

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Mục lục 01/2014

Thư của Viện trưởng Viện Nghiên cứu Lập pháp thuộc Ủy ban Thường vụ Quốc hội gửi Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp và cộng tác viên

Mười sự kiện trọng đại của Quốc hội trong năm 2013

NCLP

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

6 BÌNH LUẬN VỀ HIẾN PHÁP

Hiến pháp nước Cộng hòa Xã hội Chủ nghĩa Việt Nam - Hiến pháp dân chủ, pháp quyền và phát triển

GS, TS. Phan Trung Lý

13 Cơ sở lý luận của tổ tụng lao động

PGS, TS. Lê Thị Hoài Thu

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

21 Bảo đảm tính hợp hiến, hợp pháp trong hoạt động ban hành văn bản quy phạm pháp luật

TS. Nguyễn Duy Phương

25 Thứ tự quyền ưu tiên giữa các vật quyền bảo đảm trong bối cảnh sửa đổi Bộ luật Dân sự

Bùi Thị Thanh Hằng – Đỗ Giang Nam

CHÍNH SÁCH

34 Vấn đề hoạch định, phân tích chính sách trong Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật

PGS, TS. Đinh Xuân Thảo – ThS. Trần Văn Thuân

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

44 Quyền và nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản các tổ chức tín dụng

ThS. Dương Kim Thế Nguyên

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

53 Từ kinh nghiệm của pháp luật các nước, kiến nghị sửa đổi Điều 769 Bộ luật Dân sự năm 2005 (Tiếp theo)

TS. Lê Thị Nam Giang – Trần Ngọc Hà

THÔNG TIN LẬP PHÁP

61 Định hướng chủ đề Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp năm 2014

NCLP

63 Thể lệ gửi bài đăng Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp

NCLP

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

PGS, TS. ĐINH XUÂN THẢO (CHỦ TỊCH)
GS, TSKH. ĐÀO TRỌNG THI
GS, TS. PHAN TRUNG LÝ
TS. NGUYỄN SĨ DŨNG
GS, TS. TRẦN NGỌC ĐƯỜNG
TS. NGÔ ĐỨC MẠNH
TS. DƯƠNG NGỌC NGUYỄN
PGS, TS. ĐINH VĂN NHẢ
PGS, TS. TRẦN ĐÌNH NHẢ
TS. HOÀNG VĂN TỬ
TS. PHẠM VĂN HÙNG

TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

TRỤ SỞ:

27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI
ĐT: 080-43362 / 44078
FAX: 080-48486
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

Số 438/GP-BTTTT NGÀY 29-10-2013
CỦA BỘ THÔNG TIN VÀ TRUYỀN THÔNG

PHÁT HÀNH:

HÀ NỘI: 080-43364

TÀI KHOẢN:

0011000467735
TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP
NGÂN HÀNG TM CỔ PHẦN
NGOẠI THƯƠNG VIỆT NAM

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

GIÁ: 19.500 ĐỒNG

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

Legis 01/2014

Letter from the Director of the Institute for Legislative Studies of the National Assembly Standing Committee to Legislative Studies Journal and collaborators

Top ten great events of the National Assembly in 2013

NCLP

STATE AND LAW

6 COMMENTARY CONSTITUTION

Constitution of the Socialist Republic of Vietnam - the Constitution of democracy, the rule of law and development

Prof, Dr. Phan Trung Ly

13 Theoretical basis of labor legal procedures

Prof, Dr. Le Thi Hoai Thu

DISCUSSION OF BILLS

21 To ensure the constitutionality and legality in the promulgation of legal documents

Dr. Nguyen Duy Phuong

25 The order of priority among the ius in re (right in rem) used as guarantees in the context of amendments to the Civil Code

Bui Thi Thanh Hang – Do Giang Nam

POLICIES

34 The formulation and analysis of policy in the Law on Promulgation of Legal Normative Documents

Prof, Dr. Dinh Xuan Thao – LLM. Tran Van Thuan

LEGAL PRACTICE

44 The rights and obligations of credit institutions to file the petition for bankruptcy proceedings

LLM. Duong Kim The Nguyen

FOREIGN EXPERIENCE

53 Recommendations from the experience of other countries' legislation to the amendments of Articles 769 of the Civil Code 2005 (continued from last period)

Dr. Le Thi Nam Giang – Tran Ngoc Ha

LEGISLATIVE NEWS

61 Orientation topics of the Legislative Studies Journal in 2014

NCLP

63 Rules for sending article to publish in Legislative Studies Journal

NCLP



EDITORIAL:

Prof. Dr. DINH XUAN THAO (Chairman)
Prof. Dr. DAO TRONG THI
Prof. Dr. PHAN TRUNG LY
Dr. NGUYEN SI DUNG
Prof. Dr. TRAN NGOC DUONG
Dr. NGO DUC MANH
Dr. DUONG NGOC NGUU
Prof. Dr. DINH VAN NHA
Prof. Dr. TRAN DINH NHA
Dr. HOANG VAN TU
Dr. PHAM VAN HUNG

EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

OFFICE:

27A VONG THI - TAY HO - HA NOI
ĐT: 080-43362 / 44078
FAX: 080-48486
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

DESIGN:

HOANG NHI

LICENSE OF PUBLISMENT:

N^o 438/GP-BTTTT DATE 29-10-2013
MINISTRY OF INFORMATION
AND COMMUNICATION

DISTRIBUTION:

HA NOI: 080-43364

ACCOUNT NUMBER:

0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19,500 VND

THƯ
CỦA VIỆN TRƯỞNG VIỆN NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP THUỘC
ỦY BAN THƯỜNG VỤ QUỐC HỘI
GỬI TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP VÀ CỘNG TÁC VIÊN

Kính gửi: Cán bộ, phóng viên, biên tập viên, người lao động và các nhà khoa học, cộng tác viên của Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp.

Năm 2013 Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp có sự thay đổi về cơ quan chủ quản và hoàn thiện về mô hình tổ chức bộ máy. Thực hiện nghị quyết 618/2013-UBTVQH ngày 10/7/2013 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Tạp chí chuyển về Viện nghiên cứu Lập pháp thuộc Ủy ban thường vụ Quốc hội. Đây là giai đoạn đánh dấu bước phát triển mới của Tạp chí, nhằm phục vụ tốt hơn việc thực hiện các chức năng của Quốc hội.

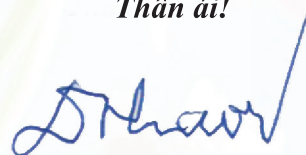
Trong năm 2013, Tạp chí đã có nhiều cố gắng để thực hiện tôn chỉ mục đích của mình và đã nhận được sự đánh giá cao từ các vị lãnh đạo Đảng, Nhà nước, các đại biểu dân cử và các nhà khoa học về hướng đi đúng đắn của một diễn đàn thực sự khoa học, hữu ích, dân chủ, rộng rãi về **Nhà nước, Pháp luật và Chính sách**. Có được những thành công đó, một phần rất quan trọng là nhờ vào sự cộng tác nhiệt tình - hiệu quả cao của các chuyên gia, nhà khoa học, các cộng tác viên và đông đảo bạn đọc trong và ngoài nước.

Quá trình xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa và hội nhập quốc tế ở nước ta hiện nay, việc phổ biến tuyên truyền và tổ chức thực thi Hiến pháp năm 2013 đang đặt ra yêu cầu cần cung cấp thông tin nghiên cứu đa chiều cho các đại biểu Quốc hội, các nhà hoạch định chính sách. Tôi mong rằng, với tôn chỉ, mục đích "*tổ chức các hoạt động trao đổi thông tin, tuyên truyền, đăng tải các kết quả nghiên cứu lý luận và thực tiễn phục vụ việc thực hiện các chức năng của Quốc hội*", Tạp chí cần tiếp tục thực hiện tốt sứ mệnh vẻ vang là địa chỉ tin cậy công bố các kết quả nghiên cứu của các nhà khoa học, cộng tác viên góp phần thiết thực vào quá trình đổi mới và nâng cao chất lượng hoạt động của Quốc hội, phấn đấu trở thành một tạp chí hàng đầu về lập pháp tại Việt Nam.

Nhân dịp năm mới, chúc Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp không ngừng lớn mạnh.

Chúc các thể hệ cán bộ, phóng viên, biên tập viên và người lao động Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp và cộng tác viên của Tạp chí **sức khỏe, hạnh phúc và thành công**.

Thân ái!



PGS,TS. Đinh Xuân Thảo
Viện trưởng Viện nghiên cứu Lập pháp

MƯỜI SỰ KIỆN TRỌNG ĐẠI CỦA QUỐC HỘI TRONG NĂM 2013

1.

Ngày 04 tháng 02, Ủy ban thường vụ Quốc hội tổ chức Hội nghị trực tuyến triển khai toàn diện, đồng bộ các Nghị quyết của Quốc hội tại kỳ họp thứ 4 Quốc hội khóa XIII, bao gồm các nội dung: Kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội năm 2013; Việc tổ chức lấy ý kiến nhân dân về Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992; Việc lấy phiếu tín nhiệm, bỏ phiếu tín nhiệm đối với người do Quốc hội, Hội đồng nhân dân bầu hoặc phê chuẩn; Công tác phòng chống hành vi vi phạm pháp luật và tội phạm; Công tác của Tòa án nhân dân, Viện kiểm sát nhân dân và công tác thi hành án năm 2013; Hoạt động chất vấn tại kỳ họp thứ 4; Việc tiếp tục nâng cao hiệu lực và hiệu quả thực hiện chính sách pháp luật trong giải quyết khiếu nại - tố cáo của công dân đối với các quyết định hành chính về đất đai; Việc tiếp tục thí điểm chế định thừa phát lại; Một số cải tiến, đổi mới để nâng cao hiệu lực và hiệu quả hoạt động của Quốc hội.

2.

Đoàn đại biểu cấp cao Quốc hội Việt Nam do Chủ tịch Quốc hội Nguyễn Sinh Hùng dẫn đầu đã thăm chính thức Liên bang Nga, Cộng hòa liên bang Đức, Cộng hòa Ba Lan từ ngày 09 đến ngày 17 tháng 3. Chủ nhiệm Ủy ban đối ngoại của Quốc hội đã nói về kết quả chuyến thăm rằng, “Quan hệ giữa Quốc hội nước ta với Quốc hội Liên bang Nga, Cộng hòa Ba Lan, Cộng hòa liên bang Đức đã phát triển lên một tầm cao mới, đáp ứng nguyện vọng của nhân dân”.

3.

Trong các ngày 13 và 14 tháng 3, Hội nghị đại biểu Quốc hội chuyên trách (cả ở trung ương và địa phương) đã được tổ chức tại Hà Nội để thảo luận, đóng góp ý kiến giúp Ủy ban sửa đổi Hiến pháp hoàn thiện một bước Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992 sau khi Quốc hội đã thảo luận lần thứ nhất tại kỳ họp thứ 4 tháng 10 năm 2012.

4.

Từ ngày 02 tháng 01 đến ngày 31 tháng 3 và tiếp tục kéo dài đến 30 tháng 9, Ủy ban Dự thảo sửa đổi Hiến pháp và Ủy ban thường vụ Quốc hội đã tổ chức lấy ý kiến nhân dân về Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992. Kết quả đã có 26.091.000 lượt ý kiến của nhân dân trong nước và ở nước ngoài đóng góp vào Dự thảo.

Trong các ngày 10 và 11 tháng 6, lần đầu tiên tại kỳ họp thứ 5, Quốc hội đã lấy phiếu tín nhiệm 47 chức danh trong bộ máy nhà nước và ra Nghị quyết về việc lấy phiếu tín nhiệm. Cuộc lấy phiếu tín nhiệm đã thành công tốt đẹp, đạt được yêu cầu Nghị quyết số 35/2012/QH13 của Quốc hội đề ra.

5.

Chuyến thăm chính thức cấp cao của Đoàn đại biểu Quốc hội Việt Nam đến Hàn Quốc và Myanmar từ ngày 21 đến ngày 26 tháng 7. Chủ tịch Quốc hội Nguyễn Sinh Hùng đã phát biểu tại phiên họp toàn thể của Quốc hội Myanmar, “Việt Nam ưu tiên phát triển và làm sâu sắc hơn quan hệ hữu nghị truyền thống và hợp tác nhiều mặt với Myanmar, vì sự phát triển của mỗi nước, vì hòa bình, ổn định và thịnh vượng của khu vực và trên thế giới”.

6.

Đoàn đại biểu cấp cao Quốc hội Việt Nam do Phó Chủ tịch Quốc hội Tòng Thị Phóng dẫn đầu tham dự Đại hội đồng liên Nghị viện Hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á (AIPA) 34 tại thủ đô Bandar Seri Begawan của Vương quốc Brunei Darussalam từ ngày 19 đến 23 tháng 9 với chủ đề “Vai trò của AIPA trong thực hiện hóa Cộng đồng ASEAN”. Phát biểu tại phiên họp toàn thể, Phó Chủ tịch Quốc hội Việt Nam Tòng Thị Phóng đã nhấn mạnh, “Quốc hội Việt Nam cam kết... tiếp tục đóng góp thiết thực và hiệu quả vào nỗ lực chung nhằm nâng cao vai trò của AIPA trong việc xây dựng cộng đồng ASEAN hòa bình, ổn định, hợp tác và thịnh vượng”.

7.

Trong 6 kỳ họp đã qua của Quốc hội khóa XIII, kỳ họp thứ 6 là kỳ họp dài ngày nhất (từ ngày 21 tháng 10 đến 29 tháng 11) và cũng là kỳ họp mà Quốc hội đã giải quyết một khối lượng lớn các công việc, trong đó có nhiều công việc quan trọng. Riêng về công tác xây dựng luật, cùng với việc xây dựng Hiến pháp, Quốc hội đã thảo luận lần đầu tới 10 Dự án luật và thảo luận - thông qua 8 luật, trong đó có đạo luật rất quan trọng là Luật Đất đai (sửa đổi) đã được Quốc hội thảo luận trong ba kỳ họp và kéo dài thêm thời gian thảo luận tại kỳ họp thứ 6 mới thông qua.

8.

Sau 20 năm thực hiện, Hiến pháp năm 1992 đã được Quốc hội khóa XIII thảo luận Dự thảo sửa đổi tại 3 kỳ họp và được thông qua tại kỳ họp thứ 6 ngày 28 tháng 11 với 486 phiếu/488 đại biểu có mặt, đạt tỷ lệ 97,59% so với tổng số đại biểu (498 người) với tên gọi: Hiến pháp nước Cộng hòa Xã hội chủ nghĩa Việt Nam (sửa đổi).

9.

Kể từ khi tiến hành công cuộc đổi mới đến nay, trải qua 6 khóa Quốc hội (từ khóa VIII đến khóa XIII), lần đầu tiên Quốc hội khóa XIII giữa nhiệm kỳ đã kiện toàn các chức danh thuộc các cơ quan nhà nước với quy mô tương đối lớn: Bầu bổ sung 01 Ủy viên Ủy ban thường vụ Quốc hội, 01 Phó Chủ tịch Hội đồng Dân tộc và 04 Phó Chủ nhiệm các Ủy ban của Quốc hội; Phê chuẩn việc miễn nhiệm 01 Phó Thủ tướng, 01 Bộ trưởng trong Chính phủ và phê chuẩn việc bổ nhiệm 02 Phó Thủ tướng mới, 01 Bộ trưởng mới theo đề nghị của Thủ tướng Chính phủ./.

10.

NCLP

Cùng bạn đọc!

Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam đã được thông qua tại kỳ họp thứ 6 Quốc hội Khóa XIII. Việc thông qua Hiến pháp nước CHXHCN Việt Nam là một sự kiện quan trọng trong đời sống chính trị - pháp lý của đất nước ta, sự kiện có tính chất lịch sử của thời kỳ mới xây dựng, bảo vệ Tổ quốc, hội nhập quốc tế, đưa đất nước phát triển. Thực hiện Hiến pháp trở thành nhiệm vụ trọng đại nhất trong thời điểm lịch sử hiện nay.

Để tuyên truyền, phổ biến, khẳng định những giá trị tiến bộ của Hiến pháp năm 2013, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp quyết định mở tiểu mục **Bình luận về Hiến pháp**, tạo một Diễn đàn khoa học để các chuyên gia, nhà khoa học công bố, đăng tải những đánh giá, bình luận về những giá trị tiến bộ cũng như những giá trị kế thừa phát triển của bản Hiến pháp mới, đưa ra những giải pháp thực hiện để đưa Hiến pháp vào cuộc sống. Các bài viết có chất lượng sẽ đăng tải trên các số Tạp chí đồng thời Tạp chí cũng sẽ hệ thống hoá các bài đã công bố và xuất bản cuốn sách **“Bình luận về Hiến pháp”**, phát hành rộng rãi trong cả nước.

Diễn đàn **Bình luận về Hiến pháp** sẽ bắt đầu trên Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp từ tháng 1/2014. Rất mong nhận được sự hưởng ứng của các chuyên gia, các nhà khoa học. Xin trân trọng cảm ơn!

TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

BÌNH LUẬN VỀ HIẾN PHÁP

HIẾN PHÁP NƯỚC CỘNG HÒA XÃ HỘI CHỦ NGHĨA VIỆT NAM - HIẾN PHÁP DÂN CHỦ, PHÁP QUYỀN VÀ PHÁT TRIỂN

PHAN TRUNG LÝ*

Tại Kỳ họp thứ 6, Quốc hội khóa XIII đã thông qua Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa (XHHCN) Việt Nam (sửa đổi). Đây là một sự kiện chính trị - pháp lý quan trọng, đánh dấu bước phát triển mới của hoạt động lập hiến phục vụ cho công cuộc xây dựng và phát triển đất nước trong giai đoạn mới, tiếp tục hoàn thiện đổi mới, thực hiện thắng lợi sự nghiệp công nghiệp hóa và hiện đại hóa đất nước.

Hiến pháp năm 1992 được ban hành trong bối cảnh những năm đầu thực hiện công cuộc đổi mới đất nước do Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ VI của Đảng (năm 1986) đề ra và để thể chế hóa Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên

chủ nghĩa xã hội năm 1991. Hiến pháp năm 1992 đã tạo cơ sở chính trị - pháp lý quan trọng cho việc thực hiện công cuộc đổi mới. Qua 20 năm thực hiện Hiến pháp năm 1992, đất nước ta đã đạt được những thành tựu to lớn, có ý nghĩa lịch sử.

* GS, TS. Ủy viên Ủy ban thường vụ Quốc hội, Chủ nhiệm Ủy ban pháp luật của Quốc hội.

Đến nay, đất nước ta đã có nhiều thay đổi trong bối cảnh tình hình quốc tế có những biến đổi to lớn, sâu sắc và phức tạp. Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội (bổ sung, phát triển năm 2011) và các văn kiện khác của Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI của Đảng đã xác định mục tiêu, định hướng phát triển toàn diện, bền vững đất nước trong giai đoạn cách mạng mới, nhằm xây dựng nước Việt Nam XHCN dân giàu, nước mạnh, dân chủ, công bằng, văn minh. Điều này đặt ra yêu cầu nghiên cứu sửa đổi Hiến pháp, đạo luật cơ bản của Nhà nước, phù hợp với tình hình mới, tạo cơ sở hiến định cho việc tiếp tục đổi mới và phát triển đất nước. Vì vậy, tại kỳ họp thứ nhất, Quốc hội khóa XIII (tháng 8/2011) đã quyết định sửa đổi Hiến pháp năm 1992 và thành lập Ủy ban dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992.

Ngay sau khi được thành lập, Ủy ban dự thảo sửa đổi Hiến pháp đã tổ chức tổng kết việc thi hành Hiến pháp năm 1992 và xây dựng Dự thảo sửa đổi Hiến pháp trình Quốc hội cho ý kiến. Tại kỳ họp thứ 4, Quốc hội đã ban hành Nghị quyết số 38/2012/QH13 về tổ chức lấy ý kiến nhân dân về Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992. Thực hiện Nghị quyết của Quốc hội, ngày 02/01/2013, Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992 đã được công bố để lấy ý kiến nhân dân. Hoạt động này đã được các cấp, các ngành triển khai sâu rộng, nghiêm túc, thu hút được sự tham gia tích cực, tâm huyết của đông đảo các tầng lớp nhân dân và đồng bào Việt Nam ở nước ngoài, thực sự là đợt sinh hoạt chính trị - pháp lý dân chủ, sâu rộng trong cả hệ thống chính trị. Đây cũng là lần đầu tiên Dự thảo sửa đổi Hiến pháp được in gửi tới từng hộ gia đình để người dân được tiếp cận, nghiên cứu, biết được những quyền, nghĩa vụ của mình cũng như những vấn đề khác được quy định trong Hiến pháp. Với sự tham gia tích cực của các tầng lớp nhân dân, theo báo cáo của các cơ quan, tổ chức có thẩm quyền, đã có hơn 26 triệu lượt ý kiến góp ý của nhân dân về Dự thảo sửa đổi Hiến pháp, với hơn 28.000 hội nghị, hội thảo, tọa đàm

được tổ chức. Dự thảo sửa đổi Hiến pháp đã được trình Quốc hội xem xét, cho ý kiến tại 3 kỳ họp Quốc hội (kỳ 4, kỳ 5 và kỳ 6), 3 lần trình Hội nghị Ban chấp hành Trung ương khóa XI (Hội nghị Trung ương 5, Hội nghị Trung ương 7 và Hội nghị Trung ương 8) và rất nhiều lần xin ý kiến của Bộ Chính trị và các cơ quan, tổ chức, cá nhân hữu quan. Trên cơ sở ý kiến của nhân dân, ý kiến của các vị đại biểu Quốc hội và các cơ quan, tổ chức hữu quan, Ủy ban dự thảo sửa đổi Hiến pháp đã nghiên cứu, giải trình, tiếp thu, chỉnh lý Dự thảo sửa đổi Hiến pháp trình Quốc hội thông qua tại kỳ họp thứ 6.

Ngày 28/11/2013, trong không khí trang nghiêm, đầy xúc động, với đa số phiếu tuyệt đối (486/488 đại biểu Quốc hội tán thành, chiếm 97,59% tổng số đại biểu Quốc hội), Quốc hội khóa XIII đã thông qua Hiến pháp nước Cộng hòa XHCN Việt Nam. Đây là sự kiện chính trị - pháp lý đặc biệt quan trọng, đánh dấu một bước tiến mới trong lịch sử lập hiến của nước ta.

NHỮNG NỘI DUNG CƠ BẢN CỦA HIẾN PHÁP NƯỚC CỘNG HÒA XÃ HỘI CHỦ NGHĨA VIỆT NAM

Hiến pháp nước Cộng hòa XHCN Việt Nam được Quốc hội thông qua tại kỳ họp thứ 6 đã được chuẩn bị công phu, nghiêm túc, chất lượng, tiếp thu được nhiều ý kiến xác đáng của nhân dân, của các vị đại biểu Quốc hội, các chuyên gia, nhà khoa học, đáp ứng được mục tiêu, yêu cầu đề ra. Có thể nói, Hiến pháp đã kết tinh được tinh hoa trí tuệ, ý chí, nguyện vọng của tuyệt đại đa số nhân dân, thể hiện được ý Đảng, lòng dân và sự đồng thuận của cả hệ thống chính trị.

Hiến pháp nước Cộng hòa XHCN Việt Nam được Quốc hội thông qua năm 2013 thực sự là Hiến pháp của thời kỳ đổi mới toàn diện, đồng bộ về kinh tế và chính trị, đáp ứng yêu cầu xây dựng, bảo vệ, phát triển đất nước và hội nhập quốc tế trong thời kỳ mới. So với Hiến pháp năm 1992, Hiến pháp có nhiều điểm mới cả về nội dung và kỹ thuật lập hiến (ví dụ về bố cục: Hiến pháp chỉ còn 11 chương, 120 điều - giảm 1

chương và 27 điều so với Hiến pháp năm 1992; có 12 điều mới¹, giữ nguyên 7 điều² và sửa đổi, bổ sung 101 điều; Lời nói đầu Hiến pháp năm 1992 gồm 6 khổ với 536 từ được viết ngắn gọn, súc tích chỉ còn 3 khổ với 290 từ,...). Đồng thời, Hiến pháp cũng đã thể hiện rõ và đầy đủ hơn bản chất dân chủ, tiến bộ của Nhà nước và chế độ ta trong thời kỳ quá độ tiến lên chủ nghĩa xã hội; quy định rõ ràng, đúng đắn và đầy đủ về chế độ chính trị, kinh tế, văn hóa, giáo dục, khoa học, công nghệ và môi trường, quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân, bảo vệ Tổ quốc, tổ chức bộ máy nhà nước, về hiệu lực và quy trình sửa đổi Hiến pháp; cụ thể:

Thứ nhất, Hiến pháp đã đề cao quyền làm chủ của người dân, thể hiện rõ hơn bản chất dân chủ của Nhà nước ta, Nhà nước pháp quyền Việt Nam XHCN của Nhân dân, do Nhân dân, vì Nhân dân, tất cả quyền lực nhà nước thuộc về Nhân dân

Dân chủ và chủ quyền nhân dân được thể hiện rõ hơn trong bản Hiến pháp thông qua việc ghi nhận chủ quyền nhân dân ngay từ Lời nói đầu với quy định: "... Nhân dân Việt Nam xây dựng, thi hành và bảo vệ Hiến pháp này vì mục tiêu dân giàu, nước mạnh, dân chủ, công bằng, văn minh". Các quy định trong Hiến pháp cũng đã thể hiện rõ đường lối, chủ trương của Đảng ta lấy con người làm trung tâm, đề cao quyền làm chủ của người dân. Hiến pháp đã kế thừa và phát triển quy định về con người thuộc các tầng lớp khác nhau, các thế hệ khác nhau, các hoàn cảnh khác nhau; tạo điều kiện thuận lợi cho mọi người cùng phát triển.

Kế thừa các quy định của Hiến pháp năm 1992, Hiến pháp thể hiện rõ bản chất của Nhà nước ta là Nhà nước dân chủ, pháp quyền XHCN của Nhân dân, do Nhân dân, vì Nhân dân. Nước Cộng hòa XHCN Việt Nam do Nhân dân làm chủ; tất cả quyền lực

nhà nước thuộc về Nhân dân mà nền tảng là liên minh giữa giai cấp công nhân với giai cấp nông dân và đội ngũ trí thức (Điều 2). Đồng thời, Hiến pháp quy định rõ nguyên tắc tổ chức quyền lực nhà nước là "Quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp". Theo đó, "kiểm soát quyền lực" là một nguyên tắc của Nhà nước pháp quyền, là một vấn đề mới trong tổ chức quyền lực của Nhà nước ta. Nguyên tắc này đã được thể hiện trong các Chương V, VI, VII, VIII và IX của Hiến pháp. Đây là cơ sở hiến định để tiếp tục thể chế hóa trong các quy định của các luật có liên quan.

Bên cạnh đó, Hiến pháp còn quy định cụ thể hơn các phương thức để Nhân dân thực hiện quyền lực nhà nước bằng dân chủ trực tiếp, bằng dân chủ đại diện thông qua Quốc hội, Hội đồng nhân dân và thông qua các cơ quan khác của Nhà nước (Điều 6) mà không chỉ thông qua Quốc hội và Hội đồng nhân dân như Hiến pháp năm 1992.

Thứ hai, Hiến pháp tiếp tục khẳng định vị trí, vai trò lãnh đạo của Đảng đối với Nhà nước và xã hội, trách nhiệm của Đảng trước Nhân dân

Hiến pháp tiếp tục khẳng định và làm rõ hơn, đầy đủ hơn bản chất, vai trò lãnh đạo của Đảng Cộng sản Việt Nam - đội tiên phong của giai cấp công nhân, đồng thời là đội tiên phong của nhân dân lao động và của dân tộc Việt Nam, đại biểu trung thành lợi ích của giai cấp công nhân, nhân dân lao động và của cả dân tộc, lấy chủ nghĩa Mác - Lê nin và tư tưởng Hồ Chí Minh làm nền tảng tư tưởng, là lực lượng lãnh đạo Nhà nước và xã hội. Cùng với quy định khẳng định vị trí, vai trò lãnh đạo của Đảng, tại Điều 4 của Hiến pháp đã bổ sung nội dung quan trọng về trách nhiệm của Đảng Cộng sản Việt Nam gắn bó mật thiết với Nhân

1 Có 12 điều mới (Điều 19, 34, 41, 42, 43, 55, 63, 78, 111, 112, 117 và 118).

2 Có 7 điều giữ nguyên Hiến pháp năm 1992 (Điều 1, Điều 23, Điều 49, Điều 86, Điều 87, Điều 91, Điều 97), nhưng nếu xét về nội dung thì có 11 điều của Hiến pháp năm 1992 được giữ nguyên (vì Điều 13 đã được ghép và giữ nguyên Điều 141, 142, 143 và 144 của Hiến pháp năm 1992).

dân, phục vụ Nhân dân, chịu sự giám sát của Nhân dân, chịu trách nhiệm trước Nhân dân về những quyết định của mình. Các tổ chức của Đảng và đảng viên Đảng Cộng sản Việt Nam hoạt động trong khuôn khổ Hiến pháp và pháp luật.

Thứ ba, Hiến pháp tiếp tục khẳng định sức mạnh đại đoàn kết toàn dân tộc, vai trò của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, Công đoàn và các tổ chức chính trị - xã hội, các tổ chức khác trong sự nghiệp xây dựng và bảo vệ Tổ quốc

Hiến pháp tiếp tục khẳng định và thể hiện rõ hơn tư tưởng phát huy sức mạnh đại đoàn kết dân tộc, coi đại đoàn kết toàn dân tộc là động lực, nguồn sức mạnh to lớn để xây dựng, bảo vệ và phát triển đất nước trong Lời nói đầu và các điều khoản cụ thể của Hiến pháp; giữ quy định về Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và Công đoàn trong Hiến pháp năm 1992 nhưng bổ sung, làm rõ vai trò của Mặt trận, Công đoàn và các tổ chức chính trị - xã hội khác được thành lập trên cơ sở tự nguyện, đại diện và bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp, chính đáng của thành viên, hội viên tổ chức mình, cùng các tổ chức thành viên khác của Mặt trận phối hợp và thống nhất hành động trong Mặt trận Tổ quốc Việt Nam (Điều 9, Điều 10).

Thứ tư, Hiến pháp thừa nhận, tôn trọng và bảo đảm thực hiện quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân

Chế định về quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân trong Hiến pháp năm 1992 được quy định ở Chương V thì trong Hiến pháp sửa đổi được chuyển lên Chương II, đồng thời bổ sung quy định về quyền con người. Đây không đơn thuần là sự thay đổi về kỹ thuật lập hiến mà là một sự thay đổi lớn về tư duy, nhận thức, quan điểm của Đảng và Nhà nước ta về vấn đề này. Điều này cũng đã được minh chứng bằng việc Việt Nam thời gian qua đã có nhiều nỗ lực trong việc đạt được những thành tựu về nhân quyền, dành được sự tin nhiệm của cộng đồng quốc tế.

Hiến pháp quy định nội dung quyền con

người, quyền công dân, trách nhiệm của Nhà nước và xã hội trong việc tôn trọng, bảo đảm và bảo vệ quyền con người, quyền công dân; bổ sung một số quyền mới là kết quả của quá trình đổi mới 25 năm qua ở nước ta, phù hợp với các điều ước quốc tế về quyền con người mà Cộng hòa XHCN Việt Nam là thành viên. Trên cơ sở đó, sắp xếp lại các điều theo các nhóm quyền để bảo đảm tính thống nhất giữa quyền con người và quyền công dân.

Hiến pháp quy định một nguyên tắc rất cơ bản là “Ở nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, các quyền con người, quyền công dân về chính trị, dân sự, kinh tế, văn hóa, xã hội được công nhận, tôn trọng, bảo vệ, bảo đảm theo Hiến pháp và pháp luật” (khoản 1 Điều 14). Bên cạnh đó, Hiến pháp cũng quy định một nguyên tắc khác để bảo đảm quyền con người, quyền công dân không bị hạn chế một cách tùy tiện: “Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp thật cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe cộng đồng” (khoản 2 Điều 14). Quy định này vừa thể hiện chủ trương tôn trọng, bảo vệ quyền con người, quyền công dân, vừa thể hiện yêu cầu của Công ước Liên hiệp quốc về quyền con người.

Thứ năm, Hiến pháp tiếp tục hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường định hướng XHCN, phát triển văn hóa, giáo dục, khoa học, công nghệ, bảo đảm công bằng xã hội, bảo vệ môi trường

Hiến pháp đã thể chế hóa các quan điểm của Đảng được xác định trong Cương lĩnh về phát triển kinh tế, văn hóa, xã hội, giáo dục, khoa học, công nghệ và bảo vệ môi trường; lồng ghép các điều khoản theo hướng chỉ quy định những vấn đề cơ bản và khái quát hơn. Điều này là sự thể chế hóa quan điểm của Đảng và Nhà nước ta về phát triển bền vững, gắn phát triển kinh tế với văn hóa, xã hội, giáo dục, khoa học, công nghệ và bảo vệ môi trường. Cụ thể:

- Về thành phần kinh tế (Điều 51): Để bảo đảm định hướng XHCN của nền kinh tế

nước ta, Hiến pháp đã quy định nền kinh tế Việt Nam là nền kinh tế thị trường định hướng XHCN, nhiều thành phần, nhiều hình thức sở hữu. Các thành phần kinh tế đều là bộ phận quan trọng của nền kinh tế, bình đẳng, cạnh tranh, cùng phát triển.

- Về đất đai (Điều 53 và Điều 54): Hiến pháp khẳng định đất đai là nguồn tài nguyên đặc biệt của quốc gia, nguồn lực quan trọng phát triển đất nước. Bên cạnh việc tiếp tục khẳng định đất đai thuộc sở hữu toàn dân, Hiến pháp khẳng định yêu cầu tôn trọng quyền sử dụng đất của người dân.

Trong điều kiện phát triển của nước ta hiện nay, việc phải thu hồi đất để thực hiện các dự án phát triển kinh tế - xã hội là vẫn cần thiết. Tuy nhiên, để tránh tình trạng thu hồi đất tràn lan, tùy tiện, Hiến pháp đã quy định việc thu hồi đất để thực hiện các dự án phát triển kinh tế - xã hội phải gắn trực tiếp với các mục tiêu vì lợi ích quốc gia, công cộng. Theo đó, khoản 3 Điều 54 của Hiến pháp quy định: “Nhà nước thu hồi đất do tổ chức, cá nhân đang sử dụng trong trường hợp thật cần thiết do luật định vì mục đích quốc phòng, an ninh; phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng. Việc thu hồi đất phải công khai, minh bạch và được bồi thường theo quy định của pháp luật”.

- Về xã hội, văn hóa, giáo dục, khoa học, công nghệ và bảo vệ môi trường: Cơ bản kế thừa những nội dung về từng lĩnh vực trong Hiến pháp năm 1992, nhưng được thể hiện lại một cách tổng quát, chỉ nêu những định hướng lớn đã được xác định trong Cương lĩnh; còn những vấn đề cụ thể sẽ do luật định.

Thứ sáu, Hiến pháp tiếp tục bảo vệ vững chắc Tổ quốc Việt Nam XHCN

Trên cơ sở giữ nội dung và bố cục của Chương IV của Hiến pháp năm 1992, Hiến pháp tiếp tục khẳng định và làm sâu sắc hơn vai trò nòng cốt của lực lượng vũ trang nhân dân trong sự nghiệp bảo vệ Tổ quốc, sự gắn kết giữa nhiệm vụ đối ngoại với quốc phòng, an ninh trong việc xây dựng đất nước, bảo

vệ độc lập, chủ quyền, thống nhất và toàn vẹn lãnh thổ.

Về nhiệm vụ bảo vệ Tổ quốc, Hiến pháp về cơ bản vẫn kế thừa các quy định của Hiến pháp hiện hành, khẳng định bảo vệ Tổ quốc là nghĩa vụ thiêng liêng và là quyền cao quý của công dân. Tuy nhiên, do nội hàm bảo vệ Tổ quốc rộng lớn, liên quan đến nhiều lĩnh vực quốc phòng, an ninh, đối ngoại, kinh tế, văn hóa, xã hội, vì vậy, Hiến pháp đã quy định khái quát “Bảo vệ Tổ quốc Việt Nam XHCN là sự nghiệp của toàn dân” tại Điều 64; còn những vấn đề về quốc phòng, an ninh quốc gia và bảo đảm trật tự, an toàn xã hội thì được quy định tại các điều 65, 66, 67, 68 và trong các nội dung khác của Hiến pháp.

Thứ bảy, Hiến pháp tiếp tục khẳng định yêu cầu xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền XHCN của Nhân dân, do Nhân dân, vì Nhân dân dưới sự lãnh đạo của Đảng Cộng sản Việt Nam

Tiếp tục kế thừa bản chất và mô hình tổng thể của bộ máy nhà nước trong Hiến pháp năm 1992, Hiến pháp làm rõ hơn nguyên tắc phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp; xác định rõ hơn chức năng của cơ quan thực hiện quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp và điều chỉnh lại một số nhiệm vụ, quyền hạn của các cơ quan này; bổ sung 2 thiết chế hiến định độc lập là Hội đồng bầu cử quốc gia và Kiểm toán Nhà nước; cụ thể là:

Về Quốc hội (Chương V):

Vị trí, chức năng, cơ cấu tổ chức và nhiệm vụ, quyền hạn của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội cơ bản giữ như quy định của Hiến pháp năm 1992; đồng thời, có sửa đổi, bổ sung để phù hợp với chức năng của cơ quan thực hiện quyền lập pháp và mối quan hệ giữa các cơ quan thực hiện quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp, cụ thể như sau:

- Quy định rõ, khả thi và phù hợp hơn trong điều kiện phát triển kinh tế thị trường định hướng XHCN quyền quyết định kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội của đất nước được chuyển thành quyền quyết định

mục tiêu, chỉ tiêu và nhiệm vụ cơ bản phát triển kinh tế - xã hội (khoản 3 Điều 70) để xác định rõ hơn vai trò, trách nhiệm và mối quan hệ giữa Quốc hội và Chính phủ;

- Bổ sung thẩm quyền của Quốc hội trong việc phê chuẩn việc bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao theo đề nghị của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao phù hợp với yêu cầu đổi mới mô hình Tòa án nhân dân nhằm làm rõ hơn vai trò của Quốc hội trong mối quan hệ với cơ quan thực hiện quyền tư pháp, đồng thời nâng cao vị thế của Thẩm phán theo tinh thần cải cách tư pháp (khoản 7 Điều 70);

- Giao thẩm quyền điều chỉnh địa giới hành chính dưới tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương cho Ủy ban thường vụ Quốc hội theo đề nghị của Chính phủ; làm rõ hơn thẩm quyền của Ủy ban thường vụ Quốc hội là cơ quan thường trực của Quốc hội (Điều 74);

- Kế thừa các quy định của Hiến pháp năm 1959, Hiến pháp năm 1980, Hiến pháp quy định Ủy ban thường vụ Quốc hội phê chuẩn đề nghị bổ nhiệm, miễn nhiệm đại sứ đặc mệnh toàn quyền của Cộng hòa XHCN Việt Nam (Điều 74).

Về Chủ tịch nước (Chương VI):

Hiến pháp tiếp tục khẳng định, Chủ tịch nước là người đứng đầu Nhà nước, thay mặt nước Cộng hòa XHCN Việt Nam về đối nội và đối ngoại, thống lĩnh lực lượng vũ trang nhân dân, giữ chức Chủ tịch Hội đồng quốc phòng và an ninh. Hiến pháp đã làm rõ thẩm quyền của Chủ tịch nước trong từng lĩnh vực lập pháp, hành pháp, tư pháp và quy định mối quan hệ giữa Chủ tịch nước với Quốc hội, Chính phủ, cơ quan tư pháp. Đồng thời, đã làm rõ hơn vai trò thống lĩnh lực lượng vũ trang của Chủ tịch nước trong việc quyết định phong, thăng, giáng, tước quân hàm cấp tướng, chuẩn đô đốc, phó đô đốc, đô đốc hải quân; bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức Tổng Tham mưu trưởng, Chủ nhiệm Tổng cục Chính trị Quân đội nhân dân Việt Nam...; cùng với đó là bổ sung quy định thẩm quyền của Hội đồng quốc phòng và an ninh do Chủ tịch nước làm Chủ tịch quyết định việc lực lượng vũ trang nước ta tham

gia hoạt động góp phần bảo vệ hòa bình ở khu vực và trên thế giới.

Về Chính phủ (Chương VII):

Hiến pháp tiếp tục kế thừa quy định của Hiến pháp năm 1992 về vị trí, chức năng, cơ cấu tổ chức và nhiệm vụ, quyền hạn của Chính phủ và khẳng định Chính phủ là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất, thực hiện quyền hành pháp và là cơ quan chấp hành của Quốc hội, làm rõ hơn trách nhiệm của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng và các thành viên khác của Chính phủ.

Về Tòa án nhân dân (Chương VIII):

Trên cơ sở tiếp tục kế thừa quy định của Hiến pháp năm 1992 về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và các nguyên tắc hoạt động của Tòa án nhân dân, Hiến pháp bổ sung quy định Tòa án nhân dân thực hiện quyền tư pháp; sửa đổi quy định về hệ thống tổ chức Tòa án cho phù hợp với chủ trương cải cách tư pháp theo hướng không xác định cấp Tòa án cụ thể trong Hiến pháp mà để luật định.

Về Viện kiểm sát nhân dân (Chương VIII):

Tiếp tục khẳng định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của Viện kiểm sát là thực hành quyền công tố và kiểm sát hoạt động tư pháp, Hiến pháp làm rõ hơn nguyên tắc hoạt động của Kiểm sát viên khi thực hiện quyền công tố và kiểm sát hoạt động tư pháp; sửa đổi quy định về hệ thống tổ chức Viện kiểm sát cho phù hợp với chủ trương cải cách tư pháp.

Về chính quyền địa phương (Chương IX):

- Hiến pháp mới tiếp tục kế thừa quy định của Hiến pháp hiện hành về các đơn vị hành chính nhằm bảo đảm sự thống nhất, đồng bộ, ổn định trong cấu trúc hành chính ở nước ta; đồng thời bổ sung quy định về đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt, đơn vị hành chính tương đương với quận, huyện, thị xã thuộc thành phố trực thuộc trung ương.

- Về tổ chức chính quyền địa phương, Hiến pháp quy định khái quát theo hướng: "Chính quyền địa phương được tổ chức ở các đơn vị hành chính của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam. Cấp chính quyền địa

phương gồm có Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân được tổ chức phù hợp với đặc điểm nông thôn, đô thị, hải đảo, đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt do luật định”, việc tổ chức Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân cụ thể ở từng đơn vị hành chính sẽ do luật định.

Về Hội đồng bầu cử quốc gia (Chương X):

Nhằm thể hiện đầy đủ, sâu sắc hơn chủ quyền nhân dân, tạo cơ chế để nhân dân thực hiện đầy đủ quyền làm chủ của mình, thể chế hóa một trong những chủ trương của Đảng là “tăng cường hình thức dân chủ trực tiếp theo hướng hoàn thiện chế định bầu cử...”. Hiến pháp mới đã quy định tổng quát về Hội đồng bầu cử quốc gia, còn những vấn đề cụ thể về tổ chức và hoạt động của Hội đồng bầu cử quốc gia sẽ do luật định.

Về Kiểm toán Nhà nước (Chương X):

Hiến pháp mới cũng quy định một thiết chế hiến định độc lập là Kiểm toán Nhà nước phù hợp với thực tiễn hoạt động của Kiểm toán Nhà nước và cũng phù hợp với thông lệ quốc tế.

Thứ tám, Hiến pháp tiếp tục khẳng định vai trò của đối ngoại và chủ động hợp tác quốc tế

Hiến pháp có những sửa đổi, bổ sung về chính sách đối ngoại cho phù hợp với tình hình mới; khẳng định nước Cộng hòa XHCN Việt Nam thực hiện nhất quán đường lối đối ngoại độc lập, tự chủ, hòa bình, hữu nghị, hợp tác và phát triển; đa phương hóa, đa dạng hóa quan hệ, chủ động và tích cực hội nhập, hợp tác quốc tế trên cơ sở tôn trọng độc lập, chủ quyền và toàn vẹn lãnh thổ, không can thiệp vào công việc nội bộ của nhau, bình đẳng, cùng có lợi; tuân thủ Hiến chương Liên hiệp quốc và điều ước quốc tế mà Cộng hòa XHCN Việt Nam là thành viên; là bạn, đối tác tin cậy và thành viên có trách nhiệm trong cộng đồng quốc tế vì lợi ích quốc gia, dân tộc, góp phần vào sự nghiệp hòa bình, độc lập dân tộc, dân chủ và tiên bộ xã hội trên thế giới (Điều 12).

Thứ chín, về kỹ thuật lập hiến

Để Hiến pháp thực sự là đạo luật cơ bản của Nhà nước, có tính ổn định lâu dài, Hiến

pháp chỉ quy định những vấn đề có tính nguyên tắc cần thể hiện khái quát, cô đọng, súc tích. Theo đó, những vấn đề về vị trí, chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của các cơ quan nhà nước được quy định rõ trong Hiến pháp, còn quy trình, thủ tục, cách thức tổ chức thực hiện chức năng, nhiệm vụ cần để luật điều chỉnh. Một số chủ trương, chính sách cụ thể về phát triển ngành, lĩnh vực (kinh tế, văn hóa, giáo dục, khoa học, công nghệ, y tế, thể dục, thể thao) không quy định trong Hiến pháp mà để luật điều chỉnh để bảo đảm tính linh hoạt trong bổ sung, hoàn chỉnh chủ trương, chính sách và trong quản lý, điều hành.

Thứ mười, về hiệu lực của Hiến pháp và bảo vệ Hiến pháp

Hiến pháp đã khẳng định giá trị pháp lý cao nhất của đạo luật cơ bản của Nhà nước, quy trình sửa đổi Hiến pháp, trách nhiệm của Quốc hội và các cơ quan nhà nước cũng như toàn dân trong việc bảo vệ Hiến pháp.

Để có căn cứ pháp lý cho việc triển khai thi hành Hiến pháp mới, Quốc hội đã ban hành Nghị quyết quy định một số điểm thi hành Hiến pháp, trong đó quy định rõ thời hạn công bố chậm nhất là 15 ngày, kể từ ngày thông qua; thời điểm Hiến pháp mới có hiệu lực là từ ngày 01/01/2014, đồng thời quy định trách nhiệm của các cơ quan, tổ chức hữu quan trong việc tổ chức thi hành Hiến pháp, trách nhiệm tuyên truyền, phổ biến Hiến pháp nhằm bảo đảm Hiến pháp được tuân thủ và chấp hành nghiêm trong tất cả các lĩnh vực của đời sống xã hội.

Chúng ta có thể khẳng định rằng, những sửa đổi của Hiến pháp nước Cộng hòa XHCN Việt Nam vừa được Quốc hội khóa XIII thông qua tại kỳ họp thứ 6 vừa qua sẽ có ý nghĩa to lớn trong việc tiếp tục hoàn thiện đổi mới theo chủ trương của Đảng và Nhà nước, thực hiện thắng lợi sự nghiệp công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước, xây dựng thành công Nhà nước pháp quyền XHCN của Nhân dân, do Nhân dân, vì Nhân dân ■

CƠ SỞ LÝ LUẬN CỦA TỔ TỤNG LAO ĐỘNG

LÊ THỊ HOÀI THU*

Tổ tụng lao động (TTLĐ) được hiểu là “trình tự, thủ tục giải quyết tranh chấp lao động (TCLĐ) tại cơ quan tài phán theo quy định của pháp luật”¹. Theo cách hiểu này, TTLĐ bao gồm hai loại: (1) tổ tụng trọng tài; và (2) tổ tụng tại toà án.

Tổ tụng trọng tài lao động bao gồm các bước: thụ lý vụ việc; xác minh, thu thập chứng cứ; hoà giải; ra quyết định giải quyết TCLĐ (phán quyết trọng tài).

Tổ tụng tại toà án bao gồm các bước: thụ lý vụ án; xác minh, thu thập chứng cứ; hoà giải trước phiên toà; xét xử tại phiên toà; các thủ tục sau phiên toà. Cấp xét xử sơ thẩm nhìn chung phải qua hầu hết các thủ tục trên, trừ trường hợp có căn cứ đình chỉ giải quyết vụ án hoặc các đương sự hoà giải được với nhau. Tại cấp xét xử phúc thẩm, giám đốc thẩm hoặc tái thẩm, tùy theo quy định của pháp luật và sự cần thiết mà phải thực hiện tất cả hoặc một số bước trong trình tự trên.

Ở Việt Nam, trọng tài lao động được quy định tại Bộ luật Lao động (BLLĐ). Theo BLLĐ năm 1994 (sửa đổi năm 2002), tính chất “tổ tụng” của TTLĐ mặc dù được

thể hiện trong các quy định của BLLĐ (ở chỗ Hội đồng trọng tài lao động có quyền ra quyết định về vụ tranh chấp trong trường hợp hoà giải không thành), tuy nhiên, tính chất này khá mờ nhạt và hiệu quả không cao. Điều này thể hiện ở chỗ: trọng tài lao động chỉ sử dụng trong việc giải quyết TCLĐ tập thể (không sử dụng trong việc giải quyết TCLĐ cá nhân); phán quyết trọng tài lao động không có giá trị chung thẩm (sau khi có phán quyết trọng tài, nếu không đồng ý với quyết định của Hội đồng trọng tài lao động các bên vẫn có thể khởi kiện ra Toà án yêu cầu giải quyết lại nội dung vụ TCLĐ từ đầu); thủ tục trọng tài lao động nhìn chung không được áp dụng trên thực tế, mặc dù trọng tài lao động và đình công xảy ra ngày càng nhiều và phức tạp...

Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLLĐ năm 2006 (có hiệu lực thi hành từ ngày 01/7/2007) đã làm thay đổi căn bản giá trị thủ tục trọng tài lao động, thậm chí làm cho TTLĐ không còn mang bản chất “trọng tài”, không còn tính “tổ tụng” như trước đây nữa. Theo đó, kể từ ngày 01/7/2007, trọng tài lao động bị thu hẹp thẩm quyền một cách đáng kể, và nhìn chung, trọng tài lao động

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

1 Viện Khoa học pháp lý (Bộ Tư pháp), Từ điển Luật học, Nxb Từ điển Bách khoa và Nxb Tư pháp, H., tr. 786.

chỉ còn được sử dụng trong việc giải quyết TCLĐ tập thể về lợi ích (loại tranh chấp xảy ra không nhiều so với thực tế TCLĐ tập thể hoặc nếu có thì cũng không thuộc dạng tranh chấp đơn nhất về lợi ích mà sẽ là tranh chấp hỗn hợp cả về quyền và lợi ích), không được sử dụng trong việc giải quyết TCLĐ cá nhân và TCLĐ tập thể về quyền. Điều đáng nói hơn là Hội đồng trọng tài lao động chỉ có chức năng “hoà giải” đối với vụ TCLĐ tập thể mà Hội đồng đã thụ lý, không có quyền ra quyết định (phán quyết) về vụ tranh chấp. Vì vậy, không ít người cho rằng, thủ tục trọng tài lao động theo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLLĐ năm 2006 về bản chất không khác với thủ tục hoà giải tại cơ sở cũng được quy định trong BLLĐ (do Hội đồng hoà giải lao động cơ sở hoặc Hoà giải viên lao động theo quy định của BLLĐ lúc đó tiến hành), làm cho thủ tục giải quyết TCLĐ tập thể về lợi ích bị kéo dài một cách không thực sự cần thiết. BLLĐ năm 2012 tiếp tục quy định thủ tục trọng tài lao động theo hướng này. Đây chính là lý do để chúng tôi không đề cập “tổ tụng trọng tài” trong bài viết này. Chúng tôi chỉ tập trung phân tích cơ sở lý luận của TTLĐ tại Toà án và đề cập ở góc độ pháp luật (pháp luật TTLĐ).

Khi nói về cơ sở lý luận của TTLĐ có thể có nhiều vấn đề phải bàn. Ở đây, chúng tôi xin bàn về các nội dung sau: mối quan hệ giữa luật nội dung và luật thủ tục trong lĩnh vực lao động; sự cần thiết của phương thức TTLĐ trong mối tương quan với các phương thức giải quyết TCLĐ khác như thương lượng, hoà giải, trọng tài; cơ sở của việc quy định riêng về TTLĐ.

1. Mối quan hệ giữa (pháp) luật nội dung và (pháp) luật thủ tục (hình thức) trong lĩnh vực lao động

Mối quan hệ giữa (pháp) luật nội dung và (pháp) luật thủ tục là mối quan hệ thống

nhất, hữu cơ giữa nội dung và hình thức, trong đó nội dung quyết định hình thức, hình thức phản ánh nội dung và hình thức có tính độc lập tương đối so với nội dung. Theo logic này, mỗi lĩnh vực pháp luật về nội dung sẽ cần đến pháp luật thủ tục tương ứng và nếu pháp luật nội dung thay đổi, làm tính chất, đặc điểm của quan hệ pháp luật nội dung thay đổi thì sẽ kéo theo sự thay đổi của pháp luật thủ tục. Tuy nhiên, pháp luật thủ tục cũng có tính độc lập tương đối, tác động trở lại pháp luật nội dung, bởi lẽ nếu không có pháp luật thủ tục thì nhiều quy định của pháp luật nội dung cũng khó hoặc không thể áp dụng trên thực tế và nếu pháp luật về thủ tục được quy định không hợp lý thì nó lại chính là rào cản trong việc đưa pháp luật nội dung vào thực tiễn đời sống xã hội một cách hiệu quả.

Nói về mối quan hệ này, C. Mác viết: “Luật vật chất lại có những hình thức xét xử cần thiết, vốn có của nó... Việc xét xử và luật pháp liên hệ mật thiết với nhau, cũng như hình dáng cây cối gắn liền với cây cối, hình dáng động vật gắn với thịt và máu của động vật. Cũng một tinh thần ấy phải cổ vũ cho việc xét xử và pháp luật, bởi vì việc xét xử chỉ là hình thức của cuộc sống của luật pháp và do đó, cũng là biểu hiện của cuộc sống bên trong của nó”².

Trong lĩnh vực pháp luật lao động cũng vậy, pháp luật nội dung về tiêu chuẩn lao động, quan hệ lao động (QHLĐ) với tính chất, đặc điểm như thế nào sẽ cần đến các quy phạm pháp luật về thủ tục tương ứng để có thể giải quyết các vấn đề phát sinh từ QHLĐ giữa các bên chủ thể liên quan, nhất là giải quyết TCLĐ giữa họ và giải quyết các cuộc đình công của người lao động (NLĐ) khi xảy ra. Chẳng hạn, BLLĐ Việt Nam năm 1994 (sửa đổi năm 2002) chưa phân biệt TCLĐ tập thể về quyền với TCLĐ

2 C.Mác và Ph. Ăng-ghen: Toàn tập, Nxb Chính trị quốc gia, H., 1995, tr.227.

tập thể về lợi ích thì tương ứng với nó, Nhà nước chỉ quy định một trình tự, thủ tục chung cho việc giải quyết TCLĐ tập thể. Song, khi BLLĐ này được sửa đổi bởi Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLLĐ năm 2006, TCLĐ tập thể đã được phân chia thành hai loại là TCLĐ tập thể về quyền và TCLĐ tập thể về lợi ích với những đặc điểm và yêu cầu về cách thức giải quyết khác nhau³, nên đã phải thiết kế hai quy trình giải quyết TCLĐ tập thể tương ứng với hai loại tranh chấp này. Tương tự như vậy, trước đây BLLĐ quy định một trong những mục đích của việc giải quyết đình công là để giải quyết vụ TCLĐ tập thể đã dẫn đến đình công, nên trong thủ tục giải quyết, hoà giải là một bước bắt buộc (tổ chức Hội nghị hoà giải)⁴ và chỉ khi hoà giải không thành thì Toà án mới ra quyết định để tuyên bố cuộc đình công là hợp pháp hay bất hợp pháp. Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLLĐ năm 2006 và BLLĐ năm 2012 quy định việc giải quyết đình công chỉ nhằm xác định cuộc đình công là hợp pháp hay bất hợp pháp, vì thế thủ tục hoà giải đã được đưa ra khỏi trình thủ tục giải quyết đình công.

Như vậy, rõ ràng pháp luật về nội dung quyết định pháp luật về thủ tục, sự thay đổi pháp luật nội dung đã dẫn đến sự thay đổi pháp luật thủ tục; song, bản thân pháp luật nội dung cũng cần pháp luật thủ tục để giải quyết các vấn đề về nội dung và chuyển tải

nội dung đó đến với thực tiễn cuộc sống. Ví dụ: NLĐ bị sa thải, NLĐ cho rằng quyết định sa thải của người sử dụng lao động (NSDLĐ) đối với mình là trái pháp luật và muốn được tổ chức, cá nhân có thẩm quyền giải quyết để quyền lợi hợp pháp, chính đáng của mình được bảo vệ. Nhu cầu của NLĐ đã phát sinh vấn đề trong quan hệ pháp luật nội dung (pháp luật về xử lý vi phạm kỷ luật lao động trong QHLD) cần được giải quyết và muốn giải quyết được phải cần đến pháp luật về thủ tục (pháp luật về thủ tục giải quyết TCLĐ hoặc pháp luật về thủ tục giải quyết khiếu nại về lao động) để xác định nguyên tắc giải quyết; thẩm quyền giải quyết; thời hiệu yêu cầu giải quyết; trình tự, thủ tục giải quyết; việc thi hành quyết định đã có hiệu lực của tổ chức, cá nhân có thẩm quyền; quyền và nghĩa vụ của các chủ thể có liên quan trong quá trình giải quyết TCLĐ...

Bản về sự tác động trở lại của luật thủ tục đối với luật nội dung, cụ thể là bản về tính độc lập tương đối của luật thủ tục so với luật nội dung, chúng ta thấy, nếu luật thủ tục không hợp lý, không khả thi thì chính pháp luật về thủ tục lại trở thành rào cản trong việc đưa luật nội dung vào thực tiễn cuộc sống một cách hiệu quả. Vẫn với ví dụ trên (về việc giải quyết yêu cầu của NLĐ về việc bị NSDLĐ sa thải trái pháp luật), nếu pháp luật về thủ tục không hợp lý (giải sử quy

3 TCLĐ về quyền được hiểu là những tranh chấp giữa người lao động, tập thể lao động và NSDLĐ về những vấn đề thuộc quyền và nghĩa vụ của hai bên đã được quy định (trong các văn bản quy phạm pháp luật của Nhà nước, trong nội quy, quy chế lao động của ngành, của đơn vị) hoặc đã được hai bên thoả thuận (trong thoả ước lao động tập thể, hợp đồng lao động, hợp đồng học nghề)... Còn TCLĐ về lợi ích được hiểu là những tranh chấp giữa người lao động, tập thể lao động và NSDLĐ về những vấn đề thuộc lợi ích của các bên nhưng chưa được quy định và chưa được các bên thoả thuận hoặc những vấn đề cần thoả thuận lại giữa hai bên. Cách hiểu này trùng với khái niệm TCLĐ về pháp luật (chỉ những tranh chấp về những vấn đề đã được pháp luật quy định) và TCLĐ về kinh tế (chỉ những tranh chấp về lợi ích kinh tế chưa được pháp luật quy định) được sử dụng ở nhiều quốc gia có thị trường lao động nói chung và QHLD nói riêng phát triển ở trình độ cao, như Mỹ, Canada...

TCLĐ về quyền khác với TCLĐ về lợi ích ở những điểm chủ yếu sau đây: i) TCLĐ về quyền là tranh chấp về những vấn đề đã được xác định, đã và đang có hiệu lực. Còn TCLĐ về lợi ích là loại tranh chấp về những vấn đề chưa được xác định giữa các bên; ii) Việc yêu cầu giải quyết TCLĐ về quyền là để tiếp tục duy trì và củng cố các quy tắc xử sự đã được xác lập giữa các bên. Trong khi đó, các bên tham gia tranh chấp và yêu cầu giải quyết TCLĐ về lợi ích lại nhằm thiết lập các quy tắc xử sự mới giữa họ; iii) TCLĐ về quyền thường gắn liền với sự vi phạm của ít nhất một bên chủ thể. Ngược lại, TCLĐ về lợi ích không gắn với vi phạm của bất kì bên chủ thể nào (TS Nguyễn Xuân Thu, Vận dụng cơ chế ba bên trong việc giải quyết TCLĐ ở Việt Nam, Nxb Lao động - Xã hội, H., 2009, tr. 42-43).

4 Xem Phần thứ 2 Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các TCLĐ ngày 11/4/1996.

định thẩm quyền giải quyết không rõ ràng, thủ tục rườm rà, chi phí tuân thủ cao, thiếu cơ chế thi hành kết quả giải quyết TCLĐ...) thì pháp luật về thủ tục giải quyết TCLĐ không những không giải quyết được một cách nhanh chóng, kịp thời, khách quan và tranh chấp giữa hai bên, mà còn có thể đẩy mâu thuẫn của họ lên cao hơn, có thể dẫn tới các vi phạm pháp luật khác, bởi quyền lợi hợp pháp, chính đáng của bên bị xâm hại không được bảo vệ, bên vi phạm pháp luật không bị “trừng phạt”, pháp luật về xử lý vi phạm kỷ luật lao động không được tôn trọng; từ đó gây bất ổn cho thị trường lao động, gây rối trật tự xã hội... Nói cách khác là pháp luật thủ tục đã cản trở việc đưa pháp luật nội dung vào thực tiễn cuộc sống. Như vậy, pháp luật nội dung muốn được tôn trọng một cách thực sự và bảo đảm thực hiện nghiêm thì không thể thiếu pháp luật về thủ tục. Đây chính là một trong những cơ sở lý luận quan trọng của sự ra đời pháp luật thủ tục, trong đó có pháp luật về TTLĐ⁵.

2. Ưu điểm, nhược điểm cơ bản của các phương thức giải quyết tranh chấp lao động ngoài Tòa án và sự cần thiết của việc giải quyết tranh chấp lao động tại Tòa án (hoạt động tổ tụng lao động)

Theo quan điểm của các chuyên gia lao động quốc tế, QHLĐ là “những mối quan hệ cá nhân và tập thể giữa những NLĐ và NSDLĐ tại nơi làm việc, cũng như các mối quan hệ giữa các đại diện của họ với Nhà nước. Những mối quan hệ như thế xoay quanh các khía cạnh pháp luật, kinh tế, xã hội học và tâm lý học và bao gồm cả những vấn đề như tuyển mộ, thuê mướn, sắp xếp công việc, đào tạo, kỷ luật, thăng chức, buộc

thôi việc, kết thúc hợp đồng, làm ngoài giờ, tiền thưởng, phân chia lợi nhuận, giáo dục, y tế, vệ sinh, giải trí, chỗ ở, giờ làm việc, nghỉ ngơi, nghỉ phép, các vấn đề phúc lợi cho người thất nghiệp, ốm đau, tai nạn, tuổi cao và tàn tật”⁶.

Theo quan điểm trên thì QHLĐ bao gồm QHLĐ hai bên (giữa cá nhân NLĐ và NSDLĐ; giữa tập thể lao động và NSDLĐ tại nơi làm việc) và QHLĐ ba bên (giữa đại diện của Nhà nước với đại diện của NSDLĐ và đại diện của NLĐ để giải quyết những vấn đề chủ yếu ở tầm vĩ mô). Mỗi loại QHLĐ có những nội dung nhất định phù hợp với yêu cầu thiết lập và phạm vi vận hành của nó. Ở Việt Nam, do các điều kiện bảo đảm cho QHLĐ ba bên chưa thực sự “chín muồi” nên QHLĐ (theo quy định của hệ thống pháp luật lao động), về cơ bản, được tiếp cận ở góc độ quan hệ hai bên (Khoản 6 Điều 3 BLLĐ năm 2012 quy định: “QHLĐ là quan hệ xã hội phát sinh trong việc thuê mướn, sử dụng lao động, trả lương giữa NLĐ và NSDLĐ”); quan hệ ba bên mới bước đầu được tiếp cận ở mức độ rất hạn chế bằng một số quy định cụ thể của BLLĐ và một số văn bản pháp luật có liên quan để giải quyết một số quyền lợi, nghĩa vụ và trách nhiệm của NSDLĐ và NLĐ trong QHLĐ hai bên.

Lợi nhuận chính là mục đích của NSDLĐ; tiền lương, phúc lợi, điều kiện lao động an toàn... chính là mục đích của NLĐ khi tham gia QHLĐ. Lợi ích kinh tế của hai bên trong QHLĐ, bên cạnh tính thống nhất, chúng còn có xu hướng mâu thuẫn với nhau. Những việc làm để đạt được mục đích của bên này có thể trực tiếp hoặc gián tiếp xâm

5 *Pháp luật về thủ tục trong lĩnh vực lao động không chỉ bao gồm pháp luật giải quyết TCLĐ tại tòa án (pháp luật về TTLĐ theo giới hạn mà Chuyên đề này đề cập), mà còn bao gồm cả các thủ tục giải quyết TCLĐ ngoài tòa án như thương lượng, trung gian, hoà giải (do Hoà giải viên lao động thực hiện), giải quyết bằng quyết định của Chủ tịch UBND cấp huyện hoặc cấp tỉnh (đối với TCLĐ tập thể xảy ra tại các doanh nghiệp không được đình công theo danh mục do Chính phủ quy định), TTLĐ, giải quyết khiếu nại về lao động. Trong đó, pháp luật về TTLĐ giải quyết TCLĐ tại tòa án) bao giờ cũng là trung tâm thu hút nhất khi nói về pháp luật thủ tục.*

6 *David Macdonald & Caroline Vandenberg (1997), Thuật ngữ quan hệ công nghiệp và các khái niệm có liên quan, H.*

hại đến lợi ích của bên kia. Hơn nữa, trong quan hệ pháp luật lao động, NLD bị lệ thuộc vào NSDLĐ về phương diện tổ chức, vì vậy không tránh khỏi những lúc NSDLĐ lạm quyền, áp đặt, còn NLD cảm thấy mình bị “lép vế”, bị lấn át. Tất cả những vấn đề này không được giải quyết một cách ôn hoà đều có thể trở thành nguyên nhân của TCLĐ. Thêm vào đó, với nền kinh tế chuyển đổi, hệ thống pháp luật nói chung và pháp luật lao động nói riêng chưa hoàn chỉnh, trình độ và ý thức pháp luật của các bên còn thấp, năng lực quản lý nhà nước về lao động còn hạn chế như ở nước ta hiện nay... thì TCLĐ sẽ còn xảy ra nhiều và có thể diễn biến theo chiều hướng ngày càng phức tạp hơn.

Bàn về khái niệm TCLĐ, một định nghĩa về TCLĐ được coi là đầy đủ, phản ánh được các yếu tố chủ thể, nội dung, khách thể của tranh chấp: “TCLĐ là sự xung đột về quyền (nghĩa vụ) và lợi ích giữa các chủ thể của mỗi QHLĐ trong quá trình lao động, được một trong các bên yêu cầu giải quyết theo những thủ tục khác nhau, theo quy định của pháp luật”⁷.

Một số nước (Anh, Mỹ, Úc, Indonesia, Jordan...) có định nghĩa chung về TCLĐ trong các đạo luật. Ở một số nước khác, TCLĐ được định nghĩa dựa trên sự khác biệt giữa các loại TCLĐ. Một số quốc gia trong nhóm này dựa vào sự khác biệt về số lượng NLD tham gia tranh chấp để đưa ra định nghĩa TCLĐ cá nhân và TCLĐ tập thể, như Pháp, Bỉ, Thụy Sĩ, Cameroon... Trong khi đó, Áo, Đan Mạch, Na Uy, Thụy Điển... lại dựa trên sự khác biệt về bất đồng giữa các vấn đề liên quan đến việc áp dụng hoặc giải thích quyền hạn hiện hành hay thiết lập quyền hạn mới để đưa ra định nghĩa TCLĐ về quyền và TCLĐ về lợi ích⁸.

BLLĐ Việt Nam quy định cả định nghĩa chung và các định nghĩa theo sự khác biệt của các loại TCLĐ. Định nghĩa chung về TCLĐ được quy định tại Khoản 7 Điều 3 BLLĐ: “TCLĐ là tranh chấp về quyền, nghĩa vụ và lợi ích phát sinh giữa các bên trong QHLĐ”. Cũng tại Điều 3 BLLĐ, các định nghĩa theo từng loại tranh chấp: TCLĐ cá nhân, TCLĐ tập thể, TCLĐ tập thể về quyền và TCLĐ tập thể về lợi ích cũng lần lượt được quy định.

Để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng của các bên trong QHLĐ, bình ổn QHLĐ, thị trường lao động và bình ổn xã hội nói chung, bằng cách này hay cách khác, các TCLĐ cần được giải quyết. Có nhiều phương thức khác nhau đã được sử dụng trong việc giải quyết TCLĐ ở các nước cũng như ở Việt Nam, như: thương lượng, hoà giải, trung gian, trọng tài, xét xử tại Tòa án, giải quyết theo thủ tục giải quyết khiếu nại về lao động... Tùy vào điều kiện kinh tế - xã hội và pháp luật của mỗi quốc gia mà các phương thức giải quyết TCLĐ được sử dụng ở những mức độ khác nhau, các bên tranh chấp được phép lựa chọn phương thức giải quyết hoặc buộc phải tuân thủ quy định của pháp luật. Trong số đó, *thương lượng, hoà giải, trọng tài và xét xử* là những phương thức được sử dụng phổ biến.

Thương lượng giải quyết TCLĐ là quá trình NLD (tập thể lao động) và NSDLĐ tự thảo luận, đàm phán để đi đến thoả thuận chung cho vụ TCLĐ giữa họ.

Thương lượng là một quá trình tự thân, có lựa chọn hay không, trình tự và kết quả... như thế nào đều do chính các bên tranh chấp tự quyết định, không có sự tham gia của người thứ ba với tư cách là chủ thể độc lập như ở phương thức hoà giải, trọng tài và xét

7 PGS.TS. Lê Hồng Hạnh (2002), *Những nền tảng pháp lý cơ bản của nền kinh tế thị trường định hướng XHCN ở Việt Nam*, H., (Tài liệu của Dự án TA 2853 VIE do Bộ Tư pháp và Ngân hàng phát triển Châu Á thực hiện năm 2002), tr.256.

8 *Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội* (2006), *Thủ tục hoà giải và trọng tài các TCLĐ*, H., tr.9-20.

xử. Thậm chí, quá trình này hầu như thoát khỏi sự điều tiết của pháp luật. Vì vậy, quá trình thương lượng thường không có cấu trúc cố định, có thể không có chủ tọa, không phải tuân theo bất kỳ một chương trình, trình tự, thủ tục cố định nào...

Lợi ích nổi bật của thương lượng thể hiện ở chỗ quyền tự định đoạt của các bên tranh chấp được đảm bảo thực hiện ở mức độ tối đa; thủ tục đơn giản, nhanh chóng, thuận tiện; tiết kiệm thời gian, chi phí và nhân lực; khả năng thực thi kết quả thương lượng thành rất cao; các bên QHLD hiểu và thông cảm cho nhau... Song, không được đảm bảo về mặt pháp lý; không có cơ chế bảo đảm thi hành kết quả thương lượng thành nên khả năng phá vỡ kết quả thương lượng thành, dẫn tới kéo dài thời gian giải quyết, gây phiền hà, tốn kém... cho các bên tranh chấp và gây thiệt hại cho xã hội trong nhiều trường hợp... chính là những hạn chế lớn của phương thức này. Vì vậy, cần có những phương thức giải quyết khác bên cạnh phương thức thương lượng để có thể khắc phục những hạn chế trên.

Hoà giải TCLĐ là quá trình người hoà giải giúp các bên tranh chấp đạt được thoả thuận chung về vụ tranh chấp giữa họ. Cũng như thương lượng, kết quả hoà giải như thế nào là do các bên tranh chấp tự quyết định. Tuy nhiên, điểm khác biệt cơ bản giữa thương lượng và hoà giải TCLĐ là ở chỗ: trong hoà giải có người thứ ba (người hoà giải) tham gia quá trình giải quyết tranh chấp với tư cách là chủ thể độc lập theo quy định của pháp luật hoặc sự lựa chọn hợp pháp của các bên tranh chấp. Người hoà giải đóng vai trò chính là “thuyết phục” và giúp các bên tranh chấp tìm kiếm giải pháp chung cho vụ tranh chấp giữa họ. Để đạt được điều đó, người hoà giải sẽ giúp các bên về pháp luật (dẫn chiếu nguồn, giải thích pháp luật, hướng dẫn cách áp dụng pháp luật để giải quyết nội dung vụ tranh chấp...), thủ tục, phương án hoà giải và xác nhận kết quả hoà giải (bằng biên bản hoà giải trong trường

hợp người hoà giải là Hội đồng hoà giải, Hoà giải viên; bằng quyết định công nhận sự thoả thuận của các bên trong trường hợp người hoà giải là Hội đồng trọng tài/trọng tài viên, Tòa án). Sự xác nhận kết quả hoà giải của người hoà giải là sự đảm bảo về mặt pháp lý cho phương thức hoà giải TCLĐ. Trong trường hợp hoà giải thành, biên bản hoà giải thành hoặc quyết định công nhận sự thoả thuận của các đương sự có khả năng kết thúc vụ tranh chấp giữa các bên một cách thực sự.

Với sự tham gia của người hoà giải - người am hiểu QHLD và pháp luật lao động - sẽ giúp khắc phục được những hạn chế nêu trên của phương thức thương lượng. Tuy nhiên, ở phương thức này cũng có những hạn chế nhất định, tự bản thân nó khó hoặc không thể giải quyết được, đó là: sự thành công của quá trình giải quyết TCLĐ chủ yếu phụ thuộc vào thái độ thiện chí và hợp tác của các bên tranh chấp; kết quả hoà giải thành thường cũng không có giá trị pháp lý bắt buộc thi hành nên việc thực thi các kết quả đã đạt được trong quá trình hoà giải phụ thuộc vào sự tự nguyện thi hành của bên có nghĩa vụ (trừ trường hợp kết quả hoà giải thành thể biện bằng quyết định công nhận của Tòa án và được đảm bảo thực hiện bằng cưỡng chế nhà nước); bên tranh chấp không có thiện chí có thể lợi dụng vào thủ tục hoà giải (nhất là trong trường hợp hoà giải được quy định là thủ tục bắt buộc) để trì hoãn, kéo dài việc giải quyết, việc thi hành nghĩa vụ, gây ảnh hưởng tiêu cực đến quyền lợi hợp pháp, chính đáng của bên kia và lợi ích chung của xã hội; bí mật đôi khi cũng khó có thể được giữ kín bởi sự tham gia của người thứ ba - người hoà giải trong phương thức giải quyết tranh chấp này.

Giải quyết TCLĐ bằng trọng tài lao động là quá trình trọng tài viên (Hội đồng trọng tài lao động) tiến hành giải quyết vụ TCLĐ theo yêu cầu của các bên tranh chấp (bằng thoả thuận trọng tài) hoặc theo quy định của pháp luật (cơ quan nhà nước chỉ định).

Pháp luật của các quốc gia thường có những quy định chặt chẽ hơn về điều kiện đối với trọng tài viên/hội đồng trọng tài; trình tự, thủ tục giải quyết TCLĐ bằng trọng tài; giá trị pháp lý của phán quyết trọng tài; việc yêu cầu tòa án xét lại quyết định trọng tài... Đây được coi là những nền tảng quan trọng bảo đảm cho giá trị pháp lý của phán quyết trọng tài và chính là ưu điểm cơ bản của phương thức trọng tài so với phương thức thương lượng và hòa giải. Đặc biệt, phán quyết trọng tài thường có giá trị chung thẩm, kết thúc việc giải quyết TCLĐ một cách nhanh chóng chính là điều hối thúc các bên TCLĐ lựa chọn phương thức này. Tuy nhiên, với sự quy định chặt chẽ của pháp luật về những vấn đề có liên quan nên phương thức trọng tài kém linh hoạt hơn, thời gian giải quyết có thể bị kéo dài hơn, chi phí tài chính tốn kém hơn... so với phương thức thương lượng và hòa giải.

Xét xử TCLĐ tại Tòa án là một quá trình, trong đó, bằng nghiệp vụ của mình, Thẩm phán hoặc Hội đồng xét xử nhân danh quyền lực nhà nước, nhân danh công lý ra phán quyết về vụ TCLĐ.

Ở các quốc gia có hệ thống pháp luật phát triển như Pháp, Đức, Anh, Nhật... thẩm quyền của Tòa án rất rộng, hệ thống Tòa án được tổ chức theo cấp xét xử (sơ thẩm, phúc thẩm)⁹. Ở các quốc gia khác, hệ thống Tòa án lại được tổ chức theo cấp hành chính: Tòa án cấp huyện, Tòa án cấp tỉnh và Tòa án tối cao. Hệ thống Tòa án của Việt Nam được tổ chức theo phương thức này. Tòa án nhân dân cấp huyện có các Thẩm phán được phân công giải quyết vụ án lao động, Tòa án nhân dân cấp tỉnh và Tòa án nhân dân tối cao có Tòa lao động chuyên giải quyết các vụ án và các việc về lao động.

Thẩm quyền giải quyết TCLĐ của Tòa án được quy định tùy thuộc vào loại TCLĐ. Việc giải quyết TCLĐ tại Tòa án phải tuân thủ các nguyên tắc và trình tự, thủ tục do Nhà nước quy định. Thông thường, quá

trình giải quyết TCLĐ tại Tòa án bao gồm các bước: thụ lý vụ án, chuẩn bị giải quyết và mở phiên tòa xét xử. Thụ lý vụ án là công việc chuyên môn của bộ phận hành chính - tư pháp và Chánh án (Chánh toà) Tòa án. Việc chuẩn bị giải quyết do Thẩm phán được Chánh án (Chánh toà) phân công thực hiện. Phiên tòa được tiến hành dưới sự điều khiển của Hội đồng xét xử. Thư ký phiên tòa là người ghi lại toàn bộ diễn biến của phiên tòa. Trong quá trình giải quyết vụ án lao động, ngoài các đương sự còn có thể có sự tham gia của các chủ thể khác, như: kiểm sát viên, người bảo vệ quyền lợi cho đương sự, người làm chứng, người giám định, người phiên dịch... tùy từng vụ việc cụ thể và tùy cấp xét xử. Quyết định hoặc bản án của Thẩm phán hoặc Hội đồng xét xử trong những trường hợp nhất định sẽ kết thúc quá trình giải quyết TCLĐ tại Tòa án (ví dụ: quyết định đình chỉ giải quyết vụ án, quyết định công nhận sự thỏa thuận của các đương sự, bản án...).

Ưu điểm lớn nhất của việc giải quyết TCLĐ tại Tòa án là ở tính quyền lực nhà nước và sức mạnh cưỡng chế nhà nước đối với việc thi hành kết quả giải quyết của Tòa án (có một bộ máy mang tính quyền lực nhà nước bảo đảm cho hoạt động TTLĐ như công an, viện kiểm sát, tòa án, cơ quan thi hành án...). Đây là lợi ích to lớn mà phương thức xét xử tại Tòa án mang lại cho các bên tranh chấp và cho xã hội mà các phương thức giải quyết khác (thương lượng, hòa giải, trọng tài, giải quyết bằng thủ tục giải quyết khiếu nại về lao động...) khó hoặc không thể mang lại.

3. Cơ sở của việc quy định thủ tục tố tụng riêng cho việc giải quyết tranh chấp lao động ở nước ta

Thủ tục tố tụng riêng cho việc giải quyết TCLĐ đã từng được quy định trong BLLĐ năm 1994 và Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các TCLĐ ngày 11/4/1996. Thực hiện

⁹ Phạm Thị Phương Thủy, *Pháp luật giải quyết tranh chấp thương mại bằng phương thức trọng tài*, Luận văn ThS, Trường Đại học Luật Hà Nội, H., 2004, tr.28-29.

BLLĐ năm 1994 và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 1995, hệ thống Tòa án ở nước ta đã được kiện toàn một bước, hệ thống Tòa lao động được thành lập tại Tòa án nhân dân cấp tỉnh và Tòa án nhân dân tối cao để giải quyết các vụ án lao động theo thủ tục tố tụng được quy định tại phần thứ nhất của Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các TCLĐ ngày 11/4/1996. Tuy nhiên, cùng với sự biến đổi nhanh của nền kinh tế - xã hội và những vướng mắc, bất cập trong các quy định của BLLĐ, TCLĐ xảy ra ngày càng nhiều về số lượng, gay gắt về tính chất và mức độ. Những quy định về giải quyết TCLĐ của BLLĐ nói chung và Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các TCLĐ nói riêng cũng đã bộc lộ những hạn chế, bất cập cần được tháo gỡ. Quan điểm lập pháp lúc đó cho rằng, quy định về thủ tục tố tụng dân sự, kinh tế, lao động còn tản mạn, không đầy đủ và thiếu thống nhất đã gây nên những khó khăn cho Tòa án trong quá trình giải quyết vụ án¹⁰. Riêng Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các TCLĐ năm 1996 còn thiếu nhiều quy định cần thiết, một số quy định chưa cụ thể và không rõ ràng, dẫn đến sự nhận thức và vận dụng vào thực tế xét xử không thống nhất. Nhiều trường hợp khi có tranh chấp, mặc dù các bên tranh chấp có yêu cầu, nhưng do quy định thiếu hợp lý của pháp luật nên đã loại trừ khả năng can thiệp của Tòa án. Đó cũng là nguyên nhân dẫn đến tình trạng TCLĐ xảy ra thì nhiều mà số TCLĐ được giải quyết tại Tòa án thì ít¹¹. Từ thực tiễn đó, việc quy định thủ tục chung về tố tụng dân sự (bao gồm các lĩnh vực: dân sự, kinh tế, hôn nhân gia đình, lao động...) đã được đặt ra và kết quả là sự ra đời của Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004.

Sau gần 9 năm tổ chức thi hành Bộ luật Tố tụng dân sự, lại cũng đã bộc lộ những

hạn chế nhất định và đây là những cản trở cho việc giải quyết vụ án lao động một cách nhanh chóng, kịp thời, hiệu quả, bởi TCLĐ có những đặc thù khác biệt so với các tranh chấp dân sự thuần túy, từ đó đặt ra những yêu cầu riêng trong giải quyết TCLĐ mà các quy định về thủ tục trong Bộ luật Tố tụng dân sự không giải quyết được. Việc ban hành một văn bản pháp luật ở tầm Bộ luật hoặc luật về TTLĐ để giải quyết vụ án lao động lại được đặt ra và đã được đưa vào Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh của Quốc hội khóa XIII. Việc ban hành thủ tục TTLĐ riêng dựa trên cơ sở yêu cầu khách quan của việc giải quyết TCLĐ, cụ thể là¹²:

- Thủ tục khởi kiện, thụ lý vụ án lao động phải thật đơn giản nhằm tạo cơ hội cho các bên có liên quan dễ tiếp cận với tố tụng tòa án;

- Mở rộng phạm vi hòa giải và chuyên nghiệp hóa hoạt động hòa giải tại Tòa án vì lợi ích của phương thức này;

- Hạn chế đến mức thấp nhất sự tác động của quá trình giải quyết TCLĐ tại Tòa án đến hoạt động sản xuất, kinh doanh, dịch vụ của các doanh nghiệp; một số biện pháp khẩn cấp tạm thời đặc thù trong án lao động cần áp dụng như tạm đình chỉ quyết định của NSDLĐ, tạm ngừng cuộc đình công do tập thể lao động đang tiến hành khi Tòa án giải quyết TCLĐ...;

- Bảo đảm sự tham gia đầy đủ của tổ chức công đoàn và các tổ chức trợ giúp pháp lý trong việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng của NLĐ;

- Thủ tục tố tụng tại Tòa án phải thật đơn giản, nhanh chóng, tạo môi trường tranh tụng dân chủ, lành mạnh;

- Cần có quy định về thủ tục thi hành án lao động, quy định về chế tài để bảo đảm thi hành bản án, quyết định của Tòa án về vụ án lao động ■

10 Thủ tục giải quyết các vụ án dân sự được quy định trong Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án dân sự năm 1989; thủ tục giải quyết các vụ án kinh tế được quy định trong Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án kinh tế năm 1989; thủ tục giải quyết các vụ án lao động được quy định trong Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các TCLĐ năm 1996.

11 Phạm Công Bảy, Thủ tục giải quyết các vụ án lao động theo Bộ luật tố tụng dân sự, Nxb Chính trị quốc gia, H., 2006, tr. 42.

12 Xem chi tiết trong Luận án TS của Phạm Công Bảy, Viện Nhà nước và Pháp luật năm 2011.

BẢO ĐẢM TÍNH HỢP HIẾN, HỢP PHÁP TRONG HOẠT ĐỘNG BAN HÀNH VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT

NGUYỄN DUY PHƯƠNG*

Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) năm 2008 và Luật Ban hành VBQPPL của Hội đồng nhân dân (HĐND) và Ủy ban nhân dân (UBND) năm 2004 là những cơ sở pháp lý quan trọng để các cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật. Điều 3 Luật Ban hành VBQPPL đã xác định các nguyên tắc xây dựng, ban hành VBQPPL, trong đó có nguyên tắc: "Bảo đảm tính hợp hiến, hợp pháp và tính thống nhất của văn bản quy phạm pháp luật trong hệ thống pháp luật" (khoản 1).

1. Tính hợp hiến hợp pháp của văn bản quy phạm pháp luật

Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là một nhà nước đơn nhất, được tổ chức và hoạt động theo nguyên tắc tập trung dân chủ. Quốc hội là cơ quan duy nhất có quyền lập hiến, lập pháp. Do đó, để đảm bảo tính hợp hiến, hợp pháp, các văn bản của các cơ quan nhà nước khác không được trái VBQPPL của Quốc hội.

Một VBQPPL được xem là hợp hiến, hợp pháp khi văn bản đó bảo đảm đủ các điều kiện sau đây:

Ban hành đúng căn cứ pháp lý: khi ban hành VBQPPL, cơ quan ban hành phải xác định căn cứ pháp lý cho việc ban hành văn bản. Những văn bản làm căn cứ pháp lý phải là những văn bản đang có hiệu lực thi hành.

Ban hành đúng thẩm quyền: Luật ban hành VBQPPL và Luật ban hành VBQPPL của HĐND và UBND năm 2004 đã quy định cụ thể về thẩm quyền ban hành loại văn bản cũng như nội dung văn bản. Do đó, khi

ban hành văn bản các cơ quan nhà nước chỉ được quy định những vấn đề thuộc thẩm quyền của mình.

Nội dung của văn bản phù hợp với quy định của pháp luật: nội dung của VBQPPL được ban hành phải phù hợp với Hiến pháp, luật; văn bản của cơ quan cấp dưới phải phù hợp với văn bản của cơ quan cấp trên; văn bản của UBND phải phù hợp với văn bản của HĐND.

Văn bản được ban hành đúng trình tự, thủ tục, thể thức và kỹ thuật trình bày theo quy định của pháp luật: VBQPPL phải được ban hành theo trình tự, thủ tục được quy định trong Luật ban hành VBQPPL và Luật ban hành VBQPPL của HĐND và UBND năm 2004.

2. Thực tiễn vi phạm yêu cầu về tính hợp hiến, hợp pháp trong việc ban hành văn bản quy phạm pháp luật

Thực tiễn những năm qua cho thấy, nguyên tắc bảo đảm tính hợp hiến, hợp pháp trong hoạt động ban hành VBQPPL ở nước ta chưa được bảo đảm. Tình trạng văn bản

* TS. Khoa Luật, Đại học Huế.

trái Hiến pháp, trái luật còn khá phổ biến. Theo số liệu của Bộ Tư pháp, sau 5 năm thực hiện quy định của Chính phủ về kiểm tra và xử lý văn bản pháp luật (2003-2008), đã có 6.900 văn bản trái pháp luật, chiếm tỷ lệ 12% số văn bản được kiểm tra. Chỉ riêng trong 800 văn bản của Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn đã có khoảng 200 văn bản trái luật. Con số này tại Bộ Giao thông vận tải là 12 trong số gần 60 văn bản được kiểm tra¹. Năm 2010, Bộ Tư pháp kiểm tra và phát hiện gần 7.000 văn bản (trong tổng số hơn 90.000 văn bản) có dấu hiệu vi phạm pháp luật. Bộ Tư pháp đã kiến nghị xử lý hơn 6.500 văn bản, chiếm 94,5% trên tổng số văn bản phát hiện có sai sót. Tỷ lệ vi phạm về ban hành văn bản trái luật do các địa phương tự kiểm tra phát hiện trong 5 năm qua cũng khá lớn. Trong hơn 35.800 văn bản tiếp nhận do các đơn vị ban hành, Bộ Tư pháp đã phát hiện hơn 4.300 văn bản sai luật². Ngày 19/6/2012, báo cáo một số kết quả công tác tư pháp 6 tháng đầu năm 2012, Bộ Tư pháp cho biết, qua kiểm tra hơn 17.000 văn bản quy phạm pháp luật ở các bộ, ngành và 63 tỉnh, thành phố, Bộ đã phát hiện 2.541 văn bản có dấu hiệu vi phạm pháp luật³.

Nghiên cứu về những vi phạm trong thực tiễn ban hành VBQPPL ở nước ta trong thời gian qua cho thấy có các hình thức sai phạm sau:

2.1. Vi phạm về thẩm quyền

Nhiều cơ quan nhà nước khi ban hành VBQPPL đã không xác định đúng thẩm quyền của cơ quan mình nên vượt quá giới hạn thẩm quyền, như: Nghị quyết số 23/2011/NQ-HĐND về nhiệm vụ năm 2012 của của HĐND TP. Đà Nẵng được thông qua ngày 23/12/2011 có quy định xử phạt nặng học sinh chưa đủ 16 tuổi điều khiển xe gắn máy và đề xuất tạm giữ xe 60 ngày⁴. Quy định trên là trái với quy định của Chính

phủ về thời hạn tạm giữ phương tiện và không đúng thẩm quyền vì theo Pháp lệnh Xử lý vi phạm hành chính 2002, chỉ có Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Chính phủ mới được quy định hành vi nào là vi phạm hành chính và mức phạt đối với từng hành vi. Hay Quyết định 33/2008/QĐ-BYT về tiêu chuẩn sức khỏe người điều khiển phương tiện giao thông cơ giới đường bộ do Bộ Y tế ban hành ngày 30/9/2008 quy định, người cân nặng dưới 40 kg hoặc cao dưới 1,45 mét thì không đủ điều kiện điều khiển mô tô từ 50 phân khối trở lên. Người có chiều cao dưới 1,5 mét hoặc nặng dưới 40 kg không đủ điều kiện lấy giấy phép lái xe hạng B1. Đây cũng là một văn bản được ban hành trái thẩm quyền vì quy định tiêu chuẩn sức khỏe người điều khiển phương tiện giao thông cơ giới đường bộ phải được ban hành dưới hình thức Thông tư liên tịch giữa Bộ Y tế và Bộ Giao thông Vận tải.

2.2. Vi phạm nội dung, không có căn cứ pháp lý

Đó là những VBQPPL được ban hành có nội dung trái Hiến pháp, trái luật, trái văn bản của cơ quan nhà nước cấp trên. Ví dụ: Nghị quyết số 23/2011/NQ-HĐND về nhiệm vụ năm 2012 của HĐND TP. Đà Nẵng có nội dung tạm dừng giải quyết nhập hộ khẩu mới đối với trường hợp đang ở nhà thuê, mượn, ở nhờ nhà người khác và không có việc làm ổn định... HĐND thành phố Đà Nẵng giải thích việc ban hành Nghị quyết này xuất phát từ tình hình thực tế gia tăng dân số của địa phương, vì hiện tại số người địa phương khác đến tạm trú tại Đà Nẵng có đăng ký tạm trú là 11.356 hộ với 114.290 nhân khẩu, chiếm 11,5% dân số toàn thành phố. Số đăng ký thường trú vào chỗ ở do thuê, mượn, ở nhờ là 2.163 hộ với 14.344 nhân khẩu. Sự gia tăng dân số đã gây ra khó khăn cho việc giải quyết các vấn đề liên quan đến chính sách xã hội của địa phương,

1 Báo Pháp luật số ngày 25/11/2008.

2 Xem: <http://www.baomoi.com/Home/PhapLuat/daidoanket.vn/Phat-hien-gan-7000-van-ban-co-dau-hieu-vi-pham-phap-luat/5433066.epi>.

3 Xem: <http://www.tienphong.vn/phap-luat/581696/hon-2500-van-ban-co-dau-hieu-vi-pham-phap-luat-tp.html>

4 Xem: <http://www.thanhnien.com.vn/pages/20120229/hang-loat-noi-dung-trai-luat-trong-nghi-quyet-cua-hdnd-tp-da-nang.aspx>

áp lực quá tải tại các trường học trên địa bàn rất lớn, mà nguyên nhân cũng xuất phát từ người nhập cư, khiến lượng học sinh tăng cơ học, tình hình tội phạm gia tăng...

Tuy nhiên, dưới góc độ ban hành VBQPPL thì quy định của HĐND TP. Đà Nẵng về tạm dừng giải quyết đăng ký thường trú mới vào khu vực nội thành đối với các trường hợp chỗ ở là nhà thuê, mượn, ở nhờ mà không có nghề nghiệp hoặc có nhiều tiền án, tiền sự là trái với quyền tự do cư trú của công dân đã được ghi nhận tại Điều 68 của Hiến pháp 1992: “Công dân có quyền tự do đi lại và cư trú ở trong nước, có quyền ra nước ngoài và từ nước ngoài về nước theo quy định của pháp luật” và các quy định của Luật Cư trú (các điều 3, 8, 9, 10) về quyền tự do cư trú của người dân và nghiêm cấm những hành vi hạn chế quyền tự do cư trú của người dân.

3. Nguyên nhân của những sai phạm

Theo chúng tôi, để xảy ra tình trạng nhiều VBQPPL của các cơ quan trung ương cũng như của các cấp chính quyền địa phương không đảm bảo tính hợp hiến, hợp pháp là do những nguyên nhân sau:

3.1. Không tuân thủ quy trình soạn thảo văn bản

Mặc dù Luật ban hành VBQPPL và Luật ban hành VBQPPL của HĐND và UBND đã đưa ra quy trình soạn thảo VBQPPL hết sức chặt chẽ và khoa học, nhưng trên thực tế, các cơ quan có thẩm quyền thực hiện không đúng quy trình luật định và việc thực hiện đôi khi mang tính hình thức.

Theo quy trình, khi soạn thảo VBQPPL, cơ quan được giao chủ trì soạn thảo phải nghiên cứu hệ thống pháp luật hiện hành đang điều chỉnh lĩnh vực mà dự thảo đề cập để đảm bảo tính hợp hiến, hợp pháp và tính thống nhất của hệ thống pháp luật. Tuy nhiên, do cơ quan có thẩm quyền đã thiếu chú trọng vấn đề này nên đã để xảy ra những sai phạm như Nghị quyết 23/2011/NQ-HĐND của HĐND TP. Đà Nẵng. Nếu như trước khi ban hành, HĐND TP. Đà Nẵng nghiên cứu kỹ Hiến pháp, Luật Cư trú thì sẽ không mắc sai sót trên.

3.2. Thẩm định còn chưa chặt chẽ

Theo Luật ban hành VBQPPL, các VBQPPL trước khi trình cơ quan có thẩm quyền ban hành phải thông qua khâu thẩm định. Nội dung thẩm định quy định tại khoản 3 Điều 36 bao gồm: a) sự cần thiết ban hành văn bản, đối tượng, phạm vi điều chỉnh của dự thảo văn bản; b) sự phù hợp của nội dung dự thảo văn bản với đường lối, chủ trương, chính sách của Đảng; c) tính hợp hiến, hợp pháp và tính thống nhất của dự thảo văn bản với hệ thống pháp luật và tính tương thích với điều ước quốc tế có liên quan mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên; d) tính khả thi của dự thảo văn bản, bao gồm sự phù hợp giữa quy định của dự thảo văn bản với yêu cầu thực tế, trình độ phát triển của xã hội và điều kiện bảo đảm để thực hiện; đ) ngôn ngữ, kỹ thuật soạn thảo văn bản.

Như vậy, tính hợp hiến, hợp pháp, tính thống nhất của hệ thống pháp luật là một trong những nội dung phải tiến hành thẩm định khi ban hành VBQPPL.

Trách nhiệm thẩm định cũng đã được ghi nhận cụ thể trong Luật Ban hành VBQPPL. Theo khoản 3, Điều 67, 68 Luật này thì Bộ Tư pháp có trách nhiệm thẩm định dự thảo quyết định của Thủ tướng Chính phủ; tổ chức pháp chế của bộ, cơ quan ngang bộ có trách nhiệm thẩm định dự thảo văn bản theo các nội dung quy định tại khoản 3 Điều 36 của Luật này. Việc thẩm định VBQPPL của chính quyền địa phương được nêu tại khoản 1 Điều 24, khoản 1 Điều 38 Luật Ban hành VBQPPL của HĐND và UBND. Theo đó, dự thảo nghị quyết của HĐND cấp tỉnh do UBND cùng cấp trình phải được cơ quan tư pháp cùng cấp thẩm định trước khi trình UBND và dự thảo quyết định, chỉ thị của UBND cấp tỉnh phải được cơ quan tư pháp cùng cấp thẩm định trước khi trình UBND...

Việc văn bản trái pháp luật được ban hành chiếm tỷ lệ rất cao hiện nay có thể có lý do từ trình độ, năng lực của cơ quan thẩm định, của cán bộ, công chức làm công tác thẩm định. Mặc dù được giao thực hiện công tác thẩm định các VBQPPL, nhưng một số

cán bộ, công chức chưa được đào tạo pháp luật, hoặc được đào tạo nhưng kiến thức chấp vá, không cơ bản, do đó không nắm vững được những quy định của pháp luật hiện hành, nghiên cứu pháp luật không sâu, dẫn đến không phát hiện được những sai phạm trong dự thảo. Hoặc cũng có thể do tinh thần, trách nhiệm của cơ quan thẩm định, người thẩm định chưa cao, thẩm định mang tính hình thức vì nếu có sai thì họ cũng không phải chịu trách nhiệm gì.

3.3. Trình độ, năng lực của một số Ban soạn thảo, cán bộ, công chức làm công tác tham mưu còn yếu

Việc soạn thảo văn bản pháp luật đòi hỏi các thành viên ban soạn thảo, người làm công tác tham mưu soạn thảo phải là những người am hiểu về lĩnh vực mà dự thảo đề cập đến, phải am hiểu về hệ thống pháp luật hiện hành. Tuy nhiên, trên thực tế, nhiều khi thành viên ban soạn thảo các VBQPPL của các cơ quan hành chính, đặc biệt là các cơ quan hành chính nhà nước ở địa phương không đảm bảo những yêu cầu nêu trên nên chất lượng văn bản chưa cao, có nhiều sai phạm không đáng có.

3.4. Ảnh hưởng bởi lợi ích cục bộ

Việc ban hành các VBQPPL dưới luật như thông tư, quyết định, chỉ thị ở nước ta hiện nay được giao cho các bộ, ngành, UBND các cấp ban hành. Vì vậy, tính cục bộ trong quy định cũng là một trong những nguyên nhân dẫn đến việc văn bản không đảm bảo tính hợp hiến, hợp pháp. Nhiều văn bản được ban hành xuất phát từ lợi ích của ngành, của địa phương mà đưa ra những quy định trái hiến pháp, trái luật, trái văn bản của cơ quan nhà nước cấp trên. Cụ thể, trong ưu đãi doanh nghiệp, thu hút đầu tư, nhiều tỉnh, thành - để thu hút các nhà đầu tư - đã có những quy định ưu đãi về thuế, các khoản thu từ đất; sử dụng ngân sách nhà nước để hỗ trợ cho các nhà đầu tư vượt mức quy định của Chính phủ. Ví dụ: mặc dù Thủ tướng Chính phủ đã có quyết định hủy bỏ một quyết định ưu đãi đầu tư của tỉnh Vĩnh Phúc,

tuy nhiên, UBND tỉnh Vĩnh Phúc vẫn ban hành văn bản giữ nguyên hiệu lực của các giấy chứng nhận ưu đãi đầu tư đã cấp, cho các doanh nghiệp được hưởng ưu đãi vượt khung, trái pháp luật với tổng số tiền trên 28,5 tỉ đồng và 210.296 USD⁵.

3.5. Việc xử lý đối với cơ quan, người có thẩm quyền ban hành văn bản và người làm công tác tham mưu ban hành VBQPPL chưa đầy đủ, chưa nghiêm

Mặc dù tình trạng ban hành VBQPPL trái Hiến pháp, pháp luật ở nước ta trong thời gian qua là khá phổ biến nhưng việc xử lý vi phạm thì rất ít. Các cơ quan có chức năng giám sát, kiểm tra và xử lý VBQPPL có dấu hiệu trái pháp luật như Quốc hội, Chính phủ, các bộ, cơ quan ngang bộ khi phát hiện các VBQPPL được ban hành trái pháp luật thì chỉ “bãi bỏ hoặc đình chỉ việc thi hành một phần hoặc toàn bộ văn bản đó”.

Đối với việc kiểm tra xử lý VBQPPL do các cơ quan hành chính nhà nước ban hành hoặc phối hợp ban hành, Chính phủ đã ban hành nghị định số 40/2010/NĐ-CP ngày 12/4/2010 về kiểm tra và xử lý VBQPPL. Tại khoản 2 Điều 34 của Nghị định này đã đưa ra các chế tài để xem xét, xử lý trách nhiệm đối với người, cơ quan ban hành văn bản trái pháp luật:

“2. Việc xem xét trách nhiệm tập thể, trách nhiệm cá nhân được thực hiện như sau:

a) Cơ quan ban hành văn bản có nội dung trái pháp luật phải tổ chức việc kiểm điểm, xác định trách nhiệm của tập thể và báo cáo cơ quan cấp trên có thẩm quyền xem xét, quyết định theo quy định của pháp luật, đồng thời, xem xét trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan trong việc ban hành văn bản có nội dung trái pháp luật;

b) Cán bộ, công chức trong quá trình tham mưu soạn thảo, thẩm định, thẩm tra, thông qua văn bản có nội dung trái pháp luật, tùy theo tính chất, mức độ lỗi và nội dung trái pháp luật của văn bản, phải chịu

(Xem tiếp trang 52)

5 Xem: <http://laodong.com.vn/Phap-luat/Uu-dai-tran-lan-trai-phap-luat/73416.bld>

THỨ TỰ QUYỀN ƯU TIÊN GIỮA CÁC VẬT QUYỀN BẢO ĐẢM TRONG BỐI CẢNH SỬA ĐỔI BỘ LUẬT DÂN SỰ

BÙI THỊ THANH HẰNG*

ĐỖ GIANG NAM**

Căn cứ vào bản chất pháp lý, các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ được phân loại thành bảo đảm đối nhân hay còn gọi là trái quyền bảo đảm và bảo đảm đối vật hay còn gọi là vật quyền bảo đảm. Sự khác biệt cơ bản giữa trái quyền bảo đảm và vật quyền bảo đảm là vật quyền bảo đảm cho phép tạo ra cho chủ nợ có bảo đảm quyền trực tiếp đối với giá trị kinh tế của tài sản bảo đảm thông qua quyền theo đuổi và quyền ưu tiên. Trong Bộ luật Dân sự (BLDS) 2005, mặc dù không có quy định minh thị phân biệt giữa bảo đảm đối vật và bảo đảm đối nhân, tuy nhiên, nếu dựa vào bản chất của các biện pháp bảo đảm, chúng ta có thể nhận thấy năm biện pháp bảo đảm đầu tiên được ghi nhận tại Điều 318.1 BLDS 2005 gồm: cầm cố, thế chấp, đặt cọc, ký cược, ký quỹ là các biện pháp bảo đảm đối vật và hai biện pháp bảo đảm còn lại tại Điều 318.1 BLDS 2005 gồm: bảo lãnh và tín chấp là các biện pháp bảo đảm đối nhân. Bên cạnh đó, mặc dù không có tên trong danh sách các biện pháp bảo đảm được ghi nhận tại Điều 318.1 BLDS 2005 nhưng cầm giữ tài sản (Điều 416 BLDS 2005) và bảo lưu quyền sở hữu (Điều 461 BLDS 2005)

cũng được xem là các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bởi chúng cũng mang những đặc tính của các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Điều này có thể cho thấy, nhà làm luật Việt Nam khi xây dựng BLDS 1995 cũng như BLDS 2005 dường như đã xem các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ như là các quan hệ đối nhân, thậm chí ngay cả khi quan hệ bảo đảm đó được thiết lập trên đối tượng là tài sản đặc định. Hệ quả là các quy định này của BLDS có thể dẫn đến tình trạng xung đột về lợi ích giữa các chủ nợ.

Như vậy có thể thấy rằng, do BLDS 2005 không xây dựng chế định bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trên lý thuyết vật quyền bảo đảm và trái quyền bảo đảm nên đã không phản ánh được bản chất của biện pháp bảo đảm trên thực tế, do đó đã gây trở ngại cho việc khai thác tối đa giá trị của tài sản bảo đảm cũng như kìm hãm sự phát triển các giao dịch bảo đảm hiện nay ở Việt Nam. Vì vậy, chúng tôi - vận dụng lý thuyết vật quyền bảo đảm - bước đầu đề xuất việc xây dựng các quy tắc về quyền ưu tiên, yếu tố cốt lõi của mọi chế độ giao dịch bảo đảm bởi nó là công cụ hữu hiệu giải quyết các xung

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

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

đột giữa các chủ nợ đối với quyền tài sản của con nợ để góp phần vào hoàn thiện hơn chế định vật quyền bảo đảm trong BLDS tương lai.

1. Sự cần thiết phân biệt hiệu lực của giao dịch bảo đảm giữa các bên và hiệu lực đối kháng với bên thứ ba trong pháp luật Việt Nam

Vật quyền bảo đảm có thể được hình thành trên cơ sở sự thỏa thuận của bên bảo đảm và bên nhận bảo đảm hoặc trên cơ sở luật định. Trong các hệ thống giao dịch bảo đảm hiện đại, vật quyền bảo đảm được xác lập trên cơ sở thỏa thuận là xu thế chung và ngày càng đóng vai trò chủ chốt. Vấn đề quan trọng đặt ra là khi nào thỏa thuận của các bên về vật quyền bảo đảm được xác lập hợp pháp, và ngay khi được xác lập, chúng có hiệu lực đối kháng ngay lập tức với bên thứ ba hay cần phải tuân theo thủ tục nào khác?

Tham khảo kinh nghiệm của các quốc gia cho thấy, pháp luật các nước luôn có sự tách bạch giữa các điều kiện xác lập vật quyền bảo đảm theo thỏa thuận và thủ tục cần thiết để vật quyền bảo đảm đó có hiệu lực với bên thứ ba thông qua việc đăng ký vật quyền bảo đảm hay hành vi chuyển giao tài sản bảo đảm. Nói cách khác, pháp luật các nước luôn có sự phân định rạch ròi giữa hiệu lực của giao dịch bảo đảm đối với các bên và hiệu lực đối kháng với bên thứ ba. Sự phân biệt rạch ròi này sẽ góp phần một mặt thúc đẩy, khuyến khích việc hình thành vật quyền bảo đảm theo thỏa thuận giữa các bên, mặt khác cho phép bên thứ ba có thể chủ động tiếp cận để nhận biết tình trạng của tài sản đó thông qua những công cụ hữu hiệu¹.

Đối chiếu với pháp luật dân sự Việt Nam, chúng ta nhận thấy, BLDS 2005 đã đề cập đến vấn đề này trong Điều 323. Trước

hết Điều 323.2 BLDS 2005 quy định: "... Việc đăng ký là điều kiện để giao dịch bảo đảm có hiệu lực chỉ trong trường hợp pháp luật có quy định". Quy định này có thể cho thấy, đối với giao dịch bảo đảm pháp luật quy định phải đăng ký thì hiệu lực của giao dịch bảo đảm đối với các bên có thể được xác định vào thời điểm giao dịch bảo đảm đó được đăng ký. Tiếp sau đó, Điều 323.3 BLDS 2005 quy định: "Trường hợp giao dịch bảo đảm được đăng ký theo quy định của pháp luật thì giao dịch bảo đảm đó có giá trị pháp lý đối với bên thứ ba, kể từ thời điểm đăng ký". Quy định này cũng cho thấy đối với giao dịch bảo đảm được đăng ký thì thời điểm đăng ký giao dịch bảo đảm là thời điểm có hiệu lực với bên thứ ba. Như vậy, dựa trên Điều 323.2 và Điều 323.3 BLDS 2005 chúng ta có thể nhận thấy, đối với giao dịch bảo đảm có đăng ký, đăng ký là thời điểm đồng thời làm phát sinh hiệu lực đối với các bên tham gia giao dịch và bên thứ ba. Hay nói cách khác là nhà làm luật Việt Nam không có sự phân biệt rạch ròi giữa thời điểm có hiệu lực của giao dịch bảo đảm đối với các bên và thời điểm có hiệu lực với bên thứ ba - hiệu lực đối kháng với bên thứ ba. Tuy vậy, các quy định này cũng chỉ trả lời được câu hỏi đối với những giao dịch bảo đảm có đăng ký chứ chưa giải quyết được toàn bộ vấn đề, bởi lẽ theo Điều 3.1 Nghị định số 83/2010/NĐ-CP về Đăng ký giao dịch bảo đảm thì không phải mọi giao dịch bảo đảm đều phải đăng ký mà chỉ có những giao dịch được liệt kê tại Điều 3.1 của Nghị định mới phải đăng ký². Như vậy, đối với những giao dịch bảo đảm, pháp luật không buộc phải đăng ký hoặc các bên xác lập giao dịch đó không yêu cầu đăng ký³ thì hiệu lực của giao dịch bảo đảm đối với các bên và hiệu lực đối kháng với bên thứ ba chưa được BLDS đề cập đến.

1 Xem *The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*, United Nations Commission on International Trade Law, United Nation, New York, 2010, page 66.

2 Điều 3.1 Nghị định số 83/2010/NĐ-CP về Đăng ký giao dịch bảo đảm quy định: "Các giao dịch bảo đảm sau đây phải đăng ký: a) Thế chấp quyền sử dụng đất; b) Thế chấp rừng sản xuất là rừng trồng; c) Cầm cố tàu bay, thế chấp tàu bay; d) Thế chấp tàu biển; đ) Các trường hợp khác, nếu pháp luật có quy định".

3 Điều 3.2 Nghị định số 83/2010/NĐ-CP về Đăng ký giao dịch bảo đảm quy định: "Các giao dịch bảo đảm bằng tài sản không thuộc các trường hợp quy định tại khoản 1 Điều này được đăng ký khi cá nhân, tổ chức có yêu cầu".

Tương tự, Điều 328 BLDS 2005 quy định: “Cầm cố tài sản có hiệu lực kể từ thời điểm chuyển giao tài sản cho bên nhận cầm cố”. Như vậy, BLDS 2005 cũng chưa minh định rõ “chuyển giao” tài sản bảo đảm được xem là điều kiện xác lập hiệu lực giữa các bên hay xác lập hiệu lực đối kháng với bên thứ ba.

Các quy định này đã khiến Tòa án tỏ ra lúng túng trong nhiều vụ việc do không phân biệt được hiệu lực đối kháng với bên thứ ba và hiệu lực của giao dịch giữa các bên và do vậy đã đi đến không thừa nhận giá trị pháp lý đối với những giao dịch bảo đảm được bên bảo đảm và bên nhận bảo đảm xác lập đáp ứng các điều kiện được ghi nhận tại Điều 122 BLDS 2005, đã hoàn tất thủ tục công chứng nhưng không đăng ký giao dịch bảo đảm, mặc dù tranh chấp đó không liên quan gì bên thứ ba. Chẳng hạn như bản án số 45/2011/DSST ngày 12/8/2011 của Tòa án nhân dân TP. Đà Lạt tỉnh Lâm Đồng có đoạn tuyên: “việc thế chấp nói trên mặc dù đã được chứng thực nhưng chưa qua đăng ký thế chấp tại cơ quan có thẩm quyền, hơn nữa ông Quý cho rằng ông Bửu vi phạm khoản 1 Điều 5 của hợp đồng là không giao khoản tiền vay cho ông và bà Xuân mà chỉ giao cho bà Xuân, do đó ông Quý không đồng ý tiếp tục duy trì hợp đồng thế chấp này. Căn cứ Nghị định 90/2006 ngày 06/9/2006 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật Nhà ở và điểm c khoản 1 Điều 10 của Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 của Chính phủ thì hợp đồng này chưa có hiệu lực”⁴.

Để tránh những vướng mắc trên, đối với các biện pháp vật quyền bảo đảm, BLDS cần có quy định một cách minh thị về hiệu lực pháp lý giữa các bên xác lập giao dịch và hiệu lực pháp lý đối kháng với bên thứ ba thông qua việc công khai hóa vật quyền, qua đó tạo an toàn pháp lý cho các bên tham gia giao dịch và quan trọng hơn là làm tiền đề

cho việc thiết lập hệ thống xác định thứ tự quyền ưu tiên một cách logic, khoa học hơn.

2. Công khai hóa vật quyền bảo đảm để xác lập hiệu lực đối kháng với bên thứ ba

Công khai hóa vật quyền bảo đảm là một trong những thiết chế đóng vai trò quan trọng nhất trong việc đảm bảo tính hiệu quả, tính xác định và tính dự báo trước của hệ thống pháp luật giao dịch bảo đảm⁵. Công khai hóa vật quyền bảo đảm có các chức năng chính:

Thứ nhất, nó cho phép những chủ nợ, người nhận chuyển nhượng trong tương lai biết được tình trạng pháp lý của tài sản bảo đảm, đây chính là lý do mà công khai hóa vật quyền bảo đảm được xem là yêu cầu nhất thiết để vật quyền bảo đảm có hiệu lực đối kháng với bên thứ ba;

Thứ hai, chính vì công khai hóa vật quyền bảo đảm đem lại hệ quả pháp lý quan trọng là xác lập hiệu lực đối kháng với bên thứ ba, nên công khai hóa vật quyền bảo đảm còn là căn cứ pháp lý đầu tiên để xác định thứ tự quyền ưu tiên thanh toán dựa trên nguyên tắc xác định quyền ưu tiên thanh toán theo thời điểm vật quyền bảo đảm có hiệu lực đối kháng với bên thứ ba.

Do pháp luật dân sự Việt Nam chưa chính thức tiếp nhận lý thuyết vật quyền nói chung cũng như lý thuyết vật quyền bảo đảm nói riêng, nên có vẻ thứ tự ưu tiên thanh toán khi xử lý giao dịch bảo đảm được quy định tại Điều 325 BLDS 2005 được xây dựng chủ yếu dựa trên thứ tự đăng ký giao dịch bảo đảm. Đó là:

“1. Trong trường hợp giao dịch bảo đảm được đăng ký thì việc xác định thứ tự ưu tiên thanh toán khi xử lý tài sản bảo đảm được xác lập theo *thứ tự đăng ký*.

2. Trong trường hợp một tài sản được dùng để bảo đảm thực hiện nhiều nghĩa vụ dân sự mà có giao dịch bảo đảm có đăng ký, có giao dịch bảo đảm không đăng ký thì

4 Xem Đỗ Văn Đại, Một số vấn đề cơ bản về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự, <http://www.vibonline.com.vn/Forum/TopicDetail.aspx?TopicID=4778>

5 Xem The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, United Nations Commission on International Trade Law, United Nation, New York, 2010, page 103.

giao dịch bảo đảm có đăng ký được ưu tiên thanh toán.

3. Trong trường hợp một tài sản dùng để bảo đảm thực hiện nhiều nghĩa vụ dân sự mà các giao dịch bảo đảm đều *không có đăng ký thì thứ tự ưu tiên thanh toán được xác định theo thứ tự xác lập giao dịch bảo đảm*".

Quy định này cho thấy, nhà làm luật dường như chỉ biết tới một phương thức công khai vật quyền duy nhất - đăng ký giao dịch bảo đảm. Tuy nhiên, trong thực tiễn cũng như khoa học pháp lý thế giới cũng đã chỉ ra, bên cạnh đăng ký giao dịch bảo đảm còn có nhiều phương thức công khai vật quyền bảo đảm khác như chiếm giữ thực tế tài sản bảo đảm hay kiểm soát tài sản bảo đảm hay đối kháng tự động⁶. Sự khuyết thiếu này của pháp luật về giao dịch bảo đảm Việt Nam đã dẫn đến những bất cập trong việc xác định quyền ưu tiên thanh toán giữa các chủ nợ có vật quyền bảo đảm mà tiêu biểu là xác định quyền ưu tiên thanh toán giữa bên nhận cầm cố và bên nhận thế chấp.

Theo nguyên lý của vật quyền bảo đảm được thể hiện trong Hướng dẫn lập pháp về giao dịch bảo đảm của Ủy ban Luật Thương mại quốc tế Liên hợp quốc (Uncitral)⁷ và pháp luật về giao dịch bảo đảm của các quốc gia, hành vi "chuyển giao" tài sản bảo đảm được ghi nhận tại Điều 328 BLDS 2005 là

một phương thức xác lập hiệu lực đối kháng với bên thứ ba⁸. Điều này hoàn toàn hợp lý bởi lẽ "chuyển giao" tài sản bảo đảm sẽ dẫn đến tình trạng bên nhận bảo đảm sẽ chiếm giữ thực tế tài sản bảo đảm, hay nói cách khác là mang lại ý nghĩa công khai hóa vật quyền bảo đảm tương tự như đối với đăng ký giao dịch bảo đảm, do đó, nếu tài sản bảo đảm đã được "chuyển giao" trước khi đem đi thế chấp, thì dù việc cầm cố tài sản bảo đảm không được đăng ký thì người nhận cầm cố cũng phải có quyền ưu tiên thanh toán trước. Tuy nhiên, do không hình dung ra các phương thức khác nhau như trên để xác lập hiệu lực đối kháng với bên thứ ba, nên Điều 325 BLDS 2005 đã lựa chọn nguyên tắc đăng ký là nguyên tắc duy nhất xác định quyền ưu tiên thanh toán, dẫn đến hậu quả là bên nhận thế chấp nếu đăng ký sẽ có quyền ưu tiên thanh toán cao hơn bên nhận cầm cố, dù bên nhận cầm cố đang thực tế chiếm hữu tài sản cầm cố.

Như vậy, cho dù đăng ký giao dịch bảo đảm là cơ chế hiệu quả và quan trọng nhất để xác định quyền ưu tiên trong hệ thống giao dịch bảo đảm hiện đại, nhưng rõ ràng đây không phải là cơ chế duy nhất để công khai hóa vật quyền bảo đảm. Do đó, để có một cơ chế rõ ràng và minh bạch trong việc xác định thứ tự quyền ưu tiên thanh toán của

6 Theo hướng dẫn của Uncitral, tùy theo hoàn cảnh của các quốc gia sẽ có các phương thức thiết lập hiệu lực đối kháng với người thứ ba. Nhưng các phương thức thiết lập hiệu lực đối kháng với người thứ ba cơ bản dựa trên bản chất của động sản có thể là:

- a) Đăng ký
- b) Chuyển giao tài sản cho bên được bảo đảm
- c) Kiểm soát
- d) Đối kháng tự động ngay sau khi xác lập hiệu lực giữa hai bên...

7 The United Nations Commission on International Trade Law.

8 Theo quy định hiện nay, dường như pháp luật Việt Nam coi hợp đồng cầm cố là hợp đồng thực tế, tức là hiệu lực giữa các bên xác lập hợp đồng cầm cố chỉ phát sinh khi đã có hành vi chuyển giao tài sản. Trên thực tế, pháp luật về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của các nước như Pháp hay Canada hiện nay không sử dụng tiêu chí chuyển giao tài sản để xác định biện pháp bảo đảm (BPBD) thực hiện nghĩa vụ đó là cầm cố hay thế chấp như pháp luật Việt Nam hiện nay mà căn cứ vào nguồn gốc hoặc bản chất của các BPBD thực hiện nghĩa vụ để phân loại và trên cơ sở đó có các cách phân loại phụ dựa trên hiệu lực của các BPBD, dựa trên cơ sở của BPBD và dựa trên cách thức hình thành BPBD. Theo đó, các BPBD đối vật được phân chia thành BPBD chuyển giao thực tế tài sản bảo đảm hữu hình (làm mất đi quyền chiếm hữu thực tế) và BPBD không chuyển giao thực tế tài sản bảo đảm hữu hình (không làm mất đi quyền chiếm hữu thực tế). Nói cách khác, một BPBD có thể được xác lập kèm theo hoặc không kèm theo hành vi chuyển giao tài sản và hiệu lực đối kháng của BPBD đối với bên thứ ba được xác định phát sinh theo một cách trong hai thời điểm: Thời điểm giao vật cho bên có quyền hay thời điểm đăng ký BPBD tại cơ quan có thẩm quyền. Như vậy, nếu Việt Nam tiếp tục đi theo cách tiếp cận hiện nay của BLDS thì rõ ràng chúng ta không thể phân định rạch ròi hai loại hiệu lực của giao dịch bảo đảm, mặt khác về nguyên tắc chung, khi một giao dịch được các bên xác lập một cách hợp pháp thì giao dịch đó phải được thừa nhận, và do đó hành vi chuyển giao tài sản hay hành vi đăng ký chỉ nên được xem là một phương thức công khai hóa quyền của bên nhận bảo đảm hay nói cách khác là có hiệu lực đối kháng với bên thứ ba.

các chủ nợ có vật quyền bảo đảm, thiết nghĩ các nhà lập pháp cần thay đổi cách tiếp cận, từ việc xác định thứ tự ưu tiên thanh toán dựa trên duy nhất nguyên tắc đăng ký bằng một nguyên tắc bao quát hơn - nguyên tắc xác lập hiệu lực đối kháng với bên thứ ba. Chỉ khi lựa chọn cách tiếp cận này, chúng ta mới xây dựng được một hệ thống pháp luật giao dịch bảo đảm ổn định, minh bạch và toàn diện hơn, đáp ứng được những vấn đề mà xã hội đang đặt ra, mặt khác, hệ thống đó sẽ giúp pháp luật Việt Nam có được sự hài hòa với pháp luật khu vực và quốc tế.

3. Xác định thứ tự quyền ưu tiên thanh toán của các vật quyền bảo đảm

3.1. Nguyên tắc xác định quyền ưu tiên thanh toán của các vật quyền bảo đảm

Quy tắc quyền ưu tiên được hiểu là những quy định điều chỉnh tình trạng cạnh tranh trong việc xử lý một hay nhiều tài sản bảo đảm giữa các bên được bảo đảm với nhau và giữa bên được bảo đảm với bên thứ ba.

Quy tắc quyền ưu tiên luôn là sự quan tâm hàng đầu của các chủ nợ có bảo đảm bởi lẽ theo logic thông thường, khi cho vay, hay cho phép bảo đảm thực hiện nghĩa vụ thanh toán của người mắc nợ, chủ nợ có bảo đảm không chỉ quan tâm đến việc liệu anh ta có quyền gì khi xử lý tài sản bảo đảm và còn mong muốn dự liệu chính xác phạm vi quyền của mình. Do đó, các quy tắc về thứ tự quyền ưu tiên cần được thiết kế một cách hết sức rõ ràng, giúp cho các bên có thể nhận biết, dự báo trước được kết quả khi có cạnh tranh

giữa chủ nợ bảo đảm và các chủ thể khác trên cùng một tài sản bảo đảm.

Dựa trên nguyên lý cơ bản trong việc xác định thứ tự quyền ưu tiên là vật quyền bảo đảm sẽ không thể có được quyền ưu tiên nếu như các vật quyền bảo đảm đó chưa có hiệu lực đối kháng với bên thứ ba, Hướng dẫn lập pháp về giao dịch bảo đảm của UNCITRAL đã khuyến nghị nguyên tắc chung để xác định quyền ưu tiên giữa các biện pháp bảo đảm được xác lập trên cùng một tài sản là dựa trên thời điểm biện pháp đó có hiệu lực đối kháng với bên thứ ba (*prior tempore, potior jure*)⁹.

Tuy nhiên, thứ tự ưu tiên thanh toán giữa các chủ nợ có vật quyền bảo đảm không phải là vấn đề duy nhất đặt ra khi xây dựng pháp luật bảo đảm, bởi trên thực tế, tài sản bảo đảm còn có thể là đối tượng của các quyền tài sản khác mà chúng ta sẽ bàn luận sau đây.

3.2. Xác định quyền ưu tiên thanh toán giữa các bên có quyền với tài sản bảo đảm

(i) *Thứ tự ưu tiên giữa các chủ nợ có vật quyền bảo đảm và bên mua, bên nhận trao đổi tài sản bảo đảm*

Pháp luật Việt Nam hiện hành do không vận dụng lý thuyết vật quyền bảo đảm nên đã tiếp cận theo hướng bảo vệ quyền của bên nhận thế chấp bằng cách không cho phép bên thế chấp được bán, trao đổi, tặng cho tài sản thế chấp (nếu không được bên thế chấp đồng ý)¹⁰ trừ trường hợp tài sản thế chấp là hàng hóa luân chuyển trong quá trình sản xuất kinh doanh¹¹. Nếu không thuộc các trường hợp ngoại lệ trên thì bên nhận thế chấp có quyền thu hồi tài sản thế

9 Xem *The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, United Nations Commission on International Trade Law, United Nation, New York, 2010 page 191.*

10 Xem Điều 348.4 và Điều 349.4 BLDS 2005.

11 Xem Điều 349.3 BLDS 2005. Bên cạnh đó, Điều 20.1 Nghị định 163/2006/NĐ-CP được sửa đổi bổ sung bởi Nghị định 11/2012/NĐ-CP đã mở rộng tiếp ngoại lệ khi cho phép bán, trao đổi tài sản thế chấp, đó là "Trong trường hợp bên thế chấp bán, trao đổi, tặng cho tài sản thế chấp không phải là hàng hoá luân chuyển trong quá trình sản xuất, kinh doanh mà không có sự đồng ý của bên nhận thế chấp thì bên nhận thế chấp có quyền thu hồi tài sản thế chấp, trừ các trường hợp sau đây:

a) Việc mua, trao đổi tài sản được thực hiện trước thời điểm đăng ký thế chấp và bên mua, bên nhận trao đổi tài sản thế chấp ngay tình;

b) Bên mua, bên nhận trao đổi phương tiện giao thông cơ giới đã được đăng ký thế chấp, nhưng nội dung đăng ký thế chấp không mô tả chính xác số khung và số máy của phương tiện giao thông cơ giới và bên mua, bên nhận trao đổi tài sản thế chấp ngay tình.

chấp. Quy định này mặc dù được thiết kế nhằm mục đích bảo vệ tối đa quyền của bên nhận bảo đảm, nhưng do chỉ tiếp cận trên quan hệ đối nhân, chứ không hình dung rằng, bằng thỏa thuận, các bên đã xác lập quyền đối vật của bên nhận bảo đảm lên tài sản bảo đảm, nên thực chất đã hạn chế quyền định đoạt của bên bảo đảm và sâu xa hơn là đi ngược lại một yêu cầu căn bản của bất kỳ hệ thống giao dịch bảo đảm hiệu quả nào trên thế giới¹² là phải được thiết kế sao cho có thể khai thác tối đa giá trị kinh tế của tài sản bảo đảm. Nếu các biện pháp bảo đảm hiện nay như thế chấp, cầm cố được thiết kế dựa trên cơ sở lý thuyết vật quyền (quyền đối vật trên một hoặc nhiều tài sản) cho phép bên nhận bảo đảm có quyền năng trực tiếp lên tài sản bảo đảm và hệ quả pháp lý là bên nhận bảo đảm sẽ có *quyền theo đuổi* (a right to follow/droit de suite) đối với tài sản bảo đảm thì chắc chắn quyền lợi của bên nhận bảo đảm vẫn sẽ được bảo vệ mà không cần phải xây dựng các quy phạm nhằm mục đích cấm chủ sở hữu chuyển dịch tài sản, và nhờ đó sẽ đáp ứng được mục đích khai thác tối đa giá trị kinh tế của tài sản bảo đảm. Tuy nhiên, cũng cần phải nhấn mạnh rằng, đề nguyên lý này vận hành hiệu quả, nhất thiết chúng ta cần xây dựng một cơ chế công khai vật quyền bảo đảm để bảo vệ quyền lợi của bên thứ ba.

Có lẽ đây là lý do chủ yếu mà một số nhà khoa học¹³ cũng như tổ biên tập BLDS 2005 sửa đổi khi xây dựng chế định các biện pháp bảo đảm nghĩa vụ cho BLDS tương lai đã đề xuất vận dụng lý thuyết vật quyền bảo đảm để xây dựng các quy phạm cho phép bên bảo đảm được bán, trao đổi tài sản bảo đảm mà không cần có sự đồng ý của bên nhận bảo đảm bởi trên cơ sở lý thuyết này bên nhận bảo đảm vẫn có quyền theo đuổi

tài sản bảo đảm và quyền của bên mua, bên nhận trao đổi sẽ bị giới hạn bởi quyền ưu tiên thanh toán của bên nhận bảo đảm. Chúng tôi cho rằng, đây là một lựa chọn đúng hướng của tổ biên tập và quy tắc này, nếu được chính thức thông qua, sẽ là cải cách lớn trong pháp luật về giao dịch bảo đảm Việt Nam, góp phần thúc đẩy việc khai thác tối đa các nguồn lực tài sản bảo đảm ngưng đọng hiện nay.

Tuy nhiên, tham khảo Hướng dẫn lập pháp về giao dịch bảo đảm của Uncitral, chúng tôi đề nghị, cần cần nhắc kỹ càng để xây dựng hai ngoại lệ cho nguyên tắc chung này, tức là theo đó bên nhận bảo đảm sẽ không còn quyền theo đuổi để yêu cầu quyền ưu tiên thanh toán trên tài sản bảo đảm. Hai ngoại lệ này bao gồm:

Ngoại lệ thứ nhất, là bên nhận bảo đảm đã đồng ý trao quyền cho bên bảo đảm được bán, trao đổi tài sản bảo đảm và đồng thời cho phép chấm dứt vật quyền bảo đảm trên tài sản đó. Logic của vấn đề là ở chỗ, một khi bên nhận bảo đảm đã đồng ý cho phép bên bảo đảm bán, trao đổi tài sản bảo đảm thì điều đó có nghĩa là bên nhận bảo đảm đã dự liệu được sự an toàn cho riêng mình, chẳng hạn họ đã biết là tiền bán tài sản sẽ đủ để thanh toán khoản nợ, hay bằng cách nào đó, bên bảo đảm đã thay thế tài sản bảo đảm cho khoản nợ chưa thanh toán bằng một tài sản khác. Đây thực chất có thể nói là một biện pháp giải chấp, tuy nhiên chúng tôi cũng khuyến nghị đưa vào ngoại lệ trên để phản ánh chính xác chủ đích của việc thiết kế vật quyền bảo đảm.

Ngoại lệ thứ hai, quan trọng và hết sức phổ biến đó là dựa trên bản chất của tài sản bảo đảm, bên nhận bảo đảm phải biết nó sẽ được bán hay trao đổi, điển hình là hàng hóa luân chuyển trong quá trình sản xuất kinh

12 Xem *The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, United Nations Commission on International Trade Law, United Nation, New York, 2010, page 20.*

13 Nguyễn Ngọc Điện, *Xây dựng lại hệ thống pháp luật về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trên cơ sở lý thuyết vật quyền và trái quyền*; Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp; Hồ Quang Huy, *Vật quyền bảo đảm - Những vấn đề lý luận đặt ra trong quá trình cải cách pháp luật dân sự ở nước ta* <http://moj.gov.vn/ct/tintuc/Pages/nguyen-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=4446>

doanh. Quy định này thực chất đã được thừa nhận trong BLDS 2005 cũng như Nghị định 163/2006/NĐ-CP được sửa đổi bổ sung bởi Nghị định 11/2012/NĐ-CP. Chúng tôi chỉ muốn khuyến nghị thêm là theo hướng dẫn của Uncitral để bên mua hàng hóa được giải phóng khỏi vật quyền bảo đảm trên hàng hóa đó, cần phải thỏa mãn 2 điều kiện:

- Bên bán hàng hóa phải đang kinh doanh, buôn bán thường xuyên chính mặt hàng đó.

- Bên mua phải không biết, không buộc phải biết là giao dịch đó vi phạm quyền của bên nhận bảo đảm trong hợp đồng bảo đảm.

Điều cần trao đổi thêm là Điều 20.1.a Nghị định 163/2006/NĐ-CP được sửa đổi bổ sung bởi Nghị định 11/2012/NĐ-CP còn quy định việc mua, trao đổi tài sản không phải là hàng hóa luân chuyển trong quá trình sản xuất lưu thông được thực hiện trước thời điểm đăng ký thế chấp và bên mua, bên nhận trao đổi tài sản thế chấp ngay tình thì bên nhận bảo đảm sẽ không có quyền theo đuổi tài sản bảo đảm (quyền thu hồi tài sản) hay nói cách khác là pháp luật sẽ thừa nhận và bảo vệ quyền của bên mua, bên nhận trao đổi tài sản thế chấp hay không phải gánh chịu vật quyền bảo đảm trên tài sản mua, trao đổi. Tuy nhiên, chúng tôi đề xuất cần nghiên cứu kỹ hơn quy định này, bởi lẽ về phương diện logic thì trước thời điểm đăng ký thế chấp chưa xác lập hiệu lực đối kháng với bên thứ ba, do đó sẽ không cần đặt ra vấn đề xử lý quyền ưu tiên của bên nhận thế chấp với bên mua, bên nhận trao đổi tài sản thế chấp trong trường hợp này.

(ii) Thứ tự ưu tiên giữa các chủ nợ có vật quyền bảo đảm và bên có đặc quyền

Trong một số quốc gia, để thực hiện những chính sách xã hội nhất định, một số quyền yêu cầu được coi là những đặc quyền

(preferential claims) và có thứ tự ưu tiên lấy trước cao hơn so với các quyền yêu cầu khác, thậm chí là cao hơn cả các quyền yêu cầu đã được bảo đảm khác. Đặc quyền phổ biến nhất thường thấy là các quyền yêu cầu trả lương của người lao động, hay các quyền yêu cầu đối với khoản thuế với nhà nước chưa được chi trả.

Đặc quyền này được một số quốc gia xếp vào loại vật quyền bảo đảm pháp định và thông thường được phân loại gồm có đặc quyền chung, đặc quyền trên bất động sản và đặc quyền trên động sản¹⁴. Trong hệ thống pháp luật các quốc gia này, đặc quyền tuy là một vật quyền bảo đảm nhưng không phải tiến hành đăng ký để công khai quyền, chính vì thế, mặc dù đặc quyền là một vật quyền bảo đảm nhưng bên nắm giữ đặc quyền không có quyền truy đòi tài sản¹⁵.

Trong bối cảnh Việt Nam đang cân nhắc để ghi nhận những lý thuyết về vật quyền bảo đảm và thừa nhận các đặc quyền lấy trước nêu trên, chúng tôi cho rằng, việc thừa nhận đặc quyền đóng vai trò quan trọng trong việc thực thi chính sách xã hội của từng quốc gia, tuy nhiên cũng cần tính tới ảnh hưởng của việc thừa nhận đặc quyền không phải đăng ký tới tính xác định của hệ thống giao dịch bảo đảm như Uncitral đã khuyến cáo khi mà người nhận bảo đảm không thể biết được đặc quyền có tồn tại không, quyền của mình sẽ bị tác động như thế nào. Uncitral cũng cảnh báo rằng, ngay cả khi các đặc quyền được đăng ký, nó cũng có ảnh hưởng tiêu cực tới tính hiệu quả của hệ thống giao dịch bảo đảm khi nó có thứ tự ưu tiên cao hơn các giao dịch bảo đảm đã đăng ký¹⁶.

Do đó, mặc dù thừa nhận sự cần thiết của một số đặc quyền, xu hướng chung là nhiều quốc gia trên thế giới đã cắt giảm số lượng các đặc quyền. Thay vào đó, các quốc

14 Xem thêm Lê Thị Hoàng Thanh, Một số vấn đề về việc xây dựng quy định về quyền ưu tiên trong BLDS Việt Nam, Tọa đàm tại Bộ Tư pháp trong khuôn khổ dự án JICA ngày 19/11/2012.

15 Xem M.Grimaldi, Kỳ yếu tọa đàm về sửa đổi BLDS (Phần các BPBĐ thực hiện nghĩa vụ), Nhà pháp luật Việt - Pháp, Hà Nội ngày 11-12/1/2012.

16 The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, United Nations Commission on International Trade Law, United Nation, New York, 2010, page 208, 209.

gia này sẽ thiết lập những phương thức khác để đạt được những chính sách xã hội mà việc ghi nhận đặc quyền trước đó hướng tới.

Chính vì vậy, cần phải hết sức cân nhắc khi quy định về các đặc quyền. Nếu lựa chọn ghi nhận các đặc quyền đó, thiết nghĩ, chúng ta phải rà soát tổng thể những văn bản pháp luật khác như Luật Thi hành án dân sự, Luật Phá sản...¹⁷ để thiết lập chế định đặc quyền thống nhất ghi nhận trong một văn bản là BLDS, đảm bảo có thể tiếp cận minh bạch và tiện lợi cho các chủ nợ đảm bảo, có thể mới không làm ảnh hưởng thái quá đến sự ổn định, lành mạnh của hệ thống giao dịch bảo đảm.

(iii) Thứ tự ưu tiên giữa các chủ nợ có vật quyền bảo đảm và bên có quyền cầm giữ tài sản.

Quyền cầm giữ được Tổ biên tập ban soạn thảo BLDS 2005 sửa đổi dự kiến xây dựng như một loại vật quyền bảo đảm dựa trên việc hoàn thiện các quy định của Điều 416 BLDS 2005. Thực tế, mặc dù hiện nay không được ghi nhận trong phần các biện pháp bảo đảm nghĩa vụ của BLDS 2005, nhưng quyền cầm giữ cũng được quan tâm khi xử lý tài sản bảo đảm. Theo Điều 21.1.10 của Nghị định 163/2006/NĐ-CP được sửa đổi bổ sung bởi Nghị định 11/2012/NĐ-CP thì “Trong trường hợp tài sản thế chấp đang bị cầm giữ theo quy định tại Điều 416 BLDS 2005 thì bên cầm giữ có trách nhiệm giao tài sản mà mình đang cầm giữ cho bên nhận thế chấp để xử lý theo quy định của pháp luật sau khi bên nhận thế chấp hoặc bên có nghĩa vụ đã hoàn thành nghĩa vụ đối với bên cầm giữ”. Quy định trên cho phép chúng ta khẳng định là pháp luật Việt Nam đã xếp bên cầm giữ có quyền ưu tiên thanh toán cao hơn so với bên nhận thế chấp.

Nghiên cứu luật so sánh cho thấy, quyền

cầm giữ trong pháp luật Nhật Bản được coi như một loại vật quyền bảo đảm pháp định, hình thành không cần có sự thỏa thuận giữa các bên¹⁸. Trong khi đó, theo pháp luật của Pháp, quyền cầm giữ không được phân tích như một biện pháp bảo đảm mà chỉ được xem là quyền của chủ nợ được cầm giữ một vật chứ không có quyền ưu tiên hay quyền truy đuổi đối với vật đó, nhưng cũng khẳng định rằng “quyền cầm giữ không phải là một biện pháp bảo đảm nhưng nó là một sự bảo đảm phổ biến nhất”¹⁹. Chẳng hạn, người sửa xe có quyền cầm giữ đối với chiếc ô tô anh ta đã sửa, quyền này có hiệu lực với bên thứ ba bao gồm cả chủ nợ nhận thế chấp chiếc ô tô đó. Người sửa xe là một chủ nợ không có bảo đảm nhưng vị thế là người cầm giữ cho phép anh ta ngăn cản chủ sở hữu xe, hay người nhận thế chấp lấy chiếc xe đó chừng nào họ chưa thanh toán chi phí sửa xe.

Tuy nhiên, cho dù có các cách tiếp cận khác nhau về bản chất pháp lý của quyền cầm giữ nhưng điểm chung nhất là người cầm giữ chỉ có thể có quyền đó nếu anh ta đang thực tế chiếm hữu hợp pháp tài sản đó.

Trong hoàn cảnh Việt Nam, khi thiết kế phần vật quyền bảo đảm trong BLDS mới, có lẽ chúng ta nên quy định rõ cầm giữ là một loại vật quyền bảo đảm pháp định. Quyền cầm giữ khi đó sẽ có thứ tự ưu tiên cao hơn so với các vật quyền bảo đảm khác cho dù đã công khai hóa với bên thứ ba trước. Thứ tự ưu tiên cao hơn như vậy thực ra được lý giải bởi chức năng kép của quyền cầm giữ. Một mặt quyền cầm giữ khuyến khích những người cung cấp dịch vụ đó tích cực sửa chữa, duy trì và hoàn thiện hơn tình trạng của tài sản. Đồng thời chính sự hoàn thiện hơn tình trạng của tài sản bảo đảm này sẽ đem lại lợi ích cho bên nhận bảo đảm khi khai thác giá trị tài sản bảo đảm.

Tuy nhiên, một vấn đề quan trọng khác

17 Về khảo sát chi tiết các đặc quyền (quyền ưu tiên) trong pháp luật dân sự Việt Nam và sơ thảo sửa đổi BLDS Việt Nam, xem thêm Lê Thị Hoàng Thanh, Một số vấn đề về việc xây dựng quy định về quyền ưu tiên trong BLDS Việt Nam, Tọa đàm tại Bộ Tư pháp trong khuôn khổ dự án JICA ngày 19/11/2012.

18 Xaca Vacaxum, Tori Aridumi, Bình luận khoa học BLDS Nhật Bản, Nxb CTQG 1995, trang 272.

19 M.Grimaldi, Kỳ yếu tọa đàm về sửa đổi BLDS (Phần các BPHĐ thực hiện nghĩa vụ), Nhà pháp luật Việt -Pháp, Hà Nội ngày 11-12/1/2012.

cần được quan tâm là quyền ưu tiên cho người cầm giữ có nên bị giới hạn và chỉ được công nhận trong những hoàn cảnh nhất định để không ảnh hưởng thái quá tới vật quyền bảo đảm đã công khai hóa trước đó không? Hướng dẫn lập pháp về giao dịch bảo của Uncitral đã đưa ra 2 cách thức tiếp cận như sau:

Thứ nhất là giới hạn mức độ ưu tiên trong một khoản tiền nhất định và công nhận quyền ưu tiên của người cầm giữ đối với người nhận bảo đảm trước khi và chỉ khi giá trị của tài sản được hoàn thiện đem lại lợi ích trực tiếp cho người nhận bảo đảm. Cách tiếp cận này nhằm đảm bảo tính xác định của hệ thống giao dịch bảo đảm, bảo vệ quyền của người nhận bảo đảm đã đăng ký trước đó.

Thứ hai là giới hạn mức độ ưu tiên trong phạm vi những giá trị hợp lý mà người cung cấp đã hoàn thiện tài sản. Cách tiếp cận này rõ ràng đã phản ánh sự cân bằng hơn giữa các lợi ích của người nhận bảo đảm và người cầm giữ. Nó đã bảo vệ một cách hợp lý quyền của người cầm giữ, đồng thời tránh được những khó khăn về xác định chứng cứ khi xem xét giá trị tài sản trước và sau khi sửa chữa như cách tiếp cận thứ nhất.

Chính vì vậy, chúng tôi cho rằng, nên ghi nhận quyền cầm giữ là một vật quyền bảo đảm và có thứ tự ưu tiên hơn so với các vật quyền bảo đảm dù được công khai hóa trước, với điều kiện người cầm giữ phải đang thực tế chiếm hữu hợp pháp tài sản và mức độ ưu tiên thanh toán được giới hạn tới mức giá trị hợp lý mà người cầm giữ đã hoàn thiện tài sản bảo đảm.

(iv) Thứ tự ưu tiên giữa các chủ nợ có vật quyền bảo đảm đối với bên bán có bảo

lưu quyền sở hữu và bên cho thuê dài hạn

Pháp luật dân sự Việt Nam hiện hành cho phép bên bán được bảo lưu quyền sở hữu của mình trong trường hợp bên mua trả chậm hoặc trả dần tiền mua trong một thời hạn sau khi nhận vật mua, cho đến khi bên mua trả đủ tiền²⁰.

Mặc dù BLDS 2005 không hình dung đây là một vật quyền bảo đảm khi đặt nó trong phần một số quy định riêng về mua bán tài sản, nhưng xét về bản chất, nếu người mua không có khả năng thanh toán đúng hạn thì người bán có quyền bán tài sản và dùng số tiền thu được để khấu trừ nợ, như vậy có thể nói rằng quyền sở hữu mà người bán được bảo lưu thực chất là biện pháp bảo đảm đối vật cho phép người bán đó có thể xử lý tài sản để thu hồi nợ. Chính vì vậy, cần đặt ra giả thiết là có sự cạnh tranh về quyền ưu tiên giữa người bán được bảo lưu quyền sở hữu và người có vật quyền bảo đảm sau này. Giải quyết cạnh tranh đó, pháp luật Việt Nam đã cho phép nếu bên được bảo lưu quyền sở hữu đăng ký giao dịch bảo đảm tại cơ quan có thẩm quyền *trong thời hạn mười lăm ngày* kể từ ngày giao kết hợp đồng mua trả chậm, trả dần *có thứ tự ưu tiên thanh toán cao nhất khi xử lý tài sản bảo đảm*²¹.

Như vậy, có thể nói bảo lưu quyền sở hữu không nên được quy định trong phần hợp đồng mua bán, quyền sở hữu được bảo lưu là một vật quyền đối với giá trị tài sản đó. Chính vì vậy, bảo lưu quyền sở hữu cần phải được sắp xếp trong phần các vật quyền bảo đảm với quy định về thứ tự quyền ưu tiên như quy định hiện hành của Nghị định 163/2006/NĐ-CP được sửa đổi bổ sung bởi Nghị định 11/2012/NĐ-CP ■

20 Xem Điều 461 BLDS 2005.

21 Theo Điều 13.2 Nghị định 163/2006/NĐ-CP được sửa đổi bổ sung bởi Nghị định 11/2012/NĐ-CP: Trong trường hợp tài sản bảo đảm là tài sản mua trả chậm, trả dần, tài sản thuê có thời hạn từ một năm trở lên của doanh nghiệp, cá nhân có đăng ký kinh doanh gồm máy móc, thiết bị hoặc động sản khác không thuộc diện phải đăng ký quyền sở hữu và hợp đồng mua trả chậm, trả dần, hợp đồng thuê được đăng ký tại cơ quan đăng ký giao dịch bảo đảm có thẩm quyền trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày giao kết hợp đồng mua trả chậm, trả dần, hợp đồng thuê thì bên bán có bảo lưu quyền sở hữu, bên cho thuê có thứ tự ưu tiên thanh toán cao nhất khi xử lý tài sản bảo đảm; nếu không đăng ký hoặc đăng ký sau thời hạn trên và sau thời điểm giao dịch bảo đảm đã đăng ký thì bên nhận bảo đảm được coi là bên nhận bảo đảm ngay tình và có thứ tự ưu tiên thanh toán cao nhất khi xử lý tài sản bảo đảm.

VẤN ĐỀ HOẠCH ĐỊNH, PHÂN TÍCH CHÍNH SÁCH TRONG LUẬT BAN HÀNH VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT

ĐINH XUÂN THẢO*

TRẦN VĂN THUÂN**

1. Một số vấn đề chung về chính sách, phân tích chính sách

a) Chính sách

Có nhiều cách hiểu, định nghĩa khác nhau về chính sách. Hiểu một cách chung nhất, có thể quan niệm chính sách là “sách lược và kế hoạch cụ thể nhằm đạt một mục đích nhất định, dựa vào đường lối chính trị chung và tình hình thực tế mà đề ra chính sách...”¹

Chính sách cần được xem xét ở các khía cạnh khác nhau, ở khía cạnh độc lập hay trong mối quan hệ với các phạm trù khác, chẳng hạn như chính trị hay pháp quyền. Nếu nhìn nhận chính sách như một hiện tượng tính và tương đối độc lập, thì chính sách có thể được hiểu là những tư tưởng, những định hướng, những mong muốn cần hướng tới, cần đạt được; còn chiến lược hay kế hoạch, thậm chí pháp luật chẳng qua chỉ là hình thức, là phương tiện để chuyển tải, để thể hiện chính sách. Nếu xét nội hàm của khái niệm này trong mối quan hệ với chính trị và pháp quyền thì khái niệm chính sách cần được tìm hiểu ở một số điểm: (i) Chính

sách là sự thể hiện cụ thể của đường lối chính trị chung. Dựa vào đường lối chính trị chung, cương lĩnh chính trị của đảng cầm quyền mà người ta định ra chính sách; (ii) Chính sách là cơ sở nền tảng để chế định nên pháp luật; hay nói cách khác, pháp luật là kết quả của sự thể chế hóa chính sách. Có thể có chính sách chưa được luật pháp hóa, hoặc cũng có thể không bao giờ được luật pháp hóa vì nó không được lựa chọn để luật pháp hóa khi không còn phù hợp với tư tưởng mới hay sự thay đổi của thực tiễn, nhưng sẽ không có pháp luật phi chính sách hay pháp luật ngoài chính sách. Theo nghĩa đó, chính sách chính là linh hồn, là nội dung của pháp luật, còn pháp luật là hình thức, là phương tiện thể hiện của chính sách khi nó được ban hành bởi Nhà nước theo một trình tự luật định².

Như vậy, chính sách luôn gắn liền với quyền lực chính trị, với đảng cầm quyền và với bộ máy quyền lực công - nhà nước. Nhà nước xây dựng và ban hành pháp luật là thể chế hóa chính sách của Đảng thành pháp luật nhưng cũng là một bước xây dựng và hoàn thiện chính sách. Và vì vậy, chính sách

* PGS.TS, Viện trưởng Viện Nghiên cứu Lập pháp.

** TS, Trung tâm Nghiên cứu khoa học, Viện Nghiên cứu Lập pháp.

1 Từ điển tiếng Việt, Nhà xuất bản Đà Nẵng và Trung tâm Từ điển học ấn hành năm 1997, Hoàng Phê chủ biên, tr. 157.

2 TS. Đinh Dũng Sỹ, Chính sách và mối quan hệ giữa chính sách với pháp luật trong hoạt động lập pháp, <http://xaydungphapluat.chinhphu.vn/portal/page/portal/xaydungphapluat/tinchitiet?title=L%C3%BD+lu%E1%BA%ADn&perspectiveId=621&viewMode=detail&articleId=10000104>

và pháp luật là hai phạm trù rất gần gũi và có những điểm giao nhau, là cơ sở tồn tại của nhau trong một chế độ nhà nước pháp quyền³. Đó cũng là lý do vì sao phân tích chính sách có vị trí, vai trò rất quan trọng, mang tính chất nền tảng trong hoạt động xây dựng pháp luật.

b) Phân tích chính sách

Phân tích chính sách là lĩnh vực được quan tâm nghiên cứu và có mức độ ứng dụng cao trong nhiều lĩnh vực ở nhiều nước trên thế giới.

Có nhiều quan niệm, định nghĩa khác nhau về phân tích chính sách. Có ý kiến chỉ ra rằng, phân tích chính sách là một quy trình điều tra có tính đa ngành được thiết kế nhằm tạo ra, đánh giá một cách phê phán và truyền đạt thông tin giúp ích cho việc hiểu và cải thiện chính sách⁴.

Trong hoạt động xây dựng pháp luật, có ý kiến cho rằng *phân tích chính sách là một công đoạn hữu cơ, gắn kết trong quá trình đó một cách khoa học, dựa trên các nhóm mục tiêu, cách tiếp cận, các tiêu chí đánh giá, nguồn lực và công cụ bảo đảm thực hiện, sự thống nhất tác động phối hợp của các chính sách khác và dựa trên hoàn cảnh thực tế của các đối tượng điều chỉnh của chính sách hướng tới; do pháp luật là hình thức thể hiện của chính sách công, cho nên, việc phân tích chính sách nhằm đảm bảo rằng, pháp luật được ban hành ra sẽ tuân thủ các nguyên tắc căn bản của việc thiết kế chính sách công là: vì lợi ích công cộng; bắt buộc thi hành; có hệ thống; tập hợp các quyết định; liên đới; kế thừa lịch sử; quyết định theo đa số⁵.*

Phân tích chính sách là xem xét chính sách từ nhiều góc độ khác nhau, đó là việc

phân tích tính phù hợp giữa chính sách với chủ trương, đường lối của Đảng; phân tích động lực của chính sách: chính sách được ban hành thì động lực của chính sách đó là gì; phân tích tính khả thi, tính hợp lý của chính sách; phân tích để làm rõ chính sách đó đơn giản hay phức tạp; phân tích để làm rõ chính sách có tính cấp bách hay không; phân tích để làm rõ chính sách dài hạn hay là chính sách ngắn hạn; dự báo hiệu quả của chính sách khi tổ chức thực hiện trên các lĩnh vực của đời sống xã hội: chính trị, kinh tế, văn hóa, xã hội; thời điểm ban hành chính sách.v.v..⁶

Có nên tách biệt rõ quy trình hoạch định, phân tích chính sách và quy phạm hóa chính sách trong Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật (Luật BHVBQPPL)? Trong hoạt động lập pháp - mà chúng tôi quan niệm như một dòng chảy xuyên suốt qua các công đoạn của quy trình lập pháp - từ khâu khởi đầu cho đến khi văn bản được xem xét thông qua, việc làm chính sách, quy phạm hóa chính sách cũng là một sự tiếp nối liên tục của quá trình đó. Phải ghi nhận rằng, ở mỗi một công đoạn, vai trò, trách nhiệm của các cơ quan hữu quan là khác nhau và phải được minh định rõ, song tựu trung, đều phải hướng đến việc hiện thực hóa các mục tiêu chung của thể chế chính trị, nhất là các chủ trương, đường lối của Đảng, vào yêu cầu của thực tiễn cuộc sống. Trên thực tế, việc hoạch định, làm chính sách thường bắt đầu từ khâu đề xuất chính sách, kiến nghị xây dựng luật, pháp lệnh, thường tập trung nhất vào giai đoạn quy phạm hóa chính sách (soạn thảo), song ngoại trừ những vấn đề có tính cốt lõi, *các vấn đề chính sách không vì thế mà bất biến*, nó còn có thể được tiếp tục phát hiện, bổ sung, chỉnh lý, hoàn thiện, phát

3 TS. Đinh Dũng Sỹ, Tlđđ.

4 Dẫn theo Tài liệu Chương trình Giảng dạy kinh tế Fullbright niên khoá 2011-2013 (Quy trình phân tích chính sách); Do Nguyễn Thị Xinh Xinh biên dịch; Vũ Thành Tự Anh hiệu đính. www.fetp.edu.vn/attachment.aspx?ID=2674 (truy cập ngày 15/11/2013).

5 Ths. Nguyễn Đức Lam, Phân tích chính sách trong quy trình lập pháp ở các nước.

<http://luatviet.net/Home/nghien-cuu-trao-doi/phap-luat-the-gioi/2010/8935/Phan-tich-chinh-sach-trong-quy-trinh-lap-phap-o-cac-nuoc.aspx>

6 Ths Ngô Tự Nam, Tổng quan về phân tích chính sách <http://ttbd.gov.vn/PrintPreView.aspx?distid=2988>

triển trải dài, xuyên suốt qua các công đoạn khác của quy trình lập pháp, như giai đoạn thẩm tra, trình Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH), Quốc hội cho ý kiến; chỉnh lý, tiếp thu ý kiến (có thể qua cả việc lấy ý kiến nhân dân); trình UBTVQH, Quốc hội xem xét thông qua.

Trong thực tiễn lịch sử hoạt động lập pháp của Nhà nước ta, có thể nói vấn đề phân tích chính sách cũng đã được thể hiện từ khá sớm, dưới những khía cạnh khác nhau. Những năm gần đây, Luật BHVBQPPL năm 2008 là văn bản đề cập tương đối rõ, nhiều nhất vấn đề phân tích chính sách trong hoạt động BHVBQPPL.

2. Vài nét về hoạch định, phân tích, quyết định chính sách trong các văn bản về quy trình xây dựng luật, pháp lệnh ở nước ta và những vấn đề thực tiễn đang đặt ra

Đầu tiên, phải kể đến Nghị quyết số 91/NQ/HĐNN8 ngày 06/8/1988 của Hội đồng Nhà nước về việc ban hành Quy chế xây dựng luật và pháp lệnh. Bản quy chế có 10 chương, 44 điều, quy định mang tính khái quát về quy trình hoạt động lập pháp của Quốc hội. Có thể nói, đây là văn bản đánh dấu mốc quan trọng trong hoạt động lập pháp của Quốc hội nước ta tuy mới được thể hiện dưới hình thức quy chế (được ban hành kèm theo Nghị quyết của Hội đồng Nhà nước); với nội dung tương đối tóm tắt. Tuy nhiên, mặc dù còn chưa rõ nét, song cũng có một số quy định mà ở đó, có “dáng dấp” của vấn đề phân tích chính sách ở một số nét nhất định trong quy trình xây dựng luật, pháp lệnh, như:

(i) Trong Lời nói đầu của Quy chế quy định: “Để kịp thời thể chế hóa chủ trương, chính sách của Đảng, phục vụ ngày càng tốt hơn yêu cầu quản lý xã hội theo pháp luật, không ngừng tăng cường pháp chế XHCN.

Để bảo đảm phát huy tác dụng của công tác xây dựng pháp luật, từng bước đưa công tác này vào nền nếp, xác định rõ phạm vi, quyền hạn nhiệm vụ của các cơ quan nhà nước có trách nhiệm xây dựng luật, pháp lệnh;...

Quy chế này xác định trình tự, thủ tục xây dựng luật và pháp lệnh”.

(ii) Quy chế xây dựng luật, pháp lệnh năm 1988 còn quy định việc thẩm tra; việc tổ chức thảo luận tại các Đoàn đại biểu Quốc hội các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, lấy ý kiến các chuyên gia...

Như vậy, một mạch nguồn xuyên suốt trong các vấn đề liên quan đến chính sách trong quy trình lập pháp đã được thể hiện rất rõ trong phần “Lời nói đầu” của Quy chế này, đó là nhằm đề: kịp thời thể chế hóa chủ trương, chính sách của Đảng, phục vụ ngày càng tốt hơn yêu cầu quản lý xã hội theo pháp luật, không ngừng tăng cường pháp chế xã hội chủ nghĩa (XHCN); bảo đảm phát huy tác dụng của công tác xây dựng pháp luật, từng bước đưa công tác này vào nền nếp, xác định rõ phạm vi, quyền hạn nhiệm vụ của các cơ quan nhà nước có trách nhiệm xây dựng luật, pháp lệnh...

Tiếp đó, Quốc hội khóa IX đã ban hành Luật BHVBQPPL tại kỳ họp thứ 10 ngày 12/11/1996, Luật có hiệu lực thi hành từ ngày 01/01/1997. Đây là văn bản có hiệu lực pháp luật cao nhất quy định cụ thể, chi tiết về quy trình xây dựng văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) của các cơ quan nhà nước ở trung ương từ Quốc hội, UBTVQH, Chủ tịch nước, Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ đến Tòa án nhân dân tối cao (TANDTC), Viện kiểm sát nhân dân tối cao (VKSNDTC), các bộ, cơ quan ngang bộ. Luật BHVBQPPL năm 1996 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều vào tháng 12/2002.

Ngày 03/6/2008, Quốc hội đã ban hành Luật BHVBQPPL mới, thay thế Luật BHVBQPPL năm 1996 và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật BHVBQPPL năm 2002.

Theo quy định của Luật BHVBQPPL năm 2008, có thể tạm sắp xếp quy trình làm luật gắn với các bước cơ bản sau: Lập chương trình xây dựng luật, pháp lệnh; Soạn thảo; Trình Chính phủ xem xét, quyết định đề trình Quốc hội (đối với các dự án do Chính phủ chuẩn bị). Chính phủ tham gia ý kiến (đối với dự án do cơ quan khác, tổ chức, đại biểu Quốc hội trình); Thẩm tra

(thường do Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội tiến hành); UBTVQH xem xét, cho ý kiến; Quốc hội xem xét, thông qua dự án luật, dự thảo nghị quyết/UBTVQH xem xét thông qua dự án pháp lệnh, dự thảo nghị quyết.

Trong các bước này, so với Luật BHVBQPPL năm 1996, các hoạt động có liên quan đến hoạch định, xây dựng chính sách nói chung và vấn đề phân tích chính sách nói riêng đã được quy định ngày càng cụ thể, rõ nét hơn.

a) Hoạch định, phân tích chính sách trong hoạt động lập Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh

Điều 23 Luật BHVBQPPL năm 2008 đã nêu rõ yêu cầu của hoạt động xây dựng, hoạch định chính sách ngay từ khâu các chủ thể có thẩm quyền thực hiện quyền đề nghị, kiến nghị về luật, pháp lệnh. Theo đó, đề nghị xây dựng luật, pháp lệnh phải nêu rõ sự cần thiết ban hành văn bản, đối tượng, phạm vi điều chỉnh của văn bản, những quan điểm, chính sách cơ bản, nội dung chính của văn bản, dự kiến nguồn lực, điều kiện bảo đảm cho việc soạn thảo văn bản, báo cáo đánh giá tác động sơ bộ của văn bản, thời gian dự kiến đề nghị Quốc hội, UBTVQH xem xét thông qua. Những vấn đề này còn được xem xét kỹ lưỡng thêm trong quy trình thẩm tra đề nghị, kiến nghị về luật, pháp lệnh (Điều 25 Luật BHVBQPPL năm 2008); qua hoạt động lập dự kiến chương trình xây dựng luật, pháp lệnh (Điều 26), cũng như trong quá trình xem xét, thông qua, cũng như việc điều chỉnh trong trường hợp cần thiết (Điều 27, Điều 29)...

Trong thời gian qua, việc xây dựng và tổ chức triển khai thực hiện Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh phù hợp với yêu cầu trọng tâm là hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường định hướng XHCN và xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN.

Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh trong nhiệm kỳ và hằng năm của Quốc hội đã được Chính phủ, TANDTC, VKSNDTC, các cơ quan hữu quan chuẩn bị trên cơ sở quán triệt và thể chế hóa đường lối, chủ trương, chính sách của Đảng, các nghị quyết

của Ban Chấp hành trung ương và Bộ Chính trị về cải cách hành chính, cải cách tư pháp, xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam, nhất là Nghị quyết số 48-NQ/TW.

Trên cơ sở chức năng, nhiệm vụ được giao, Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội đã tham gia tích cực, hiệu quả vào quá trình này, trong đó tập trung vào những lĩnh vực thuộc phạm vi phụ trách của Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội. Căn cứ vào những định hướng, nhiệm vụ được nêu trong Nghị quyết 48-NQ/TW, trên cơ sở đánh giá về nhu cầu cấp bách điều chỉnh pháp luật đối với các lĩnh vực, Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội đã tích cực tham gia ý kiến đối với việc xây dựng Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh toàn khóa của Quốc hội, trong đó đã thể hiện chính kiến và quan điểm về những dự án luật, pháp lệnh trọng điểm thuộc phạm vi, lĩnh vực mình phụ trách cần được ưu tiên, kiến nghị UBTVQH đưa ra khỏi chương trình chính thức đối với những dự án chưa thực sự cấp thiết, ủng hộ đưa vào chương trình chính thức những dự án mà thực tiễn cuộc sống đòi hỏi... Nhiều cơ quan của Quốc hội đã chủ động và tích cực phối hợp với các bộ, ngành, cơ quan chuẩn bị dự án luật, pháp lệnh ngay từ giai đoạn đề xuất, xây dựng chương trình pháp luật. Bên cạnh đó, có cơ quan của Quốc hội còn chủ động đề xuất sáng kiến xây dựng luật và được giao nhiệm vụ chủ trì soạn thảo. Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh là cơ sở để tổ chức công tác nghiên cứu, soạn thảo, thẩm tra các dự án luật, pháp lệnh; tạo sự ổn định, chủ động trong hoạt động lập pháp của Quốc hội; góp phần quan trọng để các đạo luật được Quốc hội ban hành có chất lượng, kịp thời.

Dấu ấn quan trọng, đáng ghi nhận là đã góp phần đổi mới khá cơ bản cách làm chương trình, kế hoạch xây dựng pháp luật của Quốc hội và Chính phủ, khắc phục tính hình thức trong việc đề xuất các dự án luật, pháp lệnh; góp phần làm cho chương trình, kế hoạch lập pháp trở nên khoa học-thực tiễn hơn thông qua yêu cầu phải làm rõ trong

các đề xuất chính sách, dự báo sơ bộ tác động kinh tế-xã hội, lộ trình ban hành, cơ quan soạn thảo và các điều kiện bảo đảm... làm cho hoạt động xây dựng pháp luật sát hợp hơn với yêu cầu của thực tiễn⁷.

Những vấn đề đặt ra

Trong tổ chức thực hiện, ở khâu chuẩn bị, có những thời điểm, việc trình kiến nghị xây dựng luật, pháp lệnh của một số cơ quan chưa thực sự có đầy đủ căn cứ khoa học và thực tiễn, chưa được quan tâm đúng mức; còn thiên về tập hợp kiến nghị, đề xuất sáng kiến xây dựng pháp luật mà chưa có sự phân tích, đánh giá chính sách một cách thực sự toàn diện đối với toàn bộ dự kiến chương trình cũng như từng dự án cụ thể; tránh việc lập ra chương trình quá đồ sộ, chưa dự liệu được đầy đủ tình hình, nên có lúc dễ dẫn đến cách nhìn nhận đường như việc “đưa vào đưa ra các chương trình xây dựng luật, pháp lệnh rất là dễ dàng” như có ý kiến đã nêu⁸.

Việc thực hiện quy định của Luật BHVBQPPL năm 2008 về đánh giá sơ bộ tác động kinh tế-xã hội của đề xuất xây dựng luật, pháp lệnh tại giai đoạn lập dự kiến chương trình đòi hỏi đầu tư thích đáng về nguồn nhân lực, kinh phí nhưng việc thực hiện trên thực tế còn có bất cập. Có dự án chất lượng báo cáo đánh giá tác động còn chưa cao, thiếu báo cáo về bảo đảm nguồn lực tài chính để thi hành luật, nhất là đối với các dự án chứa đựng chính sách, chế độ mới, đòi hỏi kinh phí lớn để thực hiện; một số dự án được kiến nghị đưa vào chương trình không bảo đảm thời hạn theo quy định của pháp luật. Về quy định của Luật, nội dung quy định về đánh giá tác động đối với dự thảo văn bản còn chưa thật cụ thể. Việc xem xét về sự cần thiết ban hành của từng dự án để đưa vào Chương trình trong quá trình thẩm tra có trường hợp chưa được xem xét kỹ tính khả thi và khả năng dự báo khi đưa các dự án vào Chương trình. Có trường hợp, cơ quan thẩm tra chưa được cung cấp kịp thời, đầy đủ thông tin, chưa đủ cơ sở khoa

học và căn cứ thực tiễn để đề xuất về số lượng, thứ tự ưu tiên của các dự án.

Về mặt quy định của Luật, trong lập Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh, Luật BHVBQPPL năm 2008 đã quy định việc “dự kiến chương trình xây dựng luật, pháp lệnh phải được đăng tải trên Trang thông tin điện tử của Quốc hội” (khoản 2 Điều 26). Tuy nhiên, cơ chế nghiên cứu tiếp thu các ý kiến góp ý, phản hồi trong trường hợp này lại chưa được quy định thật rõ, cụ thể.

b) Hoạch định, phân tích chính sách trong hoạt động soạn thảo

Có thể nói, việc hoạch định, xây dựng, thể hiện các chính sách cụ thể được thể hiện khá tập trung trong hoạt động soạn thảo VBQPPL. Luật BHVBQPPL đã quy định cụ thể về nhiệm vụ liên quan đến hoạch định, phân tích chính sách của Ban soạn thảo (Điều 32 Luật BHVBQPPL), nhiệm vụ của cơ quan, tổ chức chủ trì soạn thảo (Điều 33), nhiệm vụ của cơ quan, tổ chức, đại biểu Quốc hội trình dự án luật, pháp lệnh, dự thảo nghị quyết (Điều 34); hoạt động lấy ý kiến đối với dự án luật, pháp lệnh, dự thảo nghị quyết (Điều 35); công tác thẩm định (Điều 36).v.v..

Quy trình xây dựng, BHVBQPPL đã có những đổi mới quan trọng theo hướng ngày càng minh bạch, chặt chẽ, dân chủ, huy động trí tuệ của xã hội vào hoạt động xây dựng pháp luật. Nguyên tắc bảo đảm tính công khai trong quá trình xây dựng, BHVBQPPL; bảo đảm tính minh bạch trong các quy định của VBQPPL đã được ghi nhận trong Luật BHVBQPPL. Đã hình thành cơ chế mở và bắt buộc đăng tải công khai dự thảo VBQPPL trên trang thông tin điện tử của Chính phủ và của cơ quan soạn thảo để thu hút sự tham gia rộng rãi của nhân dân vào quá trình xây dựng pháp luật.

Bên cạnh đó, hoạt động xây dựng pháp luật thời gian qua tiếp tục bảo đảm phát huy vai trò của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức thành viên của Mặt trận. Các dự

7 Tham khảo thêm: Báo cáo sơ kết Kế hoạch số 900/UBTVQH11 thực hiện Nghị quyết số 48-NQ/TW của Bộ Chính trị về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020.

8 Xem thêm: Ý kiến phát biểu của ĐBQH Chu Sơn Hà tại phiên thảo luận tại Hội trường sáng ngày 22/11/2013, kỳ họp thứ 6, Quốc hội khoá XIII.

án luật, pháp lệnh quan trọng đều có đại diện Ủy ban trung ương Mặt trận Tổ quốc Việt Nam tham gia với tư cách là thành viên Ban soạn thảo, Tổ biên tập... Việc tham gia phối hợp một cách tích cực, chủ động nêu trên đã góp phần vào việc xây dựng và hoàn thiện dự thảo văn bản ngày càng bảo đảm hơn về tiến độ và chất lượng.

Một số vấn đề đặt ra

- Trong hoạt động soạn thảo: Hoạt động của tập thể Ban soạn thảo, Tổ biên tập dự án luật, pháp lệnh có trường hợp hiệu quả chưa cao; việc tổ chức điều tra, khảo sát, đánh giá thực trạng hoạt động liên quan đến văn bản chưa được quan tâm đúng mức; chưa chú trọng đến việc thu thập và xử lý thông tin, tài liệu. Công đoạn phân tích chính sách, đánh giá tác động trước khi xây dựng dự thảo luật có trường hợp chưa được Ban soạn thảo thực hiện một cách kỹ lưỡng dẫn đến nội dung của một số dự án luật, pháp lệnh nêu xét ở giai đoạn trình so với văn bản luật, pháp lệnh khi được thông qua thay đổi nhiều⁹.

- Việc tổ chức đánh giá tác động và xây dựng báo cáo đánh giá tác động của dự thảo văn bản đã được quy định trong Luật BHVBQPPL năm 2008, đây là một trong những quy định có ý nghĩa quan trọng, thiết thực trong quy trình hoạch định, phân tích chính sách. Tuy nhiên, toàn bộ các vấn đề liên quan đến đánh giá tác động quy định trong Luật còn khá sơ lược (Điều 33 của Luật chỉ nêu: nội dung của báo cáo đánh giá tác động phải nêu rõ các vấn đề cần giải quyết và giải pháp đối với từng vấn đề đó, chi phí, lợi ích của các giải pháp; so sánh chi phí, lợi ích của các giải pháp...). Từ thực tiễn việc xây dựng các báo cáo đánh giá tác động đối với các dự án thời gian qua, nhằm bảo đảm kỹ lưỡng, chuẩn xác hơn trong việc thực hiện đánh giá tác động làm căn cứ cho việc quyết định chính sách, thì việc nghiên cứu đề quy định rõ, cụ thể hơn về các vấn đề liên quan đến việc đánh giá tác động của dự thảo cũng là vấn đề cần được quan tâm.

c) Hoạch định, phân tích chính sách trong hoạt động thẩm tra, chỉnh lý dự án

- Trong thẩm tra dự án luật, pháp lệnh, việc cung cấp thông tin có dự án thực hiện chưa tốt, dẫn đến khi thẩm tra thiếu thông tin về dự án, ảnh hưởng đến chất lượng báo cáo thẩm tra. Có trường hợp, do việc nghiên cứu, xây dựng chính sách trong giai đoạn soạn thảo còn chưa bảo đảm đầy đủ chất lượng, các cơ quan thẩm tra vừa phải tiếp tục phân tích chính sách, vừa hoàn thiện về kỹ thuật nên đã ảnh hưởng tới việc tập trung vào thực hiện nhiệm vụ chính của cơ quan thẩm tra. Có một thực tế là trong hoạt động thẩm tra, có ý kiến cho rằng thẩm tra “chay” là vấn đề cần tránh; song không phải tất cả các Ủy ban trong quá trình thẩm tra đều có các hoạt động khảo sát, đánh giá để từ đó có căn cứ thực tiễn để thẩm tra các dự án được chất lượng hơn¹⁰.

- Công tác chỉnh lý, hoàn thiện dự án luật, pháp lệnh: có thể nói, việc xây dựng được một quy trình hợp lý, hoàn chỉnh sẽ có tác động rất lớn đến chất lượng của việc tiếp tục hoàn chỉnh, bổ sung các vấn đề liên quan đến chính sách của dự thảo văn bản ở công đoạn này. Thực tế hiện nay, do chưa có quy định đầy đủ, cụ thể, thống nhất về cách thức tổ chức việc chỉnh lý, hoàn thiện dự án luật, pháp lệnh, quy trình chỉnh lý giữa các cơ quan của Quốc hội chưa hoàn toàn thống nhất, chất lượng các dự án chưa đồng đều. Nội dung này cũng cần được quan tâm nghiên cứu nhằm xây dựng, hoàn thiện được quy trình tổ chức chỉnh lý dự án luật, pháp lệnh đầy đủ, hợp lý hơn trong thời gian tới.

- Có những dự án nếu so với lúc trình sang Quốc hội, UBTVQH đã có những thay đổi đáng kể so với thời điểm xem xét thông qua; về vấn đề này, có ý kiến nhận định: “có những dự thảo luật, Chính phủ trình với Quốc hội nhưng khi thông qua thì chất lượng, cơ chế, chính sách như ban đầu thay đổi rất nhiều, có những luật đến 60-70%”¹¹.

Trên thực tế, điều này cũng gợi lên một vấn đề rất đáng suy nghĩ, bởi vì có thể xuất

9 Báo cáo sơ kết Kế hoạch số 900/UBTVQH11..., Tlđd.

10 Xem thêm: Ý kiến phát biểu của ĐBQH Chu Sơn Hà tại phiên thảo luận tại Hội trường sáng ngày 22/11/2013, kỳ họp thứ 6, Quốc hội khoá XIII.

hiện trường hợp báo cáo đánh giá tác động của văn bản đó (do cơ quan trình dự án thực hiện) đã trở nên “lạc hậu” quá xa so với dự thảo văn bản được Quốc hội, UBTVQH chuẩn bị xem xét thông qua (do đã có sự chỉnh lý đáng kể trong quá trình thẩm tra, chỉnh lý, tiếp thu ý kiến...). Trên thực tế, hoàn toàn có thể xuất hiện, nảy sinh những vấn đề mới về mặt chính sách trong quá trình này; do đó, phải nói rằng đây là vấn đề cần tính toán kỹ để tránh “khoảng trống” có thể phát sinh do chưa dự liệu, đánh giá trước, nhằm bảo đảm tính khả thi của văn bản, các nguồn lực bảo đảm... cũng như tránh được khả năng xuất hiện những tác động bất lợi của văn bản khi thực thi trong thực tiễn.

3. Một số kiến nghị về công tác hoạch định, phân tích chính sách trong quy trình xây dựng luật, pháp lệnh hiện nay

Có thể nói, toàn bộ các quy định của Luật BHVBQPPL hiện hành có liên quan đến vấn đề quy trình lập pháp, từ giai đoạn lập chương trình xây dựng luật, pháp lệnh, việc soạn thảo văn bản; hoạt động thẩm tra; hoạt động xem xét, cho ý kiến của UBTVQH; hoạt động lấy ý kiến nhân dân, ý kiến đại biểu Quốc hội, Đoàn đại biểu Quốc hội đến hoạt động xem xét thông qua dự án... về cơ bản là phù hợp, phát huy tác dụng trong thực tiễn hoạt động BHVBQPPL ở nước ta. Trên thực tế, kể từ khi Luật BHVBQPPL năm 1996 được ban hành, trong quá trình áp dụng, đã được sửa đổi, bổ sung một số điều vào năm 2002; tiếp đó, đã có những sửa đổi, bổ sung quan trọng đánh dấu bằng việc Quốc hội thông qua Luật BHVBQPPL năm 2008. Song cũng từ thực tiễn thời gian qua, xét ở khía cạnh các vấn đề liên quan đến xây dựng, quyết định chính sách, cho thấy có những nội dung quy định của Luật BHVBQPPL cần được tiếp tục nghiên cứu xem xét để điều chỉnh cho hợp lý hơn.

a) Trong việc lập và thông qua Chương trình xây dựng VBQPPL

- Đổi mới tư duy trong việc lập và thông

qua Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh theo hướng: việc xây dựng chính sách pháp luật của các dự án luật, pháp lệnh phải được hoàn thành cơ bản cùng với việc thông qua Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh, trong đó: các bộ, ngành hình thành rõ ràng chính sách ngay trong các đề xuất xây dựng luật, pháp lệnh; Chính phủ xem xét, duyệt và chịu trách nhiệm về các chính sách trong các dự án luật, pháp lệnh được đưa vào dự kiến Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh trình Quốc hội; Quốc hội phê chuẩn, thông qua Chương trình cũng đồng thời là phê chuẩn các chính sách do Chính phủ đề xuất và các vấn đề chính sách tiếp tục được hoàn thiện trong quá trình soạn thảo, thẩm tra, chỉnh lý, xem xét thông qua các dự án luật, pháp lệnh.

Việc nhấn mạnh đến tầm quan trọng của việc đề xuất, phân tích chính sách ngay từ khâu ban đầu trong quy trình lập pháp có ý nghĩa lớn, nhằm tăng cường tính chịu trách nhiệm, tính chủ động của các cơ quan công quyền trong hoạt động lập pháp, góp phần tăng cường tính khả thi của Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh. Tuy nhiên, bên cạnh những vấn đề có tính then chốt, nhiều vấn đề về chính sách khác có thể không dự liệu được hết ngay từ đầu, do vậy, việc tiếp tục bổ sung, hoàn thiện chính sách trong quá trình soạn thảo, thẩm tra, xem xét thông qua (kể cả thông qua hoạt động lấy ý kiến chuyên gia, các nhà khoa học, các tầng lớp nhân dân...) là điều cần thiết.

- Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh cần nghiên cứu việc lập theo hướng mở, kịp thời đáp ứng nhu cầu xây dựng thể chế đặt ra trong quản lý nhà nước. Do đó, cần có quy định khác nhau về việc lập Chương trình hằng năm và Chương trình nhiệm kỳ. Chương trình nhiệm kỳ phải có tính định hướng, chiến lược và linh hoạt; Chương trình hằng năm phải bám sát thực tiễn cuộc sống, sự cần đổi trong thực hiện chương trình giữa các năm trong nhiệm kỳ Quốc hội và có tính khả thi cao, tránh dồn quá nhiều dự án vào năm cuối nhiệm kỳ. Việc lập Chương trình theo hướng phản ánh được

11 Xem thêm: ý kiến phát biểu của ĐBQH Bùi Sỹ Lợi trong phiên thảo luận tại Hội trường sáng ngày 22/11/2013, kỳ họp thứ 6, Quốc hội khoá XIII.

thực chất nhu cầu cần có pháp luật điều chỉnh của xã hội, bảo đảm quyền trình dự án luật, pháp lệnh của các chủ thể.

Đối với Chương trình nhiệm kỳ, thay vì việc lập một danh mục cứng các dự án như cách làm hiện nay thì nên nghiên cứu việc xây dựng một kế hoạch lập pháp cho cả giai đoạn theo hướng mở, trong đó xác định các lĩnh vực được ưu tiên (mỗi lĩnh vực sẽ liệt kê các nội dung cụ thể, tương đối chi tiết - tương ứng với nội dung của các dự án cần được xây dựng); xác định chỉ tiêu phần đầu (số lượng văn bản dự kiến được thông qua, số lượng dự án sẽ được cho ý kiến, số lượng dự án được phân công cho các cơ quan đề triển khai việc soạn thảo). Trên cơ sở kế hoạch này, Quốc hội quyết định Chương trình hằng năm dựa vào các tiêu chí: dự án thuộc lĩnh vực ưu tiên; mức độ, chất lượng chuẩn bị của dự án; số lượng dự án đưa vào chương trình phù hợp với điều kiện thực tế của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội; bảo đảm thực hiện chỉ tiêu đã đề ra trong Chương trình nhiệm kỳ¹².

- Trong quy trình xem xét, thông qua Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh, cần nghiên cứu đổi mới một số điểm sau đây:

(i) Gia tăng chất lượng của công tác xây dựng, phân tích chính sách, theo đó, quy định rõ thời hạn, nội dung, trách nhiệm của các chủ thể có quyền trình dự án luật trong việc đề xuất đưa các dự án vào Chương trình; nghiên cứu việc xây dựng quy trình xem xét tiếp thu sáng kiến pháp luật của các cơ quan, tổ chức, cá nhân để làm cơ sở cho việc xem xét, quyết định Chương trình nhằm phản ánh được sát thực nhu cầu của xã hội.

(ii) Coi việc lập dự kiến Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh là giai đoạn phân tích chính sách trong quá trình soạn thảo. Việc phân tích chính sách được làm tốt từ giai đoạn này, có cơ sở khoa học, thực tiễn sẽ tạo thuận lợi cho việc tiếp tục hoàn thiện các vấn đề về chính sách trong quá trình Quốc hội xem xét thông qua luật sau này.

(iii) Cần tập trung nâng cao chất lượng ở khâu thảo luận, quyết định đưa dự án luật

vào Chương trình hằng năm. Theo đó cần bố trí thời gian hợp lý để đại biểu Quốc hội thảo luận kỹ về từng dự án, bao gồm các vấn đề về tên gọi, đối tượng, phạm vi điều chỉnh, quan điểm, chính sách cơ bản, nội dung chính của văn bản, thời gian dự kiến trình Quốc hội xem xét cho ý kiến, thông qua. Đồng thời, coi trọng đánh giá tác động sơ bộ của dự án trên cơ sở đề xuất của cơ quan trình, ý kiến của cơ quan thẩm tra để làm định hướng cho việc soạn thảo dự án luật sau này¹³.

- Như đã đề cập ở trên, về mặt quy định của Luật, trong lập Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh, Luật BHVBQPPL năm 2008 đã quy định việc “dự kiến chương trình xây dựng luật, pháp lệnh phải được đăng tải trên Trang thông tin điện tử của Quốc hội” (khoản 2 Điều 26); tuy nhiên, cơ chế nghiên cứu tiếp thu các ý kiến góp ý, phản hồi trong trường hợp này lại chưa được đề cập rõ trong Luật. Đây cũng là vấn đề cần được nghiên cứu để xây dựng thành quy trình cụ thể trong thời gian tới.

Tuy nhiên, có một sự kiện chính trị-pháp lý quan trọng là Hiến pháp nước CHXHCN Việt Nam (sửa đổi) vừa được Quốc hội khoá XIII (kỳ họp thứ 6) thông qua ngày 28/11/2013, có hiệu lực từ ngày 01/01/2014. Theo quy định của Bản Hiến pháp (sửa đổi), có thể thấy những điều chỉnh đáng chú ý có liên quan đến hoạt động ban hành văn bản quy phạm pháp luật, cụ thể là:

(i) Về thẩm quyền của Quốc hội, Hiến pháp (sửa đổi), tại Điều 70 về nhiệm vụ, quyền hạn của Quốc hội, đã *không tiếp tục quy định việc Quốc hội thực hiện “quyết định chương trình xây dựng luật, pháp lệnh”* như nội dung đã được quy định tại điểm 1 Điều 84 Hiến pháp nước CHXHCN Việt Nam năm 1992 (đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2001);

(ii) Về thẩm quyền của Chính phủ, khác với Hiến pháp nước CHXHCN Việt Nam năm 1992 (đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2001) về cơ bản chỉ quy định thẩm quyền của Chính phủ trong việc “trình dự án

12 Báo cáo sơ kết Kế hoạch số 900/UBTVQH11..., Tidd

13 Báo cáo sơ kết Kế hoạch số 900/UBTVQH11 ..., Tidd

luật, pháp lệnh và các dự án khác trước Quốc hội và Ủy ban thường vụ Quốc hội (điểm 3 Điều 112); bản Hiến pháp (sửa đổi) lần này đã thể hiện bước tiến mới thông qua việc quy định rõ hơn thẩm quyền đề xuất, xây dựng chính sách của Chính phủ, theo đó, Chính phủ có thẩm quyền: “Đề xuất, xây dựng chính sách trình Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội quyết định hoặc quyết định theo thẩm quyền để thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn quy định tại Điều này; trình dự án luật, dự án ngân sách nhà nước và các dự án khác trước Quốc hội; trình dự án pháp lệnh trước Ủy ban thường vụ Quốc hội” (điểm 2 Điều 96).¹⁴

Như vậy, với những điều chỉnh, bổ sung mới trong bản Hiến pháp (sửa đổi) lần này, các nội dung liên quan trong Luật BHVB QPPL tất yếu sẽ phải có những điều chỉnh tương ứng, bảo đảm phù hợp, cụ thể hoá Hiến pháp (sửa đổi). Tuy nhiên, những nội dung, thông tin liên quan đến đề xuất, phân tích, xây dựng chính sách trong hoạt động lập và thông qua chương trình xây dựng luật, pháp lệnh như đã trình bày ở trên xét ở một khía cạnh nhất định vẫn có những giá trị tham khảo thực tiễn nhất định cần được lưu tâm, ngay cả khi quy trình lập pháp trong Luật BHVB QPPL hiện hành có những điều chỉnh để phù hợp với nội dung mới của bản Hiến pháp (sửa đổi).

b) Trong quá trình soạn thảo, thẩm tra, xem xét thông qua VBQPPL

Thứ nhất, về đánh giá tác động của dự thảo văn bản.

Việc tổ chức đánh giá tác động và xây dựng báo cáo đánh giá tác động của dự thảo văn bản đã được quy định trong Luật BHVBQPPL năm 2008, đây là một trong những quy định có ý nghĩa quan trọng, thiết thực trong quy trình hoạch định, phân tích chính sách. Tuy nhiên, toàn bộ các vấn đề liên quan đến đánh giá tác động quy định trong Luật còn khá sơ lược (Điều 33 của

Luật chỉ nêu: nội dung của báo cáo đánh giá tác động phải nêu rõ các vấn đề cần giải quyết và giải pháp đối với từng vấn đề đó, chi phí, lợi ích của các giải pháp; so sánh chi phí, lợi ích của các giải pháp...). Từ thực tiễn việc xây dựng các báo cáo đánh giá tác động đối với các dự án thời gian qua, nhằm bảo đảm kỹ lưỡng, chuẩn xác hơn trong việc thực hiện đánh giá tác động làm căn cứ cho việc quyết định chính sách, thì việc nghiên cứu đề quy định rõ, cụ thể hơn về các vấn đề liên quan đến việc đánh giá tác động của dự thảo văn bản ngay trong Luật BHVBQPPL là vấn đề cần được quan tâm xem xét.

Về đánh giá tác động đối với những vấn đề chính sách mới được bổ sung: Như đã đề cập ở trên, có những dự án nêu so với lúc trình sang Quốc hội, UBTVQH đã có những thay đổi đáng kể so với thời điểm xem xét thông qua; trên thực tế, điều này cũng gợi lên một vấn đề rất đáng suy nghĩ, bởi vì có thể xuất hiện trường hợp báo cáo đánh giá tác động của văn bản đó (do cơ quan trình dự án thực hiện) đã trở lên “lạc hậu” quá xa so với dự thảo văn bản được Quốc hội, UBTVQH chuẩn bị xem xét thông qua (do đã có sự chỉnh lý đáng kể trong quá trình thẩm tra, chỉnh lý, tiếp thu ý kiến...) Trên thực tế, hoàn toàn có thể xuất hiện, nảy sinh những vấn đề mới về mặt chính sách trong quá trình này; do đó, phải nói rằng đây là vấn đề cần tính toán kỹ để tránh “khoảng trống” có thể phát sinh do chưa dự liệu, đánh giá trước, nhằm bảo đảm tính khả thi của văn bản, các nguồn lực bảo đảm... cũng như tránh được khả năng xuất hiện những tác động bất lợi của văn bản khi thực thi trong thực tiễn.

Vì vậy, để phù hợp với việc bản Hiến pháp (sửa đổi) lần này đã có sự quy định rõ hơn về thẩm quyền đề xuất, xây dựng chính sách của Chính phủ như đã đề cập ở trên, trong quá trình hoàn thiện pháp luật về

14 Ngoài ra, Hiến pháp nước CHXHCN Việt Nam (sửa đổi) lần này, tại Điều 84 tiếp tục quy định thẩm quyền trình dự án luật, dự án pháp lệnh trước Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội...theo đó: “1. Chủ tịch nước, Ủy ban thường vụ Quốc hội, Hội đồng dân tộc, Ủy ban của Quốc hội, Chính phủ, Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Kiểm toán nhà nước, Ủy ban trung ương Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và cơ quan trung ương của tổ chức thành viên của Mặt trận có quyền trình dự án luật trước Quốc hội, trình dự án pháp lệnh trước Ủy ban thường vụ Quốc hội. 2. Đại biểu Quốc hội có quyền trình kiến nghị về luật, pháp lệnh và dự án luật, dự án pháp lệnh trước Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội.”

BHVBQPPL trong thời gian tới, việc xem xét mở ra cơ chế để Chính phủ, cơ quan trình dự án có điều kiện đánh giá, phát biểu ý kiến lần cuối về những nội dung này trước khi Quốc hội, UBTVQH xem xét thông qua văn bản là rất cần thiết.

Bên cạnh đó, có lẽ cần chú ý thêm đến vấn đề đánh giá tác động cụ thể của dự án đối với việc bảo đảm lợi ích, chủ quyền quốc gia, quốc phòng - an ninh, đối với nguồn lực tài chính, ngân sách của Nhà nước, với nguồn nhân lực của bộ máy nhà nước; có thể chú ý ở một chừng mực nhất định cả về tác động của dự án ở các khía cạnh cụ thể hơn đối với các giai tầng xã hội, chú trọng hài hòa lợi ích xã hội, ngăn ngừa đến mức tối đa việc để lọt những chính sách có thể tạo kẽ hở, tác động bất lợi đến việc tăng cường đồng thuận xã hội, gây hệ lụy xấu cho việc bảo đảm trật tự, an toàn xã hội cũng như phát triển kinh tế-xã hội bền vững của đất nước. Mặt khác, đây cũng là những điểm cần được lưu tâm trong những công đoạn khác của quy trình lập pháp.

Thứ hai, về công tác chỉnh lý, hoàn thiện dự án luật, pháp lệnh: Trên thực tế, các vấn đề chính sách của dự án còn được tiếp tục chỉnh lý, bổ sung, hoàn thiện kể từ sau giai đoạn thẩm tra. Có thể nói hiện nay, do chưa có quy định đầy đủ, cụ thể, thống nhất về cách thức tổ chức việc chỉnh lý, hoàn thiện dự án luật, pháp lệnh, quy trình chỉnh lý giữa các cơ quan của Quốc hội, thậm chí trong một Ủy ban chưa thống nhất, chất lượng các dự án chưa đồng đều. Vì vậy, nội dung này cần được quan tâm nhằm xây dựng, hoàn thiện được quy trình tổ chức chỉnh lý dự án luật, pháp lệnh đầy đủ, hợp lý hơn trong thời gian tới. Trong quá trình này, Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội phát huy vai trò, trách nhiệm cùng cơ quan trình dự án trong việc tiếp tục đề xuất, phân tích chính sách, tham mưu chính sách... trình UBTVQH, Quốc hội.

Thứ ba, trong điều kiện thực tiễn ở nước

ta, trên cơ sở kế thừa và phát huy cơ chế hiện hành, trên cơ sở quy định của Hiến pháp (sửa đổi), trong toàn bộ quy trình lập pháp, việc bảo đảm tính hợp hiến của hệ thống văn bản pháp luật là một trong những vấn đề cần được quan tâm hàng đầu. Trong giai đoạn thẩm tra, chỉnh lý, xem xét thông qua dự án, cần nghiên cứu sửa đổi, bổ sung Luật BHVBQPPL theo hướng tiếp tục khẳng định mạnh mẽ hơn vai trò của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội, trong đó có Ủy ban Pháp luật của Quốc hội (nhấn mạnh đến vai trò của *toàn thể* Ủy ban) trong việc bảo đảm tính hợp hiến của của hệ thống VBQPPL; quy định cụ thể nhằm nâng cao hơn nữa vai trò, trách nhiệm thẩm tra bảo đảm tính hợp hiến của hệ thống pháp luật trong Luật BHVBQPPL.

Cuối cùng, là vấn đề kinh phí phục vụ hoạt động xây dựng pháp luật. Thực tiễn cho thấy, đây là vấn đề đã được quan tâm nhiều trong thời gian qua, song nhìn chung vẫn còn hạn hẹp; trong thực tế, cần tránh trường hợp có thể xảy ra là cứ dự án nào mà “có ODA thì rất là nhanh”;¹⁵ trong khi đó, đây là hoạt động xây dựng, quyết định chính sách có ý nghĩa đặc biệt quan trọng, hoặc là thúc đẩy, hoặc là kìm hãm sự phát triển kinh tế-xã hội của đất nước. Do đó, trong tổ chức thực hiện, cần tiếp tục đổi mới cơ chế phân bổ kinh phí thỏa đáng cho việc lập và thực hiện chương trình xây dựng VBQPPL,¹⁶ chú trọng phát huy nguồn nội lực quốc gia, nhận thức, xác định rõ kinh phí đảm bảo xây dựng và hoàn thiện pháp luật là kinh phí đầu tư cơ bản cho hạ tầng pháp lý của Nhà nước và xã hội. Kinh phí xây dựng pháp luật cần đủ để đáp ứng một cách thực chất các yêu cầu đổi mới quy trình và nâng cao chất lượng của các dự án, dự thảo pháp luật, nhất là việc đánh giá tác động kinh tế-xã hội của dự thảo văn bản, việc tổ chức soạn thảo, thẩm tra, chỉnh lý và việc tham vấn, tổ chức lấy ý kiến của nhân dân, đặc biệt là những đối tượng chịu sự tác động trực tiếp của dự thảo văn bản ■

15 Xem thêm: ý kiến phát biểu của ĐBQH Nguyễn Văn Tiên trong phiên thảo luận tại Hội trường sáng ngày 22/11/2013, kỳ họp thứ 6 Quốc hội khóa XIII.

16 Báo cáo sơ kết Kế hoạch số 900/UBTVQH11..., Tlđđ.

QUYỀN VÀ NGHĨA VỤ NỘ ĐƠN YÊU CẦU MỞ THỦ TỤC PHÁ SẢN CÁC TỔ CHỨC TÍN DỤNG

DƯƠNG KIM THẾ NGUYỄN*

Trong giai đoạn từ năm 2001 đến năm 2010, Việt Nam đã chứng kiến sự phát triển nhanh chóng của các tổ chức tín dụng (TCTD). Số lượng ngân hàng, chi nhánh ngân hàng và các TCTD khác đã phát triển với số lượng vượt bậc, mức độ dịch vụ ngân hàng cũng trở nên đa dạng. Theo thông tin tại website Ngân hàng Nhà nước (NHNN), vào thời điểm 31/12/2012, Việt Nam có 5 NHNN, 34 Ngân hàng Thương mại cổ phần, 4 ngân hàng liên doanh, 5 ngân hàng 100% vốn nước ngoài, 50 chi nhánh ngân hàng nước ngoài, 49 Văn phòng đại diện ngân hàng nước ngoài tại Việt Nam¹. Trong bối cảnh đó, các TCTD đứng trước cuộc cạnh tranh gay gắt. Thêm vào đó, sự tác động của các đợt suy giảm kinh tế trên thế giới và ở Việt Nam càng làm cho không ít ngân hàng lâm vào tình trạng khó khăn. Trong năm 2012, lợi nhuận trung bình của ngành ngân hàng giảm gần 50% so với năm 2011². Nợ xấu của toàn bộ hệ thống ngân hàng tăng cao, thậm chí đến mức báo động gây nguy hiểm cho hệ thống tài chính quốc gia, đặc biệt nợ xấu tại một số TCTD ở mức nguy hiểm, đe dọa đến sự tồn tại của TCTD³. Một loạt các biện pháp tái cấu trúc ngân hàng đã và đang được tiến hành, như tái cấu trúc vốn chủ sở hữu ngân hàng, thực hiện sáp nhập ngân hàng... Tuy vậy, khi các giải pháp nhằm giải cứu TCTD không thành công, vấn đề cho phép phá sản ngân hàng đã được đặt ra. Trong bối cảnh như vậy, việc xây dựng và hoàn thiện khung pháp luật về phá sản các TCTD là cần thiết và cấp bách.

* **ThS, Giảng viên khoa Luật – Đại học Kinh tế TP. Hồ Chí Minh.**

1 Thông tin chi tiết về các ngân hàng, chi nhánh và văn phòng đại diện ngân hàng có thể tham khảo tại website <http://sbv.gov.vn> mục hệ thống các TCTD.

2 Dẫn theo website Tổng cục Thuế http://www.gdt.gov.vn/wps/portal/!ut/p/b0/04_Sj9CPykssy0x_PLMnMz0vMAfGj-zOKdA72dw7zDDAawsQgNcDDx9fc3DQj1dDAXCzPULsh0VAZ0BkWG!/?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/wps/wcm/connect/gdt+cotent/sa_gdt/sa_news/sa_news_economy/2013-01/48e1300a-5240-4190-8754-658e8905a8cd truy cập ngày 2/10/2013.

3 Số liệu nợ xấu theo một báo cáo của NHNN vào tháng 9/2012, nếu tính cả những khoản nợ được tái cơ cấu, là 17,21%. Và như vậy, nợ xấu hiện nay có thể lên tới 20% tổng dư nợ, nếu những khoản nợ được tái cơ cấu không thể phục hồi. Điều này có nghĩa, nợ xấu của Việt Nam đã lên tới 540.000 tỷ đồng (27 tỷ USD), tương đương với khoảng 20% trên GDP. Dẫn theo Hà Tâm (2013), xử lý nợ xấu bằng tài sản đảm bảo, có tại <http://baodautu.vn/news/vn/ngan-hang/xu-ly-no-xau-bang-tai-san-dam-bao.html>, truy cập ngày 2/10/2013.

1. Tổng quan về Luật Pháp sản áp dụng đối với tổ chức tín dụng

TCTD là một doanh nghiệp đặc biệt, thực hiện một hoặc một số các hoạt động ngân hàng, trong đó có hoạt động huy động vốn để cho vay nền kinh tế, trung gian của hệ thống thanh toán. Khi TCTD bị vỡ nợ có thể tác động không chỉ đến bản thân chủ nợ hoặc chủ sở hữu của TCTD đó mà còn có thể ảnh hưởng dây chuyền, tác động đến TCTD khác làm giảm niềm tin của công chúng vào các TCTD, làm cản trở hệ thống thanh toán và gây ra những khủng hoảng tài chính. Nhận thức được tầm quan trọng và mức độ tác động của các TCTD đối với nền kinh tế, các quy định của pháp luật về ngân hàng luôn dành những ưu tiên hàng đầu trong việc thực hiện giám sát hoạt động, tránh sự đổ vỡ của các TCTD. Tương tự pháp luật của nhiều nước khác, pháp luật ngân hàng Việt Nam cũng hướng tới việc hình thành một cơ chế đặc biệt với nhiều lớp bảo vệ để hạn chế sự đổ vỡ các TCTD. Các lớp bảo vệ này bao gồm các quy định sau đây:

Một là, các quy định nghiêm ngặt về điều kiện thành lập ngân hàng. Các điều kiện này được quy định chi tiết tại Điều 20 Luật Các tổ chức tín dụng 2010 (Luật CTCTD). Trong số các điều kiện đó, đáng chú ý là các điều kiện về vốn pháp định ở mức rất cao cùng với yêu cầu năng lực tài chính thực sự của chủ sở hữu góp vốn vào các TCTD nhằm đáp ứng phần nào khả năng tự chịu đựng của các TCTD khi xảy ra sự cố, đồng thời, các yêu cầu về trình độ chuyên môn về kinh tế, quản trị kinh doanh, am hiểu pháp luật và kinh nghiệm quản trị, điều hành, TCTD của người quản lý cũng là một trong số các điều kiện mà pháp luật ngân hàng ràng buộc để đảm bảo TCTD được quản lý bởi những người chuyên nghiệp.

Hai là, các quy định về đảm bảo an toàn và giám sát việc thực hiện đảm bảo an toàn của TCTD trong suốt quá trình hoạt động của TCTD. Pháp luật ngân hàng thiết lập các biện pháp phòng ngừa rủi ro đối với các TCTD. Các biện pháp phòng ngừa bao gồm một số hạn chế để đảm bảo an toàn cho hoạt

động của TCTD cũng như các quy định về những trường hợp không được cấp tín dụng, hạn chế cấp tín dụng, giới hạn cấp tín dụng, giới hạn góp vốn mua cổ phần... Đặc biệt, việc quy định một loạt các tỷ lệ đảm bảo an toàn mà các TCTD phải tuân thủ là một giải pháp sử dụng các chỉ tiêu tài chính để giám sát hoạt động ngân hàng được đánh giá là hiệu quả theo khuyến cáo của nhiều tổ chức quốc tế về tài chính ngân hàng. Việc thực hiện giám sát tuân thủ các quy định về đảm bảo an toàn không chỉ là vai trò của cơ quan giám sát ngân hàng thuộc NHNN mà trước hết bản thân mỗi TCTD phải có nghĩa vụ giám sát việc tuân thủ thông qua hệ thống kiểm soát, kiểm toán nội bộ được thành lập tại mỗi TCTD theo quy định của NHNN (Điều 40 Luật CTCTD).

Ba là, các quy định về xử lý TCTD vi phạm các quy định pháp luật ngân hàng, có nguy cơ lâm vào tình trạng mất khả năng thanh toán, khả năng chi trả. Đây chính là các biện pháp xử lý rủi ro phát sinh trong quá trình hoạt động của TCTD. Việc xử lý này sẽ do NHNN tiến hành theo những giải pháp như cho vay đặc biệt để đáp ứng nhu cầu thanh toán kịp thời của TCTD mà không cần đặt TCTD đó vào tình trạng kiểm soát đặc biệt hoặc đặt TCTD đó vào tình trạng kiểm soát đặc biệt để xử lý. Giai đoạn kiểm soát đặc biệt của TCTD có thể xem là giai đoạn xử lý “tiền phá sản” đối với TCTD. Trong giai đoạn này, các giải pháp xử lý được đưa ra nhằm phục hồi hoạt động kinh doanh của TCTD, trả TCTD trở về với trạng thái bình thường. Kết thúc giai đoạn này, nếu TCTD không còn lâm vào tình trạng mất khả năng thanh toán, khả năng chi trả thì TCTD đó đã được phục hồi thành công, ngược lại, nếu các giải pháp phục hồi không thành công, TCTD đó được chuyển sang một giai đoạn mới để chính thức áp dụng thủ tục phá sản.

Như vậy, thủ tục phá sản các TCTD chỉ được áp dụng sau khi đã lần lượt đi qua nhiều lớp bảo vệ sự an toàn, tránh đổ vỡ mà pháp luật ngân hàng đã xây dựng. Chính vì vậy, có thể nói việc đặt TCTD vào thủ tục phá sản là giải pháp cuối cùng để giải quyết

ngân hàng thực sự không còn khả năng phục hồi. Có lẽ chính vì lý do này mà sự hình thành và hoàn thiện pháp luật về phá sản các TCTD chậm và mất nhiều thời gian hơn so với pháp luật về phá sản thông thường.

Thật vậy, ở Việt Nam, trong quá trình chuyển từ cơ chế kế hoạch hóa tập trung sang nền kinh tế thị trường, sau khi từng bước xây dựng các quy định cho việc thiết lập một thể chế kinh tế nhiều thành phần, vận hành theo cơ chế thị trường như Luật Công ty 1990, Luật Doanh nghiệp tư nhân 1990, Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế 1989... Luật Phá sản doanh nghiệp 1993 (Luật PSDN) được ban hành đáp ứng nhu cầu rút khỏi thị trường trong trật tự. Luật PSDN chủ yếu được áp dụng cho các doanh nghiệp thông thường. Đoạn 2 Điều 1 của Luật PSDN có quy định “Chính phủ quy định cụ thể việc thi hành Luật này đối với các doanh nghiệp trực tiếp phục vụ quốc phòng, an ninh và dịch vụ công cộng quan trọng”. Nghị định 189/CP ngày 23/12/1994 của Chính phủ hướng dẫn chi tiết thi hành Luật PSDN đưa ra căn cứ để các doanh nghiệp được xem xét để công nhận là doanh nghiệp trực tiếp phục vụ quốc phòng, an ninh và dịch vụ công cộng quan trọng *phải là những doanh nghiệp đang hoạt động trong các lĩnh vực, ngành được quy định trong danh sách những lĩnh vực, ngành được liệt kê tại khoản 1 Điều 4 Nghị định này*. Trong số các lĩnh vực, ngành được liệt kê nói trên có xác định doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực, ngành *kinh doanh tài chính, tiền tệ*. Khoản 2 Điều 4 Nghị định 189/CP giao cho “Bộ trưởng Bộ quản lý ngành, sau khi có thỏa thuận bằng văn bản của Bộ trưởng, Chủ nhiệm Ủy ban kế hoạch Nhà nước, Bộ trưởng Bộ Tài chính, lập và công bố danh mục các doanh nghiệp cụ thể”. Các TCTD rõ ràng là doanh nghiệp kinh doanh trong lĩnh vực tài chính, tiền tệ. Tuy nhiên, trên thực tế sau đó, trong lĩnh vực kinh doanh tài chính, tiền tệ, chưa có một danh mục những

doanh nghiệp như vậy được ban hành cho đến khi Luật PSDN chấm dứt hiệu lực thi hành. Như vậy, quy định áp dụng Luật PSDN đối với các doanh nghiệp đặc biệt nói chung và doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực kinh doanh tài chính, tiền tệ nói riêng đã không thể thực hiện được trên thực tế.

Ngày 15/6/2004, Luật Phá sản được Quốc hội khóa XI thông qua tại kỳ họp thứ 5, có hiệu lực thi hành từ ngày 15/10/2004, thay thế cho Luật PSDN. Luật Phá sản 2004 (Luật PS 2004) lại tiếp tục giao cho “Chính phủ quy định cụ thể danh mục và việc áp dụng Luật này đối với doanh nghiệp đặc biệt trực tiếp phục vụ quốc phòng, an ninh; doanh nghiệp, hợp tác xã hoạt động trong lĩnh vực tài chính, ngân hàng, bảo hiểm và trong các lĩnh vực khác thường xuyên, trực tiếp cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích thiết yếu”. Trên cơ sở quy định này của Luật PS 2004, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 67/2006/NĐ-CP ngày 11/7/2006 về áp dụng Luật PS 2004 đối với doanh nghiệp đặc biệt. Đối với các doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực tài chính, ngân hàng, chứng khoán, Chính phủ xác định mặc dù đây là những doanh nghiệp đặc biệt nhưng do tính chất đặc thù nên việc giải quyết phá sản cần được tiến hành thận trọng, đảm bảo an toàn hệ thống tài chính và kinh tế - xã hội của quốc gia, nên đã giao cho NHNN Việt Nam và Bộ Tài chính chủ trì soạn thảo hai Nghị định riêng về áp dụng Luật PS 2004 đối với các TCTD và áp dụng Luật PS 2004 đối với các doanh nghiệp bảo hiểm, chứng khoán và tài chính khác. Ngày 3/11/2008 Nghị định số 144/2008/NĐ-CP về hướng dẫn chi tiết thi hành một số điều của Luật PS 2004 đối với doanh nghiệp hoạt động trong các lĩnh vực bảo hiểm, chứng khoán và tài chính khác đã được Chính phủ ban hành. Nghị định về áp dụng Luật PS 2004 đối với TCTD cũng được khởi thảo từ tháng 4 năm 2007⁴ nhưng đến ngày 18/01/2010 mới chính thức được ban hành⁵. Về nguyên tắc,

4 Tại Công văn số 1827/VPCP-ĐMDN ngày 07/4/2006 của Văn phòng Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ Nguyễn Tấn Dũng đã giao NHNN Việt Nam chủ trì phối hợp với các cơ quan có liên quan dự thảo Nghị định hướng dẫn việc áp dụng Luật PS đối với các tổ chức tín dụng.

5 Nghị định số 05/2010/NĐ-CP ngày 18/01/2010 về việc áp dụng Luật PS đối với các TCTD.

Nghị định 05/2010/NĐ-CP chỉ quy định những vấn đề, điều khoản của Luật PS 2004 được áp dụng riêng cho TCTD. Đối với những vấn đề không được quy định trong Nghị định này sẽ áp dụng các quy định của Luật PS 2004. Đây là cách xây dựng Luật PS áp dụng cho các TCTD phổ biến ở nhiều nước châu Âu như Anh, Pháp, Nga... và nhiều quốc gia khác.

2. Quyền và nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với tổ chức tín dụng

Theo quy định của Luật PS 2004, có sáu loại chủ thể có quyền và nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản được quy định từ Điều 13 đến Điều 18 của Luật PS 2004. Nghị định của Chính phủ số 05/2010/NĐ-CP ngày 18/01/2010 quy định việc áp dụng Luật PS đối với các TCTD (Nghị định 05) chỉ đơn giản là sự lặp lại (một cách không đầy đủ) các quy định của Luật PS 2004 về đối tượng có quyền và nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với TCTD. Đối với các đối tượng có quyền và nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản TCTD, cần có sự xem xét thấu đáo để có thể có các quy định mang tính đặc thù hơn khi quy định về quyền và nghĩa vụ của các chủ thể này.

2.1. Nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của TCTD

Việc quy định nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của con nợ trong pháp luật phá sản của các nước có luật phá sản là hợp lý. Đó là vì con nợ là người hiểu rõ nhất về tình trạng tài chính của bản thân mình⁶. Phù hợp với các quy định tại Điều 13 Luật PS 2004, Khoản 2 Điều 8 Nghị định 05 quy định *đại diện hợp pháp của TCTD có nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản khi nhận thấy tổ chức mình lâm vào tình trạng phá sản*. Tuy nhiên, nếu so với nội dung trong Nghị định 05, quy định tại Điều 15 LPS 2004 là chi tiết và đầy đủ hơn vì bên cạnh quy định về nghĩa vụ nộp đơn, Luật PS 2004 còn quy định các loại tài liệu kèm theo

đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản (Khoản 4 Điều 15 Luật PS 2004) và thời hạn thực hiện nghĩa vụ (các khoản 4 và 5 của điều 15 Luật PS 2004).

Khi xem xét quy định này trong mối tương quan với quy định về chủ thể nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản tại Điều 8 Nghị định 05 đã có ý kiến cho rằng, Nghị định chỉ quy định chủ thể có quyền và nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản mà chưa có quy định cụ thể về thời hạn thực hiện nghĩa vụ nộp đơn, như vậy là thiếu sót. Tuy nhiên, chúng tôi thấy cần phải hiểu đúng vị trí của quy định về thủ tục phá sản TCTD, và thủ tục phá sản được áp dụng đối với TCTD lâm vào tình trạng phá sản bao gồm: (a) Nộp đơn yêu cầu và mở thủ tục phá sản; (b) Phục hồi hoạt động kinh doanh; (c) Thanh lý tài sản, các khoản nợ; (d) Tuyên bố TCTD phá sản. Điều 2 của Nghị định 05 quy định *trường hợp Nghị định này không có quy định thì những nội dung liên quan đến thủ tục phá sản TCTD sẽ được áp dụng theo Luật PS 2004 và các văn bản hướng dẫn thi hành Luật PS 2004*. Quy định về chủ thể có quyền và nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với TCTD được quy định tại Chương 2 về nộp đơn yêu cầu và mở thủ tục phá sản, là một phần của thủ tục *nộp đơn yêu cầu và mở thủ tục phá sản* nên khi Nghị định không có quy định về nghĩa vụ nộp tài liệu và thời hạn thực hiện nghĩa vụ nộp đơn của con nợ, thì phải áp dụng theo Luật PS 2004.

Cho dù có hiểu đúng là Nghị định không có quy định về nghĩa vụ nộp tài liệu và thời hạn thực hiện nghĩa vụ nộp đơn của con nợ thì phải áp dụng theo Luật PS 2004, thì rõ ràng Nghị định 05 không đưa ra được quy định đặc thù nào đối với việc nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của con nợ là TCTD bị lâm vào tình trạng phá sản.

Chúng tôi cho rằng, có những vấn đề đặc thù về nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của TCTD bị lâm vào tình trạng phá sản mà Nghị định 05 hiện hành chưa giải quyết triệt để như sau:

6 Dương Đăng Huệ, *Pháp luật phá sản của Việt Nam*, NXB Tư pháp, Hà Nội, 2005, trang 158.

Một là, về thời điểm phát sinh nghĩa vụ nộp đơn. Theo quy định tại Điều 15, nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của TCTD là *khi nhận thấy tổ chức mình lâm vào tình trạng phá sản*. Tuy nhiên, như phân tích ở trên, dấu hiệu lâm vào tình trạng phá sản của TCTD không được xác định rõ ràng, không được định lượng cụ thể. Lâm vào tình trạng phá sản của TCTD không chỉ biểu hiện bằng việc “có các khoản nợ đến hạn, chủ nợ có yêu cầu mà không được thanh toán” mà còn ở dấu hiệu “đã có văn bản chấm dứt kiểm soát đặc biệt hoặc văn bản chấm dứt áp dụng hoặc văn bản không áp dụng các biện pháp phục hồi khả năng thanh toán”. Như vậy, thời điểm phát sinh quyền nộp đơn của các chủ thể có quyền và nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản không phải là thời điểm “có các khoản nợ đến hạn, chủ nợ có yêu cầu mà không được thanh toán” mà phải là “sau khi đã có văn bản chấm dứt kiểm soát đặc biệt hoặc văn bản chấm dứt áp dụng hoặc văn bản không áp dụng các biện pháp phục hồi khả năng thanh toán”.

Hai là, về khoảng thời gian bắt buộc phải thực hiện nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với TCTD. Theo quy định tại Điều 15 Luật PS 2004, “Trong thời hạn ba tháng, kể từ khi nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, nếu chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã không nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản thì phải chịu trách nhiệm theo quy định của pháp luật”. Áp dụng quy định này vào phá sản TCTD, đại diện hợp pháp của TCTD phải có nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản trong thời hạn ba tháng kể từ ngày có văn bản chấm dứt kiểm soát đặc biệt hoặc văn bản chấm dứt áp dụng hoặc văn bản không áp dụng các biện pháp phục hồi khả năng thanh toán. Quy định này sẽ làm cho việc mở thủ tục phá sản bị kéo dài, gây ra những cản trở không cần thiết. Thực vậy, đối với một TCTD bị lâm vào tình trạng mất khả

năng thanh toán, mất khả năng chi trả thì đã được NHNN can thiệp từ rất sớm. Sự can thiệp này có thể được khởi xướng từ việc báo cáo của TCTD bị lâm vào tình trạng mất khả năng thanh toán, mất khả năng chi trả hoặc từ can thiệp chủ động của NHNN khi thực hiện vai trò thanh tra, giám sát. Nếu TCTD đã trải qua giai đoạn kiểm soát đặc biệt thì đã mất một khoản thời gian dài (hai năm, có thể gia hạn). Như vậy, chúng tôi cho rằng, TCTD khi đã nhận được *văn bản chấm dứt kiểm soát đặc biệt hoặc văn bản chấm dứt áp dụng hoặc văn bản không áp dụng các biện pháp phục hồi khả năng thanh toán* thì phải thực hiện ngay lập tức nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Thời hạn này cần phải được rút ngắn đến mức tối đa và theo chúng tôi, thì thời hạn không quá 10 ngày làm việc là đã đủ cho TCTD thực hiện được nghĩa vụ nộp đơn.

2.2. Quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của chủ nợ

Đối với chủ nợ, việc yêu cầu mở thủ tục phá sản là một trong những cách thức nhằm bảo vệ quyền đòi nợ của mình khi hình thức đòi nợ trực tiếp đã tiến hành mà không thành công. Tuy nhiên, không phải chủ nợ nào cũng có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, đồng thời vấn đề thực hiện quyền nộp đơn của các chủ nợ cũng cần được xem xét thấu đáo và có quy định rõ ràng để đảm bảo quyền của họ.

- Về phân loại chủ nợ. Luật PS 2004 phân chủ nợ thành ba loại: chủ nợ có bảo đảm, chủ nợ có bảo đảm một phần và chủ nợ không có bảo đảm. Theo quy định tại Điều 13 Luật PS 2004 thì chỉ có chủ nợ không có bảo đảm và chủ nợ có bảo đảm một phần mới có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản⁷. Việc xác định chủ nợ có bảo đảm, có bảo đảm một phần hay không có bảo đảm dựa vào “giá trị tài sản đảm bảo so với khoản nợ”, theo đó, nếu giá trị tài sản đảm bảo cao hơn hoặc bằng khoản nợ thì chủ nợ được xem là chủ nợ có bảo đảm, nếu

7 Khoản 1 Điều 13 Luật Phá sản quy định: “Khi nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản thì các chủ nợ không có bảo đảm hoặc có bảo đảm một phần đều có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã đó”.

giá trị tài sản đảm bảo thấp hơn so với khoản nợ thì được xem là có bảo đảm một phần. Trong trường hợp chủ nợ có khoản nợ không được bảo đảm bằng tài sản của con nợ hoặc người thứ ba thì được coi là chủ nợ không có bảo đảm. Tuy nhiên, điểm hạn chế trong Luật PS 2004 hiện nay là không có quy định rõ ràng về thời điểm xác định giá trị tài sản đảm bảo để cho biết rằng chủ nợ đó là có bảo đảm, có bảo đảm một phần hoặc không có bảo đảm và cũng không có quy định ai là người có trách nhiệm xác định giá trị tài sản. Chính vì thế mà đã tạo ra những cách hiểu khác nhau về vấn đề xác định chủ nợ.

Theo chúng tôi, việc xác định giá trị tài sản đảm bảo có thể theo ba hướng sau:

Thứ nhất, pháp luật quy định việc xác định giá trị tài sản đảm bảo theo sự thỏa thuận của các bên tại thời điểm xác lập giao dịch đảm bảo. Theo cách này, khi xác lập giao dịch bảo đảm, theo sự định giá của các bên, giá trị bảo đảm được xác định mà không có sự thay đổi. Ví dụ, khi TCTD A vay của TCTD B một số tiền bằng việc bảo đảm số lượng chứng khoán được ấn định giá theo thỏa thuận tại thời điểm xác lập. Một thời gian sau, nếu TCTD A bị lâm vào tình trạng phá sản, để xác định tư cách chủ nợ của B là có bảo đảm một phần hay không có bảo đảm, người ta chỉ cần so sánh giá trị khoản nợ với giá trị tài sản định trước tại thời điểm xác lập. Cách thức xác định giá trị tài sản đảm bảo theo cách này rõ ràng làm cho việc xác định giá trị tài sản đảm bảo có phần đơn giản, nhưng không chính xác. Trên thực tế, giá trị tài sản đảm bảo luôn có thể biến động theo giá thị trường. Do vậy, việc xác định giá trị tài sản theo giá cố định sẽ không đảm bảo quyền lợi của các chủ nợ. Điều này xảy ra khi giá trị thực tế của tài sản bị giảm so với giá xác định ban đầu. Khi đó, vì chủ nợ đã được xác định là chủ nợ có bảo đảm nên họ không có quyền nộp đơn yêu

cầu mở thủ tục phá sản. Hệ quả là họ không thể thực hiện được các quyền của chủ nợ không có bảo đảm⁸, mặc dù trên thực tế, giá trị tài sản đảm bảo bị giảm sút làm cho tư cách chủ nợ của họ đã bị chuyển hóa thành chủ nợ có bảo đảm một phần, thậm chí là chủ nợ không có bảo đảm.

Thứ hai, để đảm bảo quyền thực sự của chủ nợ, có ý kiến cho rằng cần xác định giá trị tài sản đảm bảo theo thời giá, “Luật PS cần phải quy định rõ việc xác định loại chủ nợ phải được cập nhật thường xuyên trong quá trình phá sản”⁹. Nếu theo cách thức này, do sự thay đổi về giá trị tài sản đảm bảo mà có thể xảy ra tình trạng chủ nợ được chuyển hóa từ có bảo đảm thành có bảo đảm một phần hoặc không có bảo đảm. Bằng cách này mới đảm bảo được quyền và lợi ích hợp pháp của chủ nợ. Tuy vậy, đây là giải pháp không dễ thực thi vì không thể thường xuyên xác định lại giá trị tài sản đảm bảo.

Thứ ba, chúng tôi cho rằng, nên xác định giá trị tài sản đảm bảo theo những thời điểm cần để thực hiện quyền của chủ nợ. Theo cách này thì pháp luật cần cho phép xác định giá trị tài sản tại các thời điểm: thời điểm thực hiện quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, thời điểm ra quyết định mở thủ tục phá sản để lập danh sách chủ nợ, thời điểm ra quyết định mở thủ tục thanh lý và thanh toán nợ cho chủ nợ không có bảo đảm. Tại mỗi thời điểm này, việc xác định giá trị tài sản đảm bảo có ý nghĩa quan trọng trong việc thực hiện quyền của chủ nợ và việc xác định giá trị tài sản được thực hiện khác nhau. Việc xác định sẽ được thực hiện như sau:

(i) Đối với việc xác định giá trị tài sản trước khi có quyết định mở thủ tục phá sản: Việc xác định giá trị tài sản đảm bảo vào thời điểm này là để thực hiện quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Chính vì vậy, chủ nợ có nghĩa vụ chứng minh là chủ nợ không có bảo đảm hoặc có bảo đảm một phần bằng cách xuất trình các chứng cứ

8 Dương Công Chiến (2012), Luật phá sản 2004: Biến chủ nợ có bảo đảm... thành không, Thời báo Ngân hàng, ngày 3/8/2012, có tại <http://www.thoibaonganhang.vn/tin-tuc/1-luat-pha-san-2004-bien-chu-no-co-bao-dam-thanh-khong-3582.html>

9 Dương Công Chiến, *ttđd*.

chứng minh. Chứng cứ chứng minh nếu được lập vào thời điểm xác lập giao dịch bảo đảm, trong đó xác định rõ “giá trị tài sản đảm bảo nhỏ hơn khoản nợ” thì đương nhiên được xem là chủ nợ có bảo đảm một phần và chủ nợ được thực hiện quyền của chủ nợ có bảo đảm một phần. Trường hợp nếu vào thời điểm xác lập giao dịch bảo đảm cho thấy “giá trị tài sản đảm bảo lớn hơn hoặc bằng khoản nợ” (chủ nợ có bảo đảm) nhưng trên thực tế giá trị đảm bảo bị giảm sút, chủ nợ muốn thực hiện quyền của một chủ nợ không có đảm bảo hoặc có bảo đảm một phần thì chủ nợ phải có nghĩa vụ chứng minh giá trị tài sản bảo đảm bị giảm sút bằng việc cung cấp cho tòa án chứng thư xác định giá trị tài sản đảm bảo tại thời điểm nộp đơn. Chứng thư này được cấp bởi một tổ chức có chức năng kinh doanh dịch vụ giám định tài sản. Các chi phí liên quan đến việc định giá sẽ do chính chủ nợ phải chi trả và không được tính vào chi phí phá sản.

(ii) Đối với việc xác định giá trị tài sản đảm bảo để phân loại chủ nợ và lập danh sách chủ nợ, tổ quản lý, thanh lý tài sản có trách nhiệm xác định giá trị tài sản đảm bảo.

- Về thời điểm phát sinh quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với chủ nợ

Tương tự như đối với con nợ, quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của chủ nợ phát sinh khi TCTD lâm vào tình trạng mất khả năng thanh toán, mà thực chất là “sau khi đã có văn bản chấm dứt kiểm soát đặc biệt hoặc văn bản chấm dứt áp dụng hoặc văn bản không áp dụng các biện pháp phục hồi khả năng thanh toán”. Tuy nhiên, trên thực tế, điều này khó có thể thực hiện được đối với các chủ thể có quyền nộp đơn không phải là TCTD bị lâm vào tình trạng phá sản hoặc các chủ nợ không phải là các

chủ thể có quyền tiếp cận thông tin trong giai đoạn kiểm soát đặc biệt, ví dụ NHNN hay tổ chức bảo hiểm tiền gửi (BHTG) do quy định công khai các thông tin trong giai đoạn kiểm soát đặc biệt, biện pháp phục hồi đối với TCTD. Chính vì vậy, quy định tại khoản 3 Điều 8 Nghị định 05 thực sự có ý nghĩa đối với các chủ nợ không có đầy đủ điều kiện tiếp cận thông tin¹⁰. Song quy định này lại không kèm theo chế tài đối với NHNN và các cơ quan có liên quan có trách nhiệm thông báo mà không thực hiện việc thông báo, vì vậy, quy định này thiếu tính khả thi trên thực tế khi các cơ quan này không thực hiện “nhiệm vụ” thông báo. Điều này cũng sẽ ảnh hưởng không nhỏ đến việc thực hiện quyền của các chủ nợ. Do đó, chúng tôi kiến nghị cần bổ sung quy định về xử lý đối với hành vi không thực hiện nhiệm vụ thông báo.

- Vấn đề chủ nợ đặc biệt của TCTD phát sinh sau khi TCTD bị lâm vào tình trạng mất khả năng thanh toán

Khi TCTD lâm vào tình trạng mất khả năng thanh toán, khả năng chi trả, TCTD có thể đã được sự hỗ trợ từ phía NHNN hoặc TCTD khác thông qua hoạt động cho vay đặc biệt. Cũng có thể tổ chức BHTG Việt Nam thực hiện chi trả cho công chúng. Như vậy, các chủ nợ phát sinh trong giai đoạn kiểm sát đặc biệt hoặc cho vay đặc biệt nhằm phục hồi khả năng thanh toán, khả năng chi trả được xem là các chủ nợ đặc biệt. Các chủ nợ này bao gồm: (i) NHNN, TCTD khác đã thực thực hiện cho vay đặc biệt đối với TCTD mất khả năng thanh toán, mất khả năng chi trả; (ii) BHTG Việt Nam đã thực hiện việc chi trả tiền gửi bảo hiểm cho người gửi tiền của TCTD bị mất khả năng thanh toán, khả năng chi trả¹¹.

10 Khoản 3 Điều 8 Nghị định 05/2010/NĐ-CP quy định: “Trong khi thực hiện chức năng, nhiệm vụ, nếu nhận thấy TCTD lâm vào tình trạng phá sản, NHNN Việt Nam và các cơ quan có liên quan theo quy định của pháp luật có nhiệm vụ thông báo bằng văn bản cho những người nêu tại khoản 1 Điều này biết để họ xem xét việc nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Cơ quan thông báo phải chịu trách nhiệm về tính chính xác của thông báo đó.”

11 Cần lưu ý tư cách chủ nợ của tổ chức BHTG Việt Nam. Theo Điều 22 Luật BHTG 2012 thì Nghĩa vụ trả tiền bảo hiểm phát sinh kể từ thời điểm NHNN Việt Nam có văn bản chấm dứt kiểm soát đặc biệt hoặc văn bản chấm dứt áp dụng hoặc văn bản không áp dụng các biện pháp phục hồi khả năng thanh toán mà tổ chức tín dụng là tổ chức tham gia bảo hiểm tiền gửi vẫn lâm vào tình trạng phá sản. Như vậy, tư cách chủ nợ của BHTG chỉ có thể phát sinh sau khi thực hiện nghĩa vụ trả tiền bảo hiểm. Điều này có nghĩa là BHTG không thể thực hiện quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản trước khi thực hiện nghĩa vụ trả tiền bảo hiểm.

Vấn đề đặt ra là các chủ nợ này có được xem là các chủ nợ của TCTD có quyền và nghĩa vụ như các loại chủ nợ khác hay không? Các đối tượng này có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản như các chủ nợ có bảo đảm hay không?

Do không có quy định rõ về vấn đề này nên có ý kiến giải thích rằng, pháp luật không coi đây là chủ nợ có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Việc không coi đây là chủ nợ có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản được lập luận rằng các chủ nợ đặc biệt là những chủ nợ được ưu tiên thanh toán khi TCTD thực hiện việc thanh lý tài sản. Điều này được thể hiện thông qua quy định tại Điều 20 Nghị định 05: “TCTD đã được NHNN Việt Nam, TCTD khác cho vay đặc biệt, BHTG Việt Nam hỗ trợ tài chính để phục hồi hoạt động kinh doanh trước thời điểm Tòa án thụ lý đơn, nhưng vẫn không phục hồi được mà phải áp dụng thủ tục thanh lý thì phải hoàn trả lại giá trị của khoản vay đặc biệt cho NHNN Việt Nam và TCTD khác, khoản hỗ trợ tài chính cho BHTG Việt Nam trước khi thực hiện quy định tại Điều 21 của Nghị định này về phân chia tài sản”. Tuy nhiên không phải trong mọi trường hợp họ đều có thể được “hoàn trả” đủ các khoản nợ. Trong khi đó, pháp luật hiện hành chỉ quy định chung chung là *trong khi thực hiện chức năng, nhiệm vụ, nếu nhận thấy TCTD lâm vào tình trạng phá sản, NHNN Việt Nam và các cơ quan có liên quan theo quy định của pháp luật có nhiệm vụ thông báo bằng văn bản cho những người có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản (bao gồm chủ nợ không có bảo đảm hoặc có bảo đảm một phần của TCTD; người lao động làm việc trong TCTD; chủ sở hữu của TCTD nhà nước, cổ*

*đồng của TCTD cổ phần) biết để họ xem xét việc nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản*¹². Như vậy, pháp luật đã không quy định quyền của NHNN và tổ chức BHTG có thể tự mình nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Một số nhà nghiên cứu cho rằng, cần bổ sung thêm chủ thể có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản là NHNN¹³ sau khi đã cho vay đặc biệt và tổ chức BHTG sau khi đã thực hiện nghĩa vụ chi trả tiền gửi¹⁴. Chúng tôi cho rằng, cách giải thích nêu trên chưa thực sự thỏa đáng, bởi những lẽ sau:

Một là, pháp luật đã ghi nhận quyền được hoàn trả các khoản nợ của chủ nợ này trước khi thực hiện việc thanh lý tài sản. Điều đó có nghĩa là pháp luật thừa nhận quyền của chủ nợ đặc biệt được ưu tiên trước tất cả các khoản nợ khác, thậm chí chủ nợ đặc biệt còn được ưu tiên thanh toán trước chủ nợ có bảo đảm và phí phá sản. Như vậy pháp luật đã bảo đảm quyền ưu tiên trên hết của các chủ nợ này. Chính quyền ưu tiên này mới đảm bảo cho các chủ nợ đặc biệt sẵn sàng chấp nhận cho vay để thực hiện các giải pháp phục hồi trong giai đoạn kiểm soát đặc biệt của TCTD. Đây chính là sự đảm bảo pháp lý về quyền ưu tiên thanh toán để tạo điều kiện thuận lợi và khả thi cho việc phục hồi hoạt động của TCTD lâm vào tình trạng mất khả năng thanh toán, khả năng chi trả. Nếu không có quy định như vậy thì những giải pháp phục hồi một TCTD bị lâm vào tình trạng phá sản “chỉ là mong muốn chủ quan của nhà lập pháp mà thôi”¹⁵. Tuy vậy, quyền ưu tiên không có nghĩa là loại trừ quyền của chủ nợ. Điều đó có nghĩa là, nếu một khi quyền ưu tiên không giúp cho chủ nợ đặc biệt thu hồi được khoản nợ thì họ vẫn có quyền và nghĩa vụ của một chủ nợ bình thường. Như vậy khi đó họ vẫn có

12 Xem Khoản 3 Điều 8 Nghị định số 05/2010/NĐ-CP ngày 18/01/2010 quy định việc áp dụng Luật PS đối với các tổ chức tín dụng.

13 Viên Thế Giang (2005), Dấu hiệu pháp lý xác định TCTD lâm vào tình trạng phá sản, Tạp chí Công nghệ ngân hàng, số 12 năm 2005, trang 38.

14 Bùi Hữu Toàn (2011), Sự tham gia của tổ chức bảo hiểm tiền gửi trong thủ tục giải quyết phá sản tổ chức tín dụng, Tạp chí Ngân hàng, Số 4, 2011, Trang 35.

15 Nguyễn Thái Phúc (2004), Luật Phá sản 2004 – Những tiến bộ và hạn chế, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 6/2004.

thể thực thi quyền nộp đơn yêu cầu ở thủ tục phá sản đối với TCTD với tư cách một chủ nợ không có bảo đảm như các chủ nợ không có bảo đảm khác.

Hai là, theo quy định tại Điều 20 Nghị định 05 thì chủ nợ đặc biệt là loại chủ nợ phát sinh vào trước thời điểm Tòa án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Chính vì vậy, khi TCTD lâm vào tình trạng phá sản, các chủ nợ đặc biệt này phải được xác định là chủ nợ của TCTD và được phân loại tùy thuộc vào các khoản vay có hay không có bảo đảm bằng tài sản của TCTD bị lâm vào tình trạng phá sản (hoặc của người thứ ba). Như vậy, dù không có quy định rõ ràng của pháp luật là các chủ nợ đặc biệt có quyền và nghĩa vụ như các loại chủ nợ được phân loại theo quy định tại Điều 5 Luật PS 2004 thì vẫn có thể suy đoán được họ chính là các chủ nợ của TCTD và họ có thể, hoặc là chủ nợ có bảo đảm, hoặc là chủ nợ không có bảo

đảm, tùy thuộc vào khoản cho vay đặc biệt đó có được sự đảm bảo bằng tài sản của TCTD đó hay không?

Tuy nhiên, để rành mạch hơn và tránh tạo ra sự không an toàn về mặt pháp lý, cần bổ sung thêm quy định về chủ nợ đặc biệt như sau:

- Bổ sung mục từ *chủ nợ đặc biệt* tại Điều 3 Nghị định 05 với nội dung như sau: “chủ nợ đặc biệt là NHNN, TCTD đã cho vay đặc biệt đối với TCTD bị lâm vào tình trạng phá sản và tổ chức BHTG đã thực hiện chi trả tiền gửi cho cá nhân gửi tiền tại TCTD bị lâm vào tình trạng phá sản”.

- Bổ sung thêm khoản 2 Điều 20 Nghị định 05 quy định: “Trường hợp không thể hoàn trả đầy đủ giá trị của khoản vay đặc biệt theo quy định tại khoản 1 điều này thì chủ nợ đặc biệt có các quyền và nghĩa vụ của chủ nợ theo quy định của Luật PS 2004” ■

Bảo đảm tính hợp hiến...

(Tiếp theo trang 24)

trách nhiệm theo quy định của pháp luật về kỷ luật cán bộ, công chức...

c) Trường hợp cán bộ, công chức có hành vi vi phạm trong quá trình soạn thảo, ban hành văn bản gây hậu quả nghiêm trọng thì có thể bị đề nghị xem xét, truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của pháp luật”.

Tuy nhiên, trên thực tế hầu như chưa có cơ quan hoặc cán bộ công chức nào bị xử lý về hành vi ban hành VBQPPL trái pháp luật. Trong khi đó, hậu quả của những VBQPPL không đảm bảo tính hợp hiến, hợp pháp không chỉ dẫn đến những sai lầm trong quản lý mà còn trực tiếp tác động đến nền kinh tế và đời sống của người dân. “Chi phí của những quy định pháp lý không tốt ở nhiều

nước được tính chiếm khoảng 15% GDP, còn ở nước ta, tuy chưa tính được cụ thể, nhưng theo một số chuyên gia phải vào khoảng 25% GDP. Đó là chưa tính đến những chi phí khác như cơ hội kinh doanh bị mất, những sáng tạo bị bỏ lỡ...”⁶

Một nhà nước quản lý xã hội bằng pháp luật trước hết phải có một hệ thống pháp luật hoàn chỉnh, bảo đảm tính hợp hiến, hợp pháp và tính thống nhất. Để làm được điều đó phải tăng cường hơn nữa trách nhiệm của các cơ quan nhà nước, cán bộ công chức trong hoạt động xây dựng và ban hành VBQPPL, tăng cường công tác giám sát, kiểm tra hoạt động này, đồng thời phải xử lý nghiêm minh những cơ quan nhà nước, cán bộ, công chức thiếu tinh thần trách nhiệm ban hành VBQPPL trái pháp luật ■

6 Nguồn: Viện Nghiên cứu Quản lý kinh tế trung ương.

TỪ KINH NGHIỆM CỦA PHÁP LUẬT CÁC NƯỚC, KIẾN NGHỊ SỬA ĐỔI ĐIỀU 769 BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2005

(Tiếp theo)

LÊ THỊ NAM GIANG*

TRẦN NGỌC HÀ**

Trường hợp không có thỏa thuận chọn luật áp dụng

Quy định pháp luật

Pháp luật Việt Nam

Như chúng tôi đã khẳng định, quy phạm xung đột nhằm xác định pháp luật áp dụng đối với quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng có yếu tố nước ngoài được xây dựng trong nhiều văn bản quy phạm pháp luật (QPPL) của Việt Nam như tại Điều 769 Bộ luật Dân sự (BLDS), Điều 4 và Điều 5 Bộ luật Hàng hải (BLHH), Điều 5 Luật Thương mại (LTM), Điều 5 Luật Đầu tư (LĐT).

Điều 769 khoản 1 BLDS quy định: “Quyền và nghĩa vụ của các bên theo hợp đồng được xác định theo pháp luật của nước nơi thực hiện hợp đồng, nếu không có thỏa thuận khác”. Với quy định trên, pháp luật Việt Nam, phù hợp với pháp luật của nhiều nước, ghi nhận quyền tự do thỏa thuận chọn luật áp dụng của các bên trong hợp đồng. Trong trường hợp các bên không chọn luật áp dụng thì nguyên tắc chung là áp dụng

pháp luật của nước nơi thực hiện hợp đồng. Tuy nhiên, nguyên tắc này không được áp dụng trong một số trường hợp sau:

Thứ nhất, hợp đồng được giao kết tại Việt Nam và thực hiện hoàn toàn tại Việt Nam phải tuân theo pháp luật Việt Nam¹.

Thứ hai, hợp đồng liên quan đến bất động sản tại Việt Nam thì phải tuân theo pháp luật Việt Nam².

Thứ ba, hợp đồng được điều chỉnh bởi các luật chuyên ngành như hợp đồng hàng hải quốc tế, đầu tư quốc tế, áp dụng các QPPL xung đột trong luật chuyên ngành. Cụ thể: theo Điều 3 BLHH, hợp đồng cho thuê tàu biển, hợp đồng thuê thuyền viên, hợp đồng vận chuyển hành khách và hành lý thì áp dụng pháp luật của quốc gia mà tàu biển mang cờ quốc tịch. Trong trường hợp quan hệ pháp luật liên quan đến hợp đồng vận chuyển hàng hoá thì áp dụng pháp luật của quốc gia nơi hàng hoá được trả theo hợp đồng. Điều 5 Khoản 4 LĐT 2005 quy định “Đối với hoạt động đầu tư nước ngoài, trong trường hợp pháp luật Việt Nam chưa có quy

* TS, Q.Trưởng khoa Luật quốc tế, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

** ThS, Giảng viên khoa Luật quốc tế, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

1 Điều 769 khoản 1 BLDS.

2 Điều 769 khoản 2 BLDS.

định, các bên có thể thỏa thuận trong hợp đồng việc áp dụng pháp luật nước ngoài và tập quán đầu tư quốc tế nếu việc áp dụng pháp luật nước ngoài và tập quán đầu tư quốc tế đó không trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam”.

Ngoài các quy phạm trực tiếp đưa ra nguyên tắc xác định pháp luật áp dụng trong điều chỉnh quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng như được liệt kê ở trên, LTM còn đưa ra nguyên tắc chung khi quy định: “Trường hợp điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định áp dụng pháp luật nước ngoài, tập quán thương mại quốc tế hoặc có quy định khác với quy định của Luật này thì áp dụng quy định của điều ước quốc tế đó”³.

Pháp luật Liên minh châu Âu

Nguyên tắc chung trong việc xác định pháp luật áp dụng nhằm điều chỉnh nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng trong trường hợp các bên không có thỏa thuận chọn pháp luật áp dụng theo Nghị định 593/EC của Nghị viện và Hội đồng châu Âu được thông qua vào ngày 17/06/2008 (Nghị định Rome 1) là áp dụng pháp luật có mối liên hệ gần bó nhất với hợp đồng⁴. Cụ thể hóa nguyên tắc này, Nghị định Rome 1 đưa ra nguyên tắc xác định hệ thống pháp luật được coi là gần bó nhất với hợp đồng phụ thuộc vào từng loại hợp đồng: (i) hợp đồng mua bán hàng hóa sẽ được điều chỉnh bởi pháp luật của quốc gia nơi thường trú của người bán (ii) hợp đồng dịch vụ sẽ được điều chỉnh bởi pháp luật của nước mà nhà cung cấp dịch vụ thường trú (iii) hợp đồng liên quan đến quyền đối với bất động sản hoặc thuê nhà gắn với bất động sản sẽ được điều chỉnh bởi pháp luật của nước nơi có tài sản (iv) hợp đồng thuê nhà gắn với bất động sản được ký

kết vì mục đích sử dụng tạm thời của cá nhân trong một thời gian không quá sáu tháng liên tục sẽ được điều chỉnh bởi pháp luật của nước nơi chủ nhà thường trú với điều kiện là người thuê nhà là cá nhân và nơi thường trú của người đó là trong cùng một quốc gia (v) hợp đồng nhượng quyền thương mại sẽ được điều chỉnh bởi pháp luật của nước nơi bên nhận quyền thường trú (vi) hợp đồng phân phối sẽ được điều chỉnh bởi pháp luật của nước mà nhà phân phối có nơi thường trú (vii) hợp đồng mua bán hàng hóa đấu giá sẽ được điều chỉnh bởi pháp luật của nước nơi tiến hành bán đấu giá nếu nơi đó có thể xác định được.

Trong trường hợp một hợp đồng không thể xác định được luật áp dụng theo các trường hợp trên thì pháp luật được áp dụng cho nghĩa vụ trong hợp đồng là pháp luật nơi thường trú của bên phải thực hiện nghĩa vụ chính trong hợp đồng⁵. Ngoài ra, Nghị định Rome 1 còn định liệu trong trường hợp nếu không thể xác định được luật áp dụng trong tất cả các trường hợp đã nêu trên thì pháp luật của nước có mối liên hệ chặt chẽ nhất với hợp đồng sẽ được áp dụng.

Tuy nhiên, những nguyên tắc xác định pháp luật nêu trên sẽ không được áp dụng đối với một số hợp đồng đặc thù. Cụ thể, đối với hợp đồng vận chuyển hàng hóa, trong trường hợp các bên không thỏa thuận chọn luật áp dụng thì pháp luật áp dụng sẽ là pháp luật của nước nơi thường trú của bên vận chuyển, miễn là nơi nhận hoặc nơi giao hàng hoặc nơi cư trú thường xuyên của bên được vận chuyển nằm trên quốc gia đó. Đối với hợp đồng vận chuyển hành khách, pháp luật được áp dụng trong trường hợp các bên trong hợp đồng không có thỏa thuận là pháp luật của nước nơi thường trú của bên được vận chuyển miễn là nơi đến hoặc nơi đi

3 Điều 5 khoản 1 LTM.

4 Xem lời nói đầu và Điều 4 Nghị định Rome 1.

5 Khoản 2 Điều 4 Nghị định Rome 1.

6 Xem Điều 5 Nghị định Rome 1.

được xác định là ở tại quốc gia đó, trong trường hợp các yêu cầu trên không thỏa mãn thì pháp luật của nước nơi thường trú của bên vận chuyển sẽ được áp dụng⁶. Đối với hợp đồng bảo hiểm, nếu các bên không có thỏa thuận chọn luật áp dụng thì pháp luật được áp dụng là pháp luật của quốc gia nơi bên cung cấp bảo hiểm cư trú thường xuyên. Trong trường hợp hoàn cảnh thực tế cho thấy hợp đồng bảo hiểm rõ ràng có mối liên hệ chặt chẽ với một quốc gia khác hơn thì luật của quốc gia đó sẽ được áp dụng⁷. Trong hợp đồng tiêu dùng, Điều 6 Nghị định Rome 1 quy định, luật áp dụng trong trường hợp không có thỏa thuận chọn luật là luật của nước nơi người tiêu dùng cư trú thường xuyên nếu: (i) người cung cấp thực hiện hoạt động kinh doanh ở nước nơi người tiêu dùng cư trú thường xuyên, hoặc (ii) hoạt động kinh doanh của người cung cấp hướng đến quốc gia nơi người tiêu dùng cư trú thường xuyên hoặc nhiều quốc gia khác trong đó có quốc gia đó. Điều 8 Rome 1 xác định trong hợp đồng lao động, luật được áp dụng là luật của nước nơi người lao động thường xuyên thực hiện công việc theo hợp đồng lao động. Trong trường hợp không thể xác định được nơi thường xuyên thực hiện công việc theo hợp đồng lao động thì luật áp dụng sẽ là luật của nước nơi có trụ sở kinh doanh mà người lao động được tuyển dụng. Tuy nhiên, nếu hoàn cảnh thực tế cho thấy hợp đồng lao động có mối liên hệ mật thiết hơn với một quốc gia khác với trường hợp được xác định ở trên thì luật của quốc gia có mối liên hệ mật thiết sẽ được áp dụng.

Theo chúng tôi, nguyên tắc xác định pháp luật áp dụng được đưa ra bởi Nghị định Rome 1 là nguyên tắc hợp lý và mang lại hiệu quả cao. Vì bên cạnh việc đưa ra nguyên tắc chung cho việc xác định pháp luật áp dụng là áp dụng pháp luật của nước có mối liên hệ chặt chẽ nhất với hợp đồng, Nghị định này đã đưa ra nguyên tắc xác định pháp luật áp dụng phù hợp với từng loại hợp đồng dân sự có yếu tố nước ngoài thông dụng như hợp đồng mua bán, hợp đồng phân phối... Đồng thời, Nghị định cũng quy định pháp luật áp dụng đối với một số hợp đồng đặc thù như hợp đồng vận chuyển hàng hóa, vận chuyển hành khách. Trong trường hợp không thể xác định pháp luật áp dụng theo các nguyên tắc nêu trên thì việc xác định pháp luật áp dụng lại quay trở lại với nguyên tắc chung là áp dụng pháp luật của nước có mối liên hệ chặt chẽ nhất với hợp đồng. Trong trường hợp này cơ quan áp dụng pháp luật sẽ được quyền xác định hệ thống pháp luật của quốc gia nào sẽ được coi là có mối quan hệ gắn bó nhất với hợp đồng.

Pháp luật Hoa Kỳ

Theo Mục 188 Second Restatement of Conflict of Laws⁸, trong trường hợp các bên trong hợp đồng không thỏa thuận chọn pháp luật áp dụng thì pháp luật của bang nơi có mối quan hệ chặt chẽ nhất với giao dịch và các bên tham gia theo nguyên tắc tại Mục 6 sẽ được áp dụng để điều chỉnh quyền và nghĩa vụ của các bên. Mục 6 Second Restatement of Conflict of Laws quy định các nguyên tắc xác định pháp luật áp dụng, theo đó, một tòa án, trong phạm vi những hạn chế

⁷ Xem Điều 7 Nghị định Rome 1.

⁸ *Restatement of Conflict of Laws* là một trong những nguồn luật quan trọng trong việc giải quyết xung đột pháp luật tại Hoa Kỳ. Trong khoa học pháp lý Hoa Kỳ, *Restatement* là tập hợp các chuyên luận về các vấn đề pháp lý nhằm mục đích thông báo cho thẩm phán cũng như các luật sư về các nguyên tắc chung của hệ thống án lệ. Hiện đã có ba phiên bản *Restatement* được xuất bản bởi Học viện Pháp luật Hoa Kỳ (American Law Institute) – chủ yếu là tập hợp những học thuyết pháp lý phổ biến đã được áp dụng qua thời gian tại các tòa án Hoa Kỳ. *Restatement* không có thẩm quyền ràng buộc các bang phải tuân thủ, tuy nhiên những học thuyết được trình bày mang tính thuyết phục cao vì được xây dựng bởi kinh nghiệm của các giáo sư, luật sư và thẩm phán, do đó được sử dụng rộng rãi và bao phủ gần hết các lĩnh vực của *Common Law*. Trong lĩnh vực xung đột pháp luật, Hoa Kỳ đã công bố hai phiên bản *Restatement*. *First Restatement of Conflict of Laws (Restatement)* được công bố vào năm 1934; *Second Restatement of Conflict of Laws (Second Restatement)* được công bố năm 1971.

được Hiến pháp quy định, sẽ tuân theo các hướng dẫn của pháp luật tiểu bang về giải quyết xung đột pháp luật. Khi không có hướng dẫn trên, các yếu tố liên quan đến việc lựa chọn pháp luật áp dụng cần xem xét bao gồm: (i) sự cần thiết của hệ thống pháp luật các bang và pháp luật quốc tế; (ii) các chính sách có liên quan của tòa án; (iii) chính sách có liên quan của các bang khác và các lợi ích tương đối của các bang trong việc xác định các vấn đề cụ thể; (iii) bảo vệ những mong muốn hợp lý; (iv) các chính sách cơ bản làm nền tảng cho các lĩnh vực cụ thể của pháp luật (v) tính chắc chắn, khả năng dự báo và tính thống nhất của kết quả, và (vi) dễ dàng trong việc xác định và áp dụng các quy định của pháp luật được áp dụng.

Theo quy định trên, khi giải quyết tranh chấp, trước hết tòa án cần tuân theo các quy tắc giải quyết xung đột của chính tiểu bang nơi có tòa án. Trong trường hợp không có các hướng dẫn này, tòa án sẽ xem xét các yếu tố được liệt kê trong Điều 6 của Second Restatement of Conflict of Laws để xác định pháp luật được áp dụng. Tuy nhiên, khi xem xét giải quyết tranh chấp, thẩm phán sẽ là người quyết định yếu tố nào là quan trọng và yếu tố nào cần được xem xét tùy thuộc vào từng trường hợp cụ thể⁹.

Khi xác định pháp luật áp dụng theo các nguyên tắc nêu tại Điều 6, tòa án cần xem xét các yếu tố sau: (i) nơi ký kết hợp đồng: nơi ký kết hợp đồng là nơi xảy ra hành động cuối cùng cần thiết, theo các quy tắc về đề nghị và chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng của tiểu bang nơi tòa án đang xét xử, dẫn đến hợp đồng có hiệu lực ràng buộc¹⁰; (ii) nơi đàm phán hợp đồng: là nơi các bên thương lượng và đồng ý với các điều khoản của hợp đồng¹¹; (iii) nơi thực hiện hợp đồng: là tiểu bang nơi có quyền lợi rõ ràng nhất trong việc áp dụng pháp luật của mình để chi

phối hợp đồng; (iv) vị trí đối tượng của hợp đồng, và (v) nơi các bên cư trú, có quốc tịch, nơi thành lập và địa điểm kinh doanh của các bên. Tầm quan trọng của những yếu tố này được tòa án đánh giá tùy theo từng tình huống cụ thể. Trong trường hợp nơi đàm phán và nơi thực hiện hợp đồng diễn ra trong cùng một bang, pháp luật của bang này sẽ được áp dụng, trừ một số trường hợp ngoại lệ.

Pháp luật Liên bang Nga

Tại Liên bang Nga, các quy phạm xác định pháp luật áp dụng điều chỉnh nội dung hợp đồng dân sự có yếu tố nước ngoài được quy định trong Phần thứ VI BLDS Liên bang Nga, từ Điều 1210 đến Điều 1215. Cũng như Tư pháp quốc tế (TPQT) của Liên minh châu Âu và Hoa Kỳ, việc xác định pháp luật áp dụng điều chỉnh quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng trong trường hợp các bên không chọn pháp luật áp dụng là pháp luật của nước có mối quan hệ gắn bó nhất với hợp đồng. Hệ thống pháp luật này sẽ điều chỉnh các vấn đề bao gồm: (i) giải thích hợp đồng; (ii) quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng; (iii) thực hiện hợp đồng; (iv) hậu quả của việc không thực hiện hợp đồng; (v) chấm dứt hợp đồng; (vi) hậu quả của hợp đồng vô hiệu.

Điều 1211 BLDS Liên bang Nga quy định, trong trường hợp các bên không chọn luật áp dụng thì áp dụng pháp luật của nước mà hợp đồng có mối quan hệ gắn bó chặt chẽ nhất. Theo đó, pháp luật của nước có mối quan hệ gắn bó nhất với hợp đồng được xem là, nếu không có quy định khác của pháp luật, pháp luật của nước nơi cư trú của cá nhân hoặc nơi có hoạt động của bên thực hiện hợp đồng, có ý nghĩa quyết định đối với nội dung của hợp đồng. Cụ thể, đối với một số loại hợp đồng nguyên tắc này được quy định là: (i) pháp luật của nước người bán:

9 Mục 6 Second Restatement, Comment c.

10 Mục 188 Second Restatement, Comment e.

11 Mục 188 Second Restatement, Comment e.

đối với hợp đồng mua bán; (ii) pháp luật của người tặng cho; đối với hợp đồng tặng cho; (iii) pháp luật của người cho thuê; đối với hợp đồng cho thuê tài sản; (iv) pháp luật của người lao động đối với hợp đồng lao động; (v) pháp luật của người vận chuyển đối với hợp đồng vận chuyển; (vi) pháp luật nước của bên cho vay đối với hợp đồng tín dụng; (vii) pháp luật của bên môi giới đối với hợp đồng môi giới tài chính; (viii) pháp luật của người bảo hiểm; đối với hợp đồng bảo hiểm; (ix) pháp luật của người uỷ quyền; đối với hợp đồng uỷ quyền; (x) pháp luật của nhà đại lý; đối với hợp đồng đại lý; (xi) pháp luật của người bảo lãnh; đối với hợp đồng bảo lãnh; (xii) pháp luật của bên giao li - xăng; đối với hợp đồng li-xăng; (xiii) đối với hợp đồng có đối tượng là bất động sản, pháp luật được áp dụng là pháp luật của nước nơi có bất động sản nếu pháp luật không có quy định khác. Đối với hợp đồng liên quan đến đất ở Liên bang Nga hoặc các bất động sản khác tại Liên bang Nga thì áp dụng pháp luật của Liên bang Nga.

Điều 41 Luật TPQT của Trung Quốc¹² quy định trong trường hợp các bên không có thỏa thuận chọn luật, luật được áp dụng là luật nơi cư trú thường xuyên của bên phải thực hiện nghĩa vụ chính trong hợp đồng hoặc luật có mối liên hệ mật thiết nhất với hợp đồng. Như vậy, khác với pháp luật EU, pháp luật của Mỹ và Nga, Luật TPQT Trung Quốc cho phép cơ quan áp dụng pháp luật được quyền chọn một trong hai nguyên tắc chọn luật (choice of Laws): hoặc là pháp luật nơi cư trú thường xuyên của bên phải thực hiện nghĩa vụ chính trong hợp đồng hoặc là pháp luật có mối liên hệ mật thiết nhất với hợp đồng. Ngoài ra, đối với một số hợp đồng đặc thù như hợp đồng tiêu dùng, hợp đồng lao động, Luật TPQT Trung Quốc đưa ra nguyên tắc xác định pháp luật áp

dụng riêng. Cụ thể, theo Điều 42 luật này, hợp đồng tiêu dùng được điều chỉnh bởi pháp luật của nước nơi cư trú thường xuyên của người tiêu dùng. Khi người thực hiện hoạt động kinh doanh không có bất cứ hoạt động kinh doanh nào tại nơi cư trú thường xuyên của người tiêu dùng thì luật của nơi cung cấp hàng hóa hay dịch vụ sẽ được áp dụng. Đối với hợp đồng lao động, Điều 43 Luật này quy định hợp đồng lao động được điều chỉnh bởi pháp luật của nước nơi người lao động làm việc. Khi không xác định được nơi người lao động làm việc, pháp luật của nước nơi đặt trụ sở chính của người sử dụng lao động sẽ được áp dụng.

*Luật TPQT của Thụy Sĩ*¹³ tại Điều 117 quy định trong trường hợp các bên không lựa chọn pháp luật áp dụng thì áp dụng pháp luật của quốc gia có mối quan hệ gần bó nhất với hợp đồng. Ngoài nguyên tắc chung, Luật TPQT Thụy Sĩ quy định luật áp dụng trong một số trường hợp đặc biệt. Cụ thể, đối với hợp đồng mua bán động sản sẽ được điều chỉnh bởi Công ước Hague ngày 15/6/1955 về luật áp dụng đối với mua bán hàng hóa quốc tế. Hợp đồng liên quan đến bất động sản hoặc việc sử dụng bất động sản đó được điều chỉnh bởi luật của quốc gia nơi có bất động sản. Đối với hợp đồng tiêu dùng, hợp đồng liên quan đến hàng hóa và dịch vụ thông thường dùng cho mục đích tiêu dùng của cá nhân hoặc gia đình và không liên quan đến các hoạt động mang tính chất thương mại hoặc nghề nghiệp của người tiêu dùng được điều chỉnh bởi luật quốc gia nơi người tiêu dùng cư trú thường xuyên nếu: (a) người cung cấp nhận đơn đặt hàng ở quốc gia đó; (b) nếu hợp đồng được ký kết bằng một chào hàng hoặc quảng cáo ở quốc gia đó và người tiêu dùng thực hiện những hành vi cần thiết để ký kết hợp đồng ở đó; hoặc (c) nếu người tiêu dùng đi đến

12. Luật về Luật áp dụng trong các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài của nước CHND Trung Quốc (law of the application of law for foreign-related civil relations of the People's Republic of China) ban hành ngày 28/10/ 2010, có hiệu lực ngày 1/4/2011 (sau đây gọi tắt là Luật tư pháp quốc tế của Trung Quốc).

13. Luật TPQT của Liên bang Thụy Sĩ ngày 18/12/1987 (Switzerland's Federal Code on Private International Law (CPIL)).

quốc gia đó để đặt hàng theo đề nghị của bên cung cấp. Đối với hợp đồng lao động, hợp đồng được điều chỉnh bởi luật quốc gia nơi người lao động thường xuyên thực hiện công việc của mình. Nếu người lao động thường xuyên thực hiện công việc của mình ở nhiều quốc gia khác nhau thì hợp đồng lao động được điều chỉnh bởi luật của quốc gia nơi có trụ sở thương mại, hoặc trong trường hợp không có trụ sở thương mại là nơi cư trú hoặc nơi cư trú thường xuyên của người thuê lao động. Hợp đồng lao động của các bên phải tuân thủ luật của quốc gia nơi người lao động cư trú thường xuyên hoặc nơi người sử dụng lao động có trụ sở thương mại, cư trú, hoặc nơi cư trú thường xuyên. Đối với hợp đồng liên quan đến quyền sở hữu trí tuệ (SHTT) sẽ được điều chỉnh bởi luật quốc gia nơi bên chuyên giao quyền SHTT cư trú thường xuyên. Riêng hợp đồng giữa người lao động và người thuê lao động liên quan đến quyền SHTT mà người lao động tạo ra trong quá trình làm việc của mình được điều chỉnh bởi luật áp dụng cho hợp đồng lao động giữa các bên.

Trong các hệ thống pháp luật được nghiên cứu ở trên, nhìn một cách tổng quát nhất, đều quy định trong trường hợp các bên không có thỏa thuận chọn luật thì nguyên tắc chung là áp dụng pháp luật của nước có mối quan hệ gắn bó nhất với hợp đồng. Tuy nhiên, việc xác định pháp luật của quốc gia nào có mối quan hệ gắn bó với hợp đồng được quy định phù hợp với từng loại hợp đồng và cũng có sự khác biệt đáng kể trong pháp luật của từng nước. Theo quan điểm của chúng tôi, cách quy định này là phù hợp vì bên cạnh những điểm chung vốn có của hợp đồng dân sự, mỗi loại hợp đồng có những điểm đặc thù riêng, đòi hỏi phải có nguyên tắc xác định pháp luật đặc thù.

Những bất cập

Có thể thấy rằng, pháp luật Việt Nam đã xây dựng được các QPPL xung đột cho phép xác định pháp luật áp dụng nhằm giải quyết xung đột pháp luật về quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng dân sự có yếu tố

nước ngoài nói chung, hợp đồng trong lĩnh vực hàng hải quốc tế nói riêng, tạo cơ sở pháp lý cho cơ quan có thẩm quyền trong việc xác định pháp luật áp dụng trong các hợp đồng trên. Bên cạnh thành công đó, pháp luật Việt Nam nói chung, quy định tại Điều 769 BLDS đã bộc lộ một số hạn chế sau:

Thứ nhất, sự không rõ ràng, cụ thể trong nguyên tắc xác định pháp luật áp dụng.

Với quy định tại Điều 769 BLDS và Điều 5 LTM, khó có thể xác định các hợp đồng dân sự, thương mại (trừ các hợp đồng trong lĩnh vực chuyên ngành như hàng hải quốc tế, đầu tư quốc tế) có thể áp dụng nguyên tắc chung được quy định tại Điều 769 BLDS để xác định pháp luật áp dụng hay không?

Thứ hai, phạm vi điều chỉnh của Điều 769 BLDS quá hẹp, không bao quát hết các nội dung của hợp đồng.

Điều 679 BLDS chỉ đưa ra nguyên tắc xác định pháp luật áp dụng nhằm điều chỉnh quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng. Trong khi đó, pháp luật một số nước được nghiên cứu ở trên quy định luật áp dụng cho hợp đồng sẽ điều chỉnh các vấn đề sau: (i) giải thích hợp đồng; (ii) thực hiện hợp đồng; (iii) quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng; (iv) hậu quả của việc không thực hiện hợp đồng; (v) chấm dứt hợp đồng; (vi) hậu quả của hợp đồng vô hiệu.

Thứ ba, sự thiếu vắng nhiều quy phạm xung đột hướng dẫn xác định pháp luật áp dụng cho nhiều loại hợp đồng dân sự có yếu tố nước ngoài.

Trong pháp luật Việt Nam hiện hành, ngoài quy định tại Điều 769 BLDS và Điều 3, Điều 4 BLHH trực tiếp đưa ra nguyên tắc xác định pháp luật áp dụng nhằm điều chỉnh quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng, các luật chuyên ngành khác không có quy định cụ thể về vấn đề này. Nếu hiểu rằng, việc xác định pháp luật áp dụng trong các hợp đồng thuộc các lĩnh vực dân sự như hợp đồng mua bán, hợp đồng đại lý, hợp đồng li - xăng (hợp đồng chuyển giao quyền

sử dụng đối tượng sở hữu trí tuệ), hợp đồng chuyên giao công nghệ, hợp đồng bảo hiểm, hợp đồng gia công... đều theo nguyên tắc chung là áp dụng pháp luật của nước nơi thực hiện hợp đồng nếu các bên không có thỏa thuận khác thì không thực sự hợp lý vì nhiều loại hợp đồng đặc thù như hợp đồng li - xăng, hợp đồng bảo hiểm... đòi hỏi phải có nguyên tắc xác định pháp luật áp dụng đặc thù. Tuy nhiên, nếu không hiểu như vậy thì thiếu căn cứ pháp lý cho việc xác định các loại hợp đồng nêu trên.

Thứ tư, sự khó khăn khi áp dụng nguyên tắc “luật nơi thực hiện hợp đồng” trên thực tế. Trong trường hợp nơi thực hiện hợp đồng đã được quy định rõ ràng trong hợp đồng thì việc áp dụng từ nguyên tắc luật nơi thực hiện hợp đồng là rất dễ dàng. Tuy nhiên, sẽ rất khó khăn nếu có nhiều nơi thực hiện hợp đồng được xác định trong hợp đồng. Trong hợp đồng song vụ, “việc áp dụng quy phạm xung đột này là hết sức phức tạp và sẽ làm phát sinh hàng loạt khó khăn do nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng có thể được thực hiện ở nhiều nước khác nhau¹⁴”. Mặt khác, pháp luật Việt Nam hiện hành không có quy định giúp xác định nơi thực hiện hợp đồng. Đây cũng không phải là nguyên tắc được sử dụng rộng rãi trong TPQT của các quốc gia như chúng tôi đã trình bày ở trên. Nhưng cũng phải nhìn nhận ở một khía cạnh khác, nguyên tắc này cũng mang đến những thuận lợi nhất định cho tòa án Việt Nam vì phần lớn các hợp đồng dân sự có yếu tố nước ngoài, việc thực hiện ít nhất là một phần hợp đồng sẽ diễn ra trên lãnh thổ Việt Nam, do đó, tòa án Việt Nam sẽ có nhiều cơ hội để áp dụng pháp luật Việt Nam.

Kiến nghị

Trên cơ sở phân tích những bất cập trong pháp luật Việt Nam hiện hành và kinh

nghiệm pháp luật một số quốc gia, chúng tôi kiến nghị sửa đổi Điều 769 BLDS về xác định pháp luật áp dụng trong trường hợp các bên trong hợp đồng không có thỏa thuận chọn pháp luật áp dụng hoặc thỏa thuận chọn luật vô hiệu. Việc sửa đổi Điều 769 BLDS cần tuân theo nguyên tắc:

Thứ nhất, nên quy định nguyên tắc chung cho việc xác định pháp luật áp dụng là áp dụng pháp luật của nước có mối quan hệ gắn bó nhất với hợp đồng. Bên cạnh việc ghi nhận nguyên tắc chung, BLDS cần quy định các hệ thống pháp luật được xem là gắn bó nhất với hợp đồng trong một số loại hợp đồng dân sự có yếu tố nước ngoài thông dụng. Tuy nhiên, như chúng tôi đã trình bày ở trên, pháp luật Việt Nam còn thiếu quá nhiều QPPL giúp xác định pháp luật áp dụng điều chỉnh các hợp đồng đặc thù. Đồng thời, với sự phát triển nhanh của các quan hệ quốc tế, sự đa dạng của hợp đồng dân sự có yếu tố nước ngoài khó có thể liệt kê được hết các nguyên tắc xác định pháp luật áp dụng đối với từng loại hợp đồng và cũng khó có thể dự liệu được hết các hợp đồng phát sinh trong tương lai. Do đó, việc ghi nhận nguyên tắc chung, làm cơ sở cho việc xác định pháp luật áp dụng cho hợp đồng dân sự có yếu tố nước ngoài bên cạnh các QPPL xác định luật áp dụng cho một số loại hợp đồng thông dụng là cần thiết.

Thứ hai, trong trường hợp các bên không chọn luật áp dụng, việc xây dựng QPPL xung đột cần đảm bảo nguyên tắc bảo vệ quyền lợi cho bên được coi là yếu thế hơn trong quan hệ hợp đồng, bằng cách xây dựng những nguyên tắc xác định pháp luật áp dụng có lợi cho họ nhưng nguyên tắc chọn luật không được quá khác biệt với các nguyên tắc đã được thừa nhận rộng rãi tại nhiều quốc gia. Điều này đòi hỏi bên cạnh nguyên tắc giải quyết xung đột áp dụng

14 GS.TS Nguyễn Thị Mơ, quy định của BLDS 2005 về gia quyết xung đột pháp luật trong hợp đồng: những bất cập và định hướng sửa đổi, Tạp chí Khoa học pháp lý, số chuyên san, tháng 12/2012, trang 13-21.

chung cho các hợp đồng có yếu tố nước ngoài, cần thiết phải xây dựng một số quy phạm xung đột mới nhằm hướng dẫn xác định pháp luật áp dụng trong một số hợp đồng dân sự có yếu tố nước ngoài đặc thù, cụ thể là:

- Đối với hợp đồng mua bán: pháp luật của quốc gia có mối quan hệ gần bó nhất với hợp đồng mua bán là pháp luật của quốc gia nơi người bán có trụ sở thương mại hoặc có nơi cư trú thường xuyên;

- Đối với hợp đồng dịch vụ: pháp luật của quốc gia nơi nhà cung cấp dịch vụ có trụ sở thương mại hoặc có nơi cư trú thường xuyên;

- Đối với hợp đồng liên quan đến bất động sản hoặc thuê nhà gắn với bất động sản: pháp luật của quốc gia nơi có bất động sản;

- Đối với hợp đồng đại lý: pháp luật của quốc gia nơi người đại lý có trụ sở thương mại;

- Đối với hợp đồng li - xăng: pháp luật của quốc gia nơi bên nhận li - xăng có trụ sở thương mại hoặc cư trú¹⁵;

- Đối với hợp đồng chuyển nhượng quyền SHTT: pháp luật của nước nơi có trụ sở hoặc nơi cư trú của bên mua.

- Đối với hợp đồng lao động: pháp luật của nước nơi người lao động thực hiện công việc lao động theo hợp đồng.

Riêng trong trường hợp hợp đồng được giao kết và thực hiện hoàn toàn tại Việt Nam, theo chúng tôi, nên giữ lại quy định hiện tại của BLDS là áp dụng pháp luật Việt Nam.

Thứ ba, cần mở rộng phạm vi áp dụng của luật áp dụng cho hợp đồng, không chỉ giới hạn ở quyền và nghĩa vụ của các bên mà nên mở rộng tới nội dung hợp đồng, tới việc giải thích hợp đồng, tuyên bố hợp đồng vô hiệu...

Thứ tư, trong bối cảnh của Việt Nam hiện nay, BLDS chỉ nên đưa ra các nguyên tắc xác định pháp luật áp dụng cho các hợp đồng dân sự, thương mại thông dụng. Nguyên tắc xác định pháp luật áp dụng trong các hợp đồng thuộc lĩnh vực hàng hải quốc tế, đầu tư quốc tế, hàng không quốc tế nên được xây dựng trong các luật chuyên ngành như quy định hiện nay. Tuy nhiên, trong tương lai, Việt Nam nên xây dựng một đạo luật về TPQT và lúc đó các QPPL xác định pháp luật áp dụng cho tất cả các hợp đồng dân sự có yếu tố nước ngoài sẽ được quy định tập trung vào đạo luật này.

Thứ năm, việc sửa đổi Điều 769 BLDS phải được tiến hành đồng bộ cùng các QPPL tố tụng và các văn bản pháp luật khác của Việt Nam, cố gắng xây dựng QPPL xác định thẩm quyền của tòa án Việt Nam và QPPL xung đột theo hướng tạo điều kiện để thẩm phán Việt Nam có cơ hội được áp dụng pháp luật Việt Nam. Điều này không trái với các nguyên tắc của TPQT vì ngay trong nhiều Hiệp định tương trợ tư pháp giữa Việt Nam và các nước cũng được xây dựng theo hướng này. Trong văn bản của TPQT EU, đây cũng được coi là nguyên tắc cho việc xây dựng các QPPL xác định thẩm quyền của tòa án và QPPL xác định pháp luật áp dụng.

Kết luận

Một trong những quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài phổ biến nhất trên thực tế là quan hệ hợp đồng. Đây cũng là quan hệ pháp luật mà nguyên tắc tự do ý chí của các bên được đảm bảo tối đa và TPQT của các nước thường đưa ra các nguyên tắc xác định pháp luật áp dụng hết sức linh hoạt. Tuy nhiên, quy định của TPQT Việt Nam về vấn đề này còn tồn tại những bất cập nhất định đòi hỏi phải được nghiên cứu và hoàn thiện ■

¹⁵ Đối với các hợp đồng trong lĩnh vực SHTT có thể xem thêm: TS Lê Thị Nam Giang, TS Phan Ngọc Tâm, Quy định của BLDS về quyền SHTT có yếu tố nước ngoài và kiến nghị sửa đổi, Tạp chí Khoa học pháp lý, số chuyên san, tháng 12/2012, trang 41-49.

ĐỊNH HƯỚNG CHỦ ĐỀ

TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP NĂM 2014

Với tôn chỉ, mục đích là diễn đàn lý luận và thực tiễn về *Nhà nước, Pháp luật và Chính sách*, trên cơ sở chương trình hoạt động của Quốc hội, theo nghị quyết của Quốc hội, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp nêu những định hướng chủ đề cơ bản sau đây.

Chuyên mục Nhà nước và pháp luật

Bên cạnh các đề tài truyền thống, trong năm 2014 Tạp chí sẽ chú trọng đăng tải các bài viết về đổi mới tổ chức hoạt động của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội và đại biểu Quốc hội theo định hướng xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của dân, do dân và vì dân. Trong đó, đặt trọng tâm vào các bài viết liên quan đến hoạt động của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội, các Ban của Ủy ban thường vụ Quốc hội và Đại biểu Quốc hội.

Tạp chí hoan nghênh các bài viết về tổ chức và hoạt động của các cơ quan nhà nước thực hiện quyền hành pháp, quyền tư pháp.

Tạp chí cũng dành ưu tiên đăng tải những bài viết liên quan đến tiêu mục “Bình luận về Hiến pháp năm 2013” nhằm giới thiệu, tuyên truyền những giá trị tiến bộ của bản Hiến pháp năm 2013; cải cách tư pháp, cải cách hành chính; đổi mới hoạt động lập pháp; tiếp tục xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật.

Cũng trong năm 2014, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp dự kiến sẽ xây dựng tiêu mục “Bàn về thể chế doanh nghiệp”. Với mục tiêu đăng tải các bài viết về pháp luật doanh nghiệp nhằm có cái nhìn đa chiều, sâu sắc về doanh nghiệp và chính sách pháp luật doanh nghiệp, góp phần hoàn thiện pháp luật doanh nghiệp và đưa ra những giải pháp tái cấu trúc doanh nghiệp trong giai đoạn hiện nay, đồng thời hỗ trợ doanh nghiệp-doanh nhân nhận thức sâu sắc hơn về pháp luật nói chung và pháp luật về doanh nghiệp nói riêng.

Chuyên mục Bàn về dự án luật

Trong năm 2014, Tạp chí sẽ chú trọng đăng tải các bài nghiên cứu, góp ý liên quan đến nội dung các dự án luật quan trọng được dự kiến trong Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh năm 2014 của Quốc hội như: Luật tổ chức Quốc hội (sửa đổi); Luật tổ chức Chính phủ (sửa đổi); Luật tổ chức Tòa án nhân dân (sửa đổi); Luật tổ chức Viện kiểm sát nhân dân (sửa đổi); Luật tổ chức Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân (sửa đổi); Luật bảo hiểm xã hội (sửa đổi); Luật doanh nghiệp (sửa đổi); Luật kinh doanh bất động sản (sửa đổi); Luật nhà ở (sửa đổi); Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật hàng không dân dụng Việt Nam; Luật bầu cử đại biểu Quốc hội và đại biểu Hội đồng nhân dân; Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật kế toán; Luật tài nguyên, môi trường biển và hải đảo; Luật Công chứng (sửa đổi); Luật nghĩa vụ quân sự (sửa đổi); Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật; Luật Hôn nhân và gia đình (sửa đổi); Bộ luật dân sự (sửa đổi); Bộ luật hình sự (sửa đổi); Bộ luật Tố tụng hình sự (sửa đổi)...

Chuyên mục Thực tiễn pháp luật

Cùng với việc tiếp tục đăng tải các bài viết liên quan đến việc triển khai thực hiện các luật, pháp lệnh trên thực tế, nêu và phân tích được những khó khăn, vướng mắc, hạn chế của các quy định pháp luật trong quá trình thực hiện, đề xuất những giải pháp khắc phục, Tạp chí coi trọng các bài viết cung cấp thông tin về kinh nghiệm thực tiễn trong hoạt động của Quốc hội, Hội đồng nhân dân, các cơ quan của Quốc hội, Đoàn đại biểu Quốc hội và Đại biểu Quốc hội.

Ngoài ra, Tạp chí sẽ ưu tiên đăng tải các bài viết cung cấp cơ sở lý luận và thực tiễn để phục vụ cho hoạt động giám sát của Quốc hội trong năm 2014 với các chuyên đề:

- Việc thực hiện chính sách, pháp luật về giảm nghèo giai đoạn 2005-2012;

- Việc thực hiện nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội và ngân sách nhà nước năm 2013; tình hình thực hiện kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội và dự toán ngân sách nhà nước những tháng đầu năm 2014 và các báo cáo khác của các cơ quan hữu quan theo quy định của pháp luật;

- Tổ chức và hoạt động của Chính phủ, Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao; Hoạt động quản lý, chỉ đạo, điều hành thuộc lĩnh vực phụ trách của Chính phủ, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao;

- Việc thực hiện chính sách, pháp luật về đầu tư và bảo đảm chất lượng đào tạo và cải cách hệ thống giáo dục Việt nam.

Chuyên mục Chính sách

Xuất phát từ các nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội mà nghị quyết của Quốc hội đã đề ra, Tạp chí tập trung vào các vấn đề về hoàn thiện các chính sách liên quan đến chính sách trong hoạt động lập pháp, yêu cầu hội nhập quốc tế, phát triển kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, chống tham nhũng, lãng phí và phòng và chống tội phạm; Chính sách gắn với phát triển bền vững, tăng trưởng với công bằng xã hội và chống lạm phát, đảm bảo việc làm, an sinh xã hội. Coi trọng các bài viết đề xuất các giải pháp và kiến nghị hoàn thiện các cơ chế, chính sách trong các lĩnh vực kinh tế - dân sự, lao động, văn hoá giáo dục, khoa học công nghệ, y tế và xóa đói giảm nghèo, việc thực hiện tái cấu trúc nền kinh tế, doanh nghiệp nhà nước và hệ thống ngân hàng theo Nghị quyết 10/2011/QH13 của Quốc hội về Kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội 5 năm 2011-2015.

Chuyên mục Kinh nghiệm quốc tế

Năm 2014 Tạp chí tiếp tục tập trung vào các vấn đề pháp luật quốc tế liên quan đến những kinh nghiệm lập hiến, lập pháp và tổ chức bộ máy nhà nước của các nước để tham khảo, vận dụng vào tình hình thực tiễn Việt Nam; các thiết chế về bảo vệ quyền của tổ chức, cá nhân trong quá trình hội nhập quốc tế; Các cơ chế quốc tế về phòng, chống tội phạm; Những vấn đề liên quan đến bảo vệ chủ quyền quốc gia; Bảo vệ an ninh chủ quyền lãnh thổ trên biển; Các vấn đề về ASEAN.

Trên đây là một số định hướng cơ bản về nội dung của các ấn phẩm Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp năm 2014. Tạp chí rất mong nhận được các ý kiến đóng góp và sự hợp tác chặt chẽ của các Quý vị cộng tác viên, các nhà khoa học./.

THẺ LỆ GỬI BÀI ĐĂNG

TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp hoan nghênh các tác giả gửi bài viết công bố trên các ấn phẩm của Tạp chí. Để tiếp tục nâng cao chất lượng và ổn định phong cách khoa học của các bài viết đăng tải trên Tạp chí, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp xin gửi tới các Quý tác giả thẻ lệ gửi bài sau:

1. Nội dung bài viết

1.1. Các bài viết cần quán triệt đầy đủ định hướng của Tạp chí là thể hiện các kết quả nghiên cứu lý luận, thực tiễn và giới thiệu kinh nghiệm trong nước, nước ngoài về hệ thống chính trị, về tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước, về pháp luật và chính sách (kinh tế, xã hội, chính trị, đối ngoại và quốc phòng-an ninh...). Tạp chí đặc biệt ưu tiên và chú trọng những bài viết có phân tích tác động đa chiều của các chính sách, những bài có tính ứng dụng cho việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội và đại biểu Quốc hội.

1.2. Bài viết cần nêu được những ý kiến, quan điểm, nội dung mới. Tạp chí khuyến khích những bài viết mang tính phản biện khoa học, mang tính xây dựng tích cực, có ý nghĩa khoa học và thực tiễn.

1.3. Bài viết gửi cho Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp là bài chưa được công bố trên bất kỳ phương tiện đăng tải nào trong nước. Tác giả là chủ sở hữu quyền tác giả của bài viết và chịu trách nhiệm về toàn bộ nội dung khoa học, cũng như các thông tin, tư liệu, số liệu, biểu đồ,... trong bài viết.

1.4. Bài viết tuân thủ đúng quy định của pháp luật báo chí.

2. Hình thức trình bày bài viết

2.1. Bài gửi đăng được đánh máy vi tính trên giấy khổ A4, phông chữ Unicode (Times New Roman), cỡ chữ 14, cách dòng 1.2 lines, cách đoạn 3 pt.

2.2. Mỗi bài có độ dài từ 6 đến 12 trang, bao gồm 1 bản điện tử (bắt buộc) và 1 bản in (nếu có). Bài viết được đính kèm bản tóm tắt nội dung khoảng 8 dòng (bằng tiếng Việt và khuyến khích có thêm bản dịch tiếng Anh) tóm tắt ý tưởng, nội dung chính và đóng góp mới của bài viết.

2.3. Bài viết trình bày thành các phần, các mục rõ ràng, mạch lạc và hợp lý; Nếu bài viết được chia thành các mục và tiểu mục, đánh số theo thứ tự, ví dụ: 1.; 1.1.; 1.1.1.;...

2.4. Cách thức trích dẫn trong bài viết như sau:

- Đối với những đoạn trích dẫn nguyên văn ngắn dưới 3 dòng thì phải để trong ngoặc kép; nếu trích dẫn nội dung thì không cần để trong dấu ngoặc kép.

- Đối với những đoạn trích nguyên văn dài 3 dòng trở lên, cần xuống dòng, thụt lề so với bài chính 2 cm, không cần ngoặc kép.

Cả hai cách trích dẫn trên đều phải chú thích nguồn đầy đủ (bằng cách chú thích dưới bài viết).

2.4. Tên riêng của người, địa phương, thuật ngữ tiếng nước ngoài để nguyên văn (có phiên dịch ra tiếng Việt kèm theo), trừ những tên đã được Việt hóa (như Trung Quốc, Nhật Bản...).

2.5. Khi sử dụng tài liệu tham khảo trong bài viết, chú thích đầy đủ tên tài liệu tham khảo, tác giả của tài liệu tham khảo, ngày, tháng xuất bản (đăng tải) tài liệu theo thứ tự sau đây:

- Đối với tài liệu là sách: Tên tác giả, tên sách, nhà xuất bản, nơi xuất bản, năm xuất bản, số trang trong sách được trích dẫn. Ví dụ: *Đỗ Văn Đại-Mai Hồng Quy, Tư pháp quốc tế Việt Nam, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, năm 2010, tr.583.*
- Đối với tài liệu là các bài tạp chí: Tên tác giả, tên bài viết, tên tạp chí, số xuất bản, năm và tháng xuất bản. Ví dụ: *Lê Văn Cẩm, “Sửa đổi Hiến pháp năm 1992- cơ cấu chung và các quy định cơ bản về tổ chức bộ máy quyền lực nhà nước”, Nghiên cứu Lập pháp, số 22, 11/2010.*
- Đối với tài liệu trên website: Tên tác giả, tên bài viết địa chỉ truy cập, ngày/tháng/năm truy cập. Ví dụ: *Trọng Mạnh, Công chứng sai, phải bồi thường, <http://phapluattp.vn/225239p0c1013/cong-chung-sai-phai-boi-thuong.htm> (truy cập ngày 15/03/2012).*

2.6. Bài viết ghi rõ tên tác giả, địa chỉ làm việc (nếu có), chức danh khoa học, chức vụ, địa chỉ nhà, số điện thoại, hòm thư điện tử và số tài khoản cá nhân (nếu có) của tác giả để thuận tiện cho Tạp chí liên lạc khi trao đổi thông tin.

3. Cách thức gửi bài

Tác giả có thể gửi bài theo các cách thức sau:

- Gửi bài qua địa chỉ hòm thư điện tử của Tạp chí (nclp@qh.gov.vn);
- Gửi bài đánh máy (kèm theo bản điện tử đã ghi ra đĩa mềm) qua bưu điện tới địa chỉ tòa soạn: **Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp- 27A Vọng Thị - Tây Hồ - Hà Nội**;
- Trực tiếp đưa đến Tòa soạn (theo địa chỉ trên).

4. Việc trao đổi thông tin giữa Tạp chí và Tác giả

4.1. Trong thời hạn 30 ngày kể từ khi nhận được bài viết, Tạp chí sẽ thông báo lại cho Tác giả về việc đã nhận bài và việc có sử dụng bài viết hay không qua điện thoại, thư qua đường bưu điện hoặc thư điện tử.

4.2. Trường hợp biên tập cần phải sửa nhiều hoặc có những nội dung, vấn đề lớn cần trao đổi, Biên tập viên sẽ liên hệ xin ý kiến tác giả hoặc gửi lại bài đã biên tập để tác giả xem xét, chỉnh sửa thêm.

4.3. Tạp chí không trả lại bản thảo nếu bài viết không được sử dụng.

4.4. Sau khi gửi bài, nếu muốn chuyển bài sang đăng tải tại các báo, Tạp chí khác, tác giả thông báo lại để Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp biết.

4.5. Tác giả có bài viết đăng tải trên ấn phẩm Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp sẽ nhận được 01 số tạp chí biểu và nhuận bút trả theo quy định hiện hành. Tòa soạn sẽ gửi Tạp chí biểu theo địa chỉ Tác giả cung cấp. Nếu tác giả ở Hà Nội, Tạp chí trân trọng mời Tác giả tới Tòa soạn nhận nhuận bút vào các ngày làm việc trong tuần. Với các tác giả không ở Hà Nội và không có điều kiện đến nhận nhuận bút, Tạp chí sẽ gửi nhuận bút qua đường bưu điện, hoặc chuyển khoản theo số tài khoản mà tác giả cung cấp.

4.6. Bài viết được đăng trên Tạp chí đồng thời sẽ được đưa lên trang web của Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp (địa chỉ: www.nclp.org.vn).

TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP