

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

VIỆN NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP THUỘC ỦY BAN THƯỜNG VỤ QUỐC HỘI



- ❖ Sửa đổi Bộ luật Tố tụng hình sự đáp ứng yêu cầu của Hiến pháp;
- ❖ Đổi mới tổ chức đơn vị hành chính theo Hiến pháp năm 2013;
- ❖ Bình luận về hợp đồng chuyển nhượng bất động sản hình thành trong tương lai.

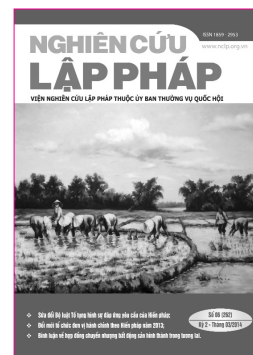
Số 06 (262)

Kỳ 2 - Tháng 03/2014



NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Mục lục 3/2014

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

BÌNH LUẬN VỀ HIẾN PHÁP

- 3** Sửa đổi Bộ luật Tố tụng hình sự đáp ứng yêu cầu của Hiến pháp xây dựng nền tư pháp công bằng, nhân đạo, dân chủ, nghiêm minh, trách nhiệm trước nhân dân
PGS, TS. Nguyễn Hòa Bình

- 10** Đổi mới tổ chức đơn vị hành chính theo Hiến pháp năm 2013

ThS. Nguyễn Ngọc Toán

- 15** Tìm hiểu Học thuyết Pháp luật tự nhiên

TS. Đỗ Đức Minh

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 24** Bình luận về hợp đồng chuyển nhượng bất động sản hình thành trong tương lai

Phạm Quang Huy

- 38** Nguyên tắc tội phạm hoá trong lĩnh vực kinh tế ở Việt Nam hiện nay

Nguyễn Tất Thành

CHÍNH SÁCH

- 43** Áp dụng luật cạnh tranh trong giải quyết các vụ việc liên quan đến hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền

Trần Thùy Linh

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 51** Mối quan hệ giữa quyền của cổ đông phổ thông và quyền tự do kinh doanh trong công ty cổ phần

ThS. Trương Vĩnh Xuân

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 57** Đảm bảo sự độc lập của thẩm phán ở Liên bang Nga và một số gợi ý cho công cuộc cải cách tư pháp ở nước ta

TS. Mai Văn Thắng

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 NGƯU
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

Ảnh bìa: ST

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

Legis 3/2014

STATE AND LAW COMMENTARY ON CONSTITUTION

- 3** Amending the Criminal Procedure Code to meet the requirements of the Constitution on building a judiciary of fairness, humanity, democracy, strictness, accountability to the people

Prof Dr. Nguyen Hoa Binh

- 10** Organizational reform of administrative units according to the Constitution 2013

LLM. Nguyen Ngoc Toan

- 15** Understanding the theory on natural law

Dr. Do Duc Minh

DISCUSSION OF BILLS

- 24** Comments on the contract for the transfer of real estate established in the future

Pham Quang Huy

- 38** Principles of criminalisation in economic field in Vietnam today

Nguyen Tat Thanh

POLICIES

- 43** Application of competition law in resolving cases related to abuse of dominant position, monopoly position

Tran Thuy Linh

LEGAL PRACTICE

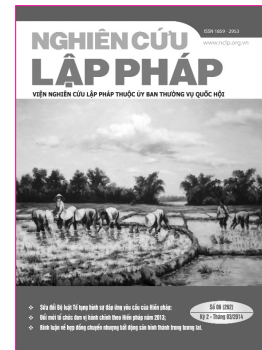
- 51** The relationship between ordinary shareholder rights and freedom of trading in Joint Stock company

LLM. Truong Vinh Xuan

FOREIGN EXPERIENCE

- 57** Ensuring the independence of judges in the Russian Federation and some suggestions for judicial reform in our country

Dr. Mai Van Thang



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 PUBLISHMENT:

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

BÌNH LUẬN VỀ HIẾN PHÁP

SỬA ĐỔI BỘ LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ ĐÁP ỨNG YÊU CẦU CỦA HIẾN PHÁP XÂY DỰNG NỀN TƯ PHÁP CÔNG BẰNG, NHÂN ĐẠO, DÂN CHỦ, NGHIÊM MINH, TRÁCH NHIỆM TRƯỚC NHÂN DÂN

PGS, TS. NGUYỄN HÒA BÌNH
ỦY VIÊN BCH TRUNG ƯƠNG ĐẢNG,
VIỆN TRƯỞNG VIỆN KIỂM SÁT NHÂN DÂN TỐI CAO

Ngày 28/11/2013, Quốc hội khóa XIII kỳ họp thứ 6 đã thông qua Hiến pháp nước Cộng hòa XHCN Việt Nam. Đối với lĩnh vực tư pháp, Hiến pháp có nhiều điều chỉnh quan trọng, đặt yêu cầu phải tăng cường hơn nữa hiệu lực, hiệu quả công cuộc đấu tranh phòng, chống tội phạm và vi phạm pháp luật, bảo vệ cuộc sống bình yên của nhân dân, đồng thời, đòi hỏi tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm quyền con người, quyền công dân, tăng cường dân chủ XHCN. Hoạt động của các cơ quan tư pháp không chỉ dừng ở mục tiêu phát hiện, xử lý tội phạm và vi phạm pháp luật mà phải tôn trọng con người, vì sự hướng thiện của con người, đề cao dân chủ và phải đứng trên quan điểm đó để tiến hành tố tụng đối với vụ án. Những nội dung đổi mới nêu trên đòi hỏi phải được quán triệt vào nhiều dự án luật đang trong quá trình nghiên cứu sửa đổi, trong đó có Bộ luật Tố tụng hình sự (BLTTHS), nhằm thực hiện mục tiêu xây dựng nền tư pháp công bằng, nhân đạo, dân chủ, nghiêm minh, đề cao trách nhiệm trước nhân dân. Viện kiểm sát nhân dân tối cao với tư cách là cơ quan được Quốc hội giao chủ trì xây dựng Dự án BLTTHS, hơn ai hết, cần phải thấm nhuần và thực hiện tốt yêu cầu

này. Theo đó, định hướng sửa đổi BLTTHS phải quán triệt những yêu cầu mới của Hiến pháp như sau:

1. Bảo đảm quá trình giải quyết vụ án hình sự phải có sự kiểm tra, giám sát, kiểm soát chặt chẽ

Kiểm tra, giám sát, kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước là yêu cầu tất yếu, khách quan nhằm bảo đảm cho quyền lực được thực hiện đúng và có hiệu quả; là điều kiện cần thiết để thiết lập kỷ cương, kỷ luật, pháp chế trong tổ chức và hoạt động của các cơ quan nhà nước. Thiếu kiểm tra, giám sát, kiểm soát sẽ xuất hiện sự lạm dụng quyền lực, đi ngược lại yêu cầu và lợi ích của người chủ quyền lực là nhân dân. Đảng ta đã nhận thức và khẳng định đầy đủ yêu cầu này trong Cương lĩnh (bổ sung, phát triển năm 2011) và các văn kiện của Đảng¹. Hiến pháp sửa đổi vừa được Quốc hội thông qua đã thể chế hóa sâu sắc chủ trương quan trọng này và quy định rõ: “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 và tư pháp” (Điều 2). Từ nguyên tắc nền tảng nêu trên, kiểm soát việc thực hiện quyền lực

¹ Văn kiện đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI, Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội (bổ sung, phát triển năm 2011), Nxb Chính trị Quốc gia, H. 2011, tr 85, 247.

nhà nước đã được thể hiện thống nhất, xuyên suốt trong toàn bộ nội dung của Hiến pháp, với tất cả các lĩnh vực hoạt động của Nhà nước: lập pháp, hành pháp và tư pháp. Kiểm tra, giám sát, kiểm soát hoạt động tư pháp (lĩnh vực liên quan trực tiếp đến quyền con người, quyền công dân, đến trật tự, kỷ cương xã hội) càng trở nên cần thiết và đặc biệt quan trọng. Do vậy, Hiến pháp quy định trách nhiệm của Viện kiểm sát với hai chức năng thực hành quyền công tố và kiểm sát hoạt động tư pháp, đảm nhận vai trò là thiết chế giám sát độc lập, chuyên nghiệp và hiệu quả cao như đã được thực tiễn hơn năm 50 qua chứng minh; yêu cầu bổ sung các cơ chế để giám sát chặt chẽ hơn, bảo đảm các cơ quan tố tụng làm đúng chức năng, nhiệm vụ, thẩm quyền đã được Hiến pháp và luật định.

Sửa đổi BLTTHS phải cụ thể hóa đầy đủ yêu cầu này. Bảo đảm mọi hoạt động của các cơ quan tố tụng trong quá trình giải quyết vụ án hình sự phải được kiểm tra, giám sát, kiểm soát chặt chẽ bởi nhiều cơ chế, bao gồm cả cơ chế tự kiểm tra bên trong mỗi hệ thống và cơ chế giám sát từ bên ngoài hệ thống. Bổ sung các quy định để Viện kiểm sát thực hiện tốt chức năng kiểm sát hoạt động tư pháp. Viện kiểm sát với tư cách là một thiết chế thực thi Hiến pháp, pháp luật và bảo vệ việc thực thi Hiến pháp, pháp luật, bảo đảm cho Hiến pháp, pháp luật được chấp hành nghiêm minh và thống nhất, có trách nhiệm nắm bắt đầy đủ, kịp thời mọi tố giác, tin báo về tội phạm và kiến nghị khởi tố (*kiểm soát đầu vào*) và kiểm sát chặt chẽ toàn bộ quá trình giải quyết vụ án của các cơ quan tố tụng. Sửa đổi, bổ sung các quy định để tăng cường hiệu lực, hiệu quả cơ chế giám đốc, kiểm tra của Tòa án cấp trên với Tòa án cấp dưới nhằm phát hiện kịp thời những sai sót trong bản án, quyết định của Tòa án các cấp. Sửa các quy định để bảo đảm sự kiểm soát giữa các khâu trong tiến

trình tố tụng, khâu sau có trách nhiệm giám sát kết quả của khâu trước, loại bỏ chứng cứ do khâu trước thu thập bằng những biện pháp trái luật. Quy định cụ thể, minh bạch các thủ tục, bổ sung trách nhiệm và hình thức công khai các quyết định tố tụng nhằm tạo điều kiện để người dân dễ tiếp cận công lý và tăng khả năng giám sát của xã hội đối với quá trình giải quyết vụ án hình sự. Những bổ sung này sẽ là cơ sở quan trọng góp phần xây dựng nền tư pháp trong sạch, vững mạnh, minh bạch, xứng đáng là chỗ dựa tin cậy của nhân dân.

2. Bảo đảm quy định chặt chẽ và kiểm soát nghiêm ngặt việc áp dụng mọi biện pháp hạn chế quyền con người, quyền công dân trong quá trình giải quyết vụ án hình sự

Tư tưởng vì con người, vì nhân dân, lấy dân làm gốc luôn là mục tiêu, tôn chỉ trong suốt cuộc đời hoạt động cách mạng của Hồ Chủ tịch. Người nói: “Nước ta là nước dân chủ, bao nhiêu lợi ích đều vì dân, bao nhiêu quyền hạn đều của dân...”², “Việc gì có lợi cho dân, ta phải hết sức làm. Việc gì có hại cho dân, ta phải hết sức tránh”³. Đảng ta khẳng định: “Nhà nước tôn trọng và bảo đảm các quyền con người, quyền công dân; chăm lo hạnh phúc, sự phát triển tự do của mỗi người”⁴. Hiến pháp sửa đổi vừa được Quốc hội thông qua đã xác lập cơ sở Hiến định mới để chúng ta thực hiện đầy đủ hơn, sâu sắc hơn tư tưởng của Đảng và Bác Hồ. Hiến pháp khẳng định: “Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng” (Điều 14). Như vậy, chỉ có các đạo luật của Quốc hội mới được phép quy định biện pháp hạn chế quyền con người, quyền công dân và việc hạn chế cũng

2 Hồ Chí Minh toàn tập, tập V, Nxb Chính trị quốc gia, H. 1999, tr. 698.

3 Hồ Chí Minh, Nhà nước và pháp luật, Nxb Pháp lý, H. 1995, tr. 64.

4 Văn kiện đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI, Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội (bổ sung, phát triển năm 2011), Nxb Chính trị quốc gia, H. 2011, tr 85.

chỉ trong những trường hợp thật cần thiết bởi các lý do đã được giới hạn trong Hiến pháp. Đây là nguyên tắc rất quan trọng, thể hiện tư tưởng pháp quyền, thái độ trân trọng và đề cao nhân dân, phòng ngừa sự lạm dụng, xâm phạm quyền con người, quyền công dân từ phía các cơ quan công quyền.

Trong lĩnh vực tố tụng hình sự, để đạt được mục đích cao nhất là phát hiện, làm rõ tội phạm và người phạm tội, áp dụng hình phạt thích hợp đối với người có lỗi, pháp luật của tất cả các nước đều cho phép áp dụng một số biện pháp có tính cưỡng chế đối với bị can, bị cáo và những người tham gia tố tụng. Cụ thể gồm: các biện pháp ngăn chặn (bắt, tạm giữ, tạm giam, cấm xuất nhập cảnh, cấm đi khỏi nơi cư trú, bảo lãnh...) và các biện pháp cưỡng chế tố tụng khác (áp giải, dẫn giải, kê biên, thu giữ tài sản, phong tỏa tài khoản, các biện pháp khác...). Vấn đề cần nhấn mạnh là, không phải bất cứ bị can, bị cáo nào cũng là đối tượng của các biện pháp cưỡng chế. Việc áp dụng biện pháp cưỡng chế chỉ đặt ra trong trường hợp thật cần thiết, khi đáp ứng đầy đủ căn cứ, điều kiện luật định và nếu không áp dụng thì sẽ khó khăn cho việc giải quyết vụ án, thậm chí đi vào bế tắc.

Những vấn đề nêu trên đặt ra yêu cầu đối với quá trình xây dựng Dự án BLTTHS phải bám sát các yêu cầu mới của Hiến pháp để quy định chặt chẽ về biện pháp cưỡng chế tố tụng. Bảo đảm từng biện pháp đều phải được điều chỉnh cụ thể bởi năm yếu tố: căn cứ áp dụng; thẩm quyền quyết định; trình tự; thủ tục; thời hạn tiến hành. Việc lạm dụng các biện pháp hạn chế quyền con người, quyền công dân thay cho biện pháp thu thập chứng cứ khách quan là không thể chấp nhận. Mọi hành vi lạm dụng, sử dụng tùy tiện các biện pháp cưỡng chế tố tụng phải được ngăn chặn ngay từ quy định của luật. Đồng thời, về kỹ thuật lập pháp, cần rà soát, thu hút toàn bộ biện pháp cưỡng chế tố tụng để điều chỉnh chung trong một chương nhằm bảo đảm tính chặt chẽ, nhất quán trong việc quy định các biện pháp này. Những quy định chặt chẽ, minh bạch về biện pháp cưỡng chế tố tụng còn tạo điều kiện

cho các cơ quan chuyên môn áp dụng để kiểm soát và công dân giám sát, phát hiện vi phạm của cơ quan tố tụng, yêu cầu hủy bỏ các biện pháp đã áp dụng không đúng luật.

Cùng với việc ghi nhận nguyên tắc cơ bản trên, Hiến pháp sửa đổi còn dành một số điều nhằm xác định rõ hơn trách nhiệm của Nhà nước trong việc tôn trọng và bảo đảm quyền bí mật thông tin, quyền được an toàn về chỗ ở của công dân trong quá trình giải quyết vụ án hình sự. Hiến pháp quy định: việc bóc mẽ, kiểm soát, thu giữ thư tín, điện thoại, điện tín và các hình thức trao đổi thông tin riêng tư của người khác (Điều 21), khám xét chỗ ở (Điều 22)... phải do *luật* định thay vì giao cho *pháp luật* quy định như Hiến pháp năm 1992. Thực hiện yêu cầu này, đòi hỏi phải khẩn trương rà soát hệ thống các văn bản hướng dẫn công tác đấu tranh phòng, chống tội phạm và vi phạm pháp luật để kịp thời báo cáo Quốc hội thu hút vào BLTTHS hoặc ban hành các đạo luật liên quan.

3. Bảo đảm nguyên tắc suy đoán vô tội

Suy đoán vô tội là nguyên tắc cơ bản của nền tư pháp dân chủ, thể hiện tinh thần pháp chế, tính công minh và ý nghĩa nhân đạo sâu sắc. Tuyên ngôn Nhân quyền của Liên hiệp quốc năm 1948 khẳng định: “Bất kỳ người nào bị buộc tội đều có quyền được coi là vô tội cho đến khi một Tòa án công khai, nơi người đó đã có được tất cả những bảo đảm cần thiết để bào chữa cho mình, chứng minh được tội trạng của người đó dựa trên cơ sở luật pháp” (Điều 11). Tiếp thu thành tựu của văn minh pháp lý nhân loại, Hiến pháp sửa đổi vừa được Quốc hội thông qua đã thể hiện một cách sâu sắc nội dung nguyên tắc suy đoán vô tội: “Người bị buộc tội được coi là không có tội cho đến khi được chứng minh theo trình tự luật định và có bản án kết tội của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật” (khoản 1 Điều 31). Có thể nói, điều chỉnh nêu trên của Hiến pháp là một *dấu son*, phản ánh sự phát triển của khoa học pháp lý và bước tiến của nền tư pháp nước nhà. Thực hiện nguyên tắc này đòi hỏi phải thay đổi mạnh mẽ từ ý thức đến hành động của các cơ quan tố tụng. Theo đó, kể từ thời

điểm thụ lý vụ án cho đến trước khi có bản án kết tội của Tòa án có hiệu lực pháp luật, người bị buộc tội vẫn là người vô tội. Đây là tình trạng pháp lý khách quan của họ, cơ quan tố tụng không được đối xử với họ như người có tội. Mọi nghi ngờ về lỗi của người bị buộc tội trong quá trình giải quyết vụ án nếu không thể chứng minh, làm sáng tỏ bằng các biện pháp luật định thì phải suy đoán theo hướng có lợi cho họ. Yêu cầu này không chỉ nhằm bảo vệ quyền con người của bị can, bị cáo mà còn có ý nghĩa thực tiễn rất lớn, là động lực thúc đẩy các cơ quan tố tụng phải tăng cường hơn nữa tinh thần trách nhiệm, ý thức đấu tranh chống tội phạm để khẩn trương xác định cho được sự thật khách quan của vụ án.

Sửa đổi BLTTHS phải nhận thức đầy đủ yêu cầu mới của Hiến pháp để điều chỉnh cho phù hợp. Theo đó, cần sửa tên của nguyên tắc “Không ai bị coi là có tội khi chưa có bản án kết tội của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật” (Điều 9 BLTTHS hiện hành) thành “nguyên tắc suy đoán vô tội” để thể hiện trong BLTTHS mới. Quy định đầy đủ nội dung của nguyên tắc làm cơ sở cho việc thiết kế các quy định về quyền và nghĩa vụ của các chủ thể, cũng như các thủ tục tố tụng để bảo đảm cho suy đoán vô tội được thực thi trong thực tiễn. Cụ thể, đề xuất bổ sung quy định này theo hướng: “Người bị buộc tội được coi là không có tội cho đến khi được chứng minh theo trình tự luật định và có bản án kết tội của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật. Trách nhiệm chứng minh tội phạm thuộc về các cơ quan tiến hành tố tụng, người bị buộc tội có quyền nhưng không buộc phải chứng minh là mình vô tội. Mọi nghi ngờ về lỗi của người bị buộc tội nếu không thể chứng minh bằng các biện pháp do Bộ luật này quy định thì phải suy đoán theo hướng có lợi cho họ”. Xác định đầy đủ trong Bộ luật những đối tượng thuộc phạm trù *người bị buộc tội* nhằm bảo đảm quyền được suy đoán vô tội của những người này.

4. Bảo đảm quyền bào chữa của người bị bắt, người bị tạm giữ, tạm giam, khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử

Bảo đảm quyền bào chữa của người bị bắt, người bị tạm giữ, tạm giam, khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử là nguyên tắc cơ bản của mọi nền tư pháp dân chủ. *Quyền tự do bào chữa là thành trì cần thiết cho các quyền tự do khác*. Điều này đã được Hội Luật gia dân chủ quốc tế khẳng định⁵. Ở Nhà nước ta, bảo đảm quyền bào chữa của người bị buộc tội đã được ghi nhận ngay từ những bản Hiến pháp đầu tiên. Hiến pháp năm 1946 (Điều 67) quy định: “Người bị cáo được quyền tự bào chữa lấy hoặc mượn luật sư”; Hiến pháp năm 1959 tiếp tục khẳng định: “Quyền bào chữa của người bị cáo được được bảo đảm”; các bản Hiến pháp năm 1980, năm 1992 tiếp tục ghi nhận và đề cao nguyên tắc quan trọng này. Hiến pháp sửa đổi vừa được Quốc hội thông qua có 4 điểm điều chỉnh liên quan đến nguyên tắc bảo đảm quyền bào chữa.

Thứ nhất, cùng với việc tiếp tục kế thừa cách quy định của Hiến pháp năm 1992, tức là dành một điều trong chương Tòa án nhân dân và Viện Kiểm sát nhân dân để quy định về trách nhiệm bảo đảm quyền bào chữa (khoản 7 Điều 103), Hiến pháp sửa đổi đã bổ sung một điều quy định về nội dung này và đặt trong chương quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân (khoản 4 Điều 31). Đây không chỉ là sự thay đổi về kỹ thuật lập hiến mà thực sự là bước phát triển trong tư duy và nhận thức lý luận. Bảo đảm quyền bào chữa không chỉ là trách nhiệm của các cơ quan tư pháp, mà còn là một trong những quyền con người, quyền công dân quan trọng nhất của người bị buộc tội. Do vậy, trước hết phải được ghi nhận với tư cách là một quyền của con người, của công dân.

Thứ hai, mở rộng đối tượng được hưởng quyền bào chữa không chỉ gồm người bị tạm giữ, bị can, bị cáo như quy định hiện hành

5 Công báo nước Việt Nam Dân chủ Cộng hòa, số 34, H. 1956, tr. 328.

mà còn bao gồm người bị bắt, tạo cơ sở để họ thực hiện quyền bào chữa, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp ngay từ giai đoạn bắt đầu của tố tụng.

Thứ ba, quy định rõ trong Hiến pháp các hình thức thực hiện quyền bào chữa, bao gồm: tự bào chữa hoặc nhờ người khác bào chữa, tạo cơ sở hiến định để người bị bắt, người bị tạm giữ, tạm giam, khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử thực hiện tốt nhất quyền con người quan trọng này.

Thứ tư, ngoài việc tiếp tục quy định quyền nhờ người khác bào chữa, Hiến pháp sửa đổi còn quy định rõ quyền *nhờ luật sư bào chữa*. Bổ sung này của Hiến pháp chính là ghi nhận về sự trưởng thành của đội ngũ luật sư nước ta thời gian qua; tạo cơ sở hiến định để hướng tới phát triển đội ngũ luật sư, đồng thời nâng chất lượng bào chữa cao hơn, chuyên nghiệp hơn, bảo vệ con người tốt hơn, đáp ứng yêu cầu đầy mạnh tranh tụng.

Sửa đổi BLTTHS phải thể hiện sâu sắc những yêu cầu mới của Hiến pháp. Bổ sung quy định người bị bắt có quyền bào chữa. Quy định đầy đủ các quyền và xây dựng cơ chế bảo đảm thực hiện quyền của người bị buộc tội. Mở rộng diện người bào chữa theo hướng ngoài những chủ thể đã được quy định trong pháp luật hiện hành, bổ sung Trợ giúp viên pháp lý và những người thân thích của người bị buộc tội nếu có khả năng bào chữa. Mở rộng những trường hợp bắt buộc phải chỉ định người bào chữa. Quy định quyền thu thập, sử dụng chứng cứ của người bào chữa; trách nhiệm của các cơ quan tố tụng trong việc hỗ trợ người bào chữa thu thập chứng cứ. Quy định cụ thể, minh bạch các thủ tục bào chữa trong từng giai đoạn tố tụng, tạo cơ sở pháp lý để cả cơ quan tố tụng và người bào chữa làm tròn phận sự bảo vệ người bị buộc tội theo đúng quy định của pháp luật. Cải cách mạnh mẽ thủ tục hành chính tư pháp để người bào chữa nhanh chóng tiếp cận với quá trình giải quyết vụ án. Điều này cũng đặt trách nhiệm cho người bào chữa phải tuân thủ pháp luật một cách nghiêm túc. Người bào chữa tham gia

tố tụng không chỉ để thực hiện việc gỡ tội cho bị can, bị cáo bằng mọi giá, mà suốt quá trình đó, chính họ cần trở thành những cộng tác viên hỗ trợ tích cực, cùng các cơ quan tố tụng xác định sự thật khách quan của vụ án.

5. Bảo đảm tranh tụng, công bằng trong xét xử

Một trong những điểm mới của Hiến pháp sửa đổi đó là ghi nhận và khẳng định *nguyên tắc bảo đảm tranh tụng trong xét xử* (khoản 5 Điều 103), tạo bước *đột phá* cho việc lựa chọn và đổi mới mô hình tố tụng tư pháp Việt Nam. Hoạt động tố tụng hình sự là quá trình phát hiện, điều tra, tái hiện sự thật khách quan đã xảy ra trong quá khứ. Quá trình đó, cả cơ quan tố tụng và người tham gia tố tụng đều có nhu cầu kiểm tra, bổ sung chứng cứ, tranh luận và phản biện lý lẽ của nhau. Do đó, tranh tụng là yêu cầu khách quan của tố tụng hình sự, mà tập trung nhất ở giai đoạn xét xử tại phiên tòa. Cùng với việc quy định nguyên tắc tranh tụng trong xét xử, Hiến pháp bổ sung *quyền của người bị buộc tội phải được Tòa án xét xử công bằng* (khoản 2 Điều 31). Đây là hai nội dung có mối liên quan chặt chẽ, là tiền đề tồn tại của nhau. Tranh tụng sẽ tạo ra sự công bằng giữa các bên và công bằng sẽ được bảo đảm tốt nếu thực hiện đầy đủ yêu cầu của tranh tụng. Có thể nói, điều chỉnh nêu trên là những minh chứng cụ thể về một bản Hiến pháp khoa học, tiên bộ, phù hợp với xu thế khách quan của khoa học pháp lý về tố tụng hình sự cũng như tiến trình phát triển của tư pháp dân chủ thế giới.

Để bảo đảm cho tranh tụng được thực thi trong thực tiễn đòi hỏi phải có sự điều chỉnh cơ bản về quyền và nghĩa vụ của các chủ thể, chế định chứng cứ, chứng minh, cũng như các thủ tục tố tụng khác. Theo đó, Kiểm sát viên với tư cách là một bên tranh tụng phải được đào tạo chuyên nghiệp hơn; có trách nhiệm cao hơn trong việc chứng minh quan điểm buộc tội của mình, chủ động trong việc xét hỏi, đối đáp, tranh luận dân chủ với người bào chữa và bị cáo. Đồng thời, sửa đổi BLTTHS cần thiết phải điều

chính các quy định ngay từ giai đoạn điều tra nhằm bảo đảm mọi yêu cầu của Viện kiểm sát về chứng minh tội phạm và người phạm tội phải được Cơ quan điều tra đáp ứng đầy đủ, kịp thời. Bị can, bị cáo và người bào chữa phải được tạo những điều kiện tốt nhất để chứng minh sự vô tội, giảm tội, giảm hình phạt; được bình đẳng trong việc thu thập, đánh giá, sử dụng chứng cứ, tranh luận và trình bày quan điểm. Tranh tụng phải trở thành quyền và nghĩa vụ của tất cả các bên, mọi chứng cứ đưa ra phải được luận chứng và phản biện trên cơ sở quy định của pháp luật. Tòa án phải thực sự khách quan, vô tư trong quá trình xét xử, tôn trọng và lắng nghe đầy đủ ý kiến của các bên. Phán quyết của Tòa án chỉ căn cứ vào kết quả tranh tụng và các chứng cứ đã được kiểm tra công khai tại phiên tòa. Có như vậy, mới thực sự đạt được sự tâm phục, khẩu phục, củng cố lòng tin của nhân dân vào công lý, sự công minh của pháp luật.

6. Bảo đảm việc giải quyết vụ án khẩn trương, đúng thời hạn luật định

Lần đầu tiên Hiến pháp nước ta hiến định *quyền của người bị buộc tội phải được Tòa án xét xử kịp thời trong thời hạn luật định* (khoản 2 Điều 31). Đây là yêu cầu quan trọng của tư pháp, nhất là đối với lĩnh vực tư pháp hình sự. Quá trình áp dụng pháp luật trong lĩnh vực này liên quan trực tiếp đến phẩm giá và những quyền thiêng liêng nhất của con người (quyền tự do thân thể, quyền sống v.v.). Bảo vệ những giá trị quan trọng này đòi hỏi mọi biện pháp tố tụng hình sự phải được quy định thật chặt chẽ về căn cứ, thẩm quyền, trình tự, thủ tục và thời hạn tiến hành. Kéo dài tình trạng pháp lý hình sự đối với con người không phải là biểu hiện của một nền tư pháp văn minh. Việc giải quyết vụ án trên thực tế phải thật khẩn trương, kịp thời. Có như vậy phán quyết được ban hành mới thực sự là hiện thân của công lý, công bằng xã hội, có tác dụng giáo dục ý thức tuân thủ pháp luật và phòng ngừa tội phạm kịp thời.

Đáp ứng yêu cầu nêu trên, một trong

những vấn đề đặt ra đối với việc sửa đổi BLTTHS là phải điều chỉnh một cách hợp lý chế định thời hạn tố tụng. Đây là vấn đề rất phức tạp, cần đáp ứng cả hai yêu cầu: *Một là*, bảo đảm đủ thời gian cần thiết để cơ quan tố tụng phát hiện tội phạm mà không bị sức ép về thời hạn, nhất là trong điều kiện nguồn nhân lực và vật lực dành cho cơ quan tư pháp còn nhiều khó khăn như hiện nay; *Hai là*, rút ngắn tối đa các thời hạn để bảo vệ tốt hơn quyền con người, quyền công dân. Không vì thuận lợi của các cơ quan tố tụng mà đẩy khó khăn cho người dân và ngược lại. Trên cơ sở đó, sửa đổi chế định thời hạn trong BLTTHS cần rà soát để bảo đảm mọi hoạt động tố tụng đều phải bị ràng buộc bởi thời hạn nhằm tránh sự tùy tiện, lạm dụng trong thực tiễn. Quy định chặt chẽ hơn một số thời hạn để đẩy nhanh tiến độ giải quyết vụ án. Nghiên cứu tăng một số thời hạn nhằm bảo đảm tính khả thi và tránh gây áp lực với cơ quan tố tụng. Theo đó, có thể thay đổi một cách hợp lý thời hạn xác minh tố giác, tin báo về tội phạm và kiến nghị khởi tố; thời hạn phê chuẩn quyết định khởi tố bị can; thời hạn giao quyết định, tài liệu tố tụng đối với những vụ án có đông bị can; thời hạn xét xử; thời hạn đưa bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật ra thi hành; quy định chặt chẽ hơn về thời hạn và số lần trả hồ sơ yêu cầu điều tra bổ sung. Khắc phục cách quy định *dàn đều về thủ tục* trong BLTTHS hiện hành. Theo đó, cần có những thủ tục áp dụng đối với những loại án ít phức tạp, chứng cứ đơn giản nhằm đẩy nhanh tiến độ giải quyết, sớm kết thúc vụ án; đồng thời, có những thủ tục phù hợp để xử lý đối với những loại án nghiêm trọng, phức tạp. Đổi mới thủ tục rút gọn theo hướng quy định bắt buộc áp dụng thủ tục này khi có đủ điều kiện luật định thay cho tùy nghi áp dụng như hiện nay; mở rộng việc áp dụng thủ tục rút gọn cả với tội nghiêm trọng chứ không chỉ với tội ít nghiêm trọng như hiện hành. Những đổi mới này sẽ góp phần quan trọng để thực hiện tốt nguyên tắc kịp thời, chính xác, tiết kiệm trong hoạt động tư pháp.

7. Bảo đảm nguyên tắc bồi thường và xử lý khi oan, sai

Xây dựng nền tư pháp trong sạch, vững mạnh, đề cao trách nhiệm trước nhân dân, không để xảy ra oan, sai và nếu có trường hợp oan, sai thì phải kịp thời khắc phục, chịu trách nhiệm bồi thường là nội dung quan trọng của cải cách tư pháp, được đề ra trong các nghị quyết của Đảng. Hiến pháp năm 1992, Bộ luật Hình sự, BLTTHS, Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước và nhiều văn bản pháp luật khác đã được ban hành để thực hiện chủ trương quan trọng này. Đồng thời, các nghị quyết của Đảng, Hiến pháp và pháp luật còn giao cho Cơ quan điều tra của Viện kiểm sát nhân dân tối cao chuyên trách điều tra tội phạm trong lĩnh vực tư pháp mà người phạm tội là cán bộ thuộc các cơ quan tư pháp. Điều này thể hiện sự quyết tâm và thái độ kiên quyết của Đảng và Nhà nước trong việc xây dựng một nền tư pháp vì nhân dân, phụng sự nhân dân, loại bỏ mọi vi phạm trong hoạt động tư pháp.

Nguyên tắc “Các cơ quan tư pháp khi tiến hành tố tụng phải chịu trách nhiệm về những việc làm trái pháp luật và bồi thường oan, sai cho công dân” tiếp tục được khẳng định trong Hiến pháp sửa đổi (khoản 5 Điều 31). Đồng thời, Hiến pháp bổ sung *người bị khởi tố, điều tra, thi hành án trái pháp luật* có quyền được bồi thường thiệt hại ngoài những chủ thể đã được quy định trong Hiến pháp năm 1992; bổ sung *người vi phạm pháp luật trong việc khởi tố, điều tra, thi hành án* gây thiệt hại cho người khác phải bị xử lý theo pháp luật. Ngoài bồi thường thiệt hại về vật chất và phục hồi danh dự, Hiến pháp sửa đổi còn bổ sung trách nhiệm *bồi thường thiệt hại về tinh thần*. Những điều chỉnh nêu trên chính là sự khẳng định một cách nhất quán tinh thần trách nhiệm, thái độ cầu thị của Đảng và Nhà nước, có sai thì phải sửa. Những yêu cầu này phải được nhận thức và thể hiện đầy đủ trong quá trình sửa đổi BLTTHS và các văn bản pháp luật liên quan.

Sửa đổi BLTTHS phải phân định rõ

ràng, rành mạch chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của từng cơ quan tố tụng, bảo đảm mỗi cơ quan phải chịu trách nhiệm độc lập về kết luận của mình. Rà soát toàn diện các quy định hiện hành, đề xuất sửa đổi, bổ sung phù hợp để giúp Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát, Tòa án thực hiện tốt chức năng, nhiệm vụ được giao, tránh để xảy ra oan, sai cho công dân. Không làm oan người vô tội phải vừa là đạo đức công vụ, vừa là trách nhiệm pháp lý của người tiến hành tố tụng hình sự. Đã đến lúc cần tính toán lại cơ chế phân cấp thẩm quyền giữa Thủ trưởng với những người trực tiếp tiến hành tố tụng. Đòi mới tố tụng hình sự cần bắt đầu từ việc đề cao trách nhiệm của Điều tra viên, Kiểm sát viên, Thẩm phán, mạnh dạn giao thẩm quyền tố tụng để họ chủ động thực thi nhiệm vụ. Bảo đảm quyền hạn phải đi đôi với trách nhiệm, chỉ khi quyền hạn gắn với trách nhiệm thì người tiến hành tố tụng mới thật sự thận trọng trong việc xử lý vụ án. Phân định lại thẩm quyền tố tụng cần triển khai theo hướng: đối với những thẩm quyền tố tụng quan trọng, có tính chất *đóng, mở* một giai đoạn tố tụng, những thẩm quyền liên quan đến việc hạn chế quyền con người, quyền công dân sẽ giao cho Thủ trưởng các cơ quan tố tụng quyết định; những thẩm quyền nhằm phát hiện, làm sáng tỏ sự thật khách quan của vụ án giao cho Điều tra viên, Kiểm sát viên, Thẩm phán quyết định. Làm được điều này cùng với sự kiểm soát tốt quá trình giải quyết vụ án sẽ là điều kiện để hình thành một đội ngũ cán bộ tiến hành tố tụng thông thạo, chuyên nghiệp và có trách nhiệm cao trong tương lai.

Đề cao, tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm quyền con người, quyền công dân, tăng cường dân chủ XHCN, đấu tranh có hiệu quả đối với các loại tội phạm và vi phạm pháp luật là tư tưởng lớn của Hiến pháp sửa đổi. Tư tưởng này sẽ được thấm nhuần, thể hiện sâu sắc trong Dự án BLTTHS. Cùng với tiến trình đi lên của đất nước, BLTTHS mới sẽ góp phần quan trọng vào thành công của công cuộc cải cách tư pháp, xây dựng nền tư pháp vì con người, vì nhân dân ■

Đổi mới tổ chức đơn vị hành chính theo HIẾN PHÁP NĂM 2013

NGUYỄN NGỌC TOÁN*

1. Quy định tổ chức đơn vị hành chính Việt Nam theo Hiến pháp năm 2013

Hiến pháp sửa đổi năm 2013 (Hiến pháp 2013) đã được Quốc hội khóa XIII thông qua ngày 28/11/2013, có hiệu lực từ ngày 01/01/2014¹.

Trong lần sửa đổi này, nhiều nội dung lớn, quan trọng đã được sửa đổi, bổ sung thể hiện sự quán triệt sâu sắc quan điểm, đường lối của Đảng, Nhà nước và ý nguyện của nhân dân cả nước về xây dựng một nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa (XHCN) trong giai đoạn mới. Trong số những điều khoản được sửa đổi, quy định về chính quyền địa phương, mà tiền đề là tổ chức đơn vị hành chính, cũng được Hiến pháp 2013 sửa đổi nhiều nội dung quan trọng với mục đích là đặt nền tảng hiến định cho đổi mới tổ chức chính quyền địa phương trong thời gian tới. Với tinh thần như vậy, quy định của Hiến pháp 2013 về tổ chức đơn vị hành chính bao gồm các nội dung quan trọng tại các chế định cụ thể của Hiến pháp như sau:

Chương V, Quốc hội:

- Điều 70, khoản 9: Quyết định thành lập, bãi bỏ bộ, cơ quan ngang bộ của Chính phủ; thành lập, giải thể, nhập, chia, điều chỉnh địa giới hành chính tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt; thành lập, bãi bỏ cơ quan khác theo quy định của Hiến pháp và luật;

- Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH): Điều 74, khoản 8: Quyết định thành lập, giải thể, nhập, chia, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính dưới tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương;

Chương VII, Chính phủ: Điều 96, Khoản 4: Trình Quốc hội quyết định thành lập, bãi bỏ bộ, cơ quan ngang bộ; thành lập, giải thể, nhập, chia, điều chỉnh địa giới hành chính tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt; trình UBTVQH quyết định thành lập, giải thể, nhập, chia, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính dưới tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương;

* **ThS.GVC Học viện Hành chính quốc gia.**

¹ Theo Nghị quyết số 64/2013/QH13 ngày 28/11/2013 quy định một số điểm về thi hành Hiến pháp nước Cộng hòa XHCN Việt Nam.

Chương IX, Chính quyền địa phương:

- Điều 110

1. Các đơn vị hành chính của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam được phân định như sau:

Nước chia thành tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương;

Tỉnh chia thành huyện, thị xã và thành phố thuộc tỉnh; thành phố trực thuộc trung ương chia thành quận, huyện, thị xã và đơn vị hành chính tương đương;

Huyện chia thành xã, thị trấn; thị xã và thành phố thuộc tỉnh chia thành phường và xã; quận chia thành phường.

Đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt do Quốc hội thành lập.

2. Việc thành lập, giải thể, nhập, chia, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính phải lấy ý kiến Nhân dân địa phương và theo trình tự, thủ tục do luật định.

- Điều 111

1. Chính quyền địa phương được tổ chức ở các đơn vị hành chính của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam.

2. Cấp chính quyền địa phương gồm có HĐND (HĐND) và UBND (UBND) 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.

2. Một số điểm thay đổi về tổ chức đơn vị hành chính trong Hiến pháp 2013 so với Hiến pháp 1992 (sửa đổi năm 2001) và Dự thảo Hiến pháp sửa đổi năm 2013

Có thể quan sát sự thay đổi về tổ chức đơn vị hành chính trong Hiến pháp 2013 so với Hiến pháp 1992 (sửa đổi năm 2001) (Hiến pháp 1992) và so với Dự thảo Hiến pháp sửa đổi năm 2013 (Dự thảo 2013) qua bảng sau: (xem biểu trang sau)

3. Nhận xét một số điểm mới về tổ chức đơn vị hành chính trong Hiến pháp 2013 qua quá trình sửa đổi

- Thứ nhất, đã bổ sung 2 loại đơn vị hành chính mới, quan trọng là (i) đơn vị hành chính tương đương cấp huyện thuộc thành phố trực thuộc trung ương và (ii) đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt.

So với Hiến pháp 1992 và Dự thảo 2013, các loại đơn vị hành chính trong Hiến pháp 2013 có 2 nội dung mới quan trọng là:

(i) đơn vị hành chính tương đương quận, huyện, thị xã nhưng chỉ được tổ chức ở các thành phố trực thuộc trung ương (còn ở các tỉnh thì không có). Đây là nội dung theo chúng tôi là hợp lý và đã phản ánh sự tiếp thu tối đa các ý kiến đóng góp của nhân dân với Dự thảo 2013 trong quá trình sửa đổi, đây sẽ là cơ sở hiến định quan trọng để tổ chức các mô hình cơ quan quản lý tại các đô thị có mức độ đô thị hóa cao ở Việt Nam hiện nay và thời gian tới, chẳng hạn như TP.Hồ Chí Minh hiện nay đang xúc tiến thí điểm Đề án chính quyền đô thị mà trong cấu trúc có đơn vị hành chính *thành phố*² thuộc TP. Hồ Chí Minh.

(ii) đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt được chính thức quy định trong điều khoản của Hiến pháp về phân định đơn vị hành chính. Lịch sử lập hiến nước nhà chưa có lần nào³ đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt được nêu tên trang trọng trong điều khoản phân chia đơn vị hành chính (mặc dù có viết trong phần quy định về thẩm quyền của Quốc hội), ngay cả trong Dự thảo 2013 đưa ra toàn dân lấy ý kiến đầu năm 2013 thì đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt cũng chưa được đề cập. Qua quá trình đóng góp ý kiến của các chuyên gia, nhân dân cả nước và thực tiễn nhu cầu quản lý nhà nước đối với các khu vực có nhiều lợi thế, tiềm năng phát

2 Theo Đề án thí điểm chính quyền đô thị TP.HCM, dự kiến là 4 Thành phố Đông, Thành phố Tây, Thành phố Nam, Thành phố Bắc.
3 Mặc dù Hiến pháp 1980 đã có quy định đơn vị hành chính tương đương cấp tỉnh và thực tế chúng ta đã có đặc khu Vũng Tàu - Côn Đảo.

Quy định	Hiến pháp 1992	Dự thảo 2013	Hiến pháp 2013
Quyền của Quốc hội	Điều 84 khoản 8 Quyết định... thành lập mới, nhập, chia, điều chỉnh địa giới tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương; thành lập hoặc giải thể đơn vị hành chính – kinh tế đặc biệt;	Điều 75 (sửa đổi, bổ sung Điều 84) khoản 9... thành lập mới, nhập, chia, điều chỉnh địa giới hành chính tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương; thành lập hoặc giải thể đơn vị hành chính-kinh tế đặc biệt;	Điều 70, khoản 9 Quyết định... thành lập, giải thể, nhập, chia, điều chỉnh địa giới hành chính tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt;
Quyền của UBND	Không quy định	Điều 79 (sửa đổi Điều 91), khoản 7 Quyết định thành lập mới, nhập, chia, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính dưới tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương;	Điều 74, khoản 8 Quyết định thành lập, giải thể, nhập, chia, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính dưới tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương;
Quyền của Chính phủ	Điều 112 khoản 10 Quyết định điều chỉnh địa giới các đơn vị hành chính dưới cấp tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương.	Điều 101 (sửa đổi, bổ sung Điều 112) khoản 2 ...; trình Quốc hội, UBND thành lập mới, nhập, chia, điều chỉnh địa giới hành chính các đơn vị hành chính lãnh thổ;	Điều 96, Khoản 4 Trình Quốc hội quyết định ... thành lập, giải thể, nhập, chia, điều chỉnh địa giới hành chính tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt; trình UBND quyết định thành lập, giải thể, nhập, chia, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính dưới tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương;
Các đơn vị hành chính cụ thể	Điều 118 Các đơn vị hành chính của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam được phân định như sau: Nước chia thành tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương; Tỉnh chia thành huyện, thành phố thuộc tỉnh và thị xã; thành phố trực thuộc trung ương chia thành quận, huyện và thị xã; Huyện chia thành xã, thị trấn; thành phố thuộc tỉnh và thị xã chia thành phường và xã; quận chia thành phường.	Điều 115 (sửa đổi, bổ sung Điều 118) khoản 1 Các đơn vị hành chính lãnh thổ của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam được phân định như sau: Nước chia thành tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương; Tỉnh chia thành huyện, thành phố thuộc tỉnh và thị xã; thành phố trực thuộc Trung ương chia thành quận, huyện và thị xã; Huyện chia thành xã, thị trấn; thành phố thuộc tỉnh, thị xã chia thành phường, xã; quận chia thành phường.	Điều 110 1. Các đơn vị hành chính của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam được phân định như sau: Nước chia thành tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương; Tỉnh chia thành huyện, thị xã và thành phố thuộc tỉnh; thành phố trực thuộc trung ương chia thành quận, huyện, thị xã và đơn vị hành chính tương đương; Huyện chia thành xã, thị trấn, thị xã và thành phố thuộc tỉnh chia thành phường và xã; quận chia thành phường. Đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt do Quốc hội thành lập. 2. Việc thành lập, giải thể, nhập, chia, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính phải lấy ý kiến Nhân dân địa phương và theo trình tự, thủ tục do luật định.
Nguyên tắc thiết lập HĐND & UBND tại các đơn vị hành chính	Điều 118 (tiếp) Việc thành lập HĐND & UBND ở các đơn vị hành chính do luật định.	Điều 115 (sửa đổi, bổ sung Điều 118) khoản 2 Việc thành lập HĐND & UBND ở các đơn vị hành chính lãnh thổ do luật định phù hợp với đặc điểm của từng đơn vị hành chính lãnh thổ và phân cấp quản lý.	Điều 111 1. Chính quyền địa phương được tổ chức ở các đơn vị hành chính của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam. 2. Cấp chính quyền địa phương gồm có HĐND & UBND 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.

triển hiện nay ở các địa phương cũng như những hoạt động gần đây⁴ của các cơ quan chức năng về xúc tiến thành lập các “đặc khu”, Quốc hội đã tiếp thu ý kiến và đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt đã được quy định trong Điều 110 Hiến pháp 2013. Kết quả này mở ra cơ sở hiến định vững chắc, quan trọng cho việc tổ chức các đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt trong tương lai của đất nước.

- Thứ hai, đã bổ sung “2. Việc thành lập, giải thể, nhập, chia, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính phải lấy ý kiến Nhân dân địa phương và theo trình tự, thủ tục do luật định”.

Đây là điểm mới quan trọng thứ hai và cũng là điểm mới lần đầu tiên trong lịch sử lập hiến nước nhà, mặc dù trong Dự thảo 2013 chưa có nội dung này. Nhưng qua đóng góp ý kiến⁵ của nhân dân cả nước và nhận thấy được tầm quan trọng của vấn đề, nên Hiến pháp 2013 đã hiến định trình tự, thủ tục tổ chức (thành lập, giải thể, nhập, chia, điều chỉnh địa giới...) đơn vị hành chính do *luật định*. Với quy định này, chúng ta có quyền hy vọng trong tương lai sự thiếu ổn định và bất hợp lý trong tổ chức đơn vị hành chính nước ta sẽ được khắc phục và hoạt động tổ chức đơn vị hành chính được minh bạch và hợp lý hơn, biết rằng trước mắt cần nhanh chóng hiện thực hóa quy định của Hiến pháp 2013.

Về quy định mới *phải lấy ý kiến nhân dân địa phương* là rất quan trọng, dù hiện nay, chúng ta vẫn lấy ý kiến nhân dân và tập hợp thành văn bản trong bộ hồ sơ thủ tục thực hiện công việc này, tất nhiên là để tham khảo chứ chưa có giá trị như kiểu *phức*

quyết. Song, khi được ghi vào Hiến pháp giá trị của việc *lấy ý kiến nhân dân địa phương* sẽ được minh định rõ ràng. Và nội dung của quy định *lấy ý kiến nhân dân địa phương* cần được làm rõ qua quá trình xây dựng Luật Trưng cầu ý dân trong thời gian tới.

- Thứ ba, điểm mới về ấn định nguyên tắc tổ chức chính quyền địa phương tại các đơn vị hành chính.

Hiến pháp 1992 viết một đoạn trong Điều 118 với tinh thần là *việc thành lập HĐND và UBND ở các đơn vị hành chính do luật định*. Dự thảo Hiến pháp sửa đổi năm 2013 viết: *2. Việc thành lập HĐND và UBND ở các đơn vị hành chính lãnh thổ do luật định phù hợp với đặc điểm của từng đơn vị hành chính lãnh thổ và phân cấp quản lý*.

Hiến pháp 2013 viết thành một điều riêng (xem bảng trên) với 2 khoản tương đối rõ ràng, thể hiện hai tinh thần dưới đây:

(i) khoản 1 khẳng định *Chính quyền địa phương được tổ chức ở các đơn vị hành chính của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam*. Như vậy, Hiến pháp 2013 đã khẳng định tại các đơn vị hành chính được liệt kê ở Điều 110 sẽ có chính quyền địa phương, còn bản chất pháp lý, cấu trúc như thế nào sẽ được cân nhắc ở khoản 2 chứ không nêu đích danh như Hiến pháp 1992 hoặc Dự thảo Hiến pháp sửa đổi năm 2013 là HĐND và UBND (để rồi không rõ hai thiết chế này là chính quyền của cấp nào như trước đây).

(ii) khoản 2 ấn định *Cấp chính quyền địa phương gồm có HĐND và UBND được tổ chức phù hợp với đặc điểm nông thôn, đô thị, hải đảo, đơn vị hành chính - kinh tế đặc*

4 http://news.zing.vn/kinh-doanh/quang-ninh-de-xuat-xay-dung-2-dac-khu-kinh-te/a267264.html#tagpage_listing;
<http://baodautu.vn/news/vn/dau-tu/chinh-sach/ban-co-che-xay-dung-dac-khu-phu-quoc.html>;
<http://baodautu.vn/news/vn/thoi-su/xa-hoi/phu-quoc-len-thanh-pho-truoc-khi-thanh-dac-khu.html>;
<http://www.kiangiang.gov.vn/index2.jsp?menuId=117&articleId=26426>;
<http://phapluattp.vn/20131213120926559p0c1013/dua-phu-quoc-thanh-khu-hanh-chinh-kinh-te-dac-biet.htm>;
<http://vneconomy.vn/20120824014356769P0C9920/dac-khu-kinh-te-hanh-trinh-dang-viet-do.htm>.

biệt do luật định. Quy định này của Hiến pháp 2013 chỉ rõ dứt khoát chính quyền địa phương gồm có HĐND và UBND nhưng phải (a) được tổ chức phù hợp với từng đơn vị hành chính ở những địa bàn khác nhau (chứ không bỏ ngỏ như Hiến pháp 1992) và (b) phải do luật định. Điểm (a) là vô cùng quan trọng vì nó đã phản ánh sự quán triệt sâu sắc quan điểm của Đảng ta⁶ về đổi mới công tác quản trị địa phương trong chủ trương xây dựng nhà nước pháp quyền, điểm (b) về cơ bản là kế thừa như trước đây.

Tuy vậy, ở đơn vị hành chính nào của cấp nào và đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt có đều được tổ chức cả HĐND và UBND hay không cũng là vấn đề còn bỏ ngỏ, nhưng chắc chắn một điều rằng chính quyền địa phương trong mỗi đơn vị hành chính đó là phải được tổ chức *phù hợp với đặc điểm nông thôn, đô thị, hải đảo, đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt*.

- Thứ tư, đổi mới về thẩm quyền của UBND và thẩm quyền của Chính phủ có liên quan đến tổ chức đơn vị hành chính.

Đây là sự thay đổi quan trọng tiếp theo của Hiến pháp 2013 về phân phối lại thẩm quyền quyết định các công việc có liên quan đến tổ chức đơn vị hành chính (các bình luận xoay quanh nội dung này chúng tôi đã đề cập⁷ trước đây), so với Dự thảo Hiến pháp sửa đổi năm 2013 là không có sự thay đổi đáng kể ngoại trừ việc Hiến pháp 2013 quy định rõ *địa chỉ* mà Chính phủ phải *trình* cho cụ thể hơn so với Dự thảo Hiến pháp sửa đổi năm 2013 (xem bảng trên). Sự thay đổi này sẽ dẫn đến việc phải chỉnh sửa lại quy trình đang vận hành hiện nay về tổ chức đơn vị hành chính vì phần việc mà Chính phủ đang quyết định hiện nay sẽ chuyển cho UBND trong thời gian tới.

Tóm lại, so với bản Hiến pháp 1992 (là Hiến pháp được đem ra sửa đổi) và Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 2013, Hiến pháp 2013 quy định về tổ chức đơn vị hành chính nói riêng và tổng thể nội dung nói chung đã có nhiều điểm tiến bộ đáng trân trọng, phản ánh được kết quả lao động có chất lượng của cả hệ thống chính trị và nhân dân cả nước trong quá trình chung tay xây dựng Hiến pháp.

4. Một số kiến nghị nhằm hiện thực hóa tinh thần của Hiến pháp 2013 về tổ chức đơn vị hành chính Việt Nam

Một là, tuyên truyền rộng rãi các nội dung mới về tổ chức đơn vị hành chính trong Hiến pháp 2013 trên các diễn đàn, bằng nhiều phương tiện đến mọi cá nhân tổ chức trong hệ thống chính trị và toàn thể cộng đồng nhân dân, cần chú trọng nhấn mạnh nội dung này trong nội dung truyền thông. Mặt khác, cũng cần quán triệt nội dung tổ chức đơn vị hành chính đối với cán bộ, công chức trực tiếp thực hiện công việc này và các đoàn thể xã hội để giám sát, phản biện và đóng góp ý kiến thực hiện.

Hai là, khẩn trương rà soát, đánh giá hệ thống pháp luật hiện hành về tổ chức đơn vị hành chính để có kế hoạch xây dựng và hoàn thiện pháp luật về tổ chức đơn vị hành chính. Theo đó những văn bản như Quyết định số 64b/HĐBT ngày 12/9/1981 của Hội đồng Bộ trưởng (nay là Chính phủ) về điều chỉnh địa giới hành chính đối với những huyện, xã có địa giới chưa hợp lý; Nghị định số 159/2005/NĐ-CP ngày 27/12/2005 của Chính phủ về việc phân loại đơn vị hành chính xã, phường, thị trấn; Nghị định số 15/2007/NĐ-CP ngày 26/01/2007 của Chính phủ về việc phân loại đơn vị hành chính cấp

(Xem tiếp trang 23)

5 Chúng tôi cũng đã từng góp ý về vấn đề này tại bài viết Tổ chức đơn vị hành chính lãnh thổ theo Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 2013, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, Số chuyên đề 2 về sửa đổi Hiến pháp 1992 (tháng 3/2013).

6 Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ XI, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2011, tr.251.

7 Bài đã dẫn, (6).

Tìm hiểu HỌC THUYẾT PHÁP LUẬT TỰ NHIÊN

ĐỖ ĐỨC MINH¹

Pháp luật tự nhiên là một học thuyết pháp lí lâu đời, có ảnh hưởng sâu rộng trong văn minh chính trị - pháp lí nhân loại. Gần đây, học thuyết này đã được giới thiệu, du nhập và từng bước khẳng định vị thế tại Việt Nam. Luật tự nhiên đã được các nhà nghiên cứu đề cập ứng dụng như một học thuyết, một công cụ và phương pháp tiếp cận để từng bước làm sáng tỏ một số đặc trưng của Nhà nước pháp quyền XHCN và đề xuất việc hoàn thiện pháp luật nước ta phù hợp với yêu cầu phát triển của xã hội đương đại.

Tuy nhiên, những kết quả nghiên cứu này cũng mang tính khai mở và còn nhiều vấn đề đặt ra cho công tác nghiên cứu về học thuyết pháp luật tự nhiên. Trong bài viết này chúng tôi mong muốn góp phần làm sáng tỏ thêm một số vấn đề xung quanh học thuyết này. Cụ thể là: làm rõ cội nguồn, tiến trình phát triển với các nấc thang tư tưởng, đề xuất quan niệm học thuyết pháp luật tự nhiên.

1. Hy Lạp - La Mã cổ đại - chiếc nôi ban đầu của dòng tư tưởng pháp luật tự nhiên

Những tư tưởng về *luật tự nhiên* (lex natural law, jus naturale) ra đời tương đối sớm ở Hy Lạp, La Mã cổ đại. Qua thần thoại, người Hy Lạp cổ hiểu rằng có một thứ luật có nguồn gốc từ thần linh và được thần linh bảo trợ, bất thành văn nhưng thiêng liêng và cao hơn so với luật do con người lập ra. Luật ấy tồn tại vĩnh hằng, độc lập và khách quan, nó chi phối và hướng dẫn hành vi của con người đi đến sự công bằng và đúng đắn. Thậm chí, con người có thể không cần tuân theo luật lệ của nhà cầm quyền, của

trật tự chính trị đương thời nếu nó đi ngược lại với luật của thần linh.

Sau thần thoại, đến lượt các triết gia suy tư, luận bàn về pháp luật. Các tư tưởng triết học đã nhấn mạnh sự tương phản giữa những quy luật bất biến, vĩnh cửu, tồn tại khách quan và độc lập với các luật lệ, quy ước, tập quán được đặt ra bởi một trật tự chính trị hay một quốc gia. Là người bày tỏ và phác họa những ý tưởng sơ khởi về luật tự nhiên, Platon² cho rằng, luật đến từ thần linh hoặc đến từ sự thông minh xuất chúng của một người làm luật. Tuy công nhận có luật thần linh được áp dụng cho con người,

1 TS. Luật, Ban Thanh tra và Pháp chế, Đại học Quốc gia Hà Nội.

2 Platon (427 - 347 tr.cn), tên thật là Aristocles, là nhà tư tưởng vĩ đại nhất thời cổ đại, khối óc toàn diện nhất trong những triết gia Hy Lạp cổ đại.

nhưng Platon lại đề ra “kẻ trung gian” ở giữa thần Dớt và con người và chỉ người này mới khám phá được luật của thần linh đó là các nhà triết học. Do đó, luật của con người trở thành kết tinh của lí trí, sự thông minh, đại diện cho những gì tốt đẹp nhất nơi con người trên cơ sở luật của thần linh. Luật tự nhiên theo quan niệm của Platon đồng nhất với lí tính và tri thức.

Là người đầu tiên đề cập cụ thể và được xem là cha đẻ của học thuyết pháp luật tự nhiên, Aristotle³ quan niệm pháp luật là những quy tắc khách quan, có tính chính trực, vô tư, xuất phát từ quyền lực và phù hợp với mục đích quốc gia. Ông phân biệt pháp luật thành 2 loại là *Luật chung* (luật tự nhiên) và *Luật riêng*, được xác định độc lập trong mỗi dân tộc. Theo ông, trong tự nhiên đã có sẵn những quy luật, luật lệ và công lí; các sự vật cũng chứa sẵn tính luật. Luật tự nhiên là luật nằm sẵn trong tự nhiên, ở bản tính tự nhiên của sự vật và do thần linh ấn định (ông gọi đó là lí tính hay thần tính), nó tự sinh, tồn tại khách quan và độc lập với ý chí con người, có hiệu lực ở mọi nơi mọi lúc. Và con người chỉ có thể dùng lí trí để khám phá (tìm ra) luật pháp chứ không tạo ra luật pháp, cũng không thể thay đổi nó. Vì vậy, phải soạn thảo luật pháp tuân theo những quy chuẩn của tự nhiên hay pháp luật phải là “sự suy diễn từ sự hài hòa của trật tự tự nhiên”. Đồng nghĩa luật với khái niệm *công bằng* hay *công lí* (justice) và gắn *luật tự nhiên* với *công lí tự nhiên*, Aristotle đã đưa tư tưởng công lí tự nhiên từ giả Thiên Đàng về với trần gian và ở trong ngôi nhà triết học. Aristotle đã xác lập nền tảng ban đầu, cơ bản của luật tự nhiên và từ đó “công lí” luôn chiếm vị trí trọng yếu của luật tự nhiên.

Chịu ảnh hưởng sâu sắc của trường phái Khắc kỉ và triết học Hy Lạp cổ, Cicéron⁴ tiếp tục phát triển học thuyết pháp luật tự nhiên trên nền móng của người đi trước. Ông quan niệm: “*cao hơn pháp luật do con người sáng tạo ra là luật bất biến và vĩnh cửu của tự nhiên. Chính những luật này đã chi phối luật pháp của con người*”⁵. Cũng không chỉ tiếp nhận những quan niệm của những người đi trước đó, Cicéron còn bổ sung một số đặc tính và luật tự nhiên được ông tuyên bố khá đầy đủ như cách hiểu ngày nay. *Luật*, trong định nghĩa của Cicéron *phải là hiện thân và đồng nhất với công lí, là để phân biệt giữa công bằng và bất công, là cách để xóa bỏ sự đồi bại và khuyến khích đạo đức*. Luật tự nhiên là những chuẩn mực, thước đo để phân biệt với luật thực định, là phương tiện để đánh giá các đạo luật do nhà nước ban hành có công bằng, đúng đắn hay không.

2. Thời kì Trung cổ - Sự chuyển mình của học thuyết pháp luật tự nhiên trong bối cảnh Ki tô giáo (luật tự nhiên tôn giáo - religious natural law)

Lịch sử phương Tây thời kì Trung cổ (thế kỉ IV - XVI) là “đêm trường” tăm tối và khắc nghiệt, chứa đầy bạo lực và giáo điều cuồng tín. Các tư tưởng thời kì này chủ yếu bảo vệ, chứng minh cho quyền lực tối cao của Thượng đế nhằm hợp lí hóa sự thao túng quyền lực của giáo hội. Do yêu cầu lịch sử, luật tự nhiên được điều chỉnh phù hợp với luân lí Cơ đốc, có nguồn gốc từ Thượng đế để phục vụ thần học. Các giáo phụ Kitô giáo đã lấy tư tưởng luật tự nhiên của các triết gia Hy Lạp - La Mã nhưng lồng trong khung cảnh mới của mối tương quan giữa Thiên Chúa với con người. Đồng hành với quá

3 Aristotle (384 - 322 tr.cn) sinh tại Stagira (Hy Lạp), học trò Platon. Aristotle đã đặt nền tảng của luật tự nhiên trong chính bản tính của con người (natura humana) và đặt cơ sở đạo đức học cho pháp luật.

4 Cicéron (106 - 43 tr.cn) là triết gia và luật gia La Mã cổ đại, được mệnh danh là Đại biểu của trí tuệ La Mã, tác giả của “Nền Cộng hòa” (De Republica).

5 Xem: Viện khoa học pháp lí, Bộ tư pháp, Từ điển luật học, Nxb. Tư pháp, Nxb. Từ điển bách khoa, Hà Nội, 2006, tr. 608.

trình đó là sự chuyển biến từ luật tự nhiên khám phá bởi *lí trí* sang luật tự nhiên bởi *lòng tin* và sự tuân phục mệnh lệnh của Thượng đế. Việc nhận thức luật tự nhiên được đồng hóa với *luong tâm* và *đức tin*. St. Augustine⁶ và các phái thần học chịu ảnh hưởng của ông cho rằng: Toàn bộ thế giới này do ý chí Thượng đế sáng tạo nên, kể cả bản tính của sự vật và đó là cơ sở của luật tự nhiên. Con người cũng từng có bản tính nhưng do tội tổ tông (tội do Adam và Eva phạm phải) nên khi sinh ra đã mang tội lỗi, xa rời bản tính và luật tự nhiên. Vì vậy, họ không thể vươn đến bản tính bằng lí trí mà phải trông cậy vào ân huệ và sự mặc khải của Chúa bằng lòng tin của mình. Luật tự nhiên là sự mặc khải tự nhiên (của Thượng đế) cho con người, khi con người dùng lí trí để tìm lại bản tính của mình và để khám phá trí tuệ của Thiên Chúa.

Mặc dù chịu ảnh hưởng chủ nghĩa duy tâm kinh viện nhưng Thomas D'aquin⁷ - người đã kiến tạo nên thành quách tư tưởng vĩ đại nhất trong lịch sử thần học và triết học Kitô giáo lại khá tiến bộ khi bàn đến các luật tự nhiên. Theo truyền thống của các giáo phụ, D'aquin tiếp tục khẳng định quan niệm luật tự nhiên có nguồn gốc từ tôn giáo và là sự biểu thị của đường lối Thiên Chúa đối với con người. Ông chia luật pháp thành bốn loại: 1) Luật vĩnh cửu của Chúa có giá trị cao nhất, quyết định sự tồn tại của vạn vật. 2) Thần luật là luật của Kinh Thánh. 3) Luật tự nhiên là sự phản chiếu luật vĩnh cửu bằng lí trí con người, là phương tiện cho loài người có lí tính kết nối luật vĩnh cửu với luật thực định. Nhà thần học còn nhấn mạnh: Luật tự nhiên là sự tham gia của con người vào luật vĩnh cửu, cũng là khuynh hướng

thiên nhiên mà Thượng đế khi sáng tạo con người đã khắc vào tâm khảm mỗi cá nhân để họ thực hiện mục đích của mình với lí trí mà Chúa ban ân huệ. Nguyên tắc hiển nhiên và đầu tiên của luật tự nhiên là duy trì và bảo vệ cái tốt, loại trừ cái xấu dưới ánh sáng của lí trí và lẽ phải. Không quan niệm đó là một bộ luật đã được Chúa ban cho nhân loại vào thời sơ khai trước khi phạm tội, D'aquin hiểu luật tự nhiên như là luật dựa trên bản tính con người do Thiên Chúa tạo dựng và nhờ lí trí con người có thể khám phá ra bản tính ấy, biết được điều gì hợp với bản tính và điều gì trái với nó. Theo D'aquin, luật tự nhiên chưa phải là những mệnh lệnh chi tiết rõ ràng, bất biến mà bao gồm các giá trị phổ quát và sau đó, lí trí con người sẽ tìm cách ứng dụng vào những hoàn cảnh khác nhau. 4) Nhân luật (luật của con người, là pháp luật phong kiến hiện hành) là sự phản chiếu luật tự nhiên của nhà nước vào xã hội để phục vụ lợi ích chung và được hỗ trợ bằng lí trí. Lí trí và lẽ phải giúp con người chuyên hóa luật tự nhiên thành luật thực định. Điều này cũng có nghĩa là luật thực định phải được điều chỉnh phù hợp với luật tự nhiên, nếu không những quy tắc do con người ban hành sẽ không phải là luật thực sự mà chỉ là sự bóp méo pháp luật. Pháp luật không phải là gì khác hơn là mệnh lệnh của lí trí vì mục tiêu tốt đẹp của cộng đồng và phải bao hàm được trong nó yếu tố hợp lí. Không những phải phù hợp, bắt nguồn từ luật tự nhiên và không được bất công, luật phải luôn luôn vươn đến luật tự nhiên với sự đúng đắn, công bằng nhất. Chính quyền nào ban hành đạo luật trái với luật tự nhiên (bất công, vô lí, chống lại lợi ích chung) sẽ mất đi sự phục tùng vì đã đánh mất quyền lực đạo đức.

6 St. Augustine (354 - 430) nhà văn, giáo sư tu từ học, triết gia thần học La Mã, nhà tư tưởng khởi thủy Thiên Chúa giáo, trụ cột trong việc khẳng định chân lí đạo Cơ đốc. Ông được tôn xưng là Tiến sĩ ân sủng, Đại bàng của các nhà thông thái, Cha của phương Tây và Giáo hoàng suy tôn suốt thời Trung cổ.

7 Thomas D'aquin (1225 -1274) là triết gia thần học người Ý, tu sĩ dòng Dominic, tiến sĩ Giáo hội Công giáo; được xem là đại diện tiêu biểu của trường phái luật tự nhiên tôn giáo. Học thuyết của ông được ví như Vương cung thánh đường tri thức của thần học thế kỉ XIII và có vị trí lớn trong lịch sử tư tưởng.

Trải qua hành trình dài thời Trung cổ, học thuyết pháp luật tự nhiên được tích hợp vào giáo lí Cơ đốc và dần được hồi phục, phát triển theo xu hướng mới. Bước sang thời kì Phục hưng - thời kì phục sinh những giá trị của nền văn hóa cổ đại Hy Lạp bị chìm lặn trong nền chuyên chế phong kiến hàng nghìn năm ở châu Âu, đã xuất hiện nhiều nhà tư tưởng tiêu biểu với những tư tưởng tái khám phá giá trị và tri thức, tạo ra luồng sinh khí mới vén bức màn huyền bí, âm đạm, tiêu cực trong đời sống xã hội. Trong thời kì này, giai cấp tư sản đấu tranh chống chủ nghĩa chuyên chế giành giật địa vị chính trị với giai cấp phong kiến đang suy tàn. Các tư tưởng chính trị - pháp lí gắn liền với chủ nghĩa tự do, đề cao tự do của con người và tư tưởng pháp quyền tự nhiên được sử dụng như công cụ sắc bén của giai cấp tư sản trong cuộc đấu tranh chống chế độ phong kiến. Trong cuộc đấu tranh quyết liệt và dai dẳng cho mục tiêu vì con người và tự do cá nhân, học thuyết pháp luật tự nhiên trở thành thứ vũ khí lợi hại trong tay các nhà tư sản để mở ra quá trình thế tục hóa. Đó cũng là quá trình cách mạng thay đổi quan niệm về luật tự nhiên: Từ chỗ là *bản tính của sự vật sang bản tính của con người*, từ *nguồn gốc thần thánh sang nguồn gốc tự nhiên rồi nguồn gốc lí tính*. Con người và bản tính con người được vinh danh, được đặt ở trung tâm đời sống tư tưởng và hiện thể nơi trần gian.

Được xem là đại diện tiêu biểu của trường phái luật tự nhiên thế tục, Hugo Grotius⁸ cho rằng: Nhà nước và pháp luật bắt nguồn từ trần gian chứ không phải từ Thượng đế, cũng như phương tiện để giúp con người hoàn thiện bản tính xã hội không gì hơn là lí trí. Phê phán pháp luật phong kiến hiện hành trái với bản chất và lí trí của con người, ông nêu cao đòi hỏi phải có pháp luật mới phù hợp với luật tự nhiên. Ông cho

rằng trong trạng thái tự nhiên (chưa có nhà nước và pháp luật thực định), pháp luật tự nhiên sẽ điều chỉnh các mối quan hệ của con người. Luật tự nhiên là những nguyên tắc được hình thành từ tự nhiên, được xây dựng căn bản trên lí trí và chỉ lí trí (kết tinh trí tuệ của con người), vĩnh cửu trong tự nhiên. Luật tự nhiên có vai trò bảo vệ cá nhân vì nó là nguyên tắc có sẵn ở tình trạng tự nhiên mà con người từ thuở ban sơ đã không thể làm gì để tự phá hủy cuộc sống của mình. Trong tác phẩm nổi tiếng "*Bàn về pháp luật của chiến tranh và hòa bình*" (On the Laws of War and Peace), ông cho rằng: Luật vốn là khả năng hoặc có khả năng làm một việc gì xuất phát từ *tự do* của con người, cho nên luật tự nhiên có tính hợp lí và vẫn tồn tại dù Chúa có tồn tại hay không (trái với D'aquin). Vì vậy, pháp luật nhà nước ban hành được xác lập theo ý chí con người phải hoàn toàn phù hợp với những nguyên tắc của pháp luật tự nhiên. Chỉ định của pháp luật tự nhiên là những yêu cầu phải giữ mình trước tài sản của người khác, trách nhiệm thực hiện lời hứa, bồi thường thiệt hại do mình gây ra, trừng trị thích đáng kẻ phạm tội.... Do có trước pháp luật thực định và với tính hợp lí của mình, luật tự nhiên có vai trò hình thành nên hệ thống pháp luật giữa các quốc gia để bảo vệ cá nhân và được mọi người ủng hộ.

Sau Hugo Grotius, khoa học pháp lí phương Tây dấy lên phong trào thế tục hóa luật tự nhiên mà đóng góp nhiều và quan trọng nhất là những người theo lí thuyết Khế ước xã hội. Trong đó, Thomas Hobbes⁹ – cha đẻ của triết lí chính trị phương Tây hiện đại, đã đưa ra quan niệm khác biệt về luật tự nhiên so với diễn giải của các nhà tư tưởng cổ điển. Luận giải sự hình thành nhà nước, Hobbes nhấn mạnh: Mỗi dân tộc trong sự phát triển của mình đều trải qua các giai

8 Hugo Grotius (1583 - 1645) là triết gia, kịch tác gia và thi sĩ, nhà luật học nổi tiếng người Hà Lan. Hugo đưa ra các luận điểm nổi tiếng về pháp luật tự nhiên và đặt nền móng cho Công pháp quốc tế; có vai trò to lớn trong việc giải thoát lí luận nhà nước và pháp luật khỏi sự bảo hộ của thần học và chủ nghĩa kinh viện trung đại.

9 Thomas Hobbes (1588 - 1679) là nhà triết học người Anh theo Đạo Tin lành.

đoạn tự nhiên và xã hội công dân (giai đoạn nhà nước). Trong giai đoạn tự nhiên, con người sơ khai sống thành bầy đàn để cùng chống lại kẻ thù nhưng không có gì ràng buộc giữa họ. *Leviathan* đã mô tả tình trạng hỗn độn vô chính phủ của xã hội chưa có sự công nhận rạch ròi về sở hữu, nên mọi người có thể sẵn sàng gây chiến với người khác để giành lấy cái mình muốn. Cuộc sống của con người ở tình trạng tự nhiên trước khi có nhà nước là đơn độc, nghèo nàn, đói bại, tàn bạo và ngắn ngủi. Tất cả sống trong sự sợ hãi, lo lắng đề phòng, tự vệ không dứt và đó là một cơn ác mộng mà con người không thể chấp nhận được. Để tránh sống trong nỗi lo sợ phải bảo vệ tính mạng và những gì mình có, chấm dứt tình trạng ban sơ đáng sợ và chung sống hòa bình; mọi người phải thống nhất với nhau những nguyên tắc cộng đồng. Mỗi người buộc phải hi sinh một phần tự do - tức là từ bỏ một số quyền tự nhiên (natural right) của mình để thiết lập luật pháp và chính quyền. Và sự ra đời của nhà nước mà linh hồn là chính phủ là sự sáng tạo cao nhất mà con người có thể làm được, tựa như “một con người nhân tạo” để điều hành sự phát triển của xã hội. Nhiệm vụ của nhà nước là xử phạt công minh những kẻ vi phạm lợi ích chung của mọi người và mỗi cá nhân có nghĩa vụ phải tuân theo. Hobbes đã phát hiện được mối quan hệ khăng khít giữa luật và quyền tự nhiên của con người khi ông cho rằng, luật tự nhiên là những nguyên tắc phát sinh từ quyền tự nhiên của con người. Những quyền này là sự tự do cá nhân mà qua đó con người sử dụng sức mạnh bản thân để bảo vệ cuộc sống của mình dựa trên suy xét của lí trí. Vì vậy, con người phải tuân theo luật tự nhiên để bảo vệ, duy trì cuộc sống; nếu không họ sẽ tự hủy hoại kế ước xã hội và trật tự kế ước, trở về cơn ác mộng

của tình trạng ban sơ. Cũng bởi vì con người không thể làm gì phá hủy cuộc sống của họ, cho nên luật tự nhiên phải được áp dụng để bảo vệ cho cuộc sống con người. Luật pháp chỉ ra đời sau khi thiết lập kế ước xã hội và nhằm mục đích phục vụ cho cá nhân.

Là người đặt nền móng cho thời kì Khai sáng và sáng lập chủ nghĩa phê phán Kinh thánh hiện đại với những quan điểm về nhà nước-pháp luật biểu hiện sâu sắc tính chất pháp quyền tự nhiên, Benedic Barud Spinoza¹⁰ cho rằng: Nhà nước hoàn hảo là nhà nước dân chủ mà pháp luật bảo đảm quyền lợi và tự do thực sự của con người. Con người không những được quyền sống, quyền tồn tại mà còn được hưởng những quyền tất yếu thỏa mãn lợi ích của họ. Hơn thế, pháp luật phải đảm bảo ngăn ngừa sự xâm phạm của nhà cầm quyền đến sở hữu, an toàn và tự do của người dân. Từ tiền đề pháp luật tự nhiên, Spinoza đã chỉ ra những quyền cơ bản, tự nhiên của con người cũng như mối liên hệ phụ thuộc của pháp luật thực định với các quyền ấy.

3. Thời kì cận - hiện đại - Học thuyết pháp luật tự nhiên hồi phục, phát triển theo xu hướng thế tục (luật tự nhiên thế tục: secular natural law)

Sang thời kì Cận đại (thế kỉ XVII - nửa đầu thế kỉ XIX), trong quá trình xác lập, củng cố và phát triển chủ nghĩa tư bản, học thuyết pháp luật tự nhiên lại chiếm vị trí nổi bật với những tên tuổi lớn trong quá trình phát triển của luật tự nhiên. John Locke¹¹ cha đẻ của chủ nghĩa tự do cổ điển (classical liberalism) cho rằng, sự kết hợp giữa con người với tự nhiên có trước sự kết hợp giữa con người với con người. Trong quan hệ tự nhiên đó, luật tự nhiên chi phối hay pháp quyền tự nhiên thống trị. Trạng thái tự nhiên (chưa có nhà nước) là thiên đường vì ở đó

10 Barud Spinoza hay Benedictus de Spinoza (1632 - 1677) là nhà triết học người Hà Lan gốc Do Thái, một trong những nhà duy lí vĩ đại của triết học thế kỉ XVII và là nhà luân lí học có quan điểm dứt khoát.

11 John Locke (1632 - 1704) là triết gia, nhà tư tưởng lớn người Anh; tác giả của "Hai khảo luận về chính quyền" (*Two Treatises on Government*) viết trong thời gian bị lưu đày ở Hà Lan. Tác phẩm này khiến cho tên tuổi Locke vĩnh viễn không thể xóa mờ trong lịch sử tư tưởng nhân loại.

mọi người được tự do nhưng không lộn xộn (trái với Hobbes). Nhờ lí trí (luật tự nhiên) con người nhận thức được các *quyền sống, quyền tự do và tư hữu* (có tài sản) của mình. Đó là những quyền tự nhiên có sẵn của con người, thiêng liêng, tối cao và bất khả xâm phạm. Nhưng sự phát triển xã hội đã đưa đến tình trạng tranh giành khiến cho tài sản của cá nhân không được bảo vệ thỏa đáng. Để bảo đảm an ninh, hạnh phúc và các quyền tự nhiên (nhất là quyền tư hữu), họ chấp nhận từ bỏ tình trạng ban sơ tốt đẹp và hòa bình để thiết lập nhà nước bằng thỏa thuận (khế ước). Locke cho rằng, để giảm thiểu đến mức thấp nhất quyền cai trị và tăng đến mức cao nhất quyền tự do cá nhân thì quyền lực nhà nước phải bị hạn chế thông qua kiểm chế, đối trọng giữa các nhánh quyền lực và đại diện thật sự của cơ quan lập pháp. Không phải là để xóa bỏ hoặc hạn chế tự do cá nhân, mà mục đích tối hậu của pháp luật là tạo lập, bảo vệ và mở rộng tự do con người. Sẽ không có tự do nếu không có sự hiện diện của pháp luật và *luật của tự nhiên là bắt buộc vì nó là tự do*. Pháp luật là đường phân ranh giới tự do mà nếu vượt qua nó thì tự do của người này sẽ xâm phạm tới tự do của người khác. Đó cũng là các giới hạn đối với cá nhân thông minh và tự do theo đuổi lợi ích hợp lí của mình trên cơ sở đảm bảo lợi ích chung của cộng đồng. Vì vậy, trong trường hợp người cai trị đi ngược lại hoặc không bảo vệ các quyền tự nhiên thì người dân có quyền lật đổ. Locke đã phát triển học thuyết pháp luật tự nhiên với quyền tư hữu và quyền cách mạng khi cần thiết. Đối lập với chuyên chế, *tự do* từ Locke đã trở thành giá trị chủ đạo của chính trị và pháp quyền tự nhiên, là căn cứ để luận giải, thiết kế những thể chế chính trị hợp lí.

Đóng góp tiếp tục vào công cuộc thể tục hóa pháp luật tự nhiên, S.L.Montesquieu¹² kiên trì quan điểm cho rằng, luật tự nhiên xuất phát từ bản tính con người. Ông khẳng định mọi vật đều có luật của nó (với ý nghĩa là những quan hệ tất yếu từ trong bản chất sự vật) và luật tự nhiên tạo ra sự tồn tại của con người. Những luật tự nhiên của con người là *tự do, bình đẳng, kiếm sống, hòa bình và hợp thành xã hội*. Sau khi tổ chức thành xã hội, con người dần dần nhận thức được sức mạnh của mình và đến khi xã hội xuất hiện tình trạng mâu thuẫn không thể điều hòa thì nhà nước ra đời. Để duy trì trật tự xã hội, phải có luật quy định quan hệ giữa người cai trị với người được cai trị (luật chính trị) và quan hệ giữa các công dân với nhau (luật dân sự). *Luật chính trị* là luật tạo ra nền cai trị và *Luật dân sự* là luật để duy trì nền cai trị ấy. Với mục đích tạo dựng các thể chế chính trị bảo đảm tự do chính trị cho các công dân, Montesquieu cho rằng: Tự do chính trị là quyền làm mọi việc mà pháp luật không cấm và pháp luật trở thành thước đo của tự do. Ông khẳng định: Tự do chỉ có ở những thể chế chính trị mà trong đó pháp luật thống trị, pháp luật được bảo đảm khỏi sự phá vỡ nó bằng cách phân chia quyền lực tối cao thành quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp. Kinh nghiệm lịch sử bao đời cho thấy, người nắm quyền lực thường có khuynh hướng lạm quyền và cách tốt nhất để chống lạm quyền là phải chống độc quyền, là phân chia sao cho các quyền này kiểm chế lẫn nhau.

Giải thích sự hình thành xã hội và nhà nước trên quan điểm của thuyết Pháp quyền tự nhiên và Khế ước xã hội, Jean Jacques Rousseau¹³ chia lịch sử phát triển của nhân loại thành ba trạng thái: 1) Ở “trạng thái tự

12 S.L.Montesquieu (1689 - 1755) là đại biểu nổi bật và hoàn chỉnh của chủ nghĩa tự do, nhà tư tưởng vĩ đại thời kì Khai sáng với tư tưởng đề cao “Tinh thần pháp luật” (Spirit of the Laws). Cùng với Khế ước xã hội của Rousseau, Tinh thần pháp luật của Montesquieu được coi là bộ đôi khai sáng về quan điểm pháp lí, mở đường cho tư duy xã hội Pháp đi tới cuộc Cách mạng tư sản 1789.

13 J.J. Rousseau (1712 - 1778) là nhà tư tưởng vĩ đại, cha đẻ của thuyết “Khế ước xã hội”. Cùng với tác phẩm của những nhà tư tưởng cùng thời, Khế ước xã hội đã tạo ra sức mạnh tinh thần cho các cuộc Cách mạng tư sản. Cuốn sách chỉ ra định hướng xây dựng xã hội công dân và nhà nước pháp quyền, được coi là Thánh kinh chính trị của Cách mạng dân chủ.

nhiên” chưa có sự khác nhau rõ rệt giữa mọi người về kinh tế, địa vị xã hội hay đẳng cấp. Đó là trạng thái lí tưởng, một trạng thái trong sạch mà con người đã sống hàng vạn năm. *Tự do, bình đẳng* là bản tính và là những quyền bất khả xâm phạm của con người. 2) Đặc trưng của “trạng thái công dân” là sự xuất hiện nhà nước, đạo luật xã hội, sự giàu nghèo, các cuộc chiến tranh và tệ nạn xã hội... đã đem lại sinh lực cho kẻ mạnh, tạo ra xiềng xích trói buộc kẻ yếu và hủy diệt tự do tự nhiên của con người. Chế độ tư hữu và tình trạng chiếm đoạt tài sản tạo nên bất bình đẳng xã hội, là nguyên nhân của tình trạng người ta sinh ra tự do nhưng rồi đâu đâu con người cũng sống trong xiềng xích. Suy nghĩ giải quyết vấn nạn này, Rousseau cho rằng: Nếu tìm xem điều tốt nhất cho tất cả mọi người và đỉnh cao nhất của các hệ thống lập pháp là cái gì, ta sẽ thấy điều đó quy gọn vào hai mục tiêu: *tự do và bình đẳng*. Ông nhận thấy phương pháp duy nhất giúp con người tự bảo vệ mình là họ phải kết hợp lại với nhau thành một lực lượng chung, được điều khiển bằng một động cơ chung và hình thức liên kết sức mạnh ấy gọi là “Khế ước xã hội”. 3) Điều đó là cơ sở cho sự ra đời “trạng thái thứ ba” là trạng thái mà xã hội loài người trở về với trạng thái tự nhiên ban đầu nhưng trên cơ sở cao hơn. Với chủ trương xây dựng mô hình nhà nước - xã hội lí tưởng dựa trên công lí và lí tính, Rousseau hướng đến mục tiêu xây dựng xã hội mọi người tự do bình đẳng và quyền lực xã hội thuộc về nhân dân. Trạng thái tự nhiên là vốn có và phúc lợi cao nhất của con người và nhà nước được lập ra thông qua khế ước xã hội phải thể hiện ý chí quyền lực của nhân dân và phục vụ toàn dân; nếu không thì bộ phận cầm quyền phải bị đào thải, thay thế. Quyền lực phải được

tập trung cao nhất, nếu quyền lực phân chia ra các cơ quan nắm giữ các nhiệm vụ khác nhau thì phải coi các cơ quan đó là công cụ của chủ thể nhân dân và lệ thuộc vào chủ quyền nhân dân (trái với Montesquieu). Là ý chí chung của nhân dân nên pháp luật phải mang hơi thở và là linh hồn (tinh thần) của mỗi cộng đồng dân cư.

Hành trình thể tục hóa của luật tự nhiên tiếp tục được phát triển đến cao độ với Immanuel Kant và Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Là một trong những nhà lí luận đầu tiên về Nhà nước pháp quyền (rule of law), Emmanuel Kant¹⁴ cho rằng, xã hội loài người là giai đoạn phát triển tiếp theo của tự nhiên. Nhà nước được xây dựng nhằm giải quyết những đối kháng xã hội theo hướng ngày càng hoàn thiện vì lợi ích của con người, đảm bảo bình đẳng cho mọi công dân. *Sứ mệnh của nhà nước và luật pháp cũng như tiêu chí đạo đức đều nhằm phục vụ con người và thước đo đánh giá sự tiến bộ của tiến trình lịch sử nhân loại là trình độ giải phóng con người*. Theo ông, có 3 ba loại pháp luật: 1) Pháp luật tự nhiên có các nguyên tắc, tiên nghiệm tất nhiên; 2) Pháp luật thực tế có nguồn gốc là ý chí của người lập pháp; 3) Pháp luật công lí là đòi hỏi khát vọng không được pháp luật quy định và do vậy không đảm bảo bằng cưỡng chế. Trong đó, pháp luật tự nhiên lại bao gồm 2 bộ phận: *luật tư* điều chỉnh mối quan hệ giữa các cá nhân với tư cách là chủ sở hữu và *luật công* điều chỉnh mối quan hệ giữa mọi người liên minh thành cộng đồng nhà nước và các công dân với tư cách là các thành viên của tổng thể chính trị. Khác với quan điểm của các nhà Khai sáng Pháp thế kỉ XVIII, Hegel¹⁵ cho rằng: Con người về bản tính vốn là bất bình đẳng và mọi sự bất

14 Emmanuel Kant (1724 - 1804) được mệnh danh là một trong những nhà triết học vĩ đại nhất trong lịch sử tư tưởng phương Tây, người đặt nền tảng và điểm xuất phát của triết học Đức hiện đại.

15 Hegel (1770 - 1831) là nhà triết học vĩ đại Đức theo chủ nghĩa duy tâm khách quan. Một trong những tư tưởng bất hủ của Hegel được trình bày dưới hình thức duy tâm là sự khẳng định con người là chủ thể đồng thời là kết quả của lịch sử và lịch sử là kết quả hoạt động của con người.

công, tệ nạn xã hội là những hiện tượng tất yếu của sự phát triển xã hội xuất phát từ bản tính con người. Sự không ngừng nảy sinh và giải quyết những mâu thuẫn giữa các quan hệ đó là một trong những động lực cơ bản thúc đẩy xã hội phát triển và nhà nước xuất hiện. Hegel bác bỏ cách hiểu theo ông là “hàm hồ” về pháp luật tự nhiên như là luật có sẵn và có hiệu lực khi con người trong tình trạng tự nhiên, còn lúc con người bước vào tình trạng xã hội có nhà nước thì luật tự nhiên lại trở thành cái gì đó giới hạn sự tự do và hy sinh cho quyền tự nhiên (cách hiểu của Thomas Hobbes, John Locke). Ông cho rằng, pháp quyền tự nhiên không có sẵn một cách trực tiếp như thế bởi nó không phải là hiện thực mà là khái niệm tự quy định chính mình thông qua bản tính tự nhiên của sự việc. Theo Hegel: *“Chỉ đến lúc con người ra khỏi và nhất thiết phải ra khỏi tình trạng tự nhiên vốn là miếng đất của sự tùy tiện và bạo lực để đạt tình trạng xã hội thì pháp quyền tự nhiên mới từ khái niệm trở thành hiện thực”*¹⁶. Hegel đã xem ý niệm là sự thống nhất giữa khái niệm và hiện thực, còn hiện thực không gì hơn là việc hiện thực hóa khái niệm bằng bản thân khái niệm. Ông đồng nhất giữa cái hợp lí tính và cái hiện thực, cố gắng dung hòa giữa pháp luật tự nhiên (hợp lí tính) và pháp luật thực định (hiện thực): Quan hệ giữa chúng theo ông là *“quan hệ giữa Institutionen và Pandekten”*¹⁷. Từ đó, ông cho rằng, bên cạnh việc là tồn tại - hiện có của ý chí tự do, bản thân pháp quyền tự nhiên, lí tính còn là hiện thân của sự tự do nữa. Nhân mạnh quan hệ giữa pháp quyền và tự do, Hegel nhìn *tự do là tồn tại nơi chính mình trong cái tồn tại khác*. Vì ý chí chủ quan của con người nhiều khi không đồng nhất thậm chí còn đối lập với tính

khách quan nào đó; nhưng với lí tính, con người có khả năng trải nghiệm tính khách quan này và biến nó thành ý chí chủ quan của mình. Đó là sự tự hiện thực hóa ý chí chủ quan của con người, là *tự do*. Trong triết học pháp quyền của Hegel, lí tính có sức mạnh vô biên và được đưa lên đỉnh cao chưa từng có trong việc tạo lập luật pháp.

Nhìn chung, trong khoảng ba thế kỉ (thế kỉ XVI - XVIII), với các đại biểu Hugo Grotius, Hobbes, Locke... học thuyết luật tự nhiên đã lột xác hoàn toàn: Từ luật tự nhiên xuất phát bởi Thượng đế và nằm ở bản tính sự vật sang luật tự nhiên bắt nguồn từ đòi hỏi của lí trí và bản tính con người, nó có sẵn trước khi xuất hiện nhà nước và xã hội. Luật tự nhiên không còn do Thượng đế tạo ra nữa mà trở thành sản phẩm của lí trí con người, của tự do và bất biến: *“Hoàn toàn không còn, dù chỉ phảng phất bóng dáng của thế lực siêu nhiên dù là Thượng đế, tạo hóa hay tự nhiên trong Thomas Hobbes, John Locke hay Montesquieu, Kant xem luật có cơ sở duy nhất từ ý chí tự do, trong khi với Hobbes hay Locke, tự do của con người chỉ là hành động”*¹⁸. Cùng với việc chỉ ra nguồn gốc của nhà nước và pháp luật từ bản chất của con người, trong trạng thái tự nhiên trước khi kết ước sống thành xã hội, các nhà tư tưởng cũng đồng thời triệt tiêu Thượng đế (hay Chúa Trời) và đưa con người lên ngôi. Con người thời cận đại không sợ hãi tự nhiên trong sự đồng nhất với Thượng đế như thần học, cũng không gắng công đi tìm bản chất tự nhiên như triết học Aristotle đã làm. Từ Thượng đế chuyển qua tự nhiên và chuyển sang lí tính, luật của tự nhiên là luật của lí trí, xuất phát từ lí trí con người, do con người mà tồn tại.

16 Xem: Hegel F.W.G, Các nguyên lí của triết học pháp quyền, Nxb. Tri thức, Hà Nội, 2010, tr. 192.

17 Institutionen là phần thứ nhất của Bộ luật dân sự La Mã (Corpus Iuris Civilis) mang hình thức sách giáo khoa. Pandekten là tập hợp các trích dẫn từ những tác phẩm của các cá nhân nhà luật học và các bộ luật trong quá khứ.

18 Xem: Hegel F.W.G, Các nguyên lí của triết học pháp quyền, Nxb Tri thức, Hà Nội, 2010, tr. 29.

4. Thế kỉ XX - Luật tự nhiên về thủ tục chặt chẽ (procedural natural law)

Đại diện là Lon Fuller (1902 - 1978), ông cho rằng, luật pháp phải chứa đựng những yếu tố đạo đức nội tại và đạo lí tiềm ẩn. Các đạo luật phải đảm bảo sự công bằng về thủ tục mới có đủ phẩm chất để trở thành pháp luật. Nếu một hệ thống các quy tắc vi phạm những nguyên tắc, thủ tục cơ bản của công lí và công bằng thì hệ thống quy tắc đó không thể được coi là hệ thống pháp luật. Ông đề xuất tám thủ tục chặt chẽ và cho rằng nếu đáp ứng đủ các thủ tục, nguyên tắc này, hệ thống các quy tắc của con người có thể coi là công bằng, tốt đẹp. Các quy tắc này bao gồm các quy định về tính minh bạch, tính không hồi tố, tính không mâu thuẫn và khả năng thực thi... Trên quan điểm đó, Fuller lên án hệ thống pháp luật vô đạo đức như các đạo luật của Đức quốc xã trong Chiến tranh Thế giới thứ II. Do hàng loạt các vi phạm về thủ tục (như: quy định hồi tố, tính công khai...) nên các quy định này không hội đủ các yếu tố để trở thành pháp

luật, không thể coi là pháp luật chân chính.

Tóm lại: Từ lịch sử hình thành, phát triển của tư tưởng pháp luật tự nhiên, có thể quan niệm: Học thuyết pháp luật tự nhiên (natural law doctrine) là hệ thống tư tưởng chính trị và pháp quyền về một hệ thống pháp luật lí tưởng, dường như xuất phát từ bản tính con người, lấy lí trí con người làm nền tảng, không phụ thuộc vào nhà nước và các điều kiện xã hội¹⁹. Là lí thuyết về các nguyên tắc và quyền con người được thể hiện ở những quy tắc, tiêu chuẩn về công bằng, bác ái, lẽ phải, lương tri, tôn trọng nhân cách, phẩm giá và các quyền con người; pháp luật tự nhiên cũng được hiểu là những chuẩn mực cơ bản của đạo đức và chính trị bắt nguồn từ bản chất của các sự vật và bản chất con người, mang tính phổ quát và áp dụng cho mọi người ở mọi thời điểm và có thể được nhận thức bởi những phương tiện hợp lí thông thường.

Đây là học thuyết lấy quan niệm luật tự nhiên là lí tính tri thức, lấy triết học tự nhiên và nhận thức luận làm căn cứ luận và được nhận thức bằng phương pháp logic ■

19 Xem: Từ điển Bách khoa Việt Nam, Tập 3, Nxb. Từ điển Bách khoa, tr. 420 - 421.

Đổi mới tổ chức...

tỉnh và cấp huyện... cần được cân nhắc lại cho phù hợp. Chú ý 2 khía cạnh sau:

(i) việc này đòi hỏi thực hiện cùng thời gian với công tác xây dựng Luật Tổ chức chính quyền địa phương, vì sẽ có nhiều sự thay đổi thẩm quyền và thủ tục tham gia của chính quyền địa phương trong tổ chức đơn vị hành chính;

(ii) nên xây dựng Luật Tổ chức đơn vị hành chính: vì tiêu chí phân loại đơn vị hành chính, trình tự thủ tục chia, nhập, điều chỉnh đơn vị hành chính... có liên quan đến thẩm quyền của Quốc hội, UBND và vốn dĩ

(Tiếp theo trang 14)

đây là việc hệ trọng nên cần đến *sức mạnh* của một đạo luật (không nên chỉ dừng lại ở cấp độ Nghị định hoặc Pháp lệnh), và Hiến pháp 2013 đã quy định tại Điều 110 khoản 2 thì công việc này phải do *luật* định.

Ba là, tạm ngưng các hoạt động (chia, nhập, điều chỉnh...) làm biến đổi hiện trạng các đơn vị hành chính cho đến khi có quy định mới.

Bốn là, khẩn trương xúc tiến xây dựng Luật Trung cầu ý dân để hiện thực hóa một phần nguyên tắc về thủ tục trong khoản 2 Điều 110 của Hiến pháp 2013 ■

BÌNH LUẬN VỀ HỢP ĐỒNG CHUYỂN NHƯỢNG BẤT ĐỘNG SẢN HÌNH THÀNH TRONG TƯƠNG LAI

PHẠM QUANG HUY*

Khi thị trường bất động sản (BDS) phát triển rực rỡ tại Việt Nam vào thập kỷ đầu của thiên niên kỷ thứ ba, trong vòng chưa đầy 10 năm, Việt Nam đã có trên 7.000 doanh nghiệp kinh doanh BDS¹. Trên thực tế đã xuất hiện các giao dịch mà đối tượng là tài sản/BDS hình thành trong tương lai (các công trình xây dựng chưa có trên thực tế, thực địa). Hợp đồng chuyển nhượng BDS hình thành trong tương lai (HĐCNBĐSTL) là một bước tiến lớn trong khoa học pháp lý nói chung và luật hợp đồng nói riêng.

1. Lược sử dân luật Việt Nam

Trước Cách mạng Tháng Tám năm 1945, ở Việt Nam tồn tại ba bộ dân luật, gồm có: (1) Bộ Dân luật Giản yếu ban hành năm 1883 ở Nam phần; (2) Bộ Dân luật ban hành năm 1931 (thường được gọi là Bộ Dân luật Bắc) gồm 1455 Điều, chia làm Thiên sơ bộ và 04 Quyển² ở Bắc phần; (3) Nhằm “cốt để sửa sang hộ luật ở xứ Trung - Kỳ cho được rõ ràng và thích hiệp, đều là có thể theo y như luật hộ hiện thi hành ở Bắc Kỳ”³ [1, tr.3], Đại Nam Hoàng đế Bảo Đại đã ban hành Hoàng Việt Trung Kỳ Hộ Luật (thường được gọi là Bộ Dân luật Trung) gồm có

Quyển thứ nhất theo đạo Dụ số 51 ngày 13/7/1936 (có hiệu lực thi hành từ 01/01/1937), Quyển thứ hai theo đạo Dụ số 95 ngày 08/01/1938 (có hiệu lực thi hành từ 31/8/1938), các Quyển thứ ba, thứ tư và thứ năm được ban hành theo đạo Dụ số 59 ngày 28/9/1939, có hiệu lực thi hành từ ngày 08/02/1940. Bộ Dân luật Trung này tổng cộng gồm 1709 điều⁴.

Ngày 20/12/1972, tại miền Nam Việt Nam, chính quyền Việt Nam Cộng hòa ban hành Bộ Dân luật mới. Bộ Dân luật này gồm Thiên Mở đầu, Quyển I đến Quyển V và Điều khoản tổng quát, tổng cộng 1500 điều⁵.

* **LS., Trưởng Văn phòng luật sư Hàn Sĩ Huy**

1 Đặng Đức Thành (2008), Kinh doanh BDS và hướng phát triển bền vững, NXB Trẻ, Thành phố Hồ Chí Minh, tr.19.

2 Vũ Văn Mẫu (1963), Việt Nam Dân luận khái luận, Bộ Quốc Giáo dục xuất bản, Sài Gòn, tr.292.

3 Đại Nam Hoàng đế (1947), Hoàng Việt Trung Kỳ Hộ Luật, Nhà in Viễn Đệ, Huế, tr.3.

4 Đại Nam Hoàng đế, Sđd, tr.3, tr.89, tr.133.

5 Phủ Tổng ủy Dân vận (1973), Bộ Dân luật, Nhà in Vị Hoàng, Sài Gòn, tr 6.

Sau khi thống nhất đất nước, Quốc hội nước Việt Nam thống nhất đã hai lần thông qua Bộ luật Dân sự (BLDS): (1) Ngày 28/10/1995, Quốc hội khóa IX kỳ họp thứ 8 đã thông qua BLDS năm 1995 gồm 07 Phần, 25 Chương, 868 điều, có hiệu lực thi hành kể từ ngày 01/7/1996 và (2) Ngày 14/6/2005 (sau gần tròn 10 năm), Quốc hội khóa XI, kỳ họp thứ 7 đã thông qua BLDS năm 2005 gồm 07 Phần, 777 điều, có hiệu lực thi hành kể từ ngày 01/01/2006, thay thế BLDS năm 1995⁶.

2. Khái luận về Hợp đồng

(1) Để tìm hiểu bản chất nội hàm của “Hợp đồng”, trước tiên ta cần hiểu được khái niệm thông dụng của từ này. Học giả Đào Duy Anh định nghĩa Khế ước là “Hợp đồng với nhau - Ý chí hợp nhau. Điều kiện của hai người trở lên đồng ý kết hợp với nhau để cùng nhau tuân giữ mà làm việc gì (contrat)” và định nghĩa Hợp đồng là “Cái khế ước của hai bên, mỗi bên đều giữ một bản để làm tin (contrat)”⁷. Trong công trình “Danh từ pháp luật lược giải” đồ sộ (1.274 trang) của mình, Thẩm phán Tòa Thượng thẩm Sài Gòn Trần Thúc Linh cũng phân biệt khế ước (tiếng Pháp: contrat, tiếng Anh: contract) với Hợp đồng (convention): “Khế

ước là một sự thỏa thuận giữa hai hay nhiều người muốn tạo ra hậu quả pháp lý... Tất cả các khế ước là hợp đồng, đều có sự thỏa thuận đồng ý của mọi người kết ước để tạo ra một hậu quả pháp lý. Nhưng tất cả hợp đồng không hẳn là khế ước vì khế ước thỏa thuận để tạo ra nghĩa vụ, còn hợp đồng có thể thỏa thuận để chấm dứt một nghĩa vụ, tạo ra hay thay đổi hay chấm dứt một quyền gì”⁸. Trong định nghĩa của mình, Trần Thúc Linh chú trọng đến các thành tố cơ bản của hợp đồng gồm có (i) Thỏa thuận, (ii) Hậu quả pháp lý của thỏa thuận và (iii) Ý chí của các bên “muốn” kết ước. Ngoài ra, qua định nghĩa này, Trần Thúc Linh góp phần phân biệt thỏa thuận (agreement) và hợp đồng (contract) tương tự như cách nhìn nhận của Bộ luật Thương mại Mẫu của Hoa Kỳ (UCC) sẽ được phân tích dưới đây.

(2) Đối với khái niệm hợp đồng, BLDS Pháp quy định “Hợp đồng là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó một hoặc nhiều người cam kết với một hoặc nhiều người khác về việc chuyển giao một vật, làm hoặc không làm một công việc nào đó”⁹. Trên cơ sở đó, các nhà luật học Pháp nhìn nhận hợp đồng là một hành vi pháp lý và là sự thỏa thuận giữa các bên theo mô thức:

Bảng 1. Khái luận Hợp đồng¹⁰

*Hành vi pháp lý = Sự thể hiện ý chí làm phát sinh các hệ quả pháp lý;
 Tính chất hợp đồng = Sự thống nhất ý chí giữa hai hay nhiều người;
 Mục đích của hợp đồng = Mỗi bên theo đuổi những lợi ích riêng của mình. Hợp đồng là kết quả của sự dung hòa lợi ích đối lập nhau;
 Thỏa thuận = Sự thống nhất ý chí làm phát sinh các hệ quả pháp lý*

6 *Hội Luật gia Việt Nam (2005), Tìm hiểu nội dung cơ bản của BLDS năm 2005, Nhà xuất bản Lao động – Xã hội, Hà Nội, tr.10, tr. 5.*

7 *Đào Duy Anh (1957), Hán – Việt Từ điển, Trường Thi xuất bản, Sài Gòn, tr.393.*

8 *Trần Thúc Linh (1966), Danh từ pháp luật lược giải, Khai Trí, Sài Gòn, tr.152.*

9 *Nhà pháp luật Việt Pháp (2006), BLDS Pháp, Nhà xuất bản Tư pháp, Hà Nội, Điều 1101, tr.399 - 667.*

10 *Corinne Renault Brahinsky (2002), Đại cương về pháp luật hợp đồng, Nhà xuất bản Văn hóa thông tin, Hà Nội, tr.4.*

Trong án lệ của Pháp, các tòa án “coi khế ước như luật lệ”¹¹, và chỉ phán xét về ý chí của các bên kết ước thông qua lập luận rằng “trong một khế ước song phương, nếu ý chí chung của đôi bên kết ước không được minh bạch thể hiện trong văn tự, tòa án có quyền giải thích và xác nhận tính chất thật sự của khế ước chiếu theo các sự kiện thật tế của hồ sơ. Tòa án không bị bó buộc do các danh từ mà đôi bên đã dùng để mệnh danh khế ước”¹².

Chịu ảnh hưởng của dân luật Pháp, Bộ Dân luật Bắc và Trung của Việt Nam định nghĩa “khế ước là một hợp ước của một người hay nhiều người cam đoan với một hay nhiều người khác để chuyển hữu, tác động hay bất tác động”¹³. Cụ thể, Điều 680 Bộ Dân luật Trung quy định “Hiệp ước là một hay nhiều người đồng ý nhau để lập ra hay chuyển đi, đổi đi hay tiêu đi một quyền lợi thuộc về của cải hay về người. Khế ước là một hiệp ước của một người hay nhiều người cam đoan với một hay nhiều người khác để chuyển giao, để làm hay không làm cái gì”¹⁴. Hơn nữa, chịu ảnh hưởng ở tư tưởng tự do ý chí trong kết ước của dân luật Pháp như đã kể trên, Bộ dân luật Trung còn chỉ rõ “Người lập ước được tự do giao ước nhau, miễn là đừng ước định điều gì trái với pháp luật, với phong hóa hay trật tự công chúng”¹⁵.

Đối với dân luật Pháp, nguyên tắc tự do ý chí trong giao kết hợp đồng được đề cao và nằm trong hệ thống các quan điểm của nền triết học Ánh sáng. Có người cho rằng học thuyết này là quan điểm của nhà triết học Đức Emanuelle Kant với dẫn chiếu một

câu nói của Fouillé – học trò của Kant “Công lý hay công bằng chỉ là quy ước. Khi ta quy ước đó là công bằng thì đó là công bằng”. Học thuyết này cho rằng, ý chí của con người là tối thượng và tự chủ¹⁶. Xuất phát từ quan điểm tự do này, các nhà luật học Pháp đề cao tự do ý chí của người kết ước trong quá trình thương thảo, thực hiện hợp đồng. Tương tự, Bộ Dân luật của Chính quyền Việt Nam Cộng hòa năm 1972 quy định: “Khế ước hay hiệp ước là một hành vi pháp lý do sự thỏa thuận giữa hai hay nhiều người để tạo lập, di chuyển, biến cải hay tiêu trừ một quyền lợi, đối nhân hoặc đối vật”¹⁷.

(3) Khác với cách nhìn nhận của dân luật Pháp, các nhà luật học Mỹ định nghĩa hợp đồng là: “một nhánh của pháp luật về nghĩa vụ, xử lý đối với các nghĩa vụ tự nguyện thực hiện. Hệ thống pháp luật Civil Law chia sẻ các di sản của pháp luật La Mã, nhưng ý tưởng của giáo luật về *pacta sunt servanda* (lời hứa phải được tuân theo) có ảnh hưởng đáng kể. Sự phát triển chính yếu kể từ pháp luật La Mã cổ điển là sự di chuyển từ việc có hợp đồng chính cụ thể như hợp đồng dịch vụ, cho thuê, mua bán tới việc chấp nhận rằng đồng thuận (*consent*) làm nền tảng cho tất cả. Trong hệ thống pháp luật Anh - Mỹ thì yếu tố *consideration* (sự xem xét và hứa hẹn) là yếu tố tiên quyết.

Các yêu cầu đối với một hợp đồng trong pháp luật Anh - Mỹ là có một đề nghị giao kết hợp đồng, chấp nhận giao kết hợp đồng, xem xét và hứa hẹn, một ý định để thực hiện nghĩa vụ pháp lý.

Trong luật Scotland, vì nguồn gốc dân luật của mình, không cần tới *consideration*

11 Trần Thúc Linh, *Sđd*, tr.31.

12 Trần Thúc Linh, *Sđd*, tr.33.

13 Vũ Văn Mẫu, Lê Đình Chân, Lưu Văn Bình, Hồ Thới Sang, *Sđd*, tr.55.

14 Đại Nam Hoàng đế, *Sđd*, tr.186.

15 Đại Nam Hoàng đế, *Điều 681, Sđd*, tr.186.

16 Corinne Renault Brahinsky, *Sđd*, tr6.

17 Phủ Tổng ủy Dân vận, *Sđd*, Điều 653, trang 154.

(sự xem xét và hứa hẹn). Sự đồng thuận của hợp đồng thường được phát hiện bởi khách quan, chứ không phải do chủ quan trong quá trình xác định vị trí của các bên [giao kết hợp đồng]. Khả năng các bên không thực sự đạt được thỏa thuận đối với một điều - consensus ad idem - được xử lý theo pháp luật liên quan đến nhầm lẫn hoặc sai sót)¹⁸.

Bên cạnh đó, người Mỹ định nghĩa ngắn gọn về hợp đồng (contract) là: “một lời hứa đối với vi phạm pháp luật quy định biện pháp khắc phục (remedy); hoặc thực hiện các nghĩa vụ mà pháp luật công nhận; một giao dịch bao gồm hai hay nhiều cá nhân có quyền đối ứng yêu cầu bên còn lại thực hiện lời hứa”¹⁹.

Thêm vào đó, các nhà luật học Mỹ cũng cho rằng, hiện không có một định nghĩa về hợp đồng thỏa mãn tất cả mọi người. Khó khăn này xuất phát từ sự đa dạng trong thể hiện ý chí cấu tạo nên hợp đồng hoặc các quan điểm khác nhau về cách cấu thành hợp đồng và hậu quả của nó. Mọi hợp đồng đều chứa ít nhất một hứa hẹn có hậu quả pháp lý. Hậu quả pháp lý có thể thực thi bởi tòa án bằng phán quyết cụ thể hoặc phạt tiền. Sự thực, sự hứa hẹn là thành tố cần thiết cho hầu hết mọi hợp đồng. Sự hứa hẹn thường gắn kết với các thành tố khác của hợp đồng như hành vi vật lý, sự thật khách quan và sự chuyển giao lợi ích tài sản. Hợp đồng thông dụng không chỉ có sự hứa hẹn đơn lẻ, mà còn là tổng hòa của các yếu tố này. Tuy nhiên, định nghĩa nêu trên về hợp đồng không thể chỉ ra được hợp đồng thường đòi hỏi sự tán thành của hơn một bên. Bên cạnh đó, một số hợp đồng bao gồm lời hứa hẹn nhưng không thể thực thi được mà không bị trừng phạt. Trong khi sự hứa hẹn ẩn chứa trong các hợp đồng dạng này có thể có hậu

quả pháp lý. Có thể nói rằng, pháp luật đã công nhận những trường hợp này là nghĩa vụ vượt quá giới hạn thông thường của từ này²⁰.

Một định nghĩa thông dụng khác cho rằng, hợp đồng là một thỏa thuận hợp pháp có hiệu lực. Định nghĩa này có ưu điểm là nhấn mạnh “thỏa thuận” là cốt lõi của luật hợp đồng, nhưng trên thực tế có một số loại hợp đồng được hình thành mà không có thỏa thuận. Cũng giống như các định nghĩa về hợp đồng khác, định nghĩa này cũng không khai sáng hơn và không hữu ích trong việc chỉ ra tổng hòa ngôn từ và hành động là có hiệu lực hợp pháp.

Một định nghĩa gần đây cho rằng, hợp đồng là mối liên hệ giữa các bên tham gia một quá trình dự kiến trao đổi trong tương lai. Một trong những giá trị của định nghĩa này là sự nhấn mạnh việc hợp đồng thiết lập một mối liên hệ giữa các bên hợp đồng rộng hơn so với lời hứa và thỏa thuận của các bên này. Thỏa thuận được chỉ ra bởi ma trận xã hội trong đó bao gồm các vấn đề như tùy chỉnh, nhận thức rõ vai trò kinh tế xã hội của các bên, các khái niệm chung về hành vi tử tế, giả định cơ bản được chia sẻ mà được nói ra của các bên, và các yếu tố khác trong bối cảnh riêng và chung trong đó các bên nhìn nhận được mình. Định nghĩa này nhấn mạnh cốt lõi kinh tế của hợp đồng, theo đó, hợp đồng là sự trao đổi giữa ít nhất của hai bên và là một công cụ để lập kế hoạch hành động trong tương lai²⁰.

Dường như để làm rõ hơn sự phân vân trong khái niệm, Mục §1-201(12) Bộ luật Thương mại Mẫu của Hoa Kỳ (UCC) định nghĩa: “Hợp đồng, để phân biệt với “thỏa thuận”, có nghĩa là tổng nghĩa vụ pháp lý mà kết quả từ thỏa thuận của các bên được quy

18 Stewart, William.J. (2006), *Collins Dictionary of Law*, Collins, London, The United of Kingdom, pp.107.

19 Gifis, Steven.H. (2008), *Dictionary of Legal Terms*, pp.107, Barron's, New York, USA, pp.107 (Contract: a promise, for the breach of which the law provides a remedy, or the performance of which the law recognizes as a duty; a transaction involving two or more individuals whereby each has reciprocal rights to demand performance of what is promised)

20 Calamari John D., Perillo Joseph M. (1987), *The Law of Contracts*, West Publishing, Minnesota, USA, pg 1.

định bởi [Bộ luật Thương mại Mẫu] cũng như bổ sung bởi bất kỳ luật áp dụng khác”²². Theo đó, Pháp luật Anh - Mỹ nhìn nhận hợp đồng là một thỏa thuận giữa hai bên hoặc nhiều bên có thẩm quyền, dựa trên những lời hứa lẫn nhau, để làm hoặc không làm một việc cụ thể hợp pháp và có thể thực hiện²³. Kết quả thỏa thuận là nghĩa vụ hoặc nhiệm vụ có thể được thi hành tại tòa án. Trên cơ sở này, các giáo sư luật người Mỹ cũng chỉ ra sáu thành tố của hợp đồng, cụ thể:

(4) Trong khi đó, BLDS Việt Nam năm 2005 quy định về khái niệm Hợp đồng dân sự: “Hợp đồng dân sự là sự thỏa thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự”²⁵.

Bình luận về Điều 388 nêu trên, các tác giả Đại học Luật Hà Nội cho rằng, về nguyên tắc chung, mọi thỏa thuận nhằm xác lập, thay đổi, chấm dứt các quyền và nghĩa vụ dân sự phải tuân theo các quy định chung về giao dịch dân sự và hợp đồng dân sự

Bảng 2. Sáu thành tố của Hợp đồng²⁴

<i>Thành tố</i>	<i>Diễn giải</i>
Đề nghị	[giao kết hợp đồng] <i>Đề nghị được thực hiện bởi một bên (Bên Đề nghị) cho một bên khác (Bên Được Đề nghị) cho biết sẵn sàng tham gia vào hợp đồng</i>
Chấp thuận	[đề nghị giao kết hợp đồng] <i>Bên được đề nghị đồng ý bị ràng buộc bởi các điều khoản của đề nghị giao kết hợp đồng</i>
Đồng thuận	<i>Đề nghị và chấp thuận song hành để tạo ra sự đồng thuận hoặc “một cuộc họp của ý chí”. Sự đồng thuận có thể bị phá hủy bởi gian lận, xuyên tạc, sai lầm, cưỡng ép, hoặc ảnh hưởng không đáng có</i>
Năng lực	<i>Pháp luật giả định mọi chủ thể tham gia hợp đồng có năng lực pháp lý để làm vậy. Tuy nhiên, trẻ vị thành niên thường được miễn trách nhiệm hợp đồng, cũng như các cá nhân không đủ năng lực về tinh thần và bị ép dùng thuốc hoặc say.</i>
Sự xem xét và hứa hẹn	(consideration) <i>Sự xem xét và hứa hẹn là điều có giá trị hứa hẹn của một Bên nhằm đổi lấy một cái khác có giá trị của Bên còn lại trong hợp đồng. Sự trao đổi này ràng buộc các bên với nhau.</i>
Tính hợp pháp	<i>Các bên không được phép tham gia hợp đồng liên quan đến thực hiện hành vi bất hợp pháp. Một số hợp đồng bất hợp pháp liên quan tới thỏa thuận thực hiện tội phạm hoặc vi phạm dân sự. Một số khác liên quan tới hành vi bất hợp pháp theo luật định.</i>

21 Calamari John D., Perillo Joseph M., Ibid, pg 2.

22 Website Trường Luật Cornell, <http://www.law.cornell.edu/ucc/1/article1.htm#s1-201>, truy cập 17h19/6/2013.

23 Brown, Gordon.W., Sukys Paul. A. (1993), *Business law with UCC applications (9th edition)*, Glencoe, Mc GrawHill, NewYork, USA, pp.94.

24 Brown, Gordon.W., Sukys Paul. A., Ibid, pp94.

25 Bộ luật Dân sự Việt Nam, Sđd, Điều 388, tr.151

trong BLDS. Theo đó, các tác giả này chia hợp đồng dân sự thành hai nhóm: (1) Nhóm hợp đồng có đối tượng là tài sản và (2) Nhóm hợp đồng có đối tượng là công việc phải làm²⁶. Quan điểm của các nhà luật học Việt Nam nêu trên chú trọng tới đối tượng thực thi hợp đồng nhiều hơn là ý chí của người kết ước trong quá trình thương thảo, thực hiện hợp đồng. Xuất phát từ quan điểm chú trọng tới đối tượng kết ước này nên dẫn đến việc chú trọng tới “tính đủ điều kiện” của đối tượng chuyển nhượng trong giao dịch BĐS sẽ được chúng tôi bình luận thêm tại Mục 2.

2. Thực trạng pháp luật về hợp đồng chuyển nhượng BĐS hình thành trong tương lai

Về các quy định hợp đồng và khế ước, “sự thực, các nguyên tắc tổng quát về khế ước không được nhà lập pháp dự liệu minh thị trong cổ luật”²⁷. Theo đó, cổ luật Đông phương nói chung và cổ luật Việt Nam nói riêng khác hẳn dân luật Tây phương ở điểm không quy định vấn đề các nghĩa vụ khế ước một cách có hệ thống. Lý do cho việc này là phát sinh ở quan niệm nhân trị của người Việt, ảnh hưởng bởi Trung Quốc²⁸. Mặc dầu vậy, tương tự như trong dân luật hiện đại, cổ pháp tôn trọng sự tự do kết ước. Giới hạn cho nguyên tắc tự do kết ước này là việc xâm phạm thuần phong mỹ tục hay trật tự công cộng²⁹. Tuy nhiên, về cơ bản, cổ luật Việt Nam không quy định cụ thể, chi tiết về khế ước và hợp đồng.

Quy định hiện hành về HĐCNBĐSTL

Theo quy định của Luật Nhà ở, hướng dẫn tại Điều 9 Nghị định 71/2010/NĐ-CP của Chính phủ ngày 23/6/2010, thì trong quá trình đầu tư, chủ đầu tư được huy động vốn

từ tiền mua nhà ứng trước của các đối tượng được quyền sở hữu nhà ở tại Việt Nam theo quy định của Luật Nhà ở thông qua hình thức ký hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai; với điều kiện đã có thiết kế kỹ thuật nhà ở được phê duyệt, đã xây dựng xong phần móng của nhà ở, đã hoàn thành thủ tục mua bán qua sàn giao dịch BĐS theo đúng quy định của pháp luật về kinh doanh BĐS và đã thông báo cho Sở Xây dựng nơi có dự án phát triển nhà ở.

Ngoài ra, Điều 61 Nghị định 71/2010/NĐ-CP của Chính phủ quy định tổ chức, cá nhân mua nhà ở hình thành trong tương lai của doanh nghiệp kinh doanh BĐS được quyền thế chấp nhà ở tại tổ chức tín dụng để vay vốn. Thủ tục thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai được thực hiện theo hướng dẫn của Ngân hàng Nhà nước.

Như vậy, pháp luật cho phép thực hiện việc mua bán nhà ở hình thành trong tương lai khi thoả mãn điều kiện theo quy định pháp luật nêu trên và Hợp đồng mua bán nhà ở được ký giữa bên bán có chức năng kinh doanh BĐS và bên mua (cá nhân, hộ gia đình) thì đương nhiên có hiệu lực, không cần qua thủ tục công chứng, chứng thực. Người mua nhà ở hình thành trong tương lai được phép thế chấp nhà ở vay vốn tại tổ chức tín dụng được phép tại Việt Nam.

Chế định tài sản hình thành trong tương lai

Ở Việt Nam, việc dùng tài sản hình thành trong tương lai để bảo đảm cho nghĩa vụ dân sự đã được áp dụng từ khi có Nghị định 165/1999/NĐ-CP ngày 19/11/1999 của Chính phủ về giao dịch bảo đảm và Nghị định 178/1999/NĐ-CP ngày 29/12/1999 của Chính phủ về việc bảo đảm tiền vay của các tổ chức tín dụng. Đến năm 2005, chế định

26 Lê Đình Nghị (chủ biên) (2010), *Giáo trình Luật Dân sự Việt Nam (Tập 2)*, Nhà xuất bản Giáo dục Việt Nam, Hà Nội, tr.102.

27 Vũ Văn Mẫu, (1975), *Cổ luật Việt Nam và tư pháp sử điển giảng (quyển thứ hai)*, Sài Gòn, tr.8.

28 Vũ Văn Mẫu, *Cổ luật...*, Sđd, tr.6.

29 Vũ Văn Mẫu, *Cổ luật...*, Sđd, tr.9.

này đã được pháp điển hóa tại Điều 320 của BLDS như đã nêu. Theo đó, nguyên tắc chung trong giao dịch bảo đảm là tài sản bảo đảm phải thuộc quyền sở hữu của bên thế chấp, không có tranh chấp về quyền sở hữu và đã có giấy chứng nhận quyền sở hữu, trong khi đó, đối với tài sản hình thành trong tương lai thì quyền sở hữu của bên thế chấp chưa được công nhận tại thời điểm xác lập giao dịch vì vậy đây là một loại tài sản bảo đảm mang tính đặc thù, tiềm ẩn rủi ro. Vì vậy, điều kiện của tài sản được tham gia giao dịch chuyển nhượng và/hoặc đăng ký giao dịch bảo đảm cũng phải cụ thể hơn, chặt chẽ hơn so với các loại tài sản bảo đảm thông thường khác.

Khoản 2 Điều 4 của Nghị định 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 của Chính phủ về giao dịch bảo đảm (Nghị định này thay thế Nghị định số 165/1999/NĐ-CP ngày 19/11/1999 nêu trên) đã mở rộng hơn khái niệm trong BLDS năm 2005 về tài sản hình thành trong tương lai. Khoản 2 Điều 4 của Nghị định này quy định: tài sản hình thành trong tương lai bao gồm cả tài sản đã được hình thành tại thời điểm giao kết hợp đồng bảo đảm. Việc mở rộng này dường như mâu thuẫn với chính thuật ngữ “Tài sản hình thành trong tương lai”. Ở đây, tài sản hình thành trong tương lai dường như được hiểu sang thành quyền tài sản hình thành trong tương lai. Có nghĩa là gồm cả tài sản đã hình thành nhưng việc chuyển giao quyền sở hữu cho bên thế chấp chưa được hoàn thành.

Ngày 22/02/2012, Chính phủ ban hành Nghị định số 11/2012/NĐ-CP về sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 của Chính phủ về giao dịch bảo đảm. Theo đó, Khoản 2 Điều 1 Nghị định này sửa đổi, bổ sung quy định tại Khoản 2 Điều 4 của Nghị định 163/2006/NĐ-CP thì “Tài sản hình thành trong tương lai” gồm: (1) Tài sản được hình thành từ vốn vay; (2) Tài sản đang trong giai đoạn hình thành hoặc đang được

tạo lập hợp pháp tại thời điểm giao kết giao dịch bảo đảm; (3) Tài sản đã hình thành và thuộc đối tượng phải đăng ký quyền sở hữu, nhưng sau thời điểm giao kết giao dịch bảo đảm thì tài sản đó mới được đăng ký theo quy định của pháp luật. Theo quy định này thì tài sản hình thành trong tương lai (cũng như quy định tại Nghị định số 163/2006/NĐ-CP) không bao gồm quyền sử dụng đất.

Đối chiếu với quy định nêu trên thì trong thực tế thấy có những dạng tài sản hình thành trong tương lai như sau: (1) Căn hộ chung cư đã xây dựng xong, đã có biên bản thanh lý hợp đồng và biên bản bàn giao nhà nhưng người mua chưa được cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu hoặc ô tô, xe máy đã được mua nhưng chưa được cấp giấy đăng ký ô tô, xe máy, tàu thuyền và (2) Các máy móc, dây chuyền, thiết bị sản xuất đã được đặt mua theo phương thức hàng cận cảng, đã có hợp đồng mua bán, vận đơn và hàng đã cận cảng nhưng bên mua chưa thanh toán đủ tiền cho bên bán. Sau khi bên mua thanh toán đủ thì bên bán sẽ bàn giao hàng.

Căn cứ quy định tại Điều 320 của BLDS năm 2005 để đối chiếu, đánh giá thì trong thực tế, chúng tôi nhận thấy có những loại “tài sản hình thành trong tương lai” chính như sau: (1) Căn hộ chung cư, nhà liền kề, biệt thự xây thô đang trong quá trình thi công thuộc các dự án xây dựng nhà ở để bán. Loại tài sản này được các nhà đầu tư mới đặt mua theo phương thức trả chậm, trả dần bằng nhiều đợt và (2) Các tàu thuyền sẽ được đóng, các máy móc, dây chuyền thiết bị sẽ được chế tạo theo hợp đồng đặt hàng đã được ký.

Bên cạnh đó, cần để ý rằng, Bộ Dân luật Việt Nam Cộng hòa khi quy định về những quyền đặc ưu đã nhắc đến BĐS hình thành trong tương lai tại quy định “Tất cả những tài sản hiện hữu và hậu lai của người mắc

nợ, động sản cũng như BĐS, đều là vật bảo đảm của chủ nợ”³⁰.

Thực trạng HĐCNBĐSTL

Trong công trình “Pháp luật về kinh doanh BĐS”, Trần Quang Huy, Nguyễn Quang Tuyền và các tác giả chỉ ra bốn đặc điểm chủ yếu của hợp đồng kinh doanh BĐS, gồm có: (1) Chủ thể tham gia giao dịch kinh doanh BĐS: Nhà đầu tư tạo lập BĐS giao dịch với người có nhu cầu mua, nhận chuyển nhượng... để kinh doanh hoặc phục vụ tiêu dùng; Người không tạo lập BĐS nhưng đang sở hữu BĐS, thông qua các giao dịch kinh doanh BĐS để tìm kiếm lợi ích; Các bên tham gia giao dịch không vì mục đích kinh doanh; (2) Đối tượng giao dịch trong các hợp đồng kinh doanh BĐS là nhà ở, công trình xây dựng và quyền sử dụng đất đủ điều kiện để được phép đưa vào kinh doanh. Các tác giả này nhấn mạnh, các tài sản trong giao dịch phải là BĐS đủ điều kiện theo Luật Kinh doanh BĐS năm 2006 và quyền sử dụng đất đủ điều kiện theo Luật Đất đai năm 2003; (3) Hợp đồng kinh doanh BĐS phải xác lập bằng văn bản, có công chứng chứng thực theo quy định của pháp luật và (4) Thông qua các giao dịch, các chủ thể kinh doanh tìm kiếm lợi nhuận từ các hoạt động của mình.

Trong công trình nêu trên, do chú trọng tới các yếu tố “đủ điều kiện” như đã dẫn, các tác giả đã không bàn tới các hợp đồng chuyển nhượng với đối tượng là BĐS hình thành trong tương lai, đang trong quá trình tạo lập. Các BĐS hình thành trong tương lai, xét về một mặt nào đó, chưa đủ điều kiện về hành chính như không được cấp Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở, tài sản gắn liền với đất, Giấy chứng nhận sở hữu công trình khi chưa hoàn thiện, hoàn công, đảm bảo kỹ thuật phòng cháy chữa cháy... theo yêu cầu

của cơ quan có thẩm quyền trước khi được cấp các loại Giấy chứng nhận (sở hữu) này.

Sàn giao dịch BĐS

Luật Kinh doanh BĐS năm 2006 dành hẳn Mục 3 Chương IV để quy định về Sàn Giao dịch BĐS (gồm 07 Điều). Theo các quy định của Luật này và Nghị định số 153/2007/NĐ-CP ngày 15/10/2007 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật Kinh doanh BĐS thì, về nguyên tắc, tất cả các giao dịch BĐS trên thị trường đều phải thông qua sàn giao dịch BĐS. Trên thực tế, số lượng giao dịch đăng ký qua sàn giao dịch BĐS chiếm một tỷ lệ nhỏ: theo một nghiên cứu đối với một công ty BĐS thì tỷ lệ là 29% giao dịch qua sàn giao dịch BĐS so với 71% giao dịch không qua sàn giao dịch BĐS³¹.

Nguyên nhân trực tiếp có thể do Khoản 1 Điều 61 Luật Kinh doanh BĐS năm 2006 đã quy định “cứng” người quản lý, điều hành sàn giao dịch BĐS có nghĩa vụ “Bảo đảm BĐS được đưa lên sàn giao dịch phải có đủ điều kiện để đưa vào kinh doanh”. Theo quy định này và các quy định hướng dẫn khác có liên quan thì các BĐS khi đưa lên sàn giao dịch BĐS phải có đầy đủ các giấy tờ theo quy định như Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất (sổ đỏ), Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở, các tài sản gắn liền với đất (sổ hồng), Giấy chứng nhận sở hữu công trình xây dựng...³².

Chính vì lẽ đó, các giao dịch chuyển nhượng có đối tượng là BĐS hình thành trong tương lai ít khi “đủ điều kiện” thực hiện qua sàn giao dịch BĐS. Trong khi trên thực tế, để huy động vốn phù hợp với pháp luật, nhà đầu tư thường xuyên sử dụng phân loại HĐCNBĐSTL này để bù đắp phần vốn thiếu trong khi xây dựng công trình, đặc biệt trong bối cảnh “đói” vốn như trong thời

30 Phủ Tổng ủy Dân vận, Sđd, Điều thứ 1415, tr.296.

31 Doãn Hồng Nhung (2010), Hoàn thiện pháp luật về sàn giao dịch kinh doanh BĐS ở Việt Nam, Nhà xuất bản Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội, tr.73.

32 Doãn Hồng Nhung, Sđd, tr.72.

điểm hiện nay (2011-2013). Hiện có hiện tượng một số nhà đầu tư thiếu năng lực, kinh doanh không nghiêm túc, thu hút vốn vô tội vạ theo hướng ký hợp đồng trên giấy trong khi trên thực tế thì chưa hoặc không triển khai công trình trên thực địa. Bên cạnh đó, cũng có rất nhiều người kinh doanh nghiêm túc, có trách nhiệm, có năng lực, nhưng thiếu vốn thì hình thức ký kết hợp đồng dạng này là một biện pháp hợp pháp cho các thương nhân kinh doanh BĐS này.

Quy định hiện hành về HĐCNBĐSTL

Nội dung các quy định về giao dịch chuyển nhượng BĐS hình thành trong tương lai chỉ được quy định tương đối sơ lược tại Nghị định số 153/2007/NĐ-CP ngày 15/10/2007 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật Kinh doanh BĐS (Điều 4 Mua bán nhà, công trình xây dựng hình thành trong tương lai theo hình thức ứng tiền trước) và Thông tư 16/2010/TT-BXD ngày 01/9/2010 của Bộ Xây dựng quy định cụ thể và hướng dẫn thực hiện một số nội dung của Nghị định số 71/2010/NĐ-CP ngày 23/6/2010 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật Nhà ở (Khoản 6 Điều 18). Theo đó, đối với hộ gia đình, cá nhân hoặc tổ chức không có chức năng kinh doanh BĐS mà bán lại nhà ở đã mua cho tổ chức, cá nhân khác, nếu chưa nhận bàn giao nhà ở từ chủ đầu tư thì được phép chuyển nhượng Hợp đồng mua bán nhà ở mà không bắt buộc phải thông qua sàn giao dịch BĐS; nếu đã nhận bàn giao nhà ở từ chủ đầu tư thì phải thực hiện thủ tục mua bán nhà ở theo đúng quy định của Luật Nhà ở và pháp luật dân sự hiện hành (bên bán phải có Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở theo quy định).

Hiện pháp luật Việt Nam về giao dịch bảo đảm và đăng ký giao dịch bảo đảm quy định tương đối chi tiết về việc thế chấp tài sản hình thành trong tương lai, nhưng ngoài

Thông tư số 16/2010/TT-BXD ngày 01/9/2010 của Bộ Xây dựng kể trên thì chưa có những quy định cụ thể về giao dịch chuyển nhượng loại tài sản là BĐS hình thành trong tương lai (phân loại hình hợp đồng, định nghĩa về loại tài sản...).

Trên thực tế, các hợp đồng chuyển nhượng BĐS hình thành trong tương lai về bản chất trở thành “hợp đồng góp vốn không lãi suất” cho chủ đầu tư thực hiện công trình. Trong một số trường hợp, để “lách” quy định chủ đầu tư phải xây dựng hạ tầng cơ sở kỹ thuật trước khi ký các loại hợp đồng góp vốn với khách hàng (bao gồm cả hợp đồng chuyển nhượng nhà ở hình thành trong tương lai), chủ đầu tư đã thực hiện theo hình thức ký 02 văn bản với người mua nhà: (1) Hợp đồng vay tiền và (2) Cam kết sẽ ký Hợp đồng chuyển nhượng nhà ở hình thành trong tương lai.

3. Bình luận về hợp đồng chuyển nhượng BĐS hình thành trong tương lai

Về loại hợp đồng: Nguyễn Ngọc Điện nhìn nhận đặc trưng quan trọng nhất của hợp đồng mua bán là việc giao một tài sản để đổi lấy một số tiền, bởi việc giao một số tiền để đổi lấy tài sản, không có yếu tố đặc trưng ấy, hợp đồng sẽ mang một tên gọi khác chứ không phải hợp đồng mua bán³³. Yếu tố đặc trưng quan trọng này cho thấy: mặc dù tài sản chưa hình thành nhưng HĐCNBĐSTL thuộc phân loại Hợp đồng Mua bán. Như đã phân tích, HĐCNBĐSTL là hợp đồng mua bán và cũng là hợp đồng giao vật/tài sản. Điều khác biệt cơ bản với các loại Hợp đồng mua bán khác ở chỗ vật/tài sản đem trao đổi chưa hình thành tại thời điểm kết ước trong HĐCNBĐSTL. Điều khác biệt thứ hai là việc tài sản chưa hình thành này gắn bó hữu cơ, mật thiết với một tài sản đặc biệt: đất đai (hay đúng hơn, trong bối cảnh pháp lý Việt Nam là quyền sử dụng đất). Cụ thể: đối tượng của dạng hợp đồng này là tài sản gắn

33 Nguyễn Ngọc Điện (2005), *Bình luận các hợp đồng thông dụng trong luật dân sự Việt Nam*, tr.15, Nhà xuất bản Trẻ, Thành phố Hồ Chí Minh.

liền trên đất sẽ hình thành trong tương lai thông qua việc xây dựng, tạo lập trước hoặc sau khi HĐCNBĐSTL được ký kết.

Đối với Hợp đồng mua bán BĐS sẽ xây dựng, BLDS Pháp quy định: “Hợp đồng mua bán BĐS sẽ xây dựng là thỏa thuận theo đó bên bán có nghĩa vụ xây một BĐS trong thời hạn được quy định trong hợp đồng. Có thể thỏa thuận bán theo phương thức chia khóa trao tay hoặc theo phương thức hoàn thiện từng bước”³⁴. Tiếp đó, với hợp đồng bán theo phương thức hoàn thiện từng bước, BLDS Pháp cũng quy định: “Hợp đồng bán theo phương thức hoàn thiện từng bước là một hợp đồng theo đó bên bán chuyển ngay cho bên mua mọi quyền đối với đất đai cũng như quyền sở hữu những kết cấu xây dựng hiện có trên đất. Quyền sở hữu công trình được chuyển giao từng bước cho bên mua theo tiến độ thi công và bên mua trả tiền làm nhiều lần theo tiến độ đó. Bên bán giữ quyền chủ công trình cho đến khi nghiệm thu công trình”³⁵.

Như vậy, BLDS Pháp đã quy định tương đối tổng quát về thể loại hợp đồng này và gọi chúng là “Hợp đồng mua bán BĐS sẽ xây dựng”. Theo đó, BLDS Pháp phân loại thành 02 dạng hợp đồng: (1) Hợp đồng chia khóa trao tay và (2) Hợp đồng hoàn thiện từng bước. Căn cứ loại hợp đồng, quyền và nghĩa vụ của Bên Bán và Bên Mua sẽ được phát sinh, thực hiện tùy thời điểm. Hợp đồng bán theo phương thức chia khóa trao tay là hợp đồng theo đó bên bán cam kết giao BĐS cho bên mua sau khi đã xây dựng xong, còn bên mua cam kết nhận BĐS và trả tiền vào thời điểm nhận. Việc chuyển giao quyền sở

hữu được thực hiện đương nhiên, thông qua công chứng thư xác nhận việc xây dựng xong BĐS và có hiệu lực hồi tố kể từ ngày giao kết hợp đồng. Đối với loại (2), Bên Bán chuyển ngay quyền với đất và kết cấu xây dựng trên đất cho Bên Mua sau khi ký hợp đồng nhưng quyền sở hữu công trình chỉ được chuyển giao cho Bên Mua sau khi hai Bên đã nghiệm thu công trình.

Chịu ảnh hưởng của dân luật Pháp đối với các quy định về BĐS, Điều 460 Bộ Dân luật Trung quy định “có thứ tự nguyên chất là BĐS, có thứ vì công dụng mà thành ra BĐS hoặc có thứ vì quyền sử dụng mà thành ra BĐS”³⁶. Tiếp đó, đối với BĐS vì quyền sử dụng mà thành, Điều 464 Bộ Dân luật Trung quy định những vật quyền thuộc về BĐS: (1) Quyền sở hữu; (2) Quyền hưởng dụng thu lợi; (3) Quyền dùng và quyền ở; (4) Quyền cho thuê dài hạn; (5) Quyền địa dịch; (6) Quyền cầm cố BĐS; (7) Quyền để đương. Cũng theo điều khoản này, các thứ vì quyền sử dụng thuộc về BĐS mà thành ra BĐS còn có “Quyền đi kiện để đòi một BĐS”³⁷ - tố quyền đối với BĐS vì quyền sử dụng mà thành.

Dường như kế thừa lý thuyết lập pháp của Bộ Dân luật Trung, các nhà lập pháp chế độ cũ tại miền Nam cũng nhìn nhận Tài sản gồm có động sản và BĐS (Điều 362 Bộ Dân luật Việt Nam Cộng hòa năm 1972). Theo đó, BĐS cũng được chia làm 03 loại: (1) BĐS vì bản chất tự nhiên; (2) BĐS vì công dụng riêng và (3) BĐS vì có đối tượng trên BĐS (Điều 363 Bộ Dân luật Việt Nam Cộng hòa năm 1972)³⁸. Bộ Dân luật này cũng quy định tới 07 vật quyền trên BĐS đã kể ở trên.

34 “La vente d’immeuble à construire est par laquelle le vendeur s’oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat. Elle peut être conclue à terme ou en l’état futur d’achèvement”. Dalloz (1979), Code Civil, Paris, France, pp770.

35 “La vente en l’état futur d’achèvement est le contrat par lequel le vendeur transfère immédiatement à l’acquéreur ses droits sur le sol ainsi que la propriété des constructions existantes. Les ouvrages à venir deviennent la propriété de l’acquéreur au fur et à mesure de leur exécution; l’acquéreur est tenu d’en payer le prix à mesure de l’avancement des travaux. Le vendeur conserve les pouvoirs de maître de l’ouvrage jusqu’à la réception des travaux.” Dalloz, Ibid, pp771.

36 Đại Nam Hoàng đế, Sđd, tr.135.

37 Đại Nam Hoàng đế, Sđd, tr.137.

38 Phủ Tổng ủy Dân vận, Sđd, tr.91.

Tương tự, Trần Thúc Linh dẫn chiếu Dân luật Bắc và Dân luật Trung phân chia tài sản (tiếng Pháp: biens) thành động sản và BĐS. Trong đó, BĐS gồm có 03 loại: (1) BĐS vì tính chất như điền địa, nhà cửa trừ những nhà có thể tháo ra, tường vây chung quanh, hàng rào, ao hồ...; (2) BĐS vì công dụng là hết thấy các động sản mà người chủ đặt trong nhà, trên đất của mình, một cách vĩnh viễn, tạm thời, để trang hoàng, để khai thác, để mưu lợi ích như những nhà có thể tháo lắp được, những loài súc vật dùng để cày bừa, nông cụ, hạt giống, rom rạ để khai khẩn ruộng đất, máy móc, đồ dùng trong các xưởng công nghệ, cá trong ao...; và (3) BĐS vì đối tượng mà thành BĐS. Theo đó, Trần Thúc Linh chỉ ra 07 vật quyền thuộc về BĐS gồm có: (1) Quyền sở hữu, (2) Quyền dụng ích, (3) Quyền dùng và quyền ở, (4) Quyền cho thuê dài hạn, (5) Quyền địa dịch, (6) Quyền cầm cố BĐS và (7) Quyền để đương³⁹ [17].

BĐS tự nhiên có nghĩa là tất cả đất tự nhiên như đất rừng, đất trống, đất được trồng, bỏ hoang hoặc đất hoang hóa, đất ngập bởi nước chảy và các công trình xây dựng đình trệ, hoặc cải tạo vững chắc gắn liền với một địa điểm cụ thể được tạo ra bởi con người và không có khả năng được di chuyển.

Trong khi đó, Điều 174 BLDS Việt Nam phân biệt BĐS thành: (1) Đất đai; (2) Nhà, công trình xây dựng gắn liền với đất đai, kể cả các tài sản gắn liền với nhà, công trình xây dựng đó; (3) Các tài sản khác gắn liền với đất đai; và (4) Các tài sản khác do pháp luật quy định. Theo chúng tôi, việc phân loại của BLDS nêu trên thể hiện tính không khái quát của pháp luật dân sự hiện hành. Điều này thể dẫn đến thiếu sót trong việc phân loại BĐS trong bối cảnh cuộc sống thay đổi từng ngày từng giờ.

Các đặc điểm của HĐCNBĐSTL

Điều kiện đối với chủ thể HĐCNBĐSTL

- *Điều kiện đối với Bên Bán:* Theo quy định tại Điều 5 Nghị định số 153/2007/NĐ-CP ngày 15/10/2007 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật Kinh doanh BĐS thì chủ đầu tư dự án khu đô thị mới, dự án khu nhà ở, dự án hạ tầng kỹ thuật khu công nghiệp phải có vốn đầu tư thuộc sở hữu của mình để thực hiện dự án không thấp hơn 20% tổng mức đầu tư của dự án đã được phê duyệt (đối với dự án khu đô thị mới và dự án hạ tầng kỹ thuật khu công nghiệp) hoặc không thấp hơn 15% tổng mức đầu tư của dự án có quy mô sử dụng đất dưới 20 ha, không thấp hơn 20% tổng mức đầu tư của dự án có quy mô sử dụng đất từ 20 ha trở lên đã được phê duyệt (đối với dự án khu nhà ở).

Cũng Nghị định này quy định rõ vốn thuộc sở hữu của chủ đầu tư là vốn thực có của chủ đầu tư tính đến năm trước liền kề với năm chủ đầu tư thực hiện dự án khu đô thị mới, dự án khu nhà ở, dự án hạ tầng kỹ thuật khu công nghiệp được thể hiện trong báo cáo tài chính của chủ đầu tư và phải được kiểm toán độc lập xác nhận. Trường hợp chủ đầu tư là doanh nghiệp, hợp tác xã mới thành lập thì phải có văn bản xác nhận của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền và chủ đầu tư có trách nhiệm chứng minh năng lực tài chính của mình để thực hiện dự án thông qua việc lập danh mục các dự án đang thực hiện đầu tư, trong đó nêu rõ tổng vốn đầu tư của từng dự án (Khoản 3 Điều 5 Nghị định số 153/2007/NĐ-CP).

Trên thực tế, chủ thể của HĐCNBĐSTL thường là (1) Chủ đầu tư “đủ điều kiện” kinh doanh BĐS - Bên Bán BĐS hình thành trong tương lai và (2) Cá nhân, pháp nhân có nhu cầu mua tài sản hình thành trong tương lai phục vụ lợi ích của mình (làm trụ

39 Trần Thúc Linh, *Sdd*, tr.152

sở, nơi ở...) - Bên Mua BĐS hình thành trong tương lai. Căn cứ quy định pháp luật hiện hành, chủ thể (1) nêu trên bắt buộc phải có chức năng kinh doanh BĐS, và điều này được thể hiện thông qua Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Trong trường hợp các thương nhân đơn lẻ không đầy đủ chức năng kinh doanh BĐS theo luật định, hợp đồng vẫn có thể được ký kết nhưng được thay đổi về hình thức, nội dung cho phù hợp nhưng về bản chất việc chuyển giao BĐS hình thành trong tương lai vẫn diễn ra trên thực tế.

Trường hợp các dự án hỗn hợp (công trình có mục đích sử dụng hỗn hợp làm nhà ở, văn phòng, trung tâm thương mại), việc chuyển nhượng một phần dự án phải đảm bảo đủ điều kiện chuyển nhượng theo quy định tại Điều 9 Nghị định số 71/2010/NĐ-CP về hướng dẫn Luật Nhà ở và Điều 4, Nghị định số 153/2007/NĐ-CP về hướng dẫn Luật Kinh doanh BĐS. Cụ thể, Chủ đầu tư phải đảm bảo các yêu cầu sau: (1) Thời điểm chuyển nhượng: “Sau khi đã có thiết kế kỹ thuật nhà ở được phê duyệt, đã xây dựng xong phần móng của nhà ở” và (2) Báo cáo cơ quan có thẩm quyền: “Chủ đầu tư phải có văn bản thông báo cho Sở Xây dựng nơi có dự án phát triển nhà ở biết trước ít nhất 15 ngày, tính đến ngày ký hợp đồng huy động vốn”.

Như vậy, xét về mặt chủ thể, Bên Bán tài sản hình thành trong tương lai chịu sự điều chỉnh mang tính điều kiện về hành vi (phải xây dựng xong phần móng, báo cáo cơ quan có thẩm quyền trước khi ký hợp đồng huy động vốn) và năng lực (vốn sở hữu đảm bảo theo quy định dưới luật).

- *Điều kiện đối với Bên Mua:* Trong khi đó, đối với Bên Mua của HĐCNBĐSTL thì điều kiện về chủ thể gồm có: (1) Đủ năng lực hành vi dân sự theo BLDS năm 2005 và (2) thuộc đối tượng được sở hữu BĐS theo pháp luật Việt Nam.

Đối với điều kiện (2) nêu trên, theo

pháp luật hiện hành, chỉ có công dân Việt Nam có quyền sử dụng đất. Theo quy định của Luật Nhà ở, Luật Đất đai và Nghị định số 71/2010/NĐ-CP ngày 23/6/2010 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật Nhà ở, Nhà nước công nhận quyền sở hữu đối với nhà ở mà không bắt buộc phải có điều kiện về hộ khẩu thường trú, đăng ký kinh doanh tại nơi có nhà ở đối với người Việt Nam định cư ở nước ngoài (Việt kiều) được sở hữu nhà ở tại Việt Nam thông qua hình thức mua, nhận tặng cho, nhận thừa kế, đổi nhà ở hoặc được nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất ở trong dự án phát triển nhà ở của các doanh nghiệp kinh doanh BĐS. Quy định này nhằm góp phần dỡ bỏ dần hiện tượng “Đứng tên giùm mua BĐS” [10, tr.265] và trong nhiều trường hợp khiến cho Việt kiều gặp nhiều khúc mắc đối với việc thực sự đứng tên BĐS do mình bỏ tiền ra mua.

Nội dung HĐCNBĐSTL

- Đối tượng của HĐCNBĐSTL chính là tài sản sẽ chuyển nhượng được các bên thỏa thuận trong hợp đồng (Tài sản chuyển nhượng). Cụ thể, Tài sản chuyển nhượng trong phân loại hợp đồng này chính là BĐS sẽ hình thành trên đất (thường thuộc quyền sử dụng hợp pháp của Bên Bán). Tài sản chuyển nhượng là điều khoản quan trọng, chính yếu trong HĐCNBĐSTL. Chính vì vậy, điều khoản này cần được thiết kế chi tiết, thỏa thuận rõ trong quá trình thương thảo hợp đồng, tránh phát sinh rủi ro pháp lý về sau.

- Đặc điểm về nội dung của HĐCNBĐSTL: Trên thực tế, các Bên khi ký kết hợp đồng thường chỉ chú trọng tới thành quả là văn bản giấy hợp đồng cuối cùng được ký kết. Trong khi đó, bản chất của một hợp đồng bao gồm tổng thể các hứa hẹn, trao đổi, thỏa thuận, thống nhất giữa hai Bên trong quá trình từ khi đề xuất giao ước, thương thảo, đàm phán hợp đồng cho đến khi hợp đồng được hai Bên ký kết, công

chứng theo luật định. Cũng tương tự như các phân loại hợp đồng khác, HĐCNBĐSTL cũng là tổng thể các đề xuất giao ước, thương thảo, đàm phán hợp đồng cho đến khi hợp đồng được công chứng theo luật định chứ không đơn thuần là văn bản giấy hợp đồng được ký kết, công chứng.

Pháp luật hiện hành quy định Chủ đầu tư dự án kinh doanh BĐS và khách hàng được thỏa thuận trong hợp đồng về việc mua bán nhà, công trình xây dựng hình thành trong tương lai theo hình thức ứng tiền trước phải bảo đảm các nguyên tắc và yêu cầu sau đây: (1) Việc ứng tiền trước phải được thực hiện nhiều lần, lần đầu chỉ được huy động khi chủ đầu tư đã bắt đầu triển khai xây dựng cơ sở hạ tầng kỹ thuật theo tiến độ và nội dung của dự án đã được phê duyệt. Các lần huy động tiền ứng trước tiếp theo phải phù hợp với tiến độ xây dựng nhà, công trình đó; (2) Chủ đầu tư phải sử dụng đúng mục đích tiền ứng trước của khách hàng để đầu tư tạo lập BĐS; (3) Khách hàng ứng tiền trước được hưởng giá mua, giá chuyển nhượng BĐS tại thời điểm ký hợp đồng, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác.

Quyền sử dụng đất

BDS hình thành trong tương lai được kiến tạo trên một dạng tài sản (tạm gọi như vậy) đặc biệt là đất đai. Vì vậy, các Bên trong giao dịch cần cực kỳ lưu tâm đối với vấn đề này. Trường hợp đất (mà tài sản chuyển nhượng sẽ được xây dựng) thuộc quyền sử dụng hợp pháp, hợp lệ của Bên Bán nhưng bị thế chấp tại tổ chức tín dụng được phép tại Việt Nam thì cần có sự chấp thuận của Bên Nhận thế chấp. Mặc dù không có quy định hiện hành nào về việc Bên Nhận thế chấp phải được Bên Bán (trong HĐCNBĐSTL) thông báo về nội dung của Hợp đồng sẽ ký kết. Tuy nhiên, để tránh rủi ro pháp lý phát sinh sau khi ký kết hợp đồng, các Bên trong HĐCNBĐSTL cần thông báo cho Bên Nhận thế chấp việc sẽ chuyển nhượng tài sản sẽ hình thành trên đất.

Tài sản chuyển nhượng

Nội dung quan trọng nhất cần thể hiện trong HĐCNBĐSTL là tài sản chuyển nhượng và cách thức xác định tài sản này. Tranh chấp rất dễ phát sinh khi không xác định rõ tài sản hình thành trong tương lai sẽ chuyển nhượng.

Việc quy định, mô tả chi tiết Phụ lục Hợp đồng nhằm xác định rõ tài sản chuyển nhượng hình thành trong tương lai là nội dung cơ bản, chính yếu của hợp đồng. Điều khoản tài sản chuyển nhượng thiết kế càng chi tiết thì rủi ro pháp lý xảy ra cho Bên Mua cũng như tranh chấp phát sinh càng ít xảy ra.

Đặc thù của BĐS hình thành trong tương lai là việc công trình xây dựng (nhà ở, trụ sở văn phòng...) sẽ hình thành trong tương lai. Để xác định tài sản này cần căn cứ vào các tài liệu hiện hữu liên quan tới công trình xây dựng như Hồ sơ thiết kế kỹ thuật, thông số kỹ thuật, xuất xứ các thiết bị và vật tư chính của công trình xây dựng dự kiến, các văn bản cấp phép của cơ quan có thẩm quyền đối với dự án... Ngoài ra, tài sản chuyển nhượng cũng phụ thuộc vào thỏa thuận giữa Bên Bán và Bên Mua. Trong trường hợp Bên Mua yêu cầu và được Bên Bán chấp nhận thực hiện theo thiết kế của Bên Mua đối với phần tài sản chuyển nhượng thì tài sản chuyển nhượng cần xác định rõ trong Hồ sơ thiết kế kỹ thuật tới từng cm², cũng như từng chủng loại thiết bị lắp đặt. Đối với Bên Mua là ngân hàng, tài sản chuyển nhượng phải được thiết kế chuyên dụng phù hợp với công năng sử dụng của ngân hàng theo luật định, ví dụ như về thang tải tiền, kho tiền...

Việc xác định tài sản chuyển nhượng không chỉ đơn thuần được xác định trên giấy, như đã nói ở trên, tài sản chuyển nhượng nói riêng cũng như Hợp đồng nói chung, cần được các bên làm rõ với nhau thông qua tổng thể các hứa hẹn, trao đổi, thỏa thuận, thống nhất giữa hai bên trong quá trình từ khi đề xuất giao ước, thương

thảo, đàm phán hợp đồng cho đến khi hợp đồng được hai bên ký kết, công chứng theo luật định. Các hứa hẹn, đề xuất, chấp thuận, thống nhất này thường được thể hiện bằng biên bản thỏa thuận giữa các bên, tài liệu nội bộ trình các cấp có thẩm quyền phê duyệt việc mua - bán. Các tài liệu này vô cùng quan trọng trong việc xác định tài sản sẽ hình thành trong tương lai (Bên Mua mua cái gì và Bên Bán bán cái gì) cũng như là chứng cứ quan trọng trong trường hợp phát sinh tranh chấp giữa các bên.

Về hình thức HĐCNBĐSTL

Hiện không có quy định bắt buộc phải công chứng HĐCNBĐSTL đối với trường hợp Hợp đồng mua bán nhà ở được ký giữa bên bán có chức năng kinh doanh BĐS và bên mua (cá nhân, hộ gia đình). Ngược lại, Luật Công chứng năm 2006 yêu cầu bắt buộc thực hiện thủ tục công chứng hợp đồng thế chấp BĐS (Điều 47). Tuy nhiên, trên thực tế, HĐCNBĐSTL sau khi đã được Bên Mua và Bên Bán thống nhất về nội dung, thường được công chứng. Điều này sẽ góp phần giảm thiểu rủi ro pháp lý cho các bên trong giao dịch do Lời chứng của Công chứng viên sẽ “chứng nhận người tham gia hợp đồng, giao dịch hoàn toàn tự nguyện, có năng lực hành vi dân sự, mục đích, nội dung của hợp đồng, giao dịch không vi phạm pháp luật, không trái đạo đức xã hội, đối tượng của hợp đồng, giao dịch là có thật, chữ ký trong hợp đồng, giao dịch là đúng chữ ký của người tham gia hợp đồng, giao dịch” (Điều 5, Luật Công chứng năm 2006).

4. Một số kiến nghị đối với pháp luật về hợp đồng chuyển nhượng BĐS hình thành trong tương lai

- Cần quy định lại chế định về tài sản hình thành trong tương lai thành một hệ thống các quy định riêng, cụ thể áp dụng cho tất cả các khâu của giao dịch bảo đảm như



việc xác định tài sản, trình tự thủ tục giao kết hợp đồng, đăng ký giao dịch bảo đảm và xử lý tài sản thế chấp: bổ sung các quy định tương ứng tại BLDS, Luật Đất đai, Luật Công chứng nhằm đảm bảo quyền và lợi ích chính đáng của các bên trong giao kết Hợp đồng chuyển nhượng BĐS hình thành trong tương lai.

- Thay đổi tư duy pháp lý về pháp luật về tài sản và quyền tài sản, pháp luật hợp đồng, pháp luật đất đai theo hướng gợi mở, cập nhật phù hợp với bối cảnh văn hóa pháp lý Việt Nam. Trong tương lai gần, cần sửa đổi, bổ sung BLDS hiện hành cho phù hợp với nhu cầu đổi mới. Cải cách pháp luật dân sự sẽ tạo tiền đề tốt cho một cải cách pháp luật triệt để. Trong đó, cần thay đổi tư duy lập pháp dân sự, cập nhật các tri thức pháp lý hiện đại, cốt yếu của thế giới đối với luật hợp đồng, luật nghĩa vụ cho phù hợp.

- Nhằm thực hiện được các thay đổi trên, cần thay đổi việc đào tạo pháp luật cho phù hợp với xu thế chung của thời đại và trên thế giới. Việc học luật đi đôi với hành nghề sẽ góp phần tạo ra các động lực để thay đổi tư duy về pháp lý cho người học luật nói riêng, cho toàn thể xã hội nói chung. Để cải cách pháp luật nói chung cũng như cải cách pháp luật dân sự nói riêng, cần cải cách giáo dục đào tạo pháp luật theo hướng mở và cập nhật tri thức pháp lý hiện đại thế giới ■

NGUYÊN TẮC TỘI PHẠM HOÁ TRONG LĨNH VỰC KINH TẾ Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

NGUYỄN TÁT THÀNH*

Khi Đảng và Nhà nước ta chủ trương đẩy mạnh xây dựng và phát triển nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa thì các quy định về các tội phạm trong lĩnh vực kinh tế càng tiếp tục có nhiều biến động. Thực tiễn cho thấy, trong quá trình phát triển kinh tế, lợi dụng các chính sách khuyến khích sự năng động, sáng tạo của các chủ thể tham gia các quan hệ kinh tế nên đã xuất hiện một số hành vi vi phạm pháp luật, thể hiện tính nguy hiểm rất lớn cho xã hội, có nơi, có lúc diễn biến nghiêm trọng nhưng lại chưa được quy định trong Bộ luật Hình sự (BLHS) là tội phạm (chưa được tội phạm hoá). Ngược lại, cũng từ hoạt động thực tiễn của các cơ quan tiến hành tố tụng cho thấy, một số hành vi không còn mang tính nguy hiểm cho xã hội đến mức đáng kể, không còn phù hợp trong điều kiện nền kinh tế thị trường hiện nay, thể hiện ở việc nhiều năm qua rất ít xảy ra, thậm chí chúng ta không xử lý về hình sự nhưng vẫn được quy định trong BLHS. Do vậy, để bảo vệ các mối quan hệ xã hội liên quan đến lĩnh vực kinh tế một cách có hiệu quả đòi hỏi các quy định của pháp luật hình sự luôn luôn

phải duy trì được một mức độ “tiệm cận” nhất định đối với các quan hệ này. Trong phạm vi bài viết, chúng tôi xin được đề cập đến một số nguyên tắc để xác định độ “tiệm cận” này, hay nói khác, đó chính là các nguyên tắc giúp quá trình tội phạm hoá các hành vi trong lĩnh vực kinh tế một cách kịp thời chính xác và có hiệu quả.

1. Các nguyên tắc tội phạm hoá trong lĩnh vực kinh tế ở Việt Nam

Việc tội phạm hoá (phi tội phạm hoá) nói chung và trong lĩnh vực kinh tế nói riêng phải dựa trên các chủ trương chính sách của Đảng, Nhà nước ta trong quá trình lãnh đạo, điều hành các chính sách về kinh tế. Bên cạnh đó, dưới góc độ lý luận pháp lý hình sự, việc tội phạm hoá cũng phải dựa trên các nguyên tắc nhất định. “Cơ sở của việc tội phạm hoá nói chung, tội phạm hoá trong lĩnh vực kinh tế nói riêng là việc xác định chính xác hành vi mà tính nguy hiểm cho xã hội của hành vi trên thực tế cần phải áp dụng biện pháp cấm mang tính chất pháp lý hình sự”¹. Tội phạm hoá là một trong những biện pháp của chính sách hình sự cùng với phi tội

* Giảng viên Trường Đại học An ninh nhân dân.

1 Концепция модернизации уголовного законодательства в экономической сфере. – Москва «Либеральная миссия», 2010, С. 46. (Tạm dịch: Quan niệm về mô hình hoá pháp luật hình sự trong lĩnh vực kinh tế - Mát-xcova “Sứ mệnh tự do”, 2010, tr. 46)

phạm hoá, hình sự hoá, phi hình sự hoá, cá thể hoá trách nhiệm hình sự (TNHS). Để việc tội phạm hoá không duy ý chí và đáp ứng yêu cầu của xã hội và Nhà nước, phù hợp với thực tế cuộc sống xã hội cần phải phù hợp với các nguyên tắc. Với ý nghĩa như vậy, trong quá trình tội phạm hoá các hành vi trong lĩnh vực kinh tế cần phải chú ý đến một số nguyên tắc:

Nguyên tắc đầy đủ tính nguy hiểm cho xã hội của hành vi bị tội phạm hoá để áp dụng quy định cấm về mặt hình sự

Tính nguy hiểm cho xã hội là một đặc tính cơ bản, đặc điểm về mặt nội dung của tội phạm. Do vậy khi tiến hành tội phạm hoá một hành vi nào đó, tính nguy hiểm phải được coi là một căn cứ quan trọng nhất. Tính nguy hiểm của hành vi được thể hiện ở trên hai khía cạnh “tính chất” và “mức độ” nguy hiểm. Tính chất nguy hiểm cho xã hội của loại hành vi này hay loại hành vi khác đều luôn luôn được xác định và đánh giá từ góc độ lợi ích của Nhà nước và của nhân dân, của việc hình thành, xây dựng và phát triển các quan hệ mới. Còn “mức độ” nguy hiểm của hành vi thể hiện ở mức “đáng kể”, tức hành vi đó xâm hại, đe dọa xâm hại đến những giá trị xã hội, các quan hệ xã hội quan trọng cần được bảo vệ bằng pháp luật hình sự. Để xác định hành vi này hay hành vi khác có nguy hiểm cho xã hội hay không, Nhà nước cần dựa vào nhu cầu củng cố và bảo vệ các quan hệ xã hội phù hợp với lợi ích của giai cấp thống trị xã hội. Theo đó, trong lĩnh vực kinh tế, chỉ tội phạm hoá khi có các dấu hiệu tội phạm mang tính chất pháp lý hình sự thuần túy (ví dụ lừa đảo, dùng vũ lực, đe dọa, cưỡng bức, làm giả tài liệu...). Thiệt hại về tài sản không phải là tiêu chuẩn duy nhất của tội phạm hoá trong lĩnh vực kinh tế. Nếu chỉ có dấu hiệu thiệt hại lớn về tài sản như là kết

quả của các hành vi lệch chuẩn của các chủ thể hoạt động kinh tế không thể là cơ sở để tội phạm hoá.

Nguyên tắc phổ biến tương đối của hành vi

Tội phạm hoá phải dựa trên nguyên tắc phổ biến tương đối của hành vi, có nghĩa là, hành vi thường xảy ra với số lượng nhiều được thể hiện qua hoạt động thống kê của các cơ quan chức năng của chính quyền thông qua các hoạt động thực tiễn của mình. Về mặt xã hội hành vi đó xảy ra ở nhiều nơi, nhiều lần trong nhiều ngành, nhiều lĩnh vực trong một khoảng thời gian nhất định và bị dư luận xã hội lên án mạnh mẽ. Chúng ta không thể tội phạm hoá một hiện tượng tiêu cực (một hành vi nguy hiểm) chỉ xuất hiện một lần hoặc một vài lần trong một vài ngành, lĩnh vực nhất định, bởi vì rõ ràng tính đơn lẻ của hành vi khó có thể gây ra sự nguy hại đến mức đáng kể theo nghĩa của luật hình sự. Hành vi không phải là ngẫu nhiên hoặc hiếm thấy ở trong xã hội hoặc chỉ xuất hiện trong những tình huống đặc biệt mà ngược lại phải là đặc trưng và lặp lại trong nhiều điều kiện khác nhau. Một trong những tội, có thể nói là chưa đáp ứng được nguyên tắc này là Tội đầu cơ (Điều 160 BLHS), Tội báo cáo sai trong quản lý kinh tế (Điều 167). Trong suốt 5 năm, từ 2000 (thời điểm BLHS 1999 có hiệu lực) đến 2005, đối với mỗi tội danh chúng ta chỉ khởi tố và xét xử 2 vụ án hình sự, trong khi đó giai đoạn từ 2005-2010 lại không khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử bất kỳ tội phạm nào. Hay như Tội quảng cáo gian dối (Điều 168), Tội vi phạm quy định về cấp văn bằng bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp (Điều 170), từ năm 2000 đến nay, chúng ta chưa khởi tố, truy tố, xét xử bất kỳ vụ án nào liên quan đến tội danh này².

(2) Xem Tòa án nhân dân tối cao, *Thống kê xét xử sơ thẩm các tội xâm phạm trật tự quản lý kinh tế (từ năm 2000 đến 2010)*.

Nguyên tắc về khả năng tác động tích cực của các biện pháp pháp lý hình sự lên hành vi nguy hiểm cho xã hội

Khi tiến hành tội phạm hoá trong lĩnh vực kinh tế phải tính đến việc liệu rằng các biện pháp cấm mang tính chất pháp lý hình sự có thể đảm bảo giữ được hành vi lệch chuẩn này hay hành vi khác hay không, liệu rằng bằng sự điều chỉnh của pháp luật hình sự có thể chống lại các hành vi này hay không. Nói khác đi, nguyên tắc này thể hiện ở chỗ các quy định cấm đưa vào trong luật hình sự phải có khả năng nếu như không “cô lập” được các hành vi nguy hiểm cho xã hội không mong muốn của chủ thể thì ít nhất phải tác động lên được phần lớn trong số các hành vi đó.

Một tiêu chuẩn để đánh giá khả năng tác động tích cực của quy phạm lên hành vi lệch chuẩn là việc xác định liệu các hành vi lệch chuẩn này, do tính phổ biến của nó, sẽ không trở thành đối tượng điều chỉnh của bất kì một quy phạm xã hội nào. Giống như nguyên tắc phổ biến tương đối của hành vi, trong nguyên tắc này cần phải chú ý đến mức độ phổ biến, nhưng là ở góc độ khác. “Nếu như hành vi phổ biến khắp nơi, và chưa chắc là quy tắc xử sự của xã hội, thì việc tội phạm hoá cũng là không chính xác”³. Chẳng hạn, thực tế hiện nay ở nước ta hành vi cân, đong, đo đếm gian lận để chiếm đoạt tài sản riêng của người khác, nếu xét về số lượng, hành vi đó rất phổ biến vì nó diễn ra hằng ngày trên khắp cả nước. Vì vậy, nếu quy định tất cả những hành vi đó là tội phạm thì, chắc chắn do tính phổ biến quá lớn của hành vi vi phạm, các cơ quan bảo vệ pháp luật khó có thể xử lý một cách triệt để, như vậy sẽ làm

giảm đi khả năng tác động tích cực của các quy định cấm pháp lý hình sự.

Nguyên tắc ưu thế kết quả tích cực của quá trình tội phạm hoá

“Cho dù hành vi có nguy hiểm thế nào đi nữa, việc tội phạm hoá hành vi không thể được xem như là giá trị tuyệt đối, nhưng luôn luôn là sự hi sinh những lợi ích của xã hội cho các lợi ích khác quan trọng hơn”⁴. Nguyên tắc này thể hiện ở việc tiến hành dự đoán về mặt khoa học tính hiệu quả của việc tội phạm hoá, có nghĩa là chỉ tội phạm hoá khi thiệt hại gây ra, khi áp dụng các biện pháp cấm mang tính chất pháp lý hình sự đối với hành vi nguy hiểm cho xã hội, rõ ràng nhỏ hơn đáng kể so với thiệt hại do chính bản thân hành vi đó gây ra.

Tội phạm hoá chỉ cho phép khi không có khả năng đấu tranh với các vi phạm bằng các phương pháp của các ngành luật khác hoặc các quy phạm pháp luật hình sự khác. Có thể hành vi xảy ra rất phổ biến, nhưng dùng biện pháp hình sự để đấu tranh không phải là giải pháp tốt nhất. Và thực tiễn cho thấy rằng, không phải bao giờ các quy định cấm hoặc sự trừng phạt nghiêm khắc (pháp lý hình sự) cũng mang lại kết quả. Nguyên tắc ưu thế kết quả tích cực của quá trình tội phạm hoá có ý nghĩa tối quan trọng trong quá trình tội phạm hoá trong lĩnh vực kinh tế. Muốn sửa chữa các hành vi không mong muốn trong lĩnh vực kinh tế, chỉ có thể là hợp lý và được cho phép, khi việc tội phạm hoá mang lại nhiều lợi ích hơn là áp dụng các biện pháp điều chỉnh khác. Có rất nhiều cách khác nhau để điều chỉnh các hành vi trong lĩnh vực kinh tế trước khi cần đến biện

(3) Лопашенко, Наталья Александровна. Уголовная политика / Н.А. Логашенко. – М.: Волтерс Клувер, 2009, С. 115. (Tạm dịch: Lôpasenkô Natalia Alêchsandrôvna. Chính sách hình sự / N.A. Lôpasenkô. – Mátxcôva: Vonters Kluver, 2009, tr. 115)

4 Основания уголовно-правового запрета: криминализация и декриминализация С.220 (автор главы – Г.А. Злобин) (Tạm dịch: Cơ sở của các biện pháp cấm mang tính chất pháp lý hình sự: Tội phạm hoá và phi tội phạm hoá, tr. 220 (tác giả chương – G.A. Zlobin)

pháp pháp lý hình sự, cụ thể như biện pháp kinh tế trong các lĩnh vực khác nhau như dân sự, ngân hàng, hải quan, hành chính...

Nguyên tắc không dư thừa quy định cấm pháp lý hình sự

Nguyên tắc này thể hiện ở hai khía cạnh: i) sự phù hợp phạm vi quy định cấm mà cụ thể là sự phù hợp giữa giới hạn trách nhiệm có thể quyết định đối với hành vi và tính chất, mức độ nguy hiểm của hành vi. Các quy định không được quá nhẹ, cũng không được quá nghiêm khắc, mà phải đảm bảo công bằng; và ii) thể hiện ở việc không trùng lặp của các quy phạm pháp luật quy định TNHS đối với hành vi nguy hiểm cho xã hội. Việc thực hiện nguyên tắc này đặc biệt khó bởi việc xác định nội dung tối ưu của quy định pháp lý hình sự chỉ có thể khi sử dụng kinh nghiệm tích lũy trong quá trình áp dụng quy phạm pháp luật hình sự. Nếu như quy phạm được đưa ra lần đầu tiên, thì việc dư thừa hay đầy đủ của quy định pháp luật hình sự được xác định thông qua biện pháp dự báo, và đương nhiên sẽ không chính xác tuyệt đối. Chính vì thế mà sai sót là không thể tránh khỏi và các sai sót này phải được sửa chữa sau khi tiến hành pháp điển hoá (một phần hoặc toàn bộ).

Chẳng hạn trong BLHS 1999 (được sửa đổi, bổ sung năm 2009) có tội phạm hoá một số hành vi phạm tội liên quan đến trật tự quản lý kinh tế trong lĩnh vực thị trường chứng khoán như Tội cố ý công bố thông tin sai lệch hoặc che giấu sự thật trong hoạt động chứng khoán (Điều 181a), Tội sử dụng thông tin nội bộ để mua bán chứng khoán, Tội thao túng giá chứng khoán (Điều 181c). Đây là các tội lần đầu tiên được ghi nhận trong BLHS, chính vì vậy muốn đánh giá được các quy phạm này liệu có tối ưu hay không chúng ta phải dựa vào thực tiễn điều

tra, truy tố xét xử đối với các tội này. Trên thực tế, sau khi tội phạm hoá một số hành vi trong lĩnh vực chứng khoán vào năm 2009, cho đến nay, chúng ta đã tiến hành truy cứu trách nhiệm hình sự về các tội này, cụ thể vụ Lê Văn Dũng - Chủ tịch Hội đồng quản trị kiêm Tổng Giám đốc Công ty cổ phần dược phẩm Viễn Đông (Công ty DVD) và đồng bọn về Tội thao túng giá chứng khoán⁵. Bước đầu chưa thể khẳng định liệu rằng việc tội phạm hoá hành vi này có tối ưu hay không nhưng cũng đã chứng minh rằng để đảm bảo nguyên tắc không dư thừa quy định cấm pháp lý hình sự đòi hỏi phải đánh giá toàn diện quá trình thực thi quy phạm này trên thực tế.

Song song với đó cũng tồn tại các tiêu chuẩn khách quan để đạt đến việc dư thừa hoặc đầy đủ việc tội phạm hoá. Có thể là tính chất hành vi, khách thể bị xâm hại, cách thức thực hiện hành vi, động cơ... Khi xác định quy định pháp lý hình sự một trong những vấn đề cơ bản là không để quy định đó giao thoa một phần hoặc toàn bộ với các quy phạm đã tồn tại, nếu không sẽ vi phạm nguyên tắc bình đẳng, theo đó không ai phải chịu TNHS hai lần về cùng một hành vi. Để đảm bảo khía cạnh này trên thực tế không có cách nào khác ngoài việc tăng cường khả năng và kinh nghiệm trong quá trình lập pháp hình sự nói chung và trong việc xây dựng các quy phạm pháp luật hình sự trong lĩnh vực kinh tế nói riêng.

Nguyên tắc kịp thời tội phạm hoá

Nguyên tắc kịp thời tội phạm hoá có nghĩa là tội phạm hoá chỉ được tiến hành khi có cơ sở - đó là hành vi nguy hiểm cho xã hội trong lĩnh vực kinh tế. Việc tội phạm hoá không được chậm trễ nếu không sẽ gây thiệt hại đến các lợi ích được pháp luật bảo vệ. Chính vì thế khi nào có cơ sở thì việc tội

5 <http://laodong.com.vn/Tin-tuc/Ong-Le-Van-Dung-thao-tung-gia-chung-khoan-nhu-the-nao/47888>

phạm hoá phải được thực hiện. Đề nghị tội phạm hoá phải được hình thành trên cơ sở giám sát thường xuyên về mặt khoa học, thực thi và xã hội-pháp lý của pháp luật hiện hành, thực tiễn áp dụng, tình trạng thực tế của trật tự pháp luật và kinh tế. Khi chuẩn bị đề xuất tội phạm hoá hành vi trong lĩnh vực kinh tế phải đảm bảo điểm đa chiều đối với việc đề xuất tội phạm hoá, có nghĩa là phải có sự tham gia của các nhà khoa học và các chuyên gia thực tiễn tất cả các ngành luật, cũng như tội phạm học, thẩm phán, các cơ quan bảo vệ pháp luật, luật sư, các nhà kinh tế và xã hội học cũng như phải xem xét đến thái độ và quan điểm của xã hội đối với các hành vi cần được tội phạm hoá.

*

* *

Tội phạm hoá nói chung và tội phạm hoá trong lĩnh vực kinh tế nói riêng luôn luôn tiềm ẩn rủi ro nhất định. Sự rủi ro của quá trình tội phạm hoá thể hiện ở việc thay đổi sự cân bằng về lợi ích, thay đổi thực tiễn đã được trù tính, dự đoán. Chính vì vậy khi tội phạm hoá luôn luôn phải đảm bảo các tuân thủ theo những nguyên tắc nhất định trên cơ sở đánh giá sự vận động, phát triển của kinh

tế, xã hội, thực tiễn và lý luận. Không tuân thủ các nguyên tắc tội phạm hoá các hành vi nguy hiểm trong lĩnh vực kinh tế sẽ gây nên những hậu quả tiêu cực: truy cứu trách nhiệm hình sự người mà hành vi của người đó không nguy hiểm cho xã hội, làm giảm tính hiệu quả của pháp luật hình sự, dẫn đến sự không tôn trọng từ phía người dân đối với pháp luật hình sự cũng như đối với các quy định cấm về mặt pháp lý hình sự trong lĩnh vực kinh tế, hình thành những cản trở nhân tạo đối với một nền kinh tế có hiệu quả. Tội phạm hoá là nội dung của sự phát triển pháp luật hình sự. Tuy nhiên, cách thức hoàn thiện pháp luật hình sự này phải dựa trên việc tiên đoán trước việc tội phạm hoá, bởi vì tội phạm hoá được thực thi thông qua việc ban hành các quy định cấm mới hoặc công nhận các quy định cấm đã có ở góc độ pháp lý hình sự luôn luôn gắn liền với việc tăng chi ngân sách và có thể gây ra những hậu quả không dự đoán được. Theo đó, các biện pháp tội phạm hoá cần tiến hành trong mối liên hệ thống nhất giữa việc nghiên cứu lý luận và đánh giá thực tiễn, tính khả thi và khả năng thực hiện dựa trên những nguyên tắc cơ bản của quá trình xây dựng và áp dụng pháp luật hình sự ■



ÁP DỤNG LUẬT CẠNH TRANH TRONG GIẢI QUYẾT CÁC VỤ VIỆC LIÊN QUAN ĐẾN HÀNH VI LẠM DỤNG VỊ TRÍ THỐNG LĨNH, VỊ TRÍ ĐỘC QUYỀN

TRẦN THÙY LINH*

Luật Cạnh tranh được Quốc hội thông qua ngày 3/12/2004 và chính thức có hiệu lực từ ngày 1/7/2005. Qua hơn tám năm thi hành, Luật Cạnh tranh đã thể hiện vai trò nhất định trong việc đảm bảo trật tự thị trường lành mạnh. Tuy nhiên, việc thực thi Luật Cạnh tranh vẫn chưa mang lại kết quả như mong muốn. Trên thực tế đã xảy ra rất nhiều vụ việc doanh nghiệp vi phạm Luật Cạnh tranh nhưng số vụ việc được áp dụng Luật Cạnh tranh để xử lý lại rất ít. Trong số các vụ việc vi phạm Luật Cạnh tranh, có thể nói, lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền thị trường là hiện tượng phổ biến và phức tạp nhất trong các vấn đề về cạnh tranh hiện nay ở Việt Nam. Đến nay, cơ quan có thẩm quyền mới thụ lý giải quyết ba vụ việc lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền nhưng chỉ hai trong số ba vụ việc là đã có kết luận cuối cùng. Đó là vụ việc Công ty Xăng dầu Hàng không Việt Nam (Vinapco) lợi dụng vị trí là doanh nghiệp độc quyền trong lĩnh vực cung ứng nhiên liệu hàng không ở Việt Nam đã đơn phương ngừng bán hàng cho Công ty cổ phần hàng không Pacific Airlines (PA), khiến PA phải hủy tất cả các chuyến bay

trong ngày 1/4/2008 và vụ việc nhóm ba nhà mạng có vị trí thống lĩnh thị trường là Viettel, Vinaphone và Mobifone đồng loạt tuyên bố tăng giá gói cước 3G từ ngày 16/10/2013. Thực tiễn giải quyết hai vụ việc nêu trên đặt ra những vấn đề về việc áp dụng quy định của Luật Cạnh tranh trong giải quyết các vụ việc liên quan đến hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền.

1. Vụ việc Vinapco

Trong vụ Vinapco, có ba hành vi cần được xem xét:

- Hành vi của Vinapco buộc PA chấp thuận mức giá cung ứng mới là 750.000 đồng/tấn trước ngày 31/3/2008, nếu không, Vinapco sẽ dừng cung ứng nhiên liệu cho mọi chuyến bay của PA cho đến khi PA chấp nhận.

- Hành vi của Vinapco ngừng cung cấp nhiên liệu cho các chuyến bay của PA trong ngày 1/4/2008.

- Hành vi của Vinapco áp đặt điều kiện thương mại (điều kiện về giá) khác nhau trong giao dịch như nhau (cùng cung ứng nguyên liệu hàng không nội địa) cho Vietnam Airlines (VNA) và PA.

* Trường Đại học Kinh tế và Quản trị Kinh doanh, Đại học Thái Nguyên

Trên thực tế, theo hồ sơ vụ việc cạnh tranh số KNCT-HCCT0004, thụ lý ngày 06/01/2009, Vinapco bị điều tra vì đã thực hiện hai hành vi lạm dụng vị trí độc quyền bị cấm theo Điều 14 của Luật Cạnh tranh là: Áp đặt các điều kiện bất lợi cho khách hàng (theo khoản 2) và lợi dụng vị trí độc quyền để đơn phương thay đổi hoặc hủy bỏ hợp đồng đã giao kết mà không có lý do chính đáng (theo khoản 3).

Đối với hành vi áp đặt điều kiện bất lợi cho khách hàng của doanh nghiệp độc quyền

Theo Điều 32 Nghị định 116/2005/NĐ-CP thì đây là hành vi buộc khách hàng phải chấp nhận vô điều kiện những nghĩa vụ gây khó khăn cho khách hàng trong quá trình thực hiện hợp đồng. Như vậy, có hai khía cạnh cần xác định khi phân tích hành vi này, đó là:

- Doanh nghiệp độc quyền có hành vi áp đặt vô điều kiện những nghĩa vụ. Tức là doanh nghiệp lợi dụng sức mạnh, quyền lực thị trường mà vị trí độc quyền mang lại để buộc khách hàng phải chấp nhận những nghĩa vụ mà doanh nghiệp độc quyền đặt ra. Những nghĩa vụ này không xuất phát từ sự thỏa thuận của hai bên mà xuất phát từ ý chí đơn phương của doanh nghiệp độc quyền. Khách hàng hầu như không có sự lựa chọn nào khác là phải chấp nhận điều kiện, nghĩa vụ mà doanh nghiệp độc quyền đặt ra.

- Những nghĩa vụ mà doanh nghiệp độc quyền đặt ra gây khó khăn cho khách hàng trong quá trình thực hiện hợp đồng. Và vì vậy, vấn đề phải hiểu ở đây là khách hàng đã buộc phải chấp nhận nghĩa vụ mà doanh nghiệp độc quyền đặt ra, việc chấp nhận (và thực hiện) những nghĩa vụ mà doanh nghiệp độc quyền đặt ra khiến cho khách hàng gặp khó khăn trong quá trình thực hiện hợp đồng.

Trong quá trình xử lý vụ việc, Hội đồng Xử lý vụ việc cạnh tranh (Hội đồng xử lý)

đã phân tích hai nội dung để kết luận hành vi vi phạm của Vinapco là áp đặt các điều kiện bất lợi cho khách hàng của doanh nghiệp có vị trí độc quyền, cụ thể:

Ở nội dung thứ nhất, Hội đồng xử lý đã lập luận rằng: Hành vi của Vinapco là buộc PA chấp nhận vô điều kiện những nghĩa vụ. Dấu hiệu này được chứng minh bằng việc Vinapco đã dừng thương lượng với PA và đơn phương đặt thời hạn cuối cùng để buộc PA phải chấp nhận bằng văn bản mức phí cung ứng mới. Vinapco đã thực hiện lời đe dọa trong thông điệp gửi đến PA để buộc PA phải chấp nhận mức phí mới tức bằng cách ngừng cung cấp nhiên liệu bay cho PA từ 0h00 ngày 01/4/2008 cho đến khi nhận được chỉ đạo của Bộ trưởng Bộ Giao thông vận tải¹. Lập luận của Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh đối với khía cạnh thứ nhất của hành vi là hợp lý. Rõ ràng Vinapco đã buộc PA phải chấp nhận mức phí cung ứng mới (750.000 đồng/tấn), mức phí này không phải là kết quả của quá trình thỏa thuận giữa hai bên mà được Vinapco đưa ra sau khi Vinapco đã dừng việc thương lượng với PA. Vinapco hiểu rõ sức mạnh thị trường mà vị trí độc quyền mang lại cho mình là sự phụ thuộc của PA vào việc cung ứng nhiên liệu từ phía Vinapco, nếu Vinapco ngừng cung ứng nhiên liệu cho PA, đồng nghĩa với việc PA sẽ không thể hoạt động. Bởi vậy Vinapco đã lợi dụng triệt để sức mạnh thị trường của mình khi đe dọa PA, nếu không chấp nhận mức phí mới thì Vinapco sẽ ngừng cung cấp nhiên liệu. Không tính đến hành vi thực tế ngừng cung cấp nhiên liệu bay cho PA trong ngày 01/4/2008 thì các hành vi nêu trên của Vinapco đã đủ để khẳng định là hành vi buộc khách hàng phải chấp nhận vô điều kiện những nghĩa vụ. Hành vi ngừng cung cấp nhiên liệu của Vinapco thực chất là đòn “trừng phạt” của Vinapco khi khách hàng không chịu chấp nhận những điều kiện mà Vinapco đặt ra.

¹ Quyết định số 11/QĐ-HĐXL ngày 14/4/2009 của Hội đồng Xử lý vụ việc cạnh tranh về việc xử lý vụ Công ty xăng dầu Hàng không Việt Nam ngừng cung cấp nhiên liệu cho Công ty cổ phần Hàng không Jestar Pacific Airlines, tr. 18-19.

Về khía cạnh thứ hai, để chứng minh những nghĩa vụ mà doanh nghiệp độc quyền áp đặt đối với khách hàng gây ra khó khăn cho khách hàng trong quá trình thực hiện hợp đồng, Hội đồng xử lý cho rằng, mức giá 750.000 đồng/tấn mà Vinapco buộc PA chấp nhận là cao so với mức giá được đưa ra sau kết quả hiệp thương giá xăng dầu hàng không do Bộ Tài chính tổ chức (theo Công văn số 261/BT-BTC ngày 14/7/2008). Bên cạnh đó, việc Vinapco ngừng cung cấp nhiên liệu bay đã dẫn đến việc các chuyến bay của PA trong thời gian này bị chậm hoặc hủy chuyến². Lập luận này của Hội đồng xử lý đã không bám sát logic của vấn đề bởi lẽ, nghĩa vụ mà Vinapco áp đặt cho khách hàng ở đây là chấp nhận mức phí cung ứng nhiên liệu là 750.000 đồng/tấn, do đó cần thiết phải chứng minh là việc chấp nhận mức giá mà Vinapco áp đặt đã gây khó khăn cho PA trong quá trình thực hiện hợp đồng chứ không phải đi xác định xem hành vi ngừng cung ứng nhiên liệu của Vinapco đã gây khó khăn gì cho PA trong quá trình thực hiện hợp đồng. Tuy nhiên, từ các tình tiết của vụ việc cho thấy, không có cơ sở để khẳng định rằng việc áp đặt mức giá của Vinapco đối với PA có gây khó khăn cho PA trong quá trình thực hiện hợp đồng hay không. PA đã không (hoặc có vẻ là không) chấp nhận mức giá mà Vinapco đưa ra khi không có văn bản trả lời trong thời hạn mà Vinapco ấn định, ngay sau đó Vinapco cũng đình chỉ thực hiện hợp đồng. Do đó, khi khách hàng không chấp nhận nghĩa vụ mà doanh nghiệp độc quyền áp đặt và hợp đồng không tiếp tục thực hiện thì không thể nói là nghĩa vụ mà doanh nghiệp độc quyền áp đặt gây khó khăn cho khách hàng trong quá trình thực hiện hợp đồng.

Do đó, không thể kết luận là Vinapco có hành vi lạm dụng vị trí độc quyền để áp đặt các điều kiện bất lợi cho khách hàng.

Đối với hành vi lạm dụng vị trí độc quyền để đơn phương thay đổi hoặc hủy bỏ hợp

đồng đã giao kết mà không có lý do chính đáng

Theo Điều 33 Nghị định 116/2005/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Cạnh tranh (Nghị định 116), hành vi lợi dụng vị trí độc quyền để đơn phương thay đổi hoặc hủy bỏ hợp đồng đã giao kết mà không có lý do chính đáng là hành vi của doanh nghiệp có vị trí độc quyền thực hiện dưới một trong các hình thức sau:

1. Đơn phương thay đổi hoặc hủy bỏ hợp đồng đã giao kết mà không cần thông báo trước cho khách hàng và không phải chịu biện pháp chế tài nào.

2. Đơn phương thay đổi hoặc hủy bỏ hợp đồng đã giao kết căn cứ vào một hoặc một số lý do không liên quan trực tiếp đến các điều kiện cần thiết để tiếp tục thực hiện đầy đủ hợp đồng và không phải chịu biện pháp chế tài nào.

Hội đồng xử lý cho rằng, hành vi của Vinapco có đủ các dấu hiệu để xác định có hành vi lạm dụng vị trí độc quyền để đơn phương thay đổi hoặc hủy bỏ hợp đồng đã giao kết căn cứ vào một hoặc một số lý do không liên quan trực tiếp đến các điều kiện cần thiết để tiếp tục thực hiện đầy đủ hợp đồng và không phải chịu biện pháp chế tài nào (rơi vào hình thức vi phạm thứ hai trong hai hình thức nêu trên).

Để xác định hành vi này, cần làm rõ 3 dấu hiệu:

- Doanh nghiệp độc quyền đơn phương thay đổi hoặc hủy bỏ hợp đồng đã giao kết với khách hàng.

- Các lý do mà doanh nghiệp độc quyền đưa ra để làm căn cứ thay đổi hoặc hủy bỏ hợp đồng với khách hàng không liên quan trực tiếp đến các điều kiện cần thiết để tiếp tục thực hiện đầy đủ hợp đồng.

- Sau khi doanh nghiệp độc quyền đơn phương thay đổi hoặc hủy bỏ hợp đồng với khách hàng, doanh nghiệp không phải chịu biện pháp chế tài nào.

² Nguyễn Ngọc Sơn, Một số bình luận từ thực tiễn giải quyết vụ việc về hành vi hạn chế cạnh tranh, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 1/2010.

Trong quá trình giải quyết, Hội đồng xử lý đã bám sát phân tích ba dấu hiệu nêu trên.

Về dấu hiệu thứ nhất, Vinapco có hành vi đơn phương thay đổi hoặc hủy bỏ hợp đồng giao kết bằng việc ngừng cung cấp nhiên liệu bay. Dấu hiệu này là quá rõ ràng, thậm chí việc Vinapco đơn phương dừng cung cấp nhiên liệu bay cho PA trong ngày 01/4/2008 không đơn giản là vấn đề trong quan hệ của hai doanh nghiệp mà nó còn gây thiệt hại nghiêm trọng đến quyền lợi của khoảng 5.000 hành khách bị lỡ chuyến trong các chuyến bay của PA trong ngày 01/4/2008.

Ở dấu hiệu thứ hai, Vinapco dựa vào lý do không liên quan trực tiếp đến các điều kiện cần thiết để tiếp tục thực hiện đầy đủ hợp đồng. Hội đồng xử lý cho rằng mức phí cung ứng là yếu tố không liên quan trực tiếp đến các điều kiện cần thiết để tiếp tục thực hiện đầy đủ hợp đồng bởi theo hợp đồng số 34/PA2008 chỉ duy nhất một trường hợp Vinapco có thể tạm ngừng việc thực hiện hợp đồng, đó là do PA chậm thanh toán. Cho đến ngày 01/4/2008, PA chưa hề chậm thanh toán cho Vinapco³. Lập luận của Hội đồng xử lý là phù hợp, bởi lẽ theo quy định của pháp luật về hợp đồng thương mại, các bên trong quan hệ hợp đồng chỉ được đơn phương tạm ngừng, đình chỉ hoặc hủy bỏ hợp đồng nếu xảy ra hành vi vi phạm mà các bên đã thỏa thuận là điều kiện để tạm ngừng, đình chỉ hoặc hủy bỏ hợp đồng hoặc một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng⁴. Trong vụ việc này, giữa Vinapco và PA đã có thỏa thuận về áp dụng hình thức tạm ngừng thực hiện hợp đồng trong trường hợp duy nhất là khi PA có hành vi chậm thanh toán quá ba ngày làm việc, kể từ ngày nhận được bảng kê của Vinapco. Tình tiết vụ việc cũng cho thấy PA không có bất kỳ hành vi vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng nào. Do đó, việc Vinapco đưa ra lý do vì PA đã không chấp thuận mức phí mới mà Vinapco

đưa ra, việc PA đã không có trả lời bằng văn bản trong thời hạn Vinapco ấn định trước mặc nhiên là điều kiện để Vinapco áp dụng việc dừng cung ứng nhiên liệu bay cho PA như đã nêu trong công văn gửi cho PA để yêu cầu chấp nhận mức phí mới, là không thể chấp nhận.

Ở dấu hiệu thứ ba, sau khi thực hiện hành vi tạm ngừng thực hiện hợp đồng ngày 01/4/2008, Vinapco chưa phải chịu bất kỳ biện pháp chế tài nào. Điều này cũng được đại diện của Vinapco thừa nhận tại phiên điều trần.

Như vậy, đã có đủ các căn cứ để xác định hành vi vi phạm của Vinapco, việc phân tích các dấu hiệu để đi đến kết luận của Hội đồng xử lý là phù hợp với quy định của pháp luật. Tuy nhiên, qua vụ việc cho thấy, có một sự chưa rõ ràng trong việc xác định ranh giới giữa hành vi vi phạm theo Luật Thương mại và hành vi vi phạm theo Luật Cạnh tranh. Giả sử nếu hành vi đơn phương tạm ngừng thực hiện hợp đồng của Vinapco đã bị phía PA áp dụng các hình thức chế tài theo quy định của pháp luật đối với hợp đồng thương mại, thì phải chăng Vinapco sẽ không bị xử lý theo Luật Cạnh tranh (vì không thỏa mãn cấu thành doanh nghiệp không phải chịu biện pháp chế tài nào). Nếu như vậy, vẫn là một hành vi nhưng Vinapco có thể bị xử lý theo Luật Cạnh tranh hay chỉ đơn giản là một hành vi vi phạm hợp đồng và bị áp dụng các chế tài của Luật Thương mại là phụ thuộc vào việc PA có đưa ra yêu cầu và buộc Vinapco phải chịu các hình thức chế tài do vi phạm hợp đồng hay không. Điều này xem ra không phù hợp. Bên cạnh đó, rõ ràng các quy định của Luật Cạnh tranh trong tinh hướng này đã giới hạn quyền lựa chọn hành động của doanh nghiệp độc quyền. Bởi lẽ, khi PA không chấp nhận mức phí mới mà Vinapco đưa ra và việc đàm phán cứ kéo dài thì có thể Vinapco sẽ phải gánh chịu thiệt hại, nhưng kể cả trong

3 Nguyễn Ngọc Sơn, Một số bình luận từ thực tiễn giải quyết vụ việc về hành vi hạn chế cạnh tranh, Tlđd.

4 Xem các Điều 308, 310, 312 Luật Thương mại 2005.

trường hợp đó, Vinapco cũng không được phép tạm ngừng hoặc chấm dứt hợp đồng với PA.

Đối với hành vi đặt điều kiện thương mại khác nhau trong giao dịch như nhau nhằm tạo bất bình đẳng trong cạnh tranh

Theo Điều 29 Nghị định 116, áp đặt điều kiện thương mại khác nhau trong điều kiện giao dịch như nhau nhằm tạo bất bình đẳng trong cạnh tranh là hành vi phân biệt đối xử đối với các doanh nghiệp về điều kiện mua, bán, giá cả, thời hạn thanh toán, số lượng trong những giao dịch mua, bán hàng hóa, dịch vụ tương tự về mặt giá trị hoặc tính chất hàng hoá, dịch vụ để đặt một hoặc một số doanh nghiệp vào vị trí cạnh tranh có lợi hơn so với doanh nghiệp khác.

Theo quy định nêu trên, để xác định hành vi này cần làm rõ:

- Doanh nghiệp thống lĩnh đã áp đặt các điều kiện mua, bán khác nhau, giá cả khác nhau, thời hạn thanh toán, số lượng hàng hóa khác nhau đối với những giao dịch tương tự nhau về mặt giá trị hoặc tính chất hàng hóa, dịch vụ.

- Nhằm đặt một hoặc một số doanh nghiệp vào vị trí cạnh tranh có lợi hơn so với doanh nghiệp khác.

Qua tình tiết vụ việc cho thấy hành vi của Vinapco đã thỏa mãn các dấu hiệu nêu trên:

- Vinapco cùng thực hiện việc cung ứng nhiên liệu hàng không cho cả VNA và PA, có nghĩa là giao dịch mà Vinapco thực hiện với VNA và PA là cùng tính chất. Tuy nhiên, trong khi viện dẫn lý do chi phí nhiên liệu tăng để điều chỉnh mức phí cung ứng nhiên liệu thì Vinapco lại chỉ điều chỉnh tăng cao đối với PA, trong khi VNA vẫn được hưởng giá thấp. Điều này cho thấy Vinapco có sự phân biệt đối xử giữa PA và VNA, áp đặt giá cả khác nhau cho PA và VNA đối với giao dịch có cùng tính chất.

- Việc Vinapco áp đặt giá khác nhau cho PA và VNA trong khi PA và VNA đang là đối thủ cạnh tranh trực tiếp của nhau trên thị trường vận chuyển hành khách bằng máy

bay, lại đặt trong bối cảnh Vinapco là công ty “con” của VNA thì không thể không nghĩ đến hành vi của Vinapco nhằm đặt VNA vào vị trí cạnh tranh có lợi hơn PA. Quá trình thương lượng với Vinapco, PA cũng thể hiện quan điểm thừa nhận việc tăng phí cung ứng khi chi phí nhiên liệu tăng là hợp lý, nhưng yêu cầu phí cung ứng phải bình đẳng giữa các hãng hàng không nội địa. Điều này cho thấy việc PA từ chối mức giá mà Vinapco đưa ra không phải vì nó quá cao hay bất hợp lý, mà chủ yếu vì PA thấy việc áp đặt giá như vậy sẽ tạo ra sự không bình đẳng trong cạnh tranh giữa PA và VNA.

Tuy nhiên, trong quá trình điều tra vụ việc, các cơ quan có thẩm quyền đã không xem xét phân tích hành vi của Vinapco áp đặt điều kiện thương mại (điều kiện về giá) khác nhau trong giao dịch như nhau (cùng cung ứng nguyên liệu hàng không nội địa) cho VNA và PA. Điều này cho thấy những thiếu sót nhất định trong quá trình xử lý vụ việc hạn chế cạnh tranh đầu tiên có liên quan đến lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường.

2. Vụ việc ba nhà mạng Vinaphone, Mobifone và Viettel đồng loạt tăng giá cước 3G

Liên quan đến việc ba doanh nghiệp viễn thông lớn gồm MobiFone, Viettel và VinaPhone điều chỉnh giá cước dịch vụ truy cập Internet qua mạng di động 3G từ ngày 16/10/2013, trước phản ánh của dư luận, Cục Quản lý cạnh tranh, Bộ Công thương đã tiến hành thu thập, đánh giá các thông tin, tài liệu để xác minh sự việc. Việc xác minh của cơ quan có thẩm quyền xoay quanh hai nội dung:

(i) Có hay không việc các nhà mạng thỏa thuận tăng giá cước vi phạm quy định tại khoản 1 Điều 8 Luật Cạnh tranh về thỏa thuận ấn định giá hàng hóa, dịch vụ một cách trực tiếp hoặc gián tiếp?

(ii) Hành vi tăng giá cước của các nhà mạng có phải là lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường áp đặt giá bán dịch vụ một cách bất hợp lý gây thiệt hại cho khách hàng, vi phạm khoản 2 Điều 13 Luật Cạnh tranh?

Chúng tôi sẽ phân tích việc áp dụng các quy định về lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường của Luật Cạnh tranh để xác định hành vi của ba nhà mạng có phải là lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường để áp đặt giá bán dịch vụ bất hợp lý gây thiệt hại cho khách hàng.

Để có thể kết luận việc ba nhà mạng đồng thời tăng giá dịch vụ 3G là hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường để áp đặt giá bán hàng hóa dịch vụ bất hợp lý gây thiệt hại cho khách hàng, cần chứng minh nhóm ba doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường và hành vi của ba doanh nghiệp thực hiện thỏa mãn các dấu hiệu cấu thành của hành vi áp đặt giá bán dịch vụ bất hợp lý gây thiệt hại cho khách hàng theo quy định của khoản 2 Điều 27 Nghị định 116.

Đối với nội dung thứ nhất, căn cứ vào kết quả xác minh, thu thập thông tin về thị trường và thị phần, căn cứ vào quy định tại điểm b, khoản 2 Điều 11 Luật Cạnh tranh, cơ quan có thẩm quyền đã xác định ba doanh nghiệp Viettel, Vinaphone và Mobifone là nhóm doanh nghiệp thống lĩnh trên thị trường dịch vụ dữ liệu 3G. Tuy nhiên, đối với nội dung thứ hai, cơ quan có thẩm quyền đã kết luận là chưa có đủ căn cứ để coi đây là hành vi áp đặt giá bán hàng hóa, dịch vụ bất hợp lý gây thiệt hại cho khách hàng theo quy định của pháp luật cạnh tranh.

Theo khoản 2, Điều 27 Nghị định 116, hành vi áp đặt giá bán hàng hóa, dịch vụ được coi là bất hợp lý gây thiệt hại cho khách hàng nếu cầu về hàng hóa, dịch vụ không tăng đột biến tới mức vượt quá công suất thiết kế hoặc năng lực sản xuất của doanh nghiệp và thỏa mãn hai điều kiện:

- Giá bán lẻ trung bình tại cùng thị trường liên quan trong thời gian tối thiểu 60 ngày liên tiếp được đặt ra tăng một lần vượt quá 5%; hoặc tăng nhiều lần với tổng mức tăng vượt quá 5% so với giá đã bán trước khoảng thời gian tối thiểu đó;

- Không có biến động bất thường làm tăng giá thành sản xuất của hàng hóa, dịch vụ đó vượt quá 5% trong thời gian tối thiểu 60 ngày liên tiếp trước khi bắt đầu tăng giá.

Như vậy, để xác định hành vi này, cơ quan có thẩm quyền cần chứng minh các dấu hiệu sau đây:

- Có hiện tượng giá bán lẻ trung bình của hàng hóa, dịch vụ trên cùng thị trường liên quan tăng vượt quá mức 5% so với trước đó trong 60 ngày liên tiếp.

- Cầu về hàng hóa, dịch vụ không tăng đột biến tới mức vượt quá công suất thiết kế hoặc năng lực sản xuất của doanh nghiệp, tức là chứng minh việc tăng giá của doanh nghiệp không phải là hệ quả tác động của quy luật cung - cầu và giá cả, không dựa trên những quy luật, cơ sở kinh tế hợp lý.

- Không tồn tại các biến động bất thường làm tăng giá thành sản xuất của hàng hóa, dịch vụ đó lên quá 5% trong thời gian tối thiểu 60 ngày liên tiếp trước khi có hiện tượng tăng giá.

Căn cứ vào quy định, có thể hiểu ngược lại, việc tăng giá bán, hàng hóa, dịch vụ không bị coi là bất hợp lý, có thể chấp nhận được nếu:

- Giá bán lẻ trung bình của hàng hóa, dịch vụ trên cùng thị trường liên quan tăng nhưng không vượt quá mức 5% trong mọi trường hợp, hoặc

- Có sự tăng đột biến cầu về hàng hóa, dịch vụ tới mức vượt quá công suất thiết kế hoặc năng lực sản xuất của doanh nghiệp, trong trường hợp này mức tăng giá của doanh nghiệp sẽ không bị khống chế (doanh nghiệp có thể tăng giá vượt quá mức 5%), hoặc

- Tồn tại những biến động bất thường làm tăng chi phí sản xuất của hàng hóa, dịch vụ lên quá 5%, trong trường hợp này doanh nghiệp cũng được tăng giá bán mà không bị khống chế mức tăng.

Căn cứ vào kết quả xác minh của Cục Quản lý cạnh tranh công bố ngày 27/12/2013 cho thấy, cơ quan có thẩm quyền đã xem xét ba yếu tố để xác định dấu hiệu về hành vi áp đặt giá bán hàng hóa, dịch vụ bất hợp lý gây thiệt hại cho khách hàng, cụ thể:

- Về dấu hiệu mức độ tăng giá cước, Cục Quản lý cạnh tranh khẳng định có sự tăng giá cước trung bình khoảng 20%, vượt

quá mức 5% theo quy định, nhưng Cục cũng lý giải thêm là việc điều chỉnh giá là thực hiện theo chủ trương, định hướng điều chỉnh giá cước viễn thông theo quyết định của Thủ tướng Chính phủ, theo yêu cầu và được sự phê duyệt của cơ quan quản lý nhà nước về viễn thông. Phần lý giải thêm của cơ quan quản lý cạnh tranh gợi lên suy nghĩ về một vấn đề, là Luật Cạnh tranh có cho phép sự ứng xử khác đối với doanh nghiệp trong trường hợp doanh nghiệp tăng giá vượt quá mức cho phép theo quy định của Luật Cạnh tranh, nhưng phù hợp với chủ trương, quyết định và được sự cho phép của cơ quan nhà nước về ngành, lĩnh vực hay không?

- Về biến động bất thường làm tăng giá thành sản xuất, trên cơ sở phân tích báo cáo giá thành của ba nhà mạng đã được Cục Viễn thông, Bộ Thông tin và Truyền thông xác nhận, Cục quản lý cạnh tranh kết luận không có biến động bất thường làm tăng giá thành sản xuất dịch vụ dữ liệu 3G vượt quá mức 5% theo quy định tại điểm b, khoản 2 điều 27 Nghị định 116.

- Về quan hệ cung cầu trên thị trường, căn cứ vào báo cáo gửi Thủ tướng Chính phủ về tình hình điều chỉnh giá cước dịch vụ dữ liệu thông tin di động 3G của Bộ Thông tin và Truyền thông tại công văn số 3304/BTTTT-CVT ngày 06/11/2013, tính đến tháng 9/2013, số thuê bao của ba doanh nghiệp liên quan đạt 18,9 triệu thuê bao, đồng thời dung lượng cũng tăng mạnh, vượt quá khả năng cung cấp dịch vụ với chất lượng đảm bảo của mạng lưới.

Như vậy, trong ba dấu hiệu để xác định nhóm doanh nghiệp có hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường để áp đặt giá bán hàng hóa, dịch vụ bất hợp lý gây thiệt hại cho khách hàng, thì hành vi của nhóm ba doanh nghiệp viễn thông mới thỏa mãn hai dấu hiệu (có hiện tượng tăng giá vượt quá 5% theo quy định, không tồn tại biến động bất thường làm tăng giá thành sản xuất của

hàng hóa, dịch vụ) tuy nhiên, dấu hiệu cầu về hàng hóa, dịch vụ không tăng đột biến thì không thỏa mãn. Do đó, Cục Quản lý cạnh tranh kết luận, chưa đủ cơ sở để coi đây là hành vi áp đặt giá bán hàng hóa, dịch vụ bất hợp lý gây thiệt hại cho khách hàng theo quy định của pháp luật cạnh tranh⁵. Kết luận này cho thấy, để xác định hành vi vi phạm của doanh nghiệp trong trường hợp này đòi hỏi phải thỏa mãn cả ba dấu hiệu, chỉ cần một trong ba dấu hiệu không thỏa mãn thì dù việc tăng giá của doanh nghiệp có cao đến mấy cũng không bị coi là vi phạm. Với vụ việc này, mức tăng giá cước trung bình là 20% (vượt quá mức 5% theo quy định) nhưng giả sử mức tăng giá cước trung bình mà ba doanh nghiệp viễn thông đưa ra không phải chỉ là 20%, mà là 50% hoặc thậm chí hơn nữa, thì chỉ cần chỉ ra là có tồn tại một trong hai dấu hiệu hoặc là có sự biến động bất thường của thị trường làm tăng giá thành sản xuất của hàng hóa, dịch vụ quá 5% hoặc có biến động về quan hệ cung cầu trên thị trường thì việc tăng giá đó cũng không bị coi là vi phạm pháp luật cạnh tranh.

Việc áp dụng quy định của Luật Cạnh tranh trong giải quyết vụ việc tăng giá cước 3G cho thấy một lỗ hổng của Luật Cạnh tranh. Trong khi Luật Cạnh tranh quy định nếu không có biến động về quan hệ cung cầu trên thị trường, không có biến động bất thường làm tăng giá thành sản xuất hàng hóa, dịch vụ quá 5% thì không cho phép các doanh nghiệp thống lĩnh tăng giá bán trung bình của hàng hóa, dịch vụ quá 5%, nhưng ngược lại, nếu chỉ cần xảy ra một trong hai trường hợp có biến động về quan hệ cung - cầu, hoặc có biến động thị trường làm tăng giá thành sản xuất lên quá 5% thì các doanh nghiệp lại được thoải mái tăng giá mà không bị Luật Cạnh tranh điều chỉnh. Đó là lý do tại sao kết luận của Cục Quản lý cạnh tranh, mặc dù dựa trên những căn cứ xác đáng của pháp luật (với giả thiết là các số liệu, tài liệu

⁵ Thông cáo báo chí của Cục Quản lý cạnh tranh ngày 27/12/2013 về kết quả xác minh các dấu hiệu vi phạm Luật Cạnh tranh của ba doanh nghiệp viễn thông trong đợt điều chỉnh cước dịch vụ dữ liệu 3G từ ngày 16/10/2013.

liên quan đủ tính tin cậy) nhưng vẫn không thỏa mãn được dư luận.

Vụ việc tăng giá cước 3G đặt ra một vấn đề là, kể cả trong trường hợp nếu có biến động về quan hệ cung cầu, hoặc có biến động làm tăng chi phí sản xuất hàng hóa, dịch vụ lên quá 5% thì doanh nghiệp được phép tăng giá hàng hóa, dịch vụ vượt quá 5% nhưng cần phải có nguyên tắc xác định giới hạn rõ ràng như thế nào là tăng hợp lý, như thế nào là áp đặt mức tăng bất hợp lý.

3. Kiến nghị

Qua việc phân tích các vụ việc nêu trên, chúng tôi xin nêu một số ý kiến liên quan đến việc áp dụng và hoàn thiện các quy định của Luật Cạnh tranh về điều chỉnh hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền thị trường như sau:

Thứ nhất, trong thực tiễn, hành vi lạm dụng của doanh nghiệp thống lĩnh, doanh nghiệp độc quyền rất phức tạp. Các hành vi vi phạm không phải được thực hiện một cách riêng lẻ, độc lập mà thường đi kèm với những hành vi khác như là một phản ứng có tính chất dây chuyền hoặc nhằm củng cố cho hành vi vi phạm. Bởi vậy, cơ quan cạnh tranh cần thận trọng trong việc bóc tách để xác định chính xác hành vi thỏa mãn cấu thành sự vi phạm.

Thứ hai, như đã phân tích ở trên, vẫn là một hành vi đơn phương thay đổi hoặc hủy bỏ hợp đồng đã giao kết mà không có lý do chính đáng (theo khoản 2 Điều 33 Nghị định 116), doanh nghiệp độc quyền có thể bị xử lý theo Luật Cạnh tranh hay chỉ đơn giản là một hành vi vi phạm hợp đồng và bị áp dụng các chế tài của Luật Thương mại là phụ thuộc vào việc bên bị vi phạm có đưa ra yêu cầu và buộc doanh nghiệp độc quyền phải chịu các hình thức chế tài do vi phạm hợp đồng hay không. Vấn đề này cần phải được nghiên cứu và quy định lại cho phù hợp. Cũng liên quan đến hành vi này, cần quy định rõ thế nào là “các điều kiện cần thiết để tiếp tục thực hiện đầy đủ hợp đồng” và nên chăng, cần nghiên cứu quy định các trường hợp miễn trừ trách nhiệm khi doanh nghiệp độc quyền đơn phương thay đổi hoặc hủy bỏ

hợp đồng do việc tiếp tục thực hiện hợp đồng đã giao kết mang lại thiệt hại nghiêm trọng cho doanh nghiệp độc quyền.

Thứ ba, đối với hành vi đặt điều kiện thương mại khác nhau trong giao dịch như nhau nhằm tạo bất bình đẳng trong cạnh tranh (khoản 4 Điều 13 Luật Cạnh tranh 2004), rõ ràng quy định của Luật Cạnh tranh đã tạo áp lực cho các bên liên quan phải chứng minh được mục đích của bên vi phạm khi thực hiện hành vi là nhằm tạo bất bình đẳng trong cạnh tranh. Điều này là không hề đơn giản. Do đó, Luật Cạnh tranh cần quy định các dấu hiệu cụ thể để dùng làm căn cứ xác định mục đích của doanh nghiệp thống lĩnh khi thực hiện hành vi có phải là nhằm tạo bất bình đẳng trong cạnh tranh hay không.

Thứ tư, liên quan đến quy định về hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường áp đặt giá bán dịch vụ một cách bất hợp lý gây thiệt hại cho khách hàng (khoản 2 Điều 13 Luật Cạnh tranh) cần nghiên cứu sửa đổi theo hướng bổ sung thêm quy định về ấn định giá để thu lợi quá mức (excessive pricing). Theo quy định hiện hành, doanh nghiệp bị coi là ấn định giá bán hàng hóa dịch vụ một cách bất hợp lý nếu tăng giá bán quá 5% trong khi không có biến động làm tăng chi phí sản xuất quá 5%, hoặc không có biến động bất thường về quan hệ cung cầu tới mức vượt quá công suất thiết kế hoặc năng lực sản xuất của doanh nghiệp. Điều này đồng nghĩa với việc nếu có biến động làm tăng chi phí sản xuất của doanh nghiệp quá 5% hoặc có biến động bất thường về quan hệ cung cầu tới mức vượt quá công suất thiết kế hoặc năng lực sản xuất của doanh nghiệp, thì doanh nghiệp thống lĩnh có thể tăng giá bán hàng hóa, dịch vụ thoải mái mà không lo bị xử lý. Bởi vậy, Việt Nam cần sớm nghiên cứu để mở rộng phạm vi áp dụng đối với hành vi ấn định giá bán hàng hóa dịch vụ một cách bất hợp lý để kể cả trong trường hợp có sự gia tăng chi phí sản xuất lên quá 5% hoặc có biến động về quan hệ cung cầu thì doanh nghiệp thống lĩnh cũng không thể tăng giá một cách vô tội vạ mà không bị xử lý ■

MỐI QUAN HỆ GIỮA QUYỀN CỦA CỔ ĐÔNG PHỔ THÔNG VÀ QUYỀN TỰ DO KINH DOANH TRONG CÔNG TY CỔ PHẦN

TRƯƠNG VĨNH XUÂN*

Quyền của cổ đông phổ thông (CĐPT) là một trong những phương thức thực hiện quyền tự do kinh doanh (TDKD) của công dân. Tuy nhiên, quyền của cổ đông phải được thực hiện và bảo đảm thực hiện trong tương quan với lợi ích của các cổ đông khác, của các chủ thể khác và lợi ích chung của xã hội. Và như vậy, pháp luật phải quy định sao cho đảm bảo thực hiện quyền TDKD của công dân nhưng cũng phải đặt trong tương quan đó thì tính khả thi, tính hợp lý mới được đảm bảo.

1. Quyền cổ đông phổ thông trong công ty cổ phần dưới góc nhìn quyền tự do kinh doanh

Quyền là khái niệm được hiểu dưới nhiều góc độ khác nhau. “Quyền là những việc mà một người được làm mà không bị ai ngăn cản, hạn chế. Các quyền gồm có (i) quyền đương nhiên như quyền làm người, quyền được sống, quyền được tự do, quyền mưu cầu hạnh phúc; (ii) quyền do luật pháp cho phép làm hoặc luật pháp không cấm làm (quyền pháp lý); (iii) quyền do điều lệ của tổ chức chính trị - xã hội, các tổ chức quyền chúng cho phép hội viên được làm; (iv) quyền do người khác ủy quyền...”¹. Tuy

nhiên, theo nghĩa thông thường, kể cả Từ điển tiếng Việt cũng phản ánh dựa trên góc độ pháp lý khi nói đến quyền, đó là “quyền là điều mà pháp luật hoặc xã hội công nhận cho được hưởng, được làm được đòi hỏi”² hoặc là cách xử sự được phép của chủ thể mà pháp luật thừa nhận³. Như vậy, quyền được hiểu thông dụng là khả năng mà chủ thể đưa ra những xử sự mà pháp luật đã dự liệu dành cho chủ thể đó. Quyền được hiểu rất rộng và phải dựa trên một yếu tố nhất định làm cơ sở để từ đó phát sinh các quyền. Trong trường hợp đối với quyền của CĐPT, yếu tố đó là cổ phần - một loại tài sản mà cổ đông sở hữu.

* **Ths, Học viện Chính trị - Hành chính khu vực IV.**

1 Từ điển Luật học, NXB Từ điển Bách khoa, H, 1999, tr 395 – 396.

2 Viện Ngôn ngữ học (2004), Từ điển tiếng Việt, NXB Đà Nẵng, Hà nội – Đà Nẵng, tr 815.

3 PGS, TS Trần Ngọc Đường (chủ biên) (2000), Lý luận chung về nhà nước và pháp luật (tập 1), NXB Chính trị Quốc gia, H., tr 340: “Quyền chủ thể là cách xử sự mà pháp luật cho phép chủ thể được tiến hành”; Trường Đại học luật Hà Nội (1998), Giáo trình Luật Dân sự (tập I), NXB CAND, H, tr 66: “Quyền dân sự là cách xử sự được phép của người có quyền năng”.

Trong công ty cổ phần (CTCP), khác với các loại hình công ty khác, vốn điều lệ được chia thành nhiều phần bằng nhau và gọi đó là cổ phần. Cổ phần có thể xem xét như là một phần vô hình, trừu tượng cấu thành nên công ty hoặc cũng có thể hiện hữu nhìn thấy được như là một minh chứng, một chứng thư (bằng hình thức cụ thể có thể nhìn thấy được như là một loại chứng khoán) phản ánh một loạt các quyền mà người nào sở hữu nó sẽ có. Từ góc nhìn thứ hai, cổ phần được coi như một tài sản⁴. Người sở hữu tài sản này sẽ trở thành cổ đông⁵ công ty. Dù góp vốn với tư cách là cổ đông sáng lập hay sau này mua lại từ cổ đông khác, cổ đông cũng trở thành người có quyền sở hữu đối với cổ phần. Do vậy, cổ phần trong công ty thực ra cũng được xem như những món nợ mà cổ đông được đòi công ty⁶.

Cổ đông là người chỉ cần sở hữu ít nhất một cổ phần đã phát hành của CTCP⁷. Với tư cách là người sở hữu của CTCP, cổ đông có thể thực hiện một số xử sự mà pháp luật quy định, đó là quyền cổ đông. Như vậy, quyền cổ đông là khả năng đưa ra những xử sự mà pháp luật cho phép thực hiện.

Dựa trên tính chất của các quyền cổ đông và khả năng mà các quyền đó đem lại cho cổ đông, quyền cổ đông có thể được phân chia thành quyền mang tính chất phòng ngừa, quyền mang tính chất khắc phục⁸. Một góc nhìn khác, quyền cổ đông có thể được chia thành các nhóm quyền: nhóm quyền về tài sản, nhóm quyền về quản trị/quản lý công ty, quyền được thông tin,

quyền về phục hồi quyền lợi (hay gọi là nhóm quyền mang tính khắc phục)⁹. Hoặc quyền của CĐPT cũng được chia dựa trên ba quyền cơ bản của chủ sở hữu có được như các quyền liên quan đến quyền chiếm hữu, các quyền liên quan đến quyền sử dụng và các quyền liên quan đến quyền định đoạt cổ phần. Cũng có thể, các quyền mà cổ đông được xác định dựa vào mức tỷ lệ sở hữu cổ phần mà cổ đông có.

Về mặt bản chất, tất cả các quyền của cổ đông có được dựa trên nền tảng quyền sở hữu tài sản là cổ phần, trừ một số trường hợp đặc thù, ưu đãi. Trong CTCP, có nhiều loại cổ phần nên cũng có nhiều loại cổ đông. Theo Luật Doanh nghiệp, hiện cổ đông có 2 loại cơ bản: CĐPT và cổ đông ưu đãi. CĐPT là loại cổ đông bắt buộc phải có trong CTCP, là thành phần tất yếu hình thành nên công ty. Cổ đông ưu đãi là cổ đông có những quyền, lợi ích không xuất phát từ cổ phần mà họ đang sở hữu mà xuất phát từ những chính sách ưu đãi, đặc thù. Những người sở hữu cổ phần như nhau sẽ có những quyền ngang nhau và các quyền có được sẽ dựa trên quyền sở hữu cổ phần này.

Quyền của cổ đông trong CTCP thực chất cũng là quyền TDKD. Bởi quyền TDKD có thể được hiểu là khả năng hành động, khả năng được lựa chọn và quyết định một cách có ý thức của cá nhân hay doanh nghiệp về các vấn đề liên quan đến hoạt động kinh doanh¹⁰, trong đó, bao gồm cả các quyền của cổ đông trong việc thành lập và hoạt động của doanh nghiệp.

4 Xem thêm Lê Tài Triển (chủ biên), Nguyễn Vượng Thọ, Nguyễn Tân, Luật Thương mại Việt Nam dẫn giải (tập II), Kim lai ấn quán, Sài gòn, 1973, tr 935 – 936.

5 Có thể gọi cổ đông là "Shareholder" là "any person, company, or other institution that owns at least one share in a company". Read more: <http://www.investopedia.com/terms/s/shareholder.asp#ixzz1jLRZqNcj>

6 TS Nguyễn Quang Quỳnh, Dân luật (Quyển 1), Viện Đại học Cần Thơ xuất bản, 1967, tr 108.

7 Khoản 1, Điều 14 Luật Doanh nghiệp số 60/2005/QH11.

8 Quách Thuý Quỳnh (2010), Quyền của cổ đông thiểu số theo pháp luật Việt Nam, Tạp chí Luật học số 4, tr 19.

9 TS, Bùi Xuân Hải (2011), Biện pháp bảo vệ cổ đông, thành viên công ty: Lý luận và thực tiễn, Tạp chí luật học số 3, tr 11.

10 PGS, TS Mai Hồng Quỳ (2012), TDKD và vấn đề bảo đảm quyền con người tại Việt Nam, NXB Lao động, tr 54.

Tuy nhiên, quyền tự do kinh tế nói chung và quyền TDKD nói riêng không thể là các quyền tự do tuyệt đối¹¹. Vì lẽ đó, các cổ đông không phải/không được dựa trên quyền sở hữu đối với cổ phần đang nắm giữ trong CTCP mà muốn làm gì thì làm, muốn hành xử sao cũng được. Dưới góc nhìn quyền TDKD, các quyền của CĐPT phải được thực hiện trong giới hạn quyền và lợi ích của các chủ thể khác, lợi ích chung của cộng đồng, của xã hội.



2. Sự hạn chế quyền của cổ đông phổ thông trước quyền, lợi ích của chủ thể khác và của cộng đồng

Do tính chất không tuyệt đối của quyền TDKD, vì lợi ích của chủ thể khác, lợi ích của cộng đồng, quyền của CĐPT bị giới hạn trong một số trường hợp.

2.1. Giới hạn quyền của cổ đông bởi tỷ lệ cổ phần mà họ sở hữu trong CTCP

Dù dưới nhiều cách phân loại quyền khác nhau nhưng quyền cổ đông chủ yếu vẫn dựa trên nền tảng là quyền sở hữu đối với cổ phần mà CĐPT đang nắm giữ. Nói cách khác, nếu nhà đầu tư không sở hữu cổ phần thì cũng không trở thành cổ đông và sẽ không bao giờ có quyền gì trong CTCP. CTCP là công ty đối vốn, các thành viên công ty chủ yếu liên kết quyền với nhau chủ

yếu dựa trên vốn góp và tương ứng với vốn góp là quyền lợi và trách nhiệm của họ đối với công ty là hoàn toàn khác nhau.

Dưới khía cạnh bản chất của cổ phần là tài sản, quyền của chủ sở hữu đối với tài sản cổ phần luôn gắn liền với tỷ lệ cổ phần mà họ sở hữu trong công ty. Bởi lẽ, cổ đông sở hữu cổ phần là đồng sở hữu với các chủ sở hữu khác nên quyền của chủ sở hữu phải nằm trong mối tương quan với quyền của các đồng sở hữu khác. Theo pháp luật doanh nghiệp hiện nay, ngoại trừ những quyền cơ bản mà bất kỳ CĐPT nào cũng có¹², các quyền của cổ đông còn được mở rộng, giới hạn bởi tỷ lệ sở hữu cổ phần của các cổ đông. Các mức tỷ lệ cổ phần pháp luật

11 TS. Phan Huy Hồng, TS Nguyễn Thanh Tú (2012), *Quyền TDKD theo pháp luật liên minh Châu Âu và Việt Nam*, NXB Chính trị Quốc gia, H, tr 153 – 154.

12 Khoản 1, Điều 79, Luật Doanh nghiệp 2005: a) Tham dự và phát biểu trong các Đại hội cổ đông và thực hiện quyền biểu quyết trực tiếp hoặc thông qua đại diện được uỷ quyền; mỗi cổ phần phổ thông có một phiếu biểu quyết; b) Được nhận cổ tức với mức theo quyết định của Đại hội đồng cổ đông; c) Được ưu tiên mua cổ phần mới chào bán tương ứng với tỷ lệ cổ phần phổ thông của từng cổ đông trong công ty; d) Được tự do chuyển nhượng cổ phần của mình cho cổ đông khác và cho người không phải là cổ đông, trừ trường hợp quy định tại khoản 5 Điều 84 của Luật này; đ) Xem xét, tra cứu và trích lục các thông tin trong Danh sách cổ đông có quyền biểu quyết và yêu cầu sửa đổi các thông tin không chính xác; e) Xem xét, tra cứu, trích lục hoặc sao chụp Điều lệ công ty, sổ biên bản họp Đại hội đồng cổ đông và các nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông; g) Khi công ty giải thể hoặc phá sản, được nhận một phần tài sản còn lại tương ứng với số cổ phần góp vốn vào công ty; h) Các quyền khác theo quy định của Luật này và Điều lệ công ty.

Khoản 4 Điều 128, Luật Doanh nghiệp 2005: Cổ đông sở hữu cổ phần của công ty liên tục ít nhất một năm có quyền tự mình hoặc cùng với luật sư hoặc kế toán và kiểm toán viên có chứng chỉ hành nghề trực tiếp xem xét các báo cáo quy định tại Điều này trong thời gian hợp lý.

Điểm c, khoản 1, Điều 3 Thông tư 121/2012/TT-BTC của Bộ Tài chính quy định về quản trị công ty áp dụng cho các công ty đại chúng: Quyền được thông báo đầy đủ thông tin định kỳ và thông tin bất thường về hoạt động của công ty.

doanh nghiệp quy định hiện nay là 1%¹³, 5%¹⁴, 10%¹⁵, 20%¹⁶, 35%¹⁷, 50%¹⁸ và một số định mức tỷ lệ mềm được quy định như 65% hoặc 75%¹⁹ (của tổng số phiếu có quyền biểu quyết đi dự họp Đại hội cổ đông).

2.2. Giới hạn quyền cổ đông từ những người quản trị công ty

Cổ đông bao gồm các cá nhân và tổ chức có lợi ích, mục tiêu, hướng đầu tư và khả năng khác nhau. Hơn nữa, lãnh đạo công ty phải có khả năng đưa ra quyết định kinh doanh nhanh chóng. Do những thực tiễn này và sự phức tạp của việc điều hành công ty trong một thị trường đầy biến động, cổ đông không có trách nhiệm điều hành hoạt động của công ty. Trách nhiệm đối với chiến lược và hoạt động của công ty được đặt vào tay những người quản trị công ty²⁰. Như vậy, đa số cổ đông sở hữu công ty không thể thực hiện được các quyền của mình liên quan đến quản trị công ty mà phải thông qua những người đại diện mình thực hiện.

Quan hệ giữa các cổ đông và người quản lý công ty được hiểu như là quan hệ đại diện - hay quan hệ ủy thác. Mỗi quan hệ này được coi như là quan hệ hợp đồng mà theo đó các cổ đông (những người chủ - *principals*), bổ nhiệm, chỉ định người khác, người quản lý công ty (người thụ ủy - *agents*), để thực hiện việc quản lý công ty cho họ mà trong đó bao gồm cả việc trao thẩm quyền để ra quyết định định đoạt tài sản của công ty²¹. Như vậy, giống như trong một nhà nước dân chủ, các cổ đông đã tự trao một số quyền của mình cho người quản trị công ty thay mình thực hiện các quyền liên quan đến quản trị công ty mà đáng lẽ những người đồng sở hữu công ty phải thực hiện. Ở Việt Nam, các CTCP có tính chất gia đình rất nhiều, một hoặc nhiều người trong một gia đình đang nắm giữ một tỷ lệ lớn cổ phần trong công ty. Đa số những cổ đông lớn này đồng thời là người quản trị công ty nên họ rất dễ vì lợi ích của cổ đông lớn mà lạm dụng quyền làm ảnh hưởng đến quyền lợi của các cổ đông khác. Khả năng lạm

13 Khoản 1 Điều 25 Nghị định 102/2010/NĐ-CP của Chính phủ hướng dẫn chi tiết thi hành một số điều của Luật Doanh nghiệp: Cổ đông, nhóm cổ đông sở hữu ít nhất 1% số cổ phần phổ thông liên tục trong thời hạn 06 tháng có quyền yêu cầu Ban Kiểm soát khởi kiện trách nhiệm dân sự đối với thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc (Tổng giám đốc) trong một số trường hợp.

14 Điểm b khoản 1, khoản 3 điều 15 Nghị định 102/2010/NĐ-CP, khoản 1 Điều 110 Luật Doanh nghiệp 2005: Cổ đông sở hữu 5% cổ phần trở lên có quyền trở thành Giám đốc (Tổng Giám đốc), thành viên Hội đồng quản trị.

15 Khoản 2, khoản 3 Điều 79 Luật Doanh nghiệp 2005: Cổ đông sở hữu 10% cổ phần trở lên có quyền: Triệu tập cuộc họp ĐHĐCĐ bất thường và yêu cầu cơ quan đăng ký kinh doanh giám sát việc triệu tập và tiến hành họp; Đề cử thành viên Hội đồng quản trị và thành viên Ban Kiểm soát; Kiến nghị các vấn đề đưa vào chương trình họp ĐHĐCĐ; xem xét, tra cứu, trích lục hoặc sao chép sổ biên bản họp và các nghị quyết của Hội đồng quản trị, báo cáo tài chính giữa niên độ và báo cáo tài chính năm và các báo cáo do Ban Kiểm soát lập; Yêu cầu Ban Kiểm soát kiểm tra các vấn đề cụ thể có liên quan đến quản lý, điều hành hoạt động của công ty.

Nghị định 102/2010/NĐ-CP: Khoản 1 Điều 22: quyền ủy quyền tối đa ba người tham dự họp Đại hội đồng cổ đông; Khoản 8 Điều 23: Yêu cầu kiểm tra kết quả góp vốn.

16 Khoản 1, điều 17 Luật Pháp sản 2004: Cổ đông hoặc nhóm cổ đông sở hữu trên 20% tổng số cổ phần phổ thông trong thời hạn liên tục ít nhất sáu tháng có quyền nộp đơn tới tòa yêu cầu mở thủ tục phá sản khi nhận thấy công ty lâm vào tình trạng phá sản

17 Có quyền phủ quyết việc thông qua quyết định của Đại hội cổ đông trong trường hợp các cổ đông có quyền biểu quyết đi họp đầy đủ.

18 Điều 51 Điều lệ mẫu ban hành theo thông tư 15/2007/TT-BTC cho phép các cổ đông nắm giữ một nửa số cổ phiếu đang lưu hành có quyền biểu quyết trong bầu cử thành viên Hội đồng quản trị có quyền đề đơn khiếu nại tới tòa để yêu cầu giải thể theo một hay một số các căn cứ sau: (1) Các thành viên Hội đồng quản trị không thống nhất trong quản lý các công việc của Công ty dẫn đến tình trạng không đạt được số phiếu cần thiết theo quy định để Hội đồng quản trị hoạt động. (2) Các cổ đông không thống nhất nên không thể đạt được số phiếu cần thiết theo quy định để tiến hành bầu thành viên Hội đồng quản trị. (3) Có sự bất đồng trong nội bộ và hai hoặc nhiều phe cánh cổ đông bị chia rẽ khiến cho việc giải thể sẽ là phương án có lợi hơn cả cho toàn thể cổ đông.

19 Điểm a, điểm b khoản 3, Điều 104 Luật Doanh nghiệp 2005: Có quyền biểu quyết một số nội dung tại cuộc họp Đại hội cổ đông.

20 Các nguyên tắc quản trị công ty của OECD 2004, tr 33.

21 Trích theo TS. Bùi Xuân Hải, Học thuyết về đại diện và mấy vấn đề của pháp luật công ty Việt Nam, http://www.hcmulaw.edu.vn/hcmulaw/index.php?option=com_content&view=article&id=323:htvdvmpclctvn&catid=110:ctc20074&Itemid=110

dụng gia tăng khi hệ thống pháp lý cho phép và thị trường chấp nhận cô đông nắm quyền kiểm soát thực hiện mức độ kiểm soát không tương ứng với mức độ rủi ro mà họ gặp phải với tư cách là chủ sở hữu... Việc lợi dụng này có thể được thực hiện bằng nhiều cách, bao gồm việc bòn rút lợi nhuận cá nhân trực tiếp thông qua trả lương thưởng cao cho các thành viên gia đình và cộng sự, giao dịch với bên có liên quan, thiên kiến có hệ thống trong việc đưa ra các quyết định kinh doanh, và thay đổi cơ cấu vốn thông qua việc phát hành ưu đãi các cổ phiếu làm lợi cho cổ đông nắm quyền kiểm soát²².

Khi đã tự nguyện trao quyền của mình cho nhà quản trị như trong nhà nước dân chủ thì cổ đông đã tự mình hạn chế các quyền của mình bởi những người quản trị công ty và sự hạn chế càng lớn nếu người quản trị công ty đồng thời là cổ đông lớn và không vì lợi ích chung của công ty. Ngoài trừ một ngoại lệ, khi cổ đông lớn đang nắm giữ một tỷ lệ cổ phần quá lớn, khi đó lợi ích giữa họ và lợi ích công ty tương đồng và trong trường hợp này họ cũng thường là người tham gia quản trị công ty, họ sẽ không “tunneling” (đào mỏ) để chuyển nguồn lực ra khỏi công ty vì mục đích cá nhân của họ²³.

2.3. Giới hạn quyền CĐPT bằng quy định trong Điều lệ công ty

Điều lệ công ty được xem như hợp đồng thành lập công ty. Bên cạnh đó, theo quy định của Luật Doanh nghiệp có nhiều quy định tùy nghi dưới dạng “...nếu Điều lệ công ty không có quy định khác” hoặc “...cụ thể do Điều lệ quy định”, cho phép điều lệ công ty có thể quy định khác so với quy định pháp luật nhưng không được trái pháp luật.

Quy định của Điều lệ có hai hướng. Có thể quy định có lợi cho cổ đông, nhưng cũng có thể quy định có lợi cho cổ đông lớn hoặc cho công ty nói chung. Trong khi đó, quyền của công ty, của người quản trị công ty và của cổ đông là một khối nên nếu Điều lệ mở

rộng quyền của chủ thể này tất yếu phải hạn chế bớt quyền của các chủ thể khác. Do vậy, trên cơ sở quy định mềm của Luật Doanh nghiệp, tất yếu quyền của các cổ đông sẽ bị giới hạn nhất định ngay trong chính Điều lệ công ty.

Như vậy, Điều lệ công ty cũng là một trong những phương thức hạn chế quyền của các cổ đông trong CTCP.

2.4. Giới hạn cổ đông liên quan đến các cơ quan thực thi và đảm bảo thực thi quyền cổ đông

Quyền cổ đông chỉ mới là khả năng chủ thể thực hiện. Quyền này phải được thực thi bởi hành vi của cổ đông và được bảo đảm thực thi bởi những cơ quan có thẩm quyền.

Trong một số trường hợp, dưới góc nhìn kinh tế - luật, có nhiều quyền của cổ đông nếu được thực hiện đến nơi đến chốn, theo đúng thủ tục quy định thì cổ đông sẽ có được những lợi ích kinh tế từ quyền cổ đông mang lại không hề tương xứng với chi phí bỏ ra để thực hiện quyền đó hoặc yêu cầu cơ quan nhà nước có thẩm quyền bảo đảm thực hiện quyền đó.

Do vậy, hiệu quả thực thi các quyền và bảo đảm thực thi các quyền từ phía các cơ quan có thẩm quyền cũng là một trong những giới hạn quyền của cổ đông trong thực tiễn thực hiện pháp luật.

2.5. Giới hạn quyền CĐPT được mặc nhiên bởi mục đích của nhà đầu tư khi góp vốn

Các nhà đầu tư khi mua cổ phần hướng đến một hoặc nhiều mục đích khác nhau, nhưng có ba mục đích cơ bản: (i) Kiểm soát công ty: Cổ phần mang lại cho nhà đầu tư cơ hội kiểm soát hợp pháp một công ty và tác động đến quá trình đưa ra quyết định thông qua việc đề cử người vào làm thành viên Hội đồng quản trị hoặc thành viên Ban Giám đốc điều hành. Cổ đông sở hữu càng nhiều cổ phần càng có nhiều ảnh hưởng; (ii) Cổ tức: Cổ tức đóng một vai trò quan trọng

22 Các nguyên tắc quản trị công ty của OECD 2004, tr 44.

23 TS Vương Đức Hoàng Quân, Nguyễn Thị Ngọc Liên (2007), *Bàn thêm về đa sở hữu và vai trò của cổ đông chiến lược*, Tạp chí Tài chính tháng 02, tr 32-33.

trong quyết định đầu tư. Các khoản chi trả cổ tức định kỳ, đặc biệt trong trường hợp nhà đầu tư nắm giữ một danh mục cổ phần, có thể tạo ra những đồng tiền ổn định; và (iii) Gia tăng giá trị cổ phần: Các nhà đầu tư mua cổ phần để được lợi từ việc gia tăng giá trị khoản vốn đầu tư. Không giống như cổ tức, lợi nhuận từ việc giá cổ phần tăng chỉ được hiện thực hóa khi nhà đầu tư bán cổ phần đó đi²⁴.

Với tư cách là một tài sản, quyền của chủ sở hữu phụ thuộc vào mức độ sở hữu cổ phần của cổ đông. Tuy nhiên trong một số trường hợp, không phải cổ đông nào cũng hướng đến mục tiêu quản trị công ty mà có thể có nhiều mục đích khác nhau. Có nhiều quan điểm cho rằng cần thiết phải bảo vệ quyền lợi của CĐPT trong CTCP, đặc biệt là những cổ đông nhỏ, cổ đông yếu thế. Nhưng nếu đặt trong phạm vi quyền TDKD của công dân, những cổ đông có thực sự mong muốn thực hiện một số quyền khác không hay đó là sự áp đặt đối với cổ đông khi mà họ không thực sự muốn. Chính bản thân cổ đông sẽ tự hạn chế quyền của mình bằng những mục đích được cổ đông đặt ra khi tham gia đầu tư mua cổ phần.

2.6. Bảo vệ quyền CĐPT và đảm bảo quyền cổ đông trên phương diện quyền TDKD của nhà đầu tư

Các quyền CĐPT phải được quy định trong văn bản pháp luật có hiệu lực. Bởi pháp luật về quyền CĐPT là điều kiện tiên quyết và quan trọng để bảo vệ cổ đông, là phương tiện để CĐPT có thể sử dụng để bảo vệ mình²⁵. Cho nên cần đặt vấn đề rằng trong một số trường hợp nên chăng phải quy định bảo vệ cổ đông hoặc bảo đảm thực hiện các quyền cổ đông.

Nhà đầu tư mua cổ phần phổ thông của

công ty để trở thành CĐPT cũng là một cách đầu tư. Dưới góc độ quyền TDKD, nhà đầu tư có nhiều mục tiêu đặt ra, và không phải lúc nào cũng muốn đạt được toàn diện các mục tiêu. Vấn đề bảo vệ quyền lợi của nhà đầu tư trước những chủ thể khác như các cổ đông lớn, người quản trị công ty hoặc vì lợi ích của nền kinh tế²⁶ không phải lúc nào cũng được đặt ra. Để đánh giá mức độ thực hiện các quyền đó còn lệ thuộc vào mục đích của nhà đầu tư khi trở thành cổ đông công ty. Các cổ đông sẽ không quan tâm đến các mục đích còn lại nếu mục đích đặt ra khi đầu tư đã đạt được và cũng không quan tâm đến các quyền của mình liên quan đến mục đích khác có vi phạm hay không, vi phạm như thế nào và làm sao để bảo vệ các quyền đó. Do đó, một số lượng lớn các cổ đông không muốn hoặc phần nào không muốn thực hiện một số quyền là một sự thật hiển nhiên.

Tại sao chúng ta phải bảo vệ nhà đầu tư cái mà nhà đầu tư không hoặc chưa mong muốn? Vấn đề đặt ra là tùy vào mục đích của nhà đầu tư để pháp luật có những quy định, những biện pháp đảm bảo thực hiện các quyền của CĐPT như họ mong muốn. Nên chăng pháp luật quy định đầy đủ các quyền cho cổ đông nhưng trong đó, có những quyền của cổ đông mang tính tùy nghi và những quyền mang tính bắt buộc. Đây không phải là điều dễ thực hiện, vì sự đa dạng của nền kinh tế, vì khó xác định được mục tiêu của nhà đầu tư, hoặc mục tiêu sẽ thay đổi theo sự biến động của nền kinh tế... Hoàn thiện pháp luật về quyền của CĐPT và bảo đảm thực hiện quyền cổ đông trong tương quan với các cổ đông khác tuy không dễ dàng thực hiện nhưng lại có tác dụng khuyến khích đầu tư và tăng cường bảo vệ nhà đầu tư ■

24 Ủy ban Chứng khoán Nhà nước, *International Finance Corporation (WB), Cẩm nang quản trị công ty*, NXB Nông nghiệp, tr 233.

25 TS, Bùi Xuân Hải (2011), *Biện pháp bảo vệ cổ đông, thành viên công ty: Lý luận và thực tiễn*, Tạp chí luật học số 3, tr 11.

26 Xem thêm TS. Bùi Xuân Hải (2010), *Luật Doanh nghiệp bảo vệ cổ đông – pháp luật và thực tiễn*, NXB Chính trị Quốc gia, H, tr 145 – 158.

ĐẢM BẢO SỰ ĐỘC LẬP CỦA THẨM PHÁN Ở LIÊN BANG NGA VÀ MỘT SỐ GỢI Ý CHO CÔNG CUỘC CẢI CÁCH TƯ PHÁP Ở NƯỚC TA

MAI VĂN THẮNG*

Tư pháp độc lập là điều kiện và cũng là đặc trưng cơ bản, phổ quát của nhà nước pháp quyền (NNPQ). Để đảm bảo nền tư pháp độc lập, sự độc lập của tòa án với các cơ quan lập pháp, hành pháp, với hệ thống chính trị và chính quyền các cấp là điều kiện cần thiết. Tuy nhiên, để có nền tư pháp độc lập thật sự, trước hết phải có những thẩm phán độc lập, bởi thẩm phán, chứ không phải tòa án, mới là người nắm giữ quyền tư pháp, nhân danh quyền lực và công lý để đưa ra phán quyết bảo vệ lẽ phải, sự thượng tôn của pháp luật, công bằng, trật tự xã hội. Việt Nam và Liên bang Nga có nhiều điểm tương đồng trong lịch sử, có độ tin cậy chính trị cao với mối quan hệ chiến lược toàn diện đã được thiết lập¹. Đặc biệt, trên thực tế, Liên bang Nga đang vận hành một cơ chế tương đối hiệu quả đảm bảo sự độc lập của thẩm phán và đó là nguyên nhân chủ yếu góp phần tạo dựng quyền lực tư pháp độc lập trong NNPQ Liên bang Nga hiện đại. Bài viết trình bày kết quả khảo cứu cơ bản về những đảm bảo cho sự độc lập của thẩm phán ở Liên bang Nga, trên cơ sở đó đưa ra một số gợi ý cho công cuộc cải cách tư pháp của Việt Nam trong giai đoạn hiện nay.

1. Những đảm bảo cho sự độc lập của thẩm phán ở Liên bang Nga hiện nay

1.1. Đảm bảo bằng hệ thống những nguyên tắc pháp lý

Một trong những đảm bảo hữu hiệu cho sự độc lập của thẩm phán ở Liên bang Nga là hệ thống nguyên tắc pháp lý. Những nguyên tắc này được quy định trong Hiến pháp, Luật Hiến pháp Liên bang² “Về hệ

thống tòa án của Liên bang Nga” năm 1996 và Luật Liên bang “Về quy chế thẩm phán ở Liên bang Nga” 1992. Những nguyên tắc này được coi là những quy định cơ sở, nền tảng góp phần đảm bảo cho sự độc lập của thẩm phán.

Nguyên tắc phân quyền. Nguyên tắc này được ghi nhận tại Điều 10 Hiến pháp Liên bang Nga. Phân quyền không chỉ được hiểu là phân quyền giữa lập pháp, hành pháp và

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

1 Năm 2012 Việt Nam và Liên bang Nga đã nâng tầm quan hệ lên mức đối tác chiến lược toàn diện.

2 Ở Liên bang Nga, các đạo luật ban hành cụ thể hóa Hiến pháp Liên bang và ban hành, sửa đổi, bổ sung theo trình tự lập hiến được gọi là Luật Hiến pháp (Федеральный конституционный закон). Đây là văn bản có hiệu lực pháp lý cao chỉ sau Hiến pháp (Конституция РФ) và trên các đạo luật Liên bang (Федеральный закон).

tư pháp (phân quyền ngang) mà còn được hiểu cả việc phân định quyền lực giữa trung ương và địa phương (phân quyền dọc) và phân định quyền lực giữa hệ thống cơ quan quyền lực nhà nước các cấp với người dân (lưu quyền)³. Với mô hình phân quyền này, nền tư pháp của Liên bang Nga về cơ bản đảm bảo được sự độc lập với các nhánh lập pháp, hành pháp, với hệ thống chính quyền địa phương và hệ thống chính trị Liên bang Nga.

Nguyên tắc quyền xét xử chỉ thuộc về tòa án. Theo khoản 1 Điều 118 Hiến pháp Liên bang Nga, tất cả các cơ quan khác không phải là tòa án đều không được phép thực hiện quyền xét xử. Cụ thể hóa nguyên tắc này của Hiến pháp, Điều 4 Luật Hiến pháp Liên bang “Về hệ thống tòa án tại Liên bang Nga” năm 1996 quy định thẩm quyền xét xử ở Liên bang Nga chỉ được thực hiện bởi các tòa án được thành lập phù hợp với quy định của Hiến pháp và Luật Hiến pháp Liên bang “Về hệ thống tòa án ở Liên bang Nga”. Việc thành lập các tòa án đặc biệt và các tòa án không đúng theo quy định tại Luật này đều bị cấm.

Nguyên tắc thẩm phán không thể bị bãi miễn. Theo Điều 121 Hiến pháp Liên bang Nga, thẩm phán Liên bang không thể bị bãi miễn và được bổ nhiệm suốt đời. Quyền hạn của thẩm phán chỉ có thể bị chấm dứt trên cơ sở các căn cứ được quy định bởi Luật Liên bang. Cũng theo quy định tại các Điều 14 và 15 Luật Hiến pháp Liên bang “Về hệ thống tòa án ở Liên bang Nga” năm 1996, thẩm phán không thể bị thay thế hoặc chuyển sang một chức vụ khác nếu chưa có sự đồng ý của chính thẩm phán đó. Trong trường hợp vi phạm kỷ luật thì thẩm quyền của thẩm phán có thể bị tước bỏ theo quyết định của Hội đồng kỷ luật thẩm phán Liên bang. Quyết định này có thể bị kháng cáo lên cơ quan Giám sát kỷ luật của thẩm phán Liên bang.

Nguyên tắc bất khả xâm phạm của thẩm phán. Theo Điều 122 Hiến pháp Liên bang Nga, thẩm phán bất khả xâm phạm và không thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo trình tự khác với những quy định của pháp luật Liên bang. Nguyên tắc này được cụ thể hóa ở các Điều 16 và 17 Luật Liên bang năm 1992 “Về địa vị của thẩm phán”, theo đó, bất khả xâm phạm của thẩm phán được hiểu là sự bất khả xâm phạm về nhân phẩm, nơi ở, nơi làm việc, các phương tiện giao thông cá nhân cũng như công vụ, bí mật thư tín, điện thoại hoặc các hình thức trao đổi điện tử khác. Bất khả xâm phạm còn bao hàm cả thủ tục để truy cứu trách nhiệm thẩm phán được quy định rất chặt chẽ trong Luật Liên bang.

Nguyên tắc mọi thẩm phán đều bình đẳng về địa vị pháp lý. Theo Điều 12 Luật Hiến pháp Liên bang “Về hệ thống tòa án Liên bang” năm 1996, mọi thẩm phán đều bình đẳng với nhau về địa vị pháp lý. Giữa các thẩm phán chỉ khác nhau về chức năng và nhiệm vụ. Điều này không có nghĩa là tất cả mọi quyền lợi hay nghĩa vụ của mọi thẩm phán đều như nhau. Các thẩm phán đều có địa vị pháp lý, có vị thế và hệ thống những đảm bảo bình đẳng như nhau trong thực thi công vụ.

Nguyên tắc thẩm phán trung lập về chính trị. Nguyên tắc này được quy định cụ thể tại Điều 3 Luật Liên bang “Về địa vị thẩm phán ở Liên bang Nga”. Đây là nguyên tắc cần thiết và phù hợp nhằm đảm bảo sự độc lập, sự công tâm của thẩm phán ở đất nước với nền chính trị đa nguyên.

Ngoài ra còn nhiều nguyên tắc hiến định khác như: nguyên tắc nhân dân là nguồn gốc duy nhất của quyền lực (Điều 3); nguyên tắc pháp quyền (Điều 1); thẩm phán và tòa án độc lập chỉ tuân theo Hiến pháp, pháp luật và niềm tin cá nhân (Điều 120)⁴... Các nguyên tắc này là cơ sở, nền tảng góp phần

3 Xem thêm trong bài viết của TS. Mai Văn Thắng, “Mô hình phân quyền ở Liên bang Nga”, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 13-14/ tháng 7 năm 2012.

4 Được quy định trong Hiến pháp Liên bang Nga 1993.

đảm bảo cho sự độc lập của thẩm phán ở Liên bang Nga.

1.2. Đảm bảo bằng mô hình hệ thống tòa án được thiết kế độc lập

Để mỗi thẩm phán độc lập thì một trong những yêu cầu cơ bản là phải có một hệ thống tòa án độc lập. Hiện nay, ở Liên bang Nga đã hoàn thiện hệ thống hai cấp độ tòa án độc lập với lập pháp, hành pháp, với hệ thống chính trị, chính quyền địa phương và với chính các cấp tòa, các loại tòa án với nhau.

Ở cấp Liên bang có ba hệ thống tòa án chức năng biệt lập với nhau: Tòa án Hiến pháp Liên bang; hệ thống Tòa án thẩm quyền chung và hệ thống Tòa án kinh tế Liên bang. Ngoài Tòa án Hiến pháp Liên bang, các hệ thống tòa án khác đều có các cấp tòa đặt ở các chủ thể Liên bang (nước cộng hòa, tỉnh, khu tự trị, thành phố trực thuộc trung ương...) và thậm chí là ở các quận, huyện... Tuy nhiên, các tòa này được coi là đặt trụ sở ở địa phương đó, còn trong tổ chức và hoạt động độc lập với chính quyền địa phương nơi tòa án đó đặt trụ sở.

Ở cấp chủ thể có hai loại tòa án: Tòa án Hiến pháp của chủ thể (hay Tòa án Hiến chương)⁵ và thẩm phán khu vực (còn gọi là Tòa án khu vực). Tòa án Hiến pháp của chủ thể được chủ thể thành lập để bảo vệ Hiến pháp hoặc Luật Cơ bản của chủ thể và tính cần thiết của nó do mỗi chủ thể Liên bang tự quyết định. Thẩm phán khu vực (hay Tòa án khu vực), khác với Tòa án Hiến pháp của chủ thể, lại thuộc hệ thống Tòa án có thẩm quyền chung. Tuy nhiên, về nhân sự, chi phí trang bị cho tòa án lại được quyết định bởi chủ thể Liên bang. Mặc dù vậy, để đảm bảo sự thống nhất và bình đẳng về địa vị pháp lý, tất cả các thẩm phán, không phân biệt cấp Liên bang hay cấp chủ thể Liên bang, đều được hưởng lương, thưởng từ ngân sách

Liên bang cũng như các đảm bảo vật chất hay pháp lý khác.

Không chỉ có hai cấp tòa án, ở Liên bang Nga mỗi loại tòa án đều có hệ thống riêng và có thẩm quyền riêng độc lập với nhau. Hệ thống tòa án thẩm quyền chung xét xử những vi phạm và vụ việc, tranh chấp trong lĩnh vực hình sự, dân sự, hành chính, lao động. Hệ thống Tòa án kinh tế Liên bang xét xử những vụ việc, tranh chấp thuộc lĩnh vực kinh doanh, thương mại. Tòa án Hiến pháp Liên bang thực hiện chức năng bảo hiến và các chức năng khác theo quy định. Các Tòa án Hiến pháp (Tòa án Hiến chương) của các chủ thể thực thi nhiệm vụ bảo vệ Hiến pháp, Luật Cơ bản của chủ thể tương ứng.

Đảm bảo sự độc lập của thẩm phán bằng hệ thống tòa án độc lập còn thể hiện ở việc thiết lập sự độc lập của mỗi đơn vị tòa án (cấp tòa) trong mối tương quan với chính hệ thống bên trong của mình. Chẳng hạn, cùng nằm trong hệ thống Tòa án có thẩm quyền chung của Liên bang Nga, nhưng mỗi cấp tòa: Tòa án tối cao; các tòa án nước cộng hòa, tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, khu, tỉnh tự trị... ; các tòa án quận, huyện... đều độc lập với nhau theo nguyên tắc tòa án cấp này không phải là cấp dưới của cấp tòa kia và ngược lại. Mỗi cấp tòa có chức năng, nhiệm vụ, thẩm quyền riêng và độc lập với nhau. Ở Liên bang Nga, việc tòa án cấp này lấy vụ việc thuộc thẩm quyền của tòa cấp khác để xét xử là điều cấm. Không thể có tranh chấp về thẩm quyền giữa các cấp tòa. Theo quy định của pháp luật Liên bang, một cấp tòa không thể bị xóa bỏ, chấm dứt hoạt động nếu thẩm quyền của nó chưa được chuyển giao cho tòa án khác theo quy định.

1.3. Đảm bảo an ninh cá nhân, thân nhân thẩm phán

Đảm bảo tính mạng, sức khỏe, an ninh cá nhân của thẩm phán là sự đảm bảo cần

⁵ Do Liên bang Nga được tạo thành từ các chủ thể có quy chế khác nhau nên tên gọi của cấp chính quyền, cơ quan nhà nước của mỗi chủ thể cũng khác nhau. Nếu ở nước cộng hòa thì được gọi là Tòa án Hiến pháp, còn ở các tỉnh, khu tự trị... gọi là Tòa án Hiến chương, tuy nhiên về quy chế pháp lý là ngang nhau. Hiện ở Nga Tòa án Hiến pháp của chủ thể không được thiết lập ở tất cả các chủ thể mà chỉ có ở 25/83 chủ thể Liên bang.

thiết cho sự độc lập của thẩm phán. Theo lẽ tự nhiên, tính mạng, sức khỏe là cái quý nhất của mỗi con người. Với thẩm phán - người gác đền công lý nhưng lại luôn đối mặt với vô số hiểm nguy, thì an ninh của họ càng cần phải được bảo đảm. Và cũng chính bởi công việc đặc thù ấy, không chỉ có thẩm phán mà người thân của họ cũng là đối tượng dễ bị xâm hại nhất. Thực tế cho thấy, có những thẩm phán chấp nhận nguy hiểm, nhưng khi những đe dọa, xâm hại được chuyển sang những người thân thiết thì rất ít thẩm phán có thể chấp nhận đánh đổi. Xét xử là công việc hàng ngày và khó có một thẩm phán nào có thể chấp nhận hy sinh an ninh, an toàn của tất cả người thân để bảo vệ công lý xã hội...

Ý thức được điều này, Liên bang Nga đã tạo lập được một hệ thống những đảm bảo an ninh tính mạng, sức khỏe không chỉ của thẩm phán mà còn của cả thân nhân thẩm phán.

Theo quy định của Luật Liên bang “Về các biện pháp của Nhà nước nhằm bảo vệ thẩm phán, cán bộ, công chức cơ quan bảo vệ pháp luật, cơ quan thanh tra” năm 1995 và được triển khai trên thực tế từ đầu năm 2010⁶ và Chương trình mục tiêu quốc gia về “Phát triển hệ thống tư pháp ở Nga”, nghĩa vụ đảm bảo an ninh nơi ở, nơi làm việc của thẩm phán được giao cho Cục hỗ trợ tư pháp thuộc Tòa án tối cao Liên bang (Судебный департамент при Верховном суде РФ), Cục Liên bang hỗ trợ tư pháp và thi hành án (Федеральная служба судебных приставов), các cơ quan thuộc Bộ Nội vụ (подразделения органов внутренних дел) và một số cơ quan khác. Theo đó, tại trụ sở làm việc của thẩm phán, phòng xét xử, phòng nghị án, nơi lưu giữ hồ sơ, chứng cứ vụ án phải được trang bị các thiết bị: hệ thống cửa

quay; máy, cửa dò kim loại (bao gồm máy đặt tại cửa ra vào và máy cầm tay); hệ thống cảnh báo cháy và cảnh báo an ninh được kết nối với trung tâm thông tin thuộc cơ quan nội vụ; hệ thống chữa cháy tự động đặc biệt tại nơi lưu trữ hồ sơ vụ án; nút báo an ninh khẩn cấp lắp tại các phòng xử án, phòng làm việc của thẩm phán; camera theo dõi an ninh trong và ngoài tòa nhà và các phạm vi phụ cận của tòa án^{7,8}. Ngoài những trang thiết bị này, kể từ năm 2010 trở đi, lực lượng thường trực bảo vệ tòa án được chuyển giao từ lực lượng bảo vệ thuộc Bộ Nội vụ sang cơ quan chuyên nghiệp là lực lượng cảnh vệ của Cục Liên bang hỗ trợ tư pháp và thi hành án (Федеральная служба судебных приставов).

Để đảm bảo an ninh cá nhân của thẩm phán, theo Điều 5 và Điều 7 Luật Liên bang “Về các biện pháp của Nhà nước nhằm bảo vệ thẩm phán, cán bộ, công chức cơ quan bảo vệ pháp luật, cơ quan thanh tra” năm 1995, mỗi thẩm phán có thể được trang bị vũ khí, áo, mũ chống đạn hoặc các trang bị bảo vệ cá nhân trong trường hợp khẩn cấp. Việc cấp vũ khí hiện được thực hiện theo đơn đề nghị của thẩm phán có tính đến tình hình thực tiễn, nguy cơ xâm hại an ninh của thẩm phán và tiến hành theo quy định của Luật Liên bang “Về vũ khí” năm 1996, Nghị định của Chính phủ Liên bang số 1575 ban hành ngày 18/12/1997 “Những quy định về cấp vũ khí cho thẩm phán bởi cơ quan nội vụ”.

Nơi ở của thẩm phán Liên bang Nga được lắp đặt thiết bị cảnh báo an ninh và kết nối với đơn vị nội vụ phụ trách bảo vệ an ninh theo nơi cư trú của mỗi thẩm phán. Thân nhân của thẩm phán được bảo vệ và được cung cấp đường dây nóng cảnh báo an ninh. Ngoài ra, thẩm phán, cũng như thân nhân của thẩm phán còn có thể được cơ

6 Theo thông báo của ông Gusev A.V. Vụ trưởng vụ hỗ trợ tư pháp thuộc Tòa án tối cao Liên bang Nga trong cuộc trả lời phỏng vấn trực tuyến trên Hãng thông tấn Garant. Nguồn: <http://www.garant.ru/action/conference/288511/>

7 Điều 6 Luật Liên bang “Về các biện pháp của Nhà nước nhằm bảo vệ thẩm phán, cán bộ, công chức cơ quan bảo vệ pháp luật, cơ quan thanh tra”, 1995.

8 Cũng theo báo cáo của ông Gusev A.V chỉ trong năm 2009 từ ngân sách của Liên bang đã chi ra trên 20 triệu USD (Khoảng 550 triệu rúp) để trang bị các thiết bị bảo vệ các tòa án thẩm quyền chung.

quan chuyên trách thực hiện hàng loạt các biện pháp bảo vệ an ninh như: tạm chuyển đến một nơi an toàn; chuyển sang công việc khác, nơi học tập khác hoặc chuyển chỗ làm, chỗ học, chuyển sang chỗ ở mới; thay đổi giấy tờ tùy thân hoặc thay đổi hình dạng bên ngoài⁹.

1.4. Những đảm bảo về thu nhập, nhu cầu vật chất khác của thẩm phán

Thẩm phán không chỉ là nghề nguy hiểm mà còn là nghề có nhiều cám dỗ. Để những nhu cầu chính đáng về vật chất của thẩm phán không làm thay đổi sự thật của bản án, ở Liên bang Nga, nhờ những thành tựu về kinh tế trong những năm gần đây, hàng loạt chính sách đảm bảo thu nhập cũng như nhu cầu vật chất của thẩm phán đã được thực hiện.

Nhằm đảm bảo thu nhập của thẩm phán và xứng với địa vị cao quý của nghề nghiệp, theo quy định của Điều 11 Luật Hiến pháp Liên bang “Về hệ thống tư pháp ở Liên bang Nga”, năm 1996 thu nhập của thẩm phán ở Liên bang Nga được thống nhất đảm bảo từ nguồn ngân sách của toàn Liên bang và không thể bị cắt giảm trong suốt thời gian tại vị¹⁰.

Ngoài ra, nếu như trước đây, ở Liên bang Nga trong văn bản pháp luật có dùng từ “tiền công” (“заработная плата”) thì từ năm 2010 với việc cải cách chế độ tiền lương, ở Nga từ “tiền công” được thay bằng “tiền lương thưởng” (денежное содержание и денежное вознаграждение). Việc

thay thế từ ngữ không chỉ thể hiện sự thay đổi tư duy¹¹ ghi nhận địa vị cao quý của thẩm phán mà còn thay đổi cơ chế trả tiền lương thưởng cho thẩm phán khác với hệ số lương của cán bộ, công chức khác trong hệ thống cơ quan nhà nước nói chung¹².

Không chỉ được đảm bảo về thu nhập, thẩm phán còn được đảm bảo về chỗ ở cho những ai chưa đạt chuẩn về diện tích phòng ở. Nếu chưa được đảm bảo về chỗ ở, thẩm phán được bồi hoàn tiền thuê phòng ở riêng với diện tích tối thiểu là 20m². Nếu đã có chỗ ở nhưng chưa đạt chuẩn về diện tích và có phòng biệt lập thì cũng được Nhà nước hỗ trợ từ nguồn ngân sách Liên bang. Cũng theo quy định của pháp luật Liên bang, thẩm phán và nhân thân của thẩm phán còn được hưởng các đảm bảo chăm sóc sức khỏe theo bảo hiểm y tế, được cấp thuốc miễn phí, hưởng các dịch vụ nghỉ dưỡng tại các khu nghỉ dưỡng, chữa bệnh theo quy định...¹³

1.5. Những đảm bảo khác

Ngoài những đảm bảo kể trên, để thực sự độc lập trong thực thi công vụ, thẩm phán còn được bảo vệ bởi Hội đồng thẩm phán Liên bang Nga¹⁴; bị cấm nhận những danh hiệu, bằng cấp danh dự, huân, huy chương... của các tổ chức cá nhân khi chưa được phép; cấm ra nước ngoài bằng kinh phí của tổ chức, cá nhân khác; cấm tham gia các hoạt động khác ngoại trừ nghiên cứu khoa học và giảng dạy nhưng vẫn phải đảm bảo thực thi nhiệm vụ xét xử...

9 Cụ thể xem thêm các Điều 8, 9, 10, 11 của Luật Liên bang “Về các biện pháp của Nhà nước nhằm bảo vệ thẩm phán, cán bộ, công chức cơ quan bảo vệ pháp luật, cơ quan thanh tra” năm 1995.

10 Khoản 1 Điều 19 Luật Liên bang “Về địa vị thẩm phán”, 1992.

11 Theo các nhà lập pháp Nga dùng từ “tiền công” không phù hợp với chức danh cao quý - thẩm phán. Họ không làm việc để lấy tiền công là chủ yếu, mà họ làm việc vì công lý, công bằng xã hội và để đảm bảo cuộc sống tốt cho thẩm phán thì Nhà nước có nghĩa vụ đảm bảo thu nhập xứng đáng với địa vị và công sức của họ. Chính vì vậy, hiện nay các nhà lập pháp đã thay từ “зарплата судьи” bằng từ “денежное содержание судьи” (tạm dịch là tiền lương thưởng nhưng dùng theo nghĩa thẩm phán làm việc không vì thu nhập mà đó là nghĩa vụ Nhà nước phải đảm bảo).

12 Nhờ sự thay đổi này mà lương, thưởng của thẩm phán ở Liên bang Nga đã tăng rất nhanh. Theo báo cáo của ông Gusev A.V thì thẩm phán cấp tòa án tỉnh (như tỉnh Voronezh) năm 2012 thu nhập khoảng 140.000 rúp/1 tháng (tương đương hơn 6.000 USD/1 tháng), cấp huyện thì thấp hơn. Trong khi đó thu nhập bình quân của cán bộ, công chức khác trong năm 2012 vào khoảng trên dưới 1.200 USD/1 tháng (Số liệu còn dẫn theo: <http://www.lawinrussia.ru/node/205060>).

13 Điều 16 và Điều 19 Luật Liên bang “Về quy chế thẩm phán tại Liên bang Nga”, 1992.

14 Tổ chức đại diện quyền lợi, tiếng nói của thẩm phán toàn Liên bang Nga.

2. Thực trạng bảo đảm sự độc lập của thẩm phán ở Việt Nam hiện nay và một số gợi ý

Cần phải khẳng định rằng, mỗi xã hội đều có những điều kiện sinh tồn khác nhau, vì vậy, việc lấy tiêu chuẩn, điều kiện của một xã hội này áp dụng vào xã hội khác đều duy ý chí và khó có thể cho kết quả như mong đợi. Tuy vậy, xuất phát từ quan điểm cho rằng, vẫn tồn tại những tiêu chuẩn mang tính phổ quát, nhất là những điều kiện cơ bản đảm bảo sự độc lập của thẩm phán trong thực thi công vụ, chúng tôi cho rằng, những biện pháp mà Liên bang Nga đã áp dụng và đặt trong bối cảnh kinh tế, chính trị Việt Nam, hoàn toàn có giá trị tham khảo, vận dụng hiệu quả.

Về thực trạng độc lập tòa án, thẩm phán ở Việt Nam hiện nay, trong khuôn khổ bài viết này khó có thể trình bày tường tận. Nhưng, có thể khẳng định, nhờ sự quyết tâm của toàn bộ hệ thống chính trị dưới sự lãnh đạo của Đảng trong quá trình đổi mới, cải cách, các điều kiện cơ bản của nền tư pháp độc lập đã được xác lập. Các nguyên tắc tiên bộ, dân chủ của nền tư pháp hiện đại đã hiện diện trong tổ chức và hoạt động của hệ thống tòa án nước ta¹⁵. Tuy vậy, vấn đề đảm bảo sự độc lập của thẩm phán ở nước ta vẫn chưa được quan tâm thích đáng như đáng ra nó phải có.

Trước hết, đó là vấn đề hành chính hóa tư pháp. Tại Việt Nam, ở khía cạnh nào đó, tòa án cấp huyện được hiểu là tòa án cấp dưới của toàn án cấp tỉnh và ngược lại; tòa án cấp trên có quyền lấy vụ việc của tòa án

cấp dưới lên để xét xử trong một số trường hợp cần thiết; Chánh án tòa án của một cấp tòa có nhiều quyền lực trong điều động, biệt phái, luân chuyển... thậm chí là trong công tác thi đua, khen thưởng, phân công xét xử; Chánh án tòa án cấp tỉnh có nhiều quyền lực trong Hội đồng tuyển chọn thẩm phán cấp tỉnh và huyện; vai trò của chính quyền, đoàn thể địa phương đối với việc lựa chọn, tái bổ nhiệm thẩm phán, hội thẩm nhân dân còn lớn...¹⁶.

Một trong những thực trạng ảnh hưởng không nhỏ đến sự độc lập của thẩm phán đó là an ninh phiên tòa, an ninh cá nhân, thân nhân thẩm phán chưa thực sự được đảm bảo. Tòa án không được trang bị thiết bị bảo vệ cần thiết như máy dò kim loại, vũ khí, camera an ninh, lực lượng bảo vệ tòa án còn yếu và chưa chuyên nghiệp¹⁷. Thậm chí, còn có nhiều cấp tòa trụ sở, phòng xét xử phải đi thuê, mượn địa điểm. Tại nơi cư trú chưa có biện pháp đảm bảo an ninh cần thiết bảo đảm an ninh cá nhân và thân nhân thẩm phán.

Về thu nhập cũng như các đảm bảo nhu cầu vật chất khác của thẩm phán, về cơ bản, hiện chưa đáp ứng được nhu cầu cuộc sống. Mặc dù đã có những điều chỉnh nhằm nâng cao thu nhập của thẩm phán như quy định tăng mức phụ cấp trách nhiệm, nâng cao mức bồi dưỡng phiên tòa¹⁸, tuy nhiên, vẫn chưa đảm bảo cuộc sống cho cá nhân thẩm phán và gia đình. Cho đến nay, có một thực tế là, nhiều thẩm phán vẫn còn đi thuê nhà, chưa đảm bảo được chỗ ở ổn định, an toàn.

Ngoài ra, việc bổ nhiệm thẩm phán theo nhiệm kỳ 5 năm, vai trò của hội thẩm nhân

15 Trước hết đó là những nguyên tắc như: khi xét xử thẩm phán và hội thẩm nhân dân độc lập và chỉ tuân theo pháp luật (Điều 5), mọi công dân đều bình đẳng trước pháp luật (Điều 8), xét xử công khai (Điều 7), nguyên tắc thực hiện hai cấp xét xử (Điều 11)... (Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2002).

16 Những vấn đề trên đã được chứng minh trong nhiều công trình của các nhà khoa học. Ví dụ như: Nguyễn Đăng Dung (Chủ biên): *Tòa án Việt Nam trong bối cảnh xây dựng NNQP, NXB. Đại học Quốc gia Hà Nội 2011. Vấn đề này, xem thêm: Pháp lệnh sửa đổi, bổ sung một số điều của Pháp lệnh thẩm phán và hội thẩm nhân dân của Ủy ban Thường vụ Quốc hội số 14/2011 (Điều 1 và Điều 19)*

17 Qua vụ việc xét xử Hồ Duy Trú ngày 25/12/2013 thì vấn đề an ninh phiên tòa, an ninh thẩm phán và những người tham gia tố tụng ở Việt Nam đã bị phơi bày và đáng báo động: Xem thêm trên báo điện tử Người Lao động: <http://nld.com.vn/phap-luat/nguoi-nha-ke-chat-rot-tay-co-gai-cuop-sh-danh-luat-su-20131225195400649.htm>

18 Quyết định số 41/2012/QĐ-TTg ban hành ngày 5/10/2012 (mức bồi dưỡng của thẩm phán chủ tọa tăng từ 50.000 đồng/vụ lên 90.000/vụ)

dân trong quá trình xét xử, chưa có tổ chức nghiệp đoàn riêng biệt bảo vệ quyền lợi, nói tiếng nói của thẩm phán... cũng là những yếu tố có tính chất đặc thù nhưng ít nhiều làm ảnh hưởng đến sự độc lập của thẩm phán.

Những vấn đề nêu trên thực tế chỉ là những tồn tại cơ bản nhưng đã và đang có những tác động không hề nhỏ lên những quyết định của thẩm phán trong quá trình thực thi công vụ bảo vệ công lý.

Trên cơ sở nghiên cứu những đảm bảo cho sự độc lập của thẩm phán ở Liên bang Nga, với mong muốn thực hiện hiệu quả hơn nữa công cuộc cải cách tư pháp, thiết nghĩ cần thiết phải xem xét một số giải pháp sau:

Thứ nhất, đẩy mạnh đổi mới mô hình tổ chức hệ thống tòa án theo hướng tòa án phải là một hệ thống độc lập thực thi quyền tư pháp sao cho trong tổ chức và hoạt động của mình, các tòa án độc lập với các cơ quan lập pháp, hành pháp, với chính quyền và hệ thống chính trị địa phương nơi tòa án đặt trụ sở. Về cơ bản, chúng tôi bày tỏ sự đồng tình với mô hình tổ chức tòa án tách khỏi đơn vị hành chính lãnh thổ như trong Chiến lược cải cách tư pháp theo Nghị quyết 49/ NQ-TW, tuy nhiên, cần chú ý đến tính thực chất của sự độc lập về tổ chức và chức năng của các tòa án và các cấp tòa.

Thứ hai, hoàn thiện cơ sở pháp luật đảm bảo sự độc lập của thẩm phán. Hiện nay, trong hệ thống văn bản quy phạm pháp luật của nước ta không có một văn bản luật nào quy định về địa vị pháp lý, những đảm bảo pháp lý cũng như những biện pháp bảo vệ, quan tâm đến thẩm phán. Nếu có chăng chỉ là những văn bản dưới luật. Thật khó cho tòa án nếu vấn đề tài chính của tòa án, thu nhập thẩm phán,... lại được quyết định bởi Chính



phủ hay các cơ quan thực thi quyền hành pháp khác.

Thứ ba, cần xác lập nguyên tắc - quyền xét xử chỉ thuộc về thẩm phán. Việc thành lập các tòa án đặc biệt hay “lấy án” lên trên cần phải được bãi bỏ để đảm bảo sự độc lập của tòa án nói chung và thẩm phán nói riêng.

Thứ tư, cải cách chế độ lương và đảm bảo vật chất khác cho thẩm phán. Thiết nghĩ việc dùng chế độ lương, thưởng theo mô hình cải cách ở Liên bang Nga như đã phân tích ở trên thay cho chế độ hệ số lương và phụ cấp trách nhiệm hay chế độ “bồi dưỡng” phiên tòa như hiện nay sẽ rất hợp lý. Thẩm phán phải có chế độ lương thưởng riêng để xứng đáng với địa vị cao quý và trách nhiệm nặng nề của họ. Thiết nghĩ, cần bỏ ngay chế độ “bồi dưỡng phiên tòa” bởi điều này dễ làm tầm thường hóa và thậm chí tạo cảm giác “chăm công” trong hoạt động đầy ý nghĩa - bảo vệ công lý. Thẩm phán không làm việc chỉ để được trả công mà Nhà nước có nghĩa vụ thưởng bằng lương xứng đáng cho những cống hiến, địa vị cao quý và trách nhiệm nặng nề của họ. Ngoài ra, trong bối cảnh chính sách nhà ở xã hội hiện nay, việc có những chế độ đãi ngộ phù hợp về nhà ở cho những thẩm phán có nhu cầu bức thiết là điều cần thiết và hoàn toàn có thể thực hiện được.

Thứ năm, tăng cường các biện pháp đảm bảo an ninh cá nhân, an toàn tính mạng, sức khỏe cho thẩm phán và gia đình cũng như các biện pháp tăng cường an ninh trụ sở tòa án, phiên xét xử, nơi lưu giữ hồ sơ, tài liệu chứng cứ vụ án. Việc xem xét những giải pháp của Liên bang Nga, nhất là phân công lực lượng chức năng bảo vệ phiên tòa, tòa án, bảo vệ tư gia thẩm phán, hay trang bị cho thẩm phán nút bấm an ninh bỏ túi có kết nối với trung tâm cảnh báo an ninh... là những biện pháp không quá tốn kém và có thể thực hiện không mấy khó khăn trong bối cảnh hiện nay.

Thứ sáu, đổi mới cơ chế bổ nhiệm, sử dụng thẩm phán và mở rộng nguồn thẩm phán. Việc kéo dài thời gian bổ nhiệm lên 10 năm (thậm chí lâu hơn) hoặc bổ nhiệm suốt đời cũng là phương án tốt đảm bảo sự độc lập của thẩm phán. Ngoài ra, cần mở rộng nguồn thẩm phán giúp cho các thẩm phán đỡ bị “lệ thuộc” vào các “thầy hướng dẫn” hoặc “người đào tạo” mình như từ nguồn thư ký tòa như hiện nay. Thiết nghĩ việc bổ sung nguồn thẩm phán từ các luật sư giỏi, có uy tín không chỉ cung cấp lực lượng chuyên môn cao cho tòa án mà còn bởi giới luật sư thường có tư duy pháp quyền, tư duy gỡ tội, tư duy tranh biện và bảo vệ con người

- điều này phù hợp với tinh thần cải cách tư pháp hiện nay.

Thứ bảy, thiết lập bộ quy tắc ứng xử, chuẩn mực đạo đức của thẩm phán. Ở Việt Nam hiện nay, ngoài những quy định, yêu cầu của pháp luật, giới thẩm phán chưa hề có bộ quy tắc ứng xử, chuẩn mực đạo đức riêng do chính cộng đồng thẩm phán lập ra. Những quy tắc ứng xử, chuẩn mực đạo đức này giúp cho thẩm phán hành xử đúng mực, giữ đúng phẩm chất và ở khía cạnh nào đó giúp thẩm phán độc lập với chính cái “tôi”, với lòng tham, sự tha hóa của mình. Bộ quy tắc này phải do chính cộng đồng thẩm phán lập ra, công bố với xã hội và có Hội đồng thẩm phán đảm bảo và giám sát việc thực thi chúng.

Có thể còn nhiều những kiến nghị khác, tuy nhiên, từ kinh nghiệm của nước Nga và với sự xem xét nghiêm túc những điều kiện của Việt Nam, chúng tôi cho rằng, những gợi ý nêu trên rất đáng được lưu ý, bàn bạc để giúp cho công cuộc cải cách tư pháp của chúng ta đi đến thắng lợi, đáp ứng yêu cầu xây dựng NNQP của dân, do dân và vì dân. Trong nền tư pháp ấy, thẩm phán phải là nhân vật trung tâm và được đảm bảo tốt nhất để được độc lập trong thực thi công vụ, bảo vệ công lý, công bằng và trật tự xã hội ■

