

MONTHLY ISSUE

8(340)

2016

45TH YEAR

STATE AND LAW

CONTENTS

EDITOR IN CHIEF

LE MAI THANH

EDITORIAL BOARD

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

*Office of the Editorial
Board:
27 Tran Xuan Soan
Ha Noi*

Tel: 04.39713333

Fax: 04.39764534

Email:

tcnnp1@isl.gov.vn

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

Printed by Water Resources
Printing Company

Price: 20.000 VND

CIVIL LAW, CIVIL PROCEDURE LAW

❖ BUI THI THANH HANG – NGUYEN ANH THU: Some Remarkable Issues of the Second Part “Ownership and Other Proprietary Rights” in the Civil Code of 2015 3

❖ NGUYEN NGOC HA: Responsibility of the State and State Agencies When They Participate in Civil Relations under the Civil Code of 2015 11

❖ NGO QUOC CHIEN: Provisions on Civil Transactions in Breach of Prohibition By Law under the Civil Code of 2015 20

❖ NGUYEN THI THU THUY: Competence to Granting Interim Measures in Arbitration Procedure 25

FAMILY AND MARRIAGE LAW

❖ NGUYEN PHUONG LAN: On the Application of Customary Law in Family and Marriage Relations 31

❖ NGO THU TRANG: Vietnamese Law on Separation 39

❖ PHAM LINH NHAM: Agreement on Assets of a Spouse under the Law on Family and Marriage of 2014 44

INTELLECTUAL PROPERTY LAW

❖ DO THI DUC: Some Issues on Registration of Sound Marks 48

ECONOMIC LAW

❖ NGUYEN TUAN VU: Rules of Origin in the Trans-Pacific Partnership Agreement and Implications for Vietnam 56

❖ NGUYEN THU DUNG: Food Safety Measures under the Trans-Pacific Partnership Agreement and Vietnamese Law 62

❖ DUONG VAN HOC: Requirements for a Permanent Establishment of a Foreign Business under Double Taxation Conventions and the Law on Business Income Tax of Vietnam 73

HUMAN RIGHTS

❖ NGUYEN TIEN DUC: Legal Grounds of Right to Die under International Law and Direction for Vietnam 79

MỘT SỐ NỘI DUNG ĐÁNG LƯU Ý CỦA PHẦN THỨ HAI “QUYỀN SỞ HỮU VÀ QUYỀN KHÁC ĐỐI VỚI TÀI SẢN” TRONG BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015

*Bùi Thị Thanh Hằng**
*Nguyễn Anh Thu***

Tóm tắt: Bộ luật Dân sự năm 2015 được đánh giá là Bộ luật có nhiều sửa đổi quan trọng không chỉ về tư duy pháp lý, về cấu trúc, mà còn cả về nội dung; đặc biệt là trong Phần thứ hai “Quyền sở hữu và quyền khác đối với tài sản”. Đây chính là nội dung sẽ được phân tích trong bài viết này.

Abstract: The Civil Code of 2015 has been regarded as containing important amendments in terms of not only its legal thinking and structure but also its content, particularly in the Second Part “Ownership and Other Proprietary Rights. This article will focus on this Part.

1. Về kết cấu và sử dụng thuật ngữ

Do chịu ảnh hưởng của mô hình Pandekten (Pandectist System) và lý thuyết phân loại quyền tài sản truyền thống (lý thuyết vật quyền và lý thuyết trái quyền), nên kết cấu của Bộ luật Dân sự năm 2015 đã logic và có tính khái quát cao. Đây cũng chính là cơ sở lý giải cho sự hợp lý và tương đồng hơn về kết cấu của Phần thứ hai Bộ luật Dân sự năm 2015 với một số Bộ luật Dân sự hiện đại trên thế giới. Với kết cấu 4 chương gồm các nội dung: Những quy định chung; chiếm hữu; quyền sở hữu; quyền khác đối với tài sản, Phần thứ hai của Bộ luật Dân sự năm 2015 đã chỉ rõ, bên cạnh quyền sở hữu – một vật quyền quan trọng và đầy đủ nhất còn tồn tại các quyền khác đối với tài sản hay còn được xem là các vật quyền hạn chế.

Các quyền này bao gồm: quyền đối với bất động sản liền kề hay còn gọi là quyền địa dịch, quyền hưởng dụng, quyền bề mặt, và các vật quyền bảo đảm hay còn gọi là vật quyền phụ thuộc¹. Đây là vấn đề mà Bộ luật Dân sự năm 1995 và Bộ luật Dân sự năm 2005 chưa quy định rõ ràng.

Mặc dù không sử dụng thuật ngữ “vật quyền”, nhưng Bộ luật Dân sự năm 2015 đã đưa ra thuật ngữ chung để chỉ đến các vật quyền khác với quyền sở hữu. Điều này nhằm nhận dạng quyền sở hữu với tính cách là vật quyền chính – vật quyền đầy đủ, trọng tâm nhất với các vật quyền còn lại là các phân nhánh của quyền sở hữu – hay còn gọi là vật quyền hạn chế. Điều này góp phần tạo nên sự thống nhất trong việc sử dụng thuật ngữ không chỉ về lý luận, mà còn trong hoạt

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

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

Bài viết này được công bố trong khuôn khổ thực hiện đề tài cấp Bộ: “Bảo đảm quyền tài sản trong nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam hiện nay”, do TS. Trần Văn Biên làm chủ nhiệm.

¹ Các vật quyền này được chỉ dẫn đến Mục 3 Chương XV của Phần thứ ba với quy định tại khoản 1 Điều 160 về Nguyên tắc xác lập, thực hiện quyền sở hữu, quyền khác đối với tài sản: “Quyền sở hữu, quyền khác đối với tài sản được xác lập, thực hiện trong trường hợp Bộ luật này, luật khác có liên quan quy định”.

động thực tiễn.

2. Về các nguyên tắc và đặc tính của vật quyền

Dựa trên lý thuyết vật quyền, Bộ luật Dân sự năm 2015 lần đầu tiên ghi nhận đầy đủ và minh thị các nguyên tắc cũng như các đặc tính của vật quyền gồm:

- Nguyên tắc luật định (numerus clausus), nghĩa là các chủ thể của Luật dân sự không thể tự do tạo ra các vật quyền (quyền đối vật) khác với các vật quyền mà pháp luật đã công nhận. Điều này thể hiện thông qua danh sách các quyền khác đối với tài sản mà Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định bên cạnh quyền sở hữu² và khẳng định “Quyền sở hữu, quyền khác đối với tài sản được xác lập, thực hiện trong trường hợp Bộ luật này, luật khác có liên quan quy định”³.

- Nguyên tắc vật quyền tuyệt đối được thể hiện thông qua hai khía cạnh. Khía cạnh thứ nhất, người có vật quyền được thực hiện mọi hành vi lên đối tượng của vật quyền hoàn toàn theo ý chí của mình miễn là không trái với quy định của luật⁴. Khía cạnh thứ hai, người có vật quyền được chống lại mọi hành vi xâm phạm đến vật quyền từ chủ thể khác, tức là người có vật quyền có khả năng đối kháng với mọi chủ thể khác. Nguyên tắc này được Bộ luật Dân sự năm 2015 ghi nhận qua quy định chủ sở hữu và các chủ thể vật quyền khác “được thực hiện mọi hành vi” trong phạm vi vật quyền của mình⁵.

- Nguyên tắc công khai, là nguyên tắc nhằm bảo đảm mọi chủ thể đều có thể biết đến sự tồn tại của vật quyền cũng như sự dịch chuyển của nó. Nguyên tắc này được thể hiện trong quy định của Bộ luật Dân sự

năm 2015 buộc người nắm vật quyền có đối tượng là bất động sản phải đăng ký⁶ và yêu cầu người nắm vật quyền đối với động sản phải chiếm hữu thực tế tài sản⁷.

- Đặc tính tác động trực tiếp lên đối tượng của vật quyền là đặc tính cho phép người có vật quyền được tác động trực tiếp lên đối tượng của vật quyền mà không phụ thuộc vào hành vi của người khác. Đặc tính này bắt nguồn từ lý thuyết cho rằng vật quyền là quyền nằm ngay trong vật. Bộ luật Dân sự năm 2015 cũng thể hiện rõ đặc tính này thông qua quy định nêu rõ quyền của chủ thể nắm vật quyền là “quyền của chủ thể trực tiếp nắm giữ, chi phối tài sản thuộc quyền sở hữu của chủ thể khác”⁸.

- Đặc tính cụ thể của vật quyền cho phép xác định đối tượng của vật quyền bởi nó luôn gắn với một vật xác định. Trong Bộ luật Dân sự năm 2015, đặc tính này được thể hiện trong quy định vật quyền sẽ chấm dứt khi đối tượng của vật quyền không còn⁹.

- Đặc tính ưu tiên là hệ quả của đặc tính đối kháng, cho phép người có vật quyền có lợi thế hơn so với các chủ thể không có vật quyền. Đặc tính ưu tiên được ghi nhận trong Bộ luật Dân sự năm 2015 qua quy định về quyền ưu tiên thanh toán của các chủ nợ có bảo đảm với việc cho phép “bên nhận bảo đảm... được quyền thanh toán”¹⁰.

- Cũng như đặc tính ưu tiên, đặc tính truy đòi là hệ quả của đặc tính đối kháng. Đặc tính này được thể hiện thông qua việc cho phép “Chủ sở hữu, chủ thể có quyền khác đối với tài sản có quyền đòi lại tài sản từ người

² Xem khoản 2 Điều 159 Bộ luật Dân sự năm 2015.

³ Xem khoản 1 Điều 160 Bộ luật Dân sự năm 2015.

⁴ Xem khoản 2, 3 Điều 160 Bộ luật Dân sự năm 2015.

⁵ Xem khoản 2, 3 Điều 160 Bộ luật Dân sự năm 2015.

⁶ Xem Điều 106 Bộ luật Dân sự năm 2015.

⁷ Xem khoản 2 Điều 310 Bộ luật Dân sự năm 2015.

⁸ Xem khoản 1 Điều 159 Bộ luật Dân sự năm 2015.

⁹ Xem khoản 3 Điều 237, khoản 5 Điều 265 và khoản 4 Điều 272 Bộ luật Dân sự năm 2015.

¹⁰ Xem Điều 297 Bộ luật Dân sự năm 2015.

chiếm hữu, người sử dụng tài sản, người được lợi về tài sản không có căn cứ pháp luật”¹¹ và việc ghi nhận “bên nhận bảo đảm được quyền truy đòi tài sản bảo đảm”¹²...

- Bên cạnh các đặc tính trên, do chịu ảnh hưởng của lý thuyết vật quyền châu Âu, Bộ luật Dân sự năm 2015 còn ghi nhận minh thị nguyên tắc kép của vật quyền. Theo đó, một mặt vật quyền cho phép chủ thể được tự do thực hiện trực tiếp các quyền năng luật định lên vật¹³ và mọi chủ thể khác đều có nghĩa vụ tôn trọng quyền năng đó¹⁴. Mặt khác, chủ thể có vật quyền cũng có nghĩa vụ tôn trọng quyền và lợi ích chính đáng của các chủ thể khác¹⁵ và phải chịu trách nhiệm trong trường hợp việc thực hiện vật quyền gây thiệt hại cho người khác¹⁶.

3. Về thời điểm xác lập vật quyền

Bộ luật Dân sự năm 2005 mới chỉ ghi nhận thời điểm xác lập quyền sở hữu mà không quy định về thời điểm xác lập các vật quyền khác. Do đã nhận diện một cách tương đối đầy đủ các vật quyền cũng như tầm quan trọng của các vật quyền hạn chế nên Bộ luật Dân sự năm 2015 đã quy định rõ thứ tự xác định thời điểm xác lập vật quyền tại Điều 161 như sau:

- Thời điểm xác lập quyền sở hữu, quyền khác đối với tài sản thực hiện theo quy định của Bộ luật này, luật khác có liên quan;
- Trường hợp luật không có quy định thì thực hiện theo thỏa thuận của các bên;
- Trường hợp luật không quy định và

các bên không có thỏa thuận thì thời điểm xác lập quyền sở hữu, quyền khác đối với tài sản là thời điểm tài sản được chuyển giao - thời điểm bên có quyền hoặc người đại diện hợp pháp của họ chiếm hữu tài sản.

Bên cạnh đó, Bộ luật Dân sự năm 2015 còn quy định nếu tài sản chưa được chuyển giao mà phát sinh hoa lợi, lợi tức thì hoa lợi, lợi tức thuộc về bên có tài sản chuyển giao, trừ trường hợp có thỏa thuận khác.

Trong trường hợp tài sản đã được chuyển giao trước thời điểm hợp đồng được giao kết thì thời điểm chuyển quyền sở hữu và các vật quyền khác là “thời điểm hợp đồng có hiệu lực, trừ trường hợp luật hoặc hợp đồng có quy định khác” và “thời điểm đăng ký” tại cơ quan có thẩm quyền nếu luật có quy định việc chuyển giao vật phải được đăng ký tại cơ quan có thẩm quyền¹⁷.

Để bảo đảm các vật quyền có thể được công khai, Bộ luật Dân sự năm 2015 đã sửa đổi căn bản quy định về đăng ký tài sản. Theo đó, nếu như Bộ luật Dân sự năm 2005 chỉ dừng lại ở việc quy định về đăng ký quyền sở hữu thì Bộ luật Dân sự năm 2015 đã mở rộng hơn phạm vi đăng ký không chỉ quyền sở hữu mà còn cho cả các vật quyền khác¹⁸. Tuy nhiên, theo chúng tôi tiêu đề của điều luật chưa thực sự phù hợp với nội dung. Sẽ là hợp lý hơn nếu sửa đổi tiêu đề của Điều 106 từ “đăng ký tài sản” sang “đăng ký quyền sở hữu và các quyền khác đối với tài sản” để phù hợp với điều luật và bản chất là đăng ký vật quyền.

Có thể nói, các quy định này chính là yếu tố quan trọng để giảm tối đa các tranh chấp trong trường hợp chuyển giao quyền sở hữu cũng như các quyền khác đối với tài sản.

¹¹ Xem khoản 1 Điều 166 Bộ luật Dân sự năm 2015.

¹² Xem Điều 297 Bộ luật Dân sự năm 2015.

¹³ Xem khoản 2 Điều 160, Điều 190 Bộ luật Dân sự năm 2015.

¹⁴ Xem khoản 1 Điều 163 Bộ luật Dân sự năm 2015.

¹⁵ Xem khoản 2, 3 Điều 160 và từ Điều 171 đến Điều 178, Điều 190 Bộ luật Dân sự năm 2015.

¹⁶ Xem Điều 172 và khoản 3 Điều 177 Bộ luật Dân sự năm 2015.

¹⁷ Xem khoản 3 Điều 450 Bộ luật Dân sự năm 2015.

¹⁸ Xem Điều 106 Bộ luật Dân sự năm 2015.

4. Về chiếm hữu

Khác với Bộ luật Dân sự năm 2005, Bộ luật Dân sự năm 2015 không chỉ nhìn nhận chiếm hữu là một nội dung của quyền sở hữu mà còn nhìn nhận chiếm hữu với nội hàm là một tình trạng pháp lý. Việc nhìn nhận chiếm hữu là một tình trạng pháp lý nhằm hạn chế tối đa những hành xử mang tính vũ lực để đòi lại tài sản và qua đó nhằm duy trì trật tự, an toàn xã hội. Với cách tiếp cận này, Bộ luật Dân sự năm 2015 đã xây dựng riêng chế định chiếm hữu bên cạnh chế định sở hữu. Theo đó, khoản 1 Điều 179 Bộ luật Dân sự năm 2015 đưa ra khái niệm: “Chiếm hữu là việc chủ thể nắm giữ, chi phối tài sản một cách trực tiếp hoặc gián tiếp như chủ thể có quyền đối với tài sản”. Có thể nhận thấy, khái niệm này tuy chưa thật sự rõ ràng, nhưng đã phản ánh đúng nội hàm chiếm hữu được thừa nhận chung trong hệ thống pháp luật các quốc gia trên thế giới.

Bộ luật Dân sự năm 2015 còn quy định cho phép suy đoán về tình trạng của người chiếm hữu, theo đó, người chiếm hữu luôn được suy đoán là ngay tình và do đó, bất cứ ai cho rằng người chiếm hữu tài sản là không ngay tình thì phải chứng minh. Điều đó có nghĩa là, người chiếm hữu luôn được suy đoán là người có quyền đối với tài sản cho đến khi có chứng minh ngược lại. Hệ quả là trong trường hợp xảy ra tranh chấp, người đang chiếm hữu được mặc nhiên suy đoán là người có quyền đối với tài sản cho đến khi người có tranh chấp về quyền tài sản chứng minh ngược lại. Bên cạnh đó, Bộ luật Dân sự năm 2015 cũng chỉ rõ người chiếm hữu tài sản ngay tình nếu thực hiện việc chiếm hữu liên tục và công khai trong thời hạn 10 năm đối với động sản và 30 năm đối với bất động sản sẽ được áp dụng thời hiệu hưởng quyền và được hưởng hoa lợi,

lợi tức mà tài sản mang lại¹⁹.

5. Về mối quan hệ giữa các vật quyền

Bộ luật Dân sự năm 2015 đã bổ sung các quy định xác định rõ mối quan hệ giữa các vật quyền. Bên cạnh ghi nhận quyền sở hữu là một vật quyền đầy đủ và quan trọng nhất, Bộ luật Dân sự năm 2015 còn bảo vệ các vật quyền khác thông qua việc ghi nhận “quyền khác đối với tài sản vẫn có hiệu lực trong trường hợp quyền sở hữu được chuyển giao”²⁰, hay quy định “chủ sở hữu không có quyền đòi lại tài sản từ sự chiếm hữu của chủ thể đang có quyền khác đối với tài sản đó”²¹... khi có nhiều vật quyền khác nhau cùng tồn tại trên một vật. Bên cạnh đó, chủ sở hữu tài sản cũng được bảo vệ một cách cân bằng trong mối quan hệ với chủ thể có vật quyền thông qua một số quy định “chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất được tiếp tục sử dụng đất trong phạm vi quyền, nghĩa vụ của mình; quyền và nghĩa vụ của bên thế chấp trong mối quan hệ với chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất được chuyển giao cho người nhận chuyển quyền sử dụng đất” trong trường hợp “thế chấp quyền sử dụng đất mà không thế chấp tài sản gắn liền với đất và người sử dụng đất đồng thời là chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất” và “người nhận chuyển quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất được tiếp tục sử dụng đất trong phạm vi quyền, nghĩa vụ của chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất được chuyển giao” trong trường hợp “thế chấp tài sản gắn liền với đất mà không thế chấp quyền sử dụng đất và chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất không đồng thời là người sử dụng đất”²².

¹⁹ Xem Điều 236 Bộ luật Dân sự năm 2015.

²⁰ Xem Điều 160 Bộ luật Dân sự năm 2015.

²¹ Xem khoản 2 Điều 166 Bộ luật Dân sự năm 2015.

²² Xem khoản 2 Điều 325, khoản 2 Điều 326 Bộ luật Dân sự năm 2015.

Có thể nói, đây là những quy định có ý nghĩa hết sức quan trọng trong việc tháo gỡ vướng mắc của giao dịch dân sự nói chung và giao dịch bảo đảm nói riêng trong thời gian qua, cho phép các chủ thể quyền yên tâm khai thác tối đa giá trị của tài sản và qua đó thúc đẩy giao lưu dân sự phát triển.

6. Về quyền sở hữu

Bộ luật Dân sự năm 2015 đã ghi nhận đầy đủ các đặc tính của quyền sở hữu với tính cách của một vật quyền: là một quyền tuyệt đối và vĩnh viễn. Đặc tính tuyệt đối của quyền sở hữu được thể hiện thông qua hai khía cạnh. Thứ nhất, chủ sở hữu có quyền nắm giữ và thực hiện các quyền năng của mình trực tiếp trên đối tượng của quyền sở hữu, hưởng dụng và định đoạt đối tượng của quyền sở hữu hoàn toàn theo ý chí của mình (một cách tuyệt đối nhất), trừ trường hợp trái với quy định của luật²³. Thứ hai, chủ sở hữu có quyền chống lại các chủ thể khác có hành vi xâm phạm quyền sở hữu của mình hay ngăn cấm (không cho phép) các chủ thể khác tiếp cận, khai thác, sử dụng hay hưởng hoa lợi, lợi tức do đối tượng của quyền sở hữu mang lại²⁴. Nói cách khác, đặc tính này mang lại cho chủ sở hữu quyền thống trị tuyệt đối với đối tượng của quyền sở hữu. Như vậy, vật quyền của chủ sở hữu tồn tại ngay trong đối tượng của quyền sở hữu và tạo cho chủ sở hữu khả năng đối kháng với mọi chủ thể khác. Hệ quả của đặc tính đối kháng này tạo cho chủ sở hữu quyền truy đòi và quyền ưu tiên. Đặc tính vĩnh viễn của quyền sở hữu tồn tại song hành với sự tồn tại của đối tượng quyền sở hữu²⁵. Điều này có nghĩa, về nguyên tắc quyền sở hữu chỉ chấm dứt khi đối tượng

của quyền sở hữu không còn. Nói cách khác, đặc tính này chỉ ra mối liên hệ trực tiếp giữa chủ sở hữu và đối tượng của quyền sở hữu. Đây là lý do mà hệ thống pháp luật của một số quốc gia luôn xem xét đặc tính này trong mối quan hệ với đặc tính cụ thể (speciality)²⁶ của vật quyền.

Bên cạnh những thay đổi quan trọng về nội dung của quyền sở hữu, Bộ luật Dân sự năm 2015 cũng có sự thay đổi cơ bản trong việc ghi nhận các hình thức của quyền sở hữu. Bộ luật Dân sự năm 2015 đã xác định lại các hình thức sở hữu ở Việt Nam gồm ba hình thức là: sở hữu toàn dân, sở hữu riêng và sở hữu chung. Sự sửa đổi này đã khắc phục các quy định mang tính liệt kê theo chủ thể, dẫn đến tình trạng trùng lặp, chồng chéo về nội dung nhưng lại thiếu tính bao quát giữa các hình thức sở hữu của Bộ luật Dân sự năm 2005. Việc xác định 3 hình thức sở hữu này là căn cứ vào tính đặc thù trong việc thực hiện các quyền năng của chủ sở hữu, cơ chế thực hiện quyền sở hữu cũng như vị trí của mỗi hình thức sở hữu đối với nền kinh tế quốc dân.

7. Về các vật quyền khác

Bên cạnh việc ghi nhận quyền sở hữu là vật quyền quan trọng nhất Bộ luật Dân sự năm 2015 còn quy định 3 loại vật quyền khác sau:

Thứ nhất, quyền đối với bất động sản liền kề hay còn được biết đến là quyền địa dịch. Tương tự Bộ luật Dân sự năm 2005, Bộ luật Dân sự năm 2015 không sử dụng

²³ Xem khoản 2, 3 Điều 160 Bộ luật Dân sự năm 2015.

²⁴ Xem Điều 164 Bộ luật Dân sự năm 2015.

²⁵ Xem khoản 3 Điều 237 Bộ luật Dân sự năm 2015.

²⁶ Xem National Reports on the Transfer of Movables in Europe. Volume 1: Austria, Estonia, Italy, Slovenia. Page 18, 234, 369,515; National Reports on the Transfer of Movables in Europe. Volume 3: Germany, Greece, Lithuania, Hungary Page 527 National Reports on the Transfer of Movables in Europe Volume 4: France, Belgium, Bulgaria, Poland, Portugal, p.602.

thuật ngữ “quyền địa dịch” mà sử dụng cụm từ “quyền đối với bất động sản liền kề”. Về cơ bản, nội hàm của các quy định từ Điều 245 đến Điều 256 về “quyền đối với bất động sản liền kề” đã thể hiện được bản chất và đặc tính của quyền địa dịch như: là quyền mang tính phụ thuộc, là quyền mang tính vĩnh viễn, là quyền mang tính tuyệt đối²⁷. “Quyền đối với bất động sản liền kề” là vật quyền bởi nó cho người hưởng quyền có được những quyền năng nhất định trên “bất động sản chịu hưởng quyền” dựa trên mối liên hệ giữa hai bất động sản, theo đó, một bất động sản phải chịu gánh nặng nhằm phục vụ cho việc khai thác bất động sản còn lại thuộc quyền sở hữu của người khác²⁸. Đặc tính phụ thuộc của “quyền đối với bất động sản liền kề” được thể hiện qua việc quyền này tồn tại phụ thuộc vào sự tồn tại của mối liên hệ mật thiết giữa hai bất động sản thuộc hai chủ sở hữu khác nhau. Nói cách khác, “quyền đối với bất động sản liền kề” là một dịch quyền theo vật, có nghĩa là vật quyền này sẽ truyền cho những chủ sở hữu tiếp theo của bất động sản chịu địa dịch chừng nào giữa hai bất động sản còn tồn tại mối liên hệ nói trên²⁹. Đặc tính vĩnh viễn của quyền địa dịch là hệ quả từ đặc tính cụ thể của quyền sở hữu được xác lập trên hai bất động sản thuộc hai chủ sở hữu khác nhau.

Thứ hai, quyền hưởng dụng. Bộ luật Dân sự năm 2015 lần đầu tiên ghi nhận thuật ngữ “quyền hưởng dụng” thay cho cụm từ “quyền của người không phải là chủ sở hữu”. Nhìn chung, điều này giúp các quy

định của Bộ luật Dân sự năm 2015 về quyền hưởng dụng tương đồng hơn với pháp luật của các quốc gia trên thế giới. Định nghĩa được quy định tại Điều 257 Bộ luật Dân sự năm 2015 đã chỉ rõ quyền hưởng dụng là một phân nhánh của quyền sở hữu, theo đó người hưởng dụng sẽ có quyền sử dụng và quyền hưởng lợi³⁰. Bộ luật Dân sự năm 2015 cũng chỉ ra các đặc tính của quyền hưởng dụng, bao gồm: là vật quyền theo người (dịch quyền theo người), tính có thời hạn, tính tuyệt đối, tính bảo toàn giá trị của đối tượng quyền. Đặc tính theo người của quyền hưởng dụng thể hiện ở việc vật quyền này gắn liền với nhân thân của người hưởng dụng, điều đó có nghĩa là khi người có quyền hưởng dụng chấm dứt sự tồn tại thì quyền này cũng chấm dứt³¹. Đặc tính có thời hạn của quyền hưởng dụng thể hiện thông qua thời hạn hưởng quyền không mang tính vĩnh viễn mà chỉ tồn tại trong một thời hạn nhất định³². Đặc tính tuyệt đối của quyền hưởng dụng thể hiện thông qua việc người hưởng dụng có thể thực hiện quyền của mình chống lại tất cả mọi người, thậm chí quyền của người hưởng dụng còn được bảo đảm trong mối tương quan với quyền sở hữu³³. Đặc tính tuyệt đối còn thể hiện ở quyền của người hưởng dụng trong việc cho phép hoặc ngăn cấm các chủ thể khác tiếp cận, khai thác, sử dụng hay hưởng hoa lợi, lợi tức do đối tượng của quyền hưởng dụng mang lại³⁴. Đặc tính bảo toàn giá trị đối tượng của quyền hưởng dụng thể hiện ở nghĩa vụ của người hưởng dụng

²⁷ Điều 247 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: “quyền đối với bất động sản liền kề có hiệu lực đối với mọi cá nhân, pháp nhân”.

²⁸ Xem Điều 245 Bộ luật Dân sự năm 2015.

²⁹ Điều 247 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định rõ “quyền đối với bất động sản liền kề... được chuyển giao khi bất động sản được chuyển giao”.

³⁰ Xem Điều 257 Bộ luật Dân sự năm 2015.

³¹ Xem khoản 1 Điều 260 Bộ luật Dân sự năm 2015.

³² Xem Điều 257 và Điều 260 Bộ luật Dân sự năm 2015.

³³ Xem khoản 1, 3, và 4 Điều 263, Điều 263, Điều 263 Bộ luật Dân sự năm 2015.

³⁴ Xem khoản 1 Điều 261 Bộ luật Dân sự năm 2015.

trong việc giữ nguyên giá trị đối tượng của quyền hưởng dụng và phải hoàn trả lại đối tượng này đúng với giá trị ban đầu khi hết thời hạn hưởng quyền³⁵.

Thứ ba, quyền bề mặt. Đây là vật quyền được Bộ luật Dân sự năm 2015 lần đầu tiên quy định tại Mục 3 Chương XIV Phần thứ hai. Mặc dù có sự khác biệt nhất định về quyền bề mặt trong hệ thống pháp luật Việt Nam và một số quốc gia trên thế giới³⁶, nhưng nhìn chung với các quy định từ Điều 267 đến Điều 273, Bộ luật Dân sự năm 2015 đã thể hiện được bản chất và các đặc tính của quyền bề mặt. Theo Điều 267 Bộ luật Dân sự năm 2015, quyền bề mặt được hiểu là một vật quyền được hình thành nhằm cho phép một người có quyền “đối với mặt đất, mặt nước, khoảng không gian trên mặt đất, mặt nước và lòng đất mà quyền sử dụng đất đó thuộc về chủ thể khác”. Như vậy, có thể nhận thấy quyền bề mặt là một vật quyền sử dụng, cho phép một người không phải là người có quyền sử dụng đất được thực hiện trực tiếp các quyền năng tương tự quyền của chủ sở hữu lên mặt đất, mặt nước, khoảng không gian trên mặt đất, mặt nước, lòng đất mà quyền sử dụng đất đó thuộc về chủ thể khác và quyền năng này cũng cho phép người có quyền đối kháng với tất cả mọi người³⁷. Quyền bề mặt là vật quyền sử dụng có đầy đủ các thành tố của quyền sở hữu, điều đó có nghĩa là người có quyền bề mặt không chỉ có quyền sử

dụng, quyền hưởng lợi mà còn có cả quyền định đoạt đối tượng của quyền bề mặt³⁸, trong khi những người có quyền hưởng dụng hay quyền địa dịch chỉ có thể có một số quyền như quyền sử dụng hoặc quyền hưởng lợi. Do đó, có thể nói, cách mà Bộ luật Dân sự năm 2015 điều chỉnh quyền bề mặt cũng tương tự như quyền sở hữu. Điều này được chứng minh qua việc quyền bề mặt cũng có thể chịu những gánh nặng bởi những vật quyền khác³⁹ và khả năng tạo ra các vật quyền khác tương tự như quyền sở hữu. Quyền bề mặt cho phép người có quyền có được quyền sở hữu một công trình xây dựng hay cây cối, nhưng không phải mua quyền sử dụng đất để xây dựng công trình xây dựng hoặc để trồng trọt. Tuy nhiên, quyền bề mặt là quyền mang tính thời hạn, theo đó, thời hạn của quyền bề mặt có thể được xác định trước hoặc không, nhưng không thể vượt quá thời hạn của quyền sử dụng đất⁴⁰.

8. Về vật quyền bảo đảm

Mặc dù không được liệt kê một cách trực tiếp tại Điều 159 Bộ luật Dân sự năm 2015, nhưng với quy định tại khoản 1 Điều 160 và các quy định tại Mục 3 Chương XV của Phần thứ ba đã gián tiếp ghi nhận sự tồn tại của các vật quyền bảo đảm.

Với cách tiếp cận dựa trên cơ sở hình thành, Bộ luật Dân sự năm 2015 đã chia các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ thành hai nhóm: biện pháp bảo đảm hình thành trên cơ sở thỏa thuận (gồm cầm cố tài sản, thế chấp tài sản, bảo lưu quyền sở hữu, đặt cọc, ký cược, ký quỹ, bảo lãnh và tín chấp) và biện pháp bảo đảm hình thành trên cơ sở luật định (cầm giữ tài sản). Trong đó, nhóm

³⁵ Xem Điều 262 Bộ luật Dân sự năm 2015.

³⁶ Trong hệ thống pháp luật của các quốc gia thừa nhận quyền tư hữu đối với đất đai, quyền bề mặt được hiểu là một vật quyền cho phép người có quyền có được quyền sở hữu đối với công trình xây dựng hoặc cây trồng ở trên, trong lòng đất hoặc trên một công trình xây dựng khác mà quyền sở hữu mảnh đất thuộc về người khác.

³⁷ Xem Điều 269 Bộ luật Dân sự năm 2015.

³⁸ Xem khoản 2 Điều 271 Bộ luật Dân sự năm 2015.

³⁹ Xem khoản 1 Điều 271 Bộ luật Dân sự năm 2015.

⁴⁰ Xem khoản 1 Điều 270 Bộ luật Dân sự năm 2015.

biện pháp bảo đảm hình thành trên cơ sở thỏa thuận tiếp tục được chia làm hai nhóm nhỏ: Các biện pháp bảo đảm bằng tài sản gồm cầm cố tài sản, thế chấp tài sản, bảo lưu quyền sở hữu, đặt cọc, ký cược, ký quỹ và các biện pháp bảo đảm không bằng tài sản gồm bảo lãnh và tín chấp⁴¹. Với cách phân chia này, có thể nhận thấy, các biện pháp bảo đảm bằng tài sản – bảo đảm đối vật trong Bộ luật Dân sự năm 2015 được mở rộng hơn so với Bộ luật Dân sự năm 2005, bằng việc bổ sung thêm hai biện pháp bảo đảm cầm giữ tài sản và bảo lưu quyền sở hữu⁴². Bộ luật Dân sự năm 2015 đã tiếp cận tốt hơn lý thuyết vật quyền và trái quyền khi quy định về các biện pháp bảo đảm cũng như trong việc xác định hiệu lực giữa các bên trong hợp đồng bảo đảm và hiệu lực với người thứ ba.

Đặc biệt hơn, so với các quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005, các quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 về các biện pháp bảo đảm bằng tài sản đã chỉ rõ đặc tính quan trọng của các biện pháp bảo đảm đối vật như: là vật quyền phụ thuộc, đặc tính đối kháng, đặc tính ưu tiên và đặc tính truy đòi.

Đặc tính vật quyền phụ thuộc của các biện pháp bảo đảm đối vật được thể hiện thông qua sự độc lập của chủ nợ (bên nhận bảo đảm) trong việc thực hiện quyền năng của mình thay vì phụ thuộc vào hành vi thực hiện nghĩa vụ của con nợ (bên bảo

đảm), cho phép chủ nợ có thể tác động vào đối tượng bảo đảm, hay chính xác hơn là tác động vào giá trị tiền tệ của đối tượng bảo đảm⁴³. Và do đó, đối tượng bảo đảm hay đối tượng của vật quyền được xem là sự dự trữ về giá trị và được sử dụng khi chủ nợ không còn sự lựa chọn khác cho việc thực hiện trái quyền của mình⁴⁴. Tuy nhiên, vật quyền bảo đảm không tồn tại độc lập mà được hình thành nhằm bảo đảm cho nghĩa vụ chính và vật quyền bảo đảm chỉ được thực hiện khi nghĩa vụ được bảo đảm (nghĩa vụ chính) không được thực hiện hoặc thực hiện không đúng hoặc bên có nghĩa vụ phải thực hiện nghĩa vụ được bảo đảm trước thời hạn do vi phạm nghĩa vụ theo thỏa thuận hoặc theo quy định của luật mà không thực hiện.

Đặc tính đối kháng của các biện pháp bảo đảm đối vật được thể hiện ở chỗ, mặc dù trong hầu hết các biện pháp bảo đảm đối vật⁴⁵ quyền của bên nhận bảo đảm được xác lập trên cơ sở hợp đồng bảo đảm (quan hệ trái quyền), nhưng quyền của bên nhận bảo đảm không chỉ có hiệu lực với bên kia trong quan hệ hợp đồng⁴⁶, mà còn có hiệu lực đối kháng (chống lại) bên thứ ba không tham gia xác lập hợp đồng bảo đảm⁴⁷ nếu đáp ứng được điều kiện về công khai vật quyền hay công khai hóa giao dịch bảo đảm.

Đặc tính ưu tiên là hệ quả của hiệu lực đối kháng, nghĩa là dựa trên hiệu lực đối

(Xem tiếp trang 19)

⁴¹ Đây là một đặc thù của pháp luật bảo đảm Việt Nam với ý nghĩa là một giải pháp mang tính xã hội nhằm hỗ trợ cá nhân, hộ gia đình nghèo có khả năng tiếp cận nguồn vốn, nhưng về bản chất, tín chấp không phải là biện pháp bảo đảm do bên nhận bảo đảm không có bất cứ quyền gì đối với bên bảo đảm.

⁴² Trong Bộ luật Dân sự năm 2005, biện pháp cầm giữ trước đây được ghi nhận ở phần thực hiện hợp đồng với tính cách là một biện pháp xử lý vi phạm hợp đồng và biện pháp bảo lưu quyền sở hữu được ghi nhận ở phần hợp đồng mua bán.

⁴³ Xem khoản 3 Điều 305, khoản 2 Điều 307, khoản 2 Điều 328, khoản 2 Điều 329, khoản 2 Điều 330, Điều 332, khoản 4 Điều 349 Bộ luật Dân sự năm 2015.

⁴⁴ Xem Nguyễn Ngọc Điện, Sự cần thiết của việc xây dựng các chế định vật quyền và trái quyền trong luật dân sự, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp điện tử, <http://www.nclp.org.vn>, truy cập ngày 15/5/2016.

⁴⁵ Trừ cầm giữ tài sản là biện pháp bảo đảm được xác lập trên cơ sở luật định.

⁴⁶ Hiệu lực tương đối.

⁴⁷ Hiệu lực tuyệt đối.

TRÁCH NHIỆM CỦA NHÀ NƯỚC VÀ CƠ QUAN NHÀ NƯỚC KHI THAM GIA QUAN HỆ DÂN SỰ THEO BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015

Nguyễn Ngọc Hà*

Tóm tắt: Việc bổ sung những quy định về trách nhiệm của Nhà nước và cơ quan nhà nước khi tham gia quan hệ dân sự là một trong những điểm mới của Bộ luật Dân sự năm 2015 so với Bộ luật Dân sự năm 2005. Điều này góp phần xác định rõ địa vị pháp lý của Nhà nước và cơ quan nhà nước khi tham gia giao dịch dân sự với các chủ thể khác. Bài viết tập trung làm rõ: 1) Nội hàm và ý nghĩa của các quy định liên quan đến việc tham gia vào quan hệ dân sự của Nhà nước và cơ quan nhà nước; 2) Các quy định liên quan đến trách nhiệm về nghĩa vụ dân sự của Nhà nước và cơ quan nhà nước; 3) Đưa ra các kết luận.

Abstract: The supplement of provisions on responsibility of the State and State agencies when they participate in civil relations is one of the new issues of the Civil Code of 2015 in comparison with the Civil Code of 2005. That clarifies the legal status of State and State agencies in such civil relations with other subjects. This article focuses on: 1) Content and meaning of civil relation participation of State and State agencies; 2) Provisions on responsibility of civil obligations by State and State agencies; 3) Some relevant remarks.

Khi tham gia quan hệ dân sự với các cơ quan nhà nước ở trung ương hay địa phương, (sau đây gọi chung là cơ quan nhà nước) và Nhà nước, các chủ thể tư có thể sẽ phải đối mặt với những rào cản được tạo ra bởi quyền miễn trừ tư pháp mà Nhà nước và cơ quan nhà nước được hưởng. Bởi trong trường hợp này, tòa án sẽ bác đơn kiện của các chủ thể tư đối với Nhà nước hoặc cơ quan nhà nước (quyền miễn trừ xét xử). Đồng thời, Nhà nước có thể được hưởng quyền miễn trừ về đảm bảo sơ bộ cho vụ kiện, quyền miễn trừ thi hành án và quyền miễn trừ đối với tài sản thuộc sở hữu của quốc gia¹. Do đó, chủ thể tư sẽ gặp

rất nhiều khó khăn khi yêu cầu Nhà nước hay cơ quan nhà nước thực hiện trách nhiệm của mình đối với những hành vi vi phạm của họ trong những quan hệ đó.

Để giải quyết vấn đề này cũng như đảm bảo nguyên tắc bình đẳng của các chủ thể khi tham gia vào quan hệ pháp luật dân sự, pháp luật một số nước đã xây dựng và ban hành những quy định cụ thể về trách nhiệm của nhà nước và cơ quan nhà nước trong quan hệ dân sự với các chủ thể khác². Đồng

Overview, Quick Guides, May 2016, tr.11 tại: https://www.ashurst.com/doc.aspx?id_Resource=7655 truy cập ngày 02/06/2016; REDRESS, *Immunité c. Responsabilité: Étude de la relation entre l'immunité des États et la responsabilité pour torture et autres graves crimes internationaux*, The Redress Trust, London, décembre 2005, tr. 9-41.

² Ví dụ Luật ngày 01/09/1988 của Luxembourg về trách nhiệm dân sự của Nhà nước và cơ quan công quyền (Loi du 1er septembre 1988 relative à la

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

¹ Xem thêm: Hazel Fox CMG QC & Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2013, tr. 644; ASHURST, *State Immunity – An*

thời, một số nước đưa ra quy định về quyền miễn trừ tư pháp tương đối, theo đó, nhà nước hay cơ quan nhà nước sẽ không được hưởng quyền miễn trừ nếu tham gia vào giao dịch dân sự hay thương mại³. Đại hội đồng Liên hợp quốc đã thông qua Công ước về quyền miễn trừ tài phán đối với quốc gia và tài sản của quốc gia (*Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*)⁴ vào năm 2004. Dù đến nay Công ước này vẫn chưa có hiệu lực⁵, tuy nhiên các quy định trong Công ước đã làm rõ hơn một số vấn đề còn gây tranh cãi về quyền miễn trừ của nhà nước khi tham gia giao dịch dân sự.

Ở Việt Nam, Bộ luật Dân sự năm 2005 hiện chưa giải quyết triệt để vấn đề này khi không có quy định khẳng định rõ trách nhiệm của Nhà nước hay cơ quan nhà nước khi tham gia vào giao dịch dân sự⁶. Do đó,

responsabilité civile de l'État et des collectivités publiques); Luật ngày 10/02/2003 của Bỉ về trách nhiệm của nhân viên thực hiện công việc của pháp nhân công quyền (Loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques)...

³ Luật về quyền miễn trừ của nhà nước nước ngoài năm 1976 của Hoa Kỳ (Foreign Sovereign Immunities Act of 1976); Luật về quyền miễn trừ Nhà nước năm 1978 của Vương quốc Anh (State Immunity Act 1978); Luật về quyền miễn trừ nhà nước năm 1985 của Canada...

⁴ Xem tại: https://treaties.un.org/doc/source/RecentTexts/French_3_13.pdf, truy cập ngày 05/06/2016.

⁵ Tính đến hết tháng 05/2016, Công ước này đã có 28 quốc gia ký kết và 21 quốc gia phê chuẩn. Theo Điều 30 của Công ước, Công ước sẽ có hiệu lực khi có đủ 30 quốc gia phê chuẩn. Xem thêm thông tin về công ước này tại: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en, truy cập ngày 05/06/2016.

⁶ Bàn Quốc Tuấn, “Quyền miễn trừ của quốc gia trong tư pháp quốc tế Việt Nam”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, 2010, số 13(174), tr. 14-19.

việc Bộ luật Dân sự năm 2015 có 04 điều luật điều chỉnh sự tham gia vào quan hệ dân sự của Nhà nước Cộng hòa Xã hội chủ nghĩa Việt Nam, cơ quan nhà nước ở trung ương và địa phương tại Chương V được coi là một trong những điểm mới quan trọng.

1. Các quy định về việc tham gia vào quan hệ dân sự của Nhà nước và cơ quan nhà nước

Thứ nhất, về đối tượng điều chỉnh, các quy định tại Chương V chỉ áp dụng đối với Nhà nước và cơ quan nhà nước. Các pháp nhân khác (thương mại hay phi thương mại) không thuộc phạm vi điều chỉnh của chương này. Do đó, các pháp nhân như đơn vị vũ trang nhân dân, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức chính trị, xã hội - nghề nghiệp, tổ chức xã hội, tổ chức xã hội - nghề nghiệp, các đơn vị sự nghiệp công lập, quỹ xã hội⁷ và các doanh nghiệp nhà nước⁸ sẽ được điều chỉnh bởi các quy định về pháp nhân tại Chương IV Bộ luật Dân sự năm 2015.

Thứ hai, về nguyên tắc tham gia quan hệ dân sự, Điều 97 khẳng định: “*Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, cơ quan nhà nước ở trung ương, ở địa phương khi tham gia quan hệ dân sự thì bình đẳng với các chủ thể khác*”. Quy định này làm rõ hơn nội hàm của nguyên tắc bình đẳng đã được nêu tại Điều 3 của Bộ luật Dân sự năm 2015, theo đó, trong một quan hệ dân sự giữa một bên là Nhà nước hoặc cơ quan nhà nước và bên kia là chủ thể tư, thì hai bên đều có địa vị pháp lý như nhau. Nguyên tắc này không trao cho Nhà nước và cơ quan

⁷ Xem khoản 2 Điều 76 của Bộ luật Dân sự năm 2015.

⁸ Khoản 8 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định: “*Doanh nghiệp nhà nước là doanh nghiệp do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ*”.

nhà nước những đặc quyền khác so với các chủ thể tư, do đó, sẽ góp phần tạo ra môi trường pháp lý bình đẳng, nhất là trong các quan hệ kinh tế⁹. Nhận định về vấn đề này, tác giả đồng tình với ý kiến cho rằng: “Việc khẳng định sự bình đẳng này là thuyết phục, điểm tiến bộ đáng quan tâm của Bộ luật Dân sự năm 2015”¹⁰.

Thứ ba, về đại diện cho Nhà nước và cơ quan nhà nước tham gia vào quan hệ dân sự, Điều 98 khẳng định việc đại diện này sẽ phải tuân thủ các quy định của pháp luật về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và tổ chức bộ máy của cơ quan nhà nước. Điều 98 cũng cho phép có ngoại lệ, cá nhân hoặc pháp nhân đại diện cho Nhà nước hoặc cơ quan nhà nước khác khi tham gia vào quan hệ dân sự theo quy định của pháp luật có liên quan.

Có thể thấy, quy định của Điều 98 còn khá chung chung. Về nguyên tắc, có thể áp dụng Điều 85 của Bộ luật Dân sự năm 2015 - đại diện của pháp nhân cho trường hợp này, nghĩa là người đại diện của Nhà nước hay cơ quan nhà nước sẽ bao gồm người đại diện theo pháp luật hoặc người đại diện theo ủy quyền. Tuy nhiên, thực tế là đối với cơ quan nhà nước, việc ủy quyền thường được tiến hành trên cơ sở các quyết

định phân công công việc, nhiệm vụ giữa người đứng đầu với cấp phó và với các phòng ban, đơn vị chức năng cấp dưới, nên để xác định được tư cách người đại diện cho cơ quan nhà nước khi tham gia giao dịch dân sự nhiều khi cũng không đơn giản. Ngoài ra, đối với chủ thể là Nhà nước, ở Việt Nam, Chủ tịch nước hay Thủ tướng Chính phủ sẽ là người đại diện tham gia vào giao dịch dân sự? Câu hỏi này cũng không có giải đáp rõ ràng. Điều này sẽ gây khó khăn trong việc xác định người chịu trách nhiệm dân sự nếu có sự vi phạm nghĩa vụ từ phía Nhà nước hay cơ quan nhà nước.

Một trong số những lĩnh vực có quy định cụ thể về việc tham gia của cơ quan nhà nước vào quan hệ dân sự là đầu tư theo hình thức hợp tác công tư¹¹. Theo quy định tại Điều 8 Nghị định số 15/2015/NĐ-CP ngày 14/02/2015 của Chính phủ về đầu tư theo hình thức đối tác công tư, bộ, ngành, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh là cơ quan nhà nước có thẩm quyền ký kết hợp đồng dự án thuộc chức năng, nhiệm vụ và quyền hạn của mình. Đồng thời, các cơ quan này có thể ủy quyền cho các tổ chức thuộc bộ, ngành hoặc cơ quan chuyên môn của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh hoặc Ủy ban nhân dân cấp huyện ký kết và thực hiện hợp đồng dự án thuộc nhóm B và C¹². Trong trường hợp này, việc ủy quyền phải được lập thành văn bản¹³ và trách nhiệm của cơ quan nhà nước ủy quyền và cơ quan nhà nước được ủy quyền, về cơ bản, vẫn tuân thủ những

⁹ Khoản 2 Điều 51 Hiến pháp năm 2013 quy định: “Các thành phần kinh tế đều là bộ phận cấu thành quan trọng của nền kinh tế quốc dân. Các chủ thể thuộc các thành phần kinh tế bình đẳng, hợp tác và cạnh tranh theo pháp luật”. Điều 8 khoản 2 Luật Tổ chức chính phủ năm 2015 cũng nêu rõ một trong những nhiệm vụ của Chính phủ trong quản lý và phát triển kinh tế là “..., tạo môi trường bình đẳng, cạnh tranh và hợp tác giữa các thành phần kinh tế”.

¹⁰ Nguyễn Hồ Bích Hằng - Nguyễn Ngọc Hồng Phương, “Chương 3: Chủ thể trong pháp luật dân sự”, trong Đỗ Văn Đại (chủ biên), *Bình luận khoa học những điểm mới của Bộ luật Dân sự năm 2015 (sách chuyên khảo)*, Nxb. Hồng Đức – Hội Luật gia Việt Nam, 2016, đoạn 91, tr.99.

¹¹ Xem thêm: Nguyễn Bá Diên (chủ biên), *Giáo trình Tư pháp quốc tế*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, 2013, tr. 161-163.

¹² Việc phân loại dự án B hay C sẽ căn cứ vào quy định của Luật Đầu tư công năm 2014. Luật Đầu tư công năm 2014 phân chia các dự án thành bốn nhóm: dự án quan trọng quốc gia, các dự án nhóm A, B và C.

¹³ Khoản 3 Điều 8 Nghị định số 15/2015/NĐ-CP.

nguyên tắc cơ bản về ủy quyền của Bộ luật Dân sự.

2. Trách nhiệm về nghĩa vụ dân sự của Nhà nước và cơ quan nhà nước trong các quan hệ dân sự

2.1. Phạm vi áp dụng

Theo quy định tại Điều 99 Bộ luật Dân sự năm 2015, phạm vi áp dụng là các trách nhiệm phát sinh từ việc vi phạm nghĩa vụ dân sự, không chỉ trên cơ sở hợp đồng mà còn trên cơ sở các căn cứ phát sinh nghĩa vụ dân sự khác theo Điều 275 của Bộ luật Dân sự năm 2015¹⁴.

Đối với trách nhiệm bồi thường ngoài hợp đồng, Điều 598 của Bộ luật Dân sự năm 2015 bổ sung thêm: Nhà nước có trách nhiệm bồi thường thiệt hại do hành vi trái pháp luật của người thi hành công vụ gây ra. Việc bồi thường thiệt hại này sẽ được thực hiện trên cơ sở Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước năm 2009 và các văn bản hướng dẫn có liên quan.

2.2. Các quy định chung

Các quy định chung về trách nhiệm dân sự của Nhà nước và cơ quan nhà nước được quy định tại Điều 99, với ba nội dung cơ bản:

Thứ nhất, về việc xác định trách nhiệm, khoản 1 Điều 99 nêu rõ: “*Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, cơ quan nhà nước ở trung ương và ở địa phương chịu trách nhiệm về nghĩa vụ dân sự của mình*”. Quy định này cho thấy các chủ thể nêu trên phải chịu trách nhiệm về nghĩa vụ dân sự của mình khi tham gia quan

hệ dân sự. Do đó, Nhà nước hay cơ quan nhà nước không thể “chối bỏ” trách nhiệm do vi phạm nghĩa vụ¹⁵. Nói cách khác, khi có sự vi phạm nghĩa vụ từ phía các cơ quan nhà nước và Nhà nước, các chủ thể khác có quyền áp dụng các biện pháp bảo vệ quyền dân sự được quy định từ Điều 11 đến Điều 14 của Bộ luật Dân sự năm 2015¹⁶. Tuy nhiên, việc yêu cầu Nhà nước hay cơ quan nhà nước thực hiện trách nhiệm về nghĩa vụ dân sự phải đảm bảo “thời hiệu khởi kiện”¹⁷. Do đó, đối với các quan hệ dân sự trong nước, nếu các chủ thể khác không tuân thủ thời hiệu khởi kiện, họ sẽ mất cơ hội sử dụng biện pháp yêu cầu thực hiện trách nhiệm có tính cưỡng chế cao nhất.

Thứ hai, về tài sản để thực hiện trách nhiệm, khoản 1 Điều 99 xác định Nhà nước và cơ quan nhà nước chịu trách nhiệm về nghĩa vụ dân sự “*bằng tài sản mà mình là đại diện chủ sở hữu và thống nhất quản lý*”. Có thể nói đây là quy định ngoại lệ của khoản 2 Điều 87 Bộ luật Dân sự năm 2015.

¹⁵ Đoạn 2 khoản 1 Điều 351 của Bộ luật Dân sự năm 2015 định nghĩa: “*Vi phạm nghĩa vụ là việc bên có nghĩa vụ không thực hiện nghĩa vụ đúng thời hạn, thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ hoặc thực hiện không đúng nội dung của nghĩa vụ*”.

¹⁶ Về các điều khoản này, xem thêm: Đỗ Văn Đại, “Chương 2: Xác lập, thực hiện, bảo vệ quyền dân sự”, trong Đỗ Văn Đại, tldd, đoạn 38 và tiếp theo.

¹⁷ Việt Nam hiện nay có nhiều quy định về thời hiệu khởi kiện khác nhau đối với hợp đồng. Điều 429 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định thời hiệu khởi kiện để yêu cầu tòa án giải quyết tranh chấp hợp đồng là 03 năm, kể từ ngày người có quyền yêu cầu biết hoặc phải biết quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị xâm phạm. Điều 319 Luật Thương mại năm 2005 quy định thời hiệu khởi kiện đối với các tranh chấp thương mại là hai năm kể từ ngày quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm phạm. Bộ luật Hàng hải năm 2015 cũng đưa ra nhiều quy định về thời hiệu khác nhau liên quan đến hợp đồng vận chuyển theo chứng từ vận chuyển, hợp đồng vận chuyển bằng tàu chuyên, hợp đồng bảo hiểm hàng hải ...

¹⁴ Ngoài hợp đồng, Điều 275 còn quy định thêm các căn cứ phát sinh nghĩa vụ như: hành vi pháp lý đơn phương; thực hiện công việc không có ủy quyền; chiếm hữu, sử dụng tài sản hoặc được lợi về tài sản không có căn cứ pháp luật; gây thiệt hại do hành vi trái pháp luật; căn cứ khác theo quy định của pháp luật.

Theo khoản 2 Điều 87, pháp nhân chịu trách nhiệm dân sự bằng “tài sản của mình”. Tuy nhiên, do cơ quan nhà nước là đại diện cho Nhà nước trong việc sở hữu và quản lý những tài sản do Nhà nước giao, không có “tài sản của mình”, nên quy định này là hợp lý¹⁸. Ngược lại, vì cơ quan nhà nước chỉ chịu trách nhiệm bằng “tài sản của Nhà nước” chứ không bằng “tài sản của mình”, nên có thể dẫn tới hạn chế về “giới hạn trách nhiệm”.

Thứ ba, về trách nhiệm thực hiện nghĩa vụ dân sự, các khoản 2, 3 và 4 của Điều 99 đã cụ thể hóa hơn nữa quy định của khoản 2 Điều 87. Các pháp nhân sẽ tự chịu trách nhiệm về nghĩa vụ dân sự của mình, mà không phải chịu trách nhiệm về nghĩa vụ dân sự của pháp nhân khác, ngay cả là trách nhiệm của một pháp nhân do pháp nhân đó thành lập. Vì vậy:

- Pháp nhân không chịu trách nhiệm về nghĩa vụ phát sinh từ quan hệ dân sự của Nhà nước và cơ quan nhà nước đã thành lập ra mình (khoản 2);

- Nhà nước và cơ quan nhà nước không chịu trách nhiệm về nghĩa vụ dân sự của pháp nhân do mình thành lập, bao gồm cả doanh nghiệp nhà nước, trừ trường hợp Nhà nước, cơ quan nhà nước bảo lãnh cho nghĩa vụ dân sự của pháp nhân này theo quy định của pháp luật (khoản 3);

- Cơ quan nhà nước không chịu trách nhiệm về nghĩa vụ dân sự của Nhà nước, cơ

quan nhà nước khác, trừ trường hợp luật liên quan có quy định khác.

Một câu hỏi được đặt ra là: giới hạn trách nhiệm của Nhà nước và cơ quan nhà nước là như thế nào? Khoản 1 Điều 99 cho thấy, giới hạn trách nhiệm của cơ quan nhà nước ở trung ương hay địa phương là toàn bộ tài sản mà cơ quan đó được nhà nước giao quản lý. Tuy nhiên, đây là trách nhiệm hữu hạn hay vô hạn? Nếu trách nhiệm đó là hữu hạn, thì quyền lợi của các chủ thể tư sẽ không được đảm bảo, ví dụ như khi nhiều cơ quan nhà nước không đủ ngân sách để thanh toán các khoản nợ liên quan đến các hợp đồng xây dựng cơ bản ký kết với các chủ thể đó.

Do đó, để đảm bảo quyền lợi của các chủ thể trong quan hệ dân sự với cơ quan nhà nước, trách nhiệm này phải là trách nhiệm vô hạn, nghĩa là khi nào có tài sản được nhà nước giao thì lại tiếp tục thực hiện trách nhiệm. Điều này cũng phù hợp với thực tiễn ở Việt Nam và một số nước trên thế giới, khi không tồn tại chế độ phá sản đối với các cơ quan nhà nước¹⁹ và Nhà nước có thể “bổ sung cân đối ngân sách”²⁰ hoặc “bổ sung có mục tiêu”²¹ cho cơ quan nhà nước để có thể trả được nợ.

¹⁸ Xem thêm: Nguyễn Hồ Bích Hằng - Nguyễn Ngọc Hồng Phượng, tldđ, đoạn 104, tr. 113; Nguyễn Thị Kim Thoa và Phan Thị Tường Vi, “Một số góp ý liên quan đến chế định pháp nhân theo dự thảo Bộ luật Dân sự”, trong Tạp chí Nghiên cứu lập pháp và Đại học Quốc gia thành phố Hồ Chí Minh – Trường Đại học Kinh tế - Luật, *Kỷ yếu Hội thảo Hoàn thiện Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)*, Tp. Hồ Chí Minh, tháng 05/2015, tr. 212.

¹⁹ André Delion, “L’insolvabilité des entités publiques autres que l’État”, *Revue internationale de droit compare*, 2002, vol. 54, n°. 2, p. 603-612.

²⁰ Khoản 21 Điều 4 Luật Ngân sách nhà nước năm 2015 có đưa ra khái niệm số bổ sung cân đối ngân sách, theo đó “số bổ sung cân đối ngân sách là khoản ngân sách cấp trên bổ sung cho ngân sách cấp dưới nhằm đảm bảo cho chính quyền cấp dưới cân đối ngân sách cấp mình để thực hiện nhiệm vụ được giao”.

²¹ Khoản 22 Điều 4 Luật Ngân sách nhà nước năm 2015 quy định: “Số bổ sung có mục tiêu là khoản ngân sách cấp trên bổ sung cho ngân sách cấp dưới để hỗ trợ thực hiện các chương trình, dự án, nhiệm vụ cụ thể”.

Tuy nhiên, lập luận này lại không hoàn toàn phù hợp với nguyên tắc độc lập trách nhiệm về nghĩa vụ dân sự, bởi vẫn có sự chi phối của Nhà nước ở một mức độ nào đó để cơ quan nhà nước có thể thực hiện được trách nhiệm về nghĩa vụ dân sự của mình. Đồng thời, điều này cũng có thể tạo nên tình trạng “ỷ lại” vào Nhà nước và cơ quan nhà nước cấp trên trong việc thực hiện trách nhiệm về nghĩa vụ dân sự của cơ quan nhà nước đó.

2.3. Các quy định áp dụng đối với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài

Đối với quan hệ dân sự giữa Nhà nước và cơ quan nhà nước với Nhà nước, cá nhân, tổ chức nước ngoài, Điều 100 Bộ luật Dân sự năm 2015 được xây dựng trên cơ sở của quyền miễn trừ tư pháp. Trong khoa học pháp lý của Việt Nam, quyền miễn trừ của Nhà nước khi tham gia vào các mối quan hệ thuộc về tư pháp quốc tế còn tồn tại nhiều quan điểm khác nhau. Quan điểm thứ nhất cho rằng, quyền miễn trừ tư pháp này là quyền miễn trừ tuyệt đối²². Những học giả đi theo quan điểm thứ hai thì cho rằng Việt Nam nên chấp nhận thuyết quyền miễn trừ tương đối cho Nhà nước nước ngoài tham gia quan hệ dân sự tại Việt Nam²³. Quan điểm thứ ba không thể hiện rõ sự ủng hộ cho việc áp dụng quyền miễn trừ tương đối hay tuyệt đối khi nhận định: “Về các học thuyết này, đến nay vẫn còn nhiều ý kiến

khác nhau cần được tiếp tục xem xét cẩn thận dưới ánh sáng của những thông tin pháp luật hiện đại và quan điểm chính thức của từng quốc gia”²⁴.

Công ước của Liên hợp quốc về Quyền miễn trừ tài phán đối với quốc gia và tài sản của quốc gia năm 2004 quy định rõ ràng và cụ thể về vấn đề này²⁵. Điều 5 của Công ước quy định: “Nhà nước và tài sản của Nhà nước hưởng quyền miễn trừ tài phán trước tòa án của một nước khác, trừ trường hợp Công ước này có quy định khác”. Đây là nguyên tắc chung về quyền miễn trừ tài phán của Nhà nước và tài sản của Nhà nước và đồng thời phù hợp với các nguyên tắc của luật pháp quốc tế. Một điểm quan trọng cần lưu ý là, Công ước đi theo hướng thiết lập quyền miễn trừ tương đối khi đưa ra những trường hợp Nhà nước và tài sản của Nhà nước không được hưởng quyền miễn trừ, như trường hợp liên quan đến các giao dịch thương mại (Điều 10); hợp đồng lao động (Điều 11); các hành vi xâm phạm đến tính mạng của cá nhân hoặc thiệt hại về tài sản (Điều 12); việc xác định quyền hoặc lợi ích của Nhà nước đó đối với bất động sản nằm trên lãnh thổ của nước tòa án, đối với động sản hay bất động sản phát sinh từ việc thừa kế, viện trợ (Điều 13); việc xác định quyền của một Nhà nước đối với các đối tượng của quyền sở hữu trí tuệ (Điều 14); việc khai thác tàu biển mà Nhà nước có quyền sở hữu hoặc khai thác (Điều 16)... Đến nay, đã có 21 quốc gia phê chuẩn Công ước. Khi Công ước này có hiệu lực, nó sẽ trở thành công cụ pháp lý quan trọng để điều

²² Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình Tư pháp quốc tế*, Nxb. Công an Nhân dân, Hà Nội, 2013, tr. 115-118.

²³ Đỗ Văn Đại và Mai Hồng Quý, *Tư pháp quốc tế Việt Nam*, Nxb. Đại học quốc gia Tp. Hồ Chí Minh, 2006, đoạn 75-76, tr. 73-75; Bành Quốc Tuấn, “Việt Nam với việc gia nhập Công ước Liên hợp quốc về miễn trừ tài phán và miễn trừ tài sản của quốc gia”, *Tạp chí Phát triển khoa học và công nghệ*, 2012, vol. 15, n^o. 1, tr. 67-76.

²⁴ Nguyễn Bá Diên (chủ biên), *tlđđ*, tr. 158.

²⁵ David P. Stewart, “The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property”, *The American Journal of International Law*, 2005, vol. 99, n^o. 1, pp. 194-211.

chính về quyền miễn trừ của Nhà nước và tài sản của Nhà nước trên phạm vi quốc tế.

Ở Việt Nam, quyền miễn trừ tư pháp tương đối đã từng được quy định trong Nghị định số 60/CP ngày 06/06/1997 của Chính phủ hướng dẫn thi hành các quy định của Bộ luật Dân sự về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài²⁶. Sau đó, Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004 và Bộ luật Dân sự năm 2005 lại không quy định về vấn đề này. Do đó, việc Bộ luật Dân sự năm 2015 đưa vào các quy định về trách nhiệm của Nhà nước và cơ quan nhà nước trong quan hệ dân sự với Nhà nước, cá nhân, tổ chức nước ngoài trên cơ sở từ bỏ quyền miễn trừ tư pháp là sự bổ sung cần thiết. Theo nhận định của Bộ Tư pháp: *“Việc bổ sung quy định này trong Bộ luật Dân sự là thực sự cần thiết, tạo cơ sở pháp lý cho Nhà nước, cơ quan nhà nước tham gia vào các giao dịch dân sự, thương mại có yếu tố nước ngoài, nhất là trong bối cảnh Việt Nam đang thực hiện tái cơ cấu đầu tư công, tập trung vào phát triển mô hình đầu tư theo hình thức đối tác công - tư (PPP), cũng như cơ sở pháp lý cho các giao dịch dân sự, thương mại của các cá nhân, tổ chức Việt Nam với các Nhà nước, cơ quan nhà nước nước ngoài”*²⁷.

Tuy nhiên, việc từ bỏ quyền miễn trừ cho Nhà nước và cơ quan nhà nước của Việt

Nam khi tham gia quan hệ dân sự đối với Nhà nước, pháp nhân, cá nhân nước ngoài là không đương nhiên, mà chỉ được thực hiện trên cơ sở: (i) Điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên; (ii) Thỏa thuận của các bên trong quan hệ dân sự; và (iii) Hành vi từ bỏ quyền miễn trừ đơn phương của Nhà nước và cơ quan nhà nước (khoản 1 Điều 100)²⁸. Điều này có nghĩa là, nếu quyền miễn trừ không bị từ bỏ theo một trong ba trường hợp nêu trên thì Nhà nước và cơ quan nhà nước sẽ hưởng quyền miễn trừ, và từ đó, từ chối thực hiện trách nhiệm về nghĩa vụ dân sự của mình trong quan hệ dân sự với Nhà nước, pháp nhân, cá nhân nước ngoài.

Quy định này đang gây nên một số tranh luận sau:

Thứ nhất, về chủ thể hưởng quyền miễn trừ theo khoản 1 Điều 100, chủ thể hưởng quyền miễn trừ ở đây là Nhà nước và cơ quan nhà nước (ở trung ương và địa phương). Có quan điểm khác cho rằng, quyền miễn trừ chỉ áp dụng cho Nhà nước và cơ quan nhà nước ở trung ương²⁹. Tuy nhiên, người viết đồng tình với quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015, vì một số lý do sau đây:

- Công ước năm 2004 có cách hiểu rất rộng về khái niệm “Nhà nước”. Điểm b khoản 1 Điều 2 Công ước quy định: “Nhà nước” được hiểu là: *“i) Nhà nước và các cơ quan chính phủ khác nhau của Nhà nước; ii) Các bộ phận của Nhà nước liên bang hoặc các thực thể chính trị cấp dưới của*

²⁶ Khoản 3 Điều 9 của Nghị định này quy định: “Tài sản của Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam được hưởng quyền miễn trừ tư pháp; nếu sử dụng vào mục đích kinh doanh thì không được hưởng quyền miễn trừ tư pháp; trừ trường hợp pháp luật Việt Nam có quy định khác”.

²⁷ Bộ Tư pháp, *Bản thuyết minh Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) trình Ủy ban Thường vụ Quốc hội cho ý kiến tại Phiên họp thứ 31*, tháng 09/2014, tr. 13-14, xem tại: http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=588&TabIndex=2&TaiLieuID=1617 truy cập ngày 12/06/2016.

²⁸ Tương tự, khoản 2 Điều 100 giải quyết vấn đề về trách nhiệm về nghĩa vụ dân sự của Nhà nước, cơ quan nhà nước nước ngoài trong quan hệ dân sự với Nhà nước, cơ quan nhà nước, pháp nhân, cá nhân ở Việt Nam.

²⁹ Đỗ Văn Đại và Mai Hồng Quý, sđd, đoạn 77, tr. 75; TS. Nguyễn Hồ Bích Hằng - Nguyễn Ngọc Hồng Phượng, tldđ, ghi chú số 48, tr. 115.

Nhà nước có thẩm quyền để thực hiện các hành vi trong việc thực hiện các quyền chủ quyền hoặc hành động nhân danh điều này; iii) Các tổ chức hoặc đơn vị của Nhà nước hoặc các thực thể khác, ngay khi họ có thẩm quyền để thực hiện hoặc đã thực hiện những hành vi trong việc thực hiện quyền chủ quyền của Nhà nước; iv) Những người đại diện cho Nhà nước hành động nhân danh điều này”³⁰. Như vậy, bất kỳ cơ quan nào có thẩm quyền để thực hiện các hành vi trong việc thực hiện quyền lực của Nhà nước là nhân danh Nhà nước, do đó, thuộc về bộ máy nhà nước và đều thuộc phạm vi điều chỉnh của Công ước. Cách hiểu này cũng phù hợp với quan điểm về cơ quan nhà nước ở Việt Nam hiện nay.

- Trên góc độ tài sản, cơ quan nhà nước ở trung ương hay địa phương đều là đại diện quản lý tài sản của Nhà nước. Các cơ quan nhà nước này đều được coi là pháp nhân, vì vậy, khi tham gia quan hệ dân sự, có địa vị pháp lý bình đẳng ngang nhau và chịu trách nhiệm bằng tài sản mà Nhà nước giao cho quản lý. Do đó, quyền miễn trừ được áp dụng cho cả cơ quan nhà nước ở trung ương và địa phương là hợp lý.

Thứ hai, về quyền miễn trừ trong quan hệ dân sự giữa Nhà nước Việt Nam (cơ quan nhà nước) với Nhà nước (cơ quan nhà nước) nước ngoài, theo Bộ luật Dân sự năm 2015, quyền miễn trừ này có thể bị từ bỏ theo một trong ba trường hợp đã phân tích ở

³⁰ “Le terme « État » désigne : i) L’État et ses divers organes de gouvernement; ii) Les composantes d’un État fédéral ou les subdivisions politiques de l’État, qui sont habilitées à accomplir des actes dans l’exercice de l’autorité souveraine et agissent à ce titre; iii) Les établissements ou organismes d’État ou autres entités, dès lors qu’ils sont habilités à accomplir et accomplissent effectivement des actes dans l’exercice de l’autorité souveraine de l’État; iv) Les représentants de l’État agissant à ce titre”.

trên. Có thể nhận thấy, quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 đang không tương thích với Công ước năm 2004. Điều a khoản 2 Điều 10 Công ước năm 2004 quy định: việc từ bỏ quyền miễn trừ được nêu tại khoản 1 của Điều này sẽ không được áp dụng nếu giao dịch thương mại đó được thực hiện giữa các Nhà nước với nhau. Quy định này của Công ước là khá hợp lý, bởi mối quan hệ được hình thành giữa Nhà nước với Nhà nước, thì yếu tố công và tư sẽ khó tách biệt. Các quốc gia có thể viện dẫn các quy định và nguyên tắc của công pháp quốc tế để giải quyết vấn đề phát sinh. Trong trường hợp đó, quyền miễn trừ thường sẽ được áp dụng mà không bị từ bỏ.

Thứ ba, có quan điểm cho rằng, Điều 100 của Bộ luật Dân sự năm 2015 tạo ra một nội hàm mới cho quyền miễn trừ, đó là quyền miễn trừ trách nhiệm dân sự, bên cạnh quyền miễn xét xử và miễn thi hành án³¹. Có nhiều cách để thực hiện trách nhiệm về nghĩa vụ dân sự³² và bảo vệ quyền dân sự bị vi phạm³³, trong đó có cách khởi kiện đến tòa án hoặc không. Một khi Nhà nước và cơ quan nhà nước không thiện chí trong việc thực hiện trách nhiệm dân sự và viện dẫn quyền miễn trừ tư pháp để từ chối thực hiện trách nhiệm về nghĩa vụ dân sự với pháp nhân, cá nhân nước ngoài, thì thực tế không thể buộc Nhà nước và cơ quan nhà nước thực hiện trách nhiệm đó. Dù miễn trừ trách nhiệm dân sự và miễn trừ tư pháp không phải là một, nhưng miễn trừ tư pháp sẽ dẫn đến miễn trừ trách nhiệm (bởi nếu Nhà nước tự nguyện thực hiện trách nhiệm,

³¹ Nguyễn Hồ Bích Hằng - Nguyễn Ngọc Hồng Phượng, tldđ, đoạn 104, tr. 115.

³² Xem các quy định về trách nhiệm dân sự tại mục 4 Chương XV của Bộ luật Dân sự năm 2015.

³³ Xem Điều 11 đến Điều 14 của Bộ luật Dân sự năm 2015.

thì điều này đồng nghĩa với việc Nhà nước cũng đã từ bỏ quyền miễn trừ của mình).

Thứ tư, các quy định của Điều 100 chưa giải quyết vấn đề về trách nhiệm liên quan đến mối quan hệ dân sự giữa Nhà nước, cơ quan nhà nước Việt Nam với các tổ chức quốc tế hoạt động tại Việt Nam cũng như giữa tổ chức quốc tế mang tính chất chính phủ hoạt động tại Việt Nam, với các pháp nhân, cá nhân Việt Nam³⁴. Các tổ chức quốc tế đó có được hưởng quyền miễn trừ hay không? Họ sẽ phải thực hiện trách nhiệm về nghĩa vụ dân sự của mình như thế nào?

Có thể nói, việc bổ sung các quy định về sự tham gia của Nhà nước và cơ quan nhà nước trong các quan hệ dân sự là cần thiết để làm rõ địa vị pháp lý chủ thể này. Các quy định liên quan đến trách nhiệm về nghĩa vụ dân sự của Nhà nước hay cơ quan nhà nước sẽ góp phần khẳng định quan điểm của Việt Nam về việc áp dụng quyền miễn trừ trong các quan hệ thuộc về tư pháp quốc tế. Tuy nhiên, các quy định này còn bộc lộ một số hạn chế và vấn đề có thể gây tranh luận, khó khăn trong quá trình áp dụng cần được nghiên cứu sửa đổi cho phù hợp.

³⁴ Xem thêm: Nguyễn Bá Điển, sđd, tr. 157 và tiếp theo.

(Tiếp theo trang 10 – Một số nội dung ...)

kháng, các biện pháp bảo đảm đối vật đã tạo cho bên nhận bảo đảm một đặc quyền ưu tiên. Theo đó, các biện pháp bảo đảm đối vật cho phép bên nhận bảo đảm được ưu tiên thanh toán trước các chủ nợ khác và rộng hơn là trước các chủ thể khác có quyền, lợi ích xung đột với bên nhận bảo đảm trên cùng một tài sản bảo đảm⁴⁸.

Đặc tính truy đòi cũng là một hệ quả khác của đặc tính đối kháng của vật quyền bảo đảm được ghi nhận tại khoản 2 Điều 297 Bộ luật Dân sự năm 2015. Theo đó, bên nhận bảo đảm có đặc quyền truy đòi tài sản bảo đảm để xử lý⁴⁹ cho dù tài sản bảo đảm đang do ai nắm giữ hay đã được chuyển dịch cho bất cứ ai, trừ trường hợp luật có quy định khác, bởi việc chuyển dịch tài sản bảo đảm không phải là sự kiện làm chấm dứt vật quyền của bên nhận bảo đảm.

Trên cơ sở các phân tích, đánh giá nêu trên, có thể nói, mặc dù còn có các ý kiến khác nhau nhưng so với Bộ luật Dân sự năm 1995 và Bộ luật Dân sự năm 2005, các quy định về “Quyền sở hữu và quyền khác đối với tài sản” trong Bộ luật Dân sự năm 2015 tỏ ra khá tương đồng với pháp luật các nước khi tiếp cận quyền tài sản dựa trên lý thuyết truyền thống về vật quyền và trái quyền, cũng như nhìn nhận tương đối đầy đủ đặc tính của các loại vật quyền căn bản này. Sự thay đổi này có ý nghĩa không chỉ về phương diện học thuật, mà còn có ý nghĩa về phương diện xã hội và kinh tế bởi nó cho phép tài sản có thể được khai thác tối đa giá trị và qua đó thúc đẩy giao lưu dân sự và phát triển kinh tế.

⁴⁸ Xem khoản 2 Điều 297 Điều 308 Bộ luật Dân sự năm 2015.

⁴⁹ Trừ biện pháp cầm giữ tài sản bởi chủ thể cầm giữ tài sản không có quyền xử lý tài sản.

BÀN VỀ QUY ĐỊNH GIAO DỊCH DÂN SỰ VI PHẠM ĐIỀU CẤM CỦA LUẬT TRONG BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015

Ngô Quốc Chiến*

Tóm tắt: Bộ luật Dân sự 2015 có khá nhiều thay đổi về điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự so với Bộ luật Dân sự 2005. Bài viết trình bày những thay đổi trong quy định về giao dịch vi phạm điều cấm của luật, phân tích ý nghĩa của quy định mới này và bước đầu đánh giá những khó khăn của việc áp dụng trong thực tiễn.

Abstract: The Civil Code of 2015 contains changes in terms of conditions for the validity of civil transactions in comparison with the Civil Code of 2005. This article introduces changes with respect to provisions on civil transactions in breach of prohibition by law, analyses the meaning of those provisions and preliminarily evaluates the obstacles of their enforcement in practice.

1. Pháp luật hay luật là căn cứ xác định vi phạm

Một trong những nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự Việt Nam cũng như của nhiều nước trên thế giới là nguyên tắc tự do, tự nguyện cam kết, thỏa thuận giữa các chủ thể. Tuy nhiên, tự do đó có thể bị giới hạn. Bộ luật Dân sự (BLDS) 2005 quy định tại Điều 4: “Quyền tự do cam kết, thỏa thuận trong việc xác lập quyền, nghĩa vụ dân sự được pháp luật bảo đảm, nếu cam kết, thỏa thuận đó không vi phạm điều cấm của pháp luật, không trái đạo đức xã hội”. Tư tưởng này được cụ thể hóa tại Điều 122 về các điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự, theo đó, một giao dịch dân sự sẽ có thể bị vô hiệu nếu mục đích và nội dung của nó “vi phạm điều cấm của pháp luật” (điểm b, khoản 1). Nói cách khác, quyền tự do cam kết, thỏa thuận của các chủ thể chỉ được bảo vệ và phát sinh hậu quả pháp lý khi được thực hiện trong khuôn khổ pháp luật. Khái niệm “pháp luật” được dùng ở đây được

hiểu theo nghĩa rộng, bao gồm cả văn bản do Quốc hội ban hành như Hiến pháp, luật, bộ luật, nghị quyết của Quốc hội, những văn bản do các cơ quan hành chính, tư pháp từ trung ương (như nghị định của Chính phủ, nghị quyết của Tòa án nhân dân tối cao, thông tư của các Bộ...) đến địa phương (như các văn bản của Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân các cấp) ban hành¹. Trong thực tiễn xét xử, chúng ta thấy có hợp đồng đã từng bị tuyên bố vô hiệu do vi phạm văn bản dưới luật, chẳng hạn như Pháp lệnh Ngoại hối²; hay do vi phạm chỉ thị của một Ủy ban nhân dân cấp tỉnh và bị Tòa án nhân dân tối cao coi là “vi phạm điều cấm của pháp luật”³.

Việc sử dụng khái niệm “điều cấm của pháp luật” rộng như vậy đã vấp phải sự

¹ Xem: Điều 2 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật 2008, tương ứng là Điều 4 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015.

² Xem: Bản án số 42/2006/DSSST ngày 21/9/2006 của Tòa án nhân dân thành phố Hà Nội.

³ Về vấn đề này, xem: Đỗ Văn Đại, *Bản án và bình luận bản án*, tập 1 (năm 2013), Nxb. Chính trị quốc gia (tái bản lần thứ 4), bản án số 42-4.

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

phản đối mạnh mẽ của giới học thuật bởi có nguy cơ hạn chế tự do của các chủ thể⁴. Trong một nhà nước pháp quyền, nếu như các chủ thể công, các cơ quan nhà nước chỉ được làm những điều mà pháp luật cho phép, thì các chủ thể tư được quyền làm những gì pháp luật không cấm. Điều này đặc biệt đúng trong lĩnh vực dân sự, nơi mà các chủ thể cần được trao quyền tự do lớn nhất có thể và quyền ấy chỉ bị giới hạn trong một số trường hợp hãn hữu do luật định. Quan điểm này đã được hiến định tại khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013: “Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng”. Nguyên tắc hiến định này sau đó đã được cụ thể hóa tại Điều 2 BLDS 2015, theo đó: “Quyền dân sự chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng”. Và như vậy có thể hiểu, một giao dịch chỉ có thể bị tuyên vô hiệu nếu nó vi phạm điều cấm của “luật” tức các đạo luật cụ thể, chứ không phải “pháp luật” nói chung bao gồm các đạo luật và các văn bản không phải là luật nhưng chứa đựng các quy phạm pháp luật⁵. Quy định này đã được nêu rõ tại Điều 123 BLDS 2015, theo đó “giao dịch dân sự có mục đích, nội dung vi phạm điều cấm của luật, trái đạo đức xã hội thì vô hiệu”. Đoạn thứ hai của Điều này

định nghĩa “điều cấm” là “những quy định của luật không cho phép chủ thể thực hiện những hành vi nhất định”.

2. Đánh giá sự thay đổi trong căn cứ xác định

Mặc dù Bộ luật này cũng như các văn bản luật khác hiện hành của Việt Nam không định nghĩa luật là gì và bao gồm các loại văn bản nào⁶, nhưng theo cách hiểu thống nhất chung thì văn bản luật bao gồm Hiến pháp, luật, bộ luật và nghị quyết của Quốc hội⁷, tức các văn bản do Quốc hội thông qua. Những văn bản khác chứa đựng các quy phạm pháp luật được xếp vào nhóm “văn bản dưới luật”⁸. Như vậy, phải chăng kể từ nay các giao dịch dân sự vi phạm điều cấm của các văn bản không phải là luật sẽ không bị vô hiệu?

Điều 6 BLDS Pháp 1804 trong phần Các nguyên tắc cơ bản, tức là những nguyên tắc bao trùm không chỉ lĩnh vực dân luật, mà cả nền luật tư của Pháp, quy định: “Các thỏa thuận dân sự không được trái với những luật liên quan đến trật tự công và thuần phong mỹ tục”⁹. Mặc dù BLDS Pháp

⁴ Đỗ Văn Đại (chủ biên), *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự 2015*, Nxb. Hồng Đức, 2016, tr. 140.

⁵ Cần lưu ý rằng, văn bản luật là văn bản chứa đựng quy phạm pháp luật, nhưng không phải mọi văn bản chứa đựng quy phạm pháp luật đều có thể trở thành văn bản luật.

⁶ Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 không đưa ra định nghĩa về văn bản luật hay văn bản dưới luật mà chỉ liệt kê tại Điều 4 các loại văn bản quy phạm pháp luật cấu thành Hệ thống văn bản quy phạm pháp luật Việt Nam.

⁷ Riêng đối với loại văn bản này còn có một số ý kiến băn khoăn đó là văn bản luật hay văn bản dưới luật. Xem chẳng hạn: Phan Trung Hiền, *Nghị quyết của Quốc hội là văn bản luật hay văn bản dưới luật?*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 203, tháng 9 năm 2011.

⁸ Xem chẳng hạn: Lê Minh Tâm (chủ biên), *Giáo trình Lý luận Nhà nước và pháp luật*, trường Đại học Luật Hà Nội, Nxb. Công an nhân dân, 2012, tr. 469 và tiếp theo. Xem thêm: Phan Trung Hiền, tldd.

⁹ Nguyên văn của Điều đó như sau: “*On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs*”.

1804 sử dụng khái niệm “*lois qui intéressent l’ordre public*”, tức là các “luật” chứa đựng những quy định nhằm bảo vệ trật tự công, nhưng trong thực tiễn xét xử, khái niệm “luật” được sử dụng không chỉ bao hàm các văn bản luật do Nghị viện thông qua mà còn cả các văn bản do các cơ quan khác ban hành, như các nghị định do Hội đồng Bộ trưởng (Conseil des ministres). Ví dụ, thực tiễn xét xử tại Pháp, tòa án tuyên vô hiệu các giao dịch liên quan đến bất động sản vi phạm nghĩa vụ đăng ký hoặc quảng cáo vốn được quy định tại Nghị định ngày 4/5/1995 của Hội đồng Bộ trưởng về cải cách thông tin bất động sản¹⁰.

Gần đây, Pháp đã tiến hành sửa đổi BLDS liên quan đến nghĩa vụ và hợp đồng. Các quy định về điều kiện có hiệu lực của hợp đồng dân sự cũng có nhiều thay đổi, trong đó có quy định về điều cấm. Điều 1162 Sắc lệnh số 2016-131 ngày 10/2/2016 về “cải cách pháp luật hợp đồng, chế định chung và chứng cứ về nghĩa vụ”¹¹ quy định: “Các quy định và hậu quả của hợp đồng, dù các bên biết hoặc không biết, không được trái với trật tự công”. Như vậy, theo luật mới tại Pháp, hợp đồng trái với trật tự công sẽ bị vô hiệu mà không cần tính đến việc hợp đồng đó vi phạm văn bản luật hay văn bản dưới luật.

Như vậy, có thể thấy Việt Nam đang tìm cách thu hẹp khái niệm điều cấm bằng cách giới hạn căn cứ cấm là luật, còn Pháp lại mở rộng bằng cách sử dụng khái niệm trật tự công, có thể được quy định trong văn bản luật hay văn bản dưới luật.

Nếu như sự thay đổi trong quy định trên của BLDS 2015 được hiểu là để cụ thể hóa các nguyên tắc hiến định nhằm bảo vệ tốt hơn các quyền của công dân, thì nó vẫn còn một số vấn đề đặt ra.

Thứ nhất, tại sao quy định mới chỉ giới hạn ở “điều cấm của luật”? Việc BLDS 2015 sử dụng khái niệm “điều cấm của luật” thay cho “điều cấm của pháp luật” một mặt đã giới hạn căn cứ xác định, mặt khác vẫn không khắc phục được nhược điểm của BLDS 2015 về mặt thuật ngữ. Chúng ta đều biết rằng, pháp luật điều chỉnh hành vi của con người thông qua ba cách: cho phép, bắt buộc và cấm. Khi một giao dịch vi phạm các quy định đó, ngoài việc sẽ không làm phát sinh hậu quả pháp lý thì còn có thể là căn cứ để Nhà nước áp dụng một chế tài bất lợi cho các chủ thể thực hiện giao dịch đó. Như vậy, một hợp đồng không chỉ bị vô hiệu khi nó vi phạm điều cấm, mà còn có thể bị vô hiệu khi các chủ thể không thực hiện một việc mà lẽ ra phải làm theo yêu cầu của pháp luật. Khái niệm “vi phạm điều cấm của luật” hiện chưa trừ liệu trường hợp này. Về vấn đề này, không phải ngẫu nhiên nhà làm luật Pháp đã không còn sử dụng khái niệm “luật liên quan đến trật tự công” mà thay vào đó là khái niệm “vi phạm trật tự công”. Khái niệm “vi phạm trật tự công” hẹp hơn khái niệm “vi phạm điều cấm của luật” như trong quy định của BLDS 2015, nhưng trên một khía cạnh nào đó lại rộng hơn và mềm dẻo hơn. Trật tự công là những giá trị cốt lõi của một hệ thống pháp luật để bảo vệ những tư tưởng chính trị, các giá trị nền tảng về kinh tế và văn hóa - xã hội của một quốc gia trong một thời kỳ nhất định. Đây là một quy định không thường xuyên được sử dụng và tòa án chỉ vận dụng khi cần thiết để bảo vệ các giá trị cốt lõi của nhà

¹⁰ Xem chẳng hạn: Cass. 2ème civ., 7 avril 2016, pourvoi: 15-12307, publié au Bulletin.

¹¹ Công báo JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 26.

nước, của xã hội. Trên khía cạnh này thì “trật tự công” hẹp hơn so với khái niệm “điều cấm của luật”, càng hẹp hơn nữa so với khái niệm “điều cấm của pháp luật”. Tuy nhiên, trên một khía cạnh khác thì khái niệm “trật tự công” lại rộng hơn so với khái niệm “điều cấm của luật” bởi nó không chỉ bao hàm các quy định của văn bản luật, mà còn cả các quy định của các văn bản dưới luật và cả những giá trị chưa được luật hóa. Khái niệm “trật tự công” mềm dẻo hơn ở chỗ, nếu như với quy định “điều cấm của luật” thì trong một vụ án tòa án sẽ rà soát các văn bản luật liên quan có chứa các điều cấm và chỉ áp dụng những quy định về điều cấm đã được ghi rõ trong các văn bản đó, thì với quy định “trật tự công” tòa án sẽ không giới hạn ở việc áp dụng các quy định cấm của luật hay văn bản dưới luật mà tất cả những gì ảnh hưởng đến trật tự công.

Thứ hai, số phận của các giao dịch sẽ ra sao khi chúng vi phạm điều cấm của các văn bản dưới luật, chẳng hạn pháp lệnh của Ủy ban Thường vụ Quốc hội hay nghị định của Chính phủ? Phải chăng Điều 122 BLDS 2015 đã vô hiệu hóa các điều cấm của các văn bản này?

Theo Điều 19 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015, nghị định của Chính phủ là loại văn bản quy phạm pháp luật để quy định “Chi tiết điều, khoản, điểm được giao trong luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, lệnh, quyết định của Chủ tịch nước” (khoản 1). Như vậy, nghị định làm rõ luật, giúp luật và các văn bản quy phạm pháp luật khác được thực thi một cách hiệu quả trong thực tế. Tuy nhiên, khoản 2 và 3 của điều này còn quy định, nghị định có thể quy định về “các biện pháp để thực hiện chính sách kinh tế - xã hội,

quốc phòng, an ninh, tài chính, tiền tệ, ngân sách, thuế, dân tộc, tôn giáo, văn hóa, giáo dục, y tế, khoa học, công nghệ, môi trường, đối ngoại, chế độ công vụ, cán bộ, công chức, viên chức, quyền, nghĩa vụ của công dân và các vấn đề khác thuộc thẩm quyền quản lý, điều hành của Chính phủ”; và các “vấn đề cần thiết thuộc thẩm quyền của Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội nhưng chưa đủ điều kiện xây dựng thành luật hoặc pháp lệnh để đáp ứng yêu cầu quản lý nhà nước, quản lý kinh, tế, quản lý xã hội”. Như vậy, bên cạnh các nghị định nhằm hướng dẫn áp dụng các quy định của luật thì còn có các nghị định tồn tại độc lập, không hướng dẫn áp dụng luật. Trong thực tế, chúng ta thấy có những nghị định nhằm hướng dẫn áp dụng luật, nhưng nội dung lại đi xa hơn mục đích đó để trở thành một nghị định độc lập với luật, chẳng hạn như Nghị định số 15/2015/NĐ-CP về đầu tư theo hình thức đối tác công tư.

Điều 14 Luật Ban hành văn bản pháp luật năm 2015 nghiêm cấm các hành vi “ban hành văn bản quy phạm pháp luật trái với Hiến pháp, trái với văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan nhà nước cấp trên” (khoản 1). Tuy nhiên, văn bản này mới có hiệu lực thi hành từ ngày 01/07/2016, vậy trước đó đã có thể tồn tại các văn bản dưới luật thuộc trường hợp trên được ban hành và về bản chất hạn chế quyền dân sự của các chủ thể tư. Ngoài ra, cũng cần lưu ý rằng, không chỉ các quy định “cấm”¹² mới có bản chất hạn chế quyền dân sự, mà các quy định khác như “buộc”, “không được”... cũng có thể có

¹² Chẳng hạn các Điều 19 (khoản 4), 35, 79 (khoản 8), 80 (khoản 10) Nghị định số 99/2015/NĐ-CP quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Nhà ở năm 2014.

hậu quả hạn chế quyền dân sự¹³. Liệu các quy định như vậy sẽ còn tiếp tục phát huy giá trị trong tương lai?

Tương tự, theo Điều 16 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật 2015: “Ủy ban Thường vụ Quốc hội ban hành pháp lệnh để quy định những vấn đề được Quốc hội giao”. Thực tế vẫn còn một số pháp lệnh đang có hiệu lực thi hành chứa đựng các điều cấm có bản chất hạn chế quyền dân sự. Chẳng hạn, Điều 22 Pháp lệnh Ngoại hối ngày 13/12/2005 (sửa đổi ngày 18/03/2013) quy định: “Trên lãnh thổ Việt Nam, mọi giao dịch, thanh toán, niêm yết, quảng cáo của người cư trú, người không cư trú không được thực hiện bằng ngoại hối”. Như vậy, mặc dù sử dụng thuật ngữ “không được” nhưng bản chất của quy định này là “cấm” và nhằm hạn chế tự do của các chủ thể. Quy định này đã được tòa án nhiều lần áp dụng để tuyên hủy các hợp đồng mà đồng tiền thanh toán là ngoại tệ¹⁴.

Câu hỏi cuối cùng cần đặt ra là, nếu như quyền dân sự chỉ có thể bị hạn chế bởi luật thì số phận của các thỏa thuận hợp đồng sẽ ra sao nếu chúng có hậu quả tước quyền của một bên? Chẳng hạn, điều khoản cấm trong các hợp đồng lao động và hợp đồng phân phối (đặc biệt là hợp đồng nhượng quyền

thương mại), theo đó người lao động/người phân phối không được làm việc/kinh doanh cho đối thủ cạnh tranh của người sử dụng lao động/bên nhượng quyền trong quá trình thực hiện hợp đồng cũng như sau khi hợp đồng chấm dứt trong một thời hạn nhất định. Vậy nó có hợp pháp không khi có những loại hợp đồng thể hiện sự thiếu cân bằng về quyền lực, về thông tin và nghĩa vụ, như hợp đồng phân phối, hợp đồng lao động hay hợp đồng giao kết với người tiêu dùng. Các thỏa thuận cấm trong hai loại hợp đồng trên có bản chất là tước quyền lao động/kinh doanh (một quyền hiến định) của một bên. Vậy cái gọi là “thỏa thuận” đó có được tôn trọng không? Nếu lập luận rằng, quyền của công dân chỉ có thể bị giới hạn bởi luật, và ngay cả Chính phủ cũng không được phép giới hạn quyền của công dân, thì các thỏa thuận hợp đồng càng không thể có hậu quả giới hạn hoặc tước đoạt quyền, đặc biệt là các quyền cơ bản như quyền lao động. Nếu như vậy, các điều khoản về bảo mật thông tin và cấm cạnh tranh sẽ bị vô hiệu. Đây là điều rất không phù hợp với thực tiễn kinh doanh¹⁵.

Kết luận

Từ những phân tích trên, chúng tôi cho rằng, trong thời gian tới, khi ban hành văn bản hướng dẫn thi hành BLDS 2015, cần có quy định chi tiết vấn đề này và trả lời cho được câu hỏi: giao dịch có bị vô hiệu không nếu vi phạm điều cấm của văn bản dưới luật?

¹³ Chẳng hạn các điều 29 (khoản 2), 35, 40 (khoản 2) Nghị định số 43/2014/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đất đai năm 2013.

¹⁴ Xem chẳng hạn: Quyết định số 25/2003/HĐTP-DS ngày 25/8/2003 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao; Bản án số 42/2006/DSST ngày 21/9/2006 của Tòa án nhân dân thành phố Hà Nội. Và gần đây hơn là các vụ án liên quan đến các hợp đồng mua bán nhà giữa các cá nhân và công ty Keangnam, <http://vietnamnet.vn/vn/bat-dong-san/280803/keangnam-thua-kien-phai-tra-lai-nguoi-mua-nha-hang-tram-trieu.html> (truy cập ngày 30/05/2016).

¹⁵ Về vấn đề này xem thêm: Ngô Quốc Chiến, *Chế định nào cho các nghĩa vụ tiếp tục tồn tại sau khi hợp đồng chấm dứt?* Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 2 và 3, tháng 2 năm 2014.

THẨM QUYỀN ÁP DỤNG BIỆN PHÁP KHẨN CẤP TẠM THỜI TRONG TỔ TỤNG TRỌNG TÀI

Nguyễn Thị Thu Thủy*

Tóm tắt: Theo Luật Trọng tài thương mại 2010, Hội đồng trọng tài được trao thẩm quyền áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời trong quá trình giải quyết tranh chấp cùng với tòa án. Bài viết phân tích các khía cạnh của cơ chế đồng thẩm quyền trong áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời và đưa ra một số ý kiến nhằm hoàn thiện chế định thẩm quyền áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời trong tổ tụng trọng tài.

Abstract: Under the Law on Commercial Arbitration of 2010, in addition to competent courts, arbitral tribunals have competence to grant interim measures in the process of arbitration procedure. This article analyses such competence and make proposals to improve it.

1. Thẩm quyền trọng tài áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời

Tranh chấp thương mại là hiện tượng tất yếu đi kèm với các hoạt động kinh doanh thương mại. Với đặc thù của mình, việc giải quyết tranh chấp thương mại từ lâu không còn là thẩm quyền của riêng tòa án mà có thể được trao cho trọng tài với sự đồng thuận của các bên. Tuy nhiên, thẩm quyền áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời (BPKCTT), một biện pháp tố tụng nhằm kịp thời bảo vệ chứng cứ, tài sản tranh chấp hoặc các bảo đảm khác cho việc thi hành nghĩa vụ của các bên, lại được xác định một cách khá độc lập với thẩm quyền tài phán các tranh chấp đó.

Ở Việt Nam, kể từ văn bản đầu tiên quy định về chức năng, nhiệm vụ của trọng tài cho đến Luật Trọng tài thương mại 2003, trọng tài không có thẩm quyền áp dụng BPKCTT.

Theo Luật Trọng tài thương mại 2003, các bên trong tranh chấp được giải quyết

theo tố tụng trọng tài có nhu cầu áp dụng BPKCTT phải nộp đơn đến tòa án. Một số quốc gia như Hy Lạp¹, Ý², Achentina³ cũng quy định tương tự về thẩm quyền áp dụng BPKCTT của tòa án trong tố tụng trọng tài. Điều 818 Bộ luật Tố tụng Dân sự Ý quy định: “Trọng tài không thể tịch biên tài sản hoặc các BPKCTT khác, trừ khi có quy định khác của luật có liên quan”⁴. Các quy định này bắt nguồn từ quan điểm cho rằng, trọng tài không có quyền cưỡng chế thi hành quyết định áp dụng BPKCTT⁵ và việc áp dụng BPKCTT từ phía tòa án đem lại hiệu quả cao hơn do khả năng thực hiện ở bất cứ thời điểm nào

¹ Điều 889 Bộ luật Tố tụng Dân sự Hy Lạp. Xem: Pierre A Karrer, Quyết định áp dụng BPKCTT của tòa án và hội đồng trọng tài, Kỷ yếu Hội nghị lần thứ 10, ICCA, chủ biên: Albert Jan Van Den Berg, Nxb. Lao động, Hà Nội, 2010, tr.148.

² Điều 818 Bộ luật Tố tụng Dân sự Ý.

³ Điều 753 Bộ luật Tố tụng Dân sự và thương mại Achentina 1982.

⁴ L.W. Newma và C. Ong (2014), *Interim Measures in International Arbitration*, Juris, tr.438.

⁵ Piero Bernardini (1998), *The Italian Law on Arbitration: Text & Notes*, Kluwer Law International, mục 30.

* TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

trong quá trình giải quyết tranh chấp và ở bất cứ khu vực địa lý nào⁶.

Tuy nhiên, các quan điểm trên đã không còn phù hợp với sự phát triển thương mại mạnh mẽ đang diễn ra trong các thập kỷ gần đây cần sự phát triển tương xứng của các cơ chế giải quyết tranh chấp mà quan trọng nhất là trọng tài thương mại. Việc các bên thỏa thuận lựa chọn trọng tài để giải quyết tranh chấp trước hết là nhằm tránh đưa vụ việc ra giải quyết tại cơ quan tòa án. Khi quyền, lợi ích của các bên được tin tưởng trao cho trọng tài phân xử thì việc trao cho cơ quan này thẩm quyền áp dụng BPKCTT với mục đích bảo đảm thi hành quyết định cuối cùng của mình là hoàn toàn hợp lý. Bên cạnh đó, nguyên tắc xét xử công khai của tòa án trong việc giải quyết yêu cầu áp dụng BPKCTT của các bên trong tố tụng trọng tài sẽ “đe dọa hủy hoại hoàn toàn các lợi thế của việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài”⁷.

Nhu cầu phát triển pháp luật về trọng tài phù hợp với các hoạt động thương mại cũng tác động đến các quan điểm về thẩm quyền áp dụng BPKCTT trong tố tụng trọng tài ở Việt Nam. Các quan điểm này cho rằng, ngoài thẩm quyền tòa án hỗ trợ bằng cách áp dụng BPKCTT thì Hội đồng trọng tài cũng có thẩm quyền áp dụng các biện pháp này nhằm duy trì, khôi phục hiện trạng tranh chấp, tiến hành bảo quản tài sản

cần thiết đảm bảo cho việc thi hành phán quyết, bảo quản chứng cứ hay bảo quản tài sản liên quan đến tranh chấp, bởi “đối với một số loại tranh chấp có liên quan đến tài sản, hàng hóa mau hư hỏng, nếu chờ các thủ tục tại tòa án thì sẽ không kịp thời, có thể dẫn đến những tổn thất không đáng có cho các bên”⁸.

Với các lý do đó, trong vài thập kỷ gần đây, pháp luật của nhiều quốc gia trên thế giới, trong đó có Việt Nam, đã trao thẩm quyền áp dụng BPKCTT cho Hội đồng trọng tài dù ở các cấp độ khác nhau.

Điều 48 Luật Trọng tài thương mại 2010 Việt Nam quy định: “Các bên tranh chấp có quyền yêu cầu Hội đồng trọng tài, Tòa án áp dụng BPKCTT theo quy định của Luật này và các quy định của pháp luật có liên quan, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác”⁹. Điều 1041 Bộ luật Tố tụng Dân sự Đức cho phép Hội đồng trọng tài có quyền áp dụng các BPKCTT¹⁰, Điều 44(4) Luật Trọng tài Anh cũng quy định Hội đồng trọng tài có thẩm quyền áp dụng các BPKCTT¹¹.

Những phân tích trên cho thấy, trao thẩm quyền áp dụng BPKCTT cho trọng tài là một xu thế tất yếu để cơ chế giải quyết tranh chấp bằng trọng tài trở nên hiệu quả hơn, phù hợp với sự phát triển của các quan hệ thương mại.

⁶ Pierre A. Karrer (2001), *Interim Measures Issued by Arbitral Tribunals and the Courts: Less Theory Please*, International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story, Albert J van den Berg, ed, Kluwer The Hague / London / New York, tr. 108.

⁷ Axel Bösch (chủ biên) (1994), *Provisional Remedies in International Commercial Arbitration - A Practitioner Handbook*, De Gruyter, Berlin, tr. 52.

⁸ Ủy ban Tư pháp (2009), Báo cáo thẩm tra về dự án Luật Trọng tài thương mại, số 3148/BC-UBTP12, tr. 4.

⁹ Khoản 1 Điều 48 Luật Trọng tài thương mại 2010.

¹⁰ Phạm Duy Nghĩa (2010), BPKCTT trong tố tụng trọng tài, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, Văn phòng Quốc hội, số 23/2010, tr. 77 - 79, 84.

¹¹ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents> - Công thông tin điện tử Cục lưu trữ quốc gia Anh, truy cập ngày 23/6/2016.

2. Cơ chế phối hợp trong áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời theo tố tụng trọng tài ở Việt Nam hiện nay

Mặc dù việc trao thẩm quyền áp dụng BPKCTT cho trọng tài là cần thiết, nhưng cũng như pháp luật của nhiều quốc gia, pháp luật Việt Nam không quy định trọng tài là cơ quan duy nhất có thẩm quyền áp dụng BPKCTT trong tố tụng trọng tài.

Sở dĩ trọng tài không là cơ quan duy nhất có thẩm quyền áp dụng BPKCTT trong tố tụng trọng tài do chính bản chất của hoạt động giải quyết tranh chấp bằng trọng tài. Theo phương thức trọng tài, các tranh chấp chỉ có thể được giải quyết sau khi Hội đồng trọng tài được thành lập. Điều này cũng có nghĩa là, thẩm quyền áp dụng BPKCTT không thể tồn tại trước thời điểm đó, gây chậm trễ trong việc bảo vệ quyền, lợi ích của các bên trong tranh chấp. Bên cạnh đó, bản chất của trọng tài là cơ chế giải quyết tranh chấp tư, quyền lực của cơ quan này do các bên trong tranh chấp trao cho, do đó, chỉ có ý nghĩa với các bên. Trên thực tế, các tranh chấp thương mại thường liên quan đến bên thứ ba như ngân hàng, nhà thầu phụ, người thứ ba giữ hàng hóa tranh chấp..., nhưng việc áp dụng BPKCTT đối với bên thứ ba là không thể.

Luật Trọng tài thương mại 2010, Bộ luật Tố tụng Dân sự 2004 (sửa đổi, bổ sung 2011) và Bộ luật Tố tụng Dân sự 2015 đều quy định thẩm quyền áp dụng BPKCTT trong quá trình giải quyết tranh chấp thương mại được trao cho cả trọng tài và tòa án. Đồng thời, để tránh sự xung đột về thẩm quyền giữa tòa án và trọng tài, Luật Trọng tài thương mại 2010 đã xây dựng cơ chế đồng thẩm quyền áp dụng BPKCTT.

Theo cơ chế này, cả tòa án và trọng tài đều có thẩm quyền áp dụng BPKCTT trong quá trình giải quyết tranh chấp thương mại bằng tố tụng trọng tài, nhưng hai cơ quan này sẽ không thực thi thẩm quyền của mình đồng thời trong cùng một vụ việc trừ trường hợp ngoại lệ. Việc xác định cơ quan nào có thẩm quyền trong áp dụng BPKCTT đối với một vụ việc cụ thể dựa trên sự lựa chọn ban đầu của các bên.

Pháp luật trọng tài cho phép các bên có quyền tự do lựa chọn cơ quan có thẩm quyền áp dụng BPKCTT đã đề cao tính tự định đoạt của các bên tranh chấp. Cụ thể: *“Các bên tranh chấp có quyền yêu cầu Hội đồng trọng tài, Tòa án áp dụng BPKCTT theo quy định của Luật này và các quy định của pháp luật có liên quan, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác”*¹². Thời điểm phát sinh quyền yêu cầu của các bên là ngay sau khi nộp đơn khởi kiện tại trọng tài¹³ mà không phân biệt Hội đồng trọng tài đã được thành lập hay chưa.

Các bên có quyền thỏa thuận để lựa chọn, sửa đổi hoặc loại trừ thẩm quyền áp dụng BPKCTT trong thỏa thuận trọng tài của mình, và do vậy, sự lựa chọn của các bên có thể được thực hiện trong quá trình tố tụng trọng tài và cả trước khi chỉ định trọng tài viên¹⁴, bởi thỏa thuận trọng tài có thể được thành lập ở bất cứ thời điểm nào trước hoặc sau khi tranh chấp xảy ra.

¹² Khoản 1 Điều 48 Luật Trọng tài thương mại 2010.

¹³ Khoản 1 Điều 12 Nghị quyết hướng dẫn thi hành một số quy định Luật Trọng tài thương mại số 01/2014/NQ-HĐTP ngày 20/3/2014.

¹⁴ Blaise Stucki Kaufmann-Kohler (2004), *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners*, Kluwer Law International, tr.70.

Cơ chế đồng thẩm quyền của tòa án và trọng tài trong áp dụng BPKCTT đã được ghi nhận ở nhiều quốc gia. Tuy nhiên, cơ chế này được cụ thể hóa khác nhau ở từng quốc gia.

Ở mỗi quốc gia, thẩm quyền áp dụng BPKCTT của tòa án và trọng tài có thể được phân định dựa trên các tiêu chí khác nhau. Ở Hồng Kông, tòa án có thể áp dụng BPKCTT trong các trường hợp: (a) Có liên quan đến quyền lợi của bên thứ ba; (b) Cần phải áp dụng đơn phương; (c) Hội đồng trọng tài không có thẩm quyền áp dụng các BPKCTT cần thiết hoặc (d) Việc tòa án áp dụng BPKCTT sẽ có hiệu quả hơn trọng tài¹⁵. Ở Malaysia, thẩm quyền áp dụng BPKCTT của trọng tài được ưu tiên thực hiện so với tòa án¹⁶. Ở Bỉ và Lucxămbua, tòa án có thẩm quyền áp dụng BPKCTT cho đến khi Hội đồng trọng tài được thành lập¹⁷...

Pháp luật về trọng tài của Việt Nam quy định, cả tòa án và trọng tài đều có thẩm quyền áp dụng BPKCTT, nhưng chỉ một cơ quan được thực hiện thẩm quyền này trong một vụ kiện cụ thể, trừ trường hợp ngoại lệ. Cơ quan thực hiện thẩm quyền áp dụng BPKCTT được xác định

bằng sự lựa chọn của chính các bên trong tranh chấp với việc đưa ra yêu cầu áp dụng BPKCTT đầu tiên. Đơn yêu cầu đưa đến cơ quan nào trước thì cơ quan đó sẽ thực hiện thẩm quyền áp dụng BPKCTT. Đây là căn cứ đầu tiên để xác định cơ quan thực hiện thẩm quyền áp dụng BPKCTT. Luật Trọng tài thương mại 2010 quy định: “*Trong quá trình giải quyết tranh chấp, nếu một trong các bên đã yêu cầu Tòa án áp dụng một hoặc một số BPKCTT quy định tại khoản 2 Điều này mà sau đó lại có đơn yêu cầu Hội đồng trọng tài áp dụng BPKCTT thì Hội đồng trọng tài phải từ chối*” (khoản 3 Điều 49) và “*Trong quá trình giải quyết tranh chấp, nếu một trong các bên đã yêu cầu Hội đồng trọng tài áp dụng một hoặc một số BPKCTT mà lại có đơn yêu cầu Tòa án áp dụng BPKCTT thì Tòa án phải từ chối và trả lại đơn yêu cầu...*” (khoản 5 Điều 53).

Tuy nhiên, trong trường hợp các bên đã lựa chọn trọng tài là cơ quan giải quyết yêu cầu áp dụng BPKCTT, nhưng lại có yêu cầu tiếp theo đối với BPKCTT không thuộc phạm vi thẩm quyền của trọng tài thì tòa án vẫn có thẩm quyền áp dụng các BPKCTT này. Điều này xuất phát từ việc tòa án có phạm vi thẩm quyền áp dụng BPKCTT rộng hơn trọng tài. Và để đảm bảo quyền, lợi ích của các bên tranh chấp, khi có nhu cầu áp dụng BPKCTT ngoài phạm vi thẩm quyền của trọng tài, các bên có quyền nộp đơn đến tòa án.

Như vậy, căn cứ để lựa chọn cơ quan thực hiện thẩm quyền áp dụng BPKCTT trong tố tụng trọng tài là nhu cầu của các bên và phạm vi thẩm quyền của tòa án và trọng tài.

¹⁵ Neil Kaplan (1999), "Hong Kong", trong Jan Paulsson (chủ biên), *International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, tr.56.

¹⁶ P.G. Lim (2000), trong Jan Paulsson (chủ biên), *International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, tr.21.

¹⁷ Ernest Arendt và Thія Harles-Walch (1994), "Luxembourg", trong Jan Paulsson (chủ biên), *International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, tr.11; Lambert Matray (1995), "Belgium", trong Jan Paulsson (chủ biên), *International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, tr.19.

Phương thức này cho phép các bên được quyền lựa chọn cơ quan áp dụng BPKCTT trong vụ việc của mình. Đây là một điểm khác biệt căn bản so với pháp luật về trọng tài trước đây và pháp luật về trọng tài của nhiều quốc gia. Ví dụ ở Hồng Kông, cơ quan có thẩm quyền áp dụng là Hội đồng trọng tài trừ một số trường hợp; một số quốc gia xác định tòa án có thẩm quyền trong khoảng thời gian Hội đồng chưa được thành lập, sau thời gian đó, thẩm quyền thuộc về Hội đồng trọng tài, tòa án chỉ thực hiện thẩm quyền này khi các BPKCTT được yêu cầu không phù hợp với thẩm quyền của Hội đồng trọng tài¹⁸.

Phương thức trên đã giải quyết được vấn đề xung đột thẩm quyền áp dụng BPKCTT giữa tòa án và trọng tài. Hội đồng trọng tài có thẩm quyền áp dụng các biện pháp sau: a) Cấm thay đổi hiện trạng tài sản đang tranh chấp; b) Cấm hoặc buộc bất kỳ bên tranh chấp nào thực hiện một hoặc một số hành vi nhất định nhằm ngăn ngừa các hành vi ảnh hưởng bất lợi đến quá trình tố tụng trọng tài; c) Kê biên tài sản đang tranh chấp; d) Yêu cầu bảo tồn, cất trữ, bán hoặc định đoạt bất kỳ tài sản nào của một hoặc các bên tranh chấp; đ) Yêu cầu tạm thời về việc trả tiền giữa các bên; e) Cấm chuyển dịch quyền về tài sản đối với tài sản đang tranh chấp¹⁹. Các biện pháp này cũng có thể được áp dụng bởi tòa án theo quy định tại Điều 114 Bộ luật Tố tụng Dân sự 2015. Do đó, việc loại trừ thẩm quyền của một cơ quan áp dụng

BPKCTT tránh được sự chòng chéo về thẩm quyền có thể ảnh hưởng đến tiến trình tố tụng và quyền, lợi ích của các bên.

Mục đích của việc áp dụng cơ chế này là cho phép các bên có cơ hội lựa chọn trọng tài hoặc tòa án ở mức độ như nhau, từ đó làm cho trọng tài trở nên hấp dẫn hơn trong quá trình lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp thương mại.

Tuy nhiên, thực tiễn áp dụng pháp luật cho thấy, trong trường hợp Hội đồng trọng tài chưa được thành lập mà một bên có nhu cầu áp dụng BPKCTT thuộc thẩm quyền của Hội đồng trọng tài để bảo vệ quyền và lợi ích của mình thì họ buộc phải lựa chọn giữa hai phương án: a) Yêu cầu cơ quan tòa án áp dụng BPKCTT; b) Chờ đến khi Hội đồng trọng tài được thành lập để yêu cầu. Với *phương án thứ nhất*, các bên sẽ không có cơ hội lựa chọn trọng tài áp dụng BPKCTT; với *phương án thứ hai*, quyền và lợi ích của bên yêu cầu có thể bị ảnh hưởng nghiêm trọng. Mặt khác, hầu hết nhu cầu áp dụng BPKCTT xuất hiện ở giai đoạn đầu của tranh chấp, tại thời điểm Hội đồng trọng tài chưa được thành lập, và bởi việc lựa chọn tòa án sẽ loại trừ thẩm quyền áp dụng BPKCTT của trọng tài, do đó, vô hình trung trọng tài đã bị đặt vào vị trí bất lợi so với tòa án. Vì vậy, mặc dù mục tiêu là tăng cường khả năng lựa chọn trọng tài áp dụng BPKCTT, nhưng hiệu quả đạt được lại rất thấp.

Ngoài ra, trong trường hợp Hội đồng trọng tài đã được thành lập, nhưng không có thẩm quyền áp dụng BPKCTT (như đang trong thời gian tòa án xem xét giá trị pháp lý của thỏa thuận trọng tài), thì các bên đương nhiên cũng không thể lựa chọn trọng tài để yêu cầu áp dụng BPKCTT.

¹⁸ David E. Wagoner (1996), Interim Relief in International Arbitration - Enforcement Is a Substantial Problem, Dispute Resolution Journal, tr.69.

¹⁹ Khoản 2 Điều 49 Luật Trọng tài thương mại 2010.

Để đảm bảo hiệu quả áp dụng của cơ chế đồng thẩm quyền, theo chúng tôi, một trong hai phương án sau đây có thể được áp dụng:

Phương án thứ nhất, xác định thẩm quyền áp dụng BPKCTT đương nhiên thuộc về tòa án trong thời gian Hội đồng trọng tài chưa có thẩm quyền hoặc không thể thực hiện thẩm quyền. Sau khi Hội đồng trọng tài thành lập, các bên có quyền lựa chọn gửi yêu cầu áp dụng BPKCTT đến Hội đồng trọng tài hoặc tòa án. Như vậy, Luật Trọng tài thương mại có thể sửa lại như sau:

Khoản 3 Điều 49: “Trong quá trình giải quyết tranh chấp, nếu một trong các bên đã yêu cầu Tòa án áp dụng một hoặc một số BPKCTT quy định tại khoản 2 Điều này mà sau đó lại có đơn yêu cầu Hội đồng trọng tài áp dụng BPKCTT thì Hội đồng trọng tài phải từ chối, trừ trường hợp việc áp dụng BPKCTT của Tòa án được thực hiện trước khi Hội đồng trọng tài thành lập hoặc trong thời gian Hội đồng trọng tài không thể thực hiện thẩm quyền áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời”.

Khoản 5 Điều 53: “Trong quá trình giải quyết tranh chấp, nếu một trong các bên đã yêu cầu Hội đồng trọng tài áp dụng một hoặc một số BPKCTT mà lại có đơn yêu cầu Tòa án áp dụng BPKCTT thì Tòa án phải từ chối và trả lại đơn yêu cầu, trừ trường hợp yêu cầu áp dụng BPKCTT không thuộc thẩm quyền của Hội đồng trọng tài hoặc trong thời gian Hội đồng

trọng tài không thể thực hiện thẩm quyền áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời”.

Phương án này, một mặt bảo đảm cho trọng tài có khả năng áp dụng BPKCTT như tòa án, mặt khác vẫn cho phép các bên bảo vệ quyền, lợi ích của mình trong thời gian Hội đồng trọng tài chưa được thành lập hoặc không có thẩm quyền áp dụng BPKCTT.

Phương án thứ hai, xây dựng cơ chế bổ sung thẩm quyền áp dụng BPKCTT của trọng tài. Để đảm bảo hơn nữa quyền và lợi ích của các bên tranh chấp trong tố tụng trọng tài, bên cạnh việc quy định cơ chế đồng thẩm quyền, cần xây dựng cơ chế bổ sung thẩm quyền. Theo đó, một cơ quan trong tổ chức trọng tài sẽ có thẩm quyền áp dụng BPKCTT trong giai đoạn Hội đồng trọng tài chưa được thành lập. Khi đó, các bên có cơ hội lựa chọn giữa tòa án và cơ quan có thẩm quyền bổ sung này để yêu cầu áp dụng BPKCTT. Sự tồn tại thẩm quyền của cơ quan này có tính chất đối trọng với thẩm quyền của tòa án trong giai đoạn đầu của giải quyết tranh chấp. Thẩm quyền bổ sung sẽ chấm dứt vào thời điểm Hội đồng trọng tài có thẩm quyền đầy đủ. Cơ chế này không phải là vấn đề mới trong tố tụng trọng tài. Vì vậy, việc tiếp tục nghiên cứu tính tương thích của cơ chế với pháp luật tố tụng Việt Nam là cần thiết nhằm hoàn thiện chế định thẩm quyền áp dụng BPKCTT trong tố tụng trọng tài hiện nay.

MỘT SỐ VẤN ĐỀ VỀ ÁP DỤNG TẬP QUÁN TRONG QUAN HỆ HÔN NHÂN VÀ GIA ĐÌNH

Nguyễn Phương Lan*

Tóm tắt: Trên cơ sở phân tích khái niệm, ý nghĩa của việc áp dụng tập quán và các nguyên tắc áp dụng tập quán, tác giả đánh giá thực tiễn áp dụng tập quán trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình và đưa ra một số kết luận.

Abstract: On the basis of analysing the concept and meaning of the application of customary law and principles for such application, this article evaluates the practice of application of customary law in the field of family and marriage and points out some relevant remarks.

1. Khái niệm tập quán và ý nghĩa của việc áp dụng tập quán trong quan hệ hôn nhân và gia đình

1.1. Khái niệm tập quán

Với ý nghĩa là quy tắc xử sự trong đời sống xã hội, tập quán theo nghĩa thông thường được hiểu là “thói quen hình thành đã lâu trong đời sống, được mọi người tuân theo”¹. Hoặc “thói quen đã thành nếp trong đời sống xã hội, trong sản xuất và sinh hoạt thường ngày, được mọi người công nhận và làm theo”². Tập quán là những thói quen được lặp đi lặp lại cùng với thời gian, chi phối hành vi, cách thức xử sự của con người trong cộng đồng, được mọi người thừa nhận, tự giác thực hiện. Tập quán có thể là thói quen tốt, tích cực, nhưng cũng có thể là thói quen tiêu cực, không phù hợp với các chuẩn mực đạo đức, với sự tiến bộ của xã hội. Vì vậy, việc duy trì, củng cố, phát huy các tập quán tốt đẹp, tích cực cũng như xóa

bỏ các tập quán tiêu cực, lạc hậu có ý nghĩa quan trọng.

Dưới góc độ pháp lý, Nghị quyết số 04/2005/NQ-HĐTP ngày 17/9/2005 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao quy định: “Tập quán là thói quen đã thành nếp trong đời sống xã hội, trong sản xuất và sinh hoạt thường ngày, được cộng đồng nơi có tập quán thừa nhận và làm theo như một quy ước chung của cộng đồng”.

Khoản 4 Điều 3 Luật Hôn nhân và Gia đình (HN và GĐ) năm 2014 giải thích: “Tập quán về hôn nhân và gia đình là quy tắc xử sự có nội dung rõ ràng về quyền, nghĩa vụ của các bên trong quan hệ hôn nhân và gia đình, được lặp đi lặp lại trong một thời gian dài và được thừa nhận rộng rãi trong một vùng, miền hoặc cộng đồng”. Có thể nói, tập quán về hôn nhân và gia đình rất đa dạng, phong phú, gắn liền với đặc trưng về văn hóa, tín ngưỡng của cộng đồng dân cư mỗi vùng, miền. Đồng thời, các tập quán về hôn nhân và gia đình cũng có ảnh hưởng sâu sắc, chi phối đến cuộc sống của người dân tại địa phương.

1.2. Ý nghĩa của việc áp dụng tập quán trong quan hệ hôn nhân và gia đình

* TS., Đại học Luật Hà Nội.

¹ Nguyễn Như Ý (chủ biên) – Nguyễn Văn Khoa – Phan Xuân Thành, Từ điển Tiếng Việt thông dụng, Nxb. Giáo dục, tr.1014.

² Hoàng Phê (chủ biên), Từ điển Tiếng Việt – Viện Ngôn ngữ học, Nxb. Đà Nẵng, Trung tâm Từ điển học, 2003, tr. 901.

Với một quốc gia có nhiều dân tộc như Việt Nam, các phong tục, tập quán “là một bộ phận không thể thiếu trong cuộc sống của người dân, đặc biệt là những phong tục, tập quán trong hôn nhân và gia đình...”³. Phong tục, tập quán đã góp phần điều chỉnh, giải quyết các tranh chấp phát sinh trong đời sống cũng như xác lập các quy tắc xử sự chung của cộng đồng trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình.

Tập quán được áp dụng trong thực tế cuộc sống ở hai mức độ khác nhau:

- Thứ nhất, vì là những thói quen đã được hình thành từ lâu trong cuộc sống cộng đồng, được người dân thừa nhận là quy tắc ứng xử, tập quán thường được thực hiện một cách tự nguyện, tự giác, thậm chí là tự phát, như một thói quen, một nếp sống trong cộng đồng dân cư mỗi vùng, miền. Việc áp dụng tập quán giải quyết được các mâu thuẫn, tranh chấp phát sinh trong cuộc sống hôn nhân và gia đình giữa các bên không cần tới sự can thiệp của pháp luật, giữ gìn sự đoàn kết, tương thân tương ái giữa các bên đương sự, hàn gắn các quan hệ gia đình, qua đó đảm bảo sự ổn định, bền vững của gia đình. Tuy nhiên, có thể thấy rằng, việc áp dụng một cách tự phát không có lựa chọn, định hướng, các tập quán lạc hậu, tiêu cực có thể được áp dụng thiếu kiểm soát, gây ra những ảnh hưởng tiêu cực đến cộng đồng, đến quan hệ hôn nhân và gia đình, thậm chí đến quyền, lợi ích hợp pháp của các đương sự.

- Thứ hai, việc áp dụng tập quán của cơ quan nhà nước có thẩm quyền, đặc biệt của

Tòa án nhân dân trong quá trình giải quyết các tranh chấp về hôn nhân và gia đình là sự vận dụng có trách nhiệm, có ý thức, có định hướng rõ ràng trên cơ sở tôn trọng những tập quán tốt đẹp của các dân tộc, các vùng miền, giữ gìn bản sắc riêng của các dân tộc, do đó có tác dụng sâu sắc và thiết thực, thể hiện ở những điểm cơ bản sau:

+ Các tập quán được áp dụng phù hợp với thực tế đời sống của cộng đồng dân cư nên được người dân đồng thuận, chấp nhận, tự giác thực hiện, tạo hiệu quả tích cực đối với hiệu lực của bản án, quyết định của tòa án.

+ Cùng cố, phát huy yếu tố đạo đức trong tập quán tích cực, phù hợp với pháp luật trong việc điều chỉnh các quan hệ hôn nhân và gia đình đã tạo sự liên kết gắn gũi giữa pháp luật và tập quán.

+ Việc áp dụng các tập quán tốt đẹp trong công tác xét xử có tác dụng phổ biến, tuyên truyền các tập quán đó trong đời sống, qua đó củng cố các quy tắc xử sự tích cực, phù hợp, giữ gìn được truyền thống của gia đình Việt Nam.

+ Áp dụng tập quán có ý nghĩa trong điều chỉnh các quan hệ hôn nhân và gia đình đối với đồng bào các dân tộc, đặc biệt là dân tộc thiểu số sống ở các vùng kinh tế - xã hội khó khăn, trình độ dân trí còn hạn chế, chịu sự ràng buộc nặng nề của các phong tục tập quán, góp phần xây dựng chế độ hôn nhân gia đình dân chủ, bình đẳng, tiến bộ hạnh phúc.

2. Nguyên tắc áp dụng tập quán trong quan hệ hôn nhân và gia đình

Điều 2 Nghị định số 126/2014/NĐ-CP Nghị định của Chính phủ ngày 31/12/2014 quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật HN và GD (Nghị định số

³ Vũ Bá Thông, Áp dụng phong tục, tập quán trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình – Thực trạng và kiến nghị, Tạp chí Dân chủ và pháp luật, số chuyên đề sửa đổi, bổ sung Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000, tr.43.

126/2014/NĐ-CP) quy định nguyên tắc áp dụng tập quán như sau:

“1. Tập quán được áp dụng phải là quy tắc xử sự phù hợp với quy định tại khoản 4 Điều 3 của Luật HN và GD.

2. Việc áp dụng tập quán phải tuân theo các điều kiện được quy định tại Điều 7 của Luật HN và GD.

3. Tôn trọng sự thỏa thuận của các bên về tập quán được áp dụng”.

Như vậy, việc áp dụng tập quán phải tuân theo các nguyên tắc:

- Thứ nhất, tập quán được áp dụng phải là các “quy tắc xử sự có nội dung rõ ràng về quyền, nghĩa vụ của các bên trong quan hệ hôn nhân và gia đình, được lặp đi lặp lại trong một thời gian dài và được thừa nhận rộng rãi trong một vùng, miền hoặc cộng đồng” (khoản 4 Điều 3 Luật HN và GD năm 2014).

Theo quy định này, các tập quán về hôn nhân và gia đình chỉ được áp dụng khi đáp ứng các yêu cầu về nội dung: có quy định rõ ràng về quyền và nghĩa vụ của các chủ thể, được lặp đi lặp lại trong thời gian dài và được thừa nhận rộng rãi trong một vùng, miền, cộng đồng. Mỗi dân tộc có những tập quán khác nhau về từng quan hệ hôn nhân và gia đình, do đó, việc áp dụng tập quán chỉ có tác dụng và phù hợp đối với đồng bào nơi có tập quán đó, được cộng đồng dân tộc đó thừa nhận. Việc áp dụng tập quán về hôn nhân và gia đình phải gắn với từng vùng, miền hoặc cộng đồng nhất định. Việc áp dụng tập quán nhằm mục đích giải quyết các tranh chấp, đảm bảo quyền, lợi ích hợp pháp của các bên, nên những tập quán không quy định rõ ràng về quyền và nghĩa vụ của các bên sẽ không được áp dụng.

- Thứ hai, về điều kiện áp dụng tập quán: Điều 7 Luật HN và GD năm 2014 quy

định: “Trong trường hợp pháp luật không quy định và các bên không có thỏa thuận thì tập quán tốt đẹp thể hiện bản sắc của mỗi dân tộc, không trái với nguyên tắc quy định tại Điều 2 và không vi phạm điều cấm của Luật này được áp dụng”.

Theo quy định trên thì tập quán được áp dụng khi pháp luật không có quy định và các bên cũng không có thỏa thuận về việc giải quyết các quan hệ hôn nhân và gia đình phát sinh trong thực tiễn cuộc sống. Các bên không có thỏa thuận được hiểu là “các bên không có thỏa thuận về áp dụng tập quán và cũng không có thỏa thuận khác về vụ, việc cần giải quyết”⁴.

Trong trường hợp các bên có thỏa thuận về tập quán được áp dụng thì giải quyết theo thỏa thuận đó⁵, tức là tòa án sẽ áp dụng tập quán được các bên lựa chọn với điều kiện tập quán đó phù hợp với các nguyên tắc chung của Luật HN và GD, không vi phạm điều cấm của pháp luật. Đây là quy định thể hiện sự tôn trọng quyền tự định đoạt của đương sự, tôn trọng sự thỏa thuận của các bên.

Trong trường hợp giải quyết vụ, việc hôn nhân và gia đình có áp dụng tập quán thì việc hòa giải được thực hiện theo quy định của pháp luật về hòa giải cơ sở, khuyến khích sự tham gia hòa giải của người có uy tín trong cộng đồng, chức sắc tôn giáo⁶.

Tuy nhiên, một vấn đề đặt ra là trường hợp pháp luật có quy định, đồng thời các bên đương sự có thỏa thuận về tập quán được áp dụng cùng một vụ, việc thì cơ quan có thẩm quyền có thể áp dụng tập quán mà các bên thỏa thuận để giải quyết vụ, việc đó không? Ví dụ: một số dân tộc phía Bắc như

⁴ Xem khoản 1 Điều 3 Nghị định số 126/2014/NĐ-CP.

⁵ Xem khoản 2 Điều 3 Nghị định số 126/2014/NĐ-CP.

⁶ Xem khoản 1 Điều 4 Nghị định 126/2014/NĐ-CP.

H'Mông, Dao, Thái có tục “cướp vợ” (kéo vợ). Thực chất, hiện nay tục cướp vợ chỉ còn tồn tại về mặt hình thức nhằm buộc gia đình nhà gái phải giảm đồ thách cưới để hai bên nam, nữ có thể đến được với nhau⁷. Những cuộc hôn nhân này được cộng đồng làng xã, họ hàng hai bên gia đình chấp nhận, nhưng nếu không đăng ký kết hôn tại Ủy ban nhân dân cấp xã thì không được pháp luật công nhận. Thực tế xét xử cho thấy, với những trường hợp này, việc Tòa án không công nhận có quan hệ vợ chồng giữa hai bên nam, nữ chung sống đã vấp phải sự phản ứng, không đồng tình của các bên, gia đình, họ hàng hai bên⁸. Với quy định hiện hành, có thể hiểu tập quán chỉ được áp dụng để giải quyết các quan hệ hôn nhân và gia đình khi pháp luật không có các quy phạm để giải quyết vụ, việc đó. Nếu đã có các quy định của pháp luật điều chỉnh thì tập quán sẽ không được áp dụng, dù các bên có thỏa thuận. Nguyên tắc này mặc dù đảm bảo tính pháp chế, đảm bảo sự nghiêm minh của pháp luật, nhưng trong chừng mực nhất định lại không phù hợp với thực tế cuộc sống, với phong tục tập quán của đồng bào các dân tộc.

Ngoài ra, việc áp dụng tập quán cũng chỉ được thực hiện đối với những “tập quán tốt đẹp thể hiện bản sắc của các dân tộc”. Tuy nhiên, “tính chất tốt đẹp” là một giá trị trừu tượng, có thể được hiểu ở nhiều góc độ khác nhau. Nội dung của giá trị này có thể thay đổi theo từng giai đoạn phát triển kinh

tế - xã hội, phụ thuộc vào quan điểm của từng cá nhân, gia đình, cộng đồng, tầng lớp xã hội⁹. Vì vậy, việc xác định các tập quán tốt đẹp, tích cực để được áp dụng không đơn giản.

- *Thứ ba*, tôn trọng sự thỏa thuận của các bên về tập quán được áp dụng. Nguyên tắc này đòi hỏi cơ quan có thẩm quyền phải áp dụng tập quán mà các bên lựa chọn đúng như thực tế tại địa phương về nội dung và cách thức thực hiện trên cơ sở sự thỏa thuận của các đương sự, đồng thời quan tâm tới đặc điểm văn hóa, tâm lý và nguyện vọng của các bên đương sự, của gia đình, dòng họ.

3. Đánh giá thực tiễn áp dụng tập quán trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình

Có thể nói, việc thực hiện tập quán hiện nay phần lớn do thói quen, kinh nghiệm được lưu truyền từ đời này sang đời khác tại các địa phương do những thành viên lớn tuổi, có chức sắc hoặc đứng đầu trong cộng đồng thực hiện, hoặc do người dân tự thực hiện, làm theo thói quen.

Việc áp dụng tập quán trong hoạt động xét xử của tòa án đối với các vụ việc hôn nhân và gia đình có thể làm nảy sinh hai hậu quả: *Thứ nhất*, Tòa án căn cứ vào quy định của pháp luật không công nhận đối với quan hệ hôn nhân và gia đình được các bên có liên quan xác lập theo tập quán, nên không nhận được sự đồng tình của các đương sự và cộng đồng dân cư. *Thứ hai*, Tòa án áp dụng tập quán để giải quyết, nhưng bản án, quyết định đó đã không được chấp nhận. Theo Báo cáo số 08/BC-UBDT ngày 18/01/2013 của Ủy ban Dân tộc thì “*có địa phương có đến một nửa số bản án, quyết định của Tòa án cấp dưới do đã áp dụng*

⁷ Nông Ngọc Lan, “Tập quán, luật tục hôn nhân gia đình một số dân tộc ít người ở tỉnh Lào Cai và những vấn đề đặt ra”, Thông tin Khoa học pháp lý, Viện Nghiên cứu khoa học pháp lý – Bộ Tư pháp, Chuyên đề: “Mối quan hệ giữa tập tục và pháp luật”, tháng 10/1999, tr. 56.

⁸ Báo cáo số 153/BC-BTP ngày 15/7/2013, Báo cáo tổng kết thi hành Luật HN và GD năm 2000.

⁹ Báo cáo số 153/BC-BTP ngày 15/7/2013, Báo cáo tổng kết thi hành Luật HN và GD năm 2000.

*tập quán để giải quyết các tranh chấp, nên đã không được Tòa án và Viện kiểm sát cấp trên chấp nhận*¹⁰.

3.1. Áp dụng tập quán trong việc kết hôn

- Tuổi kết hôn: Theo phong tục tập quán ở một số địa phương, tuổi kết hôn của nam, nữ thường sớm hơn tuổi luật định, dẫn đến tình trạng tảo hôn. Trong đời sống, các cuộc hôn nhân này vẫn được cộng đồng, gia đình, họ hàng hai bên nam, nữ công nhận, tổ chức cưới theo phong tục, nhưng không đăng ký kết hôn tại cơ quan có thẩm quyền do thiếu tuổi. Ví dụ: ở Lai Châu từ năm 2009 – 2011 có 166 trường hợp; Thanh Hóa năm 2010 và 2011 có 267 trường hợp; Long An từ năm 2008 đến năm 2010 có 110 trường hợp¹¹. Những trường hợp này, hai bên nam, nữ vẫn chung sống với nhau ổn định, nhưng về mặt pháp lý không được công nhận có quan hệ vợ chồng. Đây là một thực tế rất khó giải quyết, vì có sự mâu thuẫn giữa quy định của pháp luật và thực tiễn đời sống của đồng bào các dân tộc do ảnh hưởng, chi phối của tập quán. Đối với những trường hợp này, nếu có tranh chấp xảy ra, yêu cầu Tòa án giải quyết thì Tòa án sẽ không công nhận có quan hệ vợ chồng giữa các bên nam, nữ đang chung sống vì không đăng ký kết hôn; nếu có yêu cầu giải quyết về tài sản chung, con chung sẽ áp dụng Điều 15, Điều 16 Luật HN và GD năm 2014 để giải quyết. Nếu các bên muốn tiếp tục quan hệ chung sống để xác lập quan hệ vợ chồng khi đã đủ tuổi kết hôn thì cơ quan có thẩm quyền đăng ký kết hôn cho họ khi có yêu cầu; trong trường hợp này, quan hệ vợ chồng được xác

lập kể từ khi các bên đăng ký kết hôn. Việc giải quyết như vậy đúng pháp luật, nhưng lại không được sự đồng tình của các bên cũng như gia đình, họ hàng hai bên.

- Nghi thức kết hôn: Việc kết hôn bị chi phối bởi tập quán nên thông thường nghi lễ kết hôn được thực hiện theo phong tục tập quán (tổ chức lễ cưới) hoặc theo nghi lễ tại nhà thờ (đối với những người theo Thiên chúa giáo). Pháp luật không hạn chế áp dụng các nghi thức kết hôn này mà tùy thuộc sự lựa chọn của các bên và gia đình, họ hàng hai bên. Bên cạnh đó, ở một số vùng dân tộc thiểu số còn tồn tại việc thách cưới¹²... Thông thường yêu sách về của cải được thực hiện trong lễ ăn hỏi, thông qua người mối. Tuy nhiên, nếu chỉ thực hiện các nghi lễ theo phong tục, tập quán hay tôn giáo mà không đăng ký kết hôn tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền thì quan hệ đó không được công nhận. Vì vậy, việc tuyên truyền, vận động, giải thích cho các bên đương sự, đồng bào các dân tộc hiểu rõ ý nghĩa của việc đăng ký kết hôn kết hợp với các nghi lễ truyền thống sẽ đảm bảo lợi ích chính đáng của họ trong quan hệ vợ chồng.

- Kết hôn giữa những người cấm kết hôn với nhau: Việc cấm kết hôn theo tập quán khác nhau ở các dân tộc. Một số dân tộc ở Trường Sơn - Tây Nguyên vẫn còn duy trì những nét của gia đình mẫu hệ, trong đó ngăn cấm hoàn toàn quan hệ hôn nhân theo ngoại tộc về phía họ mẹ. Con sinh ra trong các dân tộc theo chế độ mẫu hệ được lấy theo họ mẹ. Vì vậy, người Chăm và

¹⁰ Tờ trình về Dự án Luật HN và GD (sửa đổi), số 423/TTr-CP ngày 20/10/2013, tr.13.

¹¹ Báo cáo số 153/BC-BTP ngày 15/7/2013, Báo cáo tổng kết thi hành Luật HN và GD năm 2000.

¹² Nông Ngọc Lan, “Tập quán, luật tục hôn nhân gia đình một số dân tộc ít người ở tỉnh Lào Cai và những vấn đề đặt ra”, Thông tin Khoa học pháp lý, Viện Nghiên cứu khoa học pháp lý – Bộ Tư pháp, Chuyên đề: “Mối quan hệ giữa tập tục và pháp luật”, tháng 10/1999, tr. 57.

Raglai thực hiện việc “cắm kết hôn đối với con, cháu dù trai hay gái cùng dòng họ tộc của mẹ (nhập chung một “kút” khi chết). Nếu vi phạm thì bị khép vào tội loạn luân và bị xử phạt rất nặng”¹³. Đối với các dân tộc theo chế độ mẫu hệ, luật tục cho phép kết hôn giữa những người khác họ với nhau, do đó con của chú, bác ruột và con của cô, cậu ruột (khác họ) nên có thể kết hôn với nhau, như dân tộc Êđê, M’ông¹⁴.

Đối với một số dân tộc miền núi phía Bắc lại duy trì quan hệ hôn nhân theo ngoại tộc, điển hình là các dân tộc ít người ở Lào Cai. Tập tục cắm kết hôn giữa những người trong cùng một họ. Con khi sinh ra được lấy theo họ bố, nên những người cùng họ sẽ không được lấy nhau dù qua bao nhiêu đời. Tuy nhiên, con của những người phụ nữ mang họ của người chồng nên được coi là người khác họ và có thể kết hôn với các con của người anh trai, em trai ruột của người phụ nữ. Do đó, tập quán kết hôn cận huyết thống tồn tại, được duy trì ở các vùng dân tộc phía Bắc. Ở dân tộc Dao đỏ, việc kết hôn trong phạm vi ba đời xảy ra khá phổ biến¹⁵.

3.2. Trong quan hệ vợ chồng

¹³ Trần Quốc Anh, “So sánh luật tục và một số ngành luật hiện hành ở tỉnh Ninh Thuận”, Thông tin Khoa học pháp lý, Viện Nghiên cứu khoa học pháp lý – Bộ Tư pháp, Chuyên đề: “Mối quan hệ giữa tập tục và pháp luật”, tháng 10/1999, tr. 102.

¹⁴ “Một số phong tục, tập quán về hôn nhân và gia đình của đồng bào các dân tộc”, Bộ Tư pháp, Tạp chí Dân chủ và pháp luật, Số chuyên đề về Luật HN và GD năm 2000, tháng 2/2001, tr.221.

¹⁵ Nông Ngọc Lan, “Tập quán, luật tục hôn nhân gia đình một số dân tộc ít người ở tỉnh Lào Cai và những vấn đề đặt ra”, Thông tin Khoa học pháp lý, Viện Nghiên cứu khoa học pháp lý – Bộ Tư pháp, Chuyên đề: “Mối quan hệ giữa tập tục và pháp luật”, tháng 10/1999, tr. 61.

- Chế độ một vợ một chồng được tập quán các dân tộc chấp nhận; tuy nhiên, việc áp dụng trong thực tế lại có phần lỏng lẻo, khác nhau ở mỗi vùng. Quan hệ đa thê vẫn còn tồn tại ở một số nơi, chủ yếu là ở những gia đình giàu có, như đối với người Mường, người Khơme... Ví dụ, tục người Mèo cho rằng, ai đã định lấy vợ lẽ thì phải lấy nếu không sẽ bị chết. Quan niệm đó đã củng cố thêm chế độ nhiều vợ. Bên cạnh việc tồn tại chế độ đa thê đối với những người giàu có, thì tập quán lại xử lý khá nghiêm khắc với những hành vi ngoại tình hoặc loạn luân. Ví dụ: luật tục M’ông phạt vạ cheo làng rất nghiêm khắc đối với kẻ ngoại tình và tội loạn luân. Người Chăm, đặc biệt là người Raglai, K’ho quy định mức xử phạt đối với hành vi loạn dâm rất nặng nề: bị phạt từ 6 đến 15 con trâu, bị thả trôi sông. Người quyền rũ chồng hoặc vợ của người khác sẽ bị thủ tiêu không cần phạt vạ¹⁶.

- Sự bất bình đẳng giữa vợ và chồng vẫn còn tồn tại theo tập quán. Đối với chế độ gia đình phụ hệ, người đàn ông có quyền trong gia đình. Ví dụ, đối với người Mèo, người đàn ông được thực hiện những việc người phụ nữ không được làm như thay mặt gia đình, khấn tổ tiên, đón thầy cúng... Người đàn bà góa nếu không lấy em chồng mà lấy người khác thì tài sản và con phải để lại nhà chồng. Người vợ tái giá phải trả lại chồng cũ “tiền đầu” khi lấy chồng mới... Đối với các dân tộc theo chế độ mẫu hệ thì mặc dù vị trí của người chủ gia đình thường là người phụ nữ, ở dân tộc Ê Đê gọi là “khoa sang” điều khiển, song người đàn ông

¹⁶ Trần Quốc Anh, “So sánh luật tục và một số ngành luật hiện hành ở tỉnh Ninh Thuận”, Thông tin Khoa học pháp lý, Viện Nghiên cứu khoa học pháp lý – Bộ Tư pháp, Chuyên đề: “Mối quan hệ giữa tập tục và pháp luật”, tháng 10/1999, tr. 105-106.

vẫn được tôn trọng. Quan hệ thừa kế theo dòng họ nữ. Con gái út thường được hưởng nhiều tài sản hơn vì là người sống cùng và chăm sóc bố mẹ khi về già.

3.3. Trong quan hệ cha mẹ và con

Tập quán các dân tộc vẫn coi trọng con trai hơn con gái, do sự chi phối của tư tưởng trọng nam khinh nữ. Điều này thường thấy ở các dân tộc phía Bắc.

Với các dân tộc mẫu hệ, việc có đông con cái, đặc biệt là con gái được hoan nghênh. Con cái sinh ra trong hôn nhân hay ngoài hôn nhân đều có địa vị như nhau. Con cái được thừa kế theo họ mẹ. Cha mẹ có nghĩa vụ nuôi nấng con. Cha mẹ có trách nhiệm với những thiệt hại do con chưa thành niên gây ra, ngay cả khi con đã lớn nhưng vẫn sống cùng cha mẹ. Khi bố mẹ ly dị nhau, bên nào có lỗi sẽ phải gánh vác việc nuôi con bằng cách đền bù với mức 4 con trâu một đứa con. Về nguyên tắc, quyền nuôi con thuộc về người mẹ. Chỉ khi nào người vợ hoặc gia đình người vợ không chăm nom con được thì tòa án mới xử cho người cha nuôi nấng và thực thi quyền làm cha đối với con, nhưng ngay trong trường hợp này, người cha vẫn chịu sự giám sát của người cậu trong việc chăm sóc trẻ¹⁷.

Đối với dân tộc Khome, quan hệ giữa cha mẹ và con có tính chất cởi mở. Không có sự phân biệt đối xử giữa con trai và con gái trong gia đình, con trai và con gái đều được hưởng thừa kế tài sản như nhau. Con trai thường được giao cho các nhà chùa dạy dỗ, rèn luyện theo quan điểm Phật giáo.

¹⁷ Vũ Đình Lợi, Gia đình và hôn nhân truyền thống ở các dân tộc Malayô – Pôlynêxia Trường Sơn – Tây Nguyên, Trung tâm khoa học xã hội và nhân văn, Viện Dân tộc học, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội 1994, tr. 47 – 49.

3.4. Ly hôn

Việc ly hôn cũng được tập quán điều chỉnh ở các mức độ khác nhau ở mỗi dân tộc. Đối với các dân tộc Malayô – Polynêxia Trường Sơn - Tây nguyên khi vợ hoặc chồng vắng nhà không biết nguyên nhân rõ ràng, không biết tin tức gì và ở đâu thì sau 4 năm (theo luật tục Giarai quy định), người nhà có thể yêu cầu tòa án phong tục của làng cho li dị¹⁸. Đối với người Raglai, ly hôn được tập tục chấp nhận nếu cả hai phía đồng ý. Nếu người đàn ông bỏ vợ thì phải bồi thường cho nhà gái một chiêng, một nồi đồng và tiền cưới. Nếu người phụ nữ bỏ chồng thì tiền bồi thường nặng hơn. Khi bố mẹ ly dị nhau, bên nào có lỗi sẽ phải gánh vác việc nuôi con bằng cách đền bù với mức 4 con trâu một đứa con.

Đối với các dân tộc Malayô – Polynêxia Trường Sơn - Tây Nguyên, ly dị dù tự nguyện hay bắt buộc do phạm lỗi đều phải được tòa án phong tục của làng cho phép với sự chủ trì của người chủ làng¹⁹. Việc ly hôn được giải quyết theo phong tục sẽ có giá trị thực hiện tại cộng đồng dân cư, nhưng về mặt pháp lý chưa có hiệu lực chấm dứt quan hệ vợ chồng giữa hai bên nếu không được tòa án công nhận. Từ đó có thể dẫn tới việc kết hôn vi phạm chế độ một vợ một chồng, nhưng hai bên nam, nữ không nhận thức được điều đó.

¹⁸ Vũ Đình Lợi, Gia đình và hôn nhân truyền thống ở các dân tộc Malayô, Pôlynêxia Trường Sơn – Tây Nguyên, Trung tâm Khoa học xã hội và nhân văn – Viện Dân tộc học, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 1994, tr. 115.

¹⁹ Vũ Đình Lợi, Gia đình và hôn nhân truyền thống ở các dân tộc Malayô – Pôlynêxia Trường Sơn – Tây Nguyên, Trung tâm khoa học xã hội và nhân văn, Viện Dân tộc học, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 1994, tr.116.

Trong việc giải quyết ly hôn, có những phong tục tập quán đã ăn sâu vào tiềm thức của người dân cần phải được thực hiện thì việc giải quyết ly hôn về mặt pháp lý tại tòa án mới có ý nghĩa và hiệu lực trong thực tế cuộc sống. Ví dụ như, sau khi tòa án giải quyết ly hôn, theo phong tục của người Thái, người con gái đòi nhà trai phải làm lễ xuống tóc cho mình. Hoặc khi ly hôn, người con dâu đòi lại 2 chiếc áo dân tộc đã biếu bố mẹ chồng khi kết hôn để họ mặc khi qua đời, nếu không đòi lại được 2 chiếc áo này thì dù đi lấy chồng khác, người con gái vẫn phải có trách nhiệm với bố mẹ chồng cũ khi họ qua đời²⁰. Trong trường hợp các bên có tranh chấp về việc không thực hiện những tập quán này mà khởi kiện yêu cầu tòa án giải quyết thì theo chúng tôi, tòa án cần áp dụng tập quán để giải quyết, vì đây là những điều liên quan đến tín ngưỡng, tâm linh, không phải là tranh chấp về của cải khi ly hôn.

Trong nhiều trường hợp, việc ly hôn cũng dẫn đến việc đòi lại của cải. Một số dân tộc phía Bắc, do phong tục thách cưới, nhà trai phải đem đến nhà gái một số lớn bạc trắng thì gia đình nhà gái mới chấp nhận cho kết hôn. Khi mâu thuẫn vợ chồng trầm trọng, người vợ xin ly hôn, nhưng người chồng kiên quyết không chịu ly hôn vì nếu ly hôn họ sẽ không có tiền để cưới vợ khác. Do đó, khi xét xử tòa án cũng cần phải lưu ý đến tình trạng này để giải quyết cho phù hợp. Từ đây cũng nảy sinh việc đòi trả lại của cải khi ly hôn mặc dù điều này là trái với

quy định của Luật HN và GD, nhưng nếu không trả lại bạc trắng thì người phụ nữ sau khi ly hôn không thể lấy chồng khác và gia đình dòng họ bị chê trách²¹.

4. Kết luận

Việc nghiên cứu các tập quán về hôn nhân và gia đình cho thấy, các tập quán rất đa dạng, phong phú và khác nhau ở các vùng miền, dân tộc. Do đó, việc áp dụng các tập quán đòi hỏi phải có sự nghiên cứu kỹ, thận trọng, phù hợp với đặc điểm từng vùng miền, dân tộc.

Việc áp dụng tập quán trong đời sống hôn nhân gia đình có thể được thực hiện qua nhiều hình thức, không chỉ ở việc xét xử của tòa án. Một trong những hình thức có hiệu quả thiết thực là vận dụng tập quán trong việc hòa giải những mâu thuẫn gia đình ở cơ sở. Việc hòa giải ở cơ sở đối với đồng bào các dân tộc chỉ có hiệu quả khi được những người có uy tín trong cộng đồng như già làng, trưởng bản thực hiện phù hợp với tập quán. Vì vậy, trong quá trình tố tụng, để tiến hành hòa giải các tranh chấp phát sinh, tòa án nên dựa vào già làng, trưởng bản để thuyết phục các bên đương sự trên cơ sở pháp lý kết hợp với vận dụng tập quán một cách phù hợp.

²⁰ Sở Tư pháp tỉnh Yên Bái, “Tập quán và thực tiễn xét xử trong mối quan hệ với hệ thống pháp luật và thực tiễn pháp luật ở tỉnh Yên Bái”, Thông tin Khoa học pháp lý, Viện Nghiên cứu khoa học pháp lý – Bộ Tư pháp, Chuyên đề: “Mối quan hệ giữa tập tục và pháp luật”, tháng 10/1999, tr. 77-78.

²¹ Tòa án nhân dân tỉnh Yên Bái, “Tập quán và thực tiễn xét xử các vụ án dân sự của tòa án nhân dân tỉnh Yên Bái”, Thông tin Khoa học pháp lý, Viện Nghiên cứu khoa học pháp lý – Bộ Tư pháp, Chuyên đề: “Mối quan hệ giữa tập tục và pháp luật”, tháng 10/1999, tr. 89.

PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỚI VẤN ĐỀ LY THÂN

Ngô Thu Trang*

Tóm tắt: Bài viết trình bày một số vấn đề về ly thân và các quy định trong pháp luật Việt Nam, từ đó đưa ra đề xuất đối với pháp luật về vấn đề này.

Abstract: This article presents some issues on separation and relevant provisions in Vietnamese laws and regulations. It then makes proposals to improve those provisions.

Đặt vấn đề

Trong thực tế, có không ít cặp vợ chồng do mâu thuẫn nặng nề về tình cảm, có xung đột nên mặc dù hôn nhân vẫn tồn tại, nhưng mục đích hôn nhân không đạt được thì pháp luật cho phép họ chấm dứt quan hệ vợ chồng nếu thỏa mãn các căn cứ luật định bằng việc giải quyết cho ly hôn. Tuy nhiên, hiện nay, ngoài biện pháp ly hôn có rất nhiều cặp vợ chồng đã tìm đến ly thân như một biện pháp “ly hôn thử”.

1. Ly thân trong pháp luật Việt Nam

Khác với ly hôn có thể dễ dàng thống kê qua các tòa án, bởi tòa án là cơ quan ra quyết định ly hôn, ly thân rất khó thống kê. Thực tế này xuất phát từ chính đặc điểm của ly thân. Ly thân do một bên hoặc cả hai bên vợ chồng thỏa thuận, không cần sự cho phép hay chờ quyết định của cơ quan nhà nước và cũng không có sự điều chỉnh của pháp luật, nên sự kiện ly thân có thể diễn ra và kết thúc bất cứ lúc nào.

Do đó, không có một định nghĩa nào chính xác về ly thân, cũng không có cơ quan, tổ chức nào đứng ra giải quyết cho ly thân theo hướng ra quyết định hoặc bản án công nhận cho ly thân. Tuy nhiên, có thể hiểu: “*ly thân là việc vợ chồng chấm dứt việc sống chung với nhau trong khi quan hệ hôn nhân vẫn tồn tại*”.

Sau khi xâm lược nước ta, thực dân Pháp đã ban hành 03 Bộ Dân luật, áp dụng riêng cho ba miền Bắc, Trung, Nam. Chế độ hôn nhân và gia đình quy định trong 03 bộ luật này phần nhiều dựa trên Bộ luật Dân sự Pháp năm 1804. Tuy nhiên, vấn đề ly thân chỉ được quy định một cách đơn giản trong Bộ Dân luật giản yếu Nam kỳ năm 1883. Theo đó, trong thiên thứ V về ly hôn, Bộ Dân luật giản yếu Nam kỳ đoạn cuối có nêu: “*Trong trường hợp xin ly hôn được, vợ chồng cũng có thể xin ly thân. Đơn ấy sẽ được thẩm cứu và xử trong vụ ly hôn. Sau này cũng có thể khởi tố xin ly hôn, và căn cứ vào những duyên cớ đã nại ra để xin ly thân*”¹.

Trong khi đó, Bộ Dân luật Bắc kỳ năm 1931 và Bộ Dân luật Trung kỳ năm 1936 không có quy định về ly thân. Tuy nhiên, dù không được thừa nhận trong luật, nhưng chế định ly thân dần được thừa nhận bằng cách xác lập qua các án lệ. Trong một bản án của Tòa Thượng thẩm Hà Nội, trên cơ sở lập luận rằng, nếu người chồng đuổi người vợ ra khỏi nơi cư trú chung của vợ chồng hoặc người chồng ngược đãi, ép buộc người vợ phải sống chung với một tình nhân của chồng tại nơi ở chung của vợ chồng mà người vợ không chấp nhận, thì người vợ có quyền xin Tòa án ấn định một nơi ở riêng, với hy vọng người chồng sẽ thay đổi tính

* Vụ pháp luật Dân sự - Kinh tế, Bộ Tư pháp.

¹ Thiên V – Bộ Dân luật giản yếu Nam kỳ năm 1883.

tình. Điều này làm cho người vợ tránh một sự “đoạn tuyệt vĩnh viễn”².

Ngoài Bộ Dân luật giản yếu Nam kỳ năm 1883, vấn đề ly thân còn được quy định trong các văn bản pháp luật ở miền Nam trước ngày giải phóng. Đặc biệt, Luật Gia đình năm 1959 - Luật 1/59 (ở miền Nam) do cấm ly hôn nên quy định ly thân là giải pháp duy nhất để vợ chồng giải quyết khi quan hệ hôn nhân không được như ý. Theo đó, vợ chồng có quyền yêu cầu Tòa án giải quyết cho ly thân. Khi có đủ căn cứ quy định của pháp luật, Tòa án tuyên bố cho vợ chồng ly thân. Bản án tuyên bố ly thân có hiệu lực thì vợ chồng chấm dứt nghĩa vụ sống chung (nhưng không làm chấm dứt hôn nhân).

Ngày 23/7/1964, Sắc luật 15/64 đã thay thế Luật 1/59 với nhiều điểm được coi là tiến bộ hơn, trong đó có chế định ly thân. Khác với Luật 1/59 chỉ cho ly thân mà cấm ly hôn, Sắc luật 15/64 cho phép cả việc ly hôn và ly thân theo yêu cầu của vợ, chồng. Nhìn chung, Sắc luật 15/64 quy định về chế định ly thân khá rõ ràng như quy định điều kiện để được tòa án thụ lý đơn xin ly thân là vợ chồng phải có thời gian hôn nhân hai năm, quy định lý do để xin ly thân ...³.

Năm 1972, ở miền Nam, Bộ Dân luật ra đời để phù hợp với xã hội lúc bấy giờ. Ly thân được quy định trong Bộ Dân luật này như sau: “Ly thân là vợ chồng có thể thuận tình ly thân nếu hôn thú đã được lập trên 2 năm và không quá 20 năm, vợ chồng có thể xin ly hôn hoặc ly thân trong các trường hợp sau đây: vì sự ngoại tình của một bên;

vì một bên bị kết án trọng hình vì thường tội; vì bị ngược đãi, bạo hành nhục mạ không thể ăn ở với nhau được nữa”⁴. Thủ tục và hậu quả của việc ly thân cũng tương tự Luật 1/59 và Sắc luật 15/64. Nhìn chung, Bộ Dân luật năm 1972 quy định về chế định ly thân dựa trên tinh thần kế thừa Luật 1/59 và Sắc luật 15/64 mà không có thay đổi đáng kể.

Sau năm 1975, đất nước ta hoàn toàn thống nhất, cả nước đi lên chủ nghĩa xã hội. Việc xây dựng chủ nghĩa xã hội đòi hỏi phải có hệ thống pháp luật áp dụng thống nhất trên toàn quốc. Xuất phát từ yêu cầu đó, Hội đồng Chính phủ ban hành Nghị quyết số 76/CP ngày 25/3/1977, quy định việc thi hành thống nhất Luật Hôn nhân và Gia đình trong phạm vi cả nước.

Ở nước ta, cũng đã lần lượt ban hành Luật Hôn nhân và Gia đình năm 1959, Luật Hôn nhân và Gia đình năm 1986, Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000 và mới đây là Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014, tuy nhiên, ở các luật này, chế định ly thân đều không được ghi nhận.

2. Một số đề xuất

Như đã trình bày, hiện nay ly thân không được pháp luật nước ta thừa nhận, ly thân chỉ được xem là chuyện nội bộ của các cặp vợ chồng khi hôn nhân ở vào tình trạng không thể tiếp tục chung sống với nhau. Chính vì vậy, những phát sinh trong giai đoạn này như: sự tranh chấp về tài sản, về con cái, thậm chí những hành vi bạo lực tình dục,... không được pháp luật điều chỉnh riêng mà đều áp dụng các quy định của pháp luật trong giai đoạn hôn nhân. Mặt dù ly thân đang là sự lựa chọn của rất nhiều cặp vợ chồng, và đây cũng được xem là một

² Trần Văn Liêm, Dân luật, Quyển 2 Luật Gia đình, tr. 167.

³ Trần Thị Thúy, “Ly thân – cái nhìn dưới góc độ luật học, thực tiễn và hướng đề xuất”, luận văn tốt nghiệp năm 2013, Trường Đại học Cần Thơ.

⁴ Điều 170 Bộ Dân luật năm 1972.

xu hướng của xã hội hiện đại, nhưng bên cạnh đó đã để lại những hệ lụy cho xã hội, mà đối tượng chịu ảnh hưởng lớn nhất chính là phụ nữ và trẻ em.

Khi vợ chồng ly thân nếu tự thỏa thuận về việc nuôi dạy con chung và các quan hệ khác giữa vợ và chồng thì không có tác động xấu đến quyền, lợi ích của các bên. Nhưng đối với các trường hợp ly thân do một bên tự quyết định (thường là phụ nữ - nạn nhân của bạo lực gia đình) thì có thể dẫn đến những hậu quả xấu, thậm chí rất nghiêm trọng không chỉ đối với vợ, chồng mà còn cả con cái. Do một bên tự quyết định ly thân, nên vấn đề nuôi con, cấp dưỡng cho con sẽ không được đặt ra hoặc nếu có đặt ra thì cũng không có cơ chế pháp lý để giải quyết, vì Luật Hôn nhân và Gia đình hiện hành không ghi nhận chế định ly thân. Ví dụ, trên thực tế, nhiều người vợ khi ly thân nuôi con chưa thành niên, nhưng người chồng (là cha của đứa trẻ) không chu cấp tiền để nuôi con. Nếu người vợ yêu cầu Tòa án buộc người chồng cấp dưỡng cho con thì Tòa án không thể giải quyết vì thiếu cơ sở pháp lý (pháp luật hiện hành chỉ quy định cấp dưỡng cho con khi cha mẹ ly hôn). Ngoài ra, nhiều vụ việc cho thấy, do bị bạo hành nên người vợ phải bỏ nhà đi, khi chồng bắt phải về nhưng vợ không về thì bị chồng đánh đập dã man. Tình trạng trên sẽ không thể xảy ra nếu vấn đề ly thân được xem xét đúng đắn trong Luật Hôn nhân và Gia đình với những quy định chặt chẽ về căn cứ, thủ tục, hậu quả pháp lý của ly thân.

Ở nước ta hiện nay, xu hướng sống ly thân diễn ra rất phức tạp và nhiều chiều. Nếu như trước đây, vợ chồng ly thân chỉ trong thời gian ngắn, sau đó hoặc là đoàn tụ hoặc là ly hôn. Nhưng hiện nay ly thân có thể kéo dài nhiều năm, thậm chí chấp nhận

sống ly thân đến hết đời, hay lấy việc ly thân để ràng buộc không cho đối phương ly hôn tìm hạnh phúc mới, hoặc lợi dụng việc ly thân để dễ dàng ly hôn hơn... Hệ quả là một loạt những vấn đề nảy sinh gây nhức nhối cho gia đình và xã hội⁵. Chẳng hạn như: trong thời gian ly thân, nhiều người tìm cách tẩu tán, hợp thức hóa tài sản chung thành tài sản riêng; hoặc cố tình vay mượn để bắt người kia phải chung trách nhiệm “vợ chồng” trả nợ; hoặc tình trạng ngoại tình trong giai đoạn ly thân... Đặc biệt, con cái là đối tượng bị ảnh hưởng nhiều vì ly thân vẫn đang là thời kỳ hôn nhân, song do không cùng chung sống, nên ai sẽ là người có trách nhiệm trực tiếp nuôi dưỡng, dạy dỗ con cái.

Ngoài ra, còn vấn đề đại diện vợ chồng trong thời gian ly thân. Pháp luật Việt Nam thừa nhận vợ chồng có quyền đại diện cho nhau trước pháp luật. Với những sửa đổi, bổ sung trong Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014, vấn đề đại diện giữa vợ và chồng trong giao dịch dân sự và kinh doanh ngày càng được cụ thể hóa và chặt chẽ hơn. Tuy nhiên, một số tồn tại của vấn đề đại diện này vẫn chưa thực sự được giải quyết thấu đáo, có thể ảnh hưởng đến quyền, lợi ích của một trong hai bên vợ chồng hoặc quyền và lợi ích hợp pháp của người thứ ba trong giao dịch dân sự và kinh doanh. Chẳng hạn: Trong giai đoạn ly thân, nếu người vợ hoặc chồng bị mất năng lực hành vi dân sự thì người chồng hoặc vợ sẽ là người giám hộ đương nhiên của vợ, chồng có thực sự hợp lý? Người vợ hoặc chồng lợi dụng quyền giám hộ của mình để làm thiệt hại về tài sản của người kia hoặc có những hành vi ngược

⁵ Xem Hạ Thi, “Không nên để ly thân “nằm ngoài” Luật!”, <http://baophunuthudo.vn/>, đăng ngày 03/07/2012, truy cập ngày 15/06/2016.

đãi thì giải quyết thế nào? Trường hợp vợ, chồng đại diện cho nhau trong việc thực hiện các giao dịch dân sự liên quan đến tài sản riêng của vợ, chồng nếu bên có tài sản riêng đột nhiên bị mất năng lực hành vi dân sự thì pháp luật quy định bên còn lại có quyền quản lý tài sản đó, nhưng việc quản lý đó có đương nhiên được tiếp tục nữa không thì pháp luật chưa quy định rõ nên chưa có cơ chế để bảo vệ lợi ích hợp pháp của các bên có liên quan⁶. Giao dịch với người thứ ba ngay tình liên quan đến tài khoản ngân hàng, tài khoản chứng khoán và động sản khác theo quy định của pháp luật không phải đăng ký quyền sở hữu, quyền sử dụng, thì vợ hoặc chồng là người đứng tên được coi là người có quyền xác lập, thực hiện giao dịch⁷ có cần phải có sự thỏa thuận bằng văn bản giữa vợ và chồng hay không?

Từ những phân tích ở trên, tác giả cho rằng, đã đến lúc pháp luật Việt Nam cần điều chỉnh vấn đề ly thân và nội dung của chế định này như sau:

a) Về quyền và nghĩa vụ của các bên trong thời kỳ ly thân. Theo ý kiến tác giả, pháp luật nên quy định rõ về quyền và nghĩa vụ của hai bên vợ chồng, có thể là như trong thời kỳ hôn nhân. Do đó, hai bên vẫn cần phải tuân thủ chế độ một vợ một chồng và vẫn có quyền và nghĩa vụ với bên kia. Với quy định này, khi một trong hai bên vợ hoặc chồng gửi đơn đến tòa án về việc đang trong thời gian ly thân mà người kia có quan hệ như vợ chồng với người khác, thì Tòa án có cơ sở để yêu cầu họ chứng minh và đưa ra

quyết định giải quyết vụ việc. Nếu trong khoảng thời gian ly thân, một trong hai bên cố tình vi phạm nghĩa vụ này thì sẽ được xem là một trong những căn cứ có lỗi để cho phép ly hôn, đồng thời xem xét vấn đề chia tài sản chung trong thời kỳ hôn nhân.

b) Về việc chia tài sản chung của vợ chồng

Ly thân có cần thiết phân chia tài sản chung hay không? Điều này là không bắt buộc, nhưng nếu có yêu cầu chính đáng của hai bên vợ chồng thì tòa án có thể phân chia tài sản chung thành tài sản riêng. Pháp luật về hôn nhân và gia đình có quy định việc chia tài sản chung trong thời kỳ hôn nhân (Điều 38 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014). Theo đó, trường hợp vợ, chồng đầu tư kinh doanh riêng, thực hiện nghĩa vụ dân sự riêng hoặc có lý do chính đáng khác thì có thể thỏa thuận chia tài sản chung; việc chia tài sản chung phải lập thành văn bản. Kể từ thời điểm việc phân chia tài sản chung có hiệu lực thì hoa lợi, lợi tức phát sinh từ tài sản đã được chia thuộc sở hữu riêng của mỗi người; phần tài sản còn lại không chia vẫn thuộc sở hữu chung của vợ chồng⁸. Tuy nhiên, từ góc độ pháp lý thì vợ chồng khi ly thân vẫn là trong thời kỳ hôn nhân, bởi chưa có quyết định ly hôn của tòa án, quan hệ vợ chồng giữa họ chưa chấm dứt. Vì vậy, theo quan điểm của tác giả, quan hệ tài sản giữa vợ và chồng khi ly thân không có gì thay đổi so với quan hệ tài sản trong hôn nhân và nếu hai bên không có yêu cầu bức thiết thì không nên chia tài sản chung, vì có thể chính việc phân chia này sẽ tạo thêm mâu thuẫn trong quan hệ vợ chồng. Trường hợp trước khi ly thân mà vợ

⁶ Nguyễn Văn Huy, “Đại diện cho nhau giữa vợ và chồng - Một số tồn tại và giải pháp hoàn thiện”, địa chỉ: <http://moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/nghien-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=1871>, đăng ngày 11/11/2015, truy cập ngày 20/06/2016.

⁷ Điều 32 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014.

⁸ Xem “Pháp luật về ly thân”, Công ty luật The Light, <http://luatsuthudo.vn/phap-luat-ve-ly-than>, truy cập ngày 15/06/2016.

và chồng không thỏa thuận chia tài sản chung trong thời kỳ hôn nhân thì sau khi ly thân, tài sản đó vẫn là tài sản chung của vợ chồng, trừ trường hợp tài sản có được của mỗi người là tài sản được tặng, cho và người được tặng, cho phải chứng minh được điều đó.

c) Về nghĩa vụ cấp dưỡng, nuôi dạy con cái

Tác giả đề xuất trong thời gian ly thân, vợ chồng vẫn có nghĩa vụ đóng góp công sức nuôi dạy các con; việc không đóng góp hoặc trì hoãn đóng góp nuôi con trong thời gian ly thân sẽ bị tòa án khuyến cáo và xem đây là một căn cứ có lỗi, để giải quyết việc ly hôn. Như vậy mới đảm bảo được quyền lợi cho những đứa trẻ có cha mẹ đang trong giai đoạn ly thân, đồng thời giảm bớt gánh nặng chăm sóc con cái cho một bên.

d) Về đại diện cho vợ, chồng khi ly thân:

Trường hợp giao dịch với người thứ ba ngay tình liên quan đến tài khoản ngân hàng, tài khoản chứng khoán và động sản khác theo quy định của pháp luật không phải đăng ký quyền sở hữu, quyền sử dụng, cần có hướng dẫn cụ thể. Đặc biệt, đối với tài sản tạo ra nguồn thu nhập chủ yếu của gia đình, để từ đó có những giới hạn nhất định cho các bên tham gia giao dịch, vừa bảo đảm được quyền, lợi ích hợp pháp của người thứ ba ngay tình, vừa bảo vệ được lợi ích của một bên vợ hoặc chồng. Trường hợp một trong hai người mất năng lực hành vi dân sự, người kia có đủ điều kiện làm người giám hộ thì mặc nhiên được đại diện theo pháp luật là không hợp lý. Vấn đề này có thể dẫn đến các mâu thuẫn về lợi ích của hai bên vợ, chồng. Tác giả cho rằng, luật cần có quy định về việc ủy quyền hoặc cử đại diện để tránh xung đột lợi ích giữa vợ và chồng; cần

tăng thêm vai trò và sự tham gia của những người thân thích của vợ hoặc chồng (là người mất năng lực hành vi dân sự) nhằm đảm bảo hơn nữa quyền và lợi ích hợp pháp của người đó⁹. Pháp luật cần có quy định cụ thể hơn về quyền, nghĩa vụ cũng như trách nhiệm của người giám sát việc giám hộ trong việc bảo vệ quyền lợi của người được giám hộ khi lợi ích chính đáng, hợp pháp của họ bị xâm hại hoặc có nguy cơ bị xâm hại, nhất là trong vấn đề quản lý tài sản của người được giám hộ khi người giám hộ có những hành vi tẩu tán tài sản.

đ) Về thủ tục ly thân

Tác giả đề xuất: Ủy ban Nhân dân cấp xã sẽ là cơ quan giải quyết và cấp giấy ly thân khi cả hai bên thuận tình ly thân, không có tranh chấp về tài sản và con cái. Nếu có tranh chấp sẽ do Tòa án giải quyết. Căn cứ ly thân và thủ tục giải quyết ly thân được quy định giống như giải quyết việc ly hôn. Trường hợp một bên đòi ly thân, bên kia lại đòi ly hôn thì Tòa án ưu tiên giải quyết ly hôn¹⁰.

Ngoài ra, khi luật hóa chế định ly thân, những vấn đề như thủ tục đăng ký và chấm dứt ly thân cũng cần phải được quy định rõ ràng, và thời gian ly thân nên quy định từ 3 - 5 năm là hợp lý.

⁹ Nguyễn Văn Huy, “Đại diện cho nhau giữa vợ và chồng - Một số tồn tại và giải pháp hoàn thiện”, nguồn đã dẫn.

¹⁰ “Muốn ly thân cũng sẽ phải ra tòa”, nguồn <http://news.zing.vn/muon-ly-than-cung-se-phai-ra-toa-post314436.html>, đăng ngày 16/04/2013, truy cập ngày 18/06/2016.

VĂN BẢN THỎA THUẬN VỀ CHẾ ĐỘ TÀI SẢN CỦA VỢ CHỒNG TRONG LUẬT HÔN NHÂN VÀ GIA ĐÌNH NĂM 2014

*Phạm Linh Nhâm**

Tóm tắt: Một điểm mới đáng chú ý trong Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014, đó là sự ghi nhận quyền thỏa thuận về chế độ tài sản của vợ chồng. Bài viết dưới đây phân tích và bình luận các quy định về văn bản thỏa thuận về chế độ tài sản của vợ chồng (hôn ước) theo Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014.

Abstract: One of the remarkable issues of the Law on Family and Marriage of 2014 is the recognition of agreement on assets of a spouse. This article analyses and makes comments on provisions relating to such agreement under this Law.

Do tính chất đặc biệt của quan hệ hôn nhân, các vấn đề về quyền sở hữu đối với tài sản của vợ chồng không chỉ được điều chỉnh bởi các quy định chung về sở hữu tài sản thông thường, mà còn bằng những quy định riêng. Vì vậy, pháp luật hầu hết các quốc gia trên thế giới đều có chế định về sở hữu tài sản của vợ chồng hay còn gọi là chế độ tài sản của vợ chồng. Theo căn cứ xác lập, có thể chia chế độ tài sản vợ chồng thành hai loại: chế độ tài sản của vợ chồng theo luật định (chế độ tài sản pháp định) và chế độ tài sản của vợ chồng theo thỏa thuận (chế độ tài sản ước định).

Chế độ tài sản của vợ chồng theo thỏa thuận là chế độ tài sản mà trong đó căn cứ, nguồn gốc, thành phần các loại tài sản, quyền và nghĩa vụ của vợ chồng đối với các loại tài sản, các trường hợp và nguyên tắc chia tài sản do vợ chồng thỏa thuận bằng văn bản (hay còn gọi là hôn ước). Theo logic khi chưa kết hôn, từng cá nhân được tự do thỏa thuận định đoạt tài sản của mình, do đó khi bước vào hôn nhân, họ cũng được tự do định đoạt chế độ tài sản vợ chồng

bằng những thỏa thuận trong hôn ước. Có lẽ vì thế, nhiều nước trên thế giới cho phép vợ chồng được quyền lập hôn ước để thỏa thuận về chế độ tài sản của họ. Luật Hôn nhân và Gia đình Việt Nam năm 1959, 1986 và 2000 đều không ghi nhận sự tồn tại của văn bản thỏa thuận về chế độ tài sản của vợ chồng. Tuy nhiên, sự thay đổi của quy định về chế độ tài sản theo luật định tại các văn bản này cho thấy một xu hướng mở cho việc ghi nhận sự thỏa thuận về chế độ tài sản vợ chồng². Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 là văn bản pháp luật đầu tiên của Việt Nam ghi nhận một cách rõ ràng về chế độ tài sản vợ chồng theo thỏa thuận³. Khoản

² Ban đầu không công nhận tài sản riêng của vợ chồng (Luật Hôn nhân và Gia đình năm 1959); sau đó quy định về tài sản riêng của vợ chồng, thậm chí cho phép vợ chồng được yêu cầu tòa án chia tài sản chung trong thời kỳ hôn nhân (Luật Hôn nhân và Gia đình năm 1986); rồi cho phép vợ chồng được thỏa thuận về việc chia tài sản chung trong thời kỳ hôn nhân, thậm chí thỏa thuận cả về hậu quả của việc chia tài sản này (Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000 và Nghị định số 70/2001/NĐ-CP).

³ Trước đây, dưới chế độ cũ, hôn ước từng được ghi nhận trong Bộ Dân luật gián yếu Nam kỳ năm 1883, Bộ Dân luật Bắc kỳ năm 1931, Bộ Dân luật Trung kỳ năm 1936, Luật Gia đình năm 1959 (áp dụng ở miền Nam Việt Nam trước năm 1975), Bộ Dân luật năm 1972.

* ThS., Liên minh Hợp tác xã Việt Nam.

1 Điều 28 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 quy định: “*Vợ chồng có quyền lựa chọn áp dụng chế độ tài sản theo luật định hoặc chế độ tài sản theo thỏa thuận*”. Dưới đây, tác giả sẽ phân tích, bình luận một số nội dung liên quan đến vấn đề này.

1. Về việc xác lập hôn ước

Theo Điều 47 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014: “*Trong trường hợp hai bên kết hôn lựa chọn chế độ tài sản theo thỏa thuận thì thỏa thuận này phải được lập trước khi kết hôn, bằng hình thức văn bản có công chứng hoặc chứng thực. Chế độ tài sản của vợ chồng theo thỏa thuận được xác lập kể từ ngày đăng ký kết hôn*”. Như vậy, việc xác lập hôn ước có các điểm đáng chú ý sau:

Thứ nhất, chủ thể giao kết phải là hai cá nhân sắp kết hôn. Thực tế, việc giao kết hôn ước trong nhiều trường hợp là nhằm bảo vệ tài sản của một bên gia đình hoặc một công ty..., tuy nhiên, chủ thể giao kết luôn luôn là hai cá nhân sắp kết hôn chứ không phải là một pháp nhân hay cá nhân nào khác. Hai cá nhân giao kết này đương nhiên phải đủ năng lực hành vi dân sự và phải đủ điều kiện kết hôn. Việc giao kết hôn ước không phải là lý do để họ bắt buộc phải kết hôn, và cũng không làm phát sinh bất kỳ hậu quả pháp lý nào về tài sản hoặc nhân thân trong trường hợp hai cá nhân đó không kết hôn.

Thứ hai, hôn ước phải được giao kết trước thời kỳ hôn nhân. Theo quy định của Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014, hôn ước phải được giao kết bằng văn bản, và được công chứng, chứng thực. Hôn ước phải được giao kết trước thời điểm kết hôn, việc công chứng hoặc chứng thực cũng phải thực hiện trước thời điểm kết hôn.

Thứ ba, không thể thỏa thuận về hiệu lực của hôn ước. Hôn ước chỉ phát sinh hiệu lực khi hai người nam nữ giao kết hôn ước

đăng ký kết hôn và có hiệu lực trong suốt thời kỳ hôn nhân. Thời điểm bắt đầu có hiệu lực của hôn ước là do luật định, các bên không được thỏa thuận về thời điểm bắt đầu hoặc chấm dứt hiệu lực của hôn ước ngay trong hôn ước.

Thứ tư, không cần đăng ký hay thông báo công khai về việc lập hôn ước. Mặc dù việc lập hôn ước có ảnh hưởng đến việc xác định tài sản trong các giao dịch mà vợ chồng tham gia, nhưng Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 không có quy định nào về việc bắt buộc niêm yết công khai hay đăng ký hôn ước. Điều 16 Nghị định số 126/2014/NĐ-CP ngày 31/12/2014 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Hôn nhân và Gia đình (Nghị định số 126/2014/NĐ-CP) cũng chỉ quy định: “*trong trường hợp chế độ tài sản của vợ chồng theo thỏa thuận được áp dụng thì khi xác lập, thực hiện giao dịch vợ, chồng có nghĩa vụ cung cấp cho người thứ ba biết về các thông tin liên quan; nếu vợ, chồng vi phạm nghĩa vụ này thì người thứ ba được coi là ngay tình và được bảo vệ quyền lợi theo quy định của Bộ luật Dân sự*”. Tuy nhiên, xét về lí thuyết cũng như thực tiễn, chế độ tài sản của vợ chồng nói chung luôn ảnh hưởng, liên quan đến quyền lợi của những người khác (người thứ ba) khi tham gia các giao dịch liên quan đến tài sản của vợ chồng. Vì vậy, pháp luật của nhiều quốc gia thường quy định khi kết hôn, vợ chồng có nghĩa vụ phải công bố, thông báo trên các phương tiện thông tin đại chúng nơi vợ chồng cư trú về việc lập hôn ước.

2. Về nội dung hôn ước

Hôn ước là một văn bản thiết lập quy tắc về chế độ tài sản được áp dụng trong suốt thời kỳ hôn nhân của vợ chồng. Về nội dung, Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 chỉ quy định những điểm cơ bản mà một

hôn ước cần phải có tại Điều 48, đó là: “a) Tài sản được xác định là tài sản chung, tài sản riêng của vợ, chồng; b) Quyền, nghĩa vụ của vợ chồng đối với tài sản chung, tài sản riêng và giao dịch có liên quan; tài sản để đảm bảo nhu cầu thiết yếu của gia đình; c) Điều kiện, thủ tục và nguyên tắc phân chia tài sản khi chấm dứt chế độ tài sản; d) Nội dung khác có liên quan”.

Khác với văn bản chia tài sản chung trong thời kỳ hôn nhân (vợ chồng chỉ được thỏa thuận về các tài sản đã hiện hữu hoặc hoa lợi, lợi tức phát sinh từ các nguồn tài sản đã hiện hữu), trong hôn ước, hai bên có thể thỏa thuận về tất cả các loại tài sản (tài sản hiện hữu hoặc hình thành trong tương lai). Hôn ước có thể thiết lập một chế độ tài sản khác hẳn so với chế độ tài sản luật định và tối thiểu cần phải có các nội dung sau:

Thứ nhất, nguyên tắc xác định tài sản. Trong hôn ước bắt buộc phải ghi rõ quy tắc để dựa vào đó xác định đâu là tài sản riêng của mỗi người và đâu là tài sản chung của vợ chồng. Theo Điều 15 Nghị định số 126/2014/NĐ-CP, vợ chồng có thể thỏa thuận về xác định tài sản theo một trong các nội dung sau đây: a) Tài sản giữa vợ và chồng bao gồm tài sản chung và tài sản riêng của vợ, chồng; b) Giữa vợ và chồng không có tài sản riêng của vợ, chồng mà tất cả tài sản do vợ, chồng có được trước khi kết hôn hoặc trong thời kỳ hôn nhân đều thuộc tài sản chung; c) Giữa vợ và chồng không có tài sản chung mà tất cả tài sản do vợ, chồng có được trước khi kết hôn và trong thời kỳ hôn nhân đều thuộc sở hữu riêng của người có được tài sản đó. Ngoài ra, vợ chồng hoàn toàn có thể tự xây dựng một quy tắc xác định tài sản chung, tài sản riêng tùy thuộc vào việc hoạch định tài chính cho hôn nhân của mình.

Thứ hai, chế độ trách nhiệm khi sở hữu tài sản. Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 yêu cầu vợ chồng phải thỏa thuận về quyền và nghĩa vụ đối với tài sản chung, tài sản riêng và giao dịch có liên quan, tài sản để đảm bảo nhu cầu thiết yếu của gia đình. Việc thỏa thuận này liên quan mật thiết đến kế hoạch tài chính trong suốt cả thời kỳ hôn nhân của vợ chồng⁴, vì vậy, luật và các văn bản hướng dẫn không thể có quy định chi tiết chế độ trách nhiệm này.

Thứ ba, quy tắc phân chia tài sản khi chấm dứt chế độ tài sản vợ chồng. Hôn ước phải có thỏa thuận về cách thức phân chia tài sản của vợ chồng khi ly hôn hoặc một bên qua đời.

Cũng theo quy định tại Điều 48 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014, khi hôn ước không thỏa thuận hoặc thỏa thuận không rõ ràng thì áp dụng các quy định chung về chế độ tài sản của vợ chồng hoặc chế độ tài sản theo luật định. Như vậy, có thể thấy rằng, trong trường hợp này, luật không quy định việc giải thích hôn ước như các hợp đồng dân sự thông thường.

3. Về việc sửa đổi, bổ sung, chấm dứt hôn ước

Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 không đề cập đến việc chấm dứt hôn ước (Điều 49 về sửa đổi, bổ sung nội dung của thỏa thuận về chế độ tài sản của vợ chồng chỉ quy định tại khoản 1: *vợ chồng có quyền sửa đổi, bổ sung thỏa thuận về chế độ tài sản vợ chồng*). Nghị định số

⁴ Trong hôn ước, vợ chồng có thể tự do thỏa thuận về rất nhiều nội dung khác có liên quan như: quyền và nghĩa vụ của mỗi bên đối với tài sản của một bên hoặc cả hai bên theo thời điểm hay địa điểm mà các bên ấn định; quyền mua bán, sử dụng, chuyển nhượng, trao đổi, từ bỏ, cho thuê, tiêu dùng; tài sản bảo đảm hay các quyền quản lý, kiểm soát khác đối với tài sản; quyền sở hữu và tùy ý sử dụng tiền bảo hiểm có được từ hợp đồng bảo hiểm nhân thọ của một người.

126/2014/NĐ-CP tại khoản 1 Điều 17 có hướng dẫn thêm: “*Trong trường hợp chế độ tài sản của vợ chồng theo thỏa thuận được áp dụng thì trong thời kỳ hôn nhân vợ chồng có quyền sửa đổi, bổ sung một phần hoặc toàn bộ nội dung của chế độ tài sản đó hoặc áp dụng chế độ tài sản theo luật định*”. Theo tác giả, việc áp dụng chế độ tài sản luật định như quy định trên đã chấm dứt chế độ tài sản theo thỏa thuận, đồng nghĩa với việc chấm dứt hôn ước. Như vậy, vợ chồng hoàn toàn có thể thỏa thuận về việc sửa đổi, bổ sung, chấm dứt hôn ước. Tuy nhiên, thời điểm thực hiện việc sửa đổi, bổ sung, chấm dứt này phải trong thời kỳ hôn nhân, và vợ chồng không được quyền thỏa thuận về việc sửa đổi, bổ sung, chấm dứt hôn ước ngay trong hôn ước.

Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 không quy định thời gian bắt buộc áp dụng chế độ tài sản vợ chồng theo thỏa thuận, vợ chồng hoàn toàn có thể sửa đổi hôn ước bất cứ lúc nào trong thời kỳ hôn nhân. Trên phương diện đảm bảo quyền tự do thỏa thuận của vợ chồng, có thể thấy đây là một quy định khá hợp lý và tiến bộ. So sánh với các quy định ở thời kỳ trước, chế độ tài sản vợ chồng là bất di bất dịch⁵ và hôn ước không thể sửa đổi trong suốt thời kỳ hôn nhân⁶. Hiện tại, pháp luật Pháp vẫn quy định vợ chồng chỉ được sửa đổi hôn ước sau 2 năm áp dụng⁷. Tuy nhiên, để đảm bảo cho

sự ổn định của chế độ tài sản vợ chồng thì cần có những quy định cụ thể hơn về điều kiện của việc sửa đổi hôn ước.

(Xem tiếp trang 61)

Quyển thứ 3 (Các hình thức khác nhau để dành được quyền sở hữu), Bộ luật Dân sự Cộng hòa Pháp sửa đổi theo Luật số 2007-308 ngày 05/3/2007 quy định: “*Sau hai năm áp dụng chế độ tài sản, vì lợi ích của gia đình, vợ chồng có thể thỏa thuận sửa đổi hoặc thậm chí thay đổi hoàn toàn chế độ tài sản bằng chứng thư công chứng. Chứng thư thay đổi này phải bao gồm việc thanh toán chế độ tài sản bị thay đổi, nếu không sẽ bị vô hiệu, khi việc thanh toán đó là cần thiết; các bên trong hôn ước bị sửa đổi và các con đã thành niên của mỗi bên vợ chồng được thông báo riêng về sự sửa đổi dự kiến. Mỗi người có thể phản đối sự thay đổi đó trong thời hạn ba tháng; các chủ nợ được thông báo về sự thay đổi dự kiến bằng việc công bố trên tờ báo tiếp nhận những thông báo pháp lý trong huyện hoặc tỉnh nơi cư trú của vợ chồng. Họ có thể phản đối sự thay đổi trong thời hạn ba tháng kể từ khi công bố; trong trường hợp có phản đối, chứng thư công chứng phải tuân theo thể thức phê chuẩn của tòa án nơi cư trú của vợ chồng. Yêu cầu và quyết định phê chuẩn được công bố theo những điều kiện và chế tài được dự liệu tại Bộ luật Tố tụng Dân sự; nếu một bên vợ, chồng có con chưa thành niên, chứng thư thay đổi bắt buộc phải tuân theo thể thức phê chuẩn của tòa án nơi cư trú của vợ chồng; sự thay đổi có hiệu lực đối với các bên kể từ ngày ra chứng thư hoặc ngày ra bản án và đối với người thứ ba thì sau ba tháng kể từ ngày sự thay đổi được ghi chủ bên lề giấy chứng nhận kết hôn. Tuy nhiên, kể cả khi không có sự ghi chú, những thay đổi vẫn có hiệu lực đối với người thứ ba nếu trong những giao dịch với họ, vợ chồng đã tuyên bố về sự thay đổi chế độ tài sản của mình; trong trường hợp vợ hoặc chồng đang trong quy chế được bảo trợ pháp lý theo những thể thức được quy định tại phần XI quyền I, sự sửa đổi hoặc thay đổi chế độ tài sản phải được sự cho phép trước của Thẩm phán về giám hộ hoặc của Hội đồng gia tộc nếu có; phải ghi chú sự sửa đổi vào bản chính hôn ước bị sửa đổi; các chủ nợ đã không phản đối, nếu thấy có sự gian lận đến quyền của mình, có thể chống lại sự thay đổi chế độ tài sản của vợ chồng theo những quy định của Điều 1167; những thể thức áp dụng điều luật này được quy định trong Sắc luật của Hội đồng nhà nước*”, https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?jsessionid=30670333E6AD52A7FED9BC20E5DE10B8.tpdila08v_2?idArticle=LEGIARTI000006439175&ci_dTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20130701, truy cập ngày 10/5/2016.

⁵ Vũ Văn Mẫu, Chế độ tài sản trong gia đình Việt Nam, tập 1: Hôn sản - Tư sản, Sài Gòn, tháng 2 năm 1960, tr. 29.

⁶ Điều 46 Luật Gia đình năm 1959 (áp dụng tại miền Nam Việt Nam trước năm 1975) quy định: “*Hôn ước không thể thay đổi sau khi đã lập hôn thú*”. Điều thứ 147 Bộ Dân luật năm 1972 (áp dụng tại miền Nam Việt Nam trước năm 1975) quy định: “*Hôn ước không thể thay đổi sau khi đã lập hôn thú*”.

⁷ Điều 1397, Chương I (những quy định chung), Phần thứ 5 (Hôn ước và các chế độ tài sản vợ chồng),

MỘT SỐ VẤN ĐỀ VỀ ĐĂNG KÝ NHÃN HIỆU ÂM THANH

*Đỗ Thị Đức**

Tóm tắt: Bài viết đề cập vấn đề bảo hộ nhãn hiệu âm thanh ở một số quốc gia trên thế giới, từ đó rút ra những kinh nghiệm cần thiết khi xây dựng chế định liên quan đến loại nhãn hiệu phi truyền thống này ở Việt Nam.

Abstract: This article discusses the protection of sound marks in some countries in the world. It then draws out experience for building up relevant law and regulation on this non-traditional trademark in Vietnam.

Nhiều năm trở lại đây, sự phát triển của khoa học kỹ thuật và sự bùng nổ của công nghệ mạng không dây đã giúp cho việc quảng bá hình ảnh, tiếp thị sản phẩm, dịch vụ đến người tiêu dùng trở nên thuận tiện và dễ dàng hơn. Tuy nhiên, cũng mang lại những thách thức cho doanh nghiệp trong việc tạo ra dấu ấn mới mẻ, khác biệt giúp khách hàng nhận diện được một cách hiệu quả hàng hóa, dịch vụ mà mình cung ứng. Việc sử dụng nhãn hiệu với những dấu hiệu truyền thống như từ ngữ, hình ảnh, chữ cái, chữ số, tên riêng, hình ảnh ba chiều, tổ hợp màu sắc... tỏ ra chưa đủ mạnh để tác động lên cảm quan của người tiêu dùng trong một môi trường cạnh tranh như hiện nay.

Xuất phát từ thực tế đó, các doanh nghiệp có xu hướng ngày càng mở rộng khả năng phân biệt nhãn hiệu của mình sang những dấu hiệu phi truyền thống như âm thanh, hình ảnh động, mùi hương... Sự lan tỏa của trào lưu này có thể được nhận thấy qua các nhãn hiệu hàng hóa được đăng ký ở nước ngoài trong những năm gần đây như nhãn hiệu mùi cỏ tươi vừa mới cắt (“the

smell of freshly cut grass”) cho bóng tennis, tiếng nhạc chuông của hãng điện thoại Nokia, hay hợp âm gồm ba nốt nhạc “bing-bong-bing” của hãng truyền hình NBC... đã dần hình thành nên một nhu cầu mới trong lĩnh vực bảo hộ nhãn hiệu, đó là bảo hộ nhãn hiệu phi truyền thống.

Vấn đề này cũng trở nên cấp bách hơn khi Việt Nam tham gia Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP), một trong những cam kết bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ mà TPP đặt ra là cho phép đăng ký nhãn hiệu âm thanh và phải nỗ lực để đăng ký nhãn hiệu mùi hương.

1. Nhãn hiệu theo pháp luật Việt Nam

Theo quy định tại khoản 16 Điều 4 Luật Sở hữu trí tuệ: “Nhãn hiệu là dấu hiệu dùng để phân biệt hàng hóa, dịch vụ của các tổ chức, cá nhân khác nhau”. Tuy nhiên, nhãn hiệu chỉ được bảo hộ nếu đáp ứng các điều kiện quy định tại Điều 72 Luật này:

“1. Là dấu hiệu nhìn thấy được dưới dạng chữ cái, từ ngữ, hình vẽ, hình ảnh, kể cả hình ba chiều hoặc sự kết hợp các yếu tố đó, được thể hiện bằng một hoặc nhiều màu sắc;

2. Có khả năng phân biệt hàng hóa, dịch vụ của chủ sở hữu nhãn hiệu với hàng hóa, dịch vụ của chủ thể khác”.

* Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

Như vậy, bằng việc đưa ra điều kiện “phải nhìn thấy được”, có thể khẳng định rằng đến thời điểm hiện tại Việt Nam vẫn chưa thừa nhận việc đăng ký nhãn hiệu âm thanh.

Một khi TPP có hiệu lực, theo khoản 18 Điều 18 của Hiệp định quy định như sau: “Không Bên nào được yêu cầu, như một điều kiện để được đăng ký, là dấu hiệu phải nhìn thấy được, cũng như không Bên nào được từ chối đăng ký một nhãn hiệu chỉ với lý do rằng dấu hiệu cấu thành hiệu quả đó là âm thanh...”.

Ngoài ra, tại khoản cuối cùng Điều 18.83 (4)(f)(iv), Hiệp định cũng đưa ra lộ trình cụ thể cho yêu cầu trên rằng: “Đối với nghĩa vụ thuộc thời kỳ quá độ, một Bên phải thi hành đầy đủ các nghĩa vụ này của mình theo quy định tại Chương này không muộn hơn ngày kết thúc khoảng thời hạn cụ thể dưới đây, tính từ ngày Hiệp định này có hiệu lực đối với Bên đó.

(f) Trường hợp của Việt Nam, đối với:

(iv) Điều 18.18 (Loại dấu hiệu có thể đăng ký làm nhãn hiệu), đối với nhãn hiệu âm thanh là 3 năm”.

Như vậy, để có thể đáp ứng những yêu cầu mà TPP đặt ra theo lộ trình trên Việt Nam sẽ phải có những thay đổi và điều chỉnh hợp lý đối với các quy định pháp luật về nhãn hiệu. Cụ thể, điều kiện “là dấu hiệu nhìn thấy được” phải được điều chỉnh để phù hợp với cam kết tại TPP.

2. Khả năng phân biệt của nhãn hiệu âm thanh

2.1. Cơ sở để đánh giá khả năng phân biệt của nhãn hiệu âm thanh

Khi đánh giá khả năng phân biệt của nhãn hiệu âm thanh, phải nhắc tới án lệ *In Re General Electric Broadcasting*

Company, một trong những án lệ nổi tiếng thiết lập nên nguyên tắc áp dụng chung đối với nhãn hiệu âm thanh.

Trong vụ việc này, Ủy ban Xét xử và Khiếu nại nhãn hiệu của Hoa Kỳ (Trademark Trial and Appeal Board – TTAB) đã đưa ra ý kiến rằng, âm thanh có thể dùng làm nhãn hiệu nhưng âm thanh đó “...bản thân nó phải khác biệt hoặc đặc biệt để khi gắn với nó thì tiềm thức của người nghe được đánh thức và liên tưởng được đến hàng hóa, dịch vụ mà âm thanh đó hướng tới”¹.

TTAB đã phân biệt hai nhóm âm thanh, đó là nhóm âm thanh “độc đáo, khác biệt và đặc biệt” và nhóm âm thanh “tương tự hoặc mô phỏng những âm thanh thông thường”. Đối với nhóm đầu tiên, khả năng phân biệt dễ dàng được đáp ứng. Tuy nhiên, đối với nhóm thứ hai, để đáp ứng khả năng phân biệt, bắt buộc phải viện dẫn được “ý nghĩa thứ cấp” (“secondary meaning”). Nói cách khác, dấu hiệu đăng ký phải mang lại một ý nghĩa nào đó đối với cộng đồng người sử dụng đăng sau ý nghĩa thông thường, phổ biến hàm chứa dưới âm thanh đó. Tiếng chuông đồng hồ trên tàu đăng ký cho dịch vụ phát thanh vô tuyến của General Electric Broadcasting Company thuộc nhóm thứ hai đã bị TTAB từ chối vì không chứng minh được “ý nghĩa thứ cấp”.

Như vậy, căn cứ vào thực tiễn giải quyết, việc đánh giá khả năng phân biệt của nhãn hiệu âm thanh có thể khái quát như sau:

¹ *In re General Electric Broadcasting Co.*, 199 U.S.P.Q. 560, 562-63 (T.T.A.B. 1978).

- Nhãn hiệu âm thanh được coi là có khả năng phân biệt nếu âm thanh đó là dấu hiệu “độc đáo, khác biệt và đặc biệt”.

- Nhãn hiệu âm thanh bị coi là không có khả năng phân biệt nếu âm thanh đó là dấu hiệu “tương tự hoặc mô phỏng những âm thanh thông thường”, trừ trường hợp các dấu hiệu này đã được sử dụng và thừa nhận rộng rãi với danh nghĩa một nhãn hiệu.

2.2. Các dấu hiệu âm thanh không có khả năng phân biệt

Trên thực tế, việc tiếp nhận âm thanh cũng như ấn tượng mà âm thanh để lại trong tâm trí người tiêu dùng, đặc biệt là người tiêu dùng trung bình là không đồng nhất. Do đó, cần thiết phải đưa ra một phạm vi rõ ràng để loại trừ những dấu hiệu âm thanh không có khả năng phân biệt.

2.2.1. Dấu hiệu âm thanh mang tính chỉ dẫn

Những dấu hiệu này thường là những dấu hiệu mang tính thông báo, chỉ dẫn người tiêu dùng trong quá trình sử dụng và khai thác sản phẩm. Chẳng hạn như máy tính và điện thoại di động thường phát ra tiếng “bíp” hoặc một chuỗi các nốt nhạc khi chúng ta mở và tắt nguồn, hay tiếng “ping” của lò vi sóng khi thức ăn đã đạt đến một khoảng thời gian nhất định mà người dùng đã mặc định trước đó.

Tuy nhiên, hướng xử lý đối với những dấu hiệu âm thanh dạng này dường như chưa có sự thống nhất. Điển hình như trường hợp đăng ký nhãn hiệu âm thanh cho tiếng nhạc chuông mặc định của Nokia “Nokia Tune” (hay còn gọi là Grande Valse)² – biểu tượng của Tập đoàn Nokia từ

những năm đầu của thập niên 90 của thế kỷ XX. Mặc dù đã được đăng ký thành công tại Hoa Kỳ, Úc và châu Âu, nhưng đơn đăng ký của Nokia đã bị từ chối tại Hồng Kông vào tháng 4 năm 2007 trên cơ sở quy định tại mục 11 của Pháp lệnh Nhãn hiệu (Trade Marks Ordinance) với một trong những lý do sau: “...Tuy nhiên, khi nghe đối tượng dấu hiệu này, người tiêu dùng liên quan sẽ chỉ nhận thấy nó là một âm thanh nhằm ra hiệu rằng sản phẩm đang vận hành và không hơn... đối tượng dấu hiệu này không thể hiện được chức năng cần thiết của một nhãn hiệu, điều mà đảm bảo khả năng xác định nguồn gốc của sản phẩm mang nhãn hiệu bằng cách cho phép người tiêu dùng phân biệt được nó với những sản phẩm có nguồn gốc khác”³.

Thực tiễn trên cho thấy rằng, một âm thanh thậm chí là âm thanh nổi tiếng và ngay lập tức có thể nhận ra, như tiếng nhạc chuông của Nokia tự bản thân nó cũng sẽ không đảm bảo được khả năng đăng ký nhãn hiệu⁴.

Nhận định này được củng cố lại trong án lệ Nextel Communications v. Motorola, Inc. Trong vụ việc này, TTAB đã cho rằng âm thanh tiếng côn trùng và tiếng chim đăng ký cho máy điện thoại vô tuyến và thiết bị vô tuyến hai chiều của Motorola không có khả năng tự phân biệt, bởi vì nó là những âm thanh được phát ra trong quá

² https://en.wikipedia.org/wiki/Nokia_tune (truy cập ngày 19/5/2016).

³ Đơn số 300278299AA, http://www.ipd.gov.hk/eng/intellectual_property/trademarks/trademarks_decisions/c559/2007.htm, truy cập ngày 26/04/2016.

⁴ T.Priyadarshini and Neetika Yadav, *Nokia's Triumph in 2007 – Registrability of Sound Marks and Areas of Concern*, *India Law Journal*, http://indialawjournal.com/volume1/issue_3/article_by_priyadharshini.html, truy cập ngày 26/04/2016.

trình vận hành thông thường của sản phẩm. Ngoài âm thanh này ra, thiết bị điện thoại của Motorola còn bao gồm cả những âm thanh tương tự mang tính chỉ dẫn khác như âm thanh báo có cuộc gọi hoặc âm thanh cảnh báo gần hết pin... TTAB cũng lập luận thêm rằng, điện thoại di động Motorola là một loại sản phẩm mà khách hàng mong muốn sẽ nghe được nhiều âm thanh khác nhau trong suốt quá trình sử dụng. Tuy nhiên, Motorola đã không chứng minh được rằng âm thanh mà mình đăng ký mang một ý nghĩa khác với những âm thanh chỉ dẫn khác cũng phát ra từ loại điện thoại di động này⁵.

Mặc dù còn nhiều quan điểm khác nhau đối với loại dấu hiệu âm thanh mang tính chỉ dẫn, tác giả cho rằng, trong bối cảnh hiện tại của Việt Nam việc cho phép cũng như thừa nhận việc đăng ký những dấu hiệu chỉ dẫn là chưa phù hợp và rất dễ dẫn đến tình trạng lạm dụng từ các nhà sản xuất và đơn vị cung ứng. Do đó, đối với những dấu hiệu âm thanh dạng này, việc cho phép đăng ký nhãn hiệu chỉ nên giới hạn trong phạm vi những dấu hiệu đã đạt được khả năng phân biệt thông qua việc sử dụng và thừa nhận rộng rãi dưới danh nghĩa là một nhãn hiệu.

2.2.2. Dấu hiệu âm thanh mô tả chức năng của hàng hóa, dịch vụ

Dấu hiệu được xem là mang tính chức năng khi nó cấu thành một phần của sản phẩm, dịch vụ hơn là đơn thuần chỉ dẫn nguồn gốc của sản phẩm, dịch vụ đó. Về cơ bản, các dấu hiệu mang tính mô tả hàng hóa, dịch vụ nói chung sẽ không thể được cấp độc quyền dưới hình thức một nhãn

hiệu, vì sẽ làm hạn chế các nhà sản xuất và phân phối khác sử dụng chính những đặc tính mang tính chức năng đó⁶.

Trên thực tế, những dấu hiệu âm thanh dạng này đều bị từ chối nếu không chứng minh được tính phân biệt qua sử dụng. Ví dụ đơn đăng ký nhãn hiệu tại Mỹ số 76681788 của Công ty sản xuất đồ chơi cho thú nuôi OurPet's Company đã bị Cơ quan sáng chế và nhãn hiệu hàng hóa Hoa Kỳ (USPTO) từ chối khi công ty này đăng ký tiếng kêu thực "chít chít" của chuột cho sản phẩm đồ chơi mô phỏng chuột. Thẩm định viên của USPTO, Jason Paul Blair đã lập luận rằng, lợi ích mà âm thanh thực của chuột mang lại đó là các loài thú nuôi có nhiều khả năng sẽ xem đồ chơi như một con mồi thực sự, vì mèo và chó thường săn chuột và những loài gặm nhấm nhỏ. Khi thú nuôi có khuynh hướng săn chuột, chúng sẽ quan tâm nhiều hơn đến những món đồ chơi phát ra âm thanh, và tiếng kêu thực của chuột là một khía cạnh mang tính chức năng của hàng hóa. Ngoài ra, thẩm định viên cũng ghi chú rằng, các đối thủ cạnh tranh của chủ đơn sẽ gặp bất lợi nếu đồ chơi cho thú nuôi của họ phải tạo ra từ những âm thanh không chân thực. Để phản đối lập luận trên, chủ đơn cũng đã nỗ lực chứng minh rằng trên thị trường hiện nay chỉ có OurPet cung cấp sản phẩm trên. Tuy nhiên, đơn này đã bị từ chối khi chủ đơn không cung cấp được đầy đủ những chứng cứ mà thẩm định viên yêu cầu⁷.

⁵ Nextel Commc'ns, Inc. v. Motorola, Inc., <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=cce098f2-45af-4ac9-bc6c-190e97208e91>, truy cập ngày 27/04/2016.

⁶ Lee Wilson, *The Pocket Legal Companion to Trademark – A user-friendly Handbook on Avoiding Lawsuits and Protecting Your Trademark*, Allworth Press, 2002.

⁷ http://tsdr.uspto.gov/#caseNumber=76681788+&caseSearchType=US_APPLICATION&caseType=

Một trường hợp khác là đơn đăng ký nhãn hiệu số 77418246, mà âm thanh là tiếng động được tạo ra do sự va đập của những bản lề kim loại nhỏ tại điểm tiếp xúc giữa gọng kính và mắt kính ở trạng thái mở ra và gập vào được đăng ký cho sản phẩm kính mắt, kính quang học và kính mát. Đơn này cũng bị USPTO từ chối với lý do tương tự là âm thanh mang tính chức năng vì dấu hiệu âm thanh này giúp cho khách hàng nhận biết được kính đang ở trạng thái mở ra và gập lại⁸.

Như vậy, trừ trường hợp chứng minh được là dấu hiệu đăng ký mang “ý nghĩa thứ cấp”, những âm thanh sử dụng trong kinh doanh, thương mại nhằm mô tả chức năng hoặc những đặc tính khác của sản phẩm hàng hóa, dịch vụ sẽ bị xem là không có khả năng phân biệt⁹.

2.2.3. Dấu hiệu âm thanh thông thường (*generic sound mark*)

Dấu hiệu âm thanh thông thường là những dấu hiệu âm thanh quen thuộc đối với công chúng và thường được sử dụng chung trong lĩnh vực công nghiệp, là kết quả của việc sử dụng chung bởi các hoạt động thương mại liên quan. Việc cấp độc quyền dấu hiệu này cho một chủ thể bất kỳ sẽ dẫn đến cạnh tranh không lành mạnh và ảnh hưởng trực tiếp đến trật tự thương mại, do đó, loại dấu hiệu này cũng sẽ không

được sử dụng để đăng ký như một nhãn hiệu¹⁰.

Ví dụ như tiếng còi của xe cứu thương không thể dùng để đăng ký nhãn hiệu độc quyền cho dịch vụ y tế, bản nhạc “The Maiden’s Prayer”¹¹ thường được sử dụng trong quá trình thu gom rác ở Đài Loan không thể đăng ký cho dịch vụ thu gom, vận chuyển rác thải tại vùng lãnh thổ này, hay bản nhạc “Wedding March” huyền thoại của Felix Mendelssohn¹², thường được sử dụng phổ biến trong những buổi lễ thành hôn không thể dùng để đăng ký cho dịch vụ cưới hỏi.

2.2.4. Dấu hiệu âm thanh quá dài

Ngày nay, âm thanh đặc biệt là âm nhạc thường được sử dụng như một công cụ hữu hiệu trong hoạt động quảng cáo và tiếp thị sản phẩm, dịch vụ. Do đó, việc đánh giá dấu hiệu âm thanh như thế nào sẽ được sử dụng như một nhãn hiệu và dấu hiệu nào chỉ đơn thuần đóng vai trò như một loại nhạc nền hay một phương tiện để thu hút sự chú ý của người tiêu dùng không phải dễ dàng.

Thực tiễn cho thấy, một đoạn nhạc chuông hoặc một khúc dạo đầu của một bài hát có thể được sử dụng để đăng ký nhãn hiệu. Chẳng hạn như khúc dạo đầu của bài hát “Sweet Georgia Brown” đã được đội bóng rổ Harlem Globetrotters sử dụng để đăng ký làm nhãn hiệu¹³. Tuy nhiên, sẽ rất

[DEFAULT&searchType=statusSearch](#), truy cập ngày 27/04/2016.

⁸ http://tsdr.uspto.gov/#caseNumber=77418246&caseSearchType=US_APPLICATION&caseType=SERIAL_NO&searchType=statusSearch, truy cập ngày 7/05/2016.

⁹ www.ipd.gov.hk/eng/.../sound_mark_clean2707e.pdf, truy cập ngày 7/05/2016.

¹⁰ Examination Guidelines for Three -Dimensional, Color, and Sound Trademarks of Taiwan.

¹¹ https://en.wikipedia.org/wiki/Maiden's_Prayer, truy cập ngày 10/05/2016.

¹² https://en.wikipedia.org/wiki/Wedding_March_%28Mendelssohn%29, truy cập ngày 10/05/2016.

¹³ Số đơn đăng ký tại Hoa Kỳ: 1700895 (ngày 14 tháng 7 năm 1992),

khó để đưa ra nhận định tương tự nếu đối tượng đăng ký nhãn hiệu là toàn bộ một bài hát hoặc một đoạn nhạc quá dài. Vì trong trường hợp này, nhiều khả năng người nghe sẽ xem nó như một loại nhạc nền quảng cáo hơn là liên tưởng nó tới nguồn sản xuất hoặc cung ứng.

Trong án lệ *EMI Catalogue P'ship v. Hill, Holliday, Connors, Cosmopolos Inc.*, Tòa Phúc thẩm Khu vực hai (the Court of Appeals for the Second Circuit) đã cho rằng, toàn bộ một bài hát không thể dùng để đăng ký nhãn hiệu. Lập luận mà tòa đưa ra: việc cho phép bảo hộ một nhãn hiệu là toàn bộ một bài hát sẽ không những mở rộng một cách quá mức định nghĩa của nhãn hiệu, mà còn đi xa hơn vai trò của nhãn hiệu là bảo hộ bản thân bài hát, bảo hộ chồng lên đối với luật bản quyền¹⁴. Bên cạnh đó, khác với thời hạn bảo hộ bản quyền, thời hạn bảo hộ của nhãn hiệu có thể là mãi mãi nếu chủ sở hữu duy trì hiệu lực bảo hộ nhãn hiệu. Do đó, một sự mở rộng phạm vi bảo hộ như vậy sẽ gây tổn hại cho quyền lợi chung của cộng đồng.

Ngoài mục đích tránh hiện tượng bảo hộ chồng lấn cũng như đảm bảo được sự cân bằng cần thiết giữa lợi ích của chủ sở hữu và quyền lợi của công chúng, tác giả cho rằng, một bài hát hoặc phần lớn của bài hát là quá dài để có thể nhận biết hoặc ghi nhớ. Do đó, trừ trường hợp chứng minh được tính phân biệt qua sử dụng, loại dấu hiệu này nên được xem là không có khả năng phân biệt.

3. Hình thức thể hiện của dấu hiệu âm thanh

Xuất phát từ những nguyên tắc nền tảng khi xây dựng các quy định về nhãn hiệu truyền thống, những điều kiện như dấu hiệu phải nhìn thấy được hay phải được thể hiện dưới dạng đồ họa (graphical representation) gây nên không ít tranh cãi khi được áp dụng như một yêu cầu bắt buộc để đăng ký nhãn hiệu cảm giác (sensory mark) nói chung và nhãn hiệu âm thanh nói riêng.

Bắt nguồn từ bản chất đa dạng và vô hình của âm thanh, yêu cầu về hình thức thể hiện đối với đối tượng này được quy định khá tùy nghi theo cấp độ quốc gia. Sự thiếu nhất quán này được Ủy ban Thường trực về Nhãn hiệu, Kiểu dáng công nghiệp và Chỉ dẫn địa lý của Tổ chức Sở hữu trí tuệ thế giới (WIPO) ghi nhận như sau: “Đối với đơn đăng ký dấu hiệu âm thanh, có thể yêu cầu việc thể hiện những dấu hiệu này bao gồm các nốt nhạc trên khuông nhạc, hoặc mô tả âm thanh hình thành nên dấu hiệu đó, hoặc bản ghi dạng số hoặc tương tự của âm thanh đó, hoặc bất kỳ sự kết hợp nào từ đó. Nếu cho phép nộp đơn điện tử, thì tài liệu điện tử có thể được nộp kèm với đơn. Tuy nhiên, đối với một vài lãnh thổ tài phán, chỉ có các nốt nhạc trên khuông nhạc mới có thể xem là dấu hiệu được thể hiện phù hợp”¹⁵.

Để làm rõ thêm về thực tế này, tác giả xin được viện dẫn một số trường hợp đã được xử lý trên thực tế tại một số quốc gia:

Liên minh châu Âu

<http://www.uspto.gov/trademarks/soundmarks/74158626.mp3>, truy cập ngày 10/05/2016.

¹⁴ *EMI Catalogue P'ship v. Hill, Holliday, Connors, Cosmopolos Inc.*, 228 F.3d 56 (2d Cir. 2000).

¹⁵ WIPO (2009), “Representation of Non-traditional Marks Areas of Convergence”, tr. 5.

Quan điểm về việc đăng ký những dấu hiệu không thể tiếp nhận được bằng thị giác lần đầu tiên được thể hiện trong án lệ liên quan đến đăng ký nhãn hiệu mùi C-273/00 Sieckmann ngày 12/12/2002¹⁶. Trong trường hợp này, Tòa Công lý Liên minh châu Âu (Court of Justice of the European Union – CJEU) đã nêu rõ rằng danh sách những ví dụ được liệt kê về nhãn hiệu tại Điều 2 của Chỉ thị Nhãn hiệu chưa phải là một danh sách đầy đủ, và “nhãn hiệu có thể bao gồm những dấu hiệu có thể không nhìn thấy được, miễn là nó thể hiện được dưới dạng đồ họa”.

CJEU cũng lập nên tiêu chí hình thức thể hiện phải “rõ ràng, chính xác, tự hàm chứa, dễ tiếp cận, dễ hiểu, lâu bền và khách quan”, và bảy tiêu chí này đã trở thành tiêu chuẩn để đánh giá hình thức thể hiện của các loại nhãn hiệu phi truyền thống.

Những nguyên tắc thiết lập trong Sieckmann đã được sử dụng lại trong phán quyết C-283/01 Shield Mark ngày 27/11/2003 để đánh giá tính phân biệt của những nhãn hiệu âm thanh do Shield Mark BV sở hữu, bao gồm “chín nốt nhạc đầu tiên trong bản “Fur Elise” của Beethoven” và “tiếng gà trống gáy”¹⁷.

Mặc dù hình thức của dấu hiệu âm thanh là âm nhạc (musical sounds) đã được CJEU làm rõ, nhưng những dấu hiệu âm thanh không phải là âm nhạc (non-musical sounds) lại không được trả lời trong trường hợp của Shield Mark. Bên cạnh đó, cũng có nhiều quan điểm cho rằng các tiêu chí

đặt ra tại Sieckmann đã tạo ra nhiều rào cản hơn đối với việc đăng ký các nhãn hiệu âm thanh¹⁸, đặc biệt là những âm thanh không thể hiện được bằng nốt nhạc.

Thực tiễn các đơn đăng ký nhãn hiệu thành công trong thời gian gần đây tại châu Âu cho thấy, các dấu hiệu thể hiện được dưới dạng nốt nhạc như tiếng nhạc chuông của Nokia Corporation, nhạc hiệu mở đầu phim của Twentieth Century Fox Film Corporation hay nhạc chuông quảng cáo của McDonald, đều sử dụng khuôn nhạc trong đó có nêu rõ cao độ và nhịp độ để đảm bảo chắc chắn về hình thức thể hiện bằng đồ họa.

Những âm thanh không thể hiện được bằng nốt nhạc như tiếng gầm sư tử của MGM cũng đã được Hội đồng phúc thẩm (OHIM) chấp nhận vào năm 2008, khi MGM nỗ lực nộp đơn lần hai và có kèm theo dữ liệu chứa âm thanh (file sound) cùng lời mô tả chi tiết. Theo nội dung hướng dẫn thẩm định nhãn hiệu cộng đồng của OHIM, ảnh chụp sóng siêu âm sẽ không được chấp nhận là hình thức thể hiện dưới dạng đồ họa nếu không có dữ liệu âm thanh đi kèm. Ngược lại, nếu chỉ có dữ liệu âm thanh thì cũng không đủ để đáp ứng yêu cầu hình thức thể hiện đồ họa. Phải là ảnh chụp sóng siêu âm kết hợp với dữ liệu âm thanh mới đáp ứng được điều kiện về hình thức thể hiện đối với dấu hiệu âm thanh không phải là âm nhạc.

Như vậy, có thể ngầm hiểu rằng đối với những âm thanh không thể hiện được

¹⁶ *Sieckmann v Deutsches Patent- und Markenamt* (Case C-273/00) [2002] ECR I-11737.

¹⁷ *Shield Mark BV v Joost Kist*, Case C-283/01 [2004] ECR I-14313.

¹⁸ Lale Kemal, *Sounding it out: A global view on registering sound trade marks (Part 1)*, <http://www.thebrandprotectionblog.com/sounding-it-out-a-global-view-on-registering-sound-trade-marks-part-1/>, truy cập ngày 12/6/2016.

trên khuôn nhạc, các tiêu chí như tự hàm chứa, rõ ràng, dễ hiểu, dễ tiếp cận có thể được khắc phục bằng cách nộp kèm theo dữ liệu chứa âm thanh.

Hoa Kỳ

Khác với Liên minh châu Âu, hình thức thể hiện dưới dạng đồ họa không phải là yêu cầu bắt buộc khi đăng ký nhãn hiệu âm thanh tại Hoa Kỳ. Trong đơn đăng ký, người nộp đơn chỉ cần đáp ứng một số yêu cầu như:

- Mô tả dấu hiệu;
- Nộp kèm băng ghi âm catxet hoặc đĩa compact có lưu mẫu âm thanh chứa đầy đủ dấu hiệu thể hiện bản chất của nhãn hiệu;
- Nếu dấu hiệu là âm nhạc hoặc từ ngữ trên nền nhạc, người nộp đơn cần nộp kèm theo một bản nhạc để dùng làm mẫu lưu¹⁹.

Như vậy, đối với dấu hiệu là âm nhạc, người nộp đơn ngoài việc mô tả dấu hiệu và nộp mẫu lưu âm thanh cần nộp kèm theo bản nhạc thể hiện bản chất của dấu hiệu. Còn đối với những dấu hiệu không phải là âm nhạc thì chỉ cần mô tả dấu hiệu và nộp kèm theo mẫu lưu âm thanh.

4. Gợi mở đối với Việt Nam

Các tiêu chí đối với từng loại dấu hiệu âm thanh dường như đã rất rõ ràng. Tuy nhiên, tác giả cho rằng, việc yêu cầu về hình thức thể hiện dưới dạng đồ họa là không phù hợp với bản chất của dấu hiệu âm thanh, vì:

Thứ nhất, đặc tính của dấu hiệu âm thanh là được nhận biết bằng thính giác chứ không phải thị giác. Do đó, không thể áp đặt yêu cầu “phải nhìn thấy được” đối với loại dấu hiệu này bằng cách khiên cưỡng buộc nó phải được thể hiện dưới hình thức đồ họa;

Thứ hai, thực tế cho thấy dù có được thể hiện trên khuôn nhạc hay ảnh sóng siêu âm thì việc tiếp cận đối với các hình thức này đều rất khó khăn. Vì chỉ có những người có kiến thức về nhạc lý mới có thể đọc được bản nhạc, hay phải cần đến sự hỗ trợ từ các phương tiện kỹ thuật thì mới có thể đọc được ảnh sóng siêu âm. Thực tiễn cũng đã chứng minh, để khắc phục nhược điểm này, các cơ quan đăng ký đều phải yêu cầu thêm dữ liệu âm thanh kèm theo.

Thứ ba, mục đích cuối cùng của chủ đơn khi đăng ký nhãn hiệu âm thanh là tìm kiếm sự bảo hộ đối với chính bản thân dấu hiệu âm thanh đó, chứ không phải dấu hiệu âm thanh đó “trông” như thế nào.

Từ những lập luận trên, tác giả kiến nghị khi cụ thể hóa quy định về hình thức thể hiện đối với dấu hiệu âm thanh, pháp luật Việt Nam chỉ cần đưa ra một yêu cầu chung đối với cả dấu hiệu là âm nhạc và không phải là âm nhạc, đó là:

- (i) Mô tả dấu hiệu âm thanh;
- (ii) Nộp kèm theo dữ liệu âm thanh chứa đầy đủ bản chất của dấu hiệu yêu cầu bảo hộ.

¹⁹ Intellectual Property Office of Singapore (2008), *Report for APEC Survey on Non-traditional Trade Marks*, tr. 20.

QUY TẮC XUẤT XỨ TRONG HIỆP ĐỊNH ĐỐI TÁC XUYỀN THÁI BÌNH DƯƠNG VÀ MỘT SỐ VẤN ĐỀ ĐẶT RA CHO VIỆT NAM

Nguyễn Tuấn Vũ*

Tóm tắt: Bài viết đề cập các nội dung: i) Mục đích và bản chất của quy tắc xuất xứ trong các hiệp định thương mại tự do (FTA); ii) Quy tắc xuất xứ theo Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP) và iii) Những vấn đề đặt ra cho Việt Nam.

Abstract: This article discusses: i) Purpose and nature of rules of origin in free trade agreements; ii) Rules of origin under the Trans-Pacific Partnership Agreement; and iii) Implications for Vietnam.

1. Mục đích và bản chất của quy tắc xuất xứ trong các FTA

Trong thương mại quốc tế, quy tắc xuất xứ hàng hóa được coi là một rào cản thương mại, một biện pháp “bảo hộ ẩn”. Quy tắc xuất xứ có thể đơn giản, dễ dàng và không quá khó để đáp ứng khi tất cả các bộ phận của một sản phẩm được sản xuất và lắp ráp chủ yếu tại một nước. Nhưng khi bộ phận cấu thành sản phẩm hoàn chỉnh có nguồn gốc ở nhiều nước thì đây là một quá trình phức tạp, tiêu tốn nhiều thời gian và tiền bạc của doanh nghiệp¹. Hơn nữa, trong bối cảnh các quốc gia tăng cường ký kết các FTA như hiện nay, sẽ tạo ra các quy tắc xuất xứ khác nhau và được vận dụng khá tùy tiện, đã dẫn đến chông chéo về căn cứ theo quy tắc của từng FTA, gọi là “hiệu ứng bát mì Spaghetti”². Và hệ quả là các chi phí

giao dịch của hoạt động thương mại trong mạng lưới FTA như vậy sẽ tăng lên, tạo ra một rào cản đối với chính hoạt động kinh doanh của nhà sản xuất. Thêm vào đó, với quy tắc xuất xứ, hàng hóa của quốc gia ngoài FTA sẽ gặp bất lợi, vì “bản chất của các ưu đãi là phân biệt đối xử với bên thứ ba”³.

Quy tắc xuất xứ còn là một biện pháp để giảm thiểu hiện tượng chệch hướng thương mại (trade deflection) khi hàng hóa nhập khẩu từ các nước không tham gia FTA sẽ vào khu vực thông qua nước thành viên⁴. Bản chất của hiện tượng này mang tính tiêu cực, một hình thức trốn thuế của các nhà sản xuất ngoài khu vực thương mại tự do.

Economic Integration - The ASEAN Economic Community and Beyond, ERIA Research Project Report 2007-1-2.

Nguồn: http://www.eria.org/publications/research_project_reports/images/pdf/PDF%20No.1-2/No.1-2-part4-16.pdf, truy cập ngày 17/05/2016.

³ Bùi Trường Giang (2010), *Hướng tới chiến lược FTA của Việt Nam: Cờ sở lý luận và thực tiễn Đông Á*, Nxb. Khoa học xã hội, tr. 92.

⁴ Maria Donner Abreu (2013), Preferential rules of origin in regional trade agreements, Economic Research and Statistics Division (WTO). Nguồn: https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201305_e.pdf, truy cập ngày 10/05/2016.

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

¹ Vivian C. Jones (2012), *International Trade: Rules of Origin*, Congressional Research Service.

² Hiratsuka, D., I. Isono, H. Sato and S. Umezaki (2008), *Escaping from FTA Trap and Spaghetti Bowl Problem in East Asia: An Insight from the Enterprise Survey in Japan*, in Soesastro, H. (ed.), *Deepening*

Quy tắc xuất xứ cụ thể trong từng FTA được vận dụng để xác định sự hợp lệ của hàng nhập khẩu, quyết định cho hưởng mức thuế ưu đãi, duy trì các cam kết trong FTA.

Như vậy, quy tắc xuất xứ là một công cụ trong chính sách thương mại quốc tế.

2. Quy tắc xuất xứ hàng hóa theo TPP

Quy tắc xuất xứ quy định trong Chương III của TPP gồm hai phần:

Phần một là quy tắc xuất xứ chung;

Phần hai là các thủ tục liên quan đến xuất xứ như chứng nhận xuất xứ, xác minh xuất xứ.

Các Phụ lục đi kèm bao gồm: i) Phụ lục 3-A: Các hình thức chứng nhận xuất xứ khác; ii) Phụ lục 3-B: Yêu cầu thông tin tối thiểu; iii) Phụ lục 3-C: Loại trừ áp dụng De Minimis; iv) Phụ lục 3-D: Quy tắc xuất xứ cụ thể các mặt hàng (gọi tắt là PSR): Phụ lục liệt kê quy tắc xuất xứ cụ thể toàn bộ các mặt hàng của 97 Chương theo Hệ thống mã số HS, với khoảng hơn 5000 mặt hàng ở cấp 6 số; Phụ lục 1 đi kèm Phụ lục 3-D (PSR) quy định quy tắc dành riêng cho ô tô và các phụ tùng của ô tô.

Theo TPP, những hàng hóa được xác định là có xuất xứ “nội khối” mới được hưởng ưu đãi về thuế quan, bao gồm hai nhóm: i) Hàng hóa có xuất xứ thuần túy hoặc được sản xuất toàn bộ tại các nước thành viên và ii) Hàng hóa không có xuất xứ thuần túy hoặc không được sản xuất toàn bộ tại các nước thành viên.

2.1. Hàng hóa có xuất xứ thuần túy hoặc được sản xuất toàn bộ tại các nước thành viên

Hàng hóa có xuất xứ thuần túy là những hàng hóa được hình thành một cách tự nhiên, thông qua việc nuôi trồng, đánh bắt hay thu

hoạch trên lãnh thổ của một hoặc nhiều nước thành viên. Chẳng hạn hàng thủy sản của Việt Nam khi xuất khẩu qua thị trường Mỹ sẽ được xem là hàng hóa có xuất xứ thuần túy vì được nuôi trên lãnh thổ Việt Nam.

Khía cạnh “toàn bộ” được hiểu là hàng hóa được sản xuất trên lãnh thổ của một hoặc nhiều nước thành viên TPP và không sử dụng bất kỳ một nguyên vật liệu nào từ các nước không phải là thành viên của TPP. Như vậy, nếu một sản phẩm được sản xuất bởi nhiều quốc gia, bao gồm cả quốc gia không phải thành viên TPP thì hàng hóa đó không được xem là hàng hóa được sản xuất toàn bộ.

Khoản 3 Điều 3 TPP liệt kê chi tiết các loại hàng hóa có xuất xứ thuần túy và được sản xuất toàn bộ. Tuy nhiên, cần lưu ý là có những loại hàng hóa “phái sinh” từ những hàng hóa có xuất xứ thuần túy cũng được coi như nguyên liệu sản xuất hay nói cách khác hàng hóa đó cũng có xuất xứ thuần túy.

2.2. Hàng hóa không có xuất xứ thuần túy hoặc không được sản xuất toàn bộ tại các nước thành viên

Hiện nay, dịch chuyển đầu tư từ nước này sang nước khác đã làm cho hàng hóa ngày càng mang tính quốc tế hóa qua nhiều công đoạn chế biến và sản xuất ở các nước khác nhau. Tuy nhiên, việc xác định xuất xứ theo các FTA chỉ cho phép lựa chọn một nơi xuất xứ của hàng hóa mặc dù nước được chọn không sản xuất ra toàn bộ hàng hóa đó.

Đối với hàng hóa không có tính thuần túy hoặc tính toàn bộ, quốc gia nhập khẩu sẽ cho nhà nhập khẩu hưởng ưu đãi thuế quan nếu đáp ứng các điều kiện về quy tắc xuất xứ cụ thể. Hai quy tắc xác định xuất xứ cơ bản và chủ yếu là.

a. Quy tắc hàm lượng giá trị khu vực (regional value content – RVC)⁵

Quy tắc này cho phép xác định một tỷ lệ giá trị nhất định của các nguyên liệu có xuất xứ tối thiểu để hàng hóa được xem là có xuất xứ TPP. Thông thường trong các FTA, quy tắc này ít được sử dụng riêng mà được kết hợp với quy tắc chuyển đổi dòng thuế, và nếu sử dụng riêng thì chỉ áp dụng cho loại hàng hóa cụ thể được nêu rõ trong FTA.

Ví dụ, quy tắc hàm lượng giá trị khu vực bao gồm ba phương pháp chung và một phương pháp riêng áp dụng cho mặt hàng ô tô, cụ thể:

i) Phương pháp giá trị tập trung (dựa trên giá trị nguyên phụ liệu không có xuất xứ cụ thể);

ii) Phương pháp gián tiếp (gọi là build-down, dựa trên giá trị nguyên phụ liệu không có xuất xứ);

iii) Phương pháp trực tiếp (gọi là build-up, dựa trên giá trị nguyên phụ liệu có xuất xứ);

iv) Phương pháp chi phí tịnh (chỉ áp dụng với mặt hàng ô tô).

Quy tắc này có ưu điểm khi các nguyên liệu cấu thành hàng hóa được cộng gộp là từ nội khối TPP. Vì vậy, các thành viên có thể linh hoạt trong việc sử dụng nguyên liệu đầu vào từ các nước TPP mà không cần thiết phải nhập khẩu hàng hóa từ nước ngoài TPP.

Tuy nhiên, khi áp dụng quy tắc này, tùy vào từng mặt hàng mà có cách tính trực tiếp, gián tiếp, chi phí tịnh hay giá trị tập trung với hàm lượng RVC dao động từ 30% - 55%.

b. Quy tắc chuyển đổi dòng thuế (tariff shift) hay còn gọi là quy tắc chuyển mã HS

Quy tắc chuyển đổi dòng thuế đòi hỏi các nguyên liệu không có xuất xứ phải trải qua quá trình sản xuất trong nội khối TPP đủ làm chuyển đổi bản chất của chúng. Hay nói cách khác, sau khi gia công, chế biến tại một thành viên TPP mà tính chất của hàng hóa thay đổi đến mức có thể phân loại theo một dòng thuế khác thì hàng hóa này được coi là xuất xứ tại nước đó.

Quy tắc chuyển đổi dòng thuế dựa trên Hệ thống hài hòa mô tả và mã hóa hàng hóa (HS - Harmonized System of Tariff Classification). Hệ thống hài hòa mô tả và mã hóa hàng hóa thường được gọi tắt là hệ thống hài hòa hoặc hệ thống HS, gồm các Quy tắc chung về giải thích, các Ghi chú pháp lý kèm theo Mục, các Ghi chú pháp lý kèm theo Chương và các Ghi chú pháp lý kèm theo các Phân nhóm được ban hành và thực hiện bởi các thành viên TPP theo quy định pháp luật tương ứng của mỗi thành viên⁶.

Quy tắc chuyển đổi dòng thuế là quy tắc được sử dụng phổ biến trong các FTA. Một ví dụ cụ thể về chuyển đổi mã hàng hóa như sau: Theo Phụ lục 3-D về Quy tắc xuất xứ cụ thể mặt hàng động vật sống và các sản phẩm từ động vật quy định: chuyển đổi cho hàng hóa của phân nhóm 0304.45 từ bất kỳ chương nào khác. Tức là những hàng hóa thuộc phân nhóm 0304.45 muốn được hưởng ưu đãi thuế quan từ thành viên TPP thì các nguyên liệu không có xuất xứ sản

⁵ Khoản 5 Điều 3 TPP.

⁶ Khoản 3 Điều 1 TPP. Trong lĩnh vực thương mại quốc tế, khi cần khai báo nguồn gốc xuất xứ nhà xuất khẩu thường ghi luôn mã HS để thuận tiện cho việc tính thuế tại các nước nhập khẩu. Phiên bản mới nhất của hệ thống hài hòa mô tả và mã hóa hàng hóa, tiêu chuẩn toàn cầu để phân loại trên 98% hàng hóa trong thương mại quốc tế có hiệu lực ngày 01/01/2012.

xuất ra mặt hàng này phải có mã HS thuộc Chương 45 (Chương của hàng hóa đó).

Ngoài hai quy tắc được áp dụng chung cho tất cả các mặt hàng, tùy vào tính chất của từng mặt hàng sẽ có quy tắc xuất xứ cụ thể. Chẳng hạn, mặt hàng hóa chất, xăng dầu ngoài quy tắc chuyển đổi mã số hàng hóa có thêm lựa chọn áp dụng các quy tắc khác như: phản ứng hóa học, tách đồng phân, thay đổi kích hạt, nguyên vật liệu tiêu chuẩn, tinh chế, phối trộn trực tiếp, chưng cất, pha loãng... hoặc có thể kết hợp giữa quy tắc hàm lượng giá trị khu vực với quy tắc chuyển đổi dòng thuế.

Ngoài các quy tắc xuất xứ cụ thể, cũng như các FTA khác, TPP cũng quy định về tỷ lệ không đáng kể đối với xuất xứ (De minimis)⁷. Theo đó, đối với những hàng hóa sản xuất từ các nguyên liệu không có xuất xứ; không đáp ứng được yêu cầu về chuyển đổi mã số hàng hóa theo quy định của phụ lục 3D (Quy tắc cụ thể mặt hàng) vẫn được coi là có xuất xứ nếu giá trị chỉ chiếm một tỷ lệ không đáng kể, cụ thể là không vượt quá 10% giá trị của hàng hóa. Quy định này tạo ra sự linh hoạt, cho phép hàng hóa không đáp ứng được quy tắc xuất xứ, nhưng có tỷ lệ không đáng kể vẫn được hưởng ưu đãi thuế quan theo TPP. Tuy nhiên, quy tắc này có hai vấn đề cần lưu ý: i) Chỉ được áp dụng trong trường hợp sử dụng nguyên liệu không có xuất xứ để sản xuất ra một sản phẩm khác; ii) Loại trừ áp dụng với một số nguyên phụ liệu sử dụng để sản xuất mặt hàng bơ sữa, mặt hàng có chứa bơ sữa, một số loại nước ép hoa quả, một số loại dầu ăn⁸.

Nhìn chung, quy tắc xuất xứ của TPP linh hoạt, chứa đựng nhiều trường hợp riêng

biệt và cũng khá phức tạp so với các FTA khác.

3. Những vấn đề đặt ra cho Việt Nam ***Thứ nhất, đối với hàng hóa xuất khẩu***

Hiện nay, các quốc gia thành viên TPP đang triển khai thủ tục phê chuẩn Hiệp định.

Đối với Việt Nam, mục tiêu lớn nhất khi tham gia TPP là tăng cường lợi thế xuất khẩu sang các nước TPP, tận dụng cơ hội miễn hoặc giảm thuế. Tuy nhiên, điều này chỉ đạt được nếu hàng hóa của Việt Nam đáp ứng đầy đủ các yêu cầu về quy tắc xuất xứ và các điều kiện để hưởng ưu đãi thuế quan⁹. Tức là hàng hóa phải có xuất xứ thuần túy, được sản xuất toàn bộ hoặc được sản xuất trong nội khối TPP, sử dụng nguyên liệu không có xuất xứ nhưng đáp ứng quy tắc xuất xứ cụ thể.

Những mặt hàng xuất khẩu chủ lực của Việt Nam như cao su, thủy sản, hạt điều, cà phê... thì việc đáp ứng được quy tắc xuất xứ khá dễ dàng, vì cơ bản, đây là những mặt hàng có xuất xứ thuần túy. Tuy nhiên, có một số mặt hàng chủ lực khác như dệt may, giày dép, bánh kẹo..., lại phụ thuộc vào nguyên liệu nhập khẩu từ các nước ngoài TPP, như Trung Quốc, Hàn Quốc, Đài Loan¹⁰... Do đó, để đáp ứng được quy tắc xuất xứ hàng hóa thông qua các quy tắc xác định cụ thể là điều không dễ dàng.

⁹ Khoản 20 Điều 3 TPP quy định: Trừ trường hợp tại Phụ lục 3-A (Thỏa thuận khác) có quy định khác, mỗi Bên quy định rằng một nhà nhập khẩu có thể làm đơn xin ưu đãi thuế quan, dựa trên chứng nhận xuất xứ được hoàn thành bởi nhà xuất khẩu, nhà sản xuất hoặc nhập khẩu.

¹⁰ Xem thêm: <http://www.customs.gov.vn/Lists/ThongKeHaiQuan/ViewDetails.aspx?ID=924&Category=Tin%20v%E1%BA%AFn%20th%E1%BB%91ng%20k%C3%AA&Group=Ph%C3%A2n%20t%C3%ADch>, truy cập ngày 15/05/2016.

⁷ Khoản 11 Điều 3 TPP.

⁸ Phụ lục 3-C TPP.

Đặc biệt, đối với hàng dệt may, quy tắc xuất xứ chủ đạo theo TPP là “từ sợi trở đi” (Yarn-Forward) hay được gọi là quy tắc “3 công đoạn”, nghĩa là toàn bộ quá trình kéo sợi, dệt vải, nhuộm, hoàn tất và may quần áo phải được thực hiện trong nội khối TPP. Quy tắc này khuyến khích phát triển ngành công nghiệp dệt may theo ngành dọc, đầu tư phát triển ngành sợi, vải, tạo cơ hội cho doanh nghiệp Việt Nam tham gia sâu hơn vào chuỗi cung ứng trong nội khối TPP và khối cung ứng toàn cầu. Tuy nhiên, quy tắc này sẽ là một thách thức cho doanh nghiệp dệt may Việt Nam trong bối cảnh nguồn cung nguyên liệu và sự phức tạp trong việc xác định xuất xứ để được hưởng ưu đãi.

Như vậy, để đáp ứng được quy tắc xuất xứ TPP, các doanh nghiệp Việt Nam bắt buộc phải nắm vững các quy định, công thức tính của từng quy tắc xuất xứ liên quan đến mặt hàng của mình và chuỗi cung ứng sản xuất trong nội khối TPP, đồng thời phải chủ động được nguồn cung nguyên liệu đầu vào, cũng như linh hoạt trong việc sử dụng nguyên liệu từ các nước nội khối TPP.

Thứ hai, đối với cơ chế tự chứng nhận xuất xứ

Một vấn đề đáng chú ý liên quan đến thủ tục chứng nhận xuất xứ của TPP là áp dụng cơ chế tự chứng nhận xuất xứ hàng hóa, cho phép nhà nhập khẩu, nhà xuất khẩu và nhà sản xuất tự chứng nhận xuất xứ. Cơ chế này cho phép các doanh nghiệp tự khai báo xuất xứ cho hàng hóa của mình thay cho cách thức doanh nghiệp phải nộp cho cơ quan hải quan giấy chứng nhận xuất xứ hàng hóa (C/O)¹¹ do cơ quan có thẩm quyền

của nước xuất khẩu cấp¹². Điều này tạo thuận lợi cho doanh nghiệp, tiết kiệm được thời gian và chi phí cho việc tuân thủ quy tắc xuất xứ và hạn chế sự chồng chéo với các quy tắc xuất xứ trong các FTA khác. Hiện nay trong khuôn khổ ASEAN, Việt Nam đang bắt đầu thí điểm cơ chế tự chứng nhận xuất xứ, tạo điều kiện cho việc triển khai cơ chế này của TPP¹³.

Liên quan đến cơ chế này, Việt Nam đã bảo lưu:

- Đối với hàng nhập khẩu: Việt Nam chỉ áp dụng hình thức nhà nhập khẩu tự chứng nhận xuất xứ sau 5 năm kể từ khi TPP có hiệu lực.

- Đối với hàng xuất khẩu: có thể áp dụng song song 2 hình thức trong thời gian 5 năm kể từ khi TPP có hiệu lực với Việt Nam (có thể gia hạn thêm 5 năm), đó là cấp C/O theo kiểu truyền thống (do cơ quan có thẩm quyền cấp) và tự chứng nhận xuất xứ. Sau thời hạn này, sẽ áp dụng chứng nhận xuất xứ như các nước.

Hiện nay, cơ chế tự chứng nhận xuất xứ còn khá mới mẻ với doanh nghiệp Việt Nam, mặc dù đã khá phổ biến trên thế giới. Vì vậy, các doanh nghiệp cần chủ động tìm hiểu để tiết kiệm chi phí và thời gian trong việc tuân thủ quy tắc xuất xứ của TPP.

những quy định và yêu cầu liên quan về xuất xứ, chỉ rõ nguồn gốc xuất xứ của hàng hóa đó, có ý nghĩa quyết định đến việc hưởng ưu đãi về thuế quan của nhà nhập khẩu.

¹² Bộ Công thương là cơ quan có thẩm quyền cấp C/O, nhưng ủy quyền lại cho một số cơ quan, tổ chức khác như Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam, các phòng quản lý xuất nhập khẩu, các ban quản lý...

¹³ Xem thêm: Thông tư số 28/2015/TT-BCT Quy định việc thực hiện thí điểm tự chứng nhận xuất xứ hàng hóa trong Hiệp định thương mại hàng hóa ASEAN.

¹¹ Giấy chứng nhận xuất xứ hàng hóa (Certificate of Origin-C/O) là văn bản do tổ chức thuộc quốc gia hoặc vùng lãnh thổ xuất khẩu hàng hóa cấp dựa trên

Thứ ba, đối với hiện tượng gian lận thương mại

Với sự gia tăng của các FTA, hiện tượng gian lận thương mại ngày càng trở nên phổ biến. Việc trốn thuế nhập khẩu vào FTA bằng cách nhập qua nước thành viên FTA làm thất thu tiền thuế đóng vào ngân sách quốc gia FTA, đồng thời ảnh hưởng xấu tới sự tồn tại và phát triển của các doanh nghiệp nội khối.

Gian lận thương mại qua C/O còn tập trung vào mặt hàng các nước xung quanh Việt Nam bị EU, Hoa Kỳ... áp thuế chống bán phá giá hoặc các biện pháp hạn chế nhập khẩu. Các mặt hàng này được chuyển bất hợp pháp vào Việt Nam để hợp thức hoá các bộ hồ sơ về vận chuyển, sau đó làm giả chứng từ, hồ sơ để hàng hóa này có xuất xứ tại Việt Nam¹⁴.

TPP là hiệp định thương mại tự do giữa 12 nền kinh tế với nhiều đối tác “khó tính” như Hoa Kỳ, Canada..., hành vi gian lận thương mại có thể ảnh hưởng đến các giá trị lợi ích của hàng hóa xuất khẩu Việt Nam. Vì vậy, để bảo vệ hàng hóa xuất khẩu Việt Nam, yêu cầu đặt ra là phải xây dựng cơ chế phòng, chống hành vi gian lận thương mại thông qua các phương thức cụ thể kiểm soát chặt chẽ hàng hóa xuất nhập khẩu, cũng như có chế tài nghiêm minh để xử lý những hành vi này.

Tóm lại, quy tắc xuất xứ là một nội dung quan trọng trong TPP, là công cụ được quốc gia thành viên sử dụng để hiện thực hóa các cam kết về thuế quan và mở cửa thị trường đối với hàng hóa của quốc gia thành viên khác khi TPP chính thức có hiệu lực.

¹⁴ Xem thêm: <http://thoibaotaichinhvietnam.vn/pages/thue-voi-cuoc-song/2016-05-13/gia-tang-gian-lan-c-o-viet-nam-de-huong-uu-dai-thue-31607.aspx>, truy cập ngày 18/05/2016.

(Tiếp theo trang 47 – Văn bản thỏa thuận về ...)

4. Hôn ước vô hiệu và hậu quả pháp lý

Xét về bản chất pháp lý, hình thức và thủ tục thực hiện thì hôn ước thực chất là một giao dịch dân sự. Do vậy, hôn ước phải đáp ứng, tuân thủ các điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự theo quy định của Bộ luật Dân sự. Khoản 1 Điều 50 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 quy định: “*Thỏa thuận về chế độ tài sản của vợ chồng bị Tòa án tuyên bố vô hiệu khi thuộc một trong các trường hợp sau đây: a) Không tuân thủ điều kiện có hiệu lực của giao dịch được quy định tại Bộ luật Dân sự và các luật khác có liên quan; b) Vi phạm một trong các quy định tại các điều 29, 30, 31 và 32 của Luật này; c) Nội dung của thỏa*

thuận vi phạm nghiêm trọng quyền được cấp dưỡng, quyền được thừa kế và quyền, lợi ích hợp pháp khác của cha, mẹ, con và thành viên khác của gia đình”.

Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 không quy định rõ trường hợp hôn ước vô hiệu toàn bộ và vô hiệu từng phần. Tuy nhiên, theo nguyên tắc quy định tại khoản 2 Điều 48, bất cứ khi nào không áp dụng được các quy định của hôn ước thì phải áp dụng các nguyên tắc chung của chế độ tài sản vợ chồng và các quy định tương ứng của chế độ tài sản theo luật định. Như vậy, khi hôn ước vô hiệu thì hậu quả pháp lý là chế độ tài sản của vợ chồng sẽ theo chế độ tài sản pháp định.

CÁC BIỆN PHÁP VỆ SINH AN TOÀN THỰC PHẨM TRONG HIỆP ĐỊNH ĐỐI TÁC XUYÊN THÁI BÌNH DƯƠNG VÀ PHÁP LUẬT VIỆT NAM HIỆN NAY

Nguyễn Thu Dung*

Tóm tắt: Bài viết đề cập các biện pháp vệ sinh an toàn thực phẩm trong Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương, đồng thời cho thấy hạn chế trong các quy định pháp luật hiện hành của Việt Nam, từ đó đề xuất một số ý kiến nhằm hoàn thiện.

Abstract: This article discusses food safety measures under the Trans-Pacific Partnership Agreement and points out shortcomings of current relevant laws and regulations of Vietnam. It then makes proposals to improve those laws and regulations.

Các biện pháp vệ sinh an toàn thực phẩm là một trong số các công cụ hạn chế thương mại quốc tế mà cả Tổ chức Thương mại thế giới (WTO) và Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP) đều cho phép thực hiện. Việc cho phép sử dụng chúng xuất phát từ chủ quyền quốc gia khi mỗi quốc gia đều phải có trách nhiệm ngăn chặn các nguy cơ về an toàn, an ninh sinh học có nguồn gốc từ các loại hàng hóa nhập khẩu từ bên ngoài lãnh thổ. Bất kỳ quốc gia nào cũng đều có quyền thiết lập và quyết định mức độ yêu cầu của các biện pháp vệ sinh an toàn thực phẩm. Tuy nhiên, trong bối cảnh các quốc gia phải thực thi các cam kết về xóa bỏ thuế quan thì các biện pháp vệ sinh an toàn thực phẩm có thể sẽ trở thành công cụ bảo hộ ngành sản xuất trong nước. Nếu như trước kia, Chính phủ có thể nâng thuế để hạn chế việc nhập khẩu hàng hóa vào thị trường nội địa thì ngày nay, việc làm này sẽ bị cấm. Thay vào đó, các Chính phủ có thể nâng cao yêu cầu về biện pháp vệ sinh an

toàn thực phẩm nhằm giảm bớt số lượng hàng nhập khẩu. Vì vậy, việc nghiên cứu sử dụng một cách linh hoạt các cam kết về biện pháp vệ sinh an toàn thực phẩm trong TPP để bảo vệ an toàn, an ninh sinh học của Việt Nam, đồng thời hạn chế việc các quốc gia sử dụng chúng như là rào cản thương mại thế hệ mới là thực sự cần thiết hiện nay.

1. Tiêu chuẩn, quy trình phân tích rủi ro và các cơ chế công nhận mức độ tương đương về vệ sinh an toàn thực phẩm

1.1. Tiêu chuẩn, quy trình phân tích rủi ro

Các quốc gia khi xây dựng các yêu cầu và biện pháp vệ sinh an toàn thực phẩm đều phải dựa trên việc quản lý các nguy cơ, rủi ro về vệ sinh an toàn thực phẩm. Nguy cơ này được xác định dựa trên một hệ thống các tiêu chuẩn về vệ sinh an toàn thực phẩm. Tiêu chuẩn vệ sinh an toàn thực phẩm được hiểu là những yêu cầu về tính năng, kỹ thuật của thực phẩm nhằm đảm bảo vệ sinh an toàn. Ngoài hệ thống tiêu chuẩn, việc quản lý nguy cơ, rủi ro về an toàn thực phẩm còn dựa trên quy trình phân tích rủi ro - là quá trình giám sát, theo dõi, phân tích, đánh giá các nguy cơ về vệ sinh

* ThS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

Bài viết trong khuôn khổ đề tài “Hoàn thiện pháp luật Việt Nam thích ứng yêu cầu của Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương”.

an toàn thực phẩm hoặc dựa trên quá trình quản lý nguy cơ trong các trường hợp vượt ra ngoài tiêu chuẩn thông thường. Các tiêu chuẩn là kết quả cụ thể, ổn định, có thể tiên lượng của một quá trình quản lý các nguy cơ về vệ sinh an toàn một loại thực phẩm nhất định. Tuy nhiên, có những dạng nguy cơ vượt ra ngoài các tiêu chuẩn thông thường và cần phải được kiểm soát theo một quy trình quản lý rủi ro. Vì thế, nếu hàng hóa nhập khẩu vượt quá các tiêu chuẩn hoặc nằm trong quy trình phân tích rủi ro thì nước nhập khẩu có quyền áp dụng các biện pháp can thiệp nhất định.

Theo Hiệp định TPP, các quốc gia đều có quyền tự quyết trong việc xây dựng các biện pháp vệ sinh an toàn thực phẩm. Tuy nhiên, để tránh việc thiết lập các tiêu chuẩn và các quy trình phân tích rủi ro khác nhau, gây cản trở thương mại quốc tế, các quốc gia thống nhất rằng, các tiêu chuẩn và quy trình phân tích rủi ro phải dựa trên các hướng dẫn, khuyến nghị về tiêu chuẩn của các tổ chức quốc tế (Điều 7.11 Hiệp định TPP). TPP cũng không ngăn cấm các nước thiết lập các biện pháp vệ sinh an toàn thực phẩm dựa trên các tiêu chuẩn và quy trình quản lý nguy cơ khác với các tiêu chuẩn quốc tế nếu có bằng chứng khoa học chứng minh cho mục tiêu thiết lập các biện pháp vệ sinh an toàn thực phẩm đó. Việc thực hiện thẩm quyền này sẽ phải tuân thủ một số quy định chặt chẽ nhằm hạn chế các quốc gia lạm dụng để cản trở thương mại quốc tế.

a) *Hướng dẫn, khuyến nghị về tiêu chuẩn, quy trình phân tích rủi ro của tổ chức quốc tế*

- *Về tiêu chuẩn*

Tổ chức quốc tế được Hiệp định TPP viện dẫn là Ủy ban Tiêu chuẩn thực phẩm Codex quốc tế (Codex Alimentarius

Commission - CAC)¹. Hiện nay, hệ thống tiêu chuẩn của CAC có hơn 100 tiêu chuẩn, hướng dẫn và quy phạm thực hành về vệ sinh an toàn thực phẩm, hơn 200 tiêu chuẩn về chất lượng thực phẩm, 1.777 điều khoản về phụ gia thực phẩm, 3.086 mức dư lượng tối đa đối với thuốc bảo vệ thực vật, 481 mức dư lượng tối đa đối với thuốc thú y trong thực phẩm². CAC cũng ban hành quy trình phân tích rủi ro chuẩn, gồm 4 nội dung là xác định nguy cơ, đánh giá nguy cơ, quản lý nguy cơ và truyền thông nguy cơ³. Nghĩa vụ của các nước thành viên là phải nhanh chóng hài hòa hóa các tiêu chuẩn của quốc gia để phù hợp.

Ở Việt Nam, các tiêu chuẩn về vệ sinh an toàn thực phẩm được quản lý theo hai hệ thống gồm: Hệ thống quy chuẩn kỹ thuật quốc gia (QCKT)⁴ và Hệ thống tiêu chuẩn

¹ CAC do Tổ chức Nông lương thế giới (FAO) và Tổ chức Y tế thế giới (WHO) đồng sáng lập vào năm 1963 nhằm xây dựng và ban hành các tiêu chuẩn thực phẩm quốc tế, các hướng dẫn về thực phẩm và các tài liệu liên quan, như quy phạm thực hành theo Chương trình Tiêu chuẩn thực phẩm của FAO/WHO. Các tiêu chuẩn này đã được WTO công nhận là căn cứ để giải quyết các vấn đề tranh chấp giữa các nước thành viên trong việc thực hiện Hiệp định về các biện pháp vệ sinh và kiểm dịch động, thực vật (SPS) kể từ năm 1995.

² <http://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/meetings-reports/en/>, truy cập ngày 21/5/2016.

³ Đánh giá nguy cơ được hiểu là việc dựa trên các bằng chứng khoa học để tự xác định sự tồn tại của các rủi ro, khả năng xảy ra rủi ro và đảm bảo bằng chứng khoa học cho biện pháp vệ sinh an toàn thực phẩm tương ứng. Còn quản lý nguy cơ là quá trình xây dựng mức độ bảo vệ mà một quốc gia cho là phù hợp để bảo vệ đời sống, sức khỏe con người trong lãnh thổ quốc gia mình.

⁴ Quy chuẩn kỹ thuật quốc gia được hiểu là *mức độ giới hạn* của đặc tính kỹ thuật và yêu cầu quản lý để đảm bảo vệ sinh an toàn do cơ quan nhà nước ban hành và có hiệu lực bắt buộc áp dụng. Còn tiêu chuẩn là các yêu cầu về đặc tính kỹ thuật và yêu cầu quản lý được dùng *làm chuẩn để phân loại, đánh giá sản phẩm* do tổ chức, cá nhân sản xuất hoặc tổ chức

Việt Nam (TCVN) và đều được xây dựng dựa theo các tiêu chuẩn quốc tế, tiêu chuẩn khu vực và tiêu chuẩn nước ngoài (khoản 4 Điều 6 Luật Tiêu chuẩn và quy chuẩn kỹ thuật 2006). QCKT do cơ quan nhà nước ban hành và có tính bắt buộc, còn TCVN do các tổ chức, hiệp hội... ban hành và mang tính khuyến nghị. Việc vận hành song song hai hệ thống tiêu chuẩn là lựa chọn tối ưu đối với một quốc gia đang phát triển như Việt Nam, bởi phù hợp với trình độ sản xuất hàng hóa, đồng thời khuyến khích các doanh nghiệp Việt Nam đáp ứng các tiêu chuẩn cao hơn nếu muốn xuất khẩu hàng hóa sang thị trường nước ngoài. Về mức độ hài hòa hóa, Việt Nam hiện có khoảng 81⁵ tiêu chuẩn về vệ sinh an toàn thực phẩm và hơn 65% các tiêu chuẩn này đã hài hòa với tiêu chuẩn CAC⁶. Ngoài ra, về mức độ linh hoạt của các tiêu chuẩn, hiện nay, việc xây dựng các tiêu chuẩn về vệ sinh an toàn thực phẩm được thực hiện thông qua các Ban kỹ thuật và Tiểu ban kỹ thuật của Tổng cục Tiêu chuẩn đo lường chất lượng với sự tham gia của nhiều nhà khoa học đầu ngành và các bộ, ngành, tổ chức, doanh nghiệp có liên quan. Do đó, hệ thống TCVN thường xuyên được điều chỉnh nhằm đáp ứng yêu

quốc tế công bố và tự nguyện áp dụng. Quy chuẩn kỹ thuật là những chỉ tiêu mà bắt buộc doanh nghiệp khi sản xuất sản phẩm phải đáp ứng, còn tiêu chuẩn là những chỉ tiêu cao hơn có tính chất khuyến khích các doanh nghiệp nâng cao công nghệ, quy trình sản xuất để đạt được. Tuy nhiên, tiêu chuẩn cũng có thể trở thành quy chuẩn kỹ thuật nếu được viện dẫn trong các văn bản pháp luật. Do đó, các tiêu chuẩn của CAC mặc dù có tính chất khuyến nghị nhưng cũng có thể trở thành bắt buộc nếu Việt Nam hài hòa hóa chúng trở thành các quy chuẩn kỹ thuật do cơ quan nhà nước ban hành.

⁵ <http://www.canthostnews.vn/?tabid=177&NDID=559>, truy cập ngày 21/5/2016.

⁶ Thông tin tại Hội nghị Nhóm đặc trách ASEAN về CAC lần thứ 16.

cầu quản lý nhà nước, yêu cầu của doanh nghiệp, cũng như phù hợp với thông lệ quốc tế. Tuy nhiên, nếu so với số lượng các tiêu chuẩn do CAC ban hành thì số lượng các tiêu chuẩn về vệ sinh an toàn thực phẩm của Việt Nam còn khá khiêm tốn.

- Về quy trình phân tích rủi ro

Hiện nay, quy trình phân tích rủi ro của Việt Nam tương đối giống với quy trình phân tích rủi ro theo khuyến nghị của CAC, tức là cũng bao gồm các hoạt động: phân tích nguy cơ, đánh giá nguy cơ, quản lý và truyền thông về nguy cơ an toàn thực phẩm (Điều 50 Luật An toàn thực phẩm 2010). Và để thực hiện được quy trình này thì một hệ thống các tổ chức, thiết chế cũng được thiết lập. Kết quả phân tích đánh giá nguy cơ còn được thẩm định bởi Hội đồng chuyên gia, Ban chuyên trách... Tuy nhiên, khả năng phản ứng của quy trình này chưa hiệu quả. Hiện nay, Việt Nam chưa có cơ sở dữ liệu thống nhất về nguy cơ an toàn thực phẩm để nhận diện và đánh giá⁷. Trong khi đó, việc nhận diện và đánh giá về nguy cơ an toàn thực phẩm lại là một quá trình liên tục và lâu dài, do đó, việc thiếu các nguồn lực để thiết lập một cơ sở dữ liệu chung về nguy cơ và quản lý nguy cơ an toàn thực phẩm là một hạn chế rất lớn của Việt Nam. Năm 2013, Chính phủ đã phê duyệt Đề án xây dựng hệ thống cảnh báo nhanh và phân tích nguy cơ về an toàn thực phẩm tại Việt Nam

⁷ Báo cáo “Thiết lập hệ thống thông tin thực trạng vệ sinh an toàn đối với thực phẩm được sản xuất, kinh doanh trên địa bàn Tp. Hồ Chí Minh”, Hội nghị khoa học Y tế công cộng lần 2 của Hội Y tế công cộng Tp. Hồ Chí Minh tháng 9/2015, <http://hytcc.org.vn/thong-tin-y-hoc/nguyen-cuu-khoa-hoc/hoi-nghi-khoa-hoc-2015/cong-nghe-thong-tin-y-te-moi-truong-bien-doi-khi-hau-va-suc-khoe/1023-thiet-lap-he-thong-thong-tin-thuc-trang-ve-sinh-an-toan-doi-voi-thuc-pham-duoc-san-xuat-kinh-doanh-tren-dia-ban-tp-hcm.html>.

(Quyết định số 518/QĐ-TTg ngày 27/3/2013). Tuy nhiên, đến nay hệ thống này vẫn chưa đi vào hoạt động. Do đó, để tăng cường năng lực quản lý nguy cơ rủi ro an toàn thực phẩm trong thời gian tới, Việt Nam cần phải thiết lập một cơ sở dữ liệu thống nhất về quản lý nguy cơ và thúc đẩy vận hành Hệ thống cảnh báo nhanh để không chỉ nâng cao năng lực quản lý và phát hiện các nguy cơ an toàn vệ sinh thực phẩm mà còn tạo cơ sở khoa học cho các biện pháp vệ sinh an toàn thực phẩm có thể thiết lập trong tương lai. Bên cạnh đó, Việt Nam cần tiếp tục xây dựng và hài hòa hóa các tiêu chuẩn quốc gia và QCKT để phù hợp với tiêu chuẩn của CAC nhằm nâng cao mức độ bảo vệ vệ sinh an toàn thực phẩm trong nước.

b) Thẩm quyền quốc gia trong việc ban hành các tiêu chuẩn và quy trình phân tích rủi ro

TPP khẳng định quyền của nước nhập khẩu trong việc thiết lập mức độ bảo vệ được cho là phù hợp khi ban hành các biện pháp vệ sinh an toàn thực phẩm và có thể khác so với các tiêu chuẩn quốc tế. Tuy nhiên, việc đánh giá rủi ro trong trường hợp này phải được thực hiện một cách minh bạch và phù hợp với bối cảnh rủi ro liên quan. Nếu sau khi đánh giá rủi ro, nước nhập khẩu thông qua biện pháp vệ sinh an toàn thực phẩm cho phép nhập khẩu, thì biện pháp đó phải được nước nhập khẩu áp dụng trong một thời gian hợp lý với điều kiện không gây cản trở thương mại vượt quá mức cần thiết. Ngoài ra, biện pháp vệ sinh an toàn thực phẩm có thể được áp dụng tạm thời trong trường hợp chưa có đủ chứng cứ khoa học. Tuy nhiên, nước áp dụng phải có nghĩa vụ thu thập thông tin bổ sung để rà soát và đánh giá lại rủi ro của biện pháp vệ sinh an toàn thực phẩm trong một thời gian

hợp lý. Khi nước xuất khẩu có lý do chính đáng để cho rằng, một biện pháp vệ sinh an toàn thực phẩm do nước nhập khẩu áp dụng đang kìm hãm hoặc có khả năng kìm hãm thương mại và không dựa trên các tiêu chuẩn quốc tế thì có quyền yêu cầu giải thích lý do duy trì biện pháp nêu trên (khoản 7, 8 Điều 5 Hiệp định SPS).

Ở Việt Nam, pháp luật mới chỉ đưa ra định hướng xây dựng tiêu chuẩn và quy chuẩn kỹ thuật dựa trên cơ sở các tiêu chuẩn quốc tế, khu vực và nước ngoài mà không đưa ra cơ sở thực tiễn của việc thiết lập các tiêu chuẩn bảo vệ⁸, nghĩa là Việt Nam đã tự thu hẹp thẩm quyền trong việc chủ động thiết lập các mức độ bảo đảm vệ sinh an toàn thực phẩm trong phạm vi lãnh thổ quốc gia. Do đó, nội dung này cần phải được làm rõ và sửa đổi, bổ sung trong pháp luật về tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật của Việt Nam.

1.2. Các cơ chế công nhận tương đương

Như trên đã phân tích, hệ thống các tiêu chuẩn và quy trình phân tích rủi ro về vệ sinh an toàn thực phẩm là kết quả nghiên cứu khoa học công nghệ ở từng quốc gia. Do đó, các quốc gia có trình độ khoa học kỹ thuật khác nhau sẽ đưa ra các mức độ bảo vệ khác nhau và từ đó thiết lập các tiêu chuẩn và quy trình quản lý rủi ro khác nhau. Thông thường, các quốc gia có trình độ phát triển khoa học cao sẽ có xu hướng áp dụng các tiêu chuẩn cao hơn. Do đó, để bảo đảm sự tương đồng trong mức độ bảo vệ giữa các quốc gia thành viên, ngoài việc khuyến nghị các quốc gia tuân theo các tiêu chuẩn vệ sinh an toàn thực phẩm quốc tế, TPP còn tạo lập 2 cơ chế khuyến khích các quốc gia

⁸ Trong Luật An toàn thực phẩm 2010, thẩm quyền thiết lập mức độ bảo vệ an toàn của Nhà nước cũng không được đề cập đến.

công nhận mức độ đảm bảo vệ sinh an toàn thực phẩm của nhau, gồm quy trình công nhận tương đương và quy trình kiểm tra nhà nước tại nước xuất khẩu. Nếu như quy trình công nhận tương đương dựa trên quyền yêu cầu của nước xuất khẩu, thì quy trình kiểm tra nhà nước tại nước xuất khẩu lại dựa trên quyền thanh tra của nước nhập khẩu. Tuy nhiên, kết quả của hai quy trình này đều là cơ sở để hai nước công nhận các biện pháp vệ sinh an toàn thực phẩm của nhau.

- Quy trình công nhận tương đương

Điều 7.8 TPP quy định điều kiện một biện pháp vệ sinh an toàn thực phẩm được coi là tương đương. Theo đó, một biện pháp vệ sinh an toàn thực phẩm được coi là tương đương nếu bên xuất khẩu chứng minh họ đạt được mức độ bảo vệ và hiệu quả tương tự như bên nhập khẩu. TPP cũng quy định về khoảng thời gian hợp lý bên nhập khẩu tiến hành đánh giá biện pháp vệ sinh an toàn thực phẩm tương đương bên xuất khẩu nhằm hạn chế việc kéo dài thời gian xem xét của bên nhập khẩu, đồng thời đáp ứng yêu cầu về tính minh bạch của quá trình đánh giá tương đương. Nếu bên nhập khẩu không công nhận tương đương thì phải nêu rõ lý do.

Hiện nay, ở Việt Nam, việc công nhận, thừa nhận lẫn nhau đã được quy định tại Điều 57 Luật Tiêu chuẩn và quy chuẩn kỹ thuật 2006. Theo đó, Việt Nam và các quốc gia, vùng lãnh thổ thừa nhận kết quả đánh giá sự phù hợp của nhau được thực hiện theo điều ước quốc tế. Trình tự, thủ tục thực hiện thỏa thuận thừa nhận lẫn nhau được hướng dẫn tại Thông tư số 27/2007/TT-BKHCN, theo đó, việc lựa chọn và chỉ định tổ chức đánh giá sự phù hợp phải theo trình tự thủ tục cụ thể và nước xuất khẩu cần phải được thông báo về quy trình này (gồm nội dung và thời gian thực hiện). Tuy nhiên,

đây mới là quy trình công nhận, thừa nhận giữa Việt Nam và các quốc gia khác về các tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật của nhau, trong khi việc công nhận và thừa nhận các biện pháp vệ sinh an toàn thực phẩm không chỉ có hoạt động công nhận, thừa nhận tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật mà còn công nhận, thừa nhận các biện pháp can thiệp vào thương mại khác có cùng mức độ bảo vệ giữa các quốc gia thành viên. Do đó, để tạo cơ sở pháp lý cho hoạt động công nhận, thừa nhận các biện pháp vệ sinh an toàn thực phẩm, Việt Nam cần nhanh chóng bổ sung và hoàn thiện quy định này trong hệ thống pháp luật quốc gia.

- Quy trình kiểm tra nhà nước tại nước xuất khẩu

TPP ghi nhận quyền thanh tra của nước nhập khẩu và khi thực hiện quyền này phải đảm bảo một số yêu cầu nhất định, như việc thanh tra phải có hệ thống, phải phục vụ việc đánh giá tính hiệu quả của việc kiểm soát vệ sinh an toàn thực phẩm của cơ quan có thẩm quyền nước xuất khẩu. Trước khi tiến hành thanh tra, hai nước phải thảo luận và quyết định về mục tiêu, phạm vi, tiêu chí, thủ tục và các bước thanh tra. Nước nhập khẩu phải cho nước xuất khẩu cơ hội được bình luận về các kết luận sau thanh tra. Nước xuất khẩu phải được thông báo bằng văn bản về kết quả thanh tra. Phạm vi thanh tra không chỉ bao gồm các đánh giá của cơ quan có thẩm quyền, chương trình giám sát mà còn thanh tra về hạ tầng kỹ thuật của nước xuất khẩu (khoản 1 Điều 7.10 Hiệp định TPP). Điều này có nghĩa, toàn bộ thể chế pháp lý về vệ sinh an toàn thực phẩm của nước xuất khẩu sẽ được nước nhập khẩu đánh giá và so sánh, vì thế, sẽ có khác biệt rất lớn khi so sánh giữa các nước phát triển và đang phát triển trong nội khối TPP.

Ở Việt Nam, kiểm tra nhà nước về an toàn thực phẩm tại nước xuất khẩu đã được quy định tại Luật An toàn thực phẩm 2010. Theo đó, cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền có trách nhiệm xây dựng kế hoạch kiểm tra, thông báo và phối hợp với cơ quan có thẩm quyền của nước xuất khẩu thực hiện kiểm tra hệ thống kiểm soát an toàn thực phẩm của nước xuất khẩu và cơ sở sản xuất, kinh doanh thực phẩm xuất khẩu vào Việt Nam. Trong thời hạn 30 ngày làm việc kể từ ngày nhận đủ hồ sơ đăng ký danh sách cơ sở sản xuất, kinh doanh của cơ quan có thẩm quyền nước xuất khẩu, cơ quan có thẩm quyền của Bộ quản lý ngành thực hiện thẩm tra hồ sơ, thông báo cho cơ quan có thẩm quyền của nước xuất khẩu kết quả thẩm tra và kế hoạch kiểm tra (Điều 15 Luật An toàn thực phẩm 2010).

Tuy nhiên, đối với Việt Nam, việc ghi nhận và nội luật hóa các nội dung về công nhận tương đương và kiểm tra nhà nước tại nước xuất khẩu là chưa đủ. Trong số 12 thành viên TPP, Việt Nam là quốc gia đang phát triển, tức là đang trong giai đoạn hoàn thiện các thể chế pháp lý về vệ sinh an toàn thực phẩm và được đánh giá là thấp hơn so với các thành viên khác. Vì thế, Việt Nam sẽ có nguy cơ trở thành nước xuất khẩu có yêu cầu công nhận tương đương, đồng thời cũng sẽ là nước xuất khẩu bị yêu cầu kiểm tra nhà nước khi muốn hài hòa hóa mức độ bảo vệ của các biện pháp vệ sinh an toàn thực phẩm của Việt Nam với các nước. Và để các quốc gia thành viên khác công nhận tương đương hoặc tiến hành công nhận tương đương sau khi kiểm tra nhà nước, không còn lựa chọn nào khác là ngoài việc nội luật hóa, Việt Nam phải nhanh chóng cải thiện thể chế pháp lý về vệ sinh an toàn thực phẩm trong nước dần tiến tới các chuẩn mực quốc tế.

2. Các biện pháp được áp dụng để kiểm soát vệ sinh an toàn thực phẩm

Dựa trên các tiêu chuẩn, quy trình phân tích rủi ro, các nguyên tắc trong việc xây dựng mức độ bảo đảm vệ sinh an toàn thực phẩm, các quốc gia sẽ thiết lập các biện pháp can thiệp trực tiếp vào hoạt động xuất nhập khẩu hàng hóa, gồm: biện pháp yêu cầu về chứng nhận nhập khẩu, biện pháp yêu cầu kiểm tra hàng hóa trước khi thông quan, và các biện pháp khẩn cấp khác.

2.1. Biện pháp yêu cầu về chứng nhận nhập khẩu

Yêu cầu về chứng nhận nhập khẩu được hiểu là những yêu cầu về giấy phép nhập khẩu do nước nhập khẩu ban hành nhằm thiết lập kiểm soát nguy cơ về an toàn thực phẩm trước khi hàng hóa được nhập khẩu vào thị trường (Điều 7.12 Hiệp định TPP). Để tránh việc các nước nhập khẩu tùy tiện đưa ra các yêu cầu về chứng nhận nhập khẩu, TPP buộc nước nhập khẩu phải xem xét các hướng dẫn của Ủy ban SPS của WTO về các tiêu chuẩn, hướng dẫn, khuyến nghị quốc tế cũng như phải cung cấp cho bên xuất khẩu các lý do chính đáng cho việc đưa ra yêu cầu chứng nhận nhập khẩu. Do đó, các quốc gia thành viên khi đưa ra các yêu cầu chứng nhận nhập khẩu đối với mặt hàng cụ thể phải dẫn chiếu được các cơ sở khoa học của việc đưa thực phẩm đó vào hoặc ra khỏi danh sách các sản phẩm phải có chứng nhận nhập khẩu.

Theo pháp luật Việt Nam hiện nay, đối với các loại hàng hóa thuộc diện quản lý chuyên ngành nói chung và hàng hóa là thực phẩm nói riêng, các yêu cầu chứng nhận nhập khẩu được thể hiện dưới dạng giấy phép nhập khẩu, giấy phép khảo nghiệm đối với sản phẩm lần đầu tiên nhập khẩu vào Việt Nam hoặc doanh nghiệp chỉ

cần đáp ứng các điều kiện nhập khẩu mà không cần phải có giấy phép nhập khẩu (Nghị định số 187/2013/NĐ-CP).

Về giấy phép nhập khẩu, giấy phép nhập khẩu hiện nay được áp dụng với sản phẩm là thủy sản sống dùng làm thực phẩm nằm ngoài danh mục các loài thủy sản sống được nhập khẩu làm thực phẩm tại Việt Nam (tức là nằm ngoài Phụ lục 5 Thông tư số 04/2015/TT-BNNPTNT). Trình tự, thủ tục cấp phép nhập khẩu được thực hiện theo Quy chế về cấp phép nhập khẩu hàng hóa (Quyết định số 41/2005/QĐ-TTg).

Về điều kiện nhập khẩu, theo quy định của Luật An toàn thực phẩm 2010, Nghị định số 38/2012/NĐ-CP, Thông tư số 19/2012/TT-BYT, đối với sản phẩm nhập khẩu là thực phẩm bắt buộc phải đảm bảo đủ các điều kiện về an toàn thực phẩm trước khi đưa ra lưu thông trên thị trường, theo đó, phải được đăng ký bản Công bố hợp quy tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền trước khi nhập khẩu (Điều 38 Luật An toàn thực phẩm 2010). Thủ tục đăng ký bản Công bố hợp quy được áp dụng với các sản phẩm đã có quy chuẩn kỹ thuật. Các sản phẩm chưa có quy chuẩn kỹ thuật, doanh nghiệp phải thực hiện thủ tục đăng ký bản Công bố phù hợp quy định an toàn thực phẩm cho đến khi có quy chuẩn kỹ thuật do cơ quan có thẩm quyền quy định. Cụ thể, các doanh nghiệp thực hiện kiểm nghiệm sản phẩm của mình tại phòng kiểm nghiệm được chỉ định (hoặc phòng kiểm nghiệm độc lập được công nhận hoặc phòng kiểm nghiệm được thừa nhận), sau đó lập hồ sơ đăng ký tại cơ quan có thẩm quyền (Điều 4, 5 Thông tư 19/2012/TT-BYT). Việc kiểm tra sau khi công bố thực phẩm cũng được cơ quan có thẩm quyền nơi có cơ sở sản xuất hoặc kinh doanh thực hiện và tiến hành kiểm tra định

kỳ đối với sản phẩm đã công bố.

Nhìn chung, các yêu cầu về chứng nhận nhập khẩu của Việt Nam đã được thiết lập dựa trên những khuyến nghị quốc tế về mức độ nguy cơ của các sản phẩm là thực phẩm nhập khẩu. Việc yêu cầu thực phẩm trước khi được nhập khẩu phải đáp ứng các quy chuẩn kỹ thuật của Việt Nam thông qua thủ tục chứng nhận hợp quy nhằm đảm bảo thực phẩm nhập khẩu phù hợp với mức độ bảo vệ về an toàn thực phẩm mà Việt Nam thiết lập. Tuy nhiên, để khẳng định biện pháp này có bảo vệ người dân Việt Nam trước những nguy cơ về sức khỏe của thực phẩm nhập khẩu hay không lại phụ thuộc vào quá trình thực thi của cơ quan nhà nước. Hiện nay, việc thực thi thủ tục công bố hợp quy còn mang tính hình thức, thiếu sự kết nối trong quản lý thông tin về chất lượng sản phẩm của doanh nghiệp và thiếu sự kiểm tra thường xuyên, liên tục về chất lượng thực phẩm sau khi công bố. Ngoài ra, quá trình này cũng mới áp dụng cho các loại thực phẩm đã qua chế biến bao gói sẵn, phụ gia thực phẩm, chất hỗ trợ chế biến thực phẩm mà không bao gồm các loại thực phẩm tươi sống, trong khi đó, quản lý chất lượng của thực phẩm tươi sống lại đang là vấn đề còn nhiều bất cập. Do đó, để các yêu cầu về chứng nhận nhập khẩu đáp ứng được mục tiêu bảo vệ sức khỏe cho người tiêu dùng Việt Nam, cần thiết phải cải thiện năng lực thực thi của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

2.2. Biện pháp yêu cầu kiểm tra hàng hóa trước khi thông quan

Yêu cầu kiểm tra hàng hóa trước khi thông quan là biện pháp kiểm soát nguy cơ vệ sinh an toàn thực phẩm ngay tại các cửa khẩu biên giới trước khi hàng hóa được đưa vào lưu thông tại thị trường nội địa. Trên

thực tế, yêu cầu kiểm tra hàng hóa trước khi thông quan là biện pháp tiên quyết đảm bảo cho việc kiểm soát nguy cơ vệ sinh an toàn thực phẩm, nhưng đồng thời nó cũng có thể trở thành một rào cản trong thương mại nếu nước nhập khẩu tiến hành kiểm tra kéo dài dẫn đến sự chậm trễ, tổn kém trong lưu thông hàng hóa. Chi phí lưu thông tổn kém dẫn đến việc các nước xuất khẩu sẽ phải tìm kiếm các kênh nhập khẩu khác, thậm chí trong một số trường hợp còn gây tổn thất

không nhỏ cho doanh nghiệp nhập khẩu, và qua đó, tác động tiêu cực tới thương mại. Do đó, để tránh trường hợp các quốc gia lạm dụng yêu cầu kiểm tra nhập khẩu trước khi thông quan làm phương hại đến thương mại quốc tế, Hiệp định TPP (Điều 7.11) đã quy định cụ thể và rõ ràng hơn so với Hiệp định SPS của WTO về các điều kiện được áp dụng yêu cầu kiểm tra nhập khẩu, thể hiện cụ thể:

Nước xuất khẩu	Nước nhập khẩu
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Quyền được cung cấp thông tin (quy trình phân tích, quy trình lấy mẫu...). 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Nghĩa vụ thiết lập các thủ tục kiểm tra của nước nhập khẩu phải dựa trên các nguy cơ gắn với việc nhập khẩu, trên cơ sở quy trình phân tích rủi ro mà nước nhập khẩu đã áp dụng và phải đảm bảo việc kiểm tra đúng phương pháp và đúng tiêu chuẩn quốc tế.
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Quyền góp ý kiến đối với kết quả kiểm tra nhập khẩu sơ bộ. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Nghĩa vụ thông báo kết quả kiểm tra sơ bộ nếu có vi phạm trước khi thông báo kết quả kiểm tra chính thức.
	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Nghĩa vụ thông báo kết quả kiểm tra chính thức.
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Quyền yêu cầu rà soát biện pháp cấm hoặc hạn chế nhập khẩu. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Áp dụng biện pháp cấm hoặc hạn chế nhập khẩu hàng hóa.

Bảng trên cho thấy xu hướng gia tăng nghĩa vụ của nước nhập khẩu trong việc minh bạch hóa quy trình kiểm tra nhập khẩu, như yêu cầu đảm bảo cơ sở khoa học của biện pháp kiểm tra, tính chuẩn mực của quy trình kiểm tra..., đồng thời tăng quyền cho nước xuất khẩu trong việc giám sát, đưa ra yêu cầu và được tham gia trực tiếp vào quá trình kiểm tra hàng hóa nhập khẩu trước khi thông quan. Điều này có ý nghĩa đối với thương mại quốc tế khi TPP đòi hỏi sự chính đáng và trung thực của các quốc gia trong việc thực thi yêu cầu kiểm tra nhập khẩu. Tuy nhiên, đối với quốc gia đang

trong giai đoạn hoàn thiện thể chế như Việt Nam, việc thực thi các nghĩa vụ này lại không phải dễ dàng.

Ở Việt Nam, việc kiểm tra hàng hóa là thực phẩm trước khi thông quan chịu sự điều chỉnh của Luật Chất lượng sản phẩm, hàng hóa 2007, Luật An toàn thực phẩm 2010, Luật Hải quan 2014; các nghị định như Nghị định số 08/2015/NĐ-CP quy định chi tiết và biện pháp thi hành Luật Hải quan về thủ tục hải quan, kiểm tra, giám sát, kiểm soát hải quan, Nghị định số 132/2008/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Chất lượng sản phẩm, hàng hóa,

Nghị định số 38/2012/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật an toàn thực phẩm; các thông tư như Thông tư số 38/2015/TT-BTC quy định về thủ tục hải quan, kiểm tra, giám sát hải quan, Thông tư số 14/2015/TT-BTC hướng dẫn về phân loại hàng hóa, phân tích để phân loại hàng hóa, phân tích để kiểm tra chất lượng, kiểm tra an toàn thực phẩm đối với hàng hóa xuất khẩu, nhập khẩu; Quyết định số 2132/QĐ-TCHQ ngày 31/7/2015 về việc ban hành quy chế phân tích để phân loại hàng hóa, phân tích để kiểm tra chất lượng, kiểm tra an toàn thực phẩm đối với hàng hóa xuất khẩu, nhập khẩu...

Kiểm tra nhập khẩu là quy trình bắt buộc cho tất cả loại thực phẩm, nguyên liệu thực phẩm, phụ gia thực phẩm, chất hỗ trợ chế biến; dụng cụ, vật liệu bao gói, chứa đựng thực phẩm khi nhập khẩu vào Việt Nam (ngoại trừ một số thực phẩm được miễn kiểm tra theo khoản 1 Điều 39 Luật An toàn thực phẩm 2010). Hàng hóa sẽ chỉ được đưa về kho bảo quản chờ hoàn thành việc thông quan khi có giấy đăng ký kiểm tra an toàn thực phẩm và được thông quan khi có xác nhận kết quả kiểm tra thực phẩm đạt yêu cầu nhập khẩu (khoản 1 Điều 40 Luật An toàn thực phẩm 2010).

Về cơ quan kiểm tra chuyên ngành: Bộ Y tế là cơ quan chịu trách nhiệm quản lý chất lượng của hàng hóa là thực phẩm xuất khẩu, nhập khẩu và lưu thông trên thị trường (khoản 2 Điều 70 Luật Chất lượng sản phẩm, hàng hóa 2007). Bộ trưởng Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn, Bộ trưởng Bộ Công Thương kiểm tra nhà nước về an toàn thực phẩm đối với các chất hỗ trợ chế biến thực phẩm, dụng cụ, vật liệu bao gói, chứa đựng thực phẩm nhập khẩu thuộc lĩnh vực được phân công quản lý (khoản 3

Điều 40 Luật An toàn thực phẩm 2010). Trường hợp được chỉ định thì cơ quan hải quan căn cứ vào điều kiện, tiêu chuẩn do các cơ quan quản lý nhà nước ban hành để thực hiện việc kiểm tra (Điều 13 Thông tư số 14/2015/TT-BTC).

Về quy trình kiểm tra nhập khẩu: trình tự, thủ tục lập hồ sơ và lấy mẫu hàng hóa để kiểm tra chất lượng, kiểm tra an toàn thực phẩm được thực hiện theo các quy định và hướng dẫn của các bộ quản lý chuyên ngành (Điều 12 Thông tư số 14/2015/TT-BTC). Bộ Y tế cũng đã ban hành Thông tư số 52/2015/TT-BYT về kiểm tra nhà nước về an toàn thực phẩm đối với thực phẩm nhập khẩu và hồ sơ, thủ tục cấp giấy chứng nhận đối với thực phẩm xuất khẩu thuộc phạm vi quản lý của Bộ Y tế.

Về minh bạch thông tin: trong thời hạn tối đa 10 ngày kể từ ngày cấp giấy đăng ký kiểm tra hoặc ngày lấy mẫu kiểm tra chuyên ngành, cơ quan kiểm tra chuyên ngành có thẩm quyền phải có kết luận kiểm tra và gửi cơ quan hải quan hoặc gửi tới Cổng thông tin một cửa quốc gia trong trường hợp cơ quan kiểm tra có hệ thống công nghệ thông tin kết nối với Cổng thông tin một cửa quốc gia để cơ quan hải quan quyết định việc thông quan hàng hóa. Trường hợp quá thời hạn quy định mà cơ quan kiểm tra chuyên ngành chưa có kết luận kiểm tra chuyên ngành thì phải có văn bản nêu rõ lý do và ngày ra kết luận kiểm tra gửi cơ quan hải quan (khoản 1, 2 Điều 33 Nghị định số 08/2015/NĐ-CP).

Về quyền của người khai hải quan trong quá trình kiểm tra hàng hóa nhập khẩu: trong trường hợp người khai hải quan không đồng ý với kết luận của Thông báo kết quả kiểm tra an toàn thực phẩm thì có thể thực

hiện khiếu nại theo Luật Khiếu nại hoặc trưng cầu giám định theo Nghị định số 08/2015/NĐ-CP.

Hiện nay, trình tự, thủ tục kiểm tra hàng hóa khi nhập khẩu đã có những cải thiện đáng kể. Nếu như trước đây doanh nghiệp nhập khẩu phải mất nhiều thời gian để thực hiện thủ tục nhập khẩu tại hai cơ quan là hải quan và quản lý chuyên ngành, thì nay do thực hiện mô hình điểm kiểm tra chuyên ngành với việc bố trí cơ quan kiểm tra chuyên ngành ngay tại cửa khẩu đã phần nào hạn chế được tình trạng này. Ngoài ra, cơ quan hải quan cũng chủ động xây dựng quy chế phối hợp kiểm tra chuyên ngành với các đơn vị có chức năng kiểm tra chuyên ngành của các bộ, ngành có liên quan và có sự tham gia của cả các tổ chức tư nhân⁹. Ưu điểm của mô hình này là tiết kiệm thời gian cho doanh nghiệp trong quá trình kiểm tra hàng hóa, đồng thời hạn chế việc các doanh nghiệp trà trộn, gian lận hàng kém chất lượng để đưa ra thị trường tiêu thụ. Mô hình này cũng góp phần thúc đẩy quá trình trao đổi thông tin giữa cơ quan hải quan và cơ quan quản lý chuyên ngành, gia tăng mức độ khoa học của biện pháp kiểm tra chuyên ngành. Tuy nhiên, mô hình này mới đang ở giai đoạn khởi động và còn nhiều nội dung cần tiếp tục hoàn thiện. Theo Đề án Giải pháp nâng cao hiệu lực, hiệu quả hoạt động kiểm tra chuyên ngành đối với hàng hóa xuất khẩu, nhập khẩu (Quyết định số 2026/QĐ-TTg ngày 17/11/2015 của Thủ tướng Chính phủ), hệ thống kiểm tra nhập

khẩu sẽ tiếp tục được cải thiện với mục tiêu không chỉ rút ngắn thời gian thủ tục thông quan, mà còn thiết lập một mức độ bảo vệ hợp lý đối với thị trường, môi trường, sức khỏe cộng đồng của Việt Nam.

2.3. Biện pháp vệ sinh an toàn thực phẩm khẩn cấp

Ngoài việc thiết lập các biện pháp can thiệp vào quá trình thông quan của hàng hóa, Hiệp định TPP còn cho phép các quốc gia được thiết lập biện pháp vệ sinh an toàn thực phẩm khẩn cấp được áp dụng trong trường hợp cần thiết nhằm bảo vệ tính mạng, sức khỏe của người, động, thực vật. Đi kèm với việc quy định biện pháp này là các nguyên tắc áp dụng khá chặt chẽ. Theo đó, nước nhập khẩu khi áp dụng biện pháp vệ sinh an toàn thực phẩm khẩn cấp phải nhanh chóng thông báo cho các nước thành viên khác. Trong vòng 6 tháng sau đó, nước nhập khẩu phải rà soát lại căn cứ khoa học của biện pháp khẩn cấp. Nếu biện pháp đó vẫn được duy trì sau khi đánh giá thì bên áp dụng phải đánh giá theo định kỳ (Điều 7.14 Hiệp định TPP).

Hiện nay, ngoài các quy định về truy xuất nguồn gốc thực phẩm và thu hồi xử lý thực phẩm không bảo đảm an toàn quy định tại Điều 54, 55 Luật An toàn thực phẩm 2010, Việt Nam chưa có quy định áp dụng các biện pháp vệ sinh an toàn thực phẩm trong các trường hợp khẩn cấp như yêu cầu của TPP. Do đó, cần thiết phải bổ sung quy định này.

2.4. Biện pháp liên quan nhập khẩu thực phẩm khi quốc gia xuất khẩu có dịch bệnh (nguyên tắc khu vực hóa)

Trên thực tế, các nước nhập khẩu thường có xu hướng cấm nhập khẩu hàng hóa từ một quốc gia có dịch bệnh dù dịch

⁹ Ví dụ: theo Quy chế phối hợp kiểm tra chuyên ngành giữa Cục Thuế Hà Nội với 4 cơ quan quản lý chuyên ngành thì ngoài Viện Kiểm nghiệm an toàn vệ sinh thực phẩm quốc gia, Cơ quan thú y vùng I, Chi cục Kiểm dịch thực vật vùng V còn có sự tham gia của Công ty cổ phần tập đoàn Vinacontrol Hà Nội.

bệnh chỉ xảy ra và được cách ly tại một khu vực nhất định. Trong khi, một số doanh nghiệp xuất khẩu do có điều kiện an ninh sinh học cao vẫn có thể đảm bảo chất lượng hàng hóa xuất khẩu ngay cả trong điều kiện nước xuất khẩu có dịch bệnh. Do đó, việc căn cứ vào dịch bệnh để cấm việc nhập khẩu một hàng hóa nào đó sẽ ảnh hưởng nghiêm trọng đến lưu thông thương mại của bộ phận doanh nghiệp xuất khẩu vốn không chịu tác động bởi dịch bệnh. Vì vậy, nguyên tắc về khu vực hóa giúp ngăn cản việc nước nhập khẩu áp đặt lệnh cấm nhập khẩu hoàn toàn các sản phẩm ở nước xuất khẩu nơi đang xảy ra dịch bệnh bằng cách, tạo ra một quy trình để nước nhập khẩu xem xét về khả năng cách ly và không có nguy cơ an toàn thực phẩm của các sản phẩm xuất khẩu từ quốc gia đang có dịch bệnh.

Các quy định về khu vực hóa đòi hỏi các nước khi áp dụng các biện pháp vệ sinh an toàn thực phẩm phải tính đến sự phù hợp với điều kiện khu vực nơi xuất xứ của sản phẩm và không được cấm nhập khẩu hàng hóa trên toàn bộ lãnh thổ quốc gia nếu có bằng chứng cho rằng, bệnh dịch đã được cách ly ở trong một khu vực nhất định. TPP đặt ra yêu cầu nước nhập khẩu phải xem xét đánh giá vùng, khu vực mà nước xuất khẩu đề nghị. Một số doanh nghiệp xuất khẩu có quy trình sản xuất đảm bảo an ninh sinh học cao sẽ được xem xét để tiếp tục xuất khẩu các sản phẩm ngay cả khi các doanh nghiệp này nằm trong khu vực hoặc quốc gia có dịch bệnh.

TPP buộc bên nhập khẩu phải xem xét các bằng chứng về việc đủ điều kiện trong một khoảng thời gian hợp lý. Nếu không đủ bằng chứng về việc đủ điều kiện của một

vùng hoặc khu vực thì nước nhập khẩu có thể quyết định không chấp nhận vùng hoặc khu vực đó. Bên nhập khẩu phải thông báo cho bên xuất khẩu quyết định này và nêu rõ lý do không chấp nhận, đồng thời phải cung cấp thông tin về điều kiện và thời gian xem xét lại việc nhập khẩu các sản phẩm này (Điều 7.7 Hiệp định TPP).

Ở Việt Nam, theo các quy định về xử lý các thực phẩm nhập khẩu không bảo đảm an toàn, nếu thực phẩm nhập khẩu có chất cấm sử dụng hoặc xuất hiện tác nhân gây ô nhiễm vượt mức giới hạn quy định hoặc thực phẩm nhập khẩu bị cơ quan có thẩm quyền nước xuất khẩu, nước khác hoặc tổ chức quốc tế thông báo có chứa tác nhân gây ô nhiễm gây hại đến sức khỏe, tính mạng con người thì thực phẩm nhập khẩu có thể bị thu hồi và xử lý (khoản 1 Điều 55 Luật An toàn thực phẩm 2010). Đối với trường hợp thực phẩm nhập khẩu, sau khi kiểm tra nếu không đáp ứng được yêu cầu về vệ sinh an toàn thực phẩm thì cơ quan hải quan có thể yêu cầu tái xuất, tái chế hoặc tiêu hủy hàng hóa đó. Tuy nhiên, đây chỉ là các quy định liên quan đến hàng hóa cụ thể mà chưa đề cập đến trường hợp nhập khẩu các thực phẩm có nguồn gốc từ các quốc gia đang có dịch bệnh. Về nguyên tắc, danh mục hàng hóa cấm nhập khẩu có thể bổ sung theo từng thời kỳ và các quốc gia có thể ban hành một lệnh cấm nhập khẩu tạm thời đối với loại thực phẩm đó. Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam chưa quy định rõ về vấn đề này cũng như trình tự, thủ tục để xem xét yêu cầu của nước xuất khẩu liên quan, nên cần xem xét để bổ sung.

ĐIỀU KIỆN TRỞ THÀNH CƠ SỞ THƯỜNG TRÚ CỦA DOANH NGHIỆP NƯỚC NGOÀI THEO CÁC HIỆP ĐỊNH TRÁNH ĐÁNH THUẾ HAI LẦN VÀ LUẬT THUẾ THU NHẬP DOANH NGHIỆP VIỆT NAM

*Dương Văn Học**

Tóm tắt: Bài viết phân tích các vấn đề pháp lý về điều kiện trở thành cơ sở thường trú của doanh nghiệp nước ngoài trong các hiệp định tránh đánh thuế hai lần và Luật Thuế thu nhập doanh nghiệp của Việt Nam, qua đó đề xuất một số kiến nghị hoàn thiện.

Abstract: This article analyses legal issues on requirements for a permanent establishment of a foreign business under double taxation conventions and the Law on Business Income Tax of Vietnam. It then makes proposals to improve the Law.

Hiệp định tránh đánh thuế hai lần giữa Việt Nam và Pháp định nghĩa: cơ sở thường trú của doanh nghiệp nước ngoài (cơ sở thường trú) là một cơ sở kinh doanh cố định mà qua đó một doanh nghiệp thực hiện toàn bộ hay một phần hoạt động kinh doanh của mình¹. Nếu như định nghĩa trên được ghi nhận trong các Hiệp định và Luật Thuế thu nhập doanh nghiệp Việt Nam², thì các điều kiện chung để trở thành cơ sở thường trú chưa được pháp luật thuế trong nước quy định cụ thể. Thông tư 205/2013/TT-BTC ngày 24/12/2013 hướng dẫn thi hành các Hiệp định có quy định về vấn đề này nhưng vẫn

cần được bổ sung cho phù hợp với thực tiễn. Ba điều kiện để trở thành cơ sở thường trú của doanh nghiệp nước ngoài được rút ra từ định nghĩa trên gồm: (i) Là cơ sở kinh doanh, (ii) Tính cố định của cơ sở kinh doanh, và (iii) Doanh nghiệp nước ngoài thực hiện hoạt động kinh doanh thông qua cơ sở kinh doanh cố định đó.

1. Cơ sở kinh doanh

Điều kiện đầu tiên để trở thành cơ sở thường trú của doanh nghiệp nước ngoài đó phải là một cơ sở kinh doanh, ví dụ như toà nhà, văn phòng hoặc một phần của toà nhà hay văn phòng đó, một phương tiện hoặc thiết bị... Ngoài ra, cơ sở kinh doanh còn được xem xét đến đó là nơi phục vụ cho việc kinh doanh của doanh nghiệp, như nhà kho trữ hàng, ki-ốt bán hàng trong khu vực chợ...³. Thông tư 205/2013/TT-BTC đưa ra ví dụ cho việc xác định cơ sở thường trú: “Công ty X của Trung Quốc mở một gian

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

¹ Điều 5(1), Hiệp định tránh đánh thuế hai lần giữa Việt Nam và Pháp.

² Vấn đề xác định cơ sở thường trú và đánh thuế đối với chúng được chia thành hai nhóm: nhóm cơ sở thường trú của doanh nghiệp đến từ các nước có ký kết Hiệp định với Việt Nam, và nhóm đến từ các nước không/chưa ký kết Hiệp định. Đối với nhóm có ký kết Hiệp định thì cơ sở pháp lý điều chỉnh là Hiệp định và Thông tư 205/2013/TT-BTC; còn đối với nhóm không ký kết Hiệp định thì cơ sở điều chỉnh là Luật Thuế thu nhập doanh nghiệp Việt Nam và các văn bản hướng dẫn thi hành.

³ OECD Committee on Fiscal Affairs (2010), *Commentaries on Model Tax Convention on Income and Capital (condensed version)*, OECD Publishing, France, p. 93.

hàng tại một khu chợ tết của Việt Nam, thông qua gian hàng này công ty X bán các hàng hoá tại hội chợ. Khi đó, gian hàng này sẽ được coi là cơ sở thường trú của công ty X tại Việt Nam” (Ví dụ 8 Điều 11).

Khi xem xét một phương tiện hoặc thiết bị nào đó có là cơ sở thường trú không thì cần xem xét chức năng hoạt động của thiết bị đó mà không phải là thiết kế của nó. Ví dụ, Công văn số 89/TCT-CS của Tổng cục Thuế ngày 08/1/2014 gửi Cục Hàng hải Việt Nam và Công ty Cổ phần Vận tải và Thuê tàu Vietfracht diễn giải như sau: “*Tàu tự dỡ hàng (SUV), mặc dù được thiết kế nhằm cho hoạt động vận tải theo Điều 8 của Hiệp định, nhưng được neo đậu tại lãnh thổ Việt Nam (tại nơi công ty nước ngoài thuê mặt biển), không di chuyển và thực chất sẽ hoạt động như một kho nổi (có lưu trữ hàng) và trạm bơm để chuyển quặng từ tàu mẹ sang SUV hoặc từ SUV sang tàu lấy hàng (tàu nhỏ), hoặc trực tiếp từ tàu mẹ sang tàu lấy hàng nên vẫn được xem xét là một cơ sở thường trú theo Điều 5 của Hiệp định”.*

Cơ sở kinh doanh cũng được xác định nếu doanh nghiệp nước ngoài thực hiện hoạt động kinh doanh của mình thông qua các cơ sở hoặc các thiết bị của doanh nghiệp khác⁴. Ví dụ, doanh nghiệp nước ngoài thuê nhà xưởng và thiết bị của một công ty nước khác để thực hiện hoạt động sản xuất, kinh doanh, thì nhà xưởng và thiết bị đó cũng được coi là cơ sở kinh doanh của doanh nghiệp khi xem xét sự tồn tại của cơ sở thường trú. Do đó, có thể hiểu, cơ sở kinh doanh sẽ được xem xét là cơ sở thường trú mà không phụ thuộc vào việc cơ sở đó thuộc sở hữu của doanh nghiệp nước ngoài hay do thuê mà có.

⁴ Như chú thích 3, p. 93.

Tóm lại, một cơ sở kinh doanh phải là một cơ sở tồn tại về mặt vật chất (physical object), phục vụ cơ bản cho hoạt động kinh doanh và doanh nghiệp sử dụng nó cho mục đích kinh doanh của mình⁵. Pháp luật Việt Nam (cả văn bản hướng dẫn Hiệp định và Luật Thuế thu nhập doanh nghiệp) cần làm rõ về quyền sở hữu đối với cơ sở kinh doanh của doanh nghiệp nước ngoài khi xác định sự tồn tại của cơ sở thường trú tại Việt Nam.

2. Tính cố định của cơ sở kinh doanh

Tính cố định của một cơ sở kinh doanh (fixed place of business) được xem xét cả về mặt không gian lẫn thời gian, tức là chúng vừa tồn tại ở một địa điểm xác định và vừa đạt đến một khoảng thời gian theo quy định; do không có từ “cố định” trong định nghĩa về cơ sở thường trú, nên không đề cập về tính cố định của nó⁶.

2.1. Tính cố định về mặt không gian

Theo định nghĩa về cơ sở thường trú, địa điểm kinh doanh phải là một địa điểm cố định. Như vậy, theo cách hiểu thông thường phải có sự liên kết giữa nơi kinh doanh với một vị trí địa lý cụ thể - a distinct *situ*⁷. Tuy nhiên, điều đó cũng không có nghĩa rằng, một thiết bị nào đó khi được coi là cơ sở thường trú thì phải gắn liền với vị trí cụ thể (mặt đất) nơi mà nó tồn tại⁸. Điều 11 (1.2.1b) của Thông tư 205/2013/TT-BTC cũng diễn giải tương tự với Bình luận của

⁵ Keith R. Evans (2002), *Leased Equipment: When Does a Permanent Establishment Exist?*, Canadian Tax Journal/ Revue Fiscale Canadienne, vol.50(2), p.497.

⁶ Dương Văn Học, Kiến nghị sửa đổi một số quy định về cơ sở thường trú doanh nghiệp nước ngoài, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 17(297), 2015, tr. 48-53.

⁷ Như chú thích 3, p.92.

⁸ Như chú thích 3, p.94.

Hiệp định mẫu OECD⁹ rằng: “*tính cố định của cơ sở kinh doanh không nhất thiết phụ thuộc vào việc cơ sở đó phải được gắn liền với một vị trí địa lý cụ thể trong một độ dài thời gian nhất định*”.

Thực tế cho thấy, một số doanh nghiệp phải di chuyển đến những địa điểm khác nhau để thực hiện hoạt động kinh doanh (ví dụ, lắp đặt ống dẫn dầu) dẫn đến khó khăn khi xác định đâu là cơ sở kinh doanh và tính cố định của chúng. Nếu doanh nghiệp có hai hay nhiều địa điểm thực hiện hoạt động kinh doanh và chúng có đầy đủ những điều kiện để trở thành cơ sở thường trú, thì doanh nghiệp sẽ có hai hay nhiều cơ sở thường trú theo quy định. Điều này đồng nghĩa với việc doanh nghiệp nước ngoài sẽ bị đánh thuế trên tất cả các cơ sở thường trú của họ. Do đó, sẽ là bất hợp lý nếu các hoạt động kinh doanh được thực hiện trên những địa điểm khác nhau (gắn kết về mặt địa lý); chỉ để hoàn thành một công việc kinh doanh (gắn kết về mặt thương mại); có doanh thu và đạt được một khoản lợi nhuận nhất định, thì lợi nhuận này sẽ phải phân chia cho tất

cả các cơ sở thường trú nhằm xác định khoản thuế mà doanh nghiệp đó phải nộp.

Vì vậy, tính cố định của cơ sở kinh doanh cũng cần được xác định khi doanh nghiệp thực hiện hoạt động kinh doanh ở những địa điểm khác nhau, nhưng có sự gắn kết với nhau về mặt địa lý và thương mại. Thông tư 205/2013/TT-BTC và Luật Thuế thu nhập doanh nghiệp nên ghi nhận vấn đề này. Ví dụ, một doanh nghiệp có cơ sở khai thác mỏ dầu tại một nước, mặc dù có thể đồng thời khai thác trên nhiều mỏ dầu khác nhau, nhưng doanh nghiệp đó vẫn được xem là có một cơ sở thường trú mà thôi.

Ngoài ra, thực tiễn thương mại điện tử hiện nay ảnh hưởng đến việc xác định tính cố định của cơ sở kinh doanh. Với định nghĩa hiện tại, cơ sở thường trú phải là một cơ sở cụ thể, hiện hữu ở một quốc gia, như tòa nhà, văn phòng, công trình xây dựng, mỏ dầu..., nhưng trong bối cảnh thương mại điện tử, doanh nghiệp có thể thực hiện hoạt động kinh doanh mà không cần có một cơ sở cụ thể và tự động hóa hoạt động kinh doanh như ký kết hợp đồng, thanh toán, giao hàng... trên lãnh thổ một nước¹⁰. Ví dụ, một quyền sách (dạng file) do độc giả sống tại Việt Nam mua từ trang mạng *amazon.com*, thì các công đoạn từ ký kết hợp đồng đến thanh toán, giao hàng sẽ được xử lý hoàn toàn “trực tuyến”, nên không thể đánh thuế với lý do công ty này thực hiện hoạt động kinh doanh tại Việt Nam thông qua cơ sở thường trú, vì theo định nghĩa, không tồn tại cơ sở kinh doanh cố định

⁹ Để giúp hình thành các quy tắc mang tính quốc tế về thuế nói chung và thuế đối với cơ sở thường trú nói riêng, Tổ chức Hợp tác và Phát triển (OECD) đã ban hành Hiệp định mẫu cùng với Bình luận kèm theo. Cùng với đó, nhằm bảo vệ quyền lợi cho các quốc gia đang phát triển khi ký kết hiệp định tránh đánh thuế hai lần, Liên hợp quốc (UN) cũng ban hành Hiệp định mẫu dành cho quốc gia phát triển và quốc gia đang phát triển với phần bình luận. Tuy hai Hiệp định mẫu này không có giá trị pháp lý ràng buộc nhưng với tư cách là “khuôn mẫu chung cho các quốc gia” nên có **giá trị của một tập quán quốc tế về thuế**. Hiện tại, tất cả 73 Hiệp định tránh đánh thuế của Việt Nam đều được xây dựng dựa trên nền tảng của hai Hiệp định mẫu này (Thống kê của Tổng cục thuế đến 5/2016). Bình luận kèm theo các Hiệp định mẫu cũng có vai trò quan trọng trong giải thích và thực thi các hiệp định tránh đánh thuế.

¹⁰ Annet Wanyana Ogutu & Sebo Tladi (2009), *The Challenges E-Commerce Poses to the Determination of a Taxable Presence: The “Permanent Establishment” Concept Analyzed from a South Africa Perspective*, Journal of International commercial Law and Technology, Vol. 4(3), p.213-223.

(máy chủ không ở Việt Nam và website chỉ là dạng vật chất điện tử).

Hiệp định mẫu OECD không đề cập về thương mại điện tử cho việc xác định cơ sở thường trú tại Điều 5, và Bình luận kèm theo cũng đưa ra quan điểm rằng, cơ sở thường trú chỉ được xác định trừ khi máy chủ hiện diện ở nước sở tại¹¹. Tuy nhiên, một số quốc gia (điển hình là Anh) lại cho rằng, ngay cả tồn tại máy chủ tại quốc gia mình cũng không cấu thành một cơ sở thường trú¹². Từ đó cho thấy, việc xem xét liệu thương mại điện tử có cơ sở thường trú hay không vẫn tồn tại sự khác biệt trên bình diện quốc tế. Pháp luật Việt Nam, cả Hiệp định và Luật Thuế thu nhập doanh nghiệp vẫn chưa có quy định về vấn đề này, vì vậy, cần có hướng dẫn cụ thể để phù hợp với thực tiễn hoạt động sản xuất kinh doanh hiện đại hiện nay.

2.2. Tính cố định về mặt thời gian

Tính cố định về mặt thời gian được hiểu là sự tồn tại của cơ sở kinh doanh phải đạt đến một khoảng thời gian theo quy định (degree of permanency). Khoảng thời gian đó được quy định tùy thuộc vào từng Hiệp định tránh đánh thuế mà nước ta ký kết. Ví dụ, theo quy định tại Điều 5(3), Hiệp định tránh đánh thuế giữa Việt Nam và Đức, thì “*Một địa điểm xây dựng hay công trình xây dựng hoặc lắp đặt sẽ tạo nên một cơ sở thường trú chỉ khi địa điểm hay công trình*

đó kéo dài hơn sáu tháng”. Tuy nhiên, Hiệp định tránh đánh thuế giữa Việt Nam và Philipphines lại quy định: “*Địa điểm xây dựng, công trình xây dựng, dự án lắp ráp hoặc lắp đặt hay các hoạt động giám sát liên quan đến các công trình, địa điểm trên, nhưng chỉ khi địa điểm, công trình hay các hoạt động đó kéo dài trong giai đoạn trên ba tháng*”. Mặt khác, các Hiệp định tránh đánh thuế của Việt Nam và hai Hiệp định mẫu của OECD và Liên hợp quốc vẫn chưa quy định thời gian tồn tại tối thiểu cho các loại hình cơ sở thường trú như văn phòng, chi nhánh, nhà máy, giếng dầu..., vì vậy, vấn đề này cần được ghi nhận để tạo tính thống nhất khi xem xét tính cố định về thời gian.

Luật Thuế thu nhập doanh nghiệp Việt Nam không quy định về tính cố định của cơ sở thường trú nên cũng không đề cập đến thời gian tối thiểu. Tuy nhiên, dù xem xét dựa trên Hiệp định hay Luật Thuế thu nhập doanh nghiệp, có hai ngoại lệ cần được tính đến là:

Ngoại lệ thứ nhất, trường hợp các hoạt động của cơ sở kinh doanh mang tính chất lặp lại (recurrently) thì thời gian xem xét tính cố định là tổng thời gian cơ sở kinh doanh thực hiện hoạt động kinh doanh trong suốt thời gian lặp lại đó¹³. Ví dụ, doanh nghiệp A sản xuất hàng điện tử gia dụng và tham gia hội chợ tại Việt Nam được tổ chức hàng năm. Doanh nghiệp A có gian hàng bán sản phẩm của mình trong vòng hai tháng (60 ngày) mỗi năm; nếu 4 năm sau đó thì tổng thời gian công ty A hiện diện tại Việt Nam là 240 ngày. Với thời gian như vậy (240 ngày so với 183 ngày theo quy định), công ty A vẫn được xem là có cơ sở

¹¹ Như chú thích 3. 110.

¹² HMRC, International Tax Manual (INTM266100): “*In the UK, we take the view that a server either alone or together with web sites could not as such constitute a PE of a business that is conducting e-commerce through a web site on the server. We take that view regardless of whether the server is owned, rented or otherwise at the disposal of the business*”.

Website:

<http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm266100.htm>, truy cập ngày 28/3/2016.

¹³ Như chú thích 3, p.95-96.

thường trú tại Việt Nam nếu như cơ sở đó thỏa mãn các điều kiện còn lại để trở thành cơ sở thường trú.

Ngoại lệ thứ hai, trường hợp hoạt động của cơ sở kinh doanh thực hiện một cách độc quyền (exclusively) trên một quốc gia nhưng kéo dài trong khoảng thời gian ngắn (nhỏ hơn khoảng thời gian được xem xét là cơ sở thường trú) thì vẫn được xem là cơ sở thường trú nếu thỏa mãn các yếu tố còn lại¹⁴. Vấn đề này được Thông tư 205/2013/TT-BTC hướng dẫn đối với hoạt động cung cấp dịch vụ tại Việt Nam¹⁵. Tuy nhiên, Thông tư không mở rộng ngoại lệ này đến các loại hình cơ sở thường trú khác, ví dụ như hoạt động khai thác thủy sản theo mùa.

3. Doanh nghiệp nước ngoài thực hiện hoạt động kinh doanh thông qua cơ sở kinh doanh cố định

Một cơ sở xác định, tồn tại ở một địa điểm cụ thể và đạt đến khoảng thời gian theo quy định, vẫn không được coi là cơ sở thường trú nếu doanh nghiệp không thực hiện hoạt động kinh doanh thông qua cơ sở đó. Nói cách khác, thực hiện hoạt động kinh doanh thông qua cơ sở cố định là yếu tố quyết định khi xem xét sự tồn tại của một cơ sở thường trú. Đây cũng là dấu hiệu để phân biệt với các hoạt động phụ trợ mà doanh nghiệp nước ngoài thực hiện ở quốc gia sở tại nhưng không cấu thành cơ sở thường trú. Tại các Hiệp định và Luật Thuế thu nhập doanh nghiệp hiện hành, vấn đề này được quy định: “*Cơ sở thường trú là ... thông qua đó doanh nghiệp thực hiện toàn bộ hay một phần hoạt động kinh doanh*

của mình”¹⁶. Như vậy, có hai yếu tố cần được xem xét đến là:

Thứ nhất, doanh nghiệp thực hiện toàn bộ hay một phần hoạt động kinh doanh của mình. Khái niệm “*hoạt động kinh doanh*” không được ghi nhận trực tiếp trong tất cả các Hiệp định tránh đánh thuế của Việt Nam. OECD cũng đề xuất rằng, một định nghĩa chi tiết về “*hoạt động kinh doanh*” nên dựa vào quy định của pháp luật nước áp dụng Hiệp định.¹⁷ Với cùng một thuật ngữ, định nghĩa trong pháp luật thuế sẽ được ưu tiên áp dụng so với định nghĩa tại các luật khác của quốc gia đó¹⁸. Vấn đề này được các Hiệp định tránh đánh thuế của Việt Nam ghi nhận chưa thống nhất: có Hiệp định ghi nhận sự ưu tiên của pháp luật thuế¹⁹, có Hiệp định không đề cập về sự ưu tiên này²⁰. Thông tư 205/2013/TT-BTC hướng dẫn: Đối với thuật ngữ chưa được định nghĩa trong Hiệp định thì áp dụng theo định nghĩa của pháp luật Việt Nam, trong đó, cùng một thuật ngữ thì định nghĩa tại pháp luật thuế sẽ được ưu tiên; nếu cả Hiệp định và pháp luật Việt Nam chưa định nghĩa thì giải

¹⁶ Điều 5(1), Hiệp định tránh đánh thuế hai lần giữa Việt Nam và Hồng Kông.

¹⁷ Như chú thích 3, p. 81.

¹⁸ Cả Hiệp định mẫu của OECD và Liên hợp quốc đều có quy định như thế: “*As regards the application of the Convention at any time by a Contracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires, have the meaning that it has at that time under the law of that State for the purposes of the taxes to which the Convention applies, any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State.*”

¹⁹ Điều 3(3), Hiệp định tránh đánh thuế hai lần giữa Việt Nam và Hồng Kông.

²⁰ Điều 3(2), Hiệp định tránh đánh thuế hai lần giữa Việt Nam và Đức.

¹⁴ Như chú thích 3, p.96.

¹⁵ Điều 11(1.2.2) Thông tư 205/2013/TT-BTC.

quyết theo thủ tục thỏa thuận song phương (thường là Điều 25 của Hiệp định)²¹.

Luật Thuế thu nhập doanh nghiệp Việt Nam không có định nghĩa về “hoạt động kinh doanh”. Tuy nhiên, theo khoản 16 Điều 4 Luật Doanh nghiệp 2014 thì: “*Kinh doanh là việc thực hiện liên tục một, một số hoặc tất cả các công đoạn của quá trình đầu tư, từ sản xuất đến tiêu thụ sản phẩm hoặc cung ứng dịch vụ trên thị trường nhằm mục đích sinh lợi*”. Do vậy, định nghĩa này sẽ được áp dụng để xem xét doanh nghiệp nước ngoài có thực hiện hoạt động kinh doanh thông qua cơ sở kinh doanh cố định hay không.

Thứ hai, doanh nghiệp nước ngoài phải thực hiện hoạt động kinh doanh thông qua cơ sở kinh doanh cố định. Cụm từ “**thông qua cơ sở kinh doanh cố định**” được hiểu với nghĩa rộng là tất cả những trường hợp doanh nghiệp thực hiện hoạt động kinh doanh trên địa điểm xác định, cũng như doanh nghiệp thực hiện bất cứ công việc gì vì mục đích kinh doanh²². Các hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp có thể được thực hiện thông qua cơ sở sản xuất, chi nhánh, đại lý, nhân viên của doanh nghiệp... Ví dụ, doanh nghiệp nước ngoài nhận việc xây dựng một cây cầu tại nước A thì được xem như doanh nghiệp đã hoạt động kinh doanh tại nơi mà công việc được thực hiện là (cây cầu) tại A.

Như vậy, với điều kiện cần là sự tồn tại của cơ sở kinh doanh và tính cố định của chúng, việc doanh nghiệp nước ngoài thực

hiện hoạt động kinh doanh thông qua cơ sở kinh doanh là điều kiện đủ để xác lập sự tồn tại của cơ sở thường trú. Đây cũng là dấu hiệu để phân biệt với các hoạt động mang tính chất chuẩn bị hoặc phụ trợ (quy định tại Điều 5 của các Hiệp định) được thực hiện bởi cơ sở thường trú của doanh nghiệp nước ngoài.

4. Kết luận và kiến nghị

Các điều kiện trở thành cơ sở thường trú của doanh nghiệp nước ngoài áp dụng cho doanh nghiệp đến từ nước không/chưa ký kết Hiệp định tránh đánh thuế hai lần với Việt Nam chưa được quy định trong Luật Thuế thu nhập doanh nghiệp. Vấn đề này được hướng dẫn tại Thông tư 205/2013/TT-BTC dành cho doanh nghiệp đến từ nước có ký kết Hiệp định với Việt Nam, tuy nhiên, Thông tư cũng cần bổ sung một số quy định cho phù hợp. Chúng tôi đề xuất một số kiến nghị như sau:

Thứ nhất, đối với điều kiện tồn tại cơ sở kinh doanh, Thông tư 205/2013/TT-BTC và Luật Thuế thu nhập doanh nghiệp cần làm rõ quyền sở hữu của doanh nghiệp nước ngoài đối với cơ sở kinh doanh tại Việt Nam: “*Sự tồn tại của cơ sở thường trú không phụ thuộc vào nó có thuộc quyền sở hữu của doanh nghiệp hay do doanh nghiệp thuê*”.

Thứ hai, đối với tính cố định về mặt thời gian, Luật Thuế thu nhập doanh nghiệp Việt Nam và văn bản hướng dẫn Hiệp định không quy định thời gian tối thiểu đối với các loại hình cơ sở thường trú như văn phòng, chi nhánh, nhà máy, giếng dầu..., vì vậy, theo chúng tôi nên quy định thời gian tồn tại tối thiểu của các loại hình kinh doanh này là 06 tháng (phù hợp với Bình luận của Hiệp định mẫu OECD).

(Xem tiếp trang 84)

²¹ Khoản 3 Điều 5, Thông tư 205/2013/TT-BTC.

²² Economic and Social Council (2008), *E/C.18/2008/CRP.10: Definition of Permanent Establishment: finalized amendments to recent commentary on Article 5: permanent establishment*, http://www.un.org/esa/ffd/tax/fourthsession/EC18_2008_CRP10.pdf, p.8 (truy cập ngày 25/2/2016).

CĂN CỨ PHÁP LÝ CỦA QUYỀN ĐƯỢC CHẾT TRONG PHÁP LUẬT QUỐC TẾ VÀ HƯỚNG ĐI CHO VIỆT NAM

Nguyễn Tiến Đức*

Tóm tắt: Thời gian vừa qua, Việt Nam đã nghiên cứu về vấn đề quyền được chết nhằm tiến tới luật hoá. Bài viết làm rõ căn cứ pháp lý của quyền đó dưới góc độ pháp luật quốc tế nhằm đưa ra một số đề xuất về vấn đề này tại Việt Nam.

Abstract: Recently, Vietnam has conducted research on right to die to legalize this right. This article clarifies legal grounds of this right from the perspective of international law to make proposals on this right in Vietnam.

1. Giới thiệu chung

Quyền được chết (*right to die with dignity*) được hiểu là quyền yêu cầu được kết thúc mạng sống của mình bởi nhiều nguyên nhân khác nhau. Một trong những nguyên nhân phổ biến là do những người bị bệnh hiểm nghèo không thể cứu chữa và mong muốn được chết để tránh khỏi sự hành hạ của bệnh tật. Hành vi giúp thực hiện yêu cầu này được gọi là an tử (*euthanasia*) hay trợ tử (*assisted killing*) vì lí do nhân đạo¹. Thông thường, người có thẩm quyền thực hiện hành vi này phải là người có chuyên môn liên quan như bác sĩ, trị liệu viên... và phải được tiến hành theo các thủ tục có giám sát hết sức chặt chẽ. Hiện nay, pháp luật các nước vẫn còn nhiều quan điểm trái chiều về vấn đề này. Một số quốc gia đề cao sự tự do và quyền tự quyết

của mỗi cá nhân như Hà Lan, Thụy Sĩ, Bỉ hay Thụy Điển đã cho phép thực hiện việc này, nhưng phải đi kèm với sự giám sát đặc biệt². Trong khi đó, đa số pháp luật các quốc gia khác, trong đó có Việt Nam lại cấm và hình sự hoá hành vi này.

Về chủ thể, đối với người bình thường có đầy đủ năng lực hành vi dân sự, dù thực hiện hành vi gì, thậm chí là tự sát, thì đó là thuộc quyền tự do thân thể của họ. Khó ai có thể ngăn cản được, dù là nhà nước. Trong lịch sử đã có thời kỳ, pháp luật Anh cấm cá nhân tự tử, tuy nhiên, quy định này đã bị bãi bỏ khi nhà làm luật nhận ra rằng tự sát là một tội không hề có bị đơn³.

Như vậy, có thể thấy rằng, quyền yêu cầu trợ tử không phải dành cho tất cả mọi người, mà như trên đã định nghĩa, quyền này chủ yếu dành cho những bệnh nhân mắc bệnh nan y, như bệnh nhân bị liệt toàn thân hoặc bệnh hiểm nghèo mà việc chữa trị không có triển vọng. Và do năng lực hành vi bị hạn chế bởi bệnh tật nên họ không thể tự thực hiện mong muốn của mình là tự sát.

*ThS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

¹ Blacks' Law Dictionary, Deluxe 8th Edition, Thomson West, 2004, tr. 594. Một số quan điểm phân biệt trợ tử và an tử. Tuy nhiên, một số tài liệu cho rằng về bản chất hai hoạt động này không khác nhau. Xem PGS. TS. Vũ Công Giao, NCS. Nguyễn Minh Tâm, Quyền an tử theo Luật Nhân quyền quốc tế, pháp luật ở một số quốc gia và gợi mở cho Việt Nam, http://nguoibaovequyenloi.com/User/ThongTin_ChiTiet.aspx?MaTT=154201652940792881&MaMT=25, truy cập ngày 10/07/2016.

² Xem thêm: PGS.TS. Vũ Công Giao, NCS. Nguyễn Minh Tâm, như trên.

³ Pháp luật Anh bãi bỏ tội tự sát kể từ khi Luật Tự sát năm 1961 có hiệu lực.

2. Án lệ tiêu biểu về quyền được chết

Có thể thấy, trong tất cả các văn kiện quốc tế về quyền con người chưa có quy định nào về “quyền được chết”. Một số học giả, luật sư đã nỗ lực phân tích quyền này dựa trên mối quan hệ với các quyền con người cơ bản khác được ghi nhận cụ thể trong văn kiện quốc tế. Án lệ nổi tiếng nhất liên quan tới quyền được chết là vụ *Pretty v. U.K.* tại Tòa án Nhân quyền châu Âu (ECtHR)⁴. Pretty vốn là công dân Anh, mắc bệnh thần kinh vận động (MND). Khi căn bệnh đã phát triển tới giai đoạn cuối, toàn bộ cơ thể của bà bị liệt và bà phải chịu sự đau đớn kinh khủng. Tuy nhiên, theo nhận định của bác sĩ, trí tuệ của bà vẫn hoạt động minh mẫn và ổn định, vì vậy, vẫn có khả năng tự đưa ra quyết định. Do sự đau đớn kéo dài, Pretty rất mong muốn có thể tự quyết định về cái chết của mình với yêu cầu là được chôn cất tử. Tuy nhiên, pháp luật Anh không cho phép việc tự tử, và chôn cất bà Pretty sẽ bị truy tố hình sự nếu thực hiện hành vi này.

Vì thế, bên nguyên đơn đã quyết định đem vụ việc lên Tòa ECtHR. Bên nguyên viện dẫn rất nhiều căn cứ pháp lý để chứng minh quyền được chết đã ghi nhận trong Công ước về Quyền con người châu Âu (ECHR). Trong đó, có ba căn cứ đáng chú ý nhất, đó là liên hệ quyền được chết với quyền được sống (Điều 2), quyền không bị tra tấn, đối xử tàn nhẫn (Điều 3), và quyền được tôn trọng đời sống riêng tư (Điều 8).

- Quyền được chết và quyền được sống

Bên nguyên cho rằng, quyền được chết là hệ quả của quyền được sống. Điều 2

ECHR không những chỉ bảo vệ quyền được sống mà còn đem đến sự lựa chọn có tiếp tục sự sống nữa hay không nhằm tránh sự đau đớn về thể xác và tinh thần. Nghĩa vụ không được xâm phạm tính mạng thuộc về nhà nước và bên thứ ba, chứ không phải của bản thân chủ thể có quyền. Đồng thời, bên nguyên cũng cho rằng, pháp luật một số quốc gia thành viên ECHR như Thụy Sĩ hay Hà Lan cho phép việc tự tử thì việc Chính phủ Anh không cho phép tự tử là đang vi phạm ECHR vì đã tước đi quyền được chết của bà Pretty⁵.

Lập luận này ban đầu nghe có vẻ thuyết phục, tuy nhiên lại không có đủ căn cứ vững chắc. Tòa ECtHR cho rằng, Điều 2 ECHR không chỉ đặt ra nghĩa vụ bị động, đòi hỏi quốc gia không được tước đoạt mạng sống một cách chủ ý và trái pháp luật mà còn có nghĩa vụ chủ động là phải thực hiện tất cả các biện pháp cần thiết để bảo vệ tính mạng của người dân thuộc thẩm quyền tài phán của mình⁶. Thêm vào đó, lập luận của bên nguyên bị bác bỏ bởi cái chết là hệ quả của sự sống chứ không phải quyền. Việc giải thích của nguyên đơn bị coi là sự bóp méo ngôn ngữ trong ECHR nhằm đòi hỏi quyền trái ngược với quyền ban đầu⁷. Vì vậy, Tòa ECtHR tuyên rằng, không có quyền được chết hàm ý ở trong Điều 2 ECHR.

- Quyền được chết và quyền không bị tra tấn, đối xử tàn nhẫn

Như đã trình bày, quyền được chết được coi là cách để giải thoát người bệnh khỏi sự đau đớn, hành hạ của bệnh tật. Bên nguyên cho rằng, Chính phủ Anh đã gián tiếp có hành vi đối xử tàn nhẫn (degrading

⁴ *Case of Pretty v. The United Kingdom*, Application No. 2346/02, 29 Apr 2002, Link: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=>.

⁵ Như trên, đoạn 35.

⁶ Như trên, đoạn 38.

⁷ Như trên, đoạn 39.

treatment) với bà Pretty khi không cho bà được hiện thực hoá quyết định liên quan tới mạng sống của mình. Bên cạnh đó, ngoài nghĩa vụ thụ động không được đối xử tàn nhẫn với con người, quốc gia còn có nghĩa vụ chủ động phải bảo vệ con người khỏi những tình huống như vậy, đó là để bà Pretty được ra đi thanh thản⁸. Hơn thế nữa, do quyền được đảm bảo tại Điều 3 ECHR là tuyệt đối, vì vậy, quốc gia không thể có quyền quyết định (*margin of appreciation*) trong vấn đề này.

Tuy nhiên, theo nhận định của Tòa ECtHR, cách giải thích của bên nguyên về hành vi “đối xử tàn nhẫn” là vượt quá phạm vi nội hàm của quy định ban đầu. Tòa cho rằng, Điều 3 phải được giải thích phù hợp với Điều 2 của Công ước, đặt ra nghĩa vụ bảo vệ tính mạng và sức khỏe con người đối với nhà nước, và nhằm “phản ánh những giá trị cơ bản được xã hội dân chủ tôn trọng”⁹. Vì vậy, không có sự vi phạm nào từ phía Chính phủ Anh khi không cho phép chồng bà Pretty thực hiện hành vi trợ tử.

- *Quyền được chết và quyền được tôn trọng đời sống riêng tư*

Bên nguyên cho rằng, việc lựa chọn sống hay chết là tự do và quyền tự quyết riêng của bà Pretty và gia đình, Chính phủ Anh không có quyền can thiệp vào đời sống riêng tư của bà. Đây là một lập luận khó có thể phản bác. Tòa ECtHR thừa nhận rằng, nội hàm của cụm từ “đời sống riêng tư” tại khoản 1 Điều 8 ECHR có phạm vi rất rộng, có thể bao hàm thể trạng thân thể, tinh thần và tâm lý của một người, và khó có thể đưa ra được khái niệm cụ thể¹⁰. Dẫn chứng từ

Án lệ *Airedale NHS Trust v. Bland*, đã cho phép cá nhân có quyền từ chối các biện pháp điều trị để duy trì sự sống dù có thể dẫn đến hậu quả tử vong¹¹. Vì vậy, ngay Tòa ECtHR cũng không chần chừ liệu Chính phủ Anh có can thiệp vào đời sống riêng tư của bà Pretty hay không.

Để đánh giá vấn đề một cách kỹ lưỡng hơn, Tòa ECtHR căn cứ vào khoản 2 Điều 8 ECHR, theo đó sự can thiệp của nhà nước sẽ không phù hợp với tinh thần của ECHR trừ khi: (i) “được quy định trong pháp luật”, (ii) có mục tiêu hợp lý và cần thiết trong một xã hội dân chủ¹². Trong trường hợp này, Anh đã ban hành Luật Tự sát năm 1961 hình sự hoá hành vi trợ tử nhằm mục đích bảo vệ mạng sống và quyền của con người. Thêm vào đó, Tòa ECtHR còn cân nhắc tới yếu tố rủi ro lạm dụng hoạt động trợ tử đối với những người yếu thế và dễ bị tổn thương, đặc biệt đối với những người không đủ năng lực hành vi để tự đưa ra quyết định¹³. Vì vậy, Tòa cho rằng, việc đánh giá rủi ro này là cần thiết trong xã hội dân chủ, vốn thuộc thẩm quyền của quốc gia, và việc cấm hoạt động trợ tử không vi phạm nguyên tắc tương xứng (*proportionality*), cũng như Điều 8 ECtHR.

Như vậy, từ án lệ trên cho thấy việc ECHR không trực tiếp cho phép hoạt động trợ tử thì một quốc gia thành viên ECtHR vẫn có quyền tự định đoạt cho phép hoạt động này hay không dựa trên những đánh giá, cân nhắc các yếu tố và lợi ích có liên

⁸ Như trên, đoạn 44.

⁹ Như trên, đoạn 54.

¹⁰ Như trên, đoạn 61.

¹¹ *Airedale NHS Trust v. Bland* [1993] AC 789 House of Lords U.K., tr. 864.

¹² Như chú thích 4, đoạn 68; Xem thêm *Dudgeon v. The United Kingdom*, 22/10/1981, Series A no. 45, tr. 19, đoạn 43.

¹³ Như chú thích 4, đoạn 74.

quan, bao gồm lợi ích của bệnh nhân và của cộng đồng, xã hội.

3. Luật quốc tế về quyền con người và quyền được chết

Tương tự như ECHR, các văn kiện quốc tế về quyền con người khác hiện không có quy định về “quyền được chết”. Điều 3 Tuyên ngôn quốc tế về Quyền con người năm 1948 tuyên bố: “*Mọi người đều có quyền được sống, tự do và an toàn thân thể*”. Quyền được sống là quyền cơ bản và nền tảng cho tất cả các loại quyền khác. Tuy nhiên, vào thời điểm soạn thảo bản Tuyên ngôn này, nhà làm luật vốn đã rất quan ngại về vấn đề trợ tử, và cuối cùng trợ tử đã bị loại bỏ khỏi Điều 3 Tuyên ngôn¹⁴.

Tương tự, Điều 6 Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966 (ICCPR) cũng chỉ quy định:

“Mọi người đều có quyền có hữu là được sống. Quyền này được bảo vệ bởi pháp luật. Không ai có thể bị tước đoạt mạng sống một cách tùy tiện...”

Tuy nhiên, cũng có nhiều quan điểm khác nhau về Điều 6 ICCPR. Thứ nhất, mọi cá nhân đều có quyền được sống, đó là quyền chứ không phải nghĩa vụ. Thứ hai, quyền này được bảo vệ bởi pháp luật và không ai có quyền tước đoạt mạng sống một cách tùy tiện. Do đó, nếu pháp luật quốc gia quy định một cách cụ thể về trình tự, thủ tục việc trợ tử thì việc đó có thể coi là không tùy tiện và phù hợp với pháp luật quốc tế. Tương tự như các quốc gia có thể duy trì hình phạt tử hình miễn là phải đảm bảo các nguyên tắc xét xử, công bằng (*due process*).

¹⁴ Johannes Morsink, *Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent*, Pennsylvania, 1999, tr. 39.

Cho tới nay, dù Ủy ban nhân quyền ICCPR (HRC) vẫn chưa đưa ra kết luận chính thức nào về vấn đề trợ tử¹⁵, nhưng trong các báo cáo quan sát quốc gia (*Concluding Observation*) của mình, HRC cũng đã phân nào đưa ra ý kiến về vấn đề này. Năm 2001, Hà Lan ban hành Luật về trợ tử¹⁶. HRC đưa ra nhận xét về nội dung và quy trình hoạt động trợ tử ở Hà Lan, kèm theo những quan ngại về nguy cơ lạm dụng hoạt động này đối với trẻ em¹⁷. Tuy nhiên, trong toàn bộ bản báo cáo, HRC không đưa ra ý kiến liệu Hà Lan có vi phạm quyền được sống hay không. Điều này chứng tỏ HRC có cách hiểu tương tự ECtHR trong vụ việc *Pretty*, đó là việc luật hoá hoạt động trợ tử thuộc thẩm quyền quốc gia vì ICCPR không có đề cập cụ thể tới vấn đề này.

Quan điểm trên được thể hiện trong bản Dự thảo Nhận xét chung số 36 về Điều 6 ICCPR (Quyền được sống)¹⁸. HRC đã bắt đầu đề cập cụ thể hơn về vấn đề trợ tử và dần làm sáng tỏ mối quan hệ giữa quyền này với quyền được sống. Theo đó,

“9. Công ước [ICCPR] không định nghĩa thời điểm của cái chết... Quan điểm của Ủy ban là việc quyết định phải dựa trên các nghiên cứu y học với số liệu khoa học đầy đủ, đồng thời cần cân nhắc yếu tố y đức.

10. Tuy tôn trọng sự tự do của mỗi cá nhân và tầm quan trọng của việc tự do thực

¹⁵ Xem HRC, General Comment No. 6 (1982), No. 14 (1984).

¹⁶ Luật Chấm dứt sự sống dựa trên yêu cầu và trợ tử (Law on Termination of Life on Request and Assisted Killing) được ban hành năm 2001, có hiệu lực từ ngày 01/04/2002.

¹⁷ Như trên, đoạn 5(b)(c)(d).

¹⁸ Xem HRC, Draft General Comment No. 36: Article 6 (The Right to Life), 2015, Link <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/GC36-Article6Righttolife.aspx>.

hiện quyền của mình theo Công ước [ICCPR], các Quốc gia thành viên phải giá định rằng một số cá nhân có ý định hoặc cố gắng tự tử thường trải qua thời kì khủng hoảng tạm thời làm ảnh hưởng tới khả năng đưa ra quyết định sáng suốt mà có thể đem lại hậu quả lâu dài, vì thế quốc gia cần có giải pháp cần thiết để ngăn cản việc tự sát, đặc biệt đối với nhóm người yếu thế, mà không vi phạm nghĩa vụ theo Công ước [ICCPR]... Quốc gia thành viên cũng có thể cho phép đội ngũ y tế đánh giá dựa trên từng vụ việc xem liệu có nên áp dụng trợ tử, như là biện pháp cuối cùng, đối với các bệnh nhân mắc bệnh nan y giai đoạn cuối, dựa trên yêu cầu cụ thể, rõ ràng và tự do ý chí của họ sau khi họ đã được tư vấn đầy đủ bởi người có chuyên môn. Việc đánh giá phải dựa trên các yếu tố y học, tâm lý và đạo đức, và phải được đánh giá, xem xét hết sức gắt gao nhằm tránh gây áp lực và lạm dụng”¹⁹.

Qua nhận xét trên, có thể thấy HRC đã cho rằng, quyền được chết không được bao hàm trong Điều 6 ICCPR. Việc sử dụng cụm từ “quốc gia có thể...” cho thấy, HRC đã cho phép các quốc gia thành viên có quyền tự định đoạt vấn đề này. HRC cũng nhắc nhở quốc gia thành viên về những biện pháp hỗ trợ cần thiết để đảm bảo rằng các quyết định của cá nhân dựa trên tự do ý chí nhưng phải được cân nhắc thấu đáo và đầy đủ. Đồng thời, HRC cũng cảnh báo nguy cơ lạm dụng và gây áp lực trực tiếp hay gián tiếp đối với bệnh nhân ở các quốc gia cho phép hoạt động trợ tử. Theo đó, các quốc gia cho phép hoạt động trợ tử phải đảm bảo yếu tố tự do ý chí của bệnh nhân sau khi đã trải qua các bước tư vấn tâm lý, đánh giá

yếu tố đạo đức và y học. Điều này cho thấy, việc luật hoá cho phép hoạt động trợ tử hoàn toàn thuộc thẩm quyền của mỗi quốc gia, nhưng các quốc gia phải đảm bảo có đầy đủ các biện pháp ngăn ngừa lạm dụng.

Tóm lại, theo pháp luật quốc tế, quốc gia không có nghĩa vụ luật hoá quyền được chết. Việc cho phép hay không cho phép vấn đề này hoàn toàn phụ thuộc vào từng quốc gia khi đánh giá các lợi ích liên quan. Trong trường hợp quốc gia muốn phi hình sự hoá hành vi trợ tử và cho phép hoạt động này trên thực tế, thì các quốc gia phải đảm bảo chỉ diễn ra khi đã thoả mãn các bài kiểm tra gắt gao, đảm bảo người bệnh được tư vấn các thông tin cần thiết, và phải tự do ý chí khi đưa ra quyết định của mình. Chỉ khi đảm bảo đáp ứng được tất cả các yêu cầu, quốc gia mới không vi phạm vào quyền được sống ghi nhận tại Điều 6 ICCPR.

4. Phương hướng cho Việt Nam

Việc cho phép hoạt động trợ tử hoàn toàn thuộc quyền quyết định của mỗi quốc gia. Tuy nhiên, với tư cách là thành viên của ICCPR, Việt Nam cũng phải đảm bảo quyền được sống không bị vi phạm trong quá trình thực hiện việc trợ tử.

Trước tiên, Việt Nam cần đánh giá liệu có cần thiết phải quy định quyền được chết hay không. Việc đánh giá này có thể thông qua khảo sát tại các cơ sở y tế, bệnh viện, hoặc tham khảo thêm ý kiến từ các tổ chức hoạt động trong lĩnh vực này. Nhà làm luật cần phải xác định rõ chủ thể có quyền này. Theo đó, cần phân biệt các khái niệm trợ tử tự nguyện (*voluntary euthanasia*); trợ tử không tự nguyện (*non-voluntary euthanasia*); và trợ tử ép buộc (*involuntary euthanasia*). Hình thức thứ ba là trái pháp luật và đi ngược với sự tự do lựa chọn của con người. Hình thức thứ nhất là có sự tự

¹⁹ Như trên, đoạn 9-10.

nguyện và tự do ý chí của người yêu cầu, trong khi hình thức thứ hai không có được sự tự nguyện đó, chẳng hạn như người bệnh sống thực vật, và người đưa ra yêu cầu là thân nhân người bệnh. Một vấn đề nữa cần làm rõ đó là trẻ em và cha mẹ hoặc người giám hộ có quyền yêu cầu không?

Ngoài ra, cần phải tham khảo ý kiến chuyên gia về vấn đề đạo đức y học, cụ thể ở đây là Hội đồng Đạo đức Bộ Y tế về vấn đề liệu thực hiện quyền được chết có đi ngược lại những giá trị đạo đức của ngành y không. Hà Lan thực hiện hai công trình nghiên cứu rất kỹ lưỡng vào năm 1990-1991 và 1995-1996 trước khi đi đến kết luận cho phép hoạt động này vào năm 2001²⁰. Tương tự, năm 1994, Thượng viện Anh thành lập riêng một Ủy ban về đạo đức y khoa để xem xét vấn đề này, và cuối cùng đi đến kết luận

giữ nguyên quy định hình sự hoá hành vi này²¹.

Ngoài lý do đạo đức, Việt Nam cũng cần phải cân nhắc yếu tố rủi ro lạm dụng và gây ra áp lực tâm lý đối với người bệnh. Đặc biệt yếu tố văn hoá cần được xem xét kỹ càng. Do đó, Nhà nước sẽ đảm bảo quy trình trợ tử phải được tuân thủ một cách hết sức gắt gao và chặt chẽ; chẳng hạn như điều kiện yêu cầu trợ tử, hay ai là người có thẩm quyền thực hiện hoạt động này. Ngoài ý kiến chuyên môn của bác sĩ, cũng cần có thêm một cơ chế giám sát để ngăn ngừa bất kỳ rủi ro nào có thể xảy ra trên thực tế. Cần nhớ rằng, nếu không đảm bảo được sự giám sát nghiêm ngặt, việc luật hoá cho phép trợ tử sẽ đứng trước nguy cơ vi phạm nghĩa vụ quốc tế theo Điều 6 ICCPR mà Việt Nam là thành viên.

²⁰ Xem HRC, Concluding Observations: The Netherlands, CCPR/CO/72/NET/Add.1, 29/04/2003, đoạn 5-13.

²¹ *Case of Pretty v. U.K.*, như chú thích 4, đoạn 21-22.

(Tiếp theo trang 78 – Điều kiện trở thành ...)

Thứ ba, đối với hoạt động kinh doanh mang tính lặp lại, Luật Thuế thu nhập doanh nghiệp và văn bản hướng dẫn các Hiệp định nên quy định thời gian được xem xét trở thành cơ sở thường trú là tổng thời gian hoạt động kinh doanh đó diễn ra. Tuy nhiên, phải phù hợp với tính chu kỳ của từng hoạt động kinh doanh. Đối với hoạt động mang tính chất độc quyền thì thời gian xem xét trở thành cơ sở thường trú nên giảm xuống bằng ½ mức bình thường, tức là trên ba tháng.

Cuối cùng, hoạt động thương mại điện tử có ảnh hưởng đến tính cố định về mặt không gian của cơ sở thường trú, tuy nhiên, vấn đề này không được ghi nhận tại các Hiệp định, Luật Thuế thu nhập doanh nghiệp Việt Nam hiện hành. Vì vậy, trong trường hợp có sự tồn tại một máy chủ tại Việt Nam (thuộc sở hữu của doanh nghiệp nước ngoài hay do doanh nghiệp thuê) thì có thể xác định máy chủ đó là một cơ sở thường trú. Bởi vì, máy chủ là một hiện diện hữu hình nên nó thỏa mãn các điều kiện để xác định là cơ sở thường trú.