chuẩn riêng

biệt”¹. Do là chủ thể chịu trách nhiệm xã hội đối với hoạt động cung ứng dịch vụ này, nên Nhà nước phải là chủ thể lựa chọn bên cung ứng dịch vụ thu gom CTRSH để phục vụ cho lợi ích của cộng đồng.

Thứ hai, bản chất của hoạt động thu gom CTRSH là hoạt động khắc phục hậu quả của hành vi xả thải. Theo kinh tế học, khi một chủ thể phát thải ra môi trường, gây thiệt hại cho môi trường thì thiệt hại đó gọi là thiệt hại xã hội và chi phí để khắc phục thiệt hại đó gọi là chi phí xã hội. Nhưng, thực tế là xã hội phải chi trả để xử lý và khắc phục thiệt hại cho môi trường, còn đối với người gây ô nhiễm, chi phí khắc phục đó là chi phí ngoại ứng (external cost). Sự bất cân xứng giữa chi phí xã hội và chi phí cá nhân, sự phân bổ chi phí bất hợp lý sẽ dẫn đến sự phân bổ bất hợp lý các nguồn lực xã hội² và ô nhiễm là một dạng phân bổ

* NCS., Khoa Luật Thương mại, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

¹ Nguyễn Thuán (2004), *Kinh tế học công cộng*, Nxb. Thống kê, tr. 6.

² Thompson, Donald N (1973), *The Economics of Environmental Protection*, Cambridge: Winthrop Publisher, tr. 8.

chi phí bất hợp lý³. Trong nhiều thập kỷ, các nhà kinh tế học đã cố gắng tìm ra nhiều giải pháp cho vấn đề ngoại ứng như mô hình thuế Pigouvian, mô hình chuyển giao quyền sở hữu của Ronald Coase... và các giải pháp này chính là cơ sở cho nguyên tắc Người gây ô nhiễm phải trả tiền⁴ (The Polluter Pays Principle - PPP).

Dưới góc độ kinh tế, người gây ô nhiễm phải gánh chịu chi phí phòng ngừa ô nhiễm và các biện pháp kiểm soát để khuyến khích việc sử dụng hợp lý nguồn tài nguyên môi trường khan hiếm và để tránh việc bóp méo

thương mại và đầu tư quốc tế. Những chi phí này sẽ do Nhà nước quyết định để đảm bảo môi trường ở trong một trạng thái có thể chấp nhận được. Do đó, nguyên tắc này tập trung vào những chi phí phòng ngừa và các biện pháp kiểm soát ô nhiễm; còn dưới góc độ pháp lý, nguyên tắc này được mở rộng và tập trung vào chi phí khắc phục thiệt hại do ô nhiễm môi trường gây ra⁵. Tại Việt Nam, nguyên tắc này được thể hiện tại khoản 7 Điều 4 Luật Bảo vệ môi trường năm 2014, khoản 7 Điều 4 Nghị định số 38/2015/NĐ-CP về quản lý chất thải và phế liệu. Theo đó: “*Tổ chức, hộ gia đình, cá nhân gây ô nhiễm, sự cố và suy thoái môi trường phải khắc phục, bồi thường thiệt hại và trách nhiệm khác theo quy định của pháp luật*” và “*Tổ chức, cá nhân phát sinh chất thải có trách nhiệm nộp phí, giá dịch vụ cho hoạt động thu gom, vận chuyển, xử lý chất thải theo quy định của pháp luật*”. Như vậy, chủ thể phải trả tiền là những chủ thể khai thác, sử dụng tài nguyên thiên nhiên và những chủ thể gây ô nhiễm môi trường. Hiện nay, quan điểm chỉ đạo xây dựng Luật Bảo vệ môi trường sửa đổi cũng đặt ra yêu cầu phải thể chế hoá đầy đủ nguyên tắc PPP thông qua hoàn thiện các công cụ kinh tế, cơ chế tài chính phù hợp với thể chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, nhằm điều tiết các hành vi theo hướng thân thiện môi trường, nâng cao trách nhiệm, thu hút sự tham gia của tổ chức, cá nhân trong bảo vệ môi trường⁶.

³ Keetlewell, Ursula (1992), “*The Answer to Global Pollution? A Critical Examination of the Problems and Potential of the Polluter Pays Principle*”, Colorado Journal of Environmental Law and Policy, No. 2, tr. 431.

⁴ Keetlewell, Ursula, tldd tr. 431. Kneese and J. H. Dales là những nhà kinh tế học môi trường đầu tiên định hình cho nguyên tắc Người gây ô nhiễm phải trả tiền. Hai tác giả này đã thảo luận và giải thích về việc sử dụng các công cụ kinh tế để giảm thiểu ô nhiễm vào những năm 60 của thế kỷ trước. Vấn đề phân bổ chi phí môi trường và sử dụng công cụ kinh tế để phân bổ chi phí giảm thiểu ô nhiễm được các nhà kinh tế học thảo luận nhiều thập kỷ trước khi đi đến kết luận người gây ô nhiễm phải trả tiền và chi phí này cần được bổ sung vào chi phí sản xuất hàng hoá và bằng cách này chi phí sẽ được chuyển sang người tiêu dùng. Đến năm 1971, nguyên tắc này lần đầu tiên được thảo luận tại diễn đàn Các vấn đề kinh tế môi trường (Problems of Environmental Economics) do OECD tổ chức ở Paris và đến năm 1972, tổ chức này chính thức đề xuất nguyên tắc PPP trở thành nguyên tắc chỉ đạo liên quan đến các khía cạnh kinh tế quốc tế của chính sách môi trường (Guiding Principle Concerning the International Economic Aspects of Environmental Policies). Như vậy, sau 50 năm kể từ khi học thuyết Pigou được trình bày trong tác phẩm *The Economics of Welfare* xuất bản năm 1920, một nguyên tắc kinh tế học được đưa vào áp dụng và trở thành chính sách môi trường. Xem Muhammad Munir (2013), *History and Evolution of The Polluter Pays Principle: How an Economic Idea Became a Legal Principle?*, tr. 25, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2322485, truy cập ngày 03/12/2019.

⁵ Muhammad Munir (2013), *History and Evolution of The Polluter Pays Principle: How an Economic Idea Became a Legal Principle?*, tr. 25, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2322485, truy cập ngày 03/12/2019.

⁶ Bộ Tài nguyên và Môi trường (2019), Tờ trình Dự án Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Bảo vệ môi trường, tr. 7.

Bên cạnh đó, hoạt động thu gom CTRSH mang lại lợi ích về môi trường để người dân được hưởng, cụ thể là hoạt động này tạo ra hiệu ứng tích cực góp phần bảo vệ môi trường, giữ gìn vệ sinh môi trường, bảo vệ sức khỏe, tính mạng con người.

Theo nguyên tắc Người được hưởng lợi phải trả tiền (Benefits Pay Principle - BPP), chính cộng đồng bao gồm các thành viên với tư cách là người được hưởng lợi từ hoạt động thu gom chất thải sẽ phải trả chi phí thu gom. Do dịch vụ này mang tính xã hội như đã trình bày ở trên nên tính kinh tế, lợi nhuận không phải là điều kiện tiên quyết và duy nhất chi phối hoạt động cung ứng dịch vụ. Việc trao đổi dịch vụ công nói chung và dịch vụ thu gom CTRSH nói riêng được thực hiện không thông qua quan hệ thị trường đầy đủ. Đối với các loại hàng hóa thông thường, giá cả hàng hóa được xác định trên cơ sở giá trị là sức lao động kết tinh trong nó, trong khi đó, hàng hóa chất lượng môi trường là loại hàng hóa có tính trừu tượng, phi thị trường, không có hàng hóa cùng loại để tham chiếu giá trị. Do không có thị trường để trao đổi, mua bán nên cũng không có sẵn giá cả để làm thước đo tương đối cho việc đánh giá giá trị hay lợi ích. Dưới góc độ kinh tế, các nhà kinh tế học đã đưa ra các tiêu chí để đánh giá giá trị hàng hóa của môi trường. Kinh tế học đưa ra hướng tiếp cận giá trị hàng hóa chất lượng môi trường là giá trị tâm sinh. Tiếp cận tâm sinh không đánh giá giá trị dựa trên sự thoả mãn nhu cầu của con người mà giá trị phải dựa trên vai trò sinh thái hay quan điểm sâu sắc về sinh thái; nghĩa là việc sử dụng các tài nguyên môi trường nhằm thoả mãn bất kỳ nhu cầu nào của con người, ngoại trừ các nhu cầu cần cho sự sống của con người, đều là phi đạo đức. Bởi vì, tất cả

các thành phần của hệ sinh thái, bao gồm hệ sinh thái, đều có giá trị thực chất của nó và có quyền được tồn tại dưới dạng bất biến⁷. Để có thể xác định giá trị tâm sinh của hàng hóa môi trường làm cơ sở có đơn giá trong đàm phán, thỏa thuận cung ứng dịch vụ cũng cần phải có sự can thiệp của Nhà nước thông qua việc ban hành đơn giá dịch vụ. Do vậy, dù theo nguyên tắc PPP hay BPP, việc Nhà nước lựa chọn chủ thể cung ứng dịch vụ là điều kiện thuận lợi và hợp lý để Nhà nước có thể can thiệp vào mức giá dịch vụ được cung ứng để vừa đảm bảo sự cân bằng về lợi ích trong quan hệ cung ứng dịch vụ mang lại lợi ích cho cộng đồng và đảm bảo quyền được sống trong môi trường trong lành của người dân.

Thứ ba, dưới góc độ luật thực định, pháp luật Việt Nam hiện hành quy định: “*Chủ nguồn thải chất thải rắn sinh hoạt có trách nhiệm ký hợp đồng dịch vụ thu gom, vận chuyển và xử lý; thanh toán toàn bộ chi phí theo hợp đồng dịch vụ*”⁸. Việc thực hiện quy định này trên thực tế tại các địa phương không thống nhất với nhau về chủ nguồn thải trực tiếp ký hợp đồng hay Ủy ban nhân dân (UBND) cấp huyện, cấp xã thay mặt chủ nguồn thải ký hợp đồng với bên cung ứng dịch vụ⁹. Tuy nhiên, dù pháp

⁷ Nguyễn Thế Chính (2003), *Giáo trình Kinh tế và quản lý môi trường*, Trường Đại học Kinh tế quốc dân Hà Nội, tr.125 - 126.

⁸ Khoản 3 Điều 16 của Nghị định số 38/2015/NĐ-CP về quản lý chất thải và phế liệu.

⁹ *Tại Tp. Hồ Chí Minh*, Quy chế về Tổ chức và hoạt động của lực lượng làm dịch vụ thu gom rác dân lập trên địa bàn thành phố ban hành kèm theo Quyết định số 5424/1998/QĐ-UD-QLĐT ngày 15/10/1998 và Quyết định số 130/2002/QĐ-UB ngày 18/11/2002 của UBND Tp. Hồ Chí Minh về việc ban hành Quy chế quản lý chất thải rắn thông thường trên địa bàn Tp. Hồ Chí Minh đều quy định tất cả các hộ dân đều phải ký hợp đồng thu gom, giao rác cho đơn vị thu

gom, vận chuyển rác (khoản 4 Điều 11). Hiện nay, Quyết định số 12/2019/QĐ-UBND thay thế Quyết định số 5424/1998/QĐ-UB-QLĐT, Quyết định số 130/2002/QĐ-UB và quy định hai cách thức để ký hợp đồng: (i) Hợp đồng cung ứng dịch vụ thu gom CTRSH tại nguồn do UBND phường, xã, thị trấn ký kết với chủ thu gom, vận chuyển CTRSH và (ii) Hợp đồng cung ứng dịch vụ thu gom CTRSH do chủ nguồn thải trực tiếp ký kết với chủ thu gom, vận chuyển (khoản 3 Điều 6). Như vậy, Quyết định mới này đã thừa nhận sự tham gia của **UBND cấp xã** vào việc ký kết hợp đồng dịch vụ với tư cách là người đại diện cho các chủ nguồn thải CTRSH trên địa bàn. *Tại tỉnh Phú Yên*, Quyết định số 69/2016/QĐ-UBND ngày 04/11/2016 của UBND tỉnh Phú Yên về quản lý chất thải rắn sinh hoạt trên địa bàn tỉnh Phú Yên quy định UBND cấp huyện hoặc các chủ phát sinh chất thải rắn sinh hoạt ký hợp đồng dịch vụ thu gom, vận chuyển hoặc bao gồm cả thu gom, vận chuyển và xử lý chất thải rắn (khoản 5 Điều 8). *Tại tỉnh Vĩnh Phúc*, Quyết định số 55/2017/QĐ-UBND ngày 22/12/2017 của UBND tỉnh Vĩnh Phúc về quản lý chất thải rắn sinh hoạt trên địa bàn tỉnh Vĩnh Phúc tại khoản 1 Điều 6 quy định: (i) Trên địa bàn thành phố Vĩnh Yên và thị xã Phúc Yên, **UBND thành phố, thị xã** ký hợp đồng với đơn vị có chức năng để thu gom, vận chuyển từ hộ gia đình đến cơ sở xử lý; các huyện còn lại **UBND cấp xã** ký hợp đồng với Hợp tác xã dịch vụ vệ sinh môi trường hoặc đơn vị có chức năng làm dịch vụ thu gom, vận chuyển để thu gom từ hộ gia đình và vận chuyển đến điểm tập kết, trạm trung chuyển; (ii) Chất thải rắn sinh hoạt phát sinh từ trụ sở làm việc của các cơ quan, tổ chức; cơ sở sản xuất kinh doanh, cửa hàng, nhà hàng kinh doanh ăn uống, khách sạn, dịch vụ du lịch; công trình xây dựng được đơn vị có chức năng thu gom vận chuyển đến cơ sở xử lý trên địa bàn thông qua hợp đồng dịch vụ. *Tại tỉnh Bình Dương*, Quy định về quản lý chất thải rắn trên địa bàn tỉnh Bình Dương ban hành kèm theo Quyết định số 23/2016/QĐ-UBND ngày 05/8/2016 của UBND tỉnh Bình Dương quy định **Phòng Tài nguyên và Môi trường cấp huyện** tổ chức đấu thầu theo quy trình quy định thu gom chất thải rắn trên địa bàn huyện, thị xã, thành phố hoặc ký hợp đồng đặt hàng với đơn vị vận chuyển tại địa bàn quản lý (điểm d khoản 6 Điều 32). *Tại tỉnh Đắk Lắk*, Quyết định số 12/2017/QĐ-UBND ngày 16/3/2017 của UBND tỉnh Đắk Lắk quy định quản lý chất thải rắn sinh hoạt trên địa bàn tỉnh Đắk Lắk tại điểm c khoản 1 Điều 19 quy định **hộ gia đình, cá nhân** phải “ký hợp đồng” với đơn vị thu gom, vận chuyển, xử lý chất thải rắn. Điểm b khoản 2 Điều 19 quy định các cơ quan, tổ chức, cơ sở kinh doanh, dịch vụ, các

luật quy định chủ nguồn thải hay UBND cấp huyện, cấp xã ký hợp đồng dịch vụ thì việc từng chủ nguồn thải lựa chọn chủ thể cung ứng dịch vụ là điều rất khó thực hiện trên thực tế.

cơ sở sản xuất công nghiệp ngoài phạm vi khu cụm công nghiệp “ký hợp đồng” dịch vụ thu gom, vận chuyển, xử lý chất thải rắn sinh hoạt. *Tại tỉnh Bến Tre*, Quyết định số 02/2017/QĐ-UBND ngày 06/01/2017 của UBND tỉnh Bến Tre về quản lý chất thải rắn sinh hoạt trên địa bàn tỉnh Bến Tre tại khoản 2 Điều 6 quy định **tổ chức, cá nhân** phát sinh chất thải rắn sinh hoạt có trách nhiệm ký hợp đồng dịch vụ thu gom, vận chuyển, xử lý chất thải rắn sinh hoạt. Quyết định số 42/2018/QĐ-UBND của UBND tỉnh Điện Biên ngày 14/11/2018 Ban hành quy định về quản lý CTRSH trên địa bàn tỉnh Điện Biên và Quy định về quản lý CTRSH trên địa bàn tỉnh Quảng Bình ban hành kèm theo Quyết định số 03/2018/QĐ-UBND ngày 29/01/2018 của UBND tỉnh Quảng Bình đều quy định: “Tổ chức, cá nhân phát sinh chất thải rắn sinh hoạt có trách nhiệm **ký hợp đồng hoặc đăng ký** dịch vụ thu gom, vận chuyển, xử lý chất thải rắn sinh hoạt”. *Tại tỉnh Sơn La*, Điều 5 Quy định Về quản lý CTRSH trên địa bàn tỉnh Sơn La ban hành kèm theo Quyết định số 08/2019/QĐ-UBND ngày 28/3/2019 của UBND tỉnh Sơn La quy định: “Việc thu gom, vận chuyển chất thải rắn sinh hoạt từ nguồn phát sinh trên địa bàn tỉnh được thực hiện như sau: UBND các huyện, thành phố tổ chức phân định địa bàn tổ chức thu gom, vận chuyển chất thải rắn sinh hoạt và giao nhiệm vụ cho các cơ quan, đơn vị trực thuộc để tổ chức lựa chọn, ký kết hợp đồng với đơn vị, tổ chức có chức năng để thu gom, vận chuyển chất thải rắn sinh hoạt trên địa bàn”. *Tại tỉnh Cà Mau*, Quy định về quản lý CTRSH trên địa bàn tỉnh Cà Mau ban hành kèm theo Quyết định số 05/2017/QĐ-UBND ngày 28/3/2017 của UBND tỉnh Cà Mau chỉ quy định chủ cơ sở sản xuất, kinh doanh, dịch vụ có trách nhiệm ký hợp đồng dịch vụ thu gom và không quy định cá nhân, hộ gia đình phải trực tiếp ký hợp đồng dịch vụ giống như chủ cơ sở sản xuất, kinh doanh dịch vụ. *Tại tỉnh Kiên Giang*, Quyết định số 31/2017/QĐ-UBND ngày 22/12/2017 của UBND tỉnh Kiên Giang về việc quy định giá tối đa đối với dịch vụ thu gom, vận chuyển rác thải sinh hoạt sử dụng nguồn vốn ngân sách nhà nước trên địa bàn tỉnh Kiên Giang quy định hai trường hợp hoặc chủ nguồn thải trực tiếp ký hợp đồng với chủ thu gom, vận chuyển hoặc UBND cấp xã ký hợp đồng với chủ thu gom, vận chuyển.

Một trong các đặc điểm của chất thải sinh hoạt là chủ thể phát sinh chất thải có tính phân tán, lớn về số lượng, đa dạng về mục đích hoạt động. Trong một khu phố với hàng trăm hộ gia đình, việc thu gom chỉ có thể thực hiện được khi các hộ dân trên một địa bàn nhất định phải cùng nhau thống nhất lựa chọn một chủ thể thu gom. Trong trường hợp một hoặc một số hộ dân không đồng ý lựa chọn người cung ứng dịch vụ theo số đông thì phải giải quyết như thế nào nếu không có sự can thiệp của Nhà nước? Trên thực tế, người dân, với tư cách là người thụ hưởng dịch vụ và trực tiếp chi trả tiền dịch vụ thậm chí còn không biết người cung ứng dịch vụ cho mình là ai, quyền và nghĩa vụ của các bên như thế nào và khi phát sinh tranh chấp thì người dân không biết kêu ai để được giải quyết¹⁰. Bên cạnh đó, cũng có nhiều trường hợp, người dân không chịu ký hợp đồng dịch vụ thu gom vì lí do họ không có nhu cầu xả rác hoặc họ có thể tự xử lý rác bằng cách chôn lấp trong vườn nhà ở khu vực nông thôn. Do vậy, Nhà nước cần can thiệp vào việc lựa chọn chủ thể cung ứng dịch vụ để thực thi các quy định của pháp luật một cách hiệu quả.

¹⁰ Đây là trường hợp đã xảy ra tại phường 26, quận Bình Thạnh trong tháng 4/2019 vừa qua khi đơn vị thu gom để rác ùn ứ nhiều ngày liền trước nhà dân, người dân phản ánh đến tổ dân phố thì tổ dân phố trả lời không biết, còn UBND phường thì cho rằng UBND không có trách nhiệm quản lý, thu gom rác mà người dân phải tự tìm đơn vị thu gom, tự thỏa thuận ký hợp đồng. Trong khi đó, các hộ dân trên địa bàn đều không ai có hợp đồng dịch vụ với đơn vị thu gom, không hề có sự thỏa thuận hay hợp đồng mà cứ theo tuyến đường, khu vực phân chia cho các đơn vị thu gom. Đăng Quang, *Dịch vụ thu gom, vận chuyển rác sinh hoạt tại TP.HCM: Liệu có độc quyền?*, <https://thuonghieulonguan.com.vn/dich-vu-thu-gom-van-chuyen-rac-sinh-hoat-tai-tp-hcm-lieu-co-doc-quyen-a75106.html?fbclid=IwAR1j8Yoh4vgzu9dd5UIKo5fcCb7dkk6hkJozjxLwBASz0bvvyADdotBgAk>, truy cập ngày 21/12/2019.

Ngoài ra, theo Danh mục sản phẩm, dịch vụ công ích ban hành kèm theo Nghị định số 130/2013/NĐ-CP ngày 16/10/2013 của Chính phủ về sản xuất và cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích thì dịch vụ thu gom CTRSH là dịch vụ công ích. Nghị định số 32/2019/NĐ-CP hiện hành quy định dịch vụ môi trường¹¹ thuộc nhóm dịch vụ sự nghiệp công thực hiện theo 3 phương thức là giao nhiệm vụ, đặt hàng và đấu thầu. Do đó, chủ thể có quyền lựa chọn bên cung ứng dịch vụ thu gom CTRSH cần được xác định rõ là chủ thể có thẩm quyền giao nhiệm vụ, tổ chức đấu thầu hoặc đặt hàng cung ứng dịch vụ, còn bản thân người trực tiếp thụ hưởng dịch vụ không thể có toàn quyền quyết định đối với việc lựa chọn bên cung ứng dịch vụ cho mình.

Thứ tư, dù xem xét dưới góc độ kinh tế, môi trường hay góc độ pháp lý thì sự can thiệp của Nhà nước vào việc lựa chọn chủ thể cung ứng dịch vụ là rất cần thiết để vừa đảm bảo sự cân bằng lợi ích giữa các bên, vừa bảo vệ môi trường nhằm thực hiện mục tiêu phát triển bền vững. Tuy nhiên, trong nền kinh tế thị trường, việc lựa chọn chủ thể cung ứng dịch vụ nói chung và dịch vụ thu gom CTRSH nói riêng cần được thực hiện theo cơ chế thị trường, tuân thủ quy luật cung, cầu, quy luật về giá trị và đặc biệt là tạo ra thị trường dịch vụ có tính cạnh tranh lành mạnh. Dù dịch vụ thu gom CTRSH

¹¹ Theo Nghị định số 32/2019/NĐ-CP, Danh mục dịch vụ sự nghiệp công sử dụng kinh phí ngân sách nhà nước chi tiết theo ngành, lĩnh vực, không chi tiết từng danh mục cụ thể, với lý do hiện nay ở Trung ương và địa phương chưa ban hành đầy đủ danh mục dịch vụ sự nghiệp công sử dụng kinh phí ngân sách nhà nước thuộc phạm vi quản lý (các Bộ, địa phương vẫn đang tiếp tục xây dựng danh mục dịch vụ sự nghiệp công sử dụng kinh phí ngân sách nhà nước để trình Thủ tướng Chính phủ ban hành hoặc ban hành theo thẩm quyền.

mang bản chất của dịch vụ công, dù người sử dụng dịch vụ là Nhà nước hay chủ nguồn tài thì việc cung ứng và sử dụng dịch vụ phải đảm bảo về hiệu quả kinh tế, khuyến khích tư nhân tham gia vào việc cung ứng dịch vụ công. Bên cạnh đó, trong mối quan hệ giữa Nhà nước với người dân, Nhà nước chính là người cung ứng dịch vụ thu gom CTRSH, còn các tổ chức, cá nhân, hộ gia đình là người sử dụng dịch vụ và phải trả tiền cho Nhà nước một cách trực tiếp (trả phí thu gom) hoặc gián tiếp (đóng góp vào ngân sách Nhà nước để Nhà nước dùng ngân sách chi trả). Để có được sự đồng thuận của người dân với tư cách là người trả tiền cho việc sử dụng dịch vụ, Nhà nước cần có cơ chế bảo đảm cho người dân được tham gia vào quá trình lựa chọn chủ thể cung ứng dịch vụ.

Thứ năm, dịch vụ thu gom CTRSH là dịch vụ công, do Nhà nước tổ chức thực hiện và chịu trách nhiệm đối với chất lượng dịch vụ được cung ứng. Nhà nước có thể sử dụng nhiều phương thức khác nhau để tổ chức thực hiện việc cung ứng dịch vụ này. Chẳng hạn, Nhà nước có thể tự mình thực hiện thông qua cơ chế giao kế hoạch, nhiệm vụ cho các doanh nghiệp nhà nước, các đơn vị sự nghiệp hoặc để cho các chủ thể tư nhân khác tham gia thực hiện thông qua phương thức đặt hàng hoặc đấu thầu. Trong điều kiện kinh tế thị trường, cơ chế lựa chọn chủ thể cung ứng dịch vụ cần đảm bảo tính công khai, minh bạch, cạnh tranh nhằm giảm giá thành dịch vụ và nâng cao chất lượng của công tác thu gom.

2. Thực trạng cơ chế lựa chọn chủ thể cung ứng dịch vụ thu gom chất thải rắn sinh hoạt tại Việt Nam

Thu gom CTRSH là một dịch vụ công nên trước hết Nhà nước phải là chủ thể cung

ứng loại dịch vụ này. Từ năm 1996, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 56/CP ngày 02/10/1996 về doanh nghiệp nhà nước hoạt động công ích, theo đó, các doanh nghiệp nhà nước cung ứng dịch vụ do Nhà nước **giao kế hoạch hoặc đặt hàng** và theo giá, khung giá hoặc phí do Nhà nước quy định, hoạt động chủ yếu không vì mục tiêu lợi nhuận¹². Như vậy, Nhà nước thành lập các doanh nghiệp của mình để cung ứng dịch vụ công nói chung và dịch vụ thu gom CTRSH nói riêng theo cơ chế giao kế hoạch hoặc đặt hàng. Tuy nhiên, những vấn đề liên quan đến môi trường là những vấn đề vô cùng phức tạp, rộng lớn, lâu dài và liên quan đến lợi ích của rất nhiều người, nên Nhà nước không thể tự mình giải quyết những vấn đề đó, mà cần sự hợp tác, nỗ lực từ phía cộng đồng. Đối với công tác thu gom CTRSH, Nhà nước khuyến khích phát triển các hình thức tổ chức quản lý môi trường do tập thể và tư nhân đảm nhiệm tham gia vào quá trình và thị trường cung ứng dịch vụ trong khuôn khổ pháp luật về môi trường và trên cơ sở thích ứng những điều kiện và hoàn cảnh cụ thể của từng địa phương.

Chính phủ và Thủ tướng Chính phủ đã lần lượt ban hành Nghị định số 31/2005/NĐ-CP về sản xuất và cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích, Quyết định số 256/2006/QĐ-TTg về quy chế đấu thầu, đặt hàng, giao kế hoạch thực hiện sản xuất và cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích, Nghị định số 130/2013/NĐ-CP ngày 16/10/2013 về sản xuất cung ứng sản phẩm dịch vụ công ích, Nghị định số 32/2019/NĐ-CP ngày 10/4/2019 về quy

¹² Điều 1, Điều 7 Nghị định số 56/CP ngày 02/10/1996 của Chính phủ về doanh nghiệp nhà nước hoạt động công ích.

định giao nhiệm vụ, đặt hàng hoặc đấu thầu cung cấp sản phẩm, dịch vụ công sử dụng ngân sách nhà nước từ nguồn kinh phí chi thường xuyên; theo đó, đối tượng áp dụng của các văn bản này được mở rộng, không chỉ bao gồm doanh nghiệp nhà nước, mà còn bao gồm cả doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế khác và hợp tác xã. Các doanh nghiệp có thể thuộc sở hữu của Nhà nước như các công ty trách nhiệm hữu hạn (TNHH) một thành viên Môi trường đô thị ở các địa phương hoặc các doanh nghiệp do các tổ chức, cá nhân thành lập. Việc thành lập các doanh nghiệp này được thực hiện theo quy định của pháp luật về doanh nghiệp, còn các hợp tác xã thì được thành lập theo quy định của Luật Hợp tác xã và các văn bản hướng dẫn thi hành. Với chủ trương xã hội hoá dịch vụ công, các doanh nghiệp nhà nước dần được cổ phần hoá, trong khi đó, các doanh nghiệp thuộc thành phần kinh tế tư nhân ngày càng có cơ hội tham gia vào việc cung ứng dịch vụ công. Ngoài sự tham gia của các doanh nghiệp, hợp tác xã, các cá nhân cũng có thể tham gia vào các Tổ thu gom rác dân lập. Sự có mặt của nhiều nhà cung cấp dịch vụ sẽ làm tăng mức độ cạnh tranh, đòi hỏi các nhà cung cấp dịch vụ phải nâng cao chất lượng dịch vụ để làm hài lòng người dân¹³.

Bên cạnh việc mở rộng chủ thể tham gia cung ứng dịch vụ, phương thức lựa chọn chủ thể cung ứng dịch vụ cũng dần đa dạng hơn, chuyển từ giao kế hoạch hoặc đặt hàng sang giao nhiệm vụ, đặt hàng hoặc đấu thầu. Cụ thể, theo Nghị định số 130/2013/NĐ-CP

về sản xuất cung ứng sản phẩm dịch vụ công ích, dịch vụ thu gom, phân loại, xử lý chất thải rắn, vệ sinh công cộng là dịch vụ công ích được thực hiện theo phương thức đấu thầu, trường hợp không đủ điều kiện đấu thầu thì áp dụng phương thức đặt hàng¹⁴. Nghị định số 32/2019/NĐ-CP hiện hành quy định dịch vụ môi trường¹⁵ thuộc nhóm dịch vụ sự nghiệp công thực hiện theo 3 phương thức là giao nhiệm vụ, đặt hàng và đấu thầu. Trong ba phương thức này, đấu thầu được xem là hình thức cạnh tranh văn minh trong nền kinh tế thị trường. Thông qua phương thức đấu thầu, Nhà nước sẽ lựa chọn được chủ thể cung ứng dịch vụ đáp ứng được điều kiện do Nhà nước đặt ra và với mức giá dịch vụ cạnh tranh, hợp lý. So với phương thức đặt hàng, việc đấu thầu công khai giúp tiết kiệm ngân sách, tăng hiệu quả, chất lượng thu gom và tránh tình

¹⁴ Xem Danh mục B - Phụ lục Danh mục sản phẩm, dịch vụ công ích ban hành kèm theo Nghị định số 130/2013/NĐ-CP về sản xuất cung ứng sản phẩm dịch vụ công ích.

¹⁵ Theo Nghị định số 32/2019/NĐ-CP, Danh mục dịch vụ sự nghiệp công sử dụng kinh phí ngân sách nhà nước chi tiết theo ngành, lĩnh vực, không chi tiết từng danh mục cụ thể do hiện nay ở Trung ương và địa phương chưa ban hành đầy đủ danh mục dịch vụ sự nghiệp công sử dụng kinh phí ngân sách nhà nước thuộc phạm vi quản lý. Các Bộ, địa phương vẫn đang tiếp tục xây dựng danh mục dịch vụ sự nghiệp công sử dụng kinh phí ngân sách nhà nước để trình Thủ tướng Chính phủ ban hành hoặc ban hành theo thẩm quyền. Xem Hoài Thu, *Mở rộng cánh cửa cung cấp sản phẩm, dịch vụ công*, https://www.mof.gov.vn/webcenter/portal/thanhtrabtc/r/m/page1/ttthttth1_chi_tiet;jsessionid=m22dW1JG8YsGhjHxSY5IFmYYHz8sUOHwli3EHP50N1eITkExgj7!-645047188!914520519?dDocName=MOFUCM154534&dID=161297&_afzLoop=97569396951156262#!%40%40%3FdID%3D161297%26_afzLoop%3D97569396951156262%26dDocName%3DMOFUCM154534%26_adf.ctr1-state%3D49hqv9q0b_4, truy cập ngày 15/4/2020.

¹³ Phùng Thị Hồng Hà, Phạm Việt Huy (2018), *Đánh giá sự hài lòng của người dân về chất lượng dịch vụ vệ sinh môi trường của Công ty cổ phần Môi trường và công trình đô thị Huế*, Tạp chí Khoa học Đại học Huế: Kinh tế và phát triển, tập 127, số 5A, tr. 5.

trạng đồ vấy trách nhiệm cho nhau¹⁶. Chủ trương của Đảng và pháp luật của Nhà nước đều khuyến khích xã hội hoá dịch vụ công nói chung và dịch vụ thu gom CTRSH nói riêng. Quy định về việc đấu thầu để chọn chủ thể cung ứng dịch vụ đã được ban hành từ năm 2005, nhưng trên thực tế việc đấu thầu diễn ra hết sức hạn chế và gặp nhiều vướng mắc, cụ thể như sau:

Thứ nhất, việc ban hành các quy định về đấu thầu để lựa chọn chủ thể cung ứng dịch vụ thu gom CTRSH ở các địa phương khá chậm trễ

Tại Tp. Hồ Chí Minh, ngày 26/6/2015, UBND thành phố ra Quyết định số 3114/QĐ-UBND Ban hành Kế hoạch tổ chức triển khai thực hiện Nghị định số 130/2013/NĐ-CP. Theo Quyết định này, dịch vụ thu gom CTRSH được giao cho Sở Tài nguyên và Môi trường. Ngày 5/4/2017, UBND thành phố đã ban hành Quyết định số 1545/QĐ-STNMT-CTR về phân cấp cho UBND 24 quận huyện quản lý và thực hiện công tác thu gom, vận chuyển CTRSH trên địa bàn quận huyện. Tính đến tháng 4/2018, mới chỉ có 5 quận thực hiện việc đấu thầu dịch vụ quét, thu gom và vận chuyển rác thải là quận 4, quận 12, quận Tân Phú, quận Bình Tân và quận Thủ Đức; còn lại 19 quận huyện khác chưa thực hiện việc này¹⁷. Tp. Hồ Chí Minh đã chỉ đạo quyết liệt để từ quý 2/2018, thực hiện đấu thầu tại tất cả 24 quận, huyện của thành phố.

¹⁶ Lâm Hoài, *Đấu thầu thu gom rác: Tiết kiệm tiền tỉ, triển khai ì ạch*, <https://tuoitre.vn/dauthau-thu-gom-rac-tiet-kiem-tien-ti-trien-khai-i-ach-20180327082934088.htm>, truy cập ngày 25/3/2020.

¹⁷ Hà Văn, *Cuối tháng 6/2018, hoàn thành đấu thầu thu gom, xử lý rác thải*, <https://www.sggp.org.vn/cuoi-thang-6-2018-hoan-thanh-dau-thau-thu-gom-xu-ly-rac-thai-512215.html>, truy cập ngày 14/3/2020.

Tại Hà Nội, UBND thành phố đã ban hành Quyết định số 77/2014/QĐ-UBND ngày 10/10/2014 Ban hành quy chế lựa chọn nhà thầu sản xuất và cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích trên địa bàn thành phố Hà Nội. Điều 3 của Quyết định này xác định rõ các sản phẩm, dịch vụ thuộc danh mục B của Nghị định 130/2013/NĐ-CP, trong đó có dịch vụ thu gom CTRSH sẽ được ưu tiên đấu thầu để lựa chọn chủ thể cung ứng dịch vụ. Hiện nay, Hà Nội đã thực hiện đấu thầu thu gom rác ở tất cả 30 quận, huyện và thị xã Sơn Tây, tiết kiệm 34,2% so với phương thức đặt hàng như trước đây, tương đương với 4000 tỷ đồng¹⁸.

Ngoài Tp. Hồ Chí Minh và Hà Nội, việc thực hiện đấu thầu ở các địa phương khác diễn ra khá chậm chạp, nhiều địa phương còn chưa ban hành quy chế lựa chọn nhà thầu cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích tại địa phương mình. Tại Đà Nẵng, Quyết định số 19/QĐ-UBND ngày 7/5/2018 của UBND thành phố Đà Nẵng về quản lý dịch vụ công ích vệ sinh môi trường xác định sang năm 2019, các quận, huyện sẽ được toàn quyền thực hiện việc mời thầu dịch vụ vệ sinh môi trường. Tại Lạng Sơn, ngày 13/4/2018, UBND tỉnh Lạng Sơn ban hành Công văn số 327/UBND-KTTH về việc triển khai công tác đấu thầu dịch vụ thu gom, vận chuyển và xử lý rác thải trên địa bàn tỉnh Lạng Sơn và xác định thực hiện thí điểm đấu thầu đối với công tác thu gom,

¹⁸ Lâm Hoài, *Hà Nội giảm được 4000 tỷ đồng chi phí nhờ đấu thầu rác*, <https://tuoitre.vn/ha-noi-giam-duoc-4-000-ti-dong-chi-phi-nho-dau-thau-rac-20180711180617225.htm>, truy cập ngày 17/8/2019. Xem thêm Quang Phong, *Rà lại chi phí quét rác, Hà Nội tiết kiệm được 4000 tỷ đồng*, <https://dantri.com.vn/xa-hoi/ra-lai-chi-phi-quet-rac-ha-noi-tiet-kiem-duoc-4000-ty-dong-20180711191656539.htm>, truy cập ngày 17/3/2020.

vận chuyển rác thải sinh hoạt cho giai đoạn từ ngày 01/7/2018 đến ngày 31/12/2020 tại các huyện: Hữu Lũng, Bình Gia, Văn Lãng và thành phố Lạng Sơn. Báo cáo về quản lý chất thải rắn tại các địa phương khác cũng ghi nhận sự chậm trễ trong việc xã hội hoá cung ứng dịch vụ và tình trạng thiếu vắng các quy định về đấu thầu đối với dịch vụ công ích nói chung và dịch vụ thu gom CTRSH nói riêng¹⁹.

Thứ hai, việc triển khai đấu thầu trên thực tế gặp nhiều vướng mắc, bất cập

Bên cạnh sự chậm trễ trong việc ban hành các văn bản tại địa phương để thực hiện đấu thầu, việc triển khai đấu thầu trên thực tế tại các địa phương gặp nhiều khó khăn, vướng mắc trong xây dựng hồ sơ mời thầu, đặc biệt là xác định đơn giá, khối lượng công việc thu gom. Ngay tại những địa phương đi đầu trong công tác đấu thầu như Hà Nội và Tp. Hồ Chí Minh, việc đấu thầu dậm chân tại chỗ nhiều năm do mặc dù UBND cấp tỉnh đã phân cấp cho Sở hoặc UBND cấp huyện thực hiện đấu thầu, nhưng UBND cấp huyện phải đợi đơn giá do UBND cấp tỉnh ban hành để làm cơ sở tính giá xây dựng hồ sơ mời thầu; nhiều trường hợp vẫn áp dụng đơn giá tạm tính của năm trước gây khó khăn cho việc mở thầu và việc thanh toán, quyết toán hàng

năm giữa các đơn vị. Bên cạnh đó, UBND cấp huyện cũng khá thụ động trong việc chờ đợi hướng dẫn khác về nguyên tắc, đề án, quy trình đấu thầu để làm căn cứ xem xét, đánh giá năng lực của các nhà thầu. Tại Tp. Hồ Chí Minh, việc phân cấp cho UBND cấp huyện bắt đầu được thực hiện từ ngày 1/5/2017, nhưng đến ngày 11/12/2017 UBND thành phố mới ra Quyết định số 6396/QĐ-UBND Ban hành các nguyên tắc để triển khai đấu thầu hoặc làm cơ sở đưa vào hồ sơ mời thầu và đánh giá hồ sơ dự thầu trong công tác quét dọn, thu gom, vận chuyển CTRSH trên địa bàn Tp. Hồ Chí Minh²⁰. Như vậy, bắt đầu từ năm 2018, các quận, huyện mới bắt đầu chuẩn bị hồ sơ mời thầu và tổ chức đấu thầu. Bên cạnh đó, việc xác định định mức, khối lượng công việc trong hồ sơ mời thầu chưa được chuẩn xác khiến cho khối lượng công việc thực tế lớn hơn khối lượng công việc trong hồ sơ mời thầu gây khó khăn cho nhà thầu²¹.

²⁰ Quyết định số 6369/QĐ-UBND ngày 11/12/2017 đã được sửa đổi, bổ sung bởi Quyết định số 3960/QĐ-UBND ngày 11/9/2018.

²¹ Tại Hà Nội, theo báo cáo của liên Sở Xây dựng - Tài chính, rà soát khối lượng bổ sung các gói thầu dịch vụ công ích vệ sinh môi trường (VSMT) giai đoạn 2017 - 2020 tại thành phố, qua tổng hợp giá trị bổ sung kinh phí duy trì VSMT (giai đoạn 3 năm 10 tháng) của 22/26 đơn vị, số kinh phí chênh lệch phải bổ sung là 591 tỷ đồng. Dù liên sở đã báo cáo, UBND thành phố chỉ đạo Thanh tra thành phố thanh tra toàn diện các gói thầu, song đến tháng 4/2019 chưa được giải quyết. Bên cạnh đó, việc khống chế giá gói thầu khiến phần khối lượng phát sinh không được đưa vào hồ sơ mời thầu; muốn bổ sung lại phải qua nhiều cấp ngành, thời gian phê duyệt lâu, gây bức xúc. Như thị xã Sơn Tây, khối lượng duy trì vệ sinh ngõ xóm theo hồ sơ trúng thầu mới đạt 70% tổng khối lượng ngõ xóm nên để thực hiện tốt thu giá dịch vụ VSMT, đơn vị duy trì VSMT phải làm cả khối lượng không có trong hồ sơ thầu, không được thanh toán. Xem Linh Nguyễn, *Thu gom, vận chuyển, xử lý rác thải sinh hoạt: Bất cập trong xác định đơn giá*, <http://kinhhtedothi.vn/thu-gom-van>

¹⁹ Xem Báo cáo số 1699/TNMT-BVMT của Sở Tài nguyên và Môi trường tỉnh Quảng Ninh ngày 13/4/2016 Về tình hình quản lý CTRSH và chất thải thông thường trên địa bàn tỉnh Quảng Ninh, tr. 3; Báo cáo số 25/BC-UBND của UBND tỉnh Thanh Hoá ngày 06/5/2016 về Tình hình phát sinh và quản lý CTRSH và chất thải rắn thông thường trên địa bàn tỉnh Thanh Hoá, tr. 4; Báo cáo số 239/BC-UBND ngày 25/10/2018 của UBND tỉnh Kon Tum về Công tác bảo vệ môi trường trên địa bàn tỉnh Kon Tum năm 2018, tr. 9, 19; Báo cáo số 127/BC-UBND ngày 17/5/2018 của UBND thành phố Đà Nẵng Về quản lý chất thải sinh hoạt trên địa bàn thành phố, tr. 10.

Thứ ba, mạng lưới doanh nghiệp cung ứng dịch vụ môi trường đáp ứng điều kiện tham gia đấu thầu còn ít về số lượng, nhỏ về quy mô

Theo Báo cáo tổng kết 8 năm thi hành Luật Bảo vệ môi trường năm 2005 của Bộ Tài nguyên và Môi trường thì: “Phần lớn các doanh nghiệp tham gia cung cấp dịch vụ môi trường đều là những doanh nghiệp nhỏ và vừa, không đủ nguồn lực để tham gia giải quyết những vấn đề môi trường, cấp bách của đất nước. Trong khi đó, Nhà nước chưa có chính sách cụ thể hỗ trợ thành lập các doanh nghiệp lớn, đủ mạnh tham gia cung ứng dịch vụ môi trường”²². Tại một số khu vực đô thị lớn, chủ thể tham gia dự thầu và trúng thầu chủ yếu là các công ty môi trường đô thị, tiền thân là các doanh nghiệp nhà nước, sự tham gia của các chủ thể tư nhân khác còn hạn chế. Tại Đà Nẵng, chỉ có Công ty cổ phần Môi trường đô thị (MTĐT) Đà Nẵng tham gia đấu thầu và trúng thầu tại 5 quận, huyện; riêng quận Cẩm Lệ và quận Thanh Khê là Liên doanh Công ty cổ phần MTĐT Đà Nẵng và Công ty TNHH một thành viên MTĐT Hà Nội²³. Theo Báo cáo số 127/BC-UBND ngày 17/5/2018 về quản lý chất thải sinh hoạt trên địa bàn thành phố, Công ty cổ phần MTĐT Đà Nẵng, một doanh nghiệp nhà nước được cổ phần hoá và hoạt động từ tháng 10/2015, là đơn vị duy nhất vừa thực hiện thu gom và vận chuyển, vừa

xử lý rác thải sinh hoạt của toàn thành phố và quản lý bãi rác của thành phố.

Tại Hải Phòng, việc thu gom và vận chuyển chất thải đô thị được giao cho 3 công ty bao gồm Công ty TNHH MTĐT Hải Phòng (doanh nghiệp nhà nước), Công ty TNHH Xây dựng và Công trình công cộng Hải Phòng và Công ty Cổ phần Công trình công cộng và Dịch vụ du lịch Hải Phòng (đây là hai doanh nghiệp nhà nước được cổ phần hoá từ năm 2015); còn ở khu vực nông thôn, hoạt động thu gom chất thải do UBND cấp huyện tổ chức.

Tại Tp. Hồ Chí Minh, bên cạnh các công ty dịch vụ công ích của các quận, huyện tham gia dự thầu và trúng thầu để cung ứng dịch vụ thu gom khoảng 40% lượng rác thải của thành phố, 60% lượng rác thải còn lại do lực lượng thu gom rác dân lập hoạt động theo Quyết định số 5424/1998/QĐ-UB-QLĐT ngày 15/10/1998 của UBND Tp. Hồ Chí Minh ban hành Quy chế về tổ chức và hoạt động của lực lượng làm dịch vụ thu gom rác dân lập. Đây là lực lượng hình thành tự phát trong nhân dân, gồm những người làm các việc dịch vụ thu gom rác dân lập²⁴. Lực lượng dịch vụ thu

chuyen-xu-ly-rac-thai-sinh-hoat-bat-cap-trong-xac-di-nh-don-gia-346883.html, truy cập ngày 26/2/2020.

²² Bộ Tài nguyên và Môi trường (2013), Báo cáo tổng kết 8 năm thi hành Luật Bảo vệ môi trường năm 2005, tr. 82.

²³ Lan Anh, Đà Nẵng: Lúng túng thu gom rác thải đô thị, <https://baotainguyenmoitruong.vn/da-nang-lung-tung-thu-gom-rac-thai-do-thi-293215.html>, truy cập ngày 27/1/2020.

²⁴ Đơn vị trong lực lượng dịch vụ thu gom rác dân lập là tổ, gọi là “Tổ lấy rác dân lập”. Mỗi tổ có từ 3-9 người, trong đó có 1 Tổ trưởng và 1-2 Tổ phó. Tổ lấy rác dân lập được thành lập ở các phường thuộc quận, phường thuộc thị trấn, xã. Căn cứ nhu cầu của từng địa phương, chính quyền địa phương quyết định số lượng “Tổ lấy rác dân lập” ở địa phương mình. Trên cơ sở Quyết định số 5424, các quận, huyện trên địa bàn thành phố cũng lần lượt ban hành các quyết định về việc thu gom CTRSH ở địa phương mình như Quyết định số 996/2002/QĐ-UB ngày 26/2/2002 của UBND quận 5 về việc ban hành bán quy định về tổ chức và hoạt động của lực lượng thu gom rác dân lập trên địa bàn quận, Đề án Xã hội hoá lĩnh vực thu gom rác ở địa bàn huyện Cần Giờ ban hành kèm theo Quyết định số 56/QĐ-UB ngày 5/10/2004 của UBND huyện Cần Giờ, Quyết định số

gom rác dân lập không có tư cách pháp nhân, chủ yếu hoạt động theo cơ chế tự quản, chịu sự quản lý chỉ đạo trực tiếp về mọi mặt của UBND cấp xã; đồng thời chịu sự chỉ đạo hướng dẫn kiểm tra đôn đốc của cơ quan quản lý chuyên ngành vệ sinh công cộng quận, huyện. Năm 2002, UBND Tp. Hồ Chí Minh ra Quyết định 130/2002/QĐ-UB về việc ban hành Quy chế quản lý chất thải rắn thông thường trên địa bàn thành phố. Quy chế này quy định lực lượng quét dọn, thu gom, vận chuyển và xử lý chất thải rắn thông thường là tổ chức, cá nhân có đăng ký thực hiện việc quét dọn, thu gom, vận chuyển và xử lý chất thải rắn thông thường theo đúng các quy định hiện hành của pháp luật và xác định trách nhiệm của UBND phường/xã có trách nhiệm “tuyên truyền vận động, kiểm tra và yêu cầu tất cả các hộ dân ký hợp đồng giao rác cho các đơn vị thu gom, vận chuyển rác”. Điều 13 Quy chế này nghiêm cấm việc thuê mướn lại, làm chủ thầu việc thu gom rác nhưng trên thực tế đã hình thành nên các “đường dây rác” vượt khỏi tầm kiểm soát của chính quyền địa phương và tạo nên thị trường dịch vụ thu gom ngấm trong nhiều năm²⁵. Hai

02/2015/QĐ-UBND của UBND quận 6 ngày 08/9/2015 Ban hành Quy chế quản lý hoạt động thu gom, vận chuyển chất thải rắn sinh hoạt trên địa bàn quận 6...

²⁵ Các “đường dây rác” này được tổ chức dưới hai hình thức: (i) Một người là “chủ” một đường dây rác (đầu nậu) và trực tiếp cung ứng dịch vụ với 2 đến 3 người thường là người nhà, hoặc thuê thêm 1 đến 2 lao động bên ngoài; (ii) Một người là chủ từ hai đường dây rác trở lên và thuê mướn lao động đi thu gom. Người này sở hữu nhiều đường dây nhưng không trực tiếp thu gom mà khoán cho người lao động. Các ông chủ của các “đường dây rác” này thường “ẩn danh”, ngay cả những người được thuê mướn thu gom cũng không biết rõ ai là người thực sự thuê mình. Chính quyền địa phương đã mời lực lượng thu gom rác dân lập lên làm việc cũng như

văn bản trên đã bị thay thế bởi Quyết định số 12/2019/QĐ-UBND ngày 17/5/2019 của UBND Tp. Hồ Chí Minh Ban hành Quy định quản lý CTRSH trên địa bàn Tp. Hồ Chí Minh. Hiện nay, Tp. Hồ Chí Minh đang hoàn thiện Đề án “Chính sách hỗ trợ cho lực

nắm lại tình hình hoạt động của lực lượng này nhưng lực lượng này không hợp tác. Nhiều chủ đường dây rác chỉ cho người thay mặt đến để tham dự nên các buổi làm việc không đạt được kết quả. Hơn thế nữa, các “đường dây rác” trở thành tài sản của các chủ đường dây rác và một thị trường giao dịch ngấm các đường dây rác này cũng đã hình thành suốt mấy chục năm qua. Trong nhiều trường hợp, chính quyền địa phương hoặc bắt tay hoặc bắt lực với lực lượng này. Trên thực tế, việc chuyển nhượng qua lại đường dây rác luôn diễn ra nhưng các chủ đường dây rác không thực hiện kê khai hoặc đăng ký. Đại diện một công ty thu gom xử lý môi trường cho biết, để được sở hữu và khai thác đường dây rác tại quận Tân Phú, họ đã phải mua lại. Hình thức mua được tính là cho phép chủ đường dây rác cũ thu tiền rác của người dân khu dân cư trong vòng 2 năm, còn rác sẽ do người mua thu gom. Sau 2 năm, đường dây rác đó mới được chuyển giao hoàn toàn cho người mua quản lý, thu tiền. Giá của một đường dây rác thường khá cao và tùy thuộc vào việc đường dây rác mỗi tháng thu được bao nhiêu tiền, nếu mỗi tháng đường dây rác thu được khoảng 50 triệu đồng sẽ có giá từ 1 - 1,2 tỉ đồng, ngoài ra giá đường dây rác còn tùy thuộc vào từng khu vực, càng gần trung tâm thành phố thì giá càng cao. Giữa các chủ đường dây rác cũng xảy ra nhiều cuộc “xung đột” vì tranh giành địa bàn, nhất là những khu vực có lãi lớn. Nhiều người cũng đi tìm kiếm các đường dây rác, sau đó bán lại để lấy chênh lệch. Đường dây rác được mua bán, sang nhượng bằng các hình thức phi chính thống, chủ yếu là giấy viết tay thông qua sự tin tưởng nhau. Các đường dây thu gom rác ở Tp. Hồ Chí Minh phần lớn là đối tượng xã hội đen đứng ra vận hành, ai thầu lại đều bị chúng đe dọa, sẵn sàng uy hiếp những ai giành địa bàn. Trong cuộc họp với chủ tịch UBND huyện, một chủ tịch UBND xã tại huyện Bình Chánh cho rằng: “Không thể đòi đơn vị thu gom rác khác được. Nếu muốn đòi phải chi tiền lại cho nhóm thu gom rác cũ từ 200-300 triệu đồng vì họ rất hung dữ và sẵn sàng trả thù”. Xem Lê Phong, Phan Anh (2017), *Đường dây rác: Đấu thầu công khai*, <https://nld.com.vn/thoi-su-trong-nuoc/duong-day-rac-dau-thau-cong-khai-20170509220444042.htm>, truy cập ngày 18/12/2019.

lượng thu gom rác dân lập chuyển đổi hoạt động theo mô hình hợp tác xã và doanh nghiệp thu gom rác trên địa bàn Tp. Hồ Chí Minh giai đoạn 2019 - 2021” nhằm “chuẩn hoá” chủ thể cung ứng dịch vụ thu gom CTRSH. Đề án “Chính sách hỗ trợ cho lực lượng thu gom rác dân lập chuyển đổi hoạt động theo mô hình hợp tác xã và doanh nghiệp thu gom rác trên địa bàn Tp. Hồ Chí Minh giai đoạn 2019 - 2021” đang được hoàn thiện để “nâng cấp” lực lượng thu gom rác dân lập cho phù hợp với sự phát triển của thành phố. Đến nay, thành phố đã vận động được 1.440/2.592 tổ, đường dây thu gom rác dân lập thành lập mô hình hợp tác xã hoặc doanh nghiệp có tư cách pháp nhân, đạt tỷ lệ 55,6%. Toàn thành phố hiện có 42 hợp tác xã, 283 công ty tư nhân đang thu gom rác và còn khoảng 1.152 đường dây và tổ thu gom rác chưa có tư cách pháp nhân²⁶. Như vậy, phần lớn CTRSH của thành phố do lực lượng thu gom rác dân lập thực hiện, nhưng những chủ thể này chưa thể tham gia vào quá trình đấu thầu để cung ứng dịch vụ khiến cho việc đấu thầu ở địa phương gặp nhiều trở ngại.

Thứ tư, tính công khai, minh bạch, công bằng trong quá trình đấu thầu chưa được đảm bảo và trình tự, thủ tục đấu thầu còn nhiều hạn chế

Trên thực tế, nhiều địa phương vận dụng ưu đãi, chia nhỏ gói thầu, loại bỏ những doanh nghiệp có máy móc, thiết bị hiện đại²⁷, tạo sân chơi không bình đẳng

giữa các chủ thể cung ứng dịch vụ. Bên cạnh đó, những ràng buộc về quản lý đối với doanh nghiệp sau khi trúng thầu vẫn còn cứng nhắc và nhiều khe theo quy trình được duyệt, định mức và khối lượng công việc... giống như chiếc “vòng kim cô” bó buộc và làm triệt tiêu tính tự chủ, sáng tạo, đổi mới của doanh nghiệp. Bởi, nếu làm khác, dù chất lượng, công nghệ tốt hơn, nhưng không đúng quy trình, định mức, khối lượng vẫn không được thanh toán²⁸... Theo đánh giá của Ngân hàng thế giới, khu vực tư nhân chưa thấy hấp dẫn khi đầu tư vào việc cung cấp các dịch vụ quản lý chất thải rắn nói chung và dịch vụ thu gom CTRSH nói riêng do sự không chắc chắn về khuôn khổ pháp lý, việc thi hành các quy định pháp luật không nhất quán, mức phí thấp, thiếu dữ liệu đáng tin cậy... Ngoài ra, các bộ ngành không thể thực hiện có hiệu quả các chính sách về “xã hội hóa”, do các quy trình không rõ ràng, phạm vi rộng và đòi hỏi các thủ tục phức tạp²⁹.

Thứ năm, sự tham gia của cộng đồng nói chung và người trực tiếp thụ hưởng dịch vụ thu gom vào quá trình đấu thầu còn hạn chế

Dù việc thu gom CTRSH là trách nhiệm của chủ nguồn thải hay trách nhiệm của Nhà nước thì một trong các nguyên tắc của việc lựa chọn chủ thể cung cấp dịch vụ thu gom là phải đảm bảo sự tham gia của người dân vì chính họ là người trả phí trực tiếp hoặc

²⁶ <http://www.hochiminhcity.gov.vn/thongtintanhpho/tintuc/Lists/Posts/Post.aspx?CategoryId=3&ItemID=63322&PublishedDate=2019-12-04T08:00:00Z>, truy cập ngày 12/3/2020.

²⁷ Đông Anh (2017), *Đấu thầu thu gom rác còn nhiều trở ngại*, <https://laodong.vn/moi-truong/dauthau-thu-gom-rac-con-nhieu-tro-ngai-573091.ldo>, truy cập ngày 21/12/2019.

²⁸ Đông Anh, t.lđd.

²⁹ Ngân hàng thế giới (2018), *Đánh giá công tác quản lý CTRSH và chất thải công nghiệp nguy hại: Các phương án và hành động nhằm thực hiện chiến lược quốc gia*, tr. 34, <http://documents.worldbank.org/curated/en/352371563196189492/pdf/Solid-and-industrial-hazardous-waste-management-assessment-options-and-actions-are-as.pdf>, truy cập ngày 21/12/2019.

gián tiếp và chịu ảnh hưởng trực tiếp từ quá trình cung ứng dịch vụ. Bản thân khách hàng không có năng lực đánh giá chất lượng dịch vụ mà hoàn toàn phụ thuộc vào đơn vị cung cấp dịch vụ hoặc các cơ quan phê duyệt, trong khi đó hệ thống thẩm định, kiểm tra của nhà nước còn mỏng, không rà soát được chất lượng sản phẩm³⁰. Người dân có thể tham gia vào quá trình lựa chọn nhà thầu thông qua quy chế thực hiện dân chủ ở cơ sở như Hội nghị tổ dân phố, Hội nghị nhà chung cư hoặc các hình thức lấy ý kiến trực tuyến khác để góp phần đảm bảo tính minh bạch, công khai, bình đẳng của việc đấu thầu và nâng cao chất lượng dịch vụ được cung ứng.

3. Kết luận và kiến nghị

Việc lựa chọn chủ thể cung ứng dịch vụ thu gom CTRSH cần có sự can thiệp của Nhà nước để đảm bảo sự cân bằng lợi ích giữa các chủ thể có liên quan và giải quyết được các vấn đề mang tính tổng hợp và phức tạp như kinh tế, môi trường, lợi ích của các chủ thể kinh doanh và lợi ích của cả cộng đồng. Tại Việt Nam, khi ngân sách địa phương không thể bao cấp cho một số dịch vụ công ích như trước đây nữa thì tình trạng “thông trị” lâu năm của các doanh nghiệp nhà nước hoặc có vốn nhà nước sẽ cản trở mục tiêu và chính sách của Nhà nước đối với các dịch vụ này. Do vậy, việc mở cửa, tạo điều kiện cho các chủ thể tư nhân tham gia dịch vụ và dành cho họ sự khuyến khích, ưu đãi đồng bộ để họ được kinh doanh một cách minh bạch và bình đẳng, còn Nhà nước sẽ giữ vai trò kiểm tra, giám sát điều tiết để đảm bảo các mục tiêu công là nhiệm vụ

quan trọng và cấp bách hiện nay. Xu hướng phổ biến trên thế giới hiện nay là Nhà nước chuyển giao việc thực hiện hoạt động thu gom cho các chủ thể tư nhân qua cơ chế đặt hàng hoặc đấu thầu, trong đó phương thức đấu thầu lựa chọn chủ thể thu gom được coi là phương thức ưu việt nhằm: (i) Xóa bỏ tình trạng độc quyền của các doanh nghiệp nhà nước, các tổ thu gom rác dân lập, huy động được nguồn lực xã hội đầu tư cho công tác thu gom nói riêng và bảo vệ môi trường nói chung; (ii) Tạo ra sự cạnh tranh lành mạnh giữa các chủ thể cung ứng dịch vụ đặc biệt là cạnh tranh về giá dịch vụ nhằm giảm chi phí cho Nhà nước và người dân; (iii) Tạo động lực để buộc người cung ứng dịch vụ phải nâng cao chất lượng thu gom như đầu tư mua sắm trang thiết bị, đào tạo người lao động để đáp ứng yêu cầu của hồ sơ mời thầu... Tuy nhiên, trên thực tế, tình trạng chậm trễ và “địa phương hoá” các quy định về lựa chọn chủ thể cung ứng dịch vụ, cùng với những khuất tất trong đấu thầu và cơ chế quản lý lạc hậu ở các địa phương đã trở thành rào cản đối với chủ thể tư nhân trong việc tham gia cung ứng dịch vụ, đặc biệt là việc mở rộng địa bàn hoạt động, cung ứng dịch vụ ở nhiều địa phương khác nhau. Do vậy, những thiếu sót về việc ban hành văn bản quy phạm pháp luật ở các địa phương và những yếu kém trong quá trình thực thi pháp luật liên quan đến việc lựa chọn chủ thể cung ứng dịch vụ cần được khắc phục, để vừa lựa chọn được chủ thể thu gom đáp ứng đầy đủ năng lực và điều kiện theo quy định của pháp luật, vừa đảm bảo quyền tham gia, giám sát của người dân, đồng thời, tạo ra thị trường cung ứng, sử dụng dịch vụ cạnh tranh lành mạnh, công khai và minh bạch.

³⁰ Vũ Đình Nam (2013), *Thực trạng và chính sách phát triển dịch vụ môi trường ở Việt Nam*, Tạp chí Môi trường, số 01-02/2013.

QUY ĐỊNH VỀ CHÀO BÁN CHỨNG KHOÁN TRONG LUẬT CHỨNG KHOÁN HIỆN HÀNH

*Phan Phương Nam**

Tóm tắt: Bài viết phân tích, đánh giá những ưu và khuyết điểm trong quy định của Luật Chứng năm 2019 về chào bán chứng khoán. Trên cơ sở đó, bài viết đưa ra những kiến nghị nhằm hoàn thiện các quy định pháp luật về chứng khoán và thị trường chứng khoán, tạo điều kiện thuận lợi cho thị trường chứng khoán phát triển.

Abstract: The article analyzes and assesses advantages and disadvantages of the Securities Law of 2019 regarding securities offering. Based on that, the article makes recommendations to perfect the relevant provisions on securities and securities market, thus creating favorable conditions for the development of the securities market.

1. Đặt vấn đề

Luật Chứng khoán năm 2006 đã dành toàn bộ chương II với 15 điều quy định về hoạt động chào bán chứng khoán. Tuy nhiên, sau vài năm áp dụng trên thực tiễn, Luật Chứng khoán năm 2006 đã bộc lộ những bất cập nhất định như: Chưa đồng bộ với Luật Doanh nghiệp trong quy định về hoạt động chào bán, nên nhiều tổ chức phát hành đã lợi dụng để phát hành chứng khoán riêng lẻ, gây ảnh hưởng đến lợi ích của nhà đầu tư và sự phát triển của thị trường chứng khoán (TTCK); tình trạng né tránh việc đưa vào giao dịch các chứng khoán đã phát hành lên giao dịch tại TTCK tập trung đã làm cho nhiều nhà đầu tư khó chuyển nhượng chứng khoán mua trên TTCK sơ cấp... Vì vậy, năm 2010, Quốc hội đã thông qua Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Chứng khoán năm 2006 nhằm khắc phục những nhược điểm liên quan đến quy định về hoạt động chào bán chứng khoán nói riêng và TTCK nói chung.

Tuy nhiên, việc sửa đổi, bổ sung năm 2010 chỉ mang tính chắp vá, tạm thời, chưa giải quyết được nhiều hạn chế của Luật Chứng khoán năm 2006. Do vậy, sau một thời gian áp dụng, những khuyết điểm này dần thể hiện gây khó khăn nhất định cho hoạt động quản lý của nhà nước về TTCK và ảnh hưởng không nhỏ đến quyền lợi của nhà đầu tư như:

Thứ nhất, Luật Chứng khoán năm 2006 và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Chứng khoán năm 2010 (sau đây gọi tắt là Luật Chứng khoán năm 2006) không có sự phân biệt khi quy định về điều kiện chào bán cổ phiếu lần đầu ra công chúng (IPO) với chào bán thêm ra công chúng. Bởi lẽ, hai hoạt động này có những sự khác biệt nhất định về tính chất, sự hiểu biết của nhà đầu tư về tổ chức phát hành, các thông tin kinh tế, sự ổn định trong quá trình phát triển của tổ chức phát hành...

Thứ hai, Luật Chứng khoán năm 2006 không quy định giới hạn khối lượng chứng khoán chào bán để huy động vốn của tổ chức phát hành làm cho nhiều tổ chức phát hành với số lượng chứng khoán lớn, vượt quá nhiều lần vốn chủ sở hữu, tạo nên

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

những rủi ro tiềm ẩn cho nhà đầu tư nói riêng và nền kinh tế nói chung.

Thứ ba, Luật Chứng khoán năm 2006 chưa quy định cụ thể và chi tiết nhiều về hoạt động bảo lãnh phát hành chứng khoán như: Quy định về các nội dung xác định trách nhiệm của các bên trong hoạt động bảo lãnh phát hành chứng khoán (tổ chức bảo lãnh phát hành, tổ chức phát hành chứng khoán...), nên đã gây ra những tranh chấp nhất định; chưa quy định rõ về các hình thức bảo lãnh phát hành gây khó khăn cho việc áp dụng trên thực tế¹.

Những hạn chế trong các quy định về hoạt động chào bán chứng khoán nêu trên là

¹ Tham khảo vụ tranh chấp SHS - GMC: Huyền Vy, *Kết thúc vụ tranh chấp SHS - GMC: Doanh nghiệp phát hành thua cuộc*, Báo Đầu tư chứng khoán, <https://tinnhanhchungkhoan.vn/phap-luat/ket-thuc-vu-tranh-chap-shs-gmc-doanh-nghiep-phat-hanh-thua-cuoc-96696.html>, truy cập ngày 15/08/2019; Chí Tín, *SHS thoát nạn ôm 3,5 triệu cổ phần ế của GMC*, Báo Đầu tư điện tử, <https://baodautu.vn/shs-thoat-nan-om-35-trieu-co-phan-e-cua-gmc-d7759.html>, truy cập ngày 15/08/2019.

Vụ việc trên cho thấy, ngoài những vấn đề về việc thiếu sự phối hợp nhịp nhàng và thiện chí giữa các bên tranh chấp, có một vấn đề pháp lý được đặt ra ở đây chính là sự thiếu sót của pháp luật hiện hành trong việc quy định cụ thể quyền và nghĩa vụ của các bên trong hoạt động bảo lãnh phát hành chứng khoán. Pháp luật hiện nay có quy định những hình thức bảo lãnh phát hành chứng khoán mà công ty chứng khoán (CTCK) có thể cam kết mua lượng chứng khoán chưa phân phối hết của tổ chức phát hành, tuy nhiên, pháp luật lại không xác định thời điểm nào CTCK phải thực hiện hoạt động này. Về lý luận, CTCK phải thực hiện hoạt động này trước khi Giấy chứng nhận chào bán chứng khoán ra công chúng hết hiệu lực. Như vậy, trong khoảng thời gian là bao lâu, tổ chức phát hành chứng khoán phải xác định số lượng chứng khoán chưa phân phối hết để CTCK thực hiện nghĩa vụ mua lại của mình? Thêm vào đó, căn cứ vào cơ sở nào để xác định rằng tổ chức phát hành đã làm hết sức mình trong hoạt động chào bán ra công chúng, nhưng chưa phân phối hết số lượng chứng khoán được chào bán và từ đó làm phát sinh nghĩa vụ mua lại của CTCK?

một trong các lý do đòi hỏi cần có sửa đổi một cách toàn diện, đầy đủ và hệ thống các quy định pháp luật về chứng khoán và TTCK nói chung, cũng như các quy định về hoạt động chào bán chứng khoán nói riêng. Trong bối cảnh đó, Luật Chứng khoán mới đã được Quốc hội thông qua ngày 26/11/2019.

2. Các quy định về chào bán chứng khoán theo Luật Chứng khoán năm 2019

2.1. Ưu điểm

Nhìn chung, Luật Chứng khoán năm 2019 có những ưu điểm sau:

Một là, Luật Chứng khoán năm 2019 đã có sự phân biệt trong quy định về điều kiện chào bán cổ phiếu lần đầu ra công chúng và điều kiện chào bán thêm cổ phiếu ra công chúng để đảm bảo tính chất cũng như sự an toàn nhất định cho nhà đầu tư, hạn chế các tổ chức phát hành chào bán cổ phiếu tràn lan, thiếu kiểm soát².

Hai là, Luật Chứng khoán năm 2019 đã nâng cao điều kiện chào bán chứng khoán ra công chúng nhằm góp phần bảo vệ nhà đầu tư như: Yêu cầu tổ chức phát hành chứng khoán phải được niêm yết hoặc đăng ký giao dịch chứng khoán chào bán ra công chúng tại Sở giao dịch chứng khoán sau khi kết thúc đợt chào bán³; yêu cầu tổ chức phát hành trái phiếu ra công chúng phải có kết quả xếp hạng tín nhiệm đối với tổ chức phát hành trái phiếu theo quy định của Chính phủ về các trường hợp phải xếp hạng tín nhiệm và thời điểm áp dụng⁴...

² Tham khoản khoản 1, 2 Điều 15 Luật Chứng khoán năm 2019.

³ Xem thêm điểm h khoản 1, điểm a khoản 2, điểm i khoản 3 Điều 15 Luật Chứng khoán năm 2019.

⁴ Điểm g khoản 3 Điều 15 Luật Chứng khoán năm 2019.

Ba là, Luật Chứng khoán năm 2019 đã có nhiều quy định hơn về tổ chức kiểm toán và kiểm toán viên hành nghề được chấp thuận so với Luật Chứng khoán năm 2006. Luật Chứng khoán năm 2019 dành một điều để quy định riêng về tổ chức kiểm toán và kiểm toán viên hành nghề được chấp thuận⁵. Bên cạnh đó, Luật còn trao cho Chính phủ quy định chi tiết hơn về điều kiện tổ chức kiểm toán được chấp thuận. Điều này là hợp lý, vì mặc dù Luật Kiểm toán độc lập năm 2011 có đề cập những nội dung quan trọng của hoạt động kiểm toán, nhưng liên quan đến các tài liệu trong hồ sơ chào bán chứng khoán thì phải đảm bảo tính chính xác, hiệu quả cao để bảo vệ nhà đầu tư, nên cần có những quy định chặt chẽ hơn.

2.2. Nhược điểm

Bên cạnh các ưu điểm trên, Luật Chứng khoán năm 2019 cũng đã cho thấy những điểm bất cập và hạn chế nhất định. Đó là:

Một là, Luật chưa có sự tương thích, đồng bộ cùng với Luật Doanh nghiệp trong một số quy định về hoạt động chào bán chứng khoán. Điều này được thể hiện thông qua các nội dung sau:

Thứ nhất, về tên gọi của hoạt động chào bán chứng khoán. Theo Luật Chứng khoán năm 2019 và kể cả Luật Chứng khoán năm 2006 đều gọi hoạt động huy động chứng khoán của công ty cổ phần là “chào bán cổ phiếu”. Tuy nhiên, Luật Doanh nghiệp năm 2014 lại gọi hoạt động này là “chào bán cổ phần”. Theo quan điểm tác giả, các văn bản luật cần lựa chọn một tên gọi thống nhất là cổ phần hay cổ phiếu để đảm bảo sự rõ ràng trong quá trình áp dụng. Theo đó, tác giả đồng tình với tên gọi là chào bán cổ phiếu vì nó tương đồng với thông lệ quốc tế. Vì

vậy, tác giả đề nghị cần chỉnh sửa Luật Doanh nghiệp thay đổi cách gọi tên để đảm bảo sự thống nhất trên.

Thứ hai, sự phối hợp khi điều chỉnh hoạt động chào bán chứng khoán giữa Luật Chứng khoán và Luật Doanh nghiệp còn tồn tại bất cập trong cách thức phân chia hoạt động chào bán cổ phiếu. Điều này làm ảnh hưởng đến việc áp dụng pháp luật, gây khó khăn cho công ty cổ phần trong hoạt động huy động vốn. Theo Luật Chứng khoán năm 2019 (kể cả Luật Chứng khoán năm 2006), hoạt động chào bán chứng khoán được chia thành hai loại là chào bán chứng khoán ra công chúng và chào bán chứng khoán riêng lẻ. Tuy nhiên, theo Luật Doanh nghiệp năm 2014, hoạt động chào bán cổ phần được chia thành ba loại: Chào bán cổ phần ra công chúng, chào bán chứng khoán riêng lẻ và chào bán cổ phần cho cổ đông hiện hữu. Điều này làm cho hoạt động chào bán cổ phần cho cổ đông hiện hữu chia thành 3 trường hợp nhỏ: i) Nếu hoạt động chào bán này thỏa mãn các điều kiện chào bán chứng khoán ra công chúng thì áp dụng quy định của pháp luật chứng khoán về chào bán chứng khoán ra công chúng; ii) Nếu hoạt động chào bán này chưa thỏa mãn các điều kiện chào bán cổ phiếu ra công chúng nhưng tổ chức phát hành là công ty đại chúng thì vẫn áp dụng pháp luật chứng khoán về chào bán riêng lẻ; và iii) Nếu hoạt động chào bán chứng khoán không thỏa mãn điều kiện chào bán chứng khoán ra công chúng và tổ chức phát hành không là công ty đại chúng thì áp dụng quy định của Luật Doanh nghiệp. Điều này là quá phức tạp. Vì vậy, tác giả kiến nghị:

a) Cần xây dựng quy định của Luật Doanh nghiệp phù hợp với quy định của

⁵ Tham khảo Điều 21 Luật Chứng khoán năm 2019.

pháp luật về chứng khoán (CK) và TTCK. Theo đó, Luật Doanh nghiệp chỉ quy định về trường hợp (iii) nêu trên, còn các trường hợp (i) và (ii) sẽ ghi nhận áp dụng theo quy định của pháp luật CK và TTCK hiện hành. Điều này đảm bảo sự phối hợp chặt chẽ trong điều chỉnh giữa Luật Doanh nghiệp và các quy định của pháp luật CK và TTCK.

b) Khi ban hành văn bản hướng dẫn thi hành Luật Chứng khoán năm 2019, cơ quan nhà nước có thẩm quyền lập pháp cần lưu ý thêm về quy định “*thông tin trước khi chào bán chứng khoán ra công chúng*” nhằm mục đích thăm dò thị trường⁶. Theo đó, pháp luật cần xác định rõ đây là quyền của tổ chức phát hành và phạm vi thực hiện quyền. Bởi lẽ, tổ chức phát hành có thể sử dụng hoặc không sử dụng (đôi khi tổ chức phát hành không cần sử dụng nếu đó là đợt chào bán cho cổ đông hiện hữu vì những cổ đông hiện hữu đã nắm rõ mọi thông tin tài chính, những kế hoạch hoạt động của tổ chức phát hành). Trong tương lai khi sửa đổi Luật Chứng khoán năm 2019, tác giả kiến nghị chỉnh sửa Điều 24 như sau:

“Điều 24. Thông tin trước khi chào bán chứng khoán ra công chúng

1. Trong thời gian Ủy ban Chứng khoán Nhà nước xem xét hồ sơ đăng ký chào bán chứng khoán ra công chúng, tổ chức phát hành, tổ chức bảo lãnh phát hành

và tổ chức, cá nhân có liên quan có thể sử dụng các thông tin trong Bản cáo bạch đã gửi Ủy ban Chứng khoán Nhà nước để thăm dò thị trường.

2. Khi tổ chức phát hành, tổ chức bảo lãnh phát hành và tổ chức, cá nhân có liên quan sử dụng các thông tin nêu tại khoản 1 điều này để thăm dò thị trường thì phải đảm bảo các thông tin này phải được sử dụng trung thực và chính xác đồng thời phải nêu rõ các thông tin về ngày phát hành và giá bán chứng khoán là thông tin dự kiến”.

Hai là, các quy định về hoạt động chào bán chứng khoán ra công chúng của Luật Chứng khoán năm 2019 còn bộc lộ một số điểm bất cập, chưa hợp lý

Thứ nhất, quy định về chủ thể chịu trách nhiệm về thông tin trong hồ sơ chào bán chứng khoán ra công chúng chưa hợp lý

Hồ sơ chào bán chứng khoán là cơ sở để cơ quan nhà nước có thẩm quyền xem xét, quyết định đồng ý hay không đồng ý cho tổ chức phát hành chào bán chứng khoán. Hồ sơ này chứa đựng các thông tin quan trọng về tổ chức phát hành để nhà đầu tư quan tâm ra quyết định đầu tư hay không đầu tư vào chứng khoán chào bán, do vậy, pháp luật các quốc gia đều có những quy định chặt chẽ về hồ sơ này. Một nội dung không thể bỏ sót của pháp luật điều chỉnh vào hoạt động này là cần xác định chủ thể chịu trách nhiệm về tính chính xác của các nội dung trong hồ sơ chào bán chứng khoán.

Kế thừa Điều 17 Luật Chứng khoán năm 2006, Luật Chứng khoán năm 2019 cũng xác định tại Điều 23: “Tổ chức phát hành phải chịu trách nhiệm về tính chính xác, trung thực và đầy đủ của hồ sơ đăng ký chào bán chứng khoán ra công chúng” và “tổ chức tư vấn phát hành, tổ chức bảo lãnh

⁶ Điều 24 Luật Chứng khoán năm 2019 quy định: “Trong thời gian Ủy ban Chứng khoán Nhà nước xem xét hồ sơ đăng ký chào bán chứng khoán ra công chúng, tổ chức phát hành, tổ chức bảo lãnh phát hành và tổ chức, cá nhân có liên quan chỉ được sử dụng trung thực và chính xác các thông tin trong Bản cáo bạch đã gửi Ủy ban Chứng khoán Nhà nước để thăm dò thị trường, trong đó phải nêu rõ các thông tin về ngày phát hành và giá bán chứng khoán là thông tin dự kiến”.

phát hành, tổ chức kiểm toán được chấp thuận, người ký báo cáo kiểm toán và bất kỳ tổ chức, cá nhân nào xác nhận hồ sơ phải chịu trách nhiệm trong phạm vi liên quan đến hồ sơ đăng ký chào bán chứng khoán ra công chúng”. Tuy nhiên, sự phân chia trách nhiệm giữa các chủ thể nêu trên là như thế nào, trách nhiệm này là trách nhiệm liên đới hay trách nhiệm độc lập của từng chủ thể đối với nhà đầu tư... là những vấn đề mà Luật Chứng khoán năm 2019 còn chưa xác định cụ thể. Bởi, trong hoạt động chào bán chứng khoán này có nhiều chủ thể cùng tham gia và chịu trách nhiệm như tổ chức phát hành chứng khoán, tổ chức bảo lãnh phát hành, công ty chứng khoán tư vấn (nếu khác tổ chức bảo lãnh phát hành), tổ chức kiểm toán. Trong đó, khoản 12 Điều 29 Luật Kiểm toán độc lập năm 2011 có xác định: “Doanh nghiệp kiểm toán chịu trách nhiệm với người sử dụng kết quả kiểm toán khi người sử dụng kết quả kiểm toán: a) Có lợi ích liên quan trực tiếp đến kết quả kiểm toán của đơn vị được kiểm toán tại ngày ký báo cáo kiểm toán; b) Có hiểu biết một cách hợp lý về báo cáo tài chính và cơ sở lập báo cáo tài chính là các chuẩn mực kế toán, chế độ kế toán và các quy định khác của pháp luật có liên quan; c) Đã sử dụng một cách thận trọng thông tin trên báo cáo tài chính đã kiểm toán”; hoặc khoản 4 Điều 29 Luật Kiểm toán độc lập năm 2011 cũng xác định: “Doanh nghiệp kiểm toán phải bồi thường thiệt hại cho khách hàng, đơn vị được kiểm toán trên cơ sở hợp đồng kiểm toán và theo quy định của pháp luật”. Vậy, trách nhiệm của tổ chức bảo lãnh phát hành, công ty chứng khoán bảo lãnh phát hành chịu trách nhiệm như thế nào đối với nhà đầu tư cũng như các chủ thể khác liên quan lại chưa được xác định rõ ràng theo pháp luật Việt

Nam. Trong trường hợp nào các chủ thể liên quan được miễn trừ?

Theo pháp luật Mỹ, khi thiệt hại gây ra cho nhà đầu tư liên quan đến những nội dung trong hồ sơ chào bán, bản cáo bạch thì mặc dù có nhiều chủ thể chịu trách nhiệm nhưng tổ chức phát hành phải chịu trách nhiệm chung về các thiệt hại, tổn thất; còn những người khác chịu trách nhiệm về nghĩa vụ cẩn trọng hợp lý của họ trong việc thực hiện nghĩa vụ cụ thể⁷. Theo đó, tổ chức bảo lãnh phát hành sẽ được bảo vệ nếu sau khi tiến hành điều tra với sự cẩn trọng cần thiết, có cơ sở để tin rằng bản đăng ký không hề bị sai sót hay nhầm lẫn⁸.

Do vậy, tác giả đề nghị rằng, khi ban hành Nghị định hướng dẫn thi hành Luật Chứng khoán năm 2019, cần bổ sung vào phần quy định về trách nhiệm của tổ chức, cá nhân liên quan đến hồ sơ đăng ký chào bán chứng khoán ra công chúng nội dung sau: “Tổ chức phát hành, tổ chức tư vấn phát hành, tổ chức bảo lãnh phát hành, tổ chức kiểm toán, người ký báo cáo kiểm toán và bất kỳ tổ chức, cá nhân nào xác nhận hồ sơ phải chịu trách nhiệm liên đới trong phạm vi liên quan đến hồ sơ đăng ký chào bán chứng khoán ra công chúng. Nếu bất kỳ chủ thể nào nêu trên chứng minh được họ không có lỗi thì được miễn trừ trách nhiệm”⁹. Việc bổ sung quy định này sẽ giải quyết được những vấn đề sau đây:

⁷ Carl W. Hibbert (1972), “*Considerations Involved in a First Public Offering of Stock*”, 8 Wake Forest Law Review (1971-1972), tr. 426-428.

⁸ Ủy ban Chứng khoán Nhà nước (SSC) và Công ty Tài chính quốc tế (IFC) (1997), *Khoá đào tạo cơ bản về thị trường chứng khoán*, Tp. Hồ Chí Minh, ngày 12-23/5/1997, tr. 369 - 370.

⁹ Về vấn đề này, Điều 69 Luật Chứng khoán Trung Quốc qui định: “Giám đốc, phó giám đốc, người quản lý cấp cao và người có trách nhiệm trực tiếp

i) Xác định rõ tính liên đới chịu trách nhiệm của các chủ thể có trách nhiệm trong việc xác nhận hồ sơ chào bán chứng khoán.

ii) Ràng buộc trách nhiệm của các chủ thể ký xác nhận hồ sơ chào bán, nâng cao trách nhiệm trong việc cung cấp thông tin, kiểm tra thông tin từ các chủ thể khác để nhằm tự bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của chính họ.

iii) Bảo vệ chủ thể “ngay tình” trong việc xác nhận hồ sơ chào bán chứng khoán.

Thứ hai, quy định về đình chỉ chào bán chứng khoán ra công chúng và hủy bỏ chào bán chứng khoán ra công chúng vẫn còn chưa phù hợp

Bất cập này tồn tại trong Luật Chứng khoán năm 2006 và tiếp tục thể hiện trong Luật Chứng khoán năm 2019. Cụ thể là, có những trường hợp nếu phát hiện thì pháp luật nên quy định là hủy bỏ đợt chào bán mà không cần phải trải qua giai đoạn đình chỉ chào bán chứng khoán ra công chúng. Ví dụ: Các trường hợp vi phạm điều kiện về hoạt động kinh doanh của tổ chức phát hành, vi phạm điều kiện về trường hợp đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc đã bị truy cứu trách nhiệm hình sự nhưng chưa được xóa án tích về tội xâm phạm trật tự quản lý kinh tế. Trong các trường hợp này, nếu đình chỉ chào bán thì cũng phải hủy bỏ sau đó vì không thể nào khắc phục được điều kiện này. Vì vậy, tác giả kiến nghị khi ban hành Nghị định hướng dẫn thi hành thì cần bổ sung thêm trường hợp hủy bỏ đợt chào bán chứng khoán là: “Tổ chức phát

hành không đủ điều kiện chào bán chứng khoán theo quy định của pháp luật”. Bởi lẽ, tổ chức phát hành đã không đủ điều kiện chào bán chứng khoán thì không cần trải qua giai đoạn đình chỉ chào bán; cơ quan có thẩm quyền nếu đủ căn cứ chứng minh thì hủy bỏ đợt chào bán là điều tốt nhất, phù hợp nhất để tránh giai đoạn đình chỉ vô ích vì tổ chức phát hành sẽ không thể nào khắc phục được điều kiện đó.

Thứ ba, sự bất cập trong quy định về trách nhiệm của tổ chức phát hành chứng khoán ra công chúng khi đợt chào bán bị hủy bỏ

Luật Chứng khoán năm 2019 xác định tại khoản 3 Điều 28: “Trong thời hạn 07 ngày làm việc kể từ ngày đợt chào bán chứng khoán ra công chúng bị hủy bỏ, tổ chức phát hành phải công bố việc hủy bỏ chào bán chứng khoán ra công chúng theo phương thức quy định tại khoản 3 Điều 25 của Luật này và phải thu hồi chứng khoán đã phát hành, đồng thời hoàn trả tiền cho nhà đầu tư trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày đợt chào bán bị hủy bỏ. *Hết thời hạn này, tổ chức phát hành phải bồi thường thiệt hại cho nhà đầu tư theo các điều khoản đã cam kết với nhà đầu tư*”. Tuy nhiên, trong toàn bộ Điều 18 của Luật Chứng khoán năm 2019 không có yêu cầu nào trong hồ sơ là phải có cam kết về vấn đề này. Vậy, nếu tổ chức phát hành không chi trả cho nhà đầu tư theo đúng quy định thì bồi thường thiệt hại như thế nào khi không có cam kết. Thực chất, đây là quy định kế thừa từ Luật Chứng khoán năm 2006, nhưng không có sự hoàn thiện nên Luật Chứng khoán năm 2019 vẫn còn hạn chế trong quy định về trường hợp này. Vì vậy, tác giả có kiến nghị 2 cách giải quyết như sau:

khác của tổ chức phát hành, công ty niêm yết cũng như các nhà tài trợ, công ty chứng khoán tham gia bảo lãnh phát hành phải cùng chịu trách nhiệm bồi thường cùng với tổ chức phát hành, công ty niêm yết, trừ trường hợp có thể chứng minh họ không có lỗi”.

i) Khi ban hành Nghị định hướng dẫn thi hành Luật Chứng khoán năm 2019, cần quy định bổ sung trong hồ sơ chào bán chứng khoán ra công chúng yêu cầu có văn bản “Cam kết về trách nhiệm của tổ chức phát hành với nhà đầu tư tham gia trong hoạt động chào bán chứng khoán ra công chúng”. Sau đó, trong các văn bản hướng dẫn thi hành nội dung này (trong các Thông tư hướng dẫn về chào bán chứng khoán ra công chúng) sẽ có hướng dẫn về việc xác định nội dung cam kết trách nhiệm này như thế nào là mức tối thiểu để tránh trường hợp các tổ chức phát hành lách quy định pháp luật ghi nhận mức bồi thường rất thấp. Cách này hơi rườm rà và phức tạp vì phải quy định trong nhiều văn bản.

ii) Khi ban hành Nghị định hướng dẫn thi hành Luật Chứng khoán năm 2019, cần quy định bổ sung nội dung sau: “*Trong trường hợp không có các điều khoản đã cam kết với nhà đầu tư về bồi thường thiệt hại thì áp dụng quy định của Bộ luật Dân sự cho việc bồi thường thiệt hại này*”. Bởi bản chất việc không chi trả tiền theo quy định là vi phạm nghĩa vụ thanh toán tiền và trong Điều 357 Bộ luật Dân sự năm 2015 cũng có quy định về vấn đề này¹⁰. Theo tác giả, cách quy định thứ hai sẽ đơn giản hơn và dễ áp dụng hơn.

¹⁰ Điều 357 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: “Điều 357. Trách nhiệm do chậm thực hiện nghĩa vụ trả tiền

1. Trường hợp bên có nghĩa vụ chậm trả tiền thì bên đó phải trả lãi đối với số tiền chậm trả tương ứng với thời gian chậm trả.

2. Lãi suất phát sinh do chậm trả tiền được xác định theo thỏa thuận của các bên nhưng không được vượt quá mức lãi suất được quy định tại khoản 1 Điều 468 của Bộ luật này; nếu không có thỏa thuận thì thực hiện theo quy định tại khoản 2 Điều 468 của Bộ luật này”.

Thứ tư, quy định về hoạt động chào bán chứng khoán riêng lẻ trong Luật Chứng khoán năm 2019 còn chưa hợp lý và phù hợp với Luật Doanh nghiệp

Điểm a khoản 2 Điều 31 Luật Chứng khoán năm 2019 quy định một trong các điều kiện chào bán trái phiếu (không phải là trái phiếu chuyển đổi) riêng lẻ của công ty đại chúng là phải: “Có quyết định của **Đại hội đồng cổ đông hoặc Hội đồng quản trị** thông qua phương án phát hành và sử dụng số tiền thu được từ đợt chào bán; xác định rõ tiêu chí, số lượng nhà đầu tư”. Tuy nhiên, quy định này có vấn đề. Bởi lẽ trái phiếu là chứng khoán nợ, nên việc quyết định phát hành trái phiếu doanh nghiệp theo Luật Doanh nghiệp sẽ do Hội đồng quản trị của Công ty cổ phần quyết định¹¹, chứ hoàn toàn không thuộc thẩm quyền quyết định của Đại hội Đồng cổ đông. Vì vậy, tác giả đề nghị bỏ cụm từ “Đại hội đồng cổ đông” trong quy định trên của Luật Chứng khoán năm 2019 để đảm bảo chính xác và phù hợp với quy định của Luật Doanh nghiệp.

Tóm lại, hoạt động chào bán chứng khoán ra công chúng là hoạt động tạo hàng hóa cho TTCK. Do vậy, nếu những quy định pháp luật điều chỉnh hoạt động này hợp lý sẽ tạo điều kiện cho việc cung cấp lượng hàng hóa dồi dào, phong phú cho TTCK thứ cấp, tạo nhiều sự lựa chọn cho nhà đầu tư và tăng khả năng thu hút vốn cho nền kinh tế và ngược lại. Thông qua bài viết này, tác giả chỉ ra những hạn chế trong các quy định của Luật Chứng khoán năm 2019 về hoạt động chào bán chứng khoán và đưa ra những kiến nghị hoàn thiện nhằm giúp cho Luật Chứng khoán phát huy hiệu quả điều chỉnh trên thực tế.

¹¹ Điều 149 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

TÁC ĐỘNG CỦA VIỆC THAM GIA HIỆP ĐỊNH VỀ ĐÀN CÁ DI CƯ ĐẾN VIỆC HƯỞNG QUYỀN TỰ DO ĐÁNH BẮT CÁ TRÊN BIỂN CẢ CỦA VIỆT NAM

*Trần Hữu Duy Minh**

Tóm tắt: So với Công ước Luật Biển năm 1982, Hiệp định về đàn cá di cư đặt ra nhiều nghĩa vụ liên quan đến bảo tồn và quản lý tài nguyên sinh vật trên biển cả, bao gồm các nghĩa vụ về nội dung và về thể chế. Các nghĩa vụ này vừa thúc đẩy các quốc gia thành viên phát triển nghề cá bền vững, nhưng lại cũng có tác động hạn chế việc hưởng quyền tự do đánh bắt cá trên biển cả trong ngắn hạn. Bài viết phân tích các nghĩa vụ chính theo Hiệp định cũng như các cơ hội và thách thức cho hoạt động khai thác hải sản trên biển cả của Việt Nam khi tham gia Hiệp định này.

Abstract: Compared to the 1982 United Nations Convention on Law of the Sea, the Agreement on Migratory Fish Stocks sets forth more obligations relating to conservation and management of living resources at high seas, including substantive and institutional. These obligations not only encourage member States towards sustainable development of fishery industry, but also limit fishing rights at high seas for a short term. This article analyzes principal obligations under the Agreement, as well as opportunities and challenges in exploiting fish stocks at high seas faced Vietnam when it accedes to this Agreement.

Ngày 18/12/2018, Việt Nam nộp lưu chiểu cho Tổng thư ký Liên hợp quốc văn kiện gia nhập Hiệp định về đàn cá lưỡng cư và di cư xa (UNFSA)¹. Hiệp định bắt đầu có hiệu lực với Việt Nam từ ngày 17/01/2019². Việc tham gia vào UNFSA là một trong những nhiệm vụ được đặt ra trong “Kế hoạch hành động quốc gia nhằm ngăn chặn, giảm thiểu và loại bỏ khai

thác hải sản bất hợp pháp, không báo cáo và không theo quy định (IUU) đến năm 2025” được Thủ tướng Chính phủ ban hành vào ngày 16/01/2018 (Kế hoạch khắc phục khai thác IUU)³. Mục đích lâu dài của Kế hoạch này là nhằm xây dựng nghề cá bền vững, có trách nhiệm, trong khi mục tiêu ngắn hạn là nhằm khắc phục cảnh báo “thẻ vàng” của Ủy ban châu Âu (EC) với ngành khai thác hải sản Việt Nam⁴.

Việc tham gia vào UNFSA sẽ có các tác động đáng kể đến việc khai thác hải sản của ngư dân Việt Nam trên biển cả do các nghĩa

* ThS. NCS., Khoa Luật Quốc tế, Học viện Ngoại giao.

¹ Tên đầy đủ của UNFSA là “Hiệp định Liên hợp quốc về thực thi các quy định của Công ước Liên hợp quốc về Luật Biển ngày 10/12/1982 liên quan đến bảo tồn và quản lý các đàn cá lưỡng cư và di cư xa”, được thông qua ngày 04/08/1995, có hiệu lực từ ngày 11/12/2001.

² *Depositary Notification ref. C.N.599.2018. TREATIES-XXI.7*, ngày 18/12/2018, <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2018/CN.599.2018-Eng.pdf>, truy cập ngày 20/11/2019.

³ Ban hành kèm theo Quyết định số 78/QĐ-TTg ngày 16/01/2018 của Thủ tướng Chính phủ.

⁴ EC, *Commission warns Vietnam over insufficient action to fight illegal fishing*, thông cáo báo chí ngày 23/10/2017, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_4064, truy cập ngày 20/11/2019.

vụ của Hiệp định này áp dụng các tiêu chuẩn cao về bảo tồn và quản lý nghề cá, đồng thời lại tăng cường tính hiệu lực về mặt thể chế cho các tổ chức quản lý nghề cá khu vực. Bài viết sẽ phân tích quyền tự do đánh bắt cá trên biển cả theo quy định của Công ước Luật Biển năm 1982 (UNCLOS) và các nghĩa vụ chính theo UNFSA. Từ đó, bài viết so sánh và đánh giá tác động của việc tham gia vào Hiệp định này đến quyền tự do đánh bắt cá trên biển cả. Phần cuối của bài viết sẽ phân tích các cơ hội và thách thức cho Việt Nam khi tham gia vào UNFSA, đặc biệt chú trọng đến các khó khăn khi tham gia các tổ chức quản lý nghề cá khu vực.

1. Quyền tự do đánh bắt cá trên biển cả theo Công ước Luật Biển năm 1982

Biển cả là một trong các vùng biển pháp lý được xác lập theo quy định của luật quốc tế nói chung và UNCLOS nói riêng. Về phạm vi địa lý, biển cả được xác định theo phương pháp loại trừ. Theo đó, biển cả bao gồm tất cả các vùng biển không thuộc nội thủy, lãnh hải, vùng nước quần đảo, và vùng đặc quyền kinh tế của các quốc gia ven biển⁵. Cùng với vùng đáy biển quốc tế, biển cả là vùng biển quốc tế không thuộc quyền tài phán quốc gia và không một quốc gia nào có quyền yêu sách chủ quyền đối với biển cả⁶.

Điều 87(1) của UNCLOS quy định biển cả mở cho tất cả mọi quốc gia, bao gồm cả quốc gia có biển và quốc gia không có biển. Điều khoản này cũng quy định mọi quốc gia đều được hưởng các quyền tự do biển cả, bao gồm quyền tự do đánh bắt cá⁷. Điều này có nghĩa rằng, mọi quốc gia đều có quyền tự do khai thác hải sản trên mọi khu vực của

biển cả, bất kể vị trí và khoảng cách địa lý của khu vực đó. Quyền này là bình đẳng và như nhau giữa mọi quốc gia⁸. Quyền tự do đánh bắt cá là quyền tự do biển cả cơ bản, không chỉ được ghi nhận trong UNCLOS, mà còn tồn tại đồng thời trong luật tập quán quốc tế⁹ và trong Công ước Geneva về biển cả năm 1958¹⁰.

Tuy nhiên, quyền tự do đánh bắt cá không phải là một quyền tự do không có giới hạn. Điều 87(2) quy định việc hưởng các quyền tự do biển cả phải “xem xét thích đáng” đến lợi ích của các quốc gia khác. Điều 87(1)(e) quy định cụ thể hơn rằng: “Quyền tự do đánh bắt cá, theo các điều kiện được trù định tại mục 2” của Phần VII UNCLOS với bốn điều khoản chính như sau. Điều 116 ghi nhận lại quyền tự do đánh bắt cá trên biển cả của mọi quốc gia, nhưng phải phù hợp với các nghĩa vụ trong các điều ước quốc tế mà họ là thành viên, với các quyền, nghĩa vụ và lợi ích của các quốc gia ven biển liền kề, và với các quy định khác của Mục 2. Trong phạm vi của bài viết này, điều ước quốc tế mà Điều 116 nhắc đến chính là UNFSA. Như vậy, với việc tham gia vào Hiệp định này, Việt Nam phải tuân thủ *thêm* các nghĩa vụ theo Hiệp định khi hưởng quyền tự do đánh bắt cá trên biển cả. Điều 117 quy định nghĩa vụ chung về thực thi hoặc hợp tác thực thi các biện pháp cần thiết đối với ngư dân của mình để bảo tồn tài nguyên sinh vật trên biển cả. Điều 118 quy định nghĩa vụ chung về hợp tác giữa các quốc gia trong việc bảo tồn và quản lý tài nguyên sinh vật trên biển cả, tiến

⁵ Điều 86 UNCLOS.

⁶ Điều 89 UNCLOS.

⁷ Điều 87(1)(e) UNCLOS.

⁸ Yoshifumi Tanaka, *The International Law of the Sea*, Nxb. Cambridge University Press, năm 2012, tr. 151.

⁹ Francisco Orrego Vicuna, *The Changing International Law of High Seas Fisheries*, Nxb. Cambridge University Press, năm 1999, tr. 3.

¹⁰ Điều 2(2) Công ước Geneva về Biển cả năm 1958.

hành đàm phán về các biện pháp cần thiết giữa các quốc gia cùng khai thác một loài cá hoặc một ngư trường, và sẽ hợp tác thành lập các tổ chức nghề cá khu vực nếu thích hợp. Cả hai điều khoản trên chỉ áp đặt các nghĩa vụ khung, không có nội hàm cụ thể, với lời văn mang tính định tính là chủ yếu: “hợp tác”, “tiên hành đàm phán”, “khi thích hợp”, hay “các biện pháp cần thiết”¹¹. Điều 119 quy định cụ thể hơn các yếu tố cần xem xét đến để đưa ra biện pháp bảo tồn thích hợp cũng như xác định sản lượng khai thác cho phép (bằng chứng khoa học tốt nhất hiện có, các yếu tố kinh tế và môi trường, nhu cầu đặc biệt của các nước đang phát triển, mô hình đánh bắt, tính phụ thuộc của các đàn cá, tác động đến các loài phụ thuộc và các tiêu chuẩn quốc tế tối thiểu). Mặc dù, quy định có nội hàm cụ thể hơn, nhưng Điều 119 quy định nghĩa vụ này cho từng quốc gia tự thực hiện theo thiện chí của mình.

Bên cạnh các quy định trên, UNCLOS còn có một số ít quy định chung, áp dụng cho từng nhóm hải sản, trong đó có ba nhóm chủ yếu liên quan đến khai thác trên biển cả. Đối với các đàn cá lưỡng cư giữa vùng đặc quyền kinh tế của quốc gia ven biển và biển cả, Điều 63(2) yêu cầu các quốc gia *cố gắng thỏa thuận với nhau* về các biện pháp bảo tồn cần thiết. Đối với các đàn cá di cư xa, Điều 64(1) yêu cầu các quốc gia phải *hợp tác với nhau* trực tiếp hoặc thông qua tổ chức quốc tế phù hợp, hoặc hợp tác thành lập các tổ chức quốc tế như thế¹². Đối với

các loài có vú, Điều 65 yêu cầu các quốc gia phải *hợp tác với nhau* để bảo tồn thông qua các tổ chức quốc tế phù hợp. Có thể thấy, tương tự như các quy định áp dụng trên biển cả nêu ở trên, các quy định về bảo tồn và quản lý một số nhóm hải sản cũng chỉ dừng ở mức nghĩa vụ chung về “nỗ lực đạt thỏa thuận” hay “hợp tác”.

Như vậy, có thể thấy rằng, quy định của UNCLOS liên quan đến quyền tự do đánh bắt cá vừa đủ lại vừa thiếu. Một mặt, UNCLOS khẳng định lại quyền tự do đánh bắt cá của mọi quốc gia trên biển cả và khẳng định rằng quyền này không phải là quyền tự do không có giới hạn. Mặt khác, các giới hạn được UNCLOS quy định chỉ ở mức nghĩa vụ chung hoặc không có nội hàm cụ thể hoặc không có cơ chế giám sát thực thi (nghĩa vụ xem xét thích đáng, nghĩa vụ hợp tác, nghĩa vụ cố gắng thỏa thuận). Đây là những bất cập trong khuôn khổ pháp lý của UNCLOS, dẫn đến tình trạng khai thác hải sản không bền vững trên biển cả. Tại Hội nghị Liên hợp quốc về môi trường và phát triển năm 1992, các quốc gia đã nêu quan ngại về tình trạng thiếu quản lý ở nhiều khu vực biển cả và khai thác quá mức nguồn hải sản, cụ thể là tình trạng khai thác không theo quy định, phát triển đội tàu cá đông quá mức, đầu tư quá cao cho ngành khai thác và thiếu hợp tác giữa các quốc gia¹³. Một trong những biện pháp được Hội nghị đưa ra là các quốc gia sớm tổ chức một hội nghị quốc tế nhằm thúc đẩy việc thực thi có hiệu quả các quy định của UNCLOS đối với các đàn cá lưỡng cư và di cư xa¹⁴. UNFSA ra đời chính từ lời kêu gọi đó của Hội nghị.

¹¹ Yoshifumi Tanaka, chú thích số 8, tr. 225.

¹² Tòa án Quốc tế về Luật Biển (ITLOS) giải thích rằng, Điều 64(1) là một nghĩa vụ “cân trọng thích đáng”, theo đó, các quốc gia liên quan phải tham vấn nhau một cách thiện chí và có ý nghĩa hướng đến việc thông qua các biện pháp hữu hiệu cần thiết để phối hợp và bảo đảm việc bảo tồn và quản lý đàn cá chung, xem: *Vụ xin ý kiến tư vấn của Ủy ban Nghề cá Tiểu khu vực (SRFC)*, Ý kiến tư vấn của Tòa ITLOS năm 2015, tr. 59-60, đoạn 210.

¹³ Hội nghị Liên hợp quốc về môi trường và phát triển (Rio de Janeiro, Brazil, 1992), *Chương trình nghị sự 21*, đoạn 17.45.

¹⁴ Như trên, đoạn 17.49.

2. Các nghĩa vụ chính theo UNFSA

UNFSA được thông qua vào ngày 04/8/1995, bắt đầu có hiệu lực từ ngày 11/12/2001, hiện nay có 90 thành viên. Việt Nam là thành viên mới nhất. Hiệp định có mục đích kép là vừa bảo tồn lâu dài vừa khai thác bền vững các đàn cá lưỡng cư và di cư xa thông qua việc thực thi hiệu quả các quy định liên quan của UNCLOS¹⁵. Như vậy, Hiệp định hướng đến việc cụ thể hóa các quy định mang tính chất khung của UNCLOS, qua đó, làm rõ hơn nội hàm của các nghĩa vụ, đồng thời, bảo đảm việc thực thi có hiệu quả các nghĩa vụ đó trên thực tế. Định hướng này được thể hiện rõ thông qua hai trong số các nội dung chính của Hiệp định: (a) Quy định về các nguyên tắc bảo tồn và quản lý đàn cá có tính chất tiêu chuẩn cao, và (b) Tăng cường hiệu lực của các tổ chức quản lý nghề cá khu vực cũng như các biện pháp bảo tồn và quản lý của các tổ chức này.

Về các nguyên tắc bảo tồn và quản lý, Hiệp định quy định 12 nguyên tắc chung cụ thể hóa nghĩa vụ hợp tác theo UNCLOS (Điều 5), trong đó nhấn mạnh đến cách tiếp cận phòng ngừa (Điều 6), và các yếu tố làm căn cứ xem xét để đánh giá mức độ phù hợp của các biện pháp bảo tồn và quản lý mà các quốc gia áp dụng (Điều 8). Như vậy, Hiệp định đã cụ thể hóa ở mức độ rất đáng kể các quy định khung của UNCLOS, qua đó, các quốc gia có một bộ tiêu chí chung để đánh giá việc một quốc gia có tuân thủ hay không nghĩa vụ hợp tác theo quy định của UNCLOS.

Về tăng cường hiệu lực về thể chế, Hiệp định đã tăng cường mạnh mẽ vị thế pháp lý của các tổ chức nghề cá khu vực trong việc thực thi các biện pháp bảo tồn và quản lý

đàn cá trên biển cả. Điều 8(3) của Hiệp định quy định rằng: “Các quốc gia đánh bắt các đàn cá này trên biển cả và các quốc gia ven biển liên quan sẽ hiện thực hóa nghĩa vụ hợp tác bằng việc trở thành thành viên của tổ chức hay dàn xếp đó, hoặc bằng việc chấp nhận áp dụng các biện pháp bảo tồn và quản lý do tổ chức hay dàn xếp đó đưa ra”. Quy định này có tác động tích cực, tăng cường hiệu lực, hiệu quả của việc bảo tồn lâu dài và khai thác bền vững tài nguyên sinh vật trên biển cả. Cụ thể, quy định này khắc phục tình trạng khai thác không theo quy định (một trong ba nội hàm của thuật ngữ khai thác bất hợp pháp, không báo cáo và không theo quy định – khai thác IUU) hay còn gọi là hiện tượng “các tay chơi tự do” (*free riders*). Tình trạng này xuất phát từ việc các biện pháp mà các tổ chức nghề cá khu vực đưa ra chỉ có hiệu lực pháp lý với các quốc gia thành viên của tổ chức đó mà không có hiệu lực pháp lý với các quốc gia không là thành viên¹⁶. Đối với một số quốc gia, họ thấy có lợi ích lớn hơn khi lợi dụng các quy định chung không có nội hàm cụ thể của UNCLOS hơn là tham gia vào các tổ chức nghề cá khu vực để phải tuân thủ các biện pháp bảo tồn và quản lý cụ thể. Tình trạng này làm cho các biện pháp bảo tồn và quản lý không đạt được hiệu quả mong muốn. Với Điều 8(3) nêu trên, Hiệp định buộc các quốc gia phải chấp nhận các biện pháp bảo tồn và quản lý của các tổ chức nghề cá khu vực, bất kể có là thành viên hay không. Qua đó, Hiệp định khắc phục được tình trạng khai thác không theo quy định, loại bỏ “các tay chơi tự do” trên biển cả.

¹⁵ Điều 2 UNFSA.

¹⁶ Theo nguyên tắc, điều ước quốc tế không ràng buộc bên thứ ba, quy định tại Điều 34, Công ước Viên về Luật Điều ước quốc tế năm 1969.

3. Tác động của việc tham gia UNFSA đến quyền tự do đánh bắt cá trên biển cả

Việc tham gia vào Hiệp định này có hai tác động quan trọng đến quyền tự do đánh bắt cá trên biển cả:

Thứ nhất, Hiệp định đã cụ thể hóa các giới hạn khung mà UNCLOS đã đưa ra liên quan đến quyền tự do đánh bắt cá. Các quốc gia sẽ có một bộ các quy định cụ thể làm căn cứ thực thi hiệu quả nghĩa vụ hợp tác đã được trù định tại UNCLOS. Dựa vào đó, các quốc gia có một căn cứ chung để hợp tác một cách thực chất hơn, góp phần thúc đẩy việc bảo tồn lâu dài và khai thác bền vững tài nguyên sinh vật trên biển cả, hướng đến một nghề cá bền vững và có trách nhiệm.

Thứ hai, các quốc gia muốn tiếp tục khai thác hải sản trên biển cả phải *hoặc* trở thành thành viên của tổ chức nghề cá khu vực *hoặc* phải chấp nhận các biện pháp bảo tồn và quản lý do tổ chức đó đưa ra. Nếu không, các quốc gia sẽ không có quyền tiếp cận với nguồn lợi hải sản trong khu vực biển cả thuộc phạm vi áp dụng của các biện pháp đó¹⁷, và không được cấp phép khai thác cho tàu thuyền mang cờ của mình đối với đàn cá là đối tượng bảo tồn và quản lý¹⁸. Hệ quả pháp lý như thế là rất nặng nề cho các quốc gia khi họ không thể hưởng quyền tự do đánh bắt cá trên biển cả theo UNCLOS nếu không tuân thủ. Nói cách khác, quyền tự do đánh bắt cá trên biển cả của quốc gia đó sẽ bị “đóng băng” hay bị vô hiệu hóa trên thực tế¹⁹. Đây có thể là lý do

mà Hiệp định được thông qua từ năm 1995, nhưng cho đến nay mới chỉ có 90 thành viên, thấp hơn nhiều so với 168 thành viên của UNCLOS, và 150 thành viên của Hiệp định về Thực thi Phần XI của Công ước Luật Biển năm 1982.

4. Cơ hội và thách thức cho Việt Nam

Về cơ hội, việc tham gia vào UNFSA mang lại cơ hội trong dài hạn và ngắn hạn cho Việt Nam. Trong dài hạn, việc tham gia vào UNFSA thúc đẩy các điều chỉnh chính sách cần thiết để phát triển một nghề cá bền vững và có trách nhiệm. Đây là mục đích và mong muốn của ngành khai thác hải sản của Việt Nam bởi vì thực hiện các nguyên tắc và quy định có tiêu chuẩn cao theo UNFSA cùng với các biện pháp bảo tồn và quản lý của các tổ chức nghề cá khu vực sẽ mang lại lợi ích lâu dài cho ngư dân và ngành khai thác hải sản. Nếu không sớm áp dụng các biện pháp bảo tồn và quản lý đàn cá thì nguy cơ cạn kiệt tài nguyên hải sản là rất lớn. Theo một báo cáo của Tổ chức Lương thực và Nông nghiệp Liên hợp quốc (FAO) về tình trạng đàn cá, tính đến năm 2015, có đến 33.1% đàn cá bị khai thác quá mức, 59.9% đang khai thác bền vững ở mức tối đa, và chỉ có 7% là đang khai thác ít²⁰. So với báo cáo vào năm 2013, tỷ lệ lần lượt là 31.4% - 58.1% - 10.5%²¹. Tình hình xấu dần này được Đại hội đồng Liên hợp quốc ghi nhận khi nhấn mạnh rằng, khai thác

Significance for the Law of the Sea Convention, Ocean & Coastal Management, số 29(1-3), năm 1995, tr. 58.

²⁰ FAO, *The State of World Fisheries and Aquaculture 2018: Meeting the Sustainable Development Goals*, tr. 6, <http://www.fao.org/3/i9540en/i9540en.pdf>, truy cập ngày 25/12/2019.

²¹ FAO, *The State of World Fisheries and Aquaculture 2016: Contributing to Food Security and Nutrition for All*, tr. 38, <http://www.fao.org/3/a-i5555e.pdf>, truy cập ngày 25/12/2019.

¹⁷ Điều 8(4) UNFSA.

¹⁸ Điều 17(2) UNFSA.

¹⁹ DR Rothwell & T Stephens, *The International Law of the Sea*, 2nd ed., Nxb. Hart Publishing, năm 2016, tr. 343; Moritaka Hayashi, *The 1995 Agreement on the Conservation and Management of Straddling and Highly Migratory Fish Stocks*:

IUU “vẫn là một trong những mối đe dọa lớn nhất cho các đàn cá và hệ sinh thái biển”²². Nếu không có sự cải thiện trong việc bảo tồn và quản lý, ngành khai thác hải sản của Việt Nam sẽ chịu tổn hại nghiêm trọng, kéo theo tác động tiêu cực đến đời sống của ngư dân và người lao động trong chuỗi sản xuất hải sản. Về ngắn hạn, việc tham gia vào UNFSA sẽ có thể là một yếu tố quan trọng thúc đẩy EC sớm rút “thẻ vàng” với Việt Nam²³. Trong phân tích của EC khi áp dụng cảnh báo “thẻ vàng” cho Việt Nam, EC cho rằng, việc không tham gia vào các điều ước quốc tế về quản lý nghề cá như UNFSA và Hiệp định về tuân thủ của FAO trái với các khuyến nghị trong Kế hoạch hành động quốc tế của FAO nhằm chống lại tình trạng khai thác IUU năm 2001, và cùng với các yếu tố khác, EC kết luận Việt Nam đã không thực thi các nghĩa vụ quốc tế về bảo tồn và quản lý nghề cá²⁴. Do đó, việc tham gia vào Hiệp định đã được Chính phủ đưa vào Kế hoạch khắc phục khai thác IUU năm 2018²⁵. Có thể thấy, việc khắc phục “thẻ vàng” của EC là thời cơ để thúc đẩy một sự thay đổi căn bản và lâu dài hướng đến nâng tầm hoạt động

khai thác hải sản của Việt Nam phù hợp với tiêu chuẩn cao của quốc tế, xóa bỏ tình trạng khai thác tự do, không kiểm soát. Như Bộ trưởng Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn khẳng định khi trả lời chất vấn trước Quốc hội ngày 06/11/2019 rằng, việc khắc phục tình trạng khai thác IUU không chỉ phù hợp với yêu cầu của EC, mà còn là lợi ích của Việt Nam khi đưa từ khai thác tự phát sang khai thác bền vững²⁶.

Về thách thức, với việc Hiệp định tăng cường vị thế pháp lý của các tổ chức nghề cá khu vực, Việt Nam cần thúc đẩy có hiệu quả việc tham gia vào các tổ chức nghề cá thích hợp. Điều 8(3) của Hiệp định quy định rằng, các quốc gia không là thành viên của các tổ chức nghề cá khu vực cũng phải tuân thủ các biện pháp bảo tồn và quản lý mà các tổ chức đó đưa ra. Do đó, nếu có thể tham gia vào các tổ chức này, Việt Nam sẽ có vai trò chủ động hơn khi được tham gia sâu và ngay từ đầu vào việc thảo luận, đàm phán các biện pháp của các tổ chức này, tránh bị động hoặc phải chấp nhận các biện pháp không phù hợp với tình hình của Việt Nam.

Trong Kế hoạch khắc phục khai thác IUU, việc gia nhập (nếu có thể) vào các tổ chức nghề cá khu vực cũng đã được đặt ra²⁷. Kế hoạch liệt kê các tổ chức nghề cá khu vực cần xem xét đến bao gồm: Ủy ban Bảo tồn tài nguyên sinh vật biển Nam Cực (CCAMLR), Ủy ban Nghề cá Tây và Trung Thái Bình Dương (WCPFC), Ủy ban Đánh bắt cá voi Quốc tế (IWC), Ủy ban Cá ngừ Ấn Độ Dương (IOTC), Ủy ban quốc tế về

²² Đại hội đồng Liên hợp quốc, Nghị quyết số A/RES/72/72, ngày 19/01/2018, tr. 16, đoạn 68.

²³ Việc tham gia vào UNFSA là một trong các giải pháp cấp bách nhằm thực thi một trong 09 khuyến nghị của EC cho Việt Nam, cụ thể là Việt Nam cần “rà soát khuôn khổ pháp lý để bảo đảm tuân thủ các quy định quốc tế và khu vực áp dụng cho việc bảo tồn và quản lý tài nguyên hải sản”, xem Hiệp hội chế biến và xuất khẩu thủy sản Việt Nam, *Sách trắng về Chống khai thác IUU ở Việt Nam*, ngày 12/01/2018, tr. 39, <http://vasep.com.vn/sach-trang-iuu.pdf>, truy cập ngày 25/12/2019.

²⁴ *Commission Decision No. 2017/C 364/03*, ngày 23/10/2017, tr. 8, đoạn (46) – (53), [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017D1027\(01\)&from=DE](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017D1027(01)&from=DE), truy cập ngày 25/12/2019.

²⁵ Kế hoạch khắc phục khai thác IUU, xem chú thích số 3.

²⁶ Trần Mạnh, “Nghị trường “nóng” chuyện giải cứu nông sản, tàu 67; gỡ thẻ vàng EU”, Báo Chính phủ điện tử, ngày 06/11/2019, <http://baochinhphu.vn/Utilities/PrintView.aspx?distributionid=379174>, truy cập ngày 02/01/2020.

²⁷ Kế hoạch khắc phục khai thác IUU, chú thích số 3, Mục II(2)(b) và (c); Mục III(2); Phụ lục I, điểm 1(b) và điểm 2.

Bảo tồn cá ngừ Đại Tây Dương (ICCAT)²⁸. Sau đó, Đề án khai thác viễn dương nhấn mạnh vào hai tổ chức là WCPFC và IOTC²⁹. Việc nhấn mạnh vào hai tổ chức này là hợp lý bởi vì phạm vi vùng biển thuộc quản lý của hai tổ chức nằm gần với Việt Nam hơn so với các tổ chức khác: Đối với WCPFC là khu vực Tây và Trung Thái Bình Dương, còn đối với IOTC là khu vực Ấn Độ Dương. IOTC được thành lập theo Hiệp định thành lập Ủy ban Cá ngừ Ấn Độ Dương năm 1993, hiện có 31 thành viên³⁰. WCPFC được thành lập theo Công ước về bảo tồn và quản lý đàn cá di cư xa tại Tây và Trung Thái Bình Dương năm 2000, hiện có 26 thành viên³¹.

Khu vực quản lý của IOTC là Ấn Độ Dương³². IOTC quản lý đối với 16 loài hải sản, trong đó nhiều nhất là các loài cá ngừ³³. Việc gia nhập vào IOTC khá dễ dàng khi chính IOTC khuyến khích các quốc gia khác tham gia vào Tổ chức này³⁴. Để tham gia vào IOTC, các quốc gia phải là các quốc gia ven biển nằm hoàn toàn hay một phần trong khu vực quản lý của IOTC hoặc có tàu thuyền tham gia khai thác các đàn cá trong khu vực quản lý mà đàn cá đó thuộc

phạm vi điều chỉnh của Hiệp định IOTC³⁵. Việt Nam không giáp với khu vực quản lý của IOTC, do đó, cần chứng minh rằng tàu thuyền Việt Nam có đánh bắt hải sản ở khu vực quản lý đó. Ngoài điều kiện đó ra, Hiệp định IOTC còn quy định rằng, các quốc gia là thành viên hoặc thành viên liên kết của FAO sẽ có quyền đương nhiên gia nhập IOTC, trong khi các quốc gia khác sẽ được kết nạp nếu có 2/3 quốc gia thành viên bỏ phiếu chấp nhận³⁶. Vì Việt Nam là thành viên của FAO nên sẽ có quyền tham gia đương nhiên³⁷.

Trong khi đó, việc tham gia vào WCPFC khá khó khăn. Việt Nam thể hiện rõ mối quan tâm của mình từ tham gia với tư cách quan sát viên lần đầu tiên vào năm 2008³⁸, sau đó là với tư cách “quốc gia hợp tác không là thành viên” từ năm 2009 cho đến nay³⁹. Việt Nam đã vài lần thể hiện ý định được trở thành thành viên của WCPFC⁴⁰, nhưng chưa được xem xét đến. Vào cuộc họp thứ 7 của Ủy ban vào năm 2010, đại diện của Việt Nam đã có tuyên bố rất rõ ràng về mong muốn trở thành thành viên của WCPFC, và cho rằng việc tham gia vào WCPFC sẽ “tạo sự tự tin cần thiết và loại bỏ các trở ngại để tiến tới tham gia chính thức vào Hiệp định về đàn cá di cư”⁴¹.

²⁸ Như trên, Mục II(2)(b).

²⁹ “Đề án phát triển nghề khai thác viễn dương và tổ chức đưa ngư dân đi khai thác hải sản ở vùng biển một số nước”, ban hành kèm theo Quyết định số 1047/QĐ-TTg ngày 17/8/2018 của Thủ tướng Chính phủ.

³⁰ Hiệp định thành lập Ủy ban cá ngừ Ấn Độ Dương, thông qua ngày 25/11/1993, có hiệu lực từ ngày 27/03/1996 (Hiệp định IOTC).

³¹ Công ước về bảo tồn và quản lý đàn cá di cư xa tại Tây và Trung Thái Bình Dương, thông qua ngày 05/9/2000, có hiệu lực từ ngày 19/6/2004 (Công ước WCPFC).

³² Điều II và bản đồ tại Phụ lục A của Hiệp định, Hiệp định IOTC.

³³ Điều III và danh sách 16 loài tại Phụ lục B của Hiệp định, Hiệp định IOTC.

³⁴ Điều IV(3), Hiệp định IOTC.

³⁵ Điều IV(1)(a)(i) và (ii), và Điều IV(2)(a), Hiệp định IOTC.

³⁶ Điều IV(1) và (2), Hiệp định IOTC.

³⁷ Điều XVII(1), Hiệp định IOTC.

³⁸ WCPFC, *Summary Report of the WCPFC5*, 2008, tr. 2, đoạn 14.

³⁹ WCPFC, *Summary Report of the WCPFC6*, 2009, tr. 7, đoạn 44.

⁴⁰ WCPFC, *Summary Report of the WCPFC7*, 2011, tr. 129-124; WCPFC, *Summary Report of the WCPFC13*, 2017, tr. 12, đoạn 62; WCPFC, *Summary Report of the WCPFC15*, 2019, tr. 76, đoạn 470.

⁴¹ Phát biểu của đại diện Việt Nam tại cuộc họp của WCPFC năm 2010, “*Viet Nam – Opening Statement*”, trích trong WCPFC, *Summary Report of the WCPFC7*, 2011, tr. 123 – 124.

Điều này có thể hàm ý rằng tại thời điểm đó, việc kết nạp vào WCPFC là điều kiện quan trọng để Việt Nam chấp nhận phê chuẩn UNFSA. Điều kiện này là hợp lý bởi vì, như phân tích ở trên, tham gia vào Hiệp định buộc Việt Nam phải tuân thủ các biện pháp của tổ chức nghề cá nếu muốn duy trì việc hưởng quyền tự do đánh bắt cá trên biển cả của mình. Phần dưới đây sẽ tập trung xem xét đến các quy định pháp lý về việc kết nạp thành viên vào WCPFC theo quy định khung của UNFSA và của riêng WCPFC.

Về quy định pháp lý khung, Điều 8(3) của UNFSA quy định rất rõ ràng rằng, các điều kiện tham gia vào các tổ chức nghề cá khu vực không được áp đặt theo cách thức ngăn chặn các quốc gia được tham gia hay kết nạp làm thành viên của các tổ chức đó, và cũng không được phân biệt đối xử giữa các quốc gia hay nhóm quốc gia. Đối với các nước đang phát triển (như Việt Nam), Điều 25(1)(c) còn yêu cầu các quốc gia phải tạo điều kiện thuận lợi cho các nước đang phát triển tham gia vào các tổ chức nghề cá khu vực. Điều 11 quy định cụ thể nhiều yếu tố cần xem xét đến khi kết nạp thành viên mới vào tổ chức quản lý nghề cá khu vực, trong đó có liệt kê cụ thể sáu yếu tố bao gồm: Tình trạng của đàn cá và mức độ khai thác; lợi ích, mô hình và thực tiễn đánh bắt; mức độ đóng góp vào việc bảo tồn và quản lý đàn cá, thu thập thông tin và nghiên cứu khoa học về đàn cá; nhu cầu của cộng đồng ngư dân ven biển nơi phụ thuộc chủ yếu vào việc khai thác đàn cá; nhu cầu của quốc gia ven biển có nền kinh tế phụ thuộc mạnh vào khai thác hải sản; và lợi ích của các nước đang phát triển trong khu vực.

Công ước WCPF không có quy định chi tiết như Điều 11 nêu trên. Điều 35 của Công ước này đặt ra ba điều kiện để kết nạp thành

viên mới: (1) Quốc gia nằm trong khu vực quản lý của Công ước này, (2) Có công dân và tàu cá muốn khai thác các đàn cá di cư xa trong khu vực quản lý, và (3) Được các quốc gia thành viên WCPFC đồng thuận mời gia nhập. Điều kiện thứ nhất và thứ ba đang là trở ngại cho Việt Nam. Riêng về điều kiện thứ nhất, mặc dù Công ước không có quy định ranh giới phía Tây Thái Bình Dương, một số quốc gia vẫn cho rằng, Việt Nam không nằm trong khu vực quản lý của WCPFC⁴². Quan điểm của Việt Nam rất rõ ràng rằng, Công ước WCPF không có quy định ranh giới phía Tây của khu vực quản lý, các đàn cá ngừ mà ngư dân Việt Nam khai thác trên Biển Đông có phạm vi phân bố rộng bao trùm cả các vùng biển rõ ràng là khu vực quản lý của WCPFC⁴³.

Liên quan đến điều kiện thứ ba về sự đồng thuận của các quốc gia thành viên WCPFC, đây là một điều kiện thủ tục với yêu cầu quá cao. Một mặt, điều kiện này có thể được giải thích rằng, các quốc gia đã là thành viên có quyền tự do quyết định mà không bị giới hạn nào của Công ước WCPF. Nhận định này đúng ở chừng mực là Công ước này không đặt ra bất kỳ tiêu chí kết nạp. Tuy nhiên, điều đó không hàm nghĩa rằng, các quốc gia thành viên WCPFC có quyền tự do không giới hạn một cách tùy tiện khi xem xét thông qua hoặc không thông qua đề nghị kết nạp của một quốc gia khác. Điều 4 của Công ước WCPF quy định rất rõ Công ước này phải được giải thích và áp

⁴² WCPFC, *Summary Report of the WCPFC6*, 2009, tr. 7, đoạn 43.

⁴³ Phát biểu của đại diện Việt Nam tại cuộc họp của WCPFC năm 2010, chú thích số 41, tr. 123 – 124; Erik J Molenaar, ‘Participation in Regional Fisheries Management Organizations’ in trong Erik J Molenaar & Richard Caddell (eds) *Strengthening International Fisheries Law in an Era of Changing Oceans*, Nxb. Hart, năm 2019, tr. 121.

dụng trong khuôn khổ và theo cách thức phù hợp với UNCLOS và UNFSA. Theo đó, WCPFC có nghĩa vụ phải thực thi một cách thiện chí nghĩa vụ hợp tác theo quy định của UNCLOS, và phải xem xét đề nghị gia nhập theo tinh thần không ngăn cản và tạo điều kiện tại Điều 8(3) và 25(1)(c), và phải căn cứ vào các tiêu chí tại Điều 11 của UNFSA. Như vậy, việc kết nạp thành viên của WCPFC không thể được giải thích tùy tiện theo ý muốn chủ quan của các quốc gia đã là thành viên theo cách thức ngăn cản không kết nạp thành viên mới. Đây có thể là một trong các lập luận pháp lý mạnh nhất mà Việt Nam cần chú trọng trong trao đổi với WCPFC để bước đầu tạo lập một căn cứ pháp lý chung cho các trao đổi kết nạp sau này⁴⁴.

Trên thực tế, việc không xem xét kết nạp Việt Nam có thể xuất phát từ nhiều lý do, trong đó, có thể là do các quốc gia thành viên chưa thực sự tin tưởng vào cam kết của Việt Nam về một ngành khai thác hải sản bền vững và có trách nhiệm. Tại các cuộc họp thường niên của WCPFC, vẫn còn một số vấn đề tiêu cực liên quan đến hoạt động khai thác hải sản của Việt Nam được nêu ra và đôi lúc gây cản trở cho việc cấp lại quy chế “quốc gia hợp tác không là thành viên” hàng năm. Các vấn đề từng được nêu ra bao gồm cung cấp thiếu thông tin⁴⁵, việc phát triển quá mức đội tàu đánh cá⁴⁶, và tình trạng tàu cá Việt Nam khai thác IUU⁴⁷. Tín

hiệu tích cực là trong hai cuộc họp gần đây nhất vào năm 2018 và 2019, không có vấn đề nào liên quan đến hoạt động khai thác hải sản của Việt Nam được nêu ra. Đây có thể là kết quả của nỗ lực của Chính phủ trong việc khắc phục tình trạng khai thác IUU. Nếu Việt Nam tiếp tục thực hiện tốt, thể hiện rõ quyết tâm phát triển nghề cá bền vững và có trách nhiệm, có thể trong tương lai WCPFC sẽ sớm xem xét kết nạp Việt Nam. Hơn nữa, việc không có các ý kiến tiêu cực tại WCPFC cho thấy, Việt Nam có thể đang thực hiện tốt hoặc không quá khó khăn trong việc thực hiện các biện pháp bảo tồn và quản lý mà tổ chức này đưa ra.

Trong trường hợp, Việt Nam không thể tham gia vào WCPFC vì sự thiếu thiện chí của các quốc gia thành viên WCPFC, ba giải pháp pháp lý có thể tính tới là: (1) Sử dụng cơ chế giải quyết tranh chấp theo UNFSA, bao gồm biện pháp pháp lý⁴⁸, (2) Nghiên cứu khả năng cùng với các quốc gia khác thành lập một tổ chức nghề cá khu vực⁴⁹, hoặc (3) Rút khỏi UNFSA và chỉ gia nhập lại khi được kết nạp⁵⁰.

nêu); WCPFC, *Summary Report of the WCPFC13*, 2017, tr. 31, đoạn 213 – 214 (vấn đề do Micronesia và Cơ quan Nghề cá thuộc Diễn đàn Quốc đảo Thái Bình Dương (FFA) nêu ra); WCPFC, *Summary Report of the WCPFC14*, 2018, tr. 11, đoạn 23 và tr. 15, đoạn 55 (vấn đề do New Caledonia và một số nước khác nêu ra).

⁴⁴ Sau đó, Việt Nam sẽ còn phải đối mặt với nhiều khó khăn khi bản thân Điều 8(3) và 11 của Hiệp định cũng không có nội hàm rõ ràng.

⁴⁵ WCPFC, *Summary Report of the WCPFC11*, 2014, tr. 7, đoạn 24.

⁴⁶ WCPFC, *Summary Report of the WCPFC11*, 2014, tr. 7, đoạn 26 (vấn đề do Nhật Bản nêu); WCPFC, *Summary Report of the WCPFC12*, 2016, tr. 14, đoạn 65 (vấn đề do Nhật Bản nêu).

⁴⁷ WCPFC, *Summary Report of the WCPFC12*, 2016, tr. 84-85, đoạn 637-638 (vấn đề do Micronesia

⁴⁸ Do các quy định không cho phép khởi kiện WCPFC như một tổ chức, Việt Nam cần khởi kiện từng quốc gia (có thể là quốc gia thiếu thiện chí nhất), xem thêm Erik Jaap Molenaar, *Participation, Allocation and Unregulated Fishing: The Practice of Regional Fisheries Management Organizations*, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, số 18(4), năm 2003, tr. 477-479.

⁴⁹ Việc thành lập các tổ chức nghề cá khu vực được quy định tại Điều 9 UNFSA.

⁵⁰ Việc rút khỏi Hiệp định được quy định tại Điều 46.

5. Kết luận

Việc tham gia vào UNFSA là một bước đi tích cực nhằm thúc đẩy ngành khai thác hải sản bền vững và có trách nhiệm thông qua việc chấp nhận áp dụng các nguyên tắc và quy định bảo tồn, khai thác có tiêu chuẩn cao của Hiệp định. Mặt khác, việc tham gia vào Hiệp định cũng có thể có tác động tiêu cực đến việc hưởng quyền tự do đánh bắt cá trên biển cả trong ngắn hạn do phải điều chỉnh để tuân thủ theo các biện pháp bảo tồn và quản lý. Một thách thức khác là việc

tham gia vào các tổ chức quản lý nghề cá khu vực. Mặc dù tinh thần của Hiệp định là không cản trở và tạo điều kiện thuận lợi cho các nước đang phát triển như Việt Nam tham gia, thực tế cho thấy việc tham gia vào các tổ chức này không phải dễ dàng. Trong thời gian tới, Việt Nam cần tích cực vận động và đấu tranh để có thể tham gia vào các tổ chức này, trước mắt là hai tổ chức quản lý các vùng biển gần Việt Nam là WCPFC và IOTC.

(Tiếp theo trang 37 – Quyền của chủ thể...)

Các nhận định trên đều đề cập đến đối tượng của quyền hưởng dụng là đất đai. Đối với các loại tài sản khác, tác giả cho rằng nên áp dụng tương tự, trừ trường hợp chủ sở hữu tài sản và chủ thể có quyền hưởng dụng có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác.

iii) Các quyền mà chủ sở hữu được hưởng gắn liền với tài sản, trừ quyền sở hữu tài sản.

Quyền hưởng dụng là một trong các quyền đối vật mà trong đó, chủ thể có quyền hưởng dụng có đầy đủ quyền chi phối trực tiếp đối với vật mà không cần thông qua hành vi của người khác, kể cả chủ sở hữu. Nếu chủ sở hữu tài sản được hưởng các quyền đối với tài sản thì khi tài sản này được chuyển giao cho chủ thể có quyền hưởng dụng, chủ thể này cũng mặc nhiên có các quyền tương ứng như chủ sở hữu, bao

gồm quyền đối với bất động sản liền kề, quyền bề mặt... gắn liền với tài sản là đối tượng của quyền hưởng dụng, trừ trường hợp pháp luật quy định quyền đó chỉ áp dụng cho chính chủ sở hữu tài sản.

Kết luận

Quy định về quyền hưởng dụng của BLDS 2015 đã đáp ứng kịp thời nhu cầu của cá nhân, pháp nhân trong quan hệ dân sự; đồng thời là biện pháp tiết kiệm trong việc khai thác tài sản mà không phải lúc nào cũng thông qua các giao dịch dân sự. Tuy nhiên, để cho việc sử dụng, khai thác công dụng và hưởng hoa lợi, lợi tức từ đối tượng của quyền hưởng dụng đạt hiệu quả hơn thì pháp luật nên bổ sung và hướng dẫn chi tiết các quyền của chủ thể có quyền hưởng dụng, giúp các quy định về quyền hưởng dụng thật sự đi vào cuộc sống.

THẺ LỆ GỬI BÀI CHO TẠP CHÍ NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

1. Bài viết gửi tới Tạp chí Nhà nước và Pháp luật là các bài nghiên cứu khoa học pháp lý có nội dung mới, công bố kết quả nghiên cứu, giới thiệu kinh nghiệm trong nước và quốc tế, trao đổi khoa học, bình luận, phản biện về những vấn đề lý luận và thực tiễn thuộc lĩnh vực nhà nước và pháp luật.

2. Bài gửi Tạp chí chưa được gửi đăng trên các báo, tạp chí khác. Tác giả là chủ sở hữu quyền tác giả của bài viết và chịu trách nhiệm về toàn bộ nội dung khoa học, cũng như các thông tin, tư liệu, số liệu, biểu đồ, hình ảnh minh họa... trong bài viết.

3. Bài viết gửi Tạp chí có bố cục gồm 3 phần: *i) Tên bài viết; ii) Tóm tắt từ 5 đến 7 dòng (bằng tiếng Việt và khuyến khích có thêm bản dịch tiếng Anh) nêu bật những nội dung chính, đóng góp mới của bài viết; iii) Nội dung bài viết.* Bài gửi Tạp chí cần ghi rõ tên tác giả (đồng tác giả), chức danh khoa học, học vị và cơ quan công tác. Tên bài viết, tên các mục, tiểu mục ngắn gọn, không có dấu chấm ở cuối dòng. Nếu bài viết được chia thành các mục và tiểu mục, cần đánh số theo thứ tự: 1.; 1.1.; 1.1.1.;...

4. Bài gửi Tạp chí phải được đánh máy vi tính, định dạng khổ giấy A4, lề trên và lề dưới 2 cm, lề phải và lề trái 2,5 cm, font chữ Times New Roman, cỡ chữ 14, cách dòng 1.5 lines, trình bày giản dị, không rườm rà, hoa mỹ. *Mỗi bài gửi cho Tạp chí có độ dài tối thiểu là 6 trang, tối đa là 18 trang*, bao gồm 1 bản điện tử (bắt buộc) và 1 bản in.

- Bản điện tử của bài viết có thể gửi qua email theo địa chỉ: tcnnpl@isl.gov.vn hoặc chuyển trực tiếp cho Tòa soạn Tạp chí.

- Bản in của bài viết được gửi theo địa chỉ: *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, phòng 221, số 27, phố Trần Xuân Soạn, Hai Bà Trưng, Hà Nội*; điện thoại: 024.39713333.

5. Các thuật ngữ tiếng nước ngoài sử dụng trong bài viết cần trích dẫn nguyên văn (không phiên âm sang tiếng Việt), kèm theo phân dịch sang tiếng Việt (trừ trường hợp không có thuật ngữ được dịch tương ứng).

6. Viết tắt: Chữ cần viết tắt khi xuất hiện lần đầu trong bài được viết đầy đủ và liền đó đặt ký hiệu viết tắt của chữ đó trong ngoặc đơn. Ký hiệu viết tắt phải được dùng thống nhất trong toàn bài viết. Không viết tắt trong tên bài viết, tên các mục, tiểu mục; không viết tắt những cụm từ ít xuất hiện trong bài.

7. Tài liệu tham khảo và cách thức trích dẫn: Tài liệu tham khảo được sử dụng trong bài phải đảm bảo độ tin cậy khoa học, chính xác, minh bạch. Tác giả bài viết hoàn toàn chịu trách nhiệm về việc trích dẫn, chú thích nguồn tài liệu tham khảo. Nếu trích dẫn nguyên văn thì phải để trong dấu ngoặc kép; nếu trích dẫn nội dung thì không cần để trong dấu ngoặc kép. Cả 2 cách thức trích dẫn đều phải được chú thích nguồn đầy đủ:

- Đối với tài liệu là các bài tạp chí cần ghi rõ nguồn tài liệu theo thứ tự sau: Tên tác giả, tên bài viết (in nghiêng), tên tạp chí, số xuất bản, năm xuất bản, số trang trong tạp chí được trích dẫn. Ví dụ: Nguyễn Văn A, *Bàn về quyền tư pháp trong Nhà nước pháp quyền*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 2, năm 2010, tr. 32.

- Đối với tài liệu là sách cần ghi rõ nguồn tài liệu theo thứ tự sau: Tên tác giả, tên sách (in nghiêng), nhà xuất bản, nơi xuất bản, năm xuất bản, số trang trong sách được trích dẫn. Ví dụ: Trần Đình B, *Giám sát việc thực hiện quyền lực nhà nước ở Việt Nam hiện nay*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, năm 2011, tr. 50.

- Đối với tài liệu trên website cần ghi rõ nguồn tài liệu theo thứ tự sau: Tên tác giả, tên bài viết (in nghiêng), địa chỉ truy cập, ngày/tháng/năm truy cập. Ví dụ: Phạm Thị H, *Nguyên tắc suy đoán vô tội trong Luật Tố tụng Hình sự Việt Nam*, <http://isl.vass.gov.vn>, truy cập ngày 15/5/2011.

8. Khi gửi bài viết, tác giả đồng thời cung cấp cho Tạp chí các thông tin sau: Địa chỉ gửi tạp chí biểu; số tài khoản cá nhân để trả nhuận bút (tên chủ tài khoản, ngân hàng và chi nhánh ngân hàng mở tài khoản), số điện thoại, email để thuận tiện cho Tạp chí trong việc liên lạc, trao đổi với tác giả.

9. Sau khi biên tập xong, Tạp chí sẽ thông báo cho tác giả về việc sử dụng hay không sử dụng bài viết qua đường email. Tạp chí không trả lại bản thảo nếu bài viết không được đăng tải.

10. Tác giả có bài viết đăng trên Tạp chí được trả nhuận bút theo quy định hiện hành và được biểu 01 cuốn Tạp chí có bài viết của mình.