

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISBN 1859 - 2953
<http://lapphap.vn>



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

ỦY BAN THƯỜNG VỤ QUỐC HỘI
HỘI ĐỒNG KHOA HỌC

HỘI NGHỊ TỔNG KẾT HOẠT ĐỘNG CỦA HỘI ĐỒNG KHOA HỌC NHIỆM KỲ 2016 - 2021

Hội nghị, ngày 22 tháng 3 năm 2021



SỐ 06 (430)

THÁNG 3/2021

- ❖ NHỮNG THUẬN LỢI VÀ THÁCH THỨC VỚI VIỆC XÓA BỎ HÌNH PHẠT TỬ HÌNH Ở VIỆT NAM
- ❖ QUYỀN CỦA CHỦ TỊCH NƯỚC TRONG AN GIẢM ÁN TỬ HÌNH VÀ ĐẶC XÁ
- ❖ XỬ PHẠT VI PHẠM HÀNH CHÍNH ĐỐI VỚI HOẠT ĐỘNG CHÀO BÁN TRÁI PHIẾU CỦA DOANH NGHIỆP

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

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

Mục lục Số 06/2021

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Những thuận lợi và thách thức với việc xóa bỏ hình phạt tử hình ở Việt Nam
PGS. TS. Vũ Công Giao – TS. Nguyễn Quang Đức
- 12** Quyền của Chủ tịch nước trong ân giảm án tử hình và đặc xá
ThS. Lê Duy Tường
- 16** Áp dụng các tiêu chuẩn kiểm dịch động - thực vật theo WTO và kiến nghị cho Việt Nam
ThS. Lê Minh Nhựt – ThS. Lê Thị Thanh Bình

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 27** Công nhận hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất vi phạm quy định điều kiện có hiệu lực về hình thức – bất cập và hướng giải quyết
PGS. TS. Trần Thăng Long - Nguyễn Văn Nhân

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

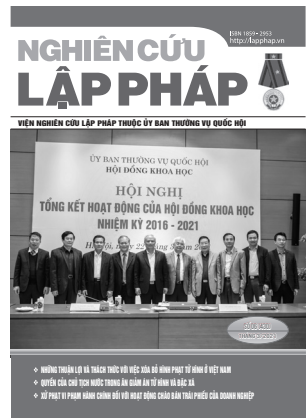
- 35** Xử phạt vi phạm hành chính đối với hoạt động chào bán trái phiếu của doanh nghiệp
TS. Phan Phương Nam
- 42** Điều kiện chào bán cổ phiếu lần đầu ra công chúng trong Luật Chứng khoán năm 2019
TS. Nguyễn Vinh Hưng
- 49** Quyền yêu cầu công ty mua lại phần vốn góp của thành viên công ty TNHH hai thành viên trở lên theo Luật Doanh nghiệp năm 2020
ThS. Nguyễn Thị Phương Hà

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 53** Giới hạn trách nhiệm của người quản lý doanh nghiệp trong trường hợp tham vấn chuyên gia tại Việt Nam và một số nước trên thế giới
Lê Ngọc Vân Nhi

CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG

- 58** Quyền tự do cư trú của công dân tại thành phố Hồ Chí Minh: Những bất cập và giải pháp hoàn thiện
ThS. Trần Văn Điệp



HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. Nguyễn Văn Hiến (Chủ tịch)
TS. Nguyễn Văn Giàu
PGS. TS. Nguyễn Thanh Hải
PGS. TS. Đinh Văn Nhã
TS. Nguyễn Văn Luật
TS. Lê Hải Đường
TS. Lương Minh Tuân (Thư ký)
PGS. TS. Vũ Công Giao
PGS. TS. Ngô Huy Cường
PGS. TS. Vũ Hồng Anh

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. LƯƠNG MINH TUÂN

TRỤ SỞ:

35 NGŨ QUYẾN - HOÀN KIẾM - HÀ NỘI.
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@quochoi.vn
Website: <http://lapphap.vn>

THIẾT KẾ:

NGỌC HÀ

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 0243.2121202

TÀI KHOẢN:

0991000023097
VIỆN NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP
NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI CỔ PHẦN
NGOẠI THƯƠNG VIỆT NAM
(VIETCOMBANK), CHI NHÁNH TÂY HỒ

MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

IN TẠI NHÀ MÁY IN BỘ QUỐC PHÒNG

GIÁ: 25.000 ĐỒNG

Ảnh bìa:

Hội đồng khoa học của UBTVQH tổng kết
nhiệm kỳ 2016 - 2021

Ảnh: Anh Phương

LEGISLATIVE STUDIES

<http://lapphap.vn>

INSTITUTE FOR LEGISLATIVE STUDIES UNDER THE STANDING COMMITTEE OF THE NATIONAL ASSEMBLY OF THE S.R. VIETNAM

Legis No 6/2021

STATE AND LAW

- 3** Advantages and Challenges with the Abolition of Death Penalty in Vietnam
Prof. Dr. Vu Cong Giao - Dr. Nguyen Quang Duc
- 12** Authority of the President in Parole and Special Amnesty to the Death Penalty
LLM. Le Duy Tuong
- 16** Application of the Flora and Fauna Quarantine Standards of WTO and Recommendations for Vietnam
LLM. Le Minh Nhut - LLM. Le Thi Thanh Binh

DISCUSSION OF BILLS

- 27** Recognition of Land Use Right Transfer Contracts with Violation of the Provisions of Effective Conditions on Form: Shortcomings and Recommended Solutions
Prof. Dr. Tran Thang Long - Nguyen Van Nhan

LEGAL PRACTICE

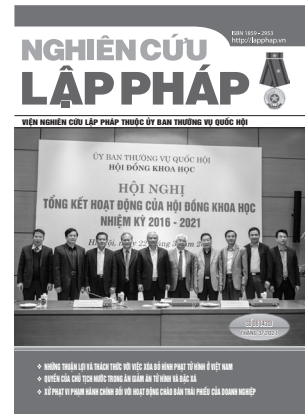
- 35** Sanctioning to Administrative Violations of Corporate Bond Offering
Dr. Phan Phuong Nam
- 42** Conditions for Initial Public Offering under the Law on Securities of 2019
Dr. Nguyen Vinh Hung
- 49** The Member's Right to Request the Company to Acquire the Contributed Capital in Limited Liability Company with Two or More Members under the Enterprise Law of 2020
LLM. Nguyen Thi Phuong Ha

FOREIGN EXPERIENCE

- 53** Limitation of the Liability of the Business Manager under the case of Expert's Consultation in Vietnam and Foreign Countries
Le Ngoc Van Nhi

LOCAL GOVERNMENT ADMINISTRATION

- 58** Freedom of Residence of Citizens in Ho Chi Minh City: Shortcomings and Recommended Solutions
LLM. Tran Van Diep



EDITORIAL BOARD:

Dr. Nguyen Van Hien (Chairman)
Dr. Nguyen Van Giau
Prof. Dr. Nguyen Thanh Hai
Prof. Dr. Dinh Van Nha
Dr. Nguyen Van Luat
Dr. Le Hai Duong
Dr. Luong Minh Tuan (Secretary)
Prof. Dr. Vu Cong Giao
Prof. Dr. Ngo Huy Cuong
Prof. Dr. Vu Hong Anh

CHIEF EDITOR IN CHARGE:

Dr. LUONG MINH TUAN

OFFICE:

35 NGO QUYEN - HOAN KIEM - HANOI.
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@quochoi.vn
Website: <http://lapphap.vn>

DESIGN:

NGOC HA

LICENSE OF PUBLISMENT:

Nº 438/GP-BTTTT DATE 29-10-2013
MINISTRY OF INFORMATION
AND COMMUNICATION

DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202

ACCOUNT NUMBER:

0991000023097
THE INSTITUTE FOR LEGISLATIVE STUDIES
JOINT STOCK COMMERCIAL BANK FOR
FOREIGN TRADE OF VIETNAM
(VIETCOMBANK).

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY

PRICE: **25.000 VND**

NHỮNG THUẬN LỢI VÀ THÁCH THỨC VỚI VIỆC XÓA BỎ HÌNH PHẠT TỬ HÌNH Ở VIỆT NAM

Vũ Công Giao*

Nguyễn Quang Đức**

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

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

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Hình phạt tử hình, tội phạm, quyền sống, Việt Nam.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 23/02/2021

Biên tập : 07/3/2021

Duyệt bài : 10/3/2021

Tóm tắt:

Giống như nhiều quốc gia khác, hình phạt tử hình đã được áp dụng từ lâu và hiện vẫn đang được quy định trong pháp luật và thi hành trên thực tế ở Việt Nam. Trong bối cảnh hội nhập quốc tế ngày càng sâu rộng, dân trí ngày càng cao và xã hội ngày càng cởi mở hơn, Việt Nam trong tương lai vẫn sẽ theo xu hướng giảm hình phạt tử hình trong pháp luật và giảm việc áp dụng hình phạt này trong thực tế. Mặc dù vậy, đây sẽ không phải là một sự thay đổi nhanh chóng trong thời gian ngắn, do vẫn còn nhiều lý do để duy trì hình phạt này. Trong phạm vi bài viết này, các tác giả trình bày, phân tích những yếu tố tác động tích cực cũng như tiêu cực đến việc xóa bỏ hình phạt tử hình ở Việt Nam và đồng thời đề xuất những gợi mở nhằm thúc đẩy việc hạn chế, tiến tới xóa bỏ hình phạt tử hình ở nước ta trong tương lai.

Article Information:

Keywords: Death penalty, crime, right to life, Vietnam.

Article History:

Received : 23 Feb. 2021

Edited : 07 Mar. 2021

Approved : 10 Mar. 2021

Abstract:

Like many other countries, the death penalty has been used for a long time and is still being regulated in law and practice in Vietnam. In the context of increasingly deep and wide international integration, increasing people's standings and open society, Vietnam in the future will still follow the reduction trend of the death penalty in law and reducing the application of the death penalty in practice. This will not be a rapid change in the short term, though, as there are still plenty of reasons to maintain this penalty. Within the scope of this article, the authors provide an introduction and an analysis of the factors that both positively and negatively impact the abolition of the death penalty in Vietnam and also propose suggestions to speed up the deadline and proceed to abolish the death penalty in our country in the future.

1. Khái quát lịch sử hình phạt tử hình ở Việt Nam

Pháp luật thành văn của Việt Nam có thể xem là bắt đầu với Bộ Hình thư thời Lý (1042)¹. Bộ luật này hiện đã thất truyền; bởi vậy, có ý kiến cho rằng nó bao gồm các quy định về hình phạt tử hình, trong khi ý kiến khác cho rằng, thời kỳ này hình phạt tử hình không được áp dụng, ít nhất ở một giai đoạn

nhất định, do vào thời Lý Phật giáo là quốc giáo của Việt Nam.

Trong trường hợp Bộ Hình thư đã có quy định hình phạt tử hình, điều đó có nghĩa là hình phạt tử hình đã được thiết lập trong pháp luật thành văn của Việt Nam kể từ thời Lý². Tiếp sau thời Lý là triều đại nhà Trần. Thời Trần, hệ thống văn bản pháp luật bao gồm bộ “Quốc Triều Thông chế”³ và bộ “Hoàng

¹ Được cho là gồm ba quyển, do vua Lý Thái Tông cho biên soạn vào năm 1042.

² Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội (2010), *Những điều cần biết về hình phạt tử hình (sách chuyên khảo)*, Nxb. Lao động Xã hội, Hà Nội, tr. 212-213.

³ Do vua Trần Thái Tông cho biên soạn vào năm 1230, gồm 20 quyển.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

Triều Đại điển”⁴. Cả hai bộ luật này đều có quy định hình phạt tử hình. Thời (Hậu) Lê có một bộ luật nổi tiếng không chỉ ở Việt Nam mà còn trên thế giới, đó là bộ “Quốc Triều Hình luật” (còn gọi là “Bộ luật Hồng Đức”) năm 1483⁵. Mặc dù chứa đựng nhiều quy định mang tính nhân đạo sâu sắc, song Bộ luật Hồng Đức cũng bao gồm các quy định về hình phạt tử hình. Thời Nguyễn, bộ luật nổi tiếng là “Hoàng Việt Luật lệ” (còn gọi là “Bộ luật Gia Long”) năm 1815⁶. Đây có thể coi là bộ luật cuối cùng của chế độ phong kiến ở Việt Nam và tương tự như các bộ luật ở các triều đại trước, nó cũng bao gồm các quy định về hình phạt tử hình.

Nhìn chung, các bộ luật thời phong kiến kể trên đều theo hệ thống ngũ hình: xuy (hình phạt đánh bằng roi), trượng (hình phạt đánh bằng gậy), đồ (hình phạt bắt lao động khổ sai), lưu (hình phạt bắt đi đày), tử (hình phạt tử hình). Hệ thống những tội phạm có thể bị kết án tử hình ở các triều đại khác nhau có sự khác nhau, song nhìn chung, số tội phạm có thể bị áp dụng hình phạt này là lớn; trong đó, có một số loại tội phạm mà bộ luật nào cũng quy định hình phạt tử hình như tội giết người, tội phản nghịch, tội nhận hối lộ, tội tham ô, v.v... Nhiều biện pháp thi hành án tử hình có tính chất tàn bạo hoặc báo thù tàn khốc như “chu di tam tộc”, “tùng xẻo”⁷, “phanh thây”, “bấm xác”, “đáo mã”, v.v... theo các phương châm “đục phạt bất nhi bách” (phạt

một người để răn đe trăm người), hoặc “dùng hình kỳ vu vô hình” (quy định hình phạt để không cần dùng đến hình phạt)⁸.

Sau Cách mạng tháng Tám năm 1945, Nhà nước Việt Nam Dân chủ Cộng hòa được thành lập. Những văn bản pháp luật đầu tiên xác lập nền tảng cho nền tư pháp của Nhà nước Việt Nam mới là loạt Sắc lệnh số 33 ngày 13/9/1945 của Chủ tịch Hồ Chí Minh⁹. Trong đó, Sắc lệnh số 33C quy định các Tòa án quân sự có quyền tuyên án và thi hành án những người có những hành động phương hại đến nền độc lập của nước Việt Nam Dân chủ Cộng hòa (trừ những phạm nhân là binh sĩ thì xử theo quân luật) với các loại hình phạt khác nhau, trong đó cao nhất là hình phạt tử hình.

Tiếp theo những văn bản pháp luật trên, trong giai đoạn từ năm 1945 đến năm 1985, vấn đề hình phạt tử hình còn được quy định trong nhiều văn bản pháp luật khác của Nhà nước, bao gồm các sắc lệnh, luật, pháp lệnh, thông tư¹⁰. Nghiên cứu các văn bản này, có thể rút ra một số nhận xét sau:

Thứ nhất, thời kỳ này, do các hoàn cảnh của đất nước nên công tác lập pháp, lập quy chưa có điều kiện phát triển và hoàn thiện, vì thế chưa có văn bản nào quy định riêng về hình phạt tử hình cũng như về hệ thống hình phạt nói chung. Hình phạt tử hình được đề cập rải rác trong nhiều văn bản pháp luật ban hành vào những năm khác nhau.

⁴ Do vua Trần Dụ Tông cho biên soạn vào năm 1341.

⁵ Do vua Lê Thánh Tông, niên hiệu Hồng Đức, cho biên soạn vào năm 1483, gồm sáu Quyển, 13 Chương, 722 Điều.

⁶ Do vua Gia Long cho biên soạn vào năm 1815, gồm 22 Quyển, 398 Điều.

⁷ Còn được gọi là “Lăng trì”.

⁸ Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội (2010), *tlđd*, tr. 214.

⁹ Bao gồm Sắc lệnh số 33A cho phép Ty Liêm phóng bắt những người nguy hiểm cho nền dân chủ cộng hòa Việt Nam để đưa đi an trí; Sắc lệnh số 33B định thể lệ cho Ty Liêm phóng và Sở cảnh sát theo mỗi khi bắt người nào; Sắc lệnh số 33C thiết lập các Tòa án quân sự; Sắc lệnh số 33Đ định thể lệ phóng thích các tội nhân bị kết án trước ngày 19/8/1945.

¹⁰ Xem chi tiết trong: Phạm Văn Lợi (chủ biên), *Một số vấn đề về hình phạt tử hình và thi hành án tử hình*, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, năm 2006, tr. 36-38.

Thứ hai, hình phạt tử hình ở thời kỳ này chịu ảnh hưởng bởi tình trạng chiến tranh nên nặng về mục đích trừng trị, được gắn với nhiều tội phạm về an ninh quốc gia¹¹ và chưa phân biệt rõ ràng với việc xử phạt hành chính.

Thứ ba, về thủ tục, ở thời kỳ này đã áp dụng thủ tục xem xét lại bản án tử hình. Theo Luật (không số) ngày 14/7/1960 về tổ chức Tòa án nhân dân, các bản án tử hình phải được Hội đồng toàn thể thẩm phán của Tòa án nhân dân tối cao duyệt lại trước khi thi hành, trong đó phải có 2/3 tổng số thẩm phán của Tòa án nhân dân tối cao tham dự và quá nửa số thẩm phán tham dự tán thành thì Nghị quyết mới có giá trị¹².

Bộ luật Hình sự (BLHS) đầu tiên được ban hành ở Việt Nam vào năm 1985, sau đó được sửa đổi, bổ sung một số điều các năm 1989, 1991, 1992, 1997. Trong phần các tội phạm của BLHS năm 1985, hình phạt tử hình được quy định với 29 điều trong tổng số 195 điều luật về tội phạm. Tuy nhiên, qua 4 lần sửa đổi, đến năm 1997, số điều luật quy định hình phạt tử hình trong BLHS năm 1985 đã tăng lên thành 44 điều trong tổng số 216 điều. Sự gia tăng này phản ánh đường lối phòng, chống tội phạm theo hướng ngày càng nghiêm khắc hơn trong giai đoạn 1985 - 1997 ở Việt Nam.

BLHS năm 1999 được Quốc hội thông qua ngày 21/12/1999 để thay thế cho BLHS năm 1985, gồm 24 chương với nhiều điều, trong đó có 29 điều có khung hình phạt cao nhất là tử hình. Tuy nhiên, Bộ luật này đã

được sửa đổi vào năm 2009, trong đó bỏ hình phạt tử hình với tám (08) điều¹³.

Việc sửa đổi nêu trên bắt nguồn từ chủ trương hạn chế hình phạt tử hình theo tinh thần của Nghị quyết số 08/NQ-TW ngày 02/01/2002 của Bộ Chính trị về một số nhiệm vụ trọng tâm công tác tư pháp trong thời gian tới (Nghị quyết số 08/NQ-TW). Theo đó, Nghị quyết số 49/NQ-TW đã khẳng định việc “*hạn chế áp dụng hình phạt tử hình theo hướng chỉ áp dụng đối với một số ít loại tội phạm đặc biệt nghiêm trọng*”. Chủ trương này đã được thực hiện từ năm 2009 khi sửa đổi, bổ sung BLHS năm 1999 và tiếp tục được thực hiện khi xây dựng và ban hành BLHS năm 2015.

BLHS năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2017 tiếp tục bỏ án tử hình ở tám (08) tội danh khác, đồng thời quy định người dưới 18 tuổi khi phạm tội, phụ nữ có thai, phụ nữ đang nuôi con dưới 36 tháng tuổi, người đủ 75 tuổi trở lên khi phạm tội hoặc khi xét xử không bị áp dụng hình phạt tử hình. Tổng cộng, số lượng tội phạm áp dụng hình phạt tử hình trong BLHS năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2017 là 18/314 tội danh.

2. Những yếu tố thuận lợi với việc xóa bỏ hình phạt tử hình ở Việt Nam

2.1. Xu hướng xóa bỏ hình phạt tử hình trên thế giới

Trong 50 năm qua, xu hướng xóa bỏ hình phạt tử hình đã tăng đáng kể. Khi Tuyên ngôn toàn cầu về quyền con người được thông qua

¹¹ Chẳng hạn các tội như: tội gián điệp; tội bạo loạn; tội xâm phạm an ninh lãnh thổ; tội hoạt động phi; tội theo địch hoặc vì mục đích phân cách mạng mà trốn ra nước ngoài; tội giết người, đánh người gây thương tích, bắt giữ người, dọa giết người vì mục đích phân cách mạng; tội phá hoại; tội chống lại hoặc phá hoại việc thực hiện các chính sách và pháp luật của Nhà nước, v.v...

¹² Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội (2010), *tlđđ*, tr. 217-218.

¹³ Bao gồm: Tội hiếp dâm (Điều 111); Tội lừa đảo chiếm đoạt tài sản (Điều 139); Tội buôn lậu (Điều 153); Tội làm, tàng trữ, vận chuyển, lưu hành tiền giả, ngân phiếu giả, công trái giả (Điều 180); Tội tổ chức, sử dụng trái phép chất ma túy (Điều 197); Tội chiếm đoạt tàu bay, tàu thủy (Điều 221); Tội đưa hối lộ (Điều 289); Tội hủy hoại vũ khí quân dụng, phương tiện kỹ thuật quân sự (Điều 334).

vào năm 1948, chỉ có 8 quốc gia đã bãi bỏ hình phạt tử hình, và khi Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị (ICCPR) được Đại Hội đồng Liên hợp quốc (LHQ) thông qua vào năm 1966, số quốc gia như vậy mới chỉ là 26 nước. Tuy nhiên, trong chưa đầy 50 năm qua, số quốc gia bãi bỏ hình phạt tử hình đã đi từ thiếu số tới đa số áp đảo¹⁴. Theo Tổ chức Ân xá quốc tế, ở thời điểm kết thúc năm 2018 có 106 quốc gia đã xóa bỏ hình phạt tử hình với mọi tội phạm, 8 quốc gia đã xóa bỏ hình phạt tử hình với những tội phạm thông thường, 28 quốc gia tuy chưa xóa bỏ hình phạt tử hình trong pháp luật nhưng thực tế không áp dụng. Như vậy, tổng số quốc gia xóa bỏ hình phạt tử hình trong pháp luật và trong thực tế là 142 nước, chỉ còn 56 nước vẫn đang duy trì hình phạt tử hình và áp dụng hình phạt đó trong thực tế¹⁵.

Ở châu Á, quốc gia được cho là thi hành án tử hình nhiều nhất là Trung Quốc cũng đã thay đổi. Năm 2007, đoàn đại biểu Trung Quốc tại Hội đồng Nhân quyền LHQ đã tuyên bố: “*Phạm vi áp dụng án tử hình sẽ sớm được cân nhắc lại [...] với mục tiêu là xóa bỏ hình phạt này*”¹⁶. Cùng năm đó, Trung Quốc đã tiến hành xem xét lại tất cả các bản án tử hình được thi hành ngay lập tức bởi Tòa án nhân dân cấp tỉnh (được trao quyền trong thời gian diễn ra các chiến dịch “thanh trừng” từ những năm 1980) và Tòa án

nhân dân tối cao, dẫn đến việc giảm số lượng các tội danh chịu án tử hình từ năm 2011. Mặc dù Trung Quốc không công bố số liệu về việc áp dụng án tử hình, song qua nhiều nguồn thống kê hợp pháp cho thấy, số lượng những người bị xử tử hình đã giảm ít nhất một nửa kể từ năm 2007. Quan điểm ủng hộ việc xóa bỏ hình phạt tử hình cũng ngày càng phổ biến ở Trung Quốc. Ví dụ, giáo sư Zhao Bingzhi của Đại học Sư phạm Bắc Kinh khẳng định: “*Việc xóa bỏ án tử hình là một xu hướng tất yếu cũng như một dấu hiệu cho thấy lối tư duy khoáng đạt của các quốc gia văn minh (the broad-mindedness of civilized countries) [...] Xóa bỏ án tử hình giờ đây là một yêu cầu quốc tế bắt buộc*”¹⁷.

Hiện nay, việc xóa bỏ hình phạt tử hình và khuyến khích bãi bỏ hình phạt tử hình đã trở thành một phong trào mang tính toàn cầu. Các tổ chức quốc tế như LHQ đã có nhiều sáng kiến ủng hộ xu hướng này¹⁸. Một số quốc gia khác cũng đã đưa vấn đề tạm ngừng áp dụng và bãi bỏ hình phạt tử hình vào trong chính sách đối ngoại của mình, như Úc đã thông qua chiến lược và kế hoạch hành động để tiến hành các chiến dịch về tạm ngừng áp dụng và bãi bỏ hình phạt tử hình¹⁹; Bộ Ngoại giao Thụy Sĩ đã thông qua Kế hoạch hành động về bãi bỏ tử hình trên phạm vi toàn cầu giai đoạn 2017 - 2019²⁰, trong khi đó Chính

¹⁴ Penal Reform International (2011), *International trends toward abolition Death Penalty Information Pack*, Link: http://www.penalreform.org/wp-content/uploads/2013/06/PRI_DP_Info_Pack-1.pdf, truy cập lần cuối ngày 22/01/2021.

¹⁵ Amnesty, *Abolitionist and retentionist countries as of July 2018*, <https://www.amnesty.org/download/Documents/ACT5066652017ENGLISH.pdf>.

¹⁶ Dẫn lại: Roger Hood, “Xóa bỏ hình phạt tử hình - một yêu cầu cấp thiết về nhân quyền”, *tlđđ*, tr. 21.

¹⁷ Dẫn lại: Roger Hood, “Xóa bỏ hình phạt tử hình - một yêu cầu cấp thiết về nhân quyền”, *tlđđ*, tr. 21.

¹⁸ Cao ủy Quyền con người của Liên hợp quốc, *Xóa bỏ án tử hình - những bài học từ kinh nghiệm quốc gia*, https://www.ohchr.org/Lists/MeetingsNY/Attachments/27/moving_away_from_death_penalty_web.pdf, truy cập lần cuối ngày 25/01/2021.

¹⁹ Nguyễn Thị Thanh Hải, Nguyễn Văn Hoàn, Nguyễn Minh Khuê (2019), *tlđđ*, tr. 6.

²⁰ Xem: Bộ Ngoại giao Thụy Sĩ, *Kế hoạch hành động FDFA bãi bỏ toàn cầu án tử hình, 2017–2019*, https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/publications/MenschenrechtehumanitaerePolitikundMigration/aktionsplan-todesstrafe-2017-19_EN.pdf, truy cập lần cuối ngày 25/01/2021.

phủ Anh cũng có chiến lược bãi bỏ tử hình trong giai đoạn 2011- 2015²¹.

Trong bối cảnh quốc tế kể trên, Việt Nam giữ lập trường “trung lập”²² nhưng tiến dần đến việc xóa bỏ án tử hình, thể hiện qua việc tại phiên Kiểm định định kỳ phổ quát về nhân quyền năm 2019, đại diện của Việt Nam cho biết: “Việt Nam còn duy trì án tử hình nhưng chỉ áp dụng đối với các tội đặc biệt nghiêm trọng” và Việt Nam “cũng đang xem xét gia nhập nghị định thư bổ sung Công ước về Quyền dân sự, chính trị để tiến tới xem xét bãi bỏ án tử hình”²³.

2.2. Vận động của các cơ quan nhân quyền Liên hợp quốc và Liên minh châu Âu

Năm 2005, Ủy ban Nhân quyền của LHQ đã yêu cầu các quốc gia còn duy trì hình phạt tử hình “bãi bỏ hoàn toàn hình phạt tử hình và, trong thời điểm hiện tại, thực hiện việc hoãn thi hành”²⁴. Tháng 12/2007, Đại hội đồng LHQ đã thông qua một nghị quyết mang tính bước ngoặt, trong đó kêu gọi các quốc gia hoãn áp dụng hình phạt tử hình và tái khẳng định cam kết của LHQ đối với việc bãi bỏ hình phạt tử hình. Nghị quyết được thông qua với 104 quốc gia ủng hộ, 54 quốc gia chống và 29 quốc gia bỏ phiếu trắng. Trong năm 2008 và 2010, Đại hội đồng LHQ thông qua các nghị quyết lần thứ hai và thứ ba tái khẳng định việc kêu gọi hoãn áp dụng hình phạt tử hình. Các nghị quyết này phản ánh xu hướng ở cấp độ quốc tế, được xem

là một bước quan trọng trong nỗ lực quốc tế tiến tới xóa bỏ hình phạt tử hình.

Những vận động nêu trên dựa trên quy định về việc hạn chế và giới hạn áp dụng hình phạt tử hình theo luật quốc tế. Cụ thể, Điều 6(2) Công ước quốc tế về các Quyền dân sự, chính trị (ICCPR) quy định: “Ở những nước mà hình phạt tử hình chưa được xóa bỏ thì chỉ được phép áp dụng đối với những tội phạm nghiêm trọng nhất, phù hợp với luật pháp hiện hành tại thời điểm tội phạm được thực hiện và không trái với những quy định của Công ước này...”. Ngoài ra, còn có các hạn chế và giới hạn về hình phạt tử hình được quy định tại một loạt các hiệp định và văn kiện quốc tế khác, như Công ước về Quyền trẻ em (CRC) và Các quy định bảo đảm nhằm bảo vệ quyền của những người đối mặt với án tử hình (thông qua theo Nghị quyết số 1984/50 của ECOSOC của LHQ vào năm 1984).

Châu Âu hiện đóng vai trò dẫn đầu toàn cầu về nỗ lực xóa bỏ hình phạt tử hình²⁵. Liên minh châu Âu (EU) rất tích cực vận động xóa bỏ hình phạt tử hình thông qua các mối quan hệ song phương và đa phương với tất cả các quốc gia mà còn đang duy trì hình phạt này. Điều này bắt nguồn từ việc Tòa án nhân quyền châu Âu (ECtHR) xem hình phạt tử hình là sự vi phạm quyền con người. Cụ thể, trong Phán quyết năm 2010 về vụ *Al-Saadoon và Mufdhi kiện Vương quốc Anh*, ECtHR đã dựa trên Điều 2 Công ước châu Âu về Quyền con người (quyền được sống) để lý giải nghĩa

²¹ Xem: Bộ Ngoại giao Anh, *Chiến lược HMG xóa bỏ án tử hình giai đoạn 2010-2015*, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/35448/death-penalty-strategy-oct-11-15.pdf, truy cập lần cuối ngày 25/01/2021.

²² Trong các kỳ họp của Đại hội đồng Liên hợp quốc, Việt Nam không phản đối, song đã bỏ phiếu trắng đối với cả 4 nghị quyết được đưa ra từ năm 2007 đến năm 2012 (mà được sự ủng hộ của đa số các quốc gia), trong đó kêu gọi đình chỉ tạm thời (*moratorium*) việc áp dụng và thi hành án tử hình trên toàn thế giới.

²³ Báo cáo Quốc gia về thực hiện quyền con người tại phiên kiểm điểm định kỳ phổ quát về nhân quyền trước Hội đồng nhân quyền Liên hợp quốc, *tlđđ*.

²⁴ Penal Reform International (2011), *tlđđ*, truy cập lần cuối ngày 22/01/2021.

²⁵ Hội đồng Nghị viện của Tổ chức An ninh và Hợp tác ở châu Âu (OSCE) thông qua nghị quyết vào năm 2009 kêu gọi các quốc gia thành viên còn duy trì hình phạt tử hình ra tuyên bố hoãn ngay lập tức thi hành án tử hình.

vụ không được trục xuất hoặc dẫn độ người phạm tội về quốc gia mà họ đang phải đối mặt với án tử hình. Bản hướng dẫn của EU về hình phạt tử hình (thông qua vào 1998) là công cụ cho EU trong cuộc chiến chống lại hình phạt tử hình và đặt ra các tiêu chuẩn tối thiểu trong việc áp dụng hình phạt tử hình²⁶.

Đối với trường hợp của Việt Nam, từ nhiều năm nay, EU đã vận động Việt Nam tạm hoãn áp dụng án tử hình, coi đây là một bước đầu tiên hướng tới việc bãi bỏ. Vận động mạnh mẽ nhất là qua Hiệp định thương mại EVFTA, EU cho rằng, Việt Nam muốn có một quan hệ bình đẳng với EU thì cần tôn trọng những tôn chỉ của EU, trong đó bao gồm việc không áp dụng án tử hình²⁷.

2.3. Sự ủng hộ của giới học thuật và của xã hội

Mặc dù mới có ít nghiên cứu về vấn đề này, song giới học thuật ở Việt Nam nhìn chung ủng hộ chủ trương giảm và xóa bỏ hình phạt tử hình. Nhiều nhà nghiên cứu đề nghị giảm và loại bỏ hình phạt tử hình xuất phát từ quan điểm cho rằng²⁸: 1) Tử hình là hình phạt trái với nguyên tắc nhân đạo trong luật hình sự; 2) Bãi bỏ hình phạt tử hình sẽ góp phần đưa giá trị nhân đạo và nguyên tắc nhân đạo vào cuộc sống; 3) Trong điều kiện toàn cầu hóa hiện nay, nhiều giá trị nhân đạo, trong đó bao gồm xóa bỏ hình phạt tử hình, đã mang tính toàn cầu bắt buộc chung và 4) Các quốc gia đang duy trì hay tái áp dụng hình phạt tử hình đều cố gắng giảm đến mức tối đa hình phạt này.

Bên cạnh đó, các học giả Việt Nam cũng nêu ra những lý do khác để đề nghị loại bỏ

hình phạt tử hình, trong đó bao gồm²⁹: 1) Hình phạt tử hình không có tác dụng bảo vệ một cách hiệu quả giá trị tính mạng của con người; 2) Tất cả các hệ thống tư pháp hình sự đều tồn tại những vấn đề và khả năng sai sót, không có hệ thống nào có thể tự cho là hoàn thiện, vì vậy, nguy cơ người vô tội bị kết án tử hình và bị tước bỏ tính mạng là sai lầm không thể lấy lại được; 3) Tính chất tàn bạo của hình phạt tử hình là không thể chấp nhận; 4) Việc áp dụng hình phạt tử hình có nguy cơ bất công và phân biệt đối xử trong tố tụng hình sự; 5) Do tính chất tàn khốc của hình phạt tử hình nên việc áp dụng hình phạt này là trái với những giá trị đạo đức, đặc biệt là làm tổn hại lòng nhân đạo và sự khoan dung - những giá trị đạo đức cơ bản mà tất cả các xã hội đều cần phải vun đắp nên; 6) Tử hình trái với nguyên tắc khoan dung - nhân đạo trong hoạt động tư pháp; 7) Vấn đề hiệu quả phòng ngừa của hình phạt tử hình cần phải bàn xét lại vì không có chứng cứ nào cho thấy hiệu quả vượt trội của hình phạt tử hình trong việc ngăn ngừa tội phạm (thậm chí trong một số trường hợp việc áp dụng hình phạt tử hình còn làm cho tình hình tội phạm trở nên nghiêm trọng hơn; 8) Tính vô nghĩa và lẩn quẩn của hình phạt tử hình (Ví dụ: Một người bị kết án tử hình về tội giết người không những không giúp lấy lại được tính mạng của nạn nhân mà còn gây thêm cái chết cho một người nữa); 9) Chi phí cho việc thi hành hình phạt tử hình trong thực tế là rất tốn kém; 10) Hình phạt tử hình có nguy cơ vi phạm các chuẩn mực chung của pháp luật quốc tế về quyền con người và 11) Hình phạt tử hình trái với tinh thần nhân đạo - khoan dung của tôn giáo.

²⁶ Penal Reform International (2011), *tlđđ*, truy cập lần cuối ngày 22/01/2021.

²⁷ Quốc Phương, *Tuyên bố của EU về vụ xử Đồng Tâm nói lên điều gì?*, <https://www.bbc.com/vietnamese/vietnam-54238069>, truy cập lần cuối ngày 31/01/2021.

²⁸ Xem: Báo cáo của Hồ Sỹ Sơn trong Tập tài liệu tại Hội thảo khoa học với chủ đề “*Vấn đề giới hạn hình phạt tử hình trong một số tội phạm tại Việt Nam*”. Dẫn lại: Lê Văn Cẩm, Nguyễn Thị Lan (2014), *tlđđ*, tr. 3.

²⁹ Xem: Hội luật gia Việt Nam (2008), *Hình phạt tử hình trong luật quốc tế (Sách tham khảo)*, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, tr. 37 - 41.

Tháng 12/2018, trong một cuộc hội thảo tham vấn về chủ đề “*Khả năng của Việt Nam gia nhập Nghị định thư tùy chọn thứ hai về bãi bỏ hình phạt tử hình theo Công ước về Quyền dân sự, chính trị*” đã được tổ chức tại thành phố Đà Nẵng,³⁰ đa số người tham gia hội thảo cho rằng, việc duy trì hình phạt tử hình là biện pháp mạnh mẽ nhất và hiệu quả nhất để phòng, chống một số loại tội phạm nghiêm trọng (ví dụ: tội xâm phạm an ninh quốc gia, tội phạm mang tính bạo lực, tội phạm ma túy), song cũng đồng tình với sự cần thiết nghiên cứu các biện pháp thay thế hình phạt tử hình và hạn chế dần việc sử dụng hình phạt này³¹.

3. Những yếu tố gây trở ngại với việc xóa bỏ hình phạt tử hình ở Việt Nam

3.1. Hiểu biết thiếu chính xác về tác dụng của hình phạt tử hình

Bên cạnh những quan điểm ủng hộ việc xóa bỏ, ở Việt Nam đồng thời có quan điểm muốn duy trì hình phạt tử hình mà phần lớn dựa trên những hiểu biết thiếu chính xác về tác dụng của hình phạt này.

Phân tích các xuất bản phẩm trong sách báo pháp lý hình sự ở Việt Nam (trong hai thập niên đầu của thế kỷ 21) cho thấy, nói

chung những tác giả ủng hộ việc tiếp tục duy trì hình phạt tử hình ở Việt Nam dựa trên quan điểm cho rằng, hình phạt này có tác dụng răn đe vượt trội, vì thế việc duy trì nó là cần thiết do tình hình tội phạm đang diễn ra phức tạp³². Đây cũng là quan điểm chính thức của đoàn Việt Nam nêu ra với LHQ³³.

Bên cạnh đó, một số tác giả còn cho rằng, việc duy trì hình phạt tử hình: 1) Sẽ bảo đảm nguyên tắc công bằng trong luật hình sự; 2) Góp phần nâng cao phẩm giá của con người; đảm bảo chất lượng cuộc sống và đảm bảo an toàn xã hội; 3) Không trái với nguyên tắc nhân đạo, không trái với luật quốc tế và không vi phạm nhân quyền; 4) Hiện nay, việc xóa bỏ hình phạt tử hình chưa phải là xu thế chung của toàn thế giới;³⁴ 5) Hình phạt tử hình góp phần đem lại công lý cho nạn nhân của tội phạm; 6) Hành quyết phạm nhân bị tử hình sẽ đỡ tốn kém hơn việc giam giữ họ; 7) Tử hình sẽ “nhân đạo” hơn vì “việc giam cầm cả đời hoặc trong thời gian dài trong nhà tù còn gây đau khổ hơn” cho người bị kết án; 8) Xóa bỏ hình phạt tử hình là trái với đạo lý tôn giáo và 9) Công luận trong nước của hầu hết các quốc gia vẫn ủng hộ việc áp dụng hình phạt tử hình³⁵.

³⁰ Hội thảo tổ chức ngày 17/12/2018 tại thành phố Đà Nẵng trong khuôn khổ Chương trình Tăng cường pháp luật và tư pháp tại Việt Nam (EU JULE).

³¹ Nguyễn Thị Thanh Hải, Nguyễn Văn Hoàn, Nguyễn Minh Khuê (2019), *tlđđ*, tr. 34-35.

³² Xem thêm: Trịnh Quốc Toàn (2012), “*Chế định hình phạt tử hình trong luật hình sự Việt Nam và một số kiến nghị hoàn thiện*”, Tạp chí Khoa học ĐHQGHN - chuyên san Luật học, Tập 30, Số 1, tr.30-41. Trong bài báo này, tác giả cho rằng ở Việt Nam hình phạt tử hình vẫn là cần thiết và cần phải có nhằm trừng trị những người phạm tội đặc biệt nghiêm trọng để giữ nghiêm kỷ cương phép nước, bảo đảm cho an ninh và trật tự an toàn xã hội, tức là loại hình phạt này vẫn có tác dụng tốt trong việc ngăn ngừa tội phạm và bảo vệ hữu hiệu lợi ích công cộng (tr. 36).

³³ Báo cáo Quốc gia của Việt Nam về Thực hiện quyền con người tại phiên kiểm điểm định kỳ phổ quát về nhân quyền trước Hội đồng nhân quyền Liên hợp quốc, *tlđđ*, nêu ra các lý do về văn hóa, con người của việc duy trì án tử hình, và khẳng định “*đây là biện pháp cần thiết để ngăn ngừa những tội phạm đặc biệt nghiêm trọng*”.

³⁴ Võ Khánh Vinh, Nguyễn Mạnh Kháng, Phạm Văn Tinh (2008), *Vấn đề giới hạn hình phạt tử hình trong một số tội phạm tại Việt Nam*, Hội thảo khoa học do Viện Nhà nước và Pháp luật (Viện KHXH Việt Nam) phối hợp với Viện Konrad-Adenauer-Stiftung tổ chức, ngày 23 - 24/12/2008 tại Hà Nội; Phạm Văn Beo (2010), *Hình phạt tử hình trong luật hình sự Việt Nam (Sách tham khảo)*, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, tr. 210.

³⁵ Hội Luật gia Việt Nam (2008), *tlđđ*, tr. 22-35.

Về phía công chúng và những người làm việc thực tiễn, kết quả phỏng vấn cho thấy³⁶, hầu hết các ý kiến được hỏi cũng cho rằng, hiện nay chưa phải là thời điểm thích hợp để bãi bỏ hoàn toàn hình phạt tử hình ở Việt Nam do tình hình tội phạm vẫn còn diễn biến phức tạp, có chiều hướng gia tăng cả về số lượng lẫn tính chất, mức độ nguy hiểm. Nhiều người có quan điểm rằng, hình phạt tử hình với tính cách là biện pháp phòng ngừa và là con đường để nâng cao ý thức cộng đồng về hậu quả nặng nề của việc phạm tội. Hiện tại chưa có hình phạt thay thế nào với tính cách là một biện pháp thật hữu hiệu, đủ sức răn đe, phòng ngừa tội phạm để thay thế hình phạt tử hình. Tuy nhiên, các ý kiến cũng nhất trí rằng, hình phạt tử hình tước đi quyền sống - quyền quan trọng nhất của con người. Do vậy, cần từng bước thu hẹp phạm vi áp dụng hình phạt tử hình và tiến tới xóa bỏ hình phạt này trong tương lai.

Từ những phân tích ở trên, có thể thấy tâm lý ủng hộ việc duy trì hình phạt tử hình còn khá phổ biến ở Việt Nam. Điều này tương tự như ở nhiều quốc gia khác. Ngay cả ở những nước mà đã bãi bỏ hình phạt tử hình thì tại thời điểm bãi bỏ và sau khi bãi bỏ, qua thăm dò dư luận cho thấy tỷ lệ dân chúng ủng hộ việc duy trì hình phạt này vẫn cao hơn tỷ lệ phản đối.

Song cũng cần thấy rằng, kết quả thăm dò dư luận không phải lúc nào cũng phản ánh đúng thực chất của vấn đề, thậm chí còn làm trầm trọng thêm định kiến hay nhận thức thiếu chính xác của xã hội về vấn đề. Một số công trình nghiên cứu đã cho thấy, kết quả nêu trên ở các quốc gia, cũng như ở Việt Nam, có thể là do nội dung câu

hỏi và cách thức tổ chức các cuộc thăm dò ý kiến dư luận về hình phạt tử hình chưa hợp lý (thường bỏ qua những tác động tiêu cực của hình phạt này)³⁷.

3.2. Tâm lý báo thù

Hình phạt tử hình ngay từ khi xuất hiện đã mang trong mình tính chất trả thù đối với người phạm tội, trước khi nó được “gán” cho các mục đích ngăn chặn, răn đe tội phạm, phòng ngừa riêng, phòng ngừa chung, ... Lúc đầu đó là sự trả thù giữa các cá nhân, còn khi xã hội phát triển thì sự trả thù đó được thông qua nhà nước với vai trò thiết lập lại trật tự, công bằng xã hội. Hình phạt tử hình đồng thời mang ý nghĩa an ủi nỗi đau, vượt ve lòng hận thù của người bị hại hoặc thân nhân người bị hại (mặc dù đây không phải là suy nghĩ của tất cả những người bị hại hoặc thân nhân người bị hại). Những lập luận như vậy về hình phạt tử hình từ lâu đã được các xã hội xem là hợp tình, hợp lý, vì thế hình phạt này tồn tại như một lẽ đương nhiên. Nói cách khác, việc duy trì hình phạt tử hình có nguồn gốc từ nhận thức, văn hóa của con người, vì thế, chỉ khi nào nhận thức về nó thay đổi thì hình phạt này mới bị loại bỏ một cách triệt để.

Văn hóa được hình thành do sự tác động của nhiều thành tố; trong đó, tồn tại xã hội giữ vai trò quyết định đến trình độ của nền văn hóa, thể hiện tính nhân văn, nhân đạo, xóa bỏ lòng hận thù ở mỗi con người. Nền văn hóa của Việt Nam hàm chứa nhiều giá trị nhân văn, nhân đạo cao cả; tuy nhiên, cũng như nhiều nền văn hóa khác, nó vẫn có chỗ cho tâm lý báo thù. Giống như nhiều dân tộc khác, người Việt Nam thường biện minh cho việc áp dụng án tử hình trên cơ sở

³⁶ Nguyễn Thị Thanh Hải, Nguyễn Văn Hoàn, Nguyễn Minh Khuê (2019), *tlđđ*, tr. 43.

³⁷ Tham khảo: Penal Reform International (2011), *tlđđ*, truy cập lần cuối ngày 22/01/2021.

“chủ nghĩa trừng phạt” (*retributivism*), thể hiện qua quan điểm “lấy mạng đền mạng” (*a life for a life*), mà đã ăn sâu cả vào văn học dân gian của Việt Nam. Dấu ấn của tâm lý báo thù trong văn hóa hiện nay vẫn còn thể hiện qua nhận thức của người dân Việt Nam về hình phạt tử hình. Theo Dự án “Khảo sát tác động ngăn ngừa của một số hình phạt trong BLHS Việt Nam năm 1999” được tiến hành bởi nhóm chuyên gia Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội cho thấy, đa phần người dân coi việc có hình phạt tử hình trong cơ cấu của hệ thống hình phạt là một lẽ đương nhiên mà thiếu nó là sự trống vắng, sự không công bằng của pháp luật. Với 04 câu hỏi: (1) Xóa bỏ hình phạt tử hình trong hệ thống hình phạt; (2) Duy trì hình phạt tử hình; (3) Hạn chế áp dụng hình phạt tử hình; (4) ý kiến khác thì tỷ lệ tương ứng trong tổng số những người tham gia trả lời là: 37,82% (222 người); 5,96% (35 người); 51,96% (305 người); 4,26% (25 người), nếu cộng tỷ lệ câu hỏi (2) + (3) của những người đồng tình với việc duy trì hình phạt tử hình là 57,92 sẽ cao hơn tỷ lệ 37,82% của những người ủng hộ quan điểm loại bỏ hình phạt này³⁸.

4. Kết luận

Giống như ở nhiều quốc gia khác, hình phạt tử hình là vấn đề gây nhiều tranh cãi ở Việt Nam. Việc duy trì hay xóa bỏ hình phạt này chịu sự tác động của nhiều yếu tố, cả trong và ngoài nước, trong đó ở trong nước thì yếu tố nhận thức và tâm lý có ý nghĩa quan trọng, còn ở ngoài nước là sự vận động của LHQ, EU và các tổ chức quốc tế khác về nhân quyền có tác động to lớn.

Mặc dù Việt Nam hiện nay vẫn thuộc về những quốc gia duy trì hình phạt tử hình trong pháp luật, nhưng số lượng tội danh có thể bị kết án tử hình trong BLHS đã giảm liên tục kể từ năm 1999. Điều đó cho thấy, Việt Nam đang đi theo xu hướng chung của thế giới là giảm bớt hình phạt này. Tuy nhiên, ở Việt Nam, số lượng tội danh bị kết án tử hình trong BLHS còn nhiều và số người bị kết án tử hình và bị hành quyết (thống kê qua các nguồn hợp pháp và công khai) còn cao so với nhiều nước trên thế giới.

Trong bối cảnh hội nhập quốc tế ngày càng sâu rộng, dân trí ngày càng cao và xã hội ngày càng cởi mở hơn, trong tương lai, Việt Nam vẫn sẽ theo xu hướng giảm hình phạt tử hình trong pháp luật và giảm việc áp dụng hình phạt này trong thực tế. Mặc dù vậy, đây sẽ không phải là một sự thay đổi nhanh chóng trong thời gian ngắn, do vẫn còn nhiều động lực về duy trì hình phạt này.

Việc giảm và xóa bỏ hình phạt tử hình ở Việt Nam phụ thuộc rất nhiều vào những nghiên cứu chuyên sâu và toàn diện để chứng minh rằng hình phạt tử hình không có tác dụng ngăn ngừa vượt trội với tội phạm như định kiến hiện nay của nhiều nhà lập pháp và của phần lớn công chúng. Thêm vào đó, để có tác động chính sách cao hơn, các nghiên cứu về vấn đề này ở Việt Nam cũng cần chứng minh được những tác động tiêu cực của hình phạt tử hình đối với xã hội, đặc biệt trong những vấn đề mà các nhà lập pháp và công chúng từ trước tới nay ít quan tâm, chẳng hạn như việc làm gia tăng tỷ lệ phạm tội của trẻ em có cha mẹ bị kết án tử hình, hay việc làm gia tăng tính chất bạo lực, thiếu khoan dung trong xã hội ■

³⁸ Dự án “Khảo sát tác động ngăn ngừa của một số hình phạt trong Bộ luật Hình sự Việt Nam năm 1999” của Trung tâm Tội phạm học thuộc Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội, năm 2011. Dẫn lại: Nguyễn Ngọc Chí (2012), “Một số suy nghĩ về hình phạt tử hình trong Luật hình sự Việt Nam”, Tạp chí Khoa học ĐHQG Hà Nội - chuyên san Luật học, tập 28, tr. 42-48, tr. 46.

QUYỀN CỦA CHỦ TỊCH NƯỚC TRONG AN GIẢM ÁN TỬ HÌNH VÀ ĐẶC XÁ

Lê Duy Trường

ThS. Vụ Pháp luật, Văn phòng Chủ tịch nước.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Chủ tịch nước, ân giảm án tử hình, đặc xá.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 20/01/2021

Biên tập : 18/02/2021

Duyệt bài : 23/02/2021

Article Information:

Keywords: President, death penalty remission, amnesty.

History:

Received : 20 Jan. 2021

Edited : 18 Feb. 2021

Approved : 23 Feb. 2021

Tóm tắt:

Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày làm rõ vai trò, thẩm quyền của Chủ tịch nước trong ân giảm án tử hình và đặc xá theo quy định của Hiến pháp năm 2013 và pháp luật hiện hành nhằm góp phần tạo nhận thức thống nhất về ân giảm án tử hình và đặc xá.

Abstract:

This article provides clarification of the role and authority of the President in the death penalty parole and special amnesty in accordance with the Constitution of 2013 and the current law, on that basis, the unified understanding of the death penalty remission pictures and amnesty.

1. Quyền của Chủ tịch nước trong ân giảm án tử hình và đặc xá

Ân giảm án tử hình là thẩm quyền của Chủ tịch nước giảm hình phạt tử hình theo bản án đã có hiệu lực pháp luật xuống tù chung thân theo quy định của pháp luật, thể hiện chính sách nhân đạo của Nhà nước ta đối với những người phạm tội đặc biệt nghiêm trọng, mở ra cho những người này khả năng ăn năn hối cải, cải tạo, giáo dục trở thành người có ích cho xã hội. Theo quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự (TTHS) năm 2015, trong thời hạn 7 ngày kể từ khi bản án có hiệu lực pháp luật, người bị kết án tử hình được gửi đơn xin ân giảm án tử hình lên Chủ tịch nước. Nếu được ân giảm thì hình phạt tử hình được giảm xuống tù chung thân. Nếu đơn xin ân giảm bị bác thì bản án tử hình được thi hành.

Điều 258 Bộ luật TTHS năm 2015 quy định trường hợp được ân giảm đối với hình

phạt tử hình như sau: 1. Sau khi bản án tử hình có hiệu lực pháp luật, hồ sơ vụ án phải được gửi ngay lên Chánh án Tòa án nhân dân (TAND) tối cao và bản án phải được gửi ngay lên Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân (VKSND) tối cao. Trong thời hạn hai tháng, kể từ ngày nhận được bản án và hồ sơ vụ án, Chánh án TAND tối cao, Viện trưởng VKSND tối cao phải quyết định kháng nghị hoặc quyết định không kháng nghị giám đốc thẩm hoặc tái thẩm. Trong thời hạn bảy ngày, kể từ ngày bản án có hiệu lực pháp luật, người bị kết án được gửi đơn xin ân giảm lên Chủ tịch nước; 2. Bản án tử hình được thi hành, nếu Chánh án TAND tối cao và Viện trưởng VKSND tối cao không kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm hoặc tái thẩm. Trong trường hợp bản án tử hình bị kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm hoặc tái thẩm mà Hội đồng giám đốc thẩm, Hội đồng tái thẩm TAND tối cao quyết định

không chấp nhận kháng nghị và giữ nguyên bản án tử hình, thì TAND tối cao phải thông báo ngay cho người bị kết án biết để họ làm đơn xin ân giảm án tử hình. Trong trường hợp người bị kết án xin ân giảm hình phạt tử hình thì bản án tử hình được thi hành sau khi Chủ tịch nước bác đơn xin ân giảm.

Trong trường hợp người bị kết án tử hình được ân giảm, theo quy định của Điều 35 Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2017 (BLHS năm 2015), hình phạt tử hình chuyển thành tù chung thân. Bên cạnh đó, BLHS năm 2015 bổ sung trường hợp giảm mức hình phạt đã tuyên: “Đối với người bị kết án tử hình được ân giảm hoặc người bị kết án tử hình thuộc trường hợp quy định tại điểm b hoặc điểm c khoản 3 Điều 40 của Bộ luật này thì thời gian đã chấp hành hình phạt để được xét giảm lần đầu là 25 năm và dù được giảm nhiều lần nhưng vẫn phải bảo đảm thời hạn thực tế chấp hành hình phạt là 30 năm” (khoản 6 Điều 63). Như vậy, có thể thấy rằng, mặc dù BLHS năm 2015 cho phép người bị kết án tử hình được ân giảm tiếp tục được xét giảm, nhưng điều kiện để xét giảm án của những người này chặt chẽ hơn so với người bị kết án tù chung thân khác, đó là: thời gian đã chấp hành hình phạt để được xét giảm lần đầu là 25 năm và dù được giảm nhiều lần thì vẫn phải bảo đảm thời hạn thực tế chấp hành hình phạt là 30 năm.

Quy định trên đây thể hiện sâu sắc tính nhân đạo, dân chủ, ưu tiên của Đảng và Nhà nước ta; chú ý đến những đặc điểm, sinh lý của người chưa thành niên và phụ nữ có thai, phụ nữ đang nuôi con nhỏ, ảnh hưởng của những đặc điểm đó đến khả năng nhận thức và điều khiển hành vi của họ thời điểm phạm tội.

Đặc xá là sự khoan hồng đặc biệt của Nhà nước đối với người phạm tội bị kết án phạt tù có thời hạn, tù chung thân đã

được giảm xuống tù có thời hạn, đồng thời khuyến khích họ ăn năn hối cải, tích cực học tập, lao động cải tạo để được hưởng sự khoan hồng của Nhà nước, trở thành người có ích cho xã hội. Xét về bản chất, đặc xá là biện pháp khoan hồng của Nhà nước miễn toàn bộ hoặc một phần hình phạt

Khoản 3 Điều 88 Hiến pháp năm 2013 quy định rõ, Chủ tịch nước **quyết định đặc xá**... Việc Chủ tịch nước quyết định đặc xá có tác động xã hội to lớn, là động lực để người bị kết án phạt tù nỗ lực học tập, rèn luyện, lao động, phấn đấu cải tạo tốt hơn; đồng thời, tạo sự đồng thuận, ủng hộ từ gia đình người bị kết án cũng như mọi tầng lớp nhân dân.

2. Thực trạng ân giảm án tử hình và đặc xá

Việc đặc xá, tha tù trước thời hạn được xem xét thận trọng, khách quan, dân chủ, đúng quy định. Kết quả thực hiện các đợt đặc xá trong thời gian qua được nhân dân trong nước đồng tình, dư luận thế giới hoan nghênh và đánh giá cao về tính nhân đạo, chính sách khoan hồng, tính công khai và minh bạch trong chủ trương cũng như trong quá trình thực hiện. Nhìn chung, công tác đặc xá đã có tác dụng giáo dục, góp phần bảo đảm trật tự an toàn xã hội. Thực hiện chính sách khoan hồng, nhân đạo của Đảng, Nhà nước ta, trong giai đoạn 2016 -2021, căn cứ Luật Đặc xá, nhân dịp kỷ niệm Quốc khánh 02/9/2016, Chủ tịch nước quyết định đặc xá tha tù trước thời hạn cho 4.384 phạm nhân, trong đó: 4.180 phạm nhân đang chấp hành án phạt tù tại các trại giam, trại tạm giam¹.

Công tác xét đơn xin ân giảm án tử hình là vấn đề liên quan đến sinh mệnh của con người và tính nghiêm minh của pháp luật; vì vậy, việc xét đơn xin ân giảm án tử hình được thực hiện hết sức thận trọng. Đối với những vụ án phức tạp, dư luận xã hội quan tâm

¹ Báo cáo số 01/BC-CTN, ngày 12/3/2021 của Chủ tịch nước về tổng kết công tác nhiệm kỳ 2016 - 2021 của Chủ tịch nước, tr. 7.

thì ngoài việc xem xét, cân nhắc ý kiến của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao và Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Chủ tịch nước còn yêu cầu Văn phòng Chủ tịch nước cử tổ công tác về địa phương nơi xảy ra vụ án hoặc nơi đăng ký thường trú của người phạm tội, phối hợp nắm thêm dư luận xã hội và ý kiến của cấp ủy Đảng, chính quyền, đoàn thể tại địa phương để báo cáo Chủ tịch nước xem xét, cân nhắc kỹ lưỡng trước khi quyết định. Nhiệm kỳ vừa qua, việc thực hiện thủ tục xem xét bản án tử hình trước khi thi hành, xét đơn xin ân giảm án tử hình và thi hành án tử hình theo quy định của pháp luật còn gặp khó khăn do số lượng người bị kết án tử hình tăng nhanh. Trong nhiệm kỳ 2016 - 2021, Chủ tịch nước đã quyết định bác đơn xin ân giảm của 295 bị án; quyết định ân giảm án tử hình xuống tù chung thân cho 94 bị án, gửi trả 23 hồ sơ về Tòa án nhân dân tối cao để xem xét, giải quyết theo thẩm quyền vì người phạm tội không viết đơn xin ân giảm án tử hình mà chỉ viết đơn kêu oan, đơn xin thi hành án².

3. Một số vấn đề đặt ra

Mặc dù ân giảm án tử hình và đặc xá thể hiện rất rõ vai trò, thẩm quyền của Chủ tịch nước, nhưng trong thực tiễn tổ tụng trong thời gian vừa qua, còn có sự nhận thức chưa thống nhất về các thủ tục này, đặc biệt là ân giảm án tử hình, cụ thể:

Theo quy định của Bộ luật THHS và Luật Thi hành án hình sự, thủ tục xét ân giảm đối với người bị kết án tử hình là một thủ tục nằm trong giai đoạn thi hành án. Tuy nhiên, không phải trong giai đoạn thi hành án thì mọi hoạt động tố tụng đối với vụ án đó sẽ bị triệt tiêu, bởi lẽ:

Thứ nhất, về căn cứ pháp lý, theo Điều 367 Bộ luật TTHS về thủ tục xem xét bản án tử hình trước khi thi hành thì sau khi

bản án kết án tử hình có hiệu lực pháp luật, TAND tối cao và VKSND tối cao phải xem xét có kháng nghị hay không. Thời hạn xem xét quyết định việc kháng nghị là 2 tháng.

Đồng thời, cũng trong thời hạn 7 ngày kể từ ngày bản án kết án tử hình có hiệu lực pháp luật, người bị kết án có quyền gửi đơn xin ân giảm án tử hình lên Chủ tịch nước. Như vậy, thủ tục xem xét để kháng nghị giám đốc thẩm đối với bản án tử hình và thủ tục xét ân giảm bản án tử hình là hai thủ tục độc lập, cùng được xác định trong thời hạn tính từ thời điểm bản án có hiệu lực pháp luật, không phải là hai thủ tục tiếp nối nhau. Mặt khác, việc xem xét, quyết định kháng nghị của chủ thể có thẩm quyền là một hoạt động tố tụng, với đối tượng xem xét là bản án đã có hiệu lực pháp luật, dựa trên những căn cứ pháp lý được quy định cụ thể trong Bộ luật TTHS. Trong khi đó, việc xem xét cho ân giảm án tử hình của Chủ tịch nước là thủ tục hành chính, trên tinh thần nhân đạo, khoan hồng, với đối tượng xem xét là người đã bị kết án (tử hình). Hai thủ tục này khác nhau hoàn toàn về tính chất và đối tượng, do đó không có tính loại trừ nhau. Vì vậy, thủ tục xét ân giảm án tử hình không phải là thủ tục cuối cùng trước khi đưa người bị kết án ra thi hành nên không thể loại trừ hoàn toàn các hoạt động tố tụng, ví như việc kháng nghị giám đốc thẩm.

Thứ hai, về cơ sở lý luận, trong giai đoạn thi hành án, cụ thể là thi hành bản án tử hình, một số hoạt động tố tụng vẫn có thể được thực hiện. Ví dụ, Hội đồng thi hành án tử hình có thể ra quyết định tạm hoãn thi hành án nếu ngay trước khi thi hành án, người bị kết án tử hình khai báo những tình tiết mới về tội phạm, hoặc người bị kết án tử hình thuộc trường hợp quy định tại khoản 3 Điều 40 BLHS năm 2015. Trong các trường hợp

² Báo cáo số 01/BC-CTN, ngày 12/3/2021 của Chủ tịch nước về tổng kết công tác nhiệm kỳ 2016 - 2021 của Chủ tịch nước, tr. 7.

đó, một số quyết định tố tụng mới sẽ được ban hành như quyết định kháng nghị giám đốc thẩm, tái thẩm, quyết định chuyển bản án tử hình thành hình phạt tù chung thân... Như vậy, có thể thấy rằng, quyết định bác đơn xin ân giảm hình phạt tử hình của Chủ tịch nước không triệt tiêu các hoạt động tố tụng khác của chủ thể tiến hành tố tụng, nếu căn cứ của các hoạt động đó mới xuất hiện hoặc vẫn tồn tại trong vụ án.

Thứ ba, về căn cứ thực tế, trong vụ án Hồ Duy Hải, mặc dù Chủ tịch nước đã từng bác đơn xin ân giảm đối với người bị kết án nhưng tại nhiều thời điểm sau đó, Chủ tịch nước cũng có ý kiến tạm dừng việc thi hành tử hình hoặc yêu cầu Chánh án TAND tối cao, Viện trưởng VKSND tối cao xem xét, làm rõ và quyết định theo thẩm quyền nhằm đảm bảo việc kết án tử hình là đúng quy định của pháp luật. Như vậy, thực tế giải quyết vụ án cho thấy, Chủ tịch nước cũng đã có ý kiến để Viện trưởng VKSND tối cao xem xét lại vụ án theo thẩm quyền.

Về đặc xá, Luật Đặc xá năm 2018 bao gồm 6 chương, 39 điều với nhiều điểm mới sửa đổi, bổ sung so với Luật Đặc xá năm 2007 về nguyên tắc, thời điểm, trình tự, thủ tục, thẩm quyền, trách nhiệm thực hiện đặc xá; điều kiện, quyền và nghĩa vụ của người được đặc xá. Tuy nhiên, để góp phần nâng cao hiệu quả thực hiện quyền đại xá của Chủ tịch nước, tác giả cho rằng, cần tiếp tục hoàn thiện một số quy định về các vấn đề sau đây:

Một là, quy định về “những sự kiện trọng đại của đất nước” để áp dụng đặc xá chưa rõ. Theo quy định của Luật Đặc xá, Chủ tịch nước sẽ xem xét quyết định việc đặc xá nhân sự kiện trọng đại, nhân ngày lễ lớn của đất nước và trong trường hợp đặc biệt. Tuy nhiên, hiện nay chưa có văn bản nào hướng dẫn về việc xác định những sự

kiện nào là sự kiện trọng đại của đất nước. Tác giả cho rằng, để xác định sự kiện trọng đại của đất nước, cần quy định cụ thể tiêu chí xác định sự kiện trọng đại làm cơ sở cho Chủ tịch nước quyết định đặc xá. Điều này góp phần bảo đảm tính công khai, minh bạch và thống nhất khi áp dụng chế định đặc xá đối với người bị kết án phạt tù có thời hạn, tù chung thân, đồng thời tạo thuận lợi cho các cơ quan chuyên môn trong quá trình triển khai áp dụng.

Hai là, theo quy định của Điều 66 BLHS năm 2015, người được tha tù trước thời hạn có điều kiện phải thực hiện các nghĩa vụ trong thời gian thử thách. Nếu trong thời gian thử thách họ vi phạm nghĩa vụ từ 2 lần trở lên hoặc bị xử phạt vi phạm hành chính 2 lần trở lên thì Tòa án có thể hủy bỏ quyết định tha tù trước thời hạn có điều kiện đối với người đó và buộc họ phải chấp hành phần hình phạt tù còn lại chưa chấp hành; trường hợp phạm tội mới trong thời gian thử thách, Tòa án buộc người đó chấp hành hình phạt của bản án mới và tổng hợp với phần hình phạt tù chưa chấp hành của bản án trước. Quy định này vừa thể hiện tính nghiêm minh của luật pháp, vừa có tính răn đe đối với người bị phạm tội. Tuy nhiên, người được đặc xá lại không phải chịu thời gian thử thách như người được tha tù trước thời hạn có điều kiện. Chính điều này đã làm giảm tính nghiêm minh của pháp luật và phần nào tạo nên sự không đồng thuận của một bộ phận quần chúng nhân dân. Vì vậy, tác giả cho rằng, cần sửa đổi BLHS năm 2015 theo hướng bổ sung quy định về thời gian thử thách đối với người được đặc xá và các nghĩa vụ của người được đặc xá trong thời gian thử thách, chế tài xử lý trong trường hợp họ vi phạm nghĩa vụ tương ứng như quy định đối với người được tha tù trước thời hạn có điều kiện ■

ÁP DỤNG CÁC TIÊU CHUẨN KIỂM DỊCH ĐỘNG - THỰC VẬT THEO WTO VÀ KIẾN NGHỊ CHO VIỆT NAM

Lê Minh Nhật*

Lê Thị Thanh Bình**

*ThS. Giảng viên Đại học Luật TP.HCM

**ThS. Giảng viên Đại học Tài chính - Kế toán

Thông tin bài viết:

Từ khóa: SPS, kiểm dịch động vật, kiểm dịch thực vật, WTO.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 18/12/2020

Biên tập : 08/01/2021

Duyệt bài : 12/01/2021

Article Infomation:

Keywords: SPS, animal quarantine, phytosanitary, WTO

Article History:

Received : 18 Dec. 2020

Edited : 08 Jan. 2021

Approved : 12 Jan. 2021

Tóm tắt:

Việt Nam ngày càng hội nhập sâu, rộng vào thị trường quốc tế trong đó có thị trường nhập khẩu động - thực vật. Điều này tạo ra nhiều thuận lợi nhưng cũng không ít khó khăn cho Việt Nam; đặc biệt Việt Nam phải đối mặt với lượng động - thực vật nhập khẩu không đảm bảo chất lượng, có nguy cơ lây lan dịch, bệnh. Trong phạm vi bài viết này, các tác giả trình bày, phân tích các quy định của Tổ chức Thương mại thế giới (WTO) và thực tiễn áp dụng cũng như tranh chấp xoay quanh việc các quốc gia đặt ra các tiêu chuẩn kiểm soát động - thực vật nhập khẩu, và kiến nghị các biện pháp nhằm giúp Việt Nam xây dựng và áp dụng các tiêu chuẩn quốc gia cao hơn nhưng phù hợp với quy định của WTO.

Abstract:

Vietnam is been in deep and wide integration into the international market, including the import market for flora and fauna. This has been providing with several advantages but also giving many difficulties for Vietnam, especially while Vietnam has to face with the quantity of underqualified imported flora and fauna which are at risk of spreading epidemics and diseases. Under this article, the authors provide discussions and analysis of the rules of the World Trade Organization (WTO) and its application practices as well as disputes over countries setting standards to control imported flora and fauna. Since then, the authors also propose measures for Vietnam to develop and apply national standards that are higher than international standards and appropriate with the WTO rules.

1. Đặt vấn đề

Hiện nay, nhu cầu nhập khẩu thực phẩm vào thị trường Việt Nam có xu hướng ngày càng tăng. Tuy nhiên, thực trạng này cũng kéo theo nguy cơ từ động - thực vật được nhập khẩu. Đứng trước vấn đề này, chính phủ các nước đã và đang phải rà soát, thậm chí ban hành các quy định hạn chế thương mại như cấm nhập khẩu thực phẩm từ một

số quốc gia nhất định, đặt điều kiện, tiêu chuẩn cao để hạn chế hàng hóa nước ngoài thâm nhập vào thị trường nội địa... Vậy các biện pháp này có phù hợp với quy định của WTO không hay khi nào thì quốc gia thành viên WTO có thể áp dụng các biện pháp hạn chế nhập khẩu động - thực vật.

Trong khuôn khổ của WTO tồn tại Hiệp định về việc áp dụng các biện pháp kiểm

dịch động thực vật (Hiệp định SPS)¹ nhằm đảm bảo an toàn thực phẩm với người tiêu dùng, ngăn chặn sự lây lan dịch, bệnh ở động - thực vật, đồng thời Hiệp định SPS cũng hướng đến hạn chế khả năng lạm dụng các biện pháp kiểm dịch động thực vật của quốc gia thành viên nhằm mục đích bảo hộ thương mại. Với vai trò là một thành viên, Việt Nam cam kết tuân thủ các yêu cầu của Hiệp định SPS khi gia nhập WTO mà không yêu cầu bất kỳ thời gian chuyển tiếp nào². Hiệp định SPS cho phép mỗi thành viên được quyền tự chủ ban hành các quy định về an toàn thực phẩm đối với thực phẩm nhập khẩu nhưng Việt Nam có thể phải đối mặt với khả năng phản đối của quốc gia thành viên khác đối với các biện pháp kiểm soát động - thực vật nhập khẩu trên cơ sở không tuân thủ các quy định của WTO. Do đó, việc nghiên cứu tiêu chuẩn, khuyến nghị quốc tế và xây dựng, áp dụng các tiêu chuẩn kiểm dịch động - thực vật phù hợp với quy định của WTO (đặc biệt là Hiệp định SPS) là rất quan trọng.

Điều 3.2 Hiệp định SPS: “*Các biện pháp vệ sinh động - thực vật tuân thủ các tiêu chuẩn, hướng dẫn và khuyến nghị quốc tế sẽ được cho là cần thiết để bảo vệ cuộc sống hoặc sức khỏe con người, động vật, thực vật và được coi là phù hợp với các điều khoản liên quan của Hiệp định này và của GATT 1994*”. Theo quy định của điều luật này, chỉ cần quốc gia thành viên “tuân thủ” theo tiêu chuẩn quốc tế thì được xem như đã phù hợp với quy định của WTO, đáp ứng

tiêu chuẩn về tính cần thiết để bảo vệ sức khỏe con người và động, thực vật.

Các tiêu chuẩn quốc tế cần được tuân thủ theo Hiệp định SPS được quy định tại Điều 3, phụ lục A của Hiệp định SPS. Các tiêu chuẩn, hướng dẫn và khuyến nghị quốc tế được chia thành các lĩnh vực sau: Trong lĩnh vực an toàn thực phẩm, tiêu chuẩn quốc tế được quy định là các tiêu chuẩn, khuyến nghị và hướng dẫn do Ủy ban An toàn thực phẩm (CODEX) xây dựng trong lĩnh vực phụ gia thực phẩm, thuốc thú y, dư lượng thuốc trừ sâu, tạp chất, phương pháp phân tích và lấy mẫu, các mã số và hướng dẫn về thực hành vệ sinh.

Trong lĩnh vực sức khỏe động vật, tiêu chuẩn quốc tế là các tiêu chuẩn, hướng dẫn và khuyến nghị do Văn phòng Kiểm dịch động vật quốc tế (OIE) xây dựng nên. Trong lĩnh vực thực vật, tiêu chuẩn quốc tế được quy định là các tiêu chuẩn, hướng dẫn và khuyến nghị được xây dựng bởi Ban Thư ký Công ước Bảo vệ thực vật quốc tế hợp tác cùng các tổ chức khu vực hoạt động trong khuôn khổ Công ước Bảo vệ thực vật quốc tế (IPPC). Như vậy, có thể thấy, các tiêu chuẩn quốc tế chính là các tiêu chuẩn do các tổ chức quốc tế CODEX, OIE và IPPC ban hành.

Hiện nay, việc áp dụng các tiêu chuẩn quốc tế để xây dựng và ban hành tiêu chuẩn quốc gia về kiểm dịch động, thực vật còn gây tranh cãi đối với trường hợp quốc gia thành viên WTO áp dụng tiêu chuẩn quốc gia cao hơn tiêu chuẩn quốc tế nêu trên.

¹ Xem toàn văn tại: http://www.spsvietnam.gov.vn/Data/Sites/1/media/hiep-dinh-sps/hiep-dinh-sps_vie.pdf, truy cập ngày 02/3/2020.

² WTO document, WT/ACC/VNM/48, 27/10/2006, đoạn 327. Việt Nam đã chính thức trở thành thành viên 150 của WTO vào ngày 11/01/2007, http://www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/vietnam_e.htm, truy cập ngày 26/7/2020.

2. Áp dụng tiêu chuẩn, khuyến nghị cao hơn tiêu chuẩn, khuyến nghị quốc tế

Điều 3.1 Hiệp định SPS quy định về trường hợp “dựa trên” tiêu chuẩn quốc tế - mức độ bảo vệ tương đương với tiêu chuẩn quốc tế. Tương tự, Điều 3.2 Hiệp định SPS quy định về trường hợp “tuân thủ” - sử dụng chính các tiêu chuẩn quốc tế làm tiêu chuẩn quốc gia và Điều 3.3 quy định trường hợp áp dụng tiêu chuẩn cao hơn tiêu chuẩn quốc tế. Tuy nhiên, việc xây dựng và áp dụng tiêu chuẩn quốc gia về kiểm dịch động, thực vật “dựa trên”, “tuân thủ” tiêu chuẩn quốc tế lại không được giải thích rõ ràng ngay trong Hiệp định SPS. Điều này dẫn đến, khi các quốc gia thành viên WTO áp dụng tiêu chuẩn quốc gia về kiểm dịch động, thực vật cao hơn tiêu chuẩn quốc tế thì tranh chấp xảy ra.

Trong Vụ EC- Hormones, nguyên đơn là Canada kiện bị đơn là EC vì việc ra chỉ thị số 81/602/EEC cấm sử dụng các sản phẩm từ động vật có chứa các loại Hormones như: Trenbolone, Zeranol, Melengestron Acetate (MGA), Oestradiol-17, Progesterol, Testosterone. Tại Canada, các loại hormones này đều được sử dụng trong chăn nuôi, trừ MGA. Do đó, lệnh cấm của EC ảnh hưởng nghiêm trọng tới việc xuất khẩu thịt lợn sang nước này.

Đối với các loại Hormones trong vụ tranh chấp này, CODEX cho rằng đối với 3 loại Hormones tự nhiên là Oestradiol-17, Progesterol, Testosterone, việc thiết lập tiêu chuẩn ADI (Acceptable daily intake) và MRL (Maximum Residue Limit) là không cần thiết vì việc sử dụng những chất này

như là chất tăng trưởng và tạo ra dư lượng không gây hại cho sức khỏe của con người³. Đối với hai loại Hormones hỗn hợp là zeranol và trenbolone, theo báo cáo JECFA 1998 (CODEX dựa trên báo cáo này), hai loại Hormones này có thể có tác dụng gây hại cho cơ thể con người nên CODEX đã thiết lập tiêu chuẩn cho chúng⁴. Riêng đối với MGA, CODEX chưa có quy định về tiêu chuẩn đối với Hormones này. Tuy nhiên, EC quy định tiêu chuẩn đối với tất cả 5 loại Hormones Codex đã có quy định ở trên là không, nghĩa là không cho phép sự có mặt của dư lượng này trong tất cả các sản phẩm từ thịt (No residue level). Như vậy, liệu quy định của EC có được xem xét là phù hợp với Điều 3.1 Hiệp định SPS.

Trong Vụ việc trên, giải thích về Điều 3.1 Hiệp định SPS, Ban Hội thẩm (Panel) cho rằng một biện pháp được xem là “dựa trên” một tiêu chuẩn quốc tế nghĩa là phải có cùng mức độ bảo vệ với tiêu chuẩn quốc tế (in conformity with international standards), không nhất thiết phải giống hệt tiêu chuẩn quốc tế. Đối với 5 loại Hormones được đề cập, mức độ bảo vệ chính là dư lượng thuốc được cho phép dung nạp vào cơ thể con người và có mặt trong một thực phẩm cụ thể (ADI) và mức dư lượng thuốc còn tồn đọng lại trong sản phẩm thịt sau khi đã giết mổ (MRL)⁵. Ban Hội thẩm giải thích rằng, tuy Điều 3.1 Hiệp định SPS không định nghĩa rõ ràng từ “dựa trên” nhưng có thể hiểu mức độ bảo vệ của Điều 3.1 giống với mức độ quy định tại Điều 3.2 (“tuân thủ” - giống hệt tiêu chuẩn quốc tế). Do đó, nếu tiêu chuẩn của một quốc gia thành viên phản ánh mức

³ WT/DS 48/ Panel/R, Đoạn 2.21

⁴ WT/DS 48/ Panel/R, Đoạn 2.25

⁵ WT/DS 48/ R/CAN, Đoạn 8.75

độ bảo vệ khác với tiêu chuẩn quốc tế, không thể xem xét quốc gia ấy “dựa trên” tiêu chuẩn quốc tế theo Điều 3.1⁶. Như vậy, có thể thấy Ban Hội thẩm khẳng định “dựa trên” nghĩa là đạt được cùng mức độ bảo vệ với tiêu chuẩn quốc tế⁷. Ban Hội thẩm sau đó kết luận EC đã không “dựa trên” tiêu chuẩn quốc tế theo Điều 3.1 vì đã áp dụng một mức độ bảo vệ khác so với tiêu chuẩn của CODEX.

Cơ quan phúc thẩm (Appellate Body - AB) trong vụ kiện này giải thích rằng, một tiêu chuẩn “dựa trên” khi nó được thiết lập, xây dựng trên nền tảng của một tiêu chuẩn khác và Cơ quan phúc thẩm không đồng ý với sự giải thích của Ban Hội thẩm rằng, Điều 3.1 và Điều 3.2 Hiệp định SPS được giải thích như nhau, nghĩa là phải có cùng mức độ bảo vệ như tiêu chuẩn quốc tế. Cơ quan phúc thẩm cho rằng, nếu giải thích như cách của Ban Hội thẩm, Hiệp định SPS sẽ xem việc tuân theo tất cả tiêu chuẩn, hướng dẫn và khuyến nghị quốc tế là ràng buộc đối với các thành viên, điều này không phải mục đích của quy định về hài hòa hóa (cơ quan phúc thẩm trích mục đích nêu tại Điều 3.1: “*Để hài hòa các biện pháp vệ sinh động - thực vật trên cơ sở chung nhất có thể được*”, và lời mở đầu của hiệp định “*Mong muốn tiếp tục sử dụng các biện pháp vệ sinh động - thực vật hài hòa giữa các thành viên trên cơ sở các tiêu chuẩn, hướng dẫn và khuyến nghị quốc tế do các tổ chức quốc tế có liên quan xây dựng*”⁸). Cơ quan phúc thẩm chỉ ra rằng, những tiêu chuẩn do CODEX, OIE,

IPPC đưa ra mang tính tham khảo, Điều 3.1 hướng đến tạo mặt bằng chung cho các tiêu chuẩn vệ sinh, kiểm dịch do các thành viên ban hành, nhưng không bắt buộc áp dụng tiêu chuẩn có mức bảo vệ giống hệt tiêu chuẩn quốc tế mà chỉ cần có mức độ bảo vệ tương đương, và trong vụ kiện này, cần phải đưa ra sự so sánh giữa tiêu chuẩn quốc tế và quy định của EC về 5 Hormones trong vụ tranh chấp. Cơ quan Phúc thẩm kết luận rằng, để áp dụng Điều 3.1, một thành viên có thể thiết lập tiêu chuẩn dựa trên một số yếu tố của tiêu chuẩn quốc tế mà không nhất thiết phải áp dụng tiêu chuẩn có mức bảo vệ bằng tiêu chuẩn quốc tế⁹ như kết luận của Ban Hội thẩm.

Như vậy, có thể thấy rằng, Điều 3.1 Hiệp định SPS không bắt buộc các thành viên áp dụng tiêu chuẩn quốc tế (giống hoàn toàn) mà có thể sử dụng tiêu chuẩn của quốc gia mình hoặc tiêu chuẩn khác có mức độ bảo vệ tương đương với tiêu chuẩn quốc tế. Quy định này của Hiệp định SPS là một quy định khá mở, hướng tới mục tiêu hài hòa hóa các tiêu chuẩn vệ sinh động thực vật nhưng không tạo áp lực quá lớn cho các thành viên khi áp dụng vì mỗi quốc gia có một điều kiện, hoàn cảnh khác nhau và có thể áp dụng những tiêu chuẩn khác trước khi tham gia vào WTO. Do đó, với mục tiêu hài hòa mà không tuyệt đối áp dụng các tiêu chuẩn vệ sinh động thực vật, WTO đã cho ra đời quy định về việc thành viên có thể “dựa trên” các tiêu chuẩn quốc tế để ban hành tiêu chuẩn cho quốc gia mình.

⁶ WT/DS 48/ R/CAN, Đoạn 8.75

⁷ WT/DS 48/ R/CAN, Đoạn 8.73

⁸ WT/DS 26/ AB/R, Đoạn 165. Xem toàn văn phán quyết tại: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?DataSource=Cat&query=@Symbol=WT/DS26/AB/R&Language=English&Context=ScriptedSearches&languageUIChanged=true, truy cập ngày 18/8/2020.

⁹ WT/DS 26/ AB/R, Đoạn 171.

Tuy nhiên, việc ban hành các tiêu chuẩn động - thực vật cao hơn cũng gây ra một số khó khăn cho thành viên khác của WTO trong việc đáp ứng các tiêu chuẩn nội bộ quá cao của quốc gia này. Đồng thời, tạo ra rào cản thương mại làm cho mục đích hài hòa hóa theo Điều 3 của Hiệp định SPS không đạt được. WTO vẫn cho phép quốc gia thành viên được ban hành tiêu chuẩn cao hơn vì xét cho cùng, mỗi quốc gia sẽ có quyền tự chủ riêng biệt, hệ thống quản lý hành chính của mỗi quốc gia là khác nhau nên cần có quá trình kiểm tra riêng... Ví dụ, tại Mỹ, hệ thống quản lý thức ăn và thuốc có chu trình riêng và yêu cầu về dữ liệu riêng mà không sử dụng chu trình đánh giá khoa học của CODEX. Điều này không phải là do chu trình của CODEX không đủ uy tín, mà do sự không tương hợp giữa dữ liệu được sử dụng bởi Mỹ và CODEX¹⁰.

Điều 3.3 Hiệp định SPS đã được ban hành như một cách thức giải quyết sự mâu thuẫn nói trên. Theo đó, Điều 3.3 quy định: “*Các Thành viên có thể áp dụng hay duy trì các biện pháp vệ sinh động - thực vật cao hơn các biện pháp dựa trên các tiêu chuẩn, hướng dẫn và khuyến nghị quốc tế có liên quan, nếu có chứng minh khoa học, hoặc do mức bảo vệ động - thực vật mà một Thành viên coi là phù hợp theo các quy định liên quan của các khoản từ 1 đến 8 của Điều 5. Mặc dù vậy, tất cả các biện pháp dẫn đến mức bảo hộ bảo vệ động - thực vật khác với các biện pháp dựa trên các tiêu chuẩn, hướng dẫn hay khuyến nghị quốc tế đều không trái với bất kỳ điều khoản nào khác của Hiệp định này*”. Theo quy định này,

một quốc gia thành viên của WTO hoàn toàn có cơ sở pháp lý để ban hành và áp dụng các tiêu chuẩn quốc gia về động thực vật cao hơn tiêu chuẩn quốc tế. Tuy nhiên, quy định này cũng cho thấy, để áp dụng tiêu chuẩn cao hơn thì quốc gia thành viên phải tuân thủ nghiêm ngặt các điều kiện: (i) có chứng minh khoa học hoặc (ii) do mức bảo vệ động - thực vật mà một Thành viên coi là phù hợp theo các quy định liên quan của các khoản từ 1 đến 8 của Điều 5 - đánh giá rủi ro và xác định mức độ bảo vệ động thực vật phù hợp của Hiệp định SPS. Câu hỏi đặt ra là: Làm thế nào để biết một biện pháp SPS cao hơn tiêu chuẩn quốc tế nhưng dựa trên các bằng chứng khoa học? Vấn đề này được xem xét qua hai phép thử: (1) *phân tích rủi ro* là dùng phương pháp khoa học để xác định sự tồn tại rủi ro hoặc khả năng xảy ra rủi ro của hàng hóa đối với con người, động thực vật; (2) *kiểm soát rủi ro* là lựa chọn chính sách bảo vệ con người, động thực vật khỏi rủi ro và biện pháp SPS tương ứng trên cơ sở kết quả phân tích rủi ro và hoàn cảnh xã hội cụ thể, ví dụ thói quen hay khả năng tự bảo vệ của người tiêu dùng.

Trên thực tế, nếu một biện pháp SPS được hậu thuẫn bởi một lý thuyết khoa học đáng tin cậy thì xem như thỏa mãn yêu cầu này. Ngoài ra, nếu biện pháp đó được áp dụng để bảo vệ sức khỏe, cuộc sống của con người, động thực vật khỏi các nguy cơ/mối nguy hiểm càng cao thì càng có nhiều khả năng được thừa nhận là “có đủ bằng chứng khoa học” (dù trên thực tế, giả thiết khoa học liên quan chưa hẳn đã thật chắc chắn)¹¹. Trong trường hợp xảy ra tranh chấp, để

¹⁰ Humberto Zúñiga Schroder, “*Equivalence and Mutual Recognition of Standards in WTO Law*”, Kluwer Law International, 2011, p.35.

¹¹ VCCI, *Các biện pháp kiểm dịch động thực vật SPS – Các hiệp định và nguyên tắc của WTO*, http://trungtam-wto.vn/upload/files/wto/4-cac-hiep-dinh-co-ban/1-7_ yesinhvakiemdich.pdf, truy cập ngày 08/8/2020.

chứng minh là tiêu chuẩn cao của quốc gia thành viên có cơ sở khoa học và được chấp nhận sẽ phải dựa vào sự xem xét, quyết định của cơ quan giải quyết tranh chấp. Khi đó, các bên liên quan ngoài việc cung cấp bằng chứng khoa học đầy đủ thì còn phải chứng minh được bằng chứng khoa học ấy được đưa ra dựa trên đánh giá rủi ro.

Đánh giá rủi ro là một bước quan trọng để một quốc gia thành viên của WTO có thể đưa ra tiêu chuẩn kiểm dịch vệ sinh động - thực vật của mình, nhất là trong trường hợp đặt ra tiêu chuẩn cao hơn tiêu chuẩn quốc tế. Tuy nhiên, trên thực tế, việc đánh giá rủi ro để được xem là phù hợp với Điều 5.1 và Điều 3.3 của Hiệp định SPS không hề dễ dàng. Trong vụ tranh chấp Cộng đồng châu Âu - Các biện pháp liên quan đến thịt và sản phẩm từ thịt (hormones)¹², về mối quan hệ giữa biện pháp SPS và việc đánh giá rủi ro, Ban Hội thẩm đã đánh giá hai yếu tố: (i) các kết luận khoa học được dùng làm cơ sở cho biện pháp SPS và (ii) các kết luận khoa học rút ra từ quá trình đánh giá rủi ro, sau đó xem xét xem (i) có tương đồng với (ii) hay không. Từ đó, Ban Hội thẩm kết luận rằng (i) và (ii) không tương đồng cho nên biện pháp của EU đã không dựa trên cơ sở đánh giá khoa học. AB thống nhất với Ban Hội thẩm nhưng AB nhấn mạnh rằng đánh giá rủi ro có thể đưa ra cả ý kiến của đa số cũng như những ý kiến trái chiều của các chuyên gia. AB ghi nhận trong đa số trường hợp, chính phủ của Thành viên sẽ dựa vào ý kiến của đa số để đưa ra biện pháp cho mình. Nhưng cũng có khi, một Thành viên ngay tình đưa ra biện pháp của mình dựa trên ý kiến trái chiều của thiểu số các nhà khoa học có uy tín. Trường hợp này không

thể kết luận là không có quan hệ hợp lý giữa biện pháp SPS và việc đánh giá rủi ro, đặc biệt là rủi ro liên quan đến tính mạng. Khi tiến hành xác định mối quan hệ trên, AB đồng tình với Ban Hội thẩm rằng, đa số những nghiên cứu khoa học mà EU đề cập liên quan đến 05 loại hormone đều dẫn đến kết luận là việc sử dụng hormone không nguy hiểm nếu các hormone được sử dụng phù hợp với quy cách thú y. Ở đây, Ban Hội thẩm đã loại bỏ các nguy hiểm do việc lạm dụng hormone vì không tuân thủ quy cách thú y ra khỏi phạm vi xem xét vì cho rằng, đánh giá rủi ro liên quan đến việc sử dụng hormone khác với quản lý rủi ro liên quan đến việc kiểm soát sao cho hormone không bị lạm dụng và việc sử dụng đúng với quy cách thú y. AB thống nhất với Ban Hội thẩm rằng, EU đã chỉ ra, tình hình hiện tại đòi hỏi việc quản lý hormone phù hợp với quy cách nhưng không đánh giá những tác hại của việc không tuân theo các quy tắc này. Vì vậy, AB tuyên bố EU đã không tiến hành đánh giá rủi ro phù hợp với Điều 5.1, 5.2 và đã không cung cấp được kết quả đánh giá rủi ro nào để làm cơ sở một cách hợp lý cho các chỉ thị của mình. Vì thế, biện pháp của EU không phù hợp với Điều 5.1 cũng như Điều 5.3 của Hiệp định SPS.

Ngoài ra, khi tiến hành xác định rủi ro theo Điều 5.1 Hiệp định SPS, cần xác định được mối quan hệ nhân quả giữa rủi ro và thiệt hại. Trong vụ Cộng đồng châu Âu - Hormone, Ban Hội thẩm đã cho rằng, EU đã không thể xác định được rủi ro liên quan đến ung thư từ tồn dư hormone trong thịt bò mà chỉ xác định được thịt bò chứa hormone có thể gây ra ung thư. Ban Hội thẩm yêu cầu cần phân tích được hậu quả của tồn dư

¹² Trần Thị Thùy Dương, Trần Thị Thu Thảo, *Tìm hiểu Luật WTO qua một số vụ kiện về Các biện pháp kiểm dịch động - thực vật*, Nxb. Hồng Đức, tr. 5-9.

hormone trong thịt bò, nhưng AB lại cho rằng, đánh giá rủi ro theo Hiệp định SPS không nhất thiết phải chứng minh hậu quả thực tế của một chất mà chỉ cần chứng minh được khả năng gây ra hậu quả của chất đó. Theo đó, EU chỉ cần chứng minh được khả năng tồn dư hormone trong thịt bò gây ra ung thư, không cần xác định chính tồn dư đó gây ra ung thư vì một chất tồn dư chưa chắc tách ra đã gây nguy hiểm cho sức khỏe nhưng kết hợp nhiều chất khác trong thịt bò có thể gây ra ung thư nguy hiểm¹³. Như vậy, hậu quả đến từ rủi ro, chỉ cần đánh giá được khả năng gây ra hậu quả đó của rủi ro là có thể đáp ứng được yêu cầu của Hiệp định SPS.

Về mặt chứng minh, theo nguyên tắc chung giải quyết tranh chấp của WTO, bên đi kiện sẽ phải đưa ra bằng chứng ban đầu về việc vi phạm, sau đó bên bị kiện phải đưa ra bằng chứng để bác bỏ luận điểm của bên đi kiện. Vậy trong tranh chấp liên quan đến biện pháp kiểm dịch động - thực vật cao hơn tiêu chuẩn, khuyến nghị quốc tế, ai phải chịu trách nhiệm dẫn chứng? Liệu nguyên tắc chung có được áp dụng? Xét trong trường hợp của vụ kiện Cộng đồng châu Âu - Hormone nêu trên, bên bị kiện (Hoa Kỳ, Canada) phải đưa ra chứng cứ chứng minh biện pháp SPS của EU không có cơ sở khoa học hay EU có nghĩa vụ chứng minh mình có chứng cứ khoa học để áp dụng biện pháp SPS? Nhìn chung, việc tìm ra các chứng cứ khoa học về vấn đề này vô cùng phức tạp và khó khăn, tốn kém nhiều chi phí và thời gian. Vì thế, việc xác định phương pháp phân bổ gánh nặng dẫn chứng vô cùng quan

trọng. Trong vụ kiện này, Ban Hội thẩm cho rằng, Hiệp định SPS quy định gánh nặng dẫn chứng thuộc về bên áp dụng biện pháp SPS; AB lại xác định rằng, gánh nặng dẫn chứng phải được chia sẻ như sau: trước hết, bên đi kiện cần đưa ra chứng cứ và luận điểm pháp lý đủ để chứng minh rằng EU vi phạm các Điều 3.1, Điều 3.3, Điều 5.1 và Điều 5.5; sau đó, bên bị kiện mới đưa ra dẫn chứng để bác bỏ các cáo buộc của bên đi kiện¹⁴. Cách giải thích luật của AB rõ ràng là có lợi hơn cho bên bị kiện.

3. Thực trạng áp dụng tiêu chuẩn động - thực vật tại Việt Nam

Hiện nay, hệ thống pháp luật Việt Nam có khá nhiều luật cùng quy định về vấn đề nhập khẩu thực phẩm như Luật An toàn thực phẩm, Luật Hải quan, Luật Chất lượng hàng hóa - sản phẩm, Nghị định số 15/2018/NĐ-CP ngày 02/02/2018 của Chính phủ thay thế Nghị định số 38/2012/NĐ-CP ngày 24/4/2012 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật An toàn thực phẩm... Bên cạnh đó, Luật về Tiêu chuẩn và quy chuẩn kỹ thuật quy định về hệ thống các tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật của Việt Nam nói chung và ngành thực phẩm nói riêng. Hệ thống tiêu chuẩn Việt Nam gồm tiêu chuẩn quốc gia (TCVN) và tiêu chuẩn cơ sở (TCCS) là những quy định về đặc tính kỹ thuật và yêu cầu quản lý nhằm phân loại và đánh giá sản phẩm, hàng hóa, dịch vụ, quá trình, môi trường... Hệ thống Quy chuẩn kỹ thuật gồm Quy chuẩn kỹ thuật quốc gia (QCVN) và Quy chuẩn kỹ thuật địa phương (QCĐP) là những quy định về giới hạn của đặc tính kỹ thuật và yêu cầu về mặt

¹³ WT/DS320/AB/R, đoạn 562. Xem toàn văn phán quyết tại: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/320ABR.pdf&Open=True>, truy cập ngày 08/8/2020.

¹⁴ WT/DS26/AB/R, đoạn 109. Xem toàn văn phán quyết tại: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DS/26ABR-00.pdf&Open=True>, truy cập ngày 09/8/2020.

quản lý mà sản phẩm, hàng hóa, dịch vụ, quá trình, môi trường và các đối tượng khác trong hoạt động kinh tế - xã hội phải tuân thủ để bảo đảm an toàn, vệ sinh, sức khỏe con người; bảo vệ động vật, thực vật, môi trường...¹⁵ Hệ thống quy chuẩn kỹ thuật do cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành và mang tính bắt buộc. Hệ thống QCVN do các bộ quản lý chuyên ngành gồm Bộ Y tế, Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn và Bộ Công thương xây dựng theo Luật An toàn thực phẩm. Hiện nay, thực phẩm nhập khẩu vào Việt Nam cũng phải đáp ứng được các yêu cầu được hệ thống các tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật quy định. Vì vậy, để đánh giá mức độ hài hòa hóa của các tiêu chuẩn nhập khẩu thực phẩm tại Việt Nam so với luật WTO thì chúng ta cần xem xét mức độ hài hòa của hệ thống tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật của Việt Nam so với quy định của các tổ chức quốc tế.

Báo cáo của Ban công tác về việc Việt Nam gia nhập WTO ghi nhận cam kết của Việt Nam rằng các tiêu chuẩn SPS hiện nay của Việt Nam được “dựa trên” các tiêu chuẩn CODEX, IPPC và OIE nhưng nhìn chung có mức bảo hộ thấp hơn để thích ứng với các điều kiện sản xuất ở nước ta¹⁶. Tuy nhiên, mục tiêu của Việt Nam là sử dụng chính các tiêu chuẩn quốc tế¹⁷. Nói cách khác, tiêu chuẩn vệ sinh động thực vật hiện nay của Việt Nam còn thấp nên để nâng cao

tiêu chuẩn này hơn nữa, Việt Nam hướng đến áp dụng quy định tại Điều 3.2 Hiệp định SPS, nghĩa là sử dụng chính các tiêu chuẩn quốc tế để làm tiêu chuẩn vệ sinh động thực vật của mình.

Trong lĩnh vực nông sản và thực phẩm, hiện nay có khoảng 1700 TCVN và trong đó có khoảng 68 % được xây dựng dựa trên cơ sở chấp nhận tiêu chuẩn quốc tế (dựa trên tiêu chuẩn quốc tế). Về hệ thống QCVN, theo thống kê của tổng cục đo lường chất lượng, số lượng QCVN tính đến năm 2015 được ban hành nhằm đảm bảo an toàn thực phẩm là 89, trong đó Bộ Y tế ban hành 52 QCVN và Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn ban hành 37 QCVN. Bộ Công thương tuy chưa ban hành QCVN nhưng đã ban hành một số thông tư để quản lý an toàn thực phẩm như Thông tư số 28/2013/TT-BCT ngày 06/11/2013 quy định về kiểm tra nhà nước về an toàn thực phẩm¹⁸. Xét về việc tuân thủ Điều 3 Hiệp định SPS về hài hòa hóa các tiêu chuẩn vệ sinh - kiểm dịch, Việt Nam được cho là quốc gia không có nguy cơ vi phạm quy định này của Hiệp định SPS. Trong Nghị định thư gia nhập WTO, Việt Nam đồng ý áp dụng các biện pháp vệ sinh kiểm dịch mà không thông qua một giai đoạn chuyển tiếp nào vì các tiêu chuẩn quốc gia của Việt Nam đều thấp hơn hoặc bằng tiêu chuẩn quốc tế vào thời điểm gia nhập¹⁹. Báo cáo của ban công

¹⁵ Điều 3, Điều 26, Điều 10 Luật Tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật.

¹⁶ Báo cáo của Ban công tác về việc Việt Nam gia nhập WTO, đoạn 324. Xem toàn văn tại: <https://trungtam-wto.vn/upload/files/wto/7-/25-van-kien/01.%20Bao%20cao%20cua%20Ban%20Cong%20tac.pdf>, truy cập ngày 09/8/2020.

¹⁷ USAID, *The Government of Vietnam's implementation of the WTO agreement on the application of Sanitary and Phytosanitary measure*, US, p.12, 2007.

¹⁸ Hội thảo “Người tiêu dùng, tiêu chuẩn & an toàn thực phẩm tại Việt Nam”, Kiên Giang ngày 29-30/8/2016.

¹⁹ USAID, *The Government of Vietnam's implementation of the WTO agreement on the application of Sanitary and Phytosanitary measure*, US, 2007, page 18.

tác về việc Việt Nam gia nhập WTO (WT/ACC/VNM/48) tại đoạn 328 ghi nhận các tiêu chuẩn SPS của Việt Nam được dựa trên các tiêu chuẩn của Codex, IPPC và OIE nhưng có thể có mức độ bảo hộ thấp hơn do điều kiện sản xuất tại Việt Nam. Như vậy, khi mới gia nhập WTO, Việt Nam đang sử dụng biện pháp “dựa trên” các tiêu chuẩn quốc tế, và mục tiêu của Việt Nam là sử dụng chính các tiêu chuẩn quốc tế (Điều 3.2), nghĩa là nâng cao tiêu chuẩn quốc gia để đảm bảo an toàn về mặt sức khỏe con người và động vật. Theo Quyết định số 147/2008/QĐ-TTg ngày 17/11/2008 của Thủ tướng Chính phủ về việc phê duyệt kế hoạch hành động quốc gia đẩy nhanh thực hiện cam kết đối với hiệp định về vệ sinh an toàn thực phẩm và kiểm dịch động thực vật đáp ứng nghĩa vụ thành viên WTO, phân giải pháp đảm bảo thực hiện các nghĩa vụ của WTO đã khẳng định cần Xây dựng và hài hòa các tiêu chuẩn vệ sinh an toàn thực phẩm và kiểm dịch động thực vật của Việt Nam với tiêu chuẩn của CODEX, OIE và IPPC.

Tuy nhiên, cho đến nay, mục tiêu này của Việt Nam vẫn chưa được hoàn thành. Một số tiêu chuẩn về vệ sinh - kiểm dịch của Việt Nam vẫn thấp hơn so với các tiêu chuẩn của các tổ chức quốc tế. Theo ước tính, chỉ có khoảng 70% tiêu chuẩn của Việt Nam là hài hòa so với tiêu chuẩn Codex²⁰. Ví dụ, vấn đề mức dư lượng thuốc trừ sâu trong nông nghiệp (MRL) luôn là một trong những vấn

đề được quan tâm hàng đầu khi một quốc gia nhập khẩu bất cứ một thực phẩm nào vì điều này ảnh hưởng lớn đến sức khỏe của người dân khi tiêu thụ thực phẩm nhập khẩu. Việt Nam, với mục tiêu nâng tiêu chuẩn quốc gia bằng tiêu chuẩn quốc tế trong WTO, đã cho ra đời TCVN 6711:2010 về giới hạn dư lượng tối đa thuốc thú y trong thực phẩm cho thịt gia súc; tiêu chuẩn này hoàn toàn tương đương với tiêu chuẩn CODEX CAC/MRL 2-2009. Tuy nhiên, vào tháng 7/2017 CODEX đã cập nhật lại bộ tiêu chuẩn này (CAC/MRL 2-2017) bằng cách nâng cao một số tiêu chuẩn đã có sẵn và thêm vào các quy định mới. Do đó, Việt Nam hiện vẫn đang áp dụng tiêu chuẩn khác (thấp hơn) so với CODEX vì chưa cập nhật theo CAC/MRL 2-2017²¹.

4. Một số kiến nghị

Để có thể giải quyết tình trạng thực phẩm thiếu an toàn nghiêm trọng, đảm bảo quyền lợi cho người tiêu dùng trong nước và lợi ích cho các doanh nghiệp bằng cách thống nhất bộ tiêu chuẩn đối với thực phẩm nhập khẩu, xuất khẩu và nội địa, Việt Nam cần nâng tiêu chuẩn của mình cao hơn so với các tiêu chuẩn quốc tế. Để thực hiện việc này, các tác giả cho rằng, Việt Nam cần thực hiện giải pháp sau:

Thứ nhất, khi thực hiện việc đánh giá rủi ro, để quá trình này được hiệu quả, cần phải đầu tư hệ thống phòng thí nghiệm đầy đủ và chất lượng, có thể mang lại những kết

²⁰ Tại hội nghị lần thứ 45 của Ủy ban Tiêu chuẩn thực phẩm quốc tế (gọi tắt là Ủy ban Codex) được tổ chức tại Hà Nội do Việt Nam và Hoa Kỳ đồng cai chủ trì, Thứ trưởng Bộ Y tế Nguyễn Thanh Long đã nhấn mạnh “Những năm qua, Việt Nam đang thực hiện một cách có trách nhiệm trong việc hài hòa hóa các tiêu chuẩn, quy chuẩn về thực phẩm, với khoảng 70% các tiêu chuẩn thực phẩm của Việt Nam phù hợp với các tiêu chuẩn của Codex”. Nguồn: Anninhthudo.vn, 70% tiêu chuẩn thực phẩm của Việt Nam phù hợp tiêu chuẩn Codex, <https://anninhthudo.vn/chinh-tri-xa-hoi/70-tieu-chuan-thuc-pham-cua-viet-nam-phu-hop-tieu-chuan-codex/523963>. antd, truy cập ngày 03/10/2020.

²¹ Nguồn: CAC/ MRL 2-2017 và TCVN 6711: 2010.

qua nghiên cứu có tính chính xác cao. Theo ý kiến của FAO/WHO thì các phòng thí nghiệm là yếu tố quan trọng trong việc kiểm soát thực phẩm, việc xây dựng chúng đòi hỏi vốn đầu tư cao và cũng rất tốn kém để có thể duy trì hoạt động. Do đó, cần có sự quy hoạch một cách thận trọng, số lượng và nơi đặt các phòng thí nghiệm cũng phải được xác định theo mục tiêu và khối lượng công việc thí nghiệm, cần bố trí đầy đủ các phòng để có thể thực hiện thí nghiệm đối với hầu hết các loại thực phẩm. Đồng thời, không nhất thiết các phòng thí nghiệm phải nằm dưới sự kiểm soát của một cơ quan trung ương, mà có thể phân cho chính quyền các địa phương, các tỉnh để kiểm soát. Phòng thí nghiệm cũng cần có các thành phần phù hợp để có thể thực hiện tốt những phân tích vật lý, hóa học, sinh học... việc làm các thí nghiệm cũng không nên được làm đơn giản bằng tay mà cần có máy móc tinh vi để có thể cho ra kết quả chính xác nhất²².

Thứ hai, một điều đáng lưu ý khác là, tất cả những phương pháp trong phòng thí nghiệm là đáng tin cậy và quan trọng nhưng không phải luôn luôn thực hiện đánh giá rủi ro trong phòng thí nghiệm, cần thiết phải tính đến những yếu tố bên ngoài, hoàn cảnh thực tế, điều kiện xã hội của đất nước mà xác định rủi ro vì những phân tích trong phòng thí nghiệm đôi khi lại không khớp với điều kiện bên ngoài. Do đó, khi tiến hành đánh giá rủi ro, ngoài tham khảo những thí nghiệm cần thiết về rủi ro đó đối với con người, chúng ta phải đặt chúng vào hoàn cảnh thực tế như thời tiết, khí hậu, thể trạng người Việt, điều kiện xã hội của quốc gia... để rút ra được kết luận cuối cùng

mang tính thuyết phục cao. Để có thể thực hiện được điều này, cần có một lực lượng các nhà khoa học trình độ cao, vừa có thể sử dụng máy móc và cơ sở vật chất ở phòng thí nghiệm để tiến hành phân tích khoa học, đưa ra giải thích cho những số liệu khoa học vừa có thể đưa những thí nghiệm đó ra thực tế để đối chứng với điều kiện, hoàn cảnh của quốc gia và cho ra kết luận chính xác nhất, đồng thời cũng chính những người này sẽ giúp quốc gia đưa những kết luận khoa học đó ra ứng dụng thành các phương pháp SPS của mình, đào tạo, huấn luyện cho từng địa phương thực hiện áp dụng tiêu chuẩn mới.

Thứ ba, Việt Nam vẫn còn là một quốc gia đang phát triển, chưa có nhiều kinh nghiệm nên cần có sự hợp tác, học hỏi kinh nghiệm từ những quốc gia khác. Đối với các vụ kiện trong khuôn khổ WTO, Việt Nam có thể tham gia với tư cách của bên thứ ba để xem xét cách thức xét xử của Ban Hội thẩm và cơ quan phúc thẩm, từ đó rút ra kinh nghiệm để tránh trường hợp vi phạm luật WTO một khi nâng biện pháp bảo vệ của mình cao hơn tiêu chuẩn quốc tế. Bên cạnh đó, việc ký kết những hiệp định song phương hay đa phương để nhận được sự trợ giúp về mặt kỹ thuật và khoa học từ các quốc gia ký kết hoặc các tổ chức quốc tế cũng là điều cần thiết, từ kiến thức và kỹ năng được truyền đạt từ chuyên gia đến từ các quốc gia này, Việt Nam vừa có thể nâng cao trình độ của đội ngũ làm khoa học của mình, giúp cho việc đánh giá rủi ro được hiệu quả hơn, vừa có thể tăng cường hợp tác quốc tế.

Thứ tư, việc đánh giá rủi ro sẽ là nền

²² FAO, *FAO's strategy for a food chain approach to food safety and quality: A framework Document for the Development of future strategic Direction*, 2003. Xem toàn văn tại: <http://www.fao.org/3/a-y8350e.pdf>, truy cập ngày 12/10/2020.

tảng cần thiết để qua đó, Nhà nước ban hành những phương pháp bảo vệ người tiêu dùng và tiêu chuẩn kiểm soát an toàn thực phẩm hoặc kiểm dịch, do đó nó là một nhu cầu cấp thiết và đòi hỏi một quốc gia nên có trong thời gian nhanh chóng. Tuy nhiên, không phải quốc gia nào khi tiến hành cũng có đủ nguồn lực khoa học hay những kỹ năng, nguồn dữ liệu trong thời gian ngắn, Việt Nam cũng vậy, việc đánh giá rủi ro phải là một tiến trình lâu dài trong khi nhu cầu sử dụng sản phẩm có chất lượng của người tiêu dùng là cấp thiết. Do đó, nước ta có thể sử dụng dữ liệu quốc tế hoặc dữ liệu từ quốc gia khác khi chưa thực sự tự thực hiện được. Các tổ chức quốc tế như Codex, IPPC, OIE khi đưa ra tiêu chuẩn của mình cũng đã có một nền tảng đánh giá rủi ro chắc chắn để dựa vào, và dữ liệu của họ cũng hoàn toàn đáng tin cậy vì được thực hiện và thu thập bởi những chuyên gia, được chọn lọc kỹ càng. Những số liệu thu thập từ việc đánh giá rủi ro của tổ chức quốc tế có thể được chấp nhận như giá trị khoa học theo Hiệp định SPS²³, Điều 5.1 của hiệp định này đã quy định rõ ràng việc đánh giá rủi ro của thành viên “*có tính đến kỹ thuật đánh giá rủi ro do các tổ chức quốc tế liên quan xây dựng nên*”. Ngoài ra, những quốc gia có nền tảng khoa học đồ sộ như Mỹ, EU, Nhật... có phương pháp bảo vệ cao hơn so với tiêu chuẩn quốc tế nhưng vẫn không vi phạm luật WTO là do thực hiện đánh giá rủi ro một cách chuyên nghiệp và có kỹ thuật cao, thuyết phục. Với tình hình của những nước đang phát triển như Việt Nam, chúng ta hoàn toàn có thể thực hiện đánh giá rủi

ro dựa trên số liệu mượn từ những tổ chức, quốc gia này. Những số liệu do quốc gia đưa ra cũng có thể được kiểm tra lại bởi cơ quan xét xử nhưng đối với những quốc gia có trình độ khoa học cao thì số liệu khoa học cũng mang tính chính xác cao. Ngoài ra, dựa trên những rủi ro có thể nhìn thấy qua những vấn đề thực tế như tình trạng thực phẩm nhiễm bẩn, khả năng gây bệnh của những loại thực phẩm này, Việt Nam nên đưa ra mức độ bảo vệ mong muốn trước khi tiến hành đánh giá rủi ro vì mỗi quốc gia có quyền xác định mức độ bảo vệ như thế nào là phù hợp trong phạm vi, lãnh thổ của mình, miễn là có tiến hành đánh giá rủi ro để mức độ đó “*dựa trên*”.

Thứ năm, khi ban hành biện pháp bảo vệ, một yếu tố quan trọng khác cần lưu ý là tránh tình huống gây ra sự phân biệt đối xử hoặc hạn chế trá hình đối với thương mại quốc tế. Để làm được điều này, khi ban hành mức độ bảo vệ khác nhau đối với các chất có tính chất tương đương thì cần có sự giải thích phù hợp với thực tế sử dụng của chất đó, tác hại của các chất khi đưa vào tình huống sử dụng khác nhau, cùng là một chất nhưng hoàn cảnh sử dụng khác lại có thể áp dụng mức bảo vệ khác. Một trong những cách giải thích dễ thuyết phục trong một tình huống là lý do bảo vệ sức khỏe của con người. Bên cạnh đó, khi ban hành biện pháp bảo vệ, Việt Nam phải đảm bảo nó được áp dụng đồng đều cho cả sản phẩm nhập khẩu, xuất khẩu và nội địa để tránh vi phạm nguyên tắc không phân biệt đối xử ■

²³ Food and agriculture organization, world health organization of the United nations, *Assuring food safety and quality: Guidelines for strengthening national food control systems*, Joint FAO/WHO Publication, p.11.

CÔNG NHẬN HỢP ĐỒNG CHUYỂN NHƯỢNG QUYỀN SỬ DỤNG ĐẤT VI PHẠM QUY ĐỊNH ĐIỀU KIỆN CÓ HIỆU LỰC VỀ HÌNH THỨC - BẮT CẬP VÀ HƯỚNG GIẢI QUYẾT

Trần Thăng Long*
Nguyễn Văn Nhân**

* PGS. TS. Phó Trường khoa Ngoại ngữ Pháp lý, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

** Thẩm phán, Tòa án nhân dân huyện Châu Thành, tỉnh Đồng Tháp.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Hợp đồng, chuyển nhượng quyền sử dụng đất, công nhận hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất, vi phạm quy định về hình thức của hợp đồng.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 24/12/2020

Biên tập : 14/01/2021

Duyệt bài : 17/01/2021

Article Information:

Keywords: Contract, transfer, land use right, form, recognition of the land use right transfer contract, violation of the provisions on the form of the contract.

Article History:

Received : 24 Dec. 2020

Edited : 14 Jan. 2021

Approved : 17 Jan. 2021

1. Đặt vấn đề

Trong thực tiễn quan hệ dân sự, có những giao dịch không phải lập thành văn bản nhưng cũng có những giao dịch dân sự bắt buộc phải được lập thành văn bản và phải tuân theo các quy định về hình thức. Chuyển nhượng quyền sử dụng đất là một loại giao dịch khi thỏa mãn các điều kiện chung về

Tóm tắt:

Mặc dù pháp luật đã quy định rõ hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất bắt buộc phải lập thành văn bản có công chứng, chứng thực và có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký. Tuy nhiên, trên thực tế không phải ai cũng nắm rõ quy định này và việc chuyển nhượng quyền sử dụng đất bằng “giấy tay” vẫn còn diễn ra hiện nay. Trong phạm vi bài viết này, các tác giả trình bày, phân tích các quy định của pháp luật hiện hành về việc công nhận hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất không tuân thủ hình thức của hợp đồng. Từ thực tiễn áp dụng, các tác giả chỉ ra những bất cập khi áp dụng quy định công nhận hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất không tuân thủ hình thức của hợp đồng và đưa ra một số giải pháp khắc phục.

Abstract:

Although it is clearly stipulated by law that contract for the transfer of land use right must be made in writing, notarized, authenticated and effective from the time of registration. However, in practice not everyone possesses full understandings of this provision and the transfer of land use rights by “hand writing” has become very popular nowadays. In the scope of this article, the authors provide introduction and an analysis of the provisions of the current law on recognizing the land use right transfer contract that does not comply with the form of the contract. From practical application, the authors also find out shortcomings when the provisions are under enforcements of recognizing that the contract of transferring land use rights does not comply with the form of the contract and also give out a number of recommendations for further improvements.

hình thức thì mới phát sinh hiệu lực. Điểm a khoản 3 Điều 167 Luật Đất đai (LĐĐ) năm 2013 quy định: “Hợp đồng chuyển nhượng, tặng cho, thế chấp, góp vốn bằng quyền sử dụng đất, quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất phải được công chứng hoặc chứng thực, trừ trường hợp kinh doanh bất động sản quy định tại điểm b khoản này”.

Điều 503 Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 quy định: “Việc chuyển quyền sử dụng đất có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký theo quy định của Luật Đất đai”. Như vậy, Luật đã quy định rõ, hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất bắt buộc phải lập thành văn bản có công chứng, chứng thực và có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký. Tuy nhiên, trên thực tế hiện nay, việc chuyển nhượng quyền sử dụng đất bằng “giấy tay” đang còn diễn ra.

Bên cạnh đó, điểm d khoản 1 Điều 132 BLDS năm 2015 quy định thời hiệu yêu cầu tuyên bố vô hiệu: “Giao dịch dân sự được xác lập trong trường hợp giao dịch dân sự không tuân thủ quy định về hình thức”. Để tránh trường hợp lợi dụng việc hợp đồng vi phạm về hình thức để yêu cầu tuyên bố hợp đồng vô hiệu. Điều 129 BLDS năm 2015 liệt kê các trường hợp hợp đồng vi phạm quy định điều kiện có hiệu lực về hình thức vẫn không bị vô hiệu.

Việc áp dụng Điều 129 BLDS năm 2015 giúp giải quyết được nhiều vụ việc. Tuy nhiên. Thực tiễn áp dụng Điều 129 BLDS năm 2015 cho thấy, có các cách hiểu khác nhau về quy định của điều luật gây ảnh hưởng đến chất lượng xét xử của Tòa án nói chung và tính khả thi của quy định này, đặc biệt là trong tranh chấp đất đai nói riêng.

2. Quy định của pháp luật về việc công nhận hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất không tuân thủ hình thức của hợp đồng

Trong hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất, bản chất của hợp đồng cũng là sự thỏa thuận của các bên, thể hiện ý chí của các bên. Tuy nhiên, do đất đai là tài sản đặc biệt và phải đăng ký mới phát sinh hiệu lực và việc đăng ký là thủ tục hành chính. Trước BLDS năm 2015 có hiệu lực, Nghị quyết số 02/2004/NQ-HĐTP ngày 10/8/2004 của

Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao đã hướng dẫn đối với những trường hợp chuyển nhượng quyền sử dụng đất có nội dung phù hợp với quy định của pháp luật, nhưng hình thức không phù hợp với quy định của pháp luật thì vẫn có hiệu lực như sau:

“b) Trường hợp nội dung của hợp đồng phù hợp với quy định của pháp luật nhưng hình thức của hợp đồng không phù hợp với quy định của pháp luật tại thời điểm giao kết hợp đồng.

b.1) Nếu các bên chưa thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng thì Tòa án tuyên bố hợp đồng vô hiệu và hủy hợp đồng.

b.2) Nếu bên nhận chuyển nhượng đã trả đủ tiền chuyển nhượng đất; bên chuyển nhượng đã giao toàn bộ diện tích đất, thì Tòa án công nhận hợp đồng chuyển nhượng đất đó. Trong trường hợp bên nhận chuyển nhượng mới trả một phần tiền chuyển nhượng đất, bên chuyển nhượng mới giao một phần diện tích đất, thì có thể công nhận phần hợp đồng đó căn cứ vào diện tích đất đã nhận. Nếu công nhận phần hợp đồng trong trường hợp bên chuyển nhượng giao diện tích đất có giá trị lớn hơn số tiền mà họ đã nhận, thì Tòa án buộc bên nhận chuyển nhượng thanh toán cho bên chuyển nhượng phần chênh lệch giữa số tiền mà bên nhận chuyển nhượng đã trả so với diện tích đất thực tế mà họ đã nhận tại thời điểm giao kết hợp đồng theo giá trị quyền sử dụng đất tính theo giá thị trường tại thời điểm xét xử sơ thẩm. Đồng thời buộc các bên phải làm thủ tục chuyển quyền sử dụng đất đối với diện tích đất mà bên nhận chuyển nhượng đã nhận. Trong trường hợp bên nhận chuyển nhượng đã giao số tiền lớn hơn giá trị diện tích đất đã nhận mà Tòa án chỉ công nhận phần hợp đồng tương ứng với diện tích đất mà họ đã nhận thì bên chuyển nhượng phải

thanh toán khoản tiền đã nhận vượt quá giá trị diện tích đất đã giao tính theo giá trị quyền sử dụng đất theo giá thị trường tại thời điểm xét xử sơ thẩm”.

BLDS năm 2015 đã cụ thể hóa các trường hợp, hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất không bị vô hiệu khi đã thực hiện được hai phần ba nghĩa vụ như sau:

Thứ nhất, theo khoản 1 Điều 129 BLDS năm 2015, “*Giao dịch dân sự đã được xác lập theo quy định phải bằng văn bản nhưng văn bản không đúng quy định của luật mà một bên hoặc các bên đã thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ trong giao dịch thì theo yêu cầu của một bên hoặc các bên, Tòa án ra quyết định công nhận hiệu lực của giao dịch đó*”. Theo quy định này thì các hợp đồng bắt buộc phải lập thành văn bản nhưng văn bản không đúng theo quy định của pháp luật thì vẫn có hiệu lực nếu một hoặc các bên thực hiện hai phần ba nghĩa vụ thì theo yêu cầu của một trong các bên, Tòa án công nhận giao dịch đó.

Quy định của khoản 1 Điều 129 BLDS năm 2015 có thể được áp dụng vào những trường hợp như sau:

Trường hợp thứ nhất: Giao dịch dân sự được xác lập bằng văn bản nhưng văn bản không đúng quy định mà một bên đã thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ trong giao dịch thì theo yêu cầu của một bên, Tòa án công nhận hiệu lực của giao dịch đó.

Trường hợp thứ hai: Giao dịch dân sự được xác lập bằng văn bản nhưng văn bản không đúng quy định mà một bên đã thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ trong giao dịch thì theo yêu cầu của các bên, Tòa án công nhận hiệu lực của giao dịch đó.

Trường hợp thứ ba: Giao dịch dân sự được xác lập bằng văn bản nhưng văn bản không đúng quy định mà các bên đã thực

hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ trong giao dịch thì theo yêu cầu của các bên, Tòa án công nhận hiệu lực của giao dịch đó.

Trường hợp thứ tư: Giao dịch dân sự được xác lập bằng văn bản nhưng văn bản không đúng quy định mà các bên đã thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ trong giao dịch thì theo yêu cầu của một bên, Tòa án công nhận hiệu lực của giao dịch đó.

Thứ hai, khoản 2 Điều 129 BLDS năm 2015 quy định “*Giao dịch dân sự đã được xác lập bằng văn bản nhưng vi phạm quy định bắt buộc về công chứng, chứng thực mà một bên hoặc các bên đã thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ trong giao dịch thì theo yêu cầu của một bên hoặc các bên, Tòa án ra quyết định công nhận hiệu lực của giao dịch đó. Trong trường hợp này, các bên không phải thực hiện việc công chứng, chứng thực*”

Quy định này có thể được áp dụng vào những trường hợp sau:

Trường hợp thứ nhất: Giao dịch dân sự đã được xác lập bằng văn bản nhưng vi phạm quy định bắt buộc về công chứng, chứng thực mà một bên đã thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ thì theo yêu cầu của một bên, Tòa án ra quyết định công nhận hiệu lực của giao dịch đó mà không cần phải công chứng chứng thực.

Trường hợp thứ hai: Giao dịch dân sự đã được xác lập bằng văn bản nhưng vi phạm quy định bắt buộc về công chứng, chứng thực mà một bên đã thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ thì theo yêu cầu của các bên, Tòa án ra quyết định công nhận hiệu lực của giao dịch đó mà không cần phải công chứng chứng thực.

Trường hợp thứ ba: Giao dịch dân sự đã được xác lập bằng văn bản nhưng vi phạm quy định bắt buộc về công chứng, chứng

thực mà các bên đã thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ thì theo yêu cầu của các bên, Tòa án ra quyết định công nhận hiệu lực của giao dịch đó mà không cần phải công chứng chứng thực.

Trường hợp thứ tư: Giao dịch dân sự đã được xác lập bằng văn bản nhưng vi phạm quy định bắt buộc về công chứng, chứng thực mà các bên đã thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ thì theo yêu cầu của một bên, Tòa án ra quyết định công nhận hiệu lực của giao dịch đó mà không cần phải công chứng chứng thực.

3. Thực tiễn áp dụng các quy định của pháp luật về công nhận hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất không tuân thủ hình thức của hợp đồng

Một là, các trường hợp thứ hai, thứ ba, thứ tư của khoản 1 và khoản 2 Điều 129 BLDS năm 2015 được phân tích trên đây khi các bên đã thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ và các bên đều yêu cầu công nhận hiệu lực của giao dịch hoặc trường hợp một bên thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ mà các bên yêu cầu Tòa án công nhận hợp đồng thì hầu như không có tranh chấp do các bên đã tự thỏa thuận thực hiện.

Trường hợp các bên đã thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ nhưng một bên công nhận hợp đồng thì đa phần Tòa án công nhận hợp đồng, do trong hợp đồng đã thể hiện được ý chí của các bên khi giao kết hợp đồng.

Ví dụ 1: Chị Ngô Minh P chuyển nhượng diện tích đất 2.000m² cho chị Nguyễn Thị L với giá chuyển nhượng là 15 chỉ vàng 24k vào năm 1995 có làm giấy tay chuyển nhượng, chị L đã giao cho chị P 10 chỉ vàng 24k, chị P cũng đã giao đất cho chị L

sử dụng nhưng chị P không sang tên giấy chứng nhận quyền sử dụng đất cho chị L, nên chị L yêu cầu tiếp tục thực hiện hợp đồng chuyển nhượng, để chị L được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, chị P không đồng ý do hiện tại giá đất đã lên nên chị L không đồng ý tiếp tục chuyển nhượng. Tòa án đã tuyên công nhận hợp đồng chuyển nhượng và buộc chị L trả tiếp cho chị P 5 chỉ vàng 24k còn lại, đồng thời được đăng ký giấy chứng nhận quyền sử dụng đất diện tích 2.000m² theo quy định¹.

Ví dụ 2: Ông Phạm Văn Đ khởi kiện yêu cầu ông Phan Phú T, bà Võ Thị L trả cho ông Đ diện tích 2.130,1m² do ông Đ cầm cố cho ông T vào năm 1982 với giá 04 chỉ vàng 24k; ông Đ đã nhận đủ số vàng 24k và đã giao đất cho ông T, bà L quản lý sử dụng, đất thuộc thửa 854, TĐĐ số 4, tọa lạc ấp T, xã T, huyện C, tỉnh Đồng Tháp; năm 1999, ông Phạm Văn Đ được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất lần đầu; ông Đ cho rằng, ông không có chuyển nhượng mà chỉ cầm cố mảnh đất này. Bị đơn ông Phan Phú T phản tố yêu cầu công nhận hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất diện tích 2.130,1m² và cho rằng, mặc dù vào năm 1982, hai bên không làm hợp đồng chuyển nhượng nhưng ông T, bà L đã giao số vàng 02 chỉ vàng 24k và đã nhận đất để sử dụng đến khi trả 02 chỉ vàng còn lại ông Đ có làm biên nhận ngày 02/4/1994 với nội dung là nhận 02 chỉ vàng 24k để nhượng đất².

Ví dụ 3: Ông D bốc thăm và được vị trí nền nhà tái định cư diện tích là 85m² (ngang 5m, dài 17m), thuộc Cụm dân cư A, phường A, thị xã H, tỉnh Đồng Tháp nhưng do không có tiền trả cho Nhà nước để nhận nền, nên ngày 30/10/2009 thì ông D chuyển nhượng lại cho bà T với số tiền

¹ Bản án số 18/2020/DSST ngày 24/4/2020 của Tòa án nhân dân huyện C, tỉnh Đồng Tháp.

² Bản án số 48/2020/DSST ngày 01/10/2020 của Tòa án nhân dân huyện C, tỉnh Đồng Tháp.

là 25.000.000 đồng và bà T có nghĩa vụ trả tiền cho Nhà nước là 76.500.000 đồng (bà T đã nhận đất). Tuy nhiên, bà T cũng không có tiền trả cho Nhà nước, nên ngày 09/11/2013 bà T chuyển nhượng lại cho ông E với giá trị tổng cộng là 150.000.000 đồng (hợp đồng viết tay) ông E đã trả cho bà T số tiền 73.500.000 đồng, vì còn phải thực hiện nghĩa vụ trả tiền sử dụng đất cho Nhà nước là 76.500.000 đồng. Bà T đã giao đất cho ông E sử dụng; ngày 31/10/2013, ông E đến cơ quan nhà nước trả số tiền 38.600.000 đồng, có phiếu thu ông E là người nộp tiền còn thiếu lại Nhà nước 37.900.000 đồng. Năm 2019, ông D và con ông là ông Hóa nộp cho Nhà nước 37.900.000 đồng và được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất. Sau khi được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất ông D không thống nhất chuyển nhượng và cho rằng số tiền 25.000.000 đồng nhận từ bà T là số tiền vay (không có tài liệu chứng minh là hợp đồng vay). Ông E khởi kiện yêu cầu Tòa án công nhận hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất giữa bà T và ông D, giữa ông E và bà T³.

Hai là, trường hợp còn lại (trường hợp một) của khoản 1 và khoản 2 Điều 129 BLDS năm 2015 trên thực tiễn khi giải quyết các quan hệ tranh chấp quyền sử dụng đất do không tuân thủ hình thức của hợp đồng hoặc đã tuân thủ hình thức và một bên đã thực hiện hai phần ba nghĩa vụ hoặc đã thực hiện hết nghĩa vụ (thường bên thực hiện hai phần ba hoặc toàn bộ nghĩa vụ là bên nhận chuyển nhượng) bên còn lại không thực hiện nghĩa vụ. Bên đã thực hiện nghĩa vụ yêu cầu công nhận hợp đồng, bên còn lại không đồng ý sẽ gặp rất nhiều khó khăn, do không xác định được ý chí của các bên khi

tham gia giao dịch, nên có nhiều quan điểm giải quyết như các ví dụ dưới đây.

Ví dụ 1: Anh Nguyễn Tấn T đã mua một diện tích 80m² đất thổ cư với giá 300.000.000 đồng và được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất; anh T xây dựng căn nhà trên đất, giá trị căn nhà được xây dựng là 150.000.000 đồng và trên căn nhà anh T xây dựng có 04 người cùng sinh sống là mẹ, anh, em của anh T. Anh T làm hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất và được công chứng tại Văn phòng công chứng huyện C để chuyển nhượng nhà và đất cho anh Dương Hoàng S với giá chuyển nhượng 80.000.000 đồng, anh S đã giao tiền cho anh T xong, nhưng anh T không giao đất cho anh S. Anh S đã được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất nên anh S yêu cầu anh T tiếp tục hợp đồng chuyển nhượng giao đất và nhà cho anh S (do anh S đã thực hiện xong nghĩa vụ trả tiền), anh T không đồng ý vì cho rằng việc chuyển nhượng là che dấu hợp đồng vay (không có tài liệu chứng cứ cho việc có tồn tại hợp đồng vay tiền, anh S không thừa nhận là hợp đồng vay)⁴.

Ví dụ 2: Năm 2016, anh Lê Xuân Tr có làm 02 hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất với anh Trần Văn C, chị Trần Ngọc Ph cụ thể như sau:

Hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất đối với thửa số 317, tờ bản đồ số 4, diện tích là 1.912m² (trong đó 600m² đất ở nông thôn; 1.312m² đất trồng cây lâu năm) và hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất đối với thửa đất số 1160, tờ bản đồ số 04, diện tích 5.428m² đều có công chứng tại văn phòng công chứng số 2; giá chuyển nhượng cho 02 hợp đồng trên là 300.000.000 đồng bao gồm đất và tài sản trên đất. Anh Tr đã giao cho anh C, chị Ph số tiền 300.000.000

³ Bản án số 19/2020/DSST ngày 31/8/2020 của Tòa án nhân dân thị xã H, tỉnh Đồng Tháp.

⁴ Bản án số 58/2020/DSST ngày 05/11/2020 của Tòa án nhân dân huyện C, tỉnh Đồng Tháp.

đồng nhưng anh C, chị Ph không giao đất cho anh Tr và không sang tên giấy chứng nhận quyền sử dụng đất. Theo biên bản định giá tại thời điểm chuyển nhượng giá thửa đất 317 có giá là 289.576.000 đồng, thửa đất số 1160 có giá là 297.225.500 đồng (tổng cộng là 587.011.000 đồng). Anh Tr khởi kiện yêu cầu công nhận 02 hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất; anh C, chị Ph không đồng ý và cho rằng số tiền 300.000.000 đồng là hợp đồng vay tài sản (nhưng anh C, chị Ph không có tài liệu chứng cứ chứng minh là hợp đồng vay tài sản)⁵.

Theo chúng tôi, các vụ án nêu trên có một điểm chung là một bên đã thực hiện được hai phần ba nghĩa vụ hoặc đã thực hiện xong nghĩa vụ. Tuy nhiên, khi phát sinh tranh chấp, bên nhận chuyển nhượng luôn cho rằng, đây là hợp đồng chuyển nhượng và yêu cầu công nhận; bên chuyển nhượng cho rằng hợp đồng chuyển nhượng chỉ để che dấu một giao dịch khác (nhưng không chứng minh được có sự tồn tại của giao dịch bị che dấu). Đối với các trường hợp nêu trên, Tòa án có thể xử lý theo các hướng sau đây:

Hướng thứ nhất: Tòa án tuyên bố hợp đồng chuyển nhượng trên vô hiệu do giả tạo vì trốn tránh nghĩa vụ đối với người thứ ba (nghĩa vụ đóng thuế) hoặc hợp đồng trên vô hiệu do che dấu hợp đồng vay như bên chuyển nhượng trình bày theo Điều 124 BLDS năm 2015.

Không thể vô hiệu do trốn tránh nghĩa vụ với người thứ ba, bởi lẽ hợp đồng là sự thỏa thuận của các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự⁶; ở đây, các bên đã tự nguyện xác lập bằng hợp đồng có công chứng, chứng thực. Cũng không thể nói việc thỏa thuận giá thấp hơn giá của Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố (UBND tỉnh) là trốn tránh nghĩa vụ thuế (người thứ ba) vì thuế thu trước bạ nhà đất là 0,5% trên giá thỏa thuận⁷, trường hợp thỏa thuận thấp hơn giá do UBND tỉnh quy định thì lấy giá của UBND tỉnh quy định để tính lệ phí trước bạ⁸. Còn đối giá tính thuế thu nhập cá nhân khi hợp đồng chuyển nhượng thấp hơn giá do UBND tỉnh quy định thì lấy giá do UBND tỉnh quy định để tính thuế thu nhập cá nhân⁹. Các hợp đồng trên hoàn toàn do sự thỏa thuận của các bên và không thể bị tuyên vô hiệu vì lý do trốn tránh nghĩa vụ thuế.

Đối với trường hợp hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất vô hiệu do giả tạo, che dấu hợp đồng vay thì không chứng minh được sự giả tạo để che dấu hợp đồng vay, cũng không thể căn cứ vào lời trình bày của bên chuyển nhượng mà xác định che dấu giao dịch khác (bên chuyển nhượng không có tài liệu gì chứng minh), có chăng ở đây là có sự khác nhau giữa ý chí và bày tỏ ý chí¹⁰.

⁵ Bản án số 07/2020/DSST ngày 21/02/2020 của Tòa án nhân dân huyện C, tỉnh Đồng Tháp.

⁶ Điều 385 BLDS năm 2015.

⁷ Khoản 1 Điều 7 Nghị định số 140/2016/NĐ-CP ngày 10/10/2016 quy định về lệ phí trước bạ.

⁸ Điểm c.5, khoản 1 Điều 3 Thông tư số 301/2016/TT-BTC ngày 15/11/2016 hướng dẫn về lệ phí trước bạ.

⁹ Điểm b1 khoản 1 Điều 12 Thông tư số 111/2013/TT-BTC ngày 15/8/2013 hướng dẫn về thực hiện Luật thuế thu nhập cá nhân, Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật thuế thu nhập cá nhân và nghị định số 65/2013/NĐ-CP của Chính phủ quy định chi tiết một số điều của Luật thuế thu nhập cá nhân, Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật thuế thu nhập cá nhân.

¹⁰ TS. Đặng Thị Thơm, *Giao dịch mua bán tài sản nhằm che giấu giao dịch vay tài sản*, <https://tapchitoaan.vn/bai-viet/phap-luat/giao-dich-mua-ban-tai-san-nham-che-giau-giao-dich-vay-tai-san>, truy cập ngày 28/01/2021.

Hướng thứ hai: Tòa án tuyên hủy hợp đồng chuyển nhượng trên do giá hợp đồng chuyển nhượng và giá trị thực tế có sự chênh lệch (thậm chí chênh lệch rất lớn) và không có sự giao đất trên thực tế.

Tuy nhiên, việc hủy hợp đồng đối với trường hợp này là không đúng, bởi lẽ hợp đồng là trên cơ sở sự thỏa thuận của các bên, giá trị cao hay thấp cũng do các bên đã thỏa thuận và việc hủy hợp đồng do chậm thực hiện nghĩa vụ thì bên có quyền mới được hủy bỏ hợp đồng do bên kia vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ của hợp đồng làm cho bên kia không đạt được mục đích giao kết (bên có quyền trong các ví dụ trên là bên nhận chuyển, bên chuyển nhượng thì không phải là bên có quyền)¹¹. Đây cũng không thuộc trường hợp phải hủy hợp đồng do chậm thực hiện nghĩa vụ vì người có quyền yêu cầu hủy bỏ là bên có quyền¹², còn bên chậm thực hiện nghĩa vụ trong trường hợp này là bên có nghĩa vụ.

Hướng thứ ba: Tòa án công nhận hợp đồng chuyển nhượng do bên nhận chuyển nhượng đã thực hiện xong nghĩa vụ trả tiền (thực hiện toàn bộ số tiền chuyển nhượng theo hợp đồng) và bên chuyển nhượng không thực hiện nghĩa vụ giao nhà và đất cho bên nhận chuyển nhượng.

Thực tiễn xét xử của Tòa án cho thấy, nhiều vụ án được xử lý theo hướng thứ ba, công nhận hợp đồng bởi lẽ các bên đã thực hiện đúng hình thức của hợp đồng hoặc không thực hiện đúng hình thức nhưng bên nhận chuyển nhượng đã thực hiện hai phần ba nghĩa vụ (hoặc toàn bộ nghĩa vụ). Tuy nhiên, trong các vụ án trên, giá chuyển nhượng trong hợp đồng và giá thực tế có

sự chênh nhau thậm chí giá trong hợp đồng còn thấp hơn giá do UBND tỉnh quy định, nếu công nhận thì có nhiều trường hợp lợi dụng khe hở này để làm hợp đồng chuyển nhượng nhằm che dấu hợp đồng vay và làm giảm đi tính hiệu lực của quy định về giao dịch dân sự vô hiệu do giả tạo tại Điều 124 BLDS năm 2015. Ngoài ra, việc công nhận hợp đồng cũng không phù hợp với các quy định khác về ý chí chủ thể bởi lẽ không ai đi chuyển nhượng đất mà giá lại thấp hơn giá thực tế, thậm chí còn thấp hơn giá do UBND tỉnh quy định.

Hướng thứ tư: Tòa án tuyên công nhận hợp đồng chuyển nhượng nếu giá chuyển nhượng phù hợp với giá tại thời điểm chuyển nhượng (kể cả giá do Nhà nước quy định); tuyên bố vô hiệu nếu giá chuyển nhượng không phù hợp với giá tại thời điểm chuyển nhượng (kể cả giá do Nhà nước quy định).

Các tác giả cho rằng, hướng xử lý thứ tư này là hợp lý bởi các lý do sau:

- Tòa án công nhận nếu giá chuyển nhượng phù hợp với giá tại thời điểm chuyển nhượng (bao gồm giá nhà nước quy định) là phù hợp với quy định của pháp luật và thể hiện được ý chí của bên nhận chuyển nhượng; còn bên chuyển nhượng có thể không phù hợp về thể hiện ý chí, nhưng do không chứng minh được việc che dấu giao dịch khác nên xem như thừa nhận việc chuyển nhượng do hợp đồng chuyển nhượng đã có chữ ký của bên chuyển nhượng.

- Tòa án tuyên bố vô hiệu nếu giá chuyển nhượng không phù hợp với giá tại thời điểm chuyển nhượng (kể cả giá do Nhà nước quy định) để cho các bên thấy được hậu quả của việc giao kết không trung thực, nhằm đưa

¹¹ Điều 423 Bộ luật Dân sự năm 2015.

¹² Điều 424 Bộ luật Dân sự năm 2015.

các giao dịch về giá trị thực và việc tuyên bố vô hiệu sẽ phù hợp, bởi lẽ sẽ làm rõ được ý chí và mục đích khi các bên thực hiện giao kết.

4. Giải pháp hoàn thiện

Để đảm bảo thực hiện đúng quy định của Điều 129, Điều 117 và 121 BLDS năm 2015, các tác giả đề xuất giải pháp sau:

Thứ nhất: đối với những hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất mà một bên đã thực hiện xong nghĩa vụ và đồng thời yêu cầu công nhận hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất, bên còn lại không đồng ý thì cơ quan có thẩm quyền cần hướng dẫn cụ thể giải quyết theo hai hướng sau:

Một là, trường hợp hợp đồng chuyển nhượng có giá phù hợp thực tiễn (giá thực tiễn có thể khảo sát giá chuyển nhượng của các thửa đất cùng loại lân cận diện tích đất chuyển nhượng hoặc giá do UBND tỉnh quy định tại thời điểm chuyển nhượng) thì công nhận hợp đồng vì bên có nghĩa vụ (thường là bên chuyển nhượng) không chứng minh được ý chí đã che giấu khác với ý chí đã thể hiện.

Hai là, trường hợp hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất có giá không phù hợp thực tiễn thì không cần khảo sát giá chuyển nhượng của các thửa đất cùng loại lân cận thửa đất chuyển nhượng mà chỉ lấy giá do UBND tỉnh quy định làm giá trần, nếu giá ghi trong hợp đồng vẫn thấp hơn thì tuyên vô hiệu do có sự mâu thuẫn giữa ý chí đã che giấu và ý chí đã thể hiện của người có nghĩa vụ (thường là bên chuyển nhượng).

Thứ hai: sửa đổi khoản 1 Điều 129 BLDS năm 2015 như sau: “*Giao dịch dân sự đã được xác lập theo quy định phải bằng văn bản nhưng văn bản không đúng quy định của luật mà một bên hoặc các bên đã thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ trong giao*

dịch thì một hoặc các bên có quyền yêu cầu Tòa án ra quyết định công nhận hiệu lực của giao dịch đó”. Quy định này vừa đảm bảo quyền yêu cầu của đương sự quy định tại khoản 1 Điều 4 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015, vừa đảm bảo Tòa án có thể xem xét lại ý chí khi giao kết hợp đồng, các vấn đề khác trong hợp đồng để có cơ sở công nhận hay không công nhận hợp đồng dựa trên quy định của pháp luật mà không theo bất kỳ yêu cầu của bên nào. Điều này cũng phù hợp với nguyên tắc độc lập trong xét xử, đồng thời tránh được việc làm tương là trong mọi trường hợp, khi đã thực hiện được hai phần ba nghĩa vụ hợp đồng thì Tòa án sẽ công nhận hợp đồng “theo yêu cầu của một hoặc các bên” như quy định tại Điều 129 BLDS năm 2015.

Thứ ba: sửa đổi khoản 2 Điều 129 BLDS năm 2015 như sau: “*Giao dịch dân sự đã được xác lập bằng văn bản nhưng vi phạm quy định bắt buộc về công chứng, chứng thực mà một bên hoặc các bên đã thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ trong giao dịch thì một bên hoặc các bên có quyền yêu cầu Tòa án ra quyết định công nhận hiệu lực của giao dịch đó. Trong trường hợp này, các bên không phải thực hiện việc công chứng, chứng thực*”.

Theo đề xuất trên thì khoản 1 và 2 Điều 129 BLDS năm 2015 cần sửa cụm từ “*theo yêu cầu của một bên hoặc các bên*” thành “*một hoặc các bên có quyền yêu cầu*”. Quy định này vừa đảm bảo được quyền của các bên tự do thỏa thuận trong giao dịch hợp đồng, vừa bảo đảm quyền yêu cầu của các bên khi hợp đồng phát sinh tranh chấp được quy định tại khoản 1 Điều 4 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 ■

XỬ PHẠT VI PHẠM HÀNH CHÍNH ĐỐI VỚI HOẠT ĐỘNG CHÀO BÁN TRÁI PHIẾU CỦA DOANH NGHIỆP

Phan Phương Nam*

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

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Trái phiếu, xử phạt vi phạm hành chính, chào bán trái phiếu doanh nghiệp.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 08/3/2021

Biên tập : 17/3/2021

Duyệt bài : 19/3/2021

Article Information:

Keywords: Bonds, sanctioning administrative violations, corporate bond offerings.

Article History:

Received : 08 Mar. 2021

Edited : 17 Mar. 2021

Approved : 19 Mar. 2021

Trong năm 2019, quy mô của thị trường trái phiếu doanh nghiệp có sự tăng trưởng mạnh so với các năm trước, tăng khoảng 31,2% so với năm 2018, đạt khoảng 10,85% GDP năm 2019¹. Sự tăng trưởng này xuất phát từ những ưu điểm của hoạt động huy động vốn thông qua kênh trái phiếu so với các kênh huy động vốn khác. Qua đó, các

Tóm tắt:

Trái phiếu đã và đang chứng minh là một trong các kênh huy động vốn hiệu quả cho doanh nghiệp. Các quy định của pháp luật về hoạt động này cũng đã có nhiều thay đổi nhằm đáp ứng nhu cầu của doanh nghiệp và đảm bảo sự phát triển ổn định của thị trường chứng khoán. Tuy nhiên, không phải doanh nghiệp nào cũng tuân thủ theo đúng các quy định của pháp luật nên các chế tài đã được thiết lập nhằm xử lý các hoạt động vi phạm pháp luật về vấn đề này. Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày, phân tích các quy định của pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính đối với hoạt động chào bán trái phiếu của doanh nghiệp và đề xuất kiến nghị hoàn thiện.

Abstract:

Corporate bond offerings have proven to be one of the effective capital mobilization channels for firms. Accordingly, the legal provisions on these activities have also amended many times to meet the needs of firms and ensure the stable development of the stock market. However, the businesses all unlikely comply with the legal regulations, so the sanctions are given to handle activities violating the law on inevitable. This article studies the inadequacies and gives recommendations to improve the legal regulations on sanctioning of administrative violations for the corporate bond offering.

doanh nghiệp ngày càng có nhu cầu phát hành trái phiếu để mở rộng sản xuất kinh doanh làm cho thị trường trái phiếu doanh nghiệp có rất nhiều tiềm năng để phát triển². Tuy nhiên, quá trình phát triển thị trường trái phiếu doanh nghiệp đã và đang bộc lộ một số vấn đề như: quy mô của thị trường nhỏ, thị trường thứ cấp chưa phát triển,

¹ Diệu Thiện, “Thị trường trái phiếu Việt Nam trên đà phát triển nhanh, bền vững”, <http://thoibaotaichinhvietnam.vn/pages/nhip-song-tai-chinh/2020-11-09/thi-truong-trai-phieu-viet-nam-tren-da-phat-trien-nhanh-ben-vung-94840.aspx>, truy cập ngày 31/01/2021.

² Đỗ Doãn, “Thúc đẩy thị trường trái phiếu doanh nghiệp phát triển”, <http://thoibaotaichinhvietnam.vn/pages/tien-te-bao-hiem/2020-11-11/thuc-day-thi-truong-trai-phieu-doanh-nghiep-phat-trien-95015.aspx>, truy cập ngày 01/02/2021.

thanh khoản của trái phiếu doanh nghiệp còn thấp, tính công khai minh bạch còn hạn chế... Bên cạnh đó, mặc dù Nghị định số 156/2020/NĐ-CP ngày 31/12/2020 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực chứng khoán và thị trường chứng khoán (Nghị định số 156) được ban hành nhằm từng bước hoàn thiện các nội dung xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực này, nhưng một số quy định của Nghị định này vẫn còn bất cập, chưa tạo điều kiện cho thị trường trái phiếu doanh nghiệp phát triển.

1. Những hạn chế, bất cập trong quy định về xử phạt đối với hoạt động chào bán chứng khoán của doanh nghiệp

Thứ nhất, văn bản pháp luật quy định về xử phạt trong hoạt động chào bán trái phiếu của doanh nghiệp chưa nhất quán trong việc sử dụng thuật ngữ “chào bán” và “phát hành”. Có thể nói, bắt đầu từ Luật CK năm 2006, các văn bản pháp luật đã có sự thống nhất sử dụng thuật ngữ “chào bán” khi nói về hoạt động huy động vốn của tổ chức phát hành thông qua thị trường chứng khoán (TTCK); còn thuật ngữ “phát hành” được sử dụng gắn liền với “tổ chức” để chỉ về chủ thể thực hiện hoạt động huy động vốn trên TTCK. Tuy nhiên, Luật CK năm 2019 và Nghị định số 156 đã không nhất quán khi sử dụng các thuật ngữ này. Cụ thể, tại khoản 21 Điều 4, khoản 6 Điều 31, điểm b, d khoản 3 Điều 36, điểm d khoản 2 Điều 120 Luật CK năm 2019, Điều 1, 2, 3, 4, 6 và Điều 8 Nghị định số 156, các thuật ngữ “chào bán” và “phát hành” lại “đi chung với

nhau” như là một cách biểu hiện rằng hai thuật ngữ này là một.

Thứ hai, các quy định về xử phạt đối với hành vi vi phạm trong hoạt động chào bán chứng khoán riêng lẻ còn nhiều bất cập và chưa bao quát toàn bộ các hành vi vi phạm trong lĩnh vực này. Điều này thể hiện ở các nội dung sau:

Một là, pháp luật hiện hành chưa quy định về chế tài đối với hành vi vi phạm của tổ chức tư vấn về hồ sơ chào bán trái phiếu. Điểm d khoản 1 Điều 10 Nghị định số 163/2018/NĐ-CP quy định về phát hành trái phiếu doanh nghiệp (Nghị định số 163) được sửa đổi, bổ sung bởi khoản 3 Điều 1 Nghị định số 81/2020/NĐ-CP quy định, doanh nghiệp phát hành trái phiếu riêng lẻ phải “*ký hợp đồng tư vấn với tổ chức tư vấn về hồ sơ phát hành trái phiếu*”. Tuy nhiên, trường hợp tổ chức tư vấn về hồ sơ phát hành trái phiếu có hành vi vi phạm (tư vấn sai cho tổ chức phát hành, hỗ trợ tổ chức phát hành đưa ra các thông tin trong hồ sơ đăng ký...) thì chưa có quy định về biện pháp chế tài đối với chủ thể này. Có thể có ý kiến cho rằng, việc quy định chế tài là không cần thiết vì tổ chức này sẽ phải chịu các trách nhiệm tài chính theo hợp đồng đã ký với doanh nghiệp phát hành trái phiếu và đồng thời chịu chế tài quy định tại điểm a khoản 3 Điều 8 Nghị định số 156³. Tuy nhiên, chúng tôi cho rằng, điểm a khoản 3 Điều 8 Nghị định số 156 quy định xử lý đối với doanh nghiệp lập hồ sơ chào bán trái phiếu riêng lẻ mà không quy định để

³ Điểm a khoản 3 Điều 8 Nghị định số 156/2020/NĐ-CP quy định: “3. Phạt tiền từ 100.000.000 đồng đến 150.000.000 đồng đối với một trong các hành vi vi phạm sau:

a) Không sửa đổi, bổ sung hồ sơ đăng ký chào bán, phát hành chứng khoán riêng lẻ khi phát hiện thông tin không chính xác hoặc bỏ sót nội dung theo quy định phải có trong hồ sơ hoặc khi phát sinh thông tin liên quan đến hồ sơ đã nộp hoặc hồ sơ đã trình tổ chức, cá nhân có thẩm quyền”.

áp dụng cho tổ chức tư vấn. Ngoài ra, vấn đề trách nhiệm tài chính của tổ chức tư vấn với doanh nghiệp phát hành trái phiếu thực chất chỉ là sự thỏa thuận giữa các bên. Tuy nhiên, nếu tổ chức tư vấn hồ sơ vi phạm sẽ làm ảnh hưởng không chỉ đến hoạt động huy động vốn của doanh nghiệp phát hành trái phiếu, mà còn ảnh hưởng chung đến sự phát triển của TTCK sơ cấp nói chung. Vì vậy, cần áp dụng biện pháp chế tài đối với hành vi vi phạm của tổ chức tư vấn về hồ sơ chào bán trái phiếu nhằm phòng ngừa hành vi vi phạm có thể xảy ra trong tương lai.

Hai là, pháp luật hiện hành chưa quy định chế tài đối với hành vi vi phạm nghĩa vụ liên quan đến báo cáo tiến độ sử dụng vốn sau chào bán CK. Điểm a khoản 1 Điều 9 Nghị định số 155/2020/NĐ-CP quy định: “*Định kỳ 06 tháng kể từ ngày kết thúc đợt chào bán, ngày kết thúc đợt phát hành cho đến khi giải ngân hết số tiền huy động được, tổ chức phát hành phải báo cáo Ủy ban Chứng khoán Nhà nước về tiến độ sử dụng vốn, số tiền thu được từ đợt chào bán, đợt phát hành để thực hiện dự án...*”. Đây là nghĩa vụ mà tổ chức phát hành CK phải tuân thủ. Tuy nhiên, Nghị định số 156 lại không có quy định xử phạt đối với hành vi này. Tác giả cho rằng, cần phải có chế tài xử lý hành vi này vì nó đã và đang làm ảnh hưởng đến tính công khai, minh bạch của thị trường. Khi tổ chức phát hành CK thực hiện nghiêm túc nghĩa vụ công bố thông tin và báo cáo cho Ủy ban Chứng khoán Nhà nước (UBCKNN) sẽ giảm thiểu được những sai phạm, giúp UBCKNN có biện pháp xử lý kịp thời những sai phạm nếu có, góp phần bảo vệ quyền lợi của nhà đầu tư.

Theo đó, tác giả cho rằng, cần bổ sung hành vi vi phạm này thành một điểm trong khoản 2 Điều 10 Nghị định số 156, vì hành vi này có mức vi phạm gần tương đương với hành vi được quy định tại điểm c khoản 2 Điều 10 của Nghị định này⁴.

Ba là, quy định xử lý hành vi vi phạm trong hoạt động đăng ký, lưu ký trái phiếu chào bán, phát hành riêng lẻ là chưa hợp lý. Khoản 1 Điều 16 Nghị định số 163 quy định: “*Trong vòng 10 ngày làm việc sau khi kết thúc đợt phát hành, trái phiếu doanh nghiệp phải được đăng ký, lưu ký tại tổ chức lưu ký được phép để quản lý số lượng nhà đầu tư theo quy định ...*”. Quy định này cho thấy, việc đăng ký, lưu ký trái phiếu là trách nhiệm của doanh nghiệp phát hành trái phiếu. Bên cạnh đó, điểm đ khoản 2 Điều 8 Nghị định số 156 quy định: “*Phạt tiền từ 70.000.000 đồng đến 100.000.000 đồng đối với một trong các hành vi vi phạm sau: ...đ) Không thực hiện đăng ký, lưu ký trái phiếu chào bán, phát hành riêng lẻ hoặc thực hiện đăng ký, lưu ký trái phiếu chào bán, phát hành riêng lẻ không đúng thời hạn theo quy định*”. Tuy nhiên, hai hành vi nêu trên vi phạm với các mức độ khác nhau, so với hành vi “thực hiện đăng ký, lưu ký trái phiếu chào bán, phát hành riêng lẻ không đúng thời hạn theo quy định”, hành vi “không thực hiện đăng ký, lưu ký trái phiếu chào bán, phát hành riêng lẻ” là nguy hiểm, nghiêm trọng và ảnh hưởng rất lớn đến nhà đầu tư. Do vậy, việc xử lý chung một mức đối với hai hành vi vi phạm này là điều hoàn toàn không hợp lý.

Thứ ba, bất cập trong quy định về xử phạt vi phạm hành chính đối với các hoạt

⁴ Tại khoản 1 Điều 9 Nghị định số 155/2020/NĐ-CP thì hai hành vi này được quy định liên tiếp nhau.

động chào trái phiếu ra công chúng. Cụ thể như sau:

Một là, quy định về xử lý đối với hành vi thay đổi mục đích hoặc phương án sử dụng số tiền thu được từ đợt chào bán trái phiếu ra công chúng là chưa hợp lý. Điểm b khoản 4 Điều 10 Nghị định số 156 quy định: “*Phạt tiền từ 300.000.000 đồng đến 400.000.000 đồng đối với một trong các hành vi vi phạm sau: ...b) Thay đổi mục đích hoặc phương án sử dụng số tiền thu được từ đợt chào bán chứng khoán ra công chúng nhưng không thông qua Đại hội đồng cổ đông (ĐHĐCĐ) hoặc khi chưa được ĐHĐCĐ ủy quyền thực hiện hoặc thay đổi phương án sử dụng số tiền thu được từ đợt chào bán chứng khoán ra công chúng với giá trị thay đổi từ 50% trở lên số tiền thu được từ đợt chào bán, trừ trường hợp chào bán trái phiếu không chuyển đổi, không kèm chứng quyền theo phương án được Hội đồng quản trị (HĐQT) thông qua; sử dụng số tiền thu được từ đợt chào bán chứng khoán ra công chúng không đúng với mục đích, phương án đã được ĐHĐCĐ thông qua hoặc nội dung đã công bố thông tin cho nhà đầu tư hoặc nội dung đã báo cáo UBCKNN*”. Tuy nhiên, chứng khoán được chào bán ra công chúng không chỉ là cổ phiếu mà còn có các loại chứng khoán khác như trái phiếu, chứng chỉ quỹ đầu tư. Quy định trên chỉ phù hợp với việc chào bán cổ phiếu ra công chúng mà không phù hợp với hoạt động chào bán trái phiếu ra công chúng. Bởi vì, theo quy định của điểm c khoản 3 Điều 15 Luật CK năm 2019, một trong các điều kiện chào bán trái phiếu ra công chúng là: “*có phương án phát hành, phương án sử dụng và trả nợ vốn thu được từ đợt chào bán được ĐHĐCĐ hoặc*

HĐQT hoặc Hội đồng thành viên (HĐTV) hoặc chủ sở hữu công ty thông qua”. Tuy nhiên, theo nguyên lý chủ thể nào thông qua thì chủ thể đó được quyền thay đổi quyết định của mình, nếu chủ thể thông qua nội dung trên (ĐHĐCĐ hoặc HĐQT hoặc HĐTV hoặc Chủ sở hữu) là cơ quan nào thì cơ quan đó được quyền thay đổi. Do vậy, việc xác định chỉ có ĐHĐCĐ (hoặc HĐQT trong trường hợp chào bán trái phiếu không chuyển đổi, không kèm chứng quyền theo phương án được HĐQT thông qua) mới có thẩm quyền này và những việc thay đổi mục đích hoặc phương án sử dụng do các cơ quan khác quyết định đều sai là không chính xác, mâu thuẫn với nội dung quy định của Điều 15 Luật CK năm 2019.

Hai là, quy định về biện pháp khắc phục hậu quả khi vi phạm trong hoạt động phát hành trái phiếu ra công chúng là chưa hợp lý. Theo điểm a, b khoản 5 Điều 9 Nghị định số 156 xác định biện pháp khắc phục hậu quả đối với các hành vi vi phạm trong hoạt động chào bán trái phiếu ra công chúng là, “hoàn trả cho nhà đầu tư tiền mua chứng khoán hoặc tiền đặt cọc (nếu có) cộng thêm tiền lãi tính theo lãi suất tiền gửi không kỳ hạn của ngân hàng mà tổ chức, cá nhân vi phạm mở tài khoản thu tiền mua chứng khoán hoặc tiền đặt cọc tại thời điểm quyết định áp dụng biện pháp này có hiệu lực thi hành”. Tuy nhiên, khi so sánh quy định này với quy định xử lý đối với hoạt động chào bán chứng khoán riêng lẻ thì thấy hai quy định này có độ “vênh” nhất định. Bởi lẽ, khi quy định xử lý hành vi tương tự trong hoạt động chào bán chứng khoán riêng lẻ thì tổ chức phát hành phải “hoàn trả cho nhà đầu tư tiền mua chứng khoán hoặc tiền đặt cọc

(nếu có) *cộng thêm tiền lãi tính theo lãi suất ghi trên trái phiếu* hoặc *lãi suất tiền gửi không kỳ hạn của ngân hàng* mà tổ chức, cá nhân vi phạm mở tài khoản thu tiền mua chứng khoán hoặc tiền đặt cọc”⁵. Việc xác định biện pháp khắc phục hậu quả đối với các hành vi vi phạm trong hoạt động chào bán trái phiếu riêng lẻ có quy định rằng có thể “*cộng thêm tiền lãi tính theo lãi suất ghi trên trái phiếu*” bên cạnh lãi suất tiền gửi không kỳ hạn sẽ là hợp lý hơn so với việc xác định biện pháp khắc phục hậu quả đối với các hành vi vi phạm trong hoạt động chào bán trái phiếu ra công chúng. Vì trái phiếu là chứng khoán nợ nên có thể trên trái phiếu đã ghi rõ lãi suất phải trả và do tổ chức phát hành đã có hành vi vi phạm làm mất cơ hội đầu tư của nhà đầu tư nên có trách nhiệm bồi thường phần thiệt hại tương ứng là điều hợp lý. Do đó, việc không có ghi nhận trong quy định xử lý đối với hành vi vi phạm trong hoạt động chào bán chứng khoán ra công chúng nội dung này là chưa hợp lý và chưa thuyết phục. Vì vậy, quy định này cần phải được sửa đổi để đảm bảo sự phù hợp, bình đẳng trong việc xử lý các hành vi vi phạm.

2. Kiến nghị hoàn thiện

Thứ nhất, cần nhất quán sử dụng thuật ngữ “chào bán” và “phát hành” trong các văn bản về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực TTCK nói riêng và văn bản pháp luật quy định về TTCK nói chung. Theo đó, khi nào nói về hoạt động này với tư cách là hoạt động huy động vốn của chủ thể cần vốn thì dùng từ “chào bán” (như chào bán chứng khoán) còn khi nào đề cập đến chủ thể thực hiện hoạt động này thì dùng từ

“phát hành” (như tổ chức phát hành). Điều này vừa đảm bảo tính nhất quán, rành mạch, rõ ràng trong quy định còn góp phần nâng cao giá trị các quy định của pháp luật.

Thứ hai, hoàn thiện quy định về xử phạt đối với hành vi vi phạm trong hoạt động chào bán chứng khoán riêng lẻ. Cụ thể:

Một là, hoàn thiện quy định hành vi vi phạm của tổ chức tư vấn về hồ sơ phát hành trái phiếu. Theo tác giả, cần bổ sung quy định về xử phạt vi phạm hành chính với những yêu cầu sau về vấn đề này:

i) *Quy định mức xử phạt tiền cụ thể với hành vi vi phạm này*. Theo đó, mức xử phạt hành vi vi phạm này sẽ tương ứng với hành vi vi phạm được xác định tại khoản 3 Điều 8 Nghị định số 156/2020/NĐ-CP vì tính chất và mức độ ảnh hưởng của hành vi vi phạm đến TTCK và nhà đầu tư là tương đương với các hành vi vi phạm được quy định tại khoản này.

ii) *Bổ sung thêm hình phạt bổ sung đối với tổ chức tư vấn vi phạm*. Theo đó, bổ sung hình phạt bổ sung cấm thực hiện hoạt động này trong thời gian nhất định (*có thể từ 3 đến 6 tháng*). Quy định trên được đưa ra nhằm đảm bảo các công ty thực hiện tư vấn càng phải thận trọng, thực hiện hoạt động công việc một cách có trách nhiệm hơn vì nếu không thì không chỉ họ bị phạt tiền mà còn bị cấm hoạt động càng làm ảnh hưởng đến tài chính của họ.

iii) *Quy định trên cần đảm bảo sự bao quát hết các chủ thể có thể bị xử lý*. Bởi lẽ, khoản 3 Điều 15 Nghị định số 163/2018/NĐ-CP đã được sửa đổi bởi khoản 7 Điều 1

⁵ Điểm a khoản 9 Điều 8 Nghị định số 156.

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

Nghị định số 81/2020/NĐ-CP quy định: tổ chức tư vấn về hồ sơ phát hành trái phiếu là công ty chứng khoán, tổ chức tín dụng và các định chế tài chính khác được phép cung cấp dịch vụ tư vấn hồ sơ phát hành trái phiếu theo quy định của pháp luật. Vì vậy, tác giả kiến nghị khi quy định vấn đề này cần sử dụng cụm từ “chủ thể cung cấp dịch vụ tư vấn phát hành trái phiếu” để đảm bảo tính bao quát hơn và chính xác hơn trong hoạt động xử phạt.

Hai là, pháp luật cần bổ sung chế tài đối với hành vi tổ chức phát hành không thực hiện nghĩa vụ báo cáo UBCKNN về tiến độ sử dụng vốn, số tiền thu được từ đợt chào bán, đợt phát hành để thực hiện dự án... hoặc không công bố thông tin trên Trang thông tin điện tử của tổ chức phát hành (nếu có), SGĐCK trong thời hạn quy định. Theo đó, tác giả kiến nghị chế tài đối với hành vi vi phạm này như sau:

i) Cảnh cáo nếu đây là hành vi vi phạm lần đầu. Bởi lẽ, trong các hình thức xử phạt chính có biện pháp này và hành vi vi phạm chưa đến mức quá nghiêm trọng để xử phạt với hình thức cao hơn.

ii) Phạt tiền nếu đó là hành vi tái phạm. Theo đó, mức phạt tiền này cần phải tương ứng với hành vi vi phạm của tổ chức phát hành khi tổ chức phát hành không công bố báo cáo sử dụng vốn, số tiền thu được từ đợt chào bán, đợt phát hành để thực hiện dự án được kiểm toán bởi tổ chức kiểm toán được chấp thuận tại cuộc họp ĐHĐCĐ thường niên, HĐQT, báo cáo chủ sở hữu công ty hoặc thuyết minh chi tiết việc sử dụng vốn,

số tiền thu được từ đợt chào bán, đợt phát hành để thực hiện dự án trong báo cáo tài chính năm được kiểm toán xác nhận⁶. Bởi lẽ, hành vi này đã và đang vi phạm có mức độ ảnh hưởng tương đương với hành vi vi phạm trên nên cần phải áp dụng mức chế tài tương tự.

Ba là, tác giả kiến nghị cần sự xử lý khác nhau trong hành vi vi phạm nghĩa vụ đăng ký, lưu ký trái phiếu chào bán, phát hành riêng lẻ của tổ chức phát hành. Theo đó, nên đưa hành vi vi phạm “thực hiện đăng ký, lưu ký trái phiếu chào bán, phát hành riêng lẻ không đúng thời hạn theo quy định” vào mức phạt nhẹ hơn một bậc so với hành vi “không thực hiện đăng ký, lưu ký trái phiếu chào bán, phát hành riêng lẻ”. Sự phân hoá trên thể hiện rõ sự chính xác, bảo đảm công bằng⁷ trong việc xử phạt vi phạm. Đồng thời, việc quy định như trên nhằm tránh sự chây lười của tổ chức phát hành khi đã chậm thực hiện việc đăng ký, lưu ký chứng khoán phát hành riêng lẻ thì cứ để “tự từ” vì dù sao cũng bị xử lý với mức độ như nhau và điều này gián tiếp làm ảnh hưởng đến quyền lợi của nhà đầu tư vào chứng khoán đó.

Thứ ba, cần hoàn thiện các quy định về xử phạt vi phạm hành chính đối với hành vi vi phạm đối với hoạt động chào bán trái phiếu ra công chúng. Cụ thể:

Một là, cần hoàn thiện quy định về xử phạt đối với hành vi vi phạm của chủ thể thực hiện hoạt động bảo lãnh phát hành trái phiếu ra công chúng. Đối với bất cập về nội dung này, theo tác giả cần sửa đổi, bổ sung quy định về xử phạt đối với chủ thể

⁶ Hành vi vi phạm này đang được áp dụng chế tài là: “Phạt tiền từ 50.000.000 đồng đến 70.000.000 đồng” theo quy định tại điểm c khoản 1 Điều 8 Nghị định số 156/2020/NĐ-CP.

⁷ Điểm b khoản 1 Điều 3 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012.

này theo quy định trong Nghị định số 156 như sau: “Phạt tiền từ 150.000.000 đồng đến 200.000.000 đồng đối với tổ chức bảo lãnh phát hành khi thực hiện một trong các hành vi vi phạm sau: ...b) Thực hiện bảo lãnh phát hành chứng khoán ra công chúng vi phạm quy định tại khoản 2 Điều 17 Luật Chứng khoán”. Bởi vì, nếu áp dụng việc sửa đổi trên thì các văn bản pháp quy không cần phải giải thích thuật ngữ “cam kết chắc chắn” cũng như quy định trên đảm bảo sự chặt chẽ, rõ ràng và tương thích hoàn toàn giữa các quy định của pháp luật.

Hai là, cần điều chỉnh quy định xử lý đối với hành vi thay đổi mục đích hoặc phương án sử dụng vốn từ đợt chào bán chứng khoán ra công chúng cho phù hợp hơn. Theo đó, căn cứ vào quy định tại điểm c khoản 3 Điều 15 Luật Chứng khoán năm 2019 thì ĐHĐCĐ hoặc HĐQT hoặc HĐTV hoặc chủ sở hữu công ty có quyền thông qua phương án phát hành, phương án sử dụng và trả nợ vốn thu được từ đợt chào bán chứng khoán ra công chúng nên sửa đổi quy định tại điểm b khoản 4 Điều 10 Nghị định số 156/2020/NĐ-CP thành như sau: “Phạt tiền từ 300.000.000 đồng đến 400.000.000 đồng đối với một trong các hành vi vi phạm sau: ...b) Thay đổi mục đích hoặc phương án sử dụng số tiền thu được từ đợt chào bán chứng khoán ra công chúng nhưng không thông qua ĐHĐCĐ hoặc khi chưa được ĐHĐCĐ ủy quyền thực hiện hoặc thay đổi phương án sử dụng số tiền thu được từ đợt chào bán chứng khoán ra công chúng với giá trị thay đổi từ 50% trở lên số tiền thu được từ đợt chào bán, trừ trường hợp chào bán trái phiếu không chuyển đổi, không kèm chứng quyền theo phương án

được HĐQT hoặc HĐTV hoặc Chủ sở hữu công ty thông qua; sử dụng số tiền thu được từ đợt chào bán chứng khoán ra công chúng không đúng với mục đích, phương án đã được ĐHĐCĐ hoặc Hội đồng quản trị hoặc HĐTV hoặc Chủ sở hữu công ty thông qua hoặc nội dung đã công bố thông tin cho nhà đầu tư hoặc nội dung đã báo cáo UBCKNN” nhằm đảm bảo tính tương thích và không xung đột của các quy định pháp luật trong nội dung này.

Ba là, cần sửa đổi quy định về biện pháp khắc phục đối với hành vi vi phạm về hồ sơ đăng ký chào bán chứng khoán ra công chúng tại Việt Nam và hành vi vi phạm quy định về thực hiện chào bán chứng khoán ra công chúng tại Việt Nam. Theo đó, tác giả kiến nghị cần bổ sung vào biện pháp khắc phục hậu quả của những hành vi vi phạm này như sau: “hoàn trả cho nhà đầu tư tiền mua chứng khoán hoặc tiền đặt cọc (nếu có) cộng thêm **tiền lãi tính theo lãi suất ghi trên trái phiếu (nếu có)** hoặc lãi suất tiền gửi không kỳ hạn của ngân hàng mà tổ chức, cá nhân vi phạm mở tài khoản thu tiền mua chứng khoán hoặc tiền đặt cọc tại thời điểm quyết định áp dụng biện pháp này có hiệu lực thi hành trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày nhận được yêu cầu của nhà đầu tư...”. Quy định này đảm bảo được các vấn đề sau: i) Đảm bảo sự công bằng khi những hành vi vi phạm tương tự sẽ bị áp dụng các chế tài tương tự; ii) Đảm bảo sự phù hợp trong bản chất của các chứng khoán phát hành. Theo đó, trái phiếu là chứng khoán nợ nên cần phải chi trả theo lãi suất đã thoả thuận (nếu có) trừ khi không thể xác định được mức lãi suất này thì mới áp dụng lãi suất không kỳ hạn ■

ĐIỀU KIỆN CHÀO BÁN CỔ PHIẾU LẦN ĐẦU RA CÔNG CHÚNG TRONG LUẬT CHỨNG KHOÁN NĂM 2019

Nguyễn Vinh Hưng*

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

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Chứng khoán, cổ phiếu, chào bán cổ phiếu lần đầu, nhà đầu tư, cổ đông, Luật Chứng khoán.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 24/02/2021

Biên tập : 07/03/2021

Duyệt bài : 10/03/2021

Article Information:

Keywords: Securities, shares, initial public offering, investors, shareholders, Law on Securities.

Article History:

Received : 24 Feb. 2021

Edited : 07 Mar. 2021

Approved : 10 Mar. 2021

Tóm tắt:

Việc chào bán cổ phiếu lần đầu ra công chúng không những có ý nghĩa to lớn đối với tổ chức phát hành mà còn ảnh hưởng, tác động đến thị trường chứng khoán. Vì vậy, để đảm bảo các cổ phiếu được đưa ra giao dịch an toàn, chất lượng, minh bạch và rõ ràng, cần có thêm điều kiện, thủ tục chặt chẽ hơn nữa.

Abstract:

The initial public offering of shares not only has great significance for the company, but also gives effects to the securities market. Therefore, in order to ensure that stocks are freely traded in a safe, quality, transparent and clear manner, it needs more conditional criteria and stricter procedures.

1. Điều kiện chào bán cổ phiếu lần đầu ra công chúng

Luật Doanh nghiệp năm 2020 điều chỉnh 05 mô hình kinh doanh khác nhau¹. Tuy nhiên, chỉ có duy nhất công ty cổ phần mới có quyền phát hành cổ phần. Đây cũng là đặc trưng của công ty cổ phần và thể hiện rõ cấu trúc “vốn mở” của loại hình công ty

này. Nói cách khác, đây là loại hình công ty “có khả năng mở rộng quy mô vốn thông qua thị trường chứng khoán”². Mặc dù vậy, thị trường chứng khoán (CK) là thị trường vốn được tổ chức rất cao nên tiềm ẩn khá nhiều rủi ro đối với các nhà đầu tư còn yếu và thiếu kinh nghiệm. Không những vậy, sự phát triển hay suy thoái của thị trường CK đều ảnh hưởng, tác động trực tiếp đến nền

¹ Luật Doanh nghiệp năm 2020 điều chỉnh doanh nghiệp tư nhân và các loại hình công ty bao gồm: công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, công ty hợp danh.

² Nguyễn Thị Lan Hương (2009), *Một số so sánh về công ty cổ phần theo Luật công ty Nhật Bản và Luật doanh nghiệp Việt Nam*, Tạp chí Khoa học Đại học Quốc gia Hà Nội, Luật học 25, tr. 88.

kinh tế. Vì thế, việc “bảo vệ lợi ích của các nhà đầu tư, bảo đảm sự phát triển ổn định và lành mạnh của thị trường CK chính là bảo vệ sự ổn định và phát triển của cả nền kinh tế và đời sống xã hội”³. Từ đó, nếu nguồn hàng hóa (cổ phiếu) bày bán của công ty cổ phần không chất lượng thì có thể ảnh hưởng rất lớn đến quyền, lợi ích của các nhà đầu tư và còn tác động tới tâm lý chung của toàn bộ thị trường. Vì vậy, nếu như trước đây, Luật Chứng khoán năm 2006 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2010 (Luật CK năm 2006) chỉ quy định tương đối sơ sài về các điều kiện chào bán cổ phiếu (CP) ra công chúng thì Luật CK năm 2019 đã quy định tường tận, chi tiết, rõ ràng và thậm chí phân định rõ trường hợp chào bán CP lần đầu (*initial public offering - IPO*) và trường hợp chào bán thêm CP (*seasoned public offering - SPO*) ra công chúng. Đặc biệt, đối với những tổ chức chào bán CP lần đầu ra công chúng sẽ phải đáp ứng các điều kiện pháp lý rất chặt chẽ; bởi lẽ, đây chính là sự tiên kiểm quan trọng của pháp luật để đánh giá liệu tổ chức phát hành có đủ khả năng tham gia thị trường CK hay không. Cụ thể, các điều kiện chào bán cổ phần lần đầu ra công chúng bao gồm⁴:

Thứ nhất, mức vốn điều lệ đã góp tại thời điểm đăng ký chào bán từ 30 tỷ đồng trở lên tính theo giá trị ghi trong sổ kế toán.

So với Luật CK năm 2006, mức vốn điều lệ đã góp tại thời điểm đăng ký chào bán đã tăng từ 10 tỷ đồng lên thành 30 tỷ đồng⁵.

Như vậy, có thể thấy rằng, Luật CK năm 2019 đã tăng đáng kể mức vốn điều lệ đối với công ty cổ phần để có thể tham gia chào bán cổ phiếu lần đầu ra công chúng. Để lý giải cho điều này, có nhận định cho rằng, “hiện nay, một mặt, do các doanh nghiệp Việt Nam đã lớn mạnh cả về số lượng và năng lực tài chính; mặt khác, do chủng loại hàng hóa trên thị trường giao dịch CK cũng đã phong phú hơn trước, quy định về mức vốn điều lệ mà các doanh nghiệp phải thỏa mãn để được chào bán CP ra công chúng lại được nâng lên”⁶. Điều này đòi hỏi “sức khỏe” và “tiềm lực” tài chính của tổ chức phát hành phải đủ tốt thì mới có thể chào bán “hàng hóa” trên thị trường cạnh tranh đầy khốc liệt này. Hơn nữa, nếu công ty có tiềm lực tài chính vững vàng cũng chính là góp phần đảm bảo an toàn cho các nhà đầu tư khi mua cổ phần và đảm bảo cho thị trường CK có thêm một nguồn hàng hóa đảm bảo chất lượng.

Thứ hai, hoạt động kinh doanh của 02 năm liên tục liền trước năm đăng ký chào bán phải có lãi, đồng thời không có lỗ lũy kế tính đến năm đăng ký chào bán.

Nếu như so với quy định trước đây, tổ chức phát hành chỉ cần đáp ứng yêu cầu hoạt động kinh doanh của năm liền trước năm đăng ký chào bán phải có lãi và không có lỗ lũy kế tính đến năm đăng ký chào bán thì hoạt động kinh doanh hiện nay phải đáp ứng tối thiểu 02 năm liên tục phải có lãi⁷. Điều này thể hiện “doanh nghiệp có nhu

³ Trường Đại học Luật Hà Nội (2012), *Giáo trình Luật Chứng khoán*, Nxb. Công an nhân dân, tr. 247.

⁴ Khoản 1 Điều 15 Luật Chứng khoán năm 2019.

⁵ Điểm a khoản 1 Điều 12 Luật Chứng khoán năm 2006 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2010 và điểm a khoản 1 Điều 15 Luật Chứng khoán năm 2019.

⁶ Trường Đại học Luật Hà Nội (2012), *Giáo trình Luật Chứng khoán*, sđd, tr.72 - 73.

⁷ Điểm b khoản 1 Điều 12 Luật Chứng khoán năm 2006 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2010

cầu chào bán cổ phiếu ra công chúng phải là doanh nghiệp kinh doanh hiệu quả... Quy định này sẽ góp phần đảm bảo rằng doanh nghiệp phát hành có khả năng đem lại thu nhập thỏa đáng cho các cổ đông tương lai”⁸. Bởi lẽ, chỉ có căn cứ vào kết quả kinh doanh gần nhất mới có thể nhận định, đánh giá chính xác về khả năng tồn tại và phát triển của công ty có mong muốn được tham gia chào bán CP ra công chúng. Do đó, một trong những thước đo quan trọng và đơn giản dùng để đánh giá, xem xét liệu công ty cổ phần có thể làm ăn hiệu quả sau khi chào bán CP hay không chính là xem xét từ các số liệu liên quan đến kết quả làm ăn gần nhất của công ty này.

Thứ ba, có phương án phát hành và phương án sử dụng vốn thu được từ đợt chào bán cổ phiếu được Đại hội đồng cổ đông thông qua.

“Một trong những đặc điểm của công ty cổ phần là quản lý tập trung thông qua cơ cấu hội đồng”⁹. “Đại hội đồng cổ đông gồm tất cả các cổ đông có quyền biểu quyết và đây chính là cơ quan có thẩm quyền quyết định cao nhất của công ty cổ phần”¹⁰. Về nguyên tắc, tất cả các công việc quan trọng của công ty cổ phần đều phải được Đại hội đồng cổ đông xem xét và biểu quyết tập thể để thông qua. Việc phát hành CP ra công chúng chính là hành vi có thể làm thay đổi cơ cấu chủ sở hữu và làm cho công ty này

trở thành công ty đại chúng. Do đây là một quyết định rất quan trọng nên cần phải được sự đồng ý và quyết định của Đại hội đồng cổ đông. Có thể thấy rằng, việc Luật CK năm 2019 tiếp tục quy định điều kiện này chính là nhằm mục đích đảm bảo cho Đại hội đồng cổ đông thực hiện được quyền tự quyết định các định hướng tồn tại và phát triển của công ty cổ phần. Mặt khác, “Luật CK đã thể hiện sự nhất quán với Luật Doanh nghiệp bằng cách thừa nhận quyền quyết định tối cao của Đại hội cổ đông đối với phương án huy động và sử dụng vốn của doanh nghiệp”¹¹.

Thứ tư, tối thiểu là 15% số CP có quyền biểu quyết của tổ chức phát hành phải được bán cho ít nhất 100 nhà đầu tư không phải là cổ đông lớn; trường hợp vốn điều lệ của tổ chức phát hành từ 1.000 tỷ đồng trở lên, tỷ lệ tối thiểu là 10% số CP có quyền biểu quyết của tổ chức phát hành.

Theo quy định của Luật CK năm 2019, cổ đông lớn là cổ đông sở hữu từ 5% trở lên số CP có quyền biểu quyết của một tổ chức phát hành¹². Đây là những cổ đông có quyền hạn và khả năng tác động, ảnh hưởng rất lớn đến các hoạt động của công ty đại chúng. Đã có nghiên cứu chỉ ra rằng, đối với các công ty cổ phần “quyền lực của các công ty tập trung chủ yếu vào các cổ đông lớn và những người quản lý điều hành công ty

và điểm b khoản 1 Điều 15 Luật Chứng khoán năm 2019.

⁸ Nguyễn Văn Tuyên (chủ biên 2008), *Giáo trình Luật Chứng khoán*, Nxb. Giáo dục, tr. 64 - 65.

⁹ Lê Học Lâm và Lê Ngọc Đức (2010), *Luật Kinh doanh*, Nxb. Thống kê, tr. 135.

¹⁰ Nguyễn Vinh Hưng (2019), *Cơ cấu tổ chức của công ty cổ phần theo Luật Doanh nghiệp năm 2014*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 12, tr. 24.

¹¹ Nguyễn Văn Tuyên (chủ biên 2008), *Giáo trình Luật Chứng khoán*, sđd, tr. 65.

¹² Khoản 18 Điều 4 Luật Chứng khoán năm 2019.

(managers)”¹³. Chính vì để hạn chế bớt sự ảnh hưởng, lũng đoạn và làm cho công ty đại chúng trở thành một công ty đúng nghĩa “đại chúng” là sự đóng góp, hợp tác và là công ty của nhiều thành viên thì cần thiết phải đảm bảo sự dân chủ, công bằng, chia sẻ đồng đều quyền hạn trong cơ cấu tổ chức của công ty. Do đó, Luật CK năm 2019 đưa ra yêu cầu phải có ít nhất là 15% số CP có quyền biểu quyết phải được bán cho ít nhất 100 nhà đầu tư không phải là cổ đông lớn. Còn trong trường hợp những tổ chức phát hành với quy mô lớn từ 1.000 tỷ đồng trở lên thì tỷ lệ CP có quyền biểu quyết có thể giảm xuống nhưng về nguyên tắc, vẫn phải đảm bảo tối thiểu 10% số CP có quyền biểu quyết của tổ chức phát hành được bán cho các nhà đầu tư không phải là cổ đông lớn. Quy định này nhằm mục đích làm giảm bớt sự thâm tóm quyền lực của các cổ đông lớn.

Thứ năm, cổ đông lớn trước thời điểm chào bán CP lần đầu ra công chúng của tổ chức phát hành phải cam kết cùng nhau nắm giữ ít nhất 20% vốn điều lệ của tổ chức phát hành tối thiểu là 01 năm kể từ ngày kết thúc đợt chào bán.

Mục đích của điều kiện này là nhằm ràng buộc chặt chẽ trách nhiệm của các cổ đông lớn với tổ chức phát hành thông qua việc yêu cầu cổ đông lớn phải cùng nhau nắm giữ một tỷ lệ vốn điều lệ của tổ chức phát hành trong một khoảng thời gian nhất định. Bởi lẽ, nếu như cho phép cổ đông lớn có thể tự do chuyển nhượng toàn bộ phần vốn của họ ngay khi phát hành CP lần đầu ra công

chúng, rất có thể làm cho các cổ đông lớn thiếu trách nhiệm với tổ chức phát hành và thậm chí còn có thể phát sinh các hành vi lừa đảo huy động vốn thông qua phát hành CP. Quy định này chính là sự ràng buộc chặt chẽ về cả quyền lợi và trách nhiệm của cổ đông lớn đối với tổ chức phát hành và trước các nhà đầu tư tham gia mua CP.

Thứ sáu, tổ chức phát hành không thuộc trường hợp đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc đã bị kết án về một trong các tội xâm phạm trật tự quản lý kinh tế mà chưa được xóa án tích.

CP là một loại giấy tờ có giá và giá trị của CP gắn liền với uy tín, danh tiếng của tổ chức phát hành ra chúng. Bên cạnh đó, CP sau khi phát hành có thể được rất nhiều nhà đầu tư sở hữu và mua bán nhờ tính thanh khoản (thanh tiêu - tính lỏng) dễ dàng. Chính vì vậy, sự tồn tại, phát triển của tổ chức phát hành liên quan trực tiếp đến giá trị của CP và gắn liền với quyền, lợi ích hợp pháp của các nhà đầu tư đang sở hữu chúng. Hơn thế nữa, thị trường CK còn rất nhạy cảm trước các tin đồn hay sự hoảng loạn của nhà đầu tư¹⁴. Vậy nên, nếu như tổ chức mong muốn chào bán CP ra công chúng nhưng lại đang liên quan đến vi phạm pháp luật hình sự và đến mức bị truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc phải chịu những mức hình phạt như xâm phạm đến trật tự quản lý kinh tế mà vẫn chưa được xóa án tích, thì nếu CP đó được phép phát hành, có thể gây ra tâm lý hoang mang, lo lắng cho các nhà đầu tư và từ đó, có thể

¹³ Friedrich Fubler và Jurgen Simon (1992), *Mấy vấn đề pháp luật kinh tế Cộng hòa Liên bang Đức*, Nxb. Pháp lý, tr. 50.

¹⁴ Báo điện tử Tuổi trẻ (2021), *Chứng khoán giảm kỷ lục, nhà đầu tư hoảng loạn bán tháo*, <https://tuoi-tre.vn/chung-khoan-giam-ky-luc-nha-dau-tu-hoang-loan-ban-thao-20210119112426642.htm>, truy cập ngày 24/4/2021.

gây ảnh hưởng xấu đến toàn bộ thị trường CK. Trên thực tế, ngay cả các tổ chức đã phát hành thành công CP ra công chúng và đang hoạt động rất hiệu quả nhưng chỉ vì một vài tin đồn không chính xác cũng đã làm ảnh hưởng không những đến giá trị CP của tổ chức đó mà còn làm sụt giảm giá trị của nhiều CP thuộc mã ngành đó¹⁵. Chính vì thế, pháp luật CK đưa ra yêu cầu bắt buộc tổ chức phát hành CP lần đầu ra công chúng phải có một “lý lịch” tư pháp trong sạch, rõ ràng để đủ sức thuyết phục các nhà đầu tư.

Thứ bảy, có công ty CK tư vấn hồ sơ đăng ký chào bán CP ra công chúng, trừ trường hợp tổ chức phát hành là công ty CK.

“Công ty CK là định chế tài chính trung gian quan trọng trên thị trường CK”¹⁶. Hay có thể khẳng định, công ty chứng khoán “đóng vai trò rất quan trọng đối với sự phát triển của thị trường CK”¹⁷. Mặt khác, công ty CK còn là “tổ chức kinh doanh trên thị trường CK”¹⁸ thông qua các hoạt động kinh doanh chính như môi giới CK, tự doanh CK, tư vấn đầu tư CK và bảo lãnh phát hành CK. Trong đó, việc phát hành CP lần đầu ra công chúng thường khó khăn, phức tạp, rắc rối đối với các tổ chức phát hành lần đầu. Bởi lẽ, không chỉ phải đáp ứng đầy đủ các điều kiện pháp lý, công ty CK còn phải thực hiện đầy đủ, chi tiết các loại giấy tờ, sổ sách kế toán hay chứng từ hạch toán... Do đó,

nếu có sự hỗ trợ, giúp đỡ của công ty CK cho các tổ chức phát hành trong việc tư vấn hồ sơ chào bán CP thì việc thực hiện các thủ tục sẽ nhanh chóng, đơn giản, hiệu quả và đúng pháp luật. Bởi vậy, để đảm bảo hồ sơ chào bán CP lần đầu ra công chúng được chuẩn bị kỹ lưỡng, đảm bảo hiệu quả, chất lượng thì yêu cầu bắt buộc đối với tổ chức phát hành là cần phải có sự tư vấn của công ty CK trong việc lập hồ sơ chào bán. Theo quy định của Luật CK năm 2019, tổ chức phát hành và tổ chức tư vấn đều phải chịu trách nhiệm trước pháp luật về tính chính xác, trung thực và đầy đủ của hồ sơ đăng ký chào bán CK ra công chúng¹⁹. Bộ luật Hình sự năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2017 còn quy định mức hình phạt đối với tội làm giả tài liệu trong hồ sơ chào bán, niêm yết CK²⁰. Đây là những quy định rất chặt chẽ, nhằm đảm bảo việc lập, nộp hồ sơ chào bán CK lần đầu ra công chúng được kiểm soát nghiêm minh, đúng pháp luật.

Thứ tám, có cam kết và phải thực hiện niêm yết hoặc đăng ký giao dịch CP trên hệ thống giao dịch CK sau khi kết thúc đợt chào bán.

Điều kiện này nhằm ràng buộc chặt chẽ trách nhiệm của tổ chức phát hành sau khi được Ủy ban Chứng khoán nhà nước (UBCKNN) cho phép được chào bán CP ra công chúng. Về nguyên tắc, tổ chức phát

¹⁵ Báo điện tử Vietnamnet (2017), *Tôi thung túi 1 tỉ đồng chỉ vì... tin đồn thất thiệt*, <https://mvietnamnet.vn/vn/kinh-doanh/tai-chinh/toi-thung-tui-1-ti-dong-chi-vi-tin-don-that-thiet-394165.html>, truy cập ngày 24/4/2021.

¹⁶ Trường Đại học Luật Hà Nội (2012), *Giáo trình Luật Chứng khoán*, sđd, tr. 201.

¹⁷ Lê Thị Thu Thủy (chủ biên 2015), *Giáo trình Pháp luật về thị trường chứng khoán*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, tr. 133.

¹⁸ Phạm Thế Anh (2007), *Cẩm nang trong đầu tư chứng khoán*, Nxb. Thanh niên, tr. 20.

¹⁹ Điều 23 Luật Chứng khoán năm 2019.

²⁰ Điều 212 Bộ luật Hình sự năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2017.

hành phải niêm yết hoặc đăng ký giao dịch CP trên hệ thống giao dịch CK ngay sau khi đợt chào bán kết thúc. Sở dĩ như vậy là vì CP sau khi kết thúc đợt chào bán phải được niêm yết hoặc đăng ký giao dịch công khai tại các hệ thống giao dịch CK (Sở giao dịch CK) để nhà đầu tư có thể liên tục và kịp thời theo dõi các diễn biến. Mặt khác, việc niêm yết còn đảm bảo tổ chức phát hành sẽ phải thực hiện đầy đủ, nghiêm chỉnh các nghĩa vụ cung cấp thông tin theo quy định.

Thứ chín, tổ chức phát hành phải mở tài khoản phong tỏa nhận tiền mua CP của đợt chào bán.

Đây là điều kiện mới được đưa vào Luật CK năm 2019 nhằm đảm bảo sự khách quan, minh bạch, rõ ràng và trách nhiệm của tổ chức phát hành đối với khoản tiền thu được từ đợt chào bán CP. Theo quy định của Luật CK năm 2019, tiền mua CK phải được chuyển vào tài khoản phong tỏa mở tại ngân hàng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài cho đến khi hoàn tất đợt chào bán và báo cáo UBCKNN²¹.

2. Kiến nghị

Không thể phủ nhận sự đóng góp to lớn của thị trường CK đối với sự phát triển kinh tế tại Việt Nam. Đồng thời, với vai trò “là kênh dẫn vốn trực tiếp cho nền kinh tế”²², thị trường CK đã phần nào giúp Nhà nước trong việc giải quyết bài toán hỗ trợ vốn vay cho doanh nghiệp. Vì vậy, Nhà nước luôn chủ trương đẩy mạnh và phát triển thị trường vốn được xác định đặc biệt quan trọng này. Trong đó, để thị trường CK thu hút được nhà đầu tư tham gia và ở lại thị trường thì đòi hỏi thị trường phải có các

nguồn cung hàng hóa tương đối đa dạng, phong phú và hấp dẫn. Cũng chính vì thế, chủ trương cổ phần hóa doanh nghiệp nhà nước và thúc đẩy các tổ chức kinh tế tư nhân tham gia niêm yết CK chưa bao giờ mạnh mẽ như trong giai đoạn hiện nay. Tuy nhiên, chúng tôi cho rằng, chỉ vì mục tiêu cố gắng cung cấp nhiều hàng hóa cho thị trường CK bằng cách thúc đẩy thật nhiều tổ chức tham gia niêm yết chứng khoán chưa hẳn đã là giải pháp hợp lý, an toàn đối với sự phát triển và ổn định lâu dài của thị trường CK Việt Nam. Bởi lẽ, CK luôn là lĩnh vực đầu tư mạo hiểm và rất nhiều rủi ro. Thậm chí, ngay đối với các tổ chức phát hành nếu chưa đủ kinh nghiệm và các tiềm lực cần thiết thì việc niêm yết CK cũng có thể trở thành con dao hai lưỡi khi các tổ chức này luôn phải cố gắng tìm mọi cách để duy trì mức độ chi trả cổ tức, như vay mượn để duy trì niềm tin và giữ chân các nhà đầu tư. Hậu quả là những năm sau đó, tổ chức niêm yết phải ra sức hoạt động để trả các khoản nợ đã vay mượn, những điều này đều có thể làm ảnh hưởng đến các kế hoạch phát triển và sự ổn định dài hạn của công ty. Thêm vào đó, việc đã niêm yết trên thị trường CK cũng đồng nghĩa tổ chức niêm yết phải thực hiện rất nhiều thủ tục pháp lý phức tạp và nghĩa vụ công bố thông tin rất chi tiết, chặt chẽ mà từ đó lại có thể làm lộ các kế hoạch bí mật hay khả năng tài chính của công ty để cho các đối thủ cạnh tranh khác khai thác. Do đó, không hẳn cứ được lên sàn đã là sự mong chờ, hy vọng của mọi công ty cổ phần. Đó cũng là lý do tại sao hệ thống ngân hàng thương mại tại Việt Nam mặc dù đã thành lập và hoạt động được khá nhiều năm và với

²¹ Khoản 3 Điều 26 Luật Chứng khoán năm 2019.

²² Nguyễn Văn Tuyên (chủ biên 2008), *Giáo trình Luật Chứng khoán*, sđd, tr. 6.

tiềm lực tài chính phân lớn đều đáp ứng hay thậm chí vượt các yêu cầu để có thể phát hành cổ phiếu, thế nhưng, cũng chỉ có một số ngân hàng thương mại lên sàn. Nên gần đây, vì muốn đa dạng hóa nguồn cung cho thị trường CK, đã có chủ trương “bắt buộc tất cả các ngân hàng phải lên sàn chứng khoán trong quý 1/2021”²³. Theo chúng tôi, điều này chưa thật sự hợp lý và phù hợp với tình hình hoạt động thực tế của các ngân hàng thương mại trong giai đoạn hiện nay tại Việt Nam. Sở dĩ như vậy là vì, tình trạng xử lý nợ xấu đã và đang diễn ra rất phức tạp trong hầu hết các ngân hàng thương mại. Hơn nữa, do ảnh hưởng của kinh tế suy thoái toàn cầu và dịch bệnh liên tục kéo dài, lợi nhuận của hầu hết các ngân hàng thương mại đều sụt giảm nghiêm trọng. Do đó, yêu cầu tất cả các ngân hàng thương mại đều phải niêm yết trên sàn chứng khoán đã thật sự thỏa đáng và hợp lý hay chưa?, hay đây chỉ vì cố gắng thực hiện bằng được nhiệm vụ phát triển đa dạng hóa nguồn cung cho thị trường CK mà đã cố gắng gượng ép các ngân hàng này đều phải lên sàn cho dù có thể chúng chưa hẳn mong muốn trong thời điểm này.

Bên cạnh đó, sự tồn tại, phát triển hay thất bại của tổ chức niêm yết đều ảnh hưởng trực tiếp đến quyền, lợi ích hợp pháp của các nhà đầu tư và ảnh hưởng tới toàn bộ thị trường CK. Do đó, không thể chỉ vì mục đích khơi thông, thu hút, huy động nguồn vốn trong tay nhà đầu tư mà đánh đổi bằng việc cho phép các tổ chức còn non yếu đều được lên sàn CK. Do vậy, theo chúng tôi, thay vì việc nhanh chóng mở rộng nguồn

cung cho thị trường CK, chúng ta cần chú trọng tăng cường quản lý theo chiều sâu đối với các tổ chức đang niêm yết trên sàn CK hiện nay. Trong đó, cần kiên quyết xử lý nghiêm minh, chính xác và nhanh chóng các sai phạm trong hoạt động của tổ chức niêm yết và những tổ chức, cá nhân tham gia thị trường. Đối với các tổ chức mong muốn chào bán cổ phiếu lần đầu ra công chúng, cần xem xét kỹ lưỡng và áp dụng chặt chẽ, đầy đủ các điều kiện chào bán cổ phiếu theo Luật CK năm 2019. Thậm chí, về lâu dài, cần phải tiếp tục mở rộng các điều kiện chào bán CK lên ngưỡng cao hơn nữa như: Bổ sung điều kiện đối với tổ chức chào bán CP lần đầu ra công chúng phải có sự kiểm tra, giám sát chặt chẽ của ít nhất 02 tổ chức kiểm toán độc lập (được UBCKNN chỉ định) trong các báo cáo tài chính thời điểm nộp hồ sơ chào bán. Mặt khác, theo chúng tôi, mức vốn điều lệ để có thể phát hành CP cần phải có sự điều chỉnh hằng năm phụ thuộc vào mức độ lạm phát thực tế của nền kinh tế hoặc có thể tùy thuộc theo từng thời điểm lên xuống của thị trường. Nghĩa là, không nhất thiết cố định ngưỡng vốn điều lệ 30 tỷ trong mọi trường hợp mà có thể xem xét khi thị trường xuống chỉ còn 500 điểm thì ngưỡng vốn điều lệ có thể thấp hơn và nếu thị trường lên trên 1000 điểm thì lại có thể điều chỉnh cao hơn. Thiết nghĩ, có như vậy, mới duy trì được niềm tin thị trường đối với các nhà đầu tư và làm cho thị trường CK Việt Nam phát triển chậm nhưng chắc chắn và chất lượng, hiệu quả, bền vững lâu dài ■

²³ Báo điện tử VTV (2021), *Quý 1/2021, bắt buộc tất cả các ngân hàng phải lên sàn chứng khoán*, <https://vtv.vn/kinh-te/quy-1-2021-bat-buoc-tat-ca-cac-ngan-hang-phai-len-san-chung-khoan-20210120225040554.htm>, ngày truy cập 24/4/2020.

QUYỀN YÊU CẦU CÔNG TY MUA LẠI PHẦN VỐN GÓP CỦA THÀNH VIÊN CÔNG TY TNHH HAI THÀNH VIÊN TRỞ LÊN THEO LUẬT DOANH NGHIỆP NĂM 2020

Nguyễn Thị Phương Hà*

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

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, quyền yêu cầu của thành viên công ty TNHH mua lại phần vốn góp, Luật Doanh nghiệp năm 2020.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 02/12/2020

Biên tập : 07/01/2021

Duyệt bài : 12/01/2021

Article Information:

Keywords: Limited liability companies with two or more members; the right to request of a member of the limited company to acquire the contributed capital; Enterprise Law of 2020.

Article History:

Received : 02 Dec. 2020

Edited : 07 Jan. 2021

Approved : 12 Jan. 2021

Trong mô hình công ty trách nhiệm hữu hạn (TNHH), các chủ sở hữu có quyền yêu cầu công ty mua lại phần vốn góp của họ khi thỏa mãn các điều kiện luật định. Đây là quyền của chủ sở hữu đã được ghi nhận từ Luật doanh nghiệp (DN) năm 1999¹. Theo đó, việc yêu cầu công ty mua lại phần vốn góp được đặt ra với ý nghĩa cung cấp cho các chủ sở hữu một cách thức bảo vệ lợi ích của mình trước những quyết định bất lợi từ công ty. Cụ thể hơn, cách thức này cho phép chủ

Tóm tắt:

Đối với công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, quyền yêu cầu công ty mua lại phần vốn góp được xem là một cách thức giúp thành viên rút vốn khỏi công ty, bảo vệ lợi ích của mình trước các quyết định bất lợi từ công ty. Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày, phân tích quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2020 về quyền yêu cầu công ty mua lại phần vốn góp, chỉ ra một số bất cập và đề xuất kiến nghị hoàn thiện quy định này.

Abstract:

For a limited liability company with two or more members, the right to request the company to acquire the contributed capital is considered as a measure to help the members withdraw their capital from the company, to protect their interests against the disadvantageous decisions by the company. In the scope of this article, the author provides discussions and analysis of the provisions of the Enterprise Law of 2020 on the right to request the company to acquire the contributed capital, and also points out some shortcomings and proposes recommendations for further improvements of these regulations.

sở hữu rút vốn khỏi công ty (đây là một ngoại lệ của nguyên tắc chủ sở hữu “không được rút vốn đã góp ra khỏi công ty dưới mọi hình thức”²) và từ đó chấm dứt tư cách thành viên của mình.

1. Quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2020 về mua lại phần vốn góp theo yêu cầu của thành viên trong công ty TNHH hai thành viên trở lên

Điều 51 Luật Doanh nghiệp năm 2020 (Luật DN năm 2020) quy định về mua lại

¹ Điều 31 và 64 Luật Doanh nghiệp năm 1999, Điều 43 và 90 Luật Doanh nghiệp năm 2005, Điều 52 và Điều 129 Luật Doanh nghiệp năm 2014, Điều 51 và 132 Luật Doanh nghiệp năm 2020.

² Điều 51 và 115 Luật Doanh nghiệp năm 2014, Điều 50 và 119 Luật Doanh nghiệp năm 2020

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

phần vốn góp theo yêu cầu của thành viên công ty TNHH hai thành viên trở lên:

“1. Thành viên có quyền yêu cầu công ty mua lại phần vốn góp của mình nếu thành viên đó đã bỏ phiếu không tán thành đối với nghị quyết, quyết định của Hội đồng thành viên về vấn đề sau đây:

a) Sửa đổi, bổ sung các nội dung trong Điều lệ công ty liên quan đến quyền và nghĩa vụ của thành viên, Hội đồng thành viên;

b) Tổ chức lại công ty;

c) Trường hợp khác theo quy định tại Điều lệ công ty.

2. Yêu cầu mua lại phần vốn góp phải bằng văn bản và được gửi đến công ty trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày thông qua nghị quyết, quyết định quy định tại khoản 1 Điều này.

3. Trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày nhận được yêu cầu của thành viên quy định tại khoản 1 Điều này thì công ty phải mua lại phần vốn góp của thành viên đó theo giá thị trường hoặc giá được xác định theo nguyên tắc quy định tại Điều lệ công ty, trừ trường hợp hai bên thỏa thuận được về giá. Việc thanh toán chỉ được thực hiện nếu sau khi thanh toán đủ phần vốn góp được mua lại, công ty vẫn thanh toán đủ các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác.

4. Trường hợp công ty không thanh toán được phần vốn góp được yêu cầu mua lại theo quy định tại khoản 3 Điều này thì thành viên đó có quyền tự do chuyển nhượng phần vốn góp của mình cho thành viên khác hoặc người không phải là thành viên công ty”.

Nội dung của quy định trên cho thấy:

Thứ nhất, mục đích của quyền yêu cầu công ty mua lại phần vốn góp là nhằm hướng đến bảo vệ quyền lợi của những thành viên hay cổ đông có lợi ích bị ảnh hưởng bởi các quyết định hay nghị quyết được thông qua bởi Hội

đồng thành viên. Cụ thể hơn, đây có thể được xem là một loại quyền giúp bảo vệ quyền lợi của thành viên góp ít vốn trong công ty³. Rõ ràng, trong các công ty nhiều chủ, việc sở hữu một tỷ lệ vốn góp càng cao càng giúp chủ sở hữu có thể tác động nhiều hơn đến quá trình ra quyết định chung tại cơ quan có thẩm quyền quyết định cao nhất trong công ty. Như vậy, với một quyết định hay nghị quyết gây bất lợi cho mình, sự biểu quyết không tán thành của các chủ sở hữu với phần vốn góp chiếm tỷ lệ nhỏ không thể đủ để khiến cho nghị quyết đó không được thông qua. Vì lẽ đó, để khắc phục trường hợp các chủ sở hữu có tỷ lệ vốn góp thấp phải chịu sự bất lợi đến từ những quyết định hay nghị quyết mà họ không sao tác động thay đổi được, Luật DN năm 2020 trao cho họ quyền được yêu cầu công ty mua lại phần vốn góp của mình như là một cách thức rút vốn, giải thoát họ khỏi công ty.

Thứ hai, quyền yêu cầu công ty mua lại phần vốn góp không phải là quyền đương nhiên của thành viên mà nó chỉ phát sinh khi họ biểu quyết không tán thành với các quyết định hay nghị quyết về các vấn đề:

- Sửa đổi, bổ sung các nội dung trong Điều lệ công ty liên quan đến quyền và nghĩa vụ của thành viên, Hội đồng thành viên;

- Tổ chức lại công ty;

- Trường hợp khác theo quy định tại Điều lệ công ty.

Có thể thấy, quyền yêu cầu công ty mua lại phần vốn góp của chủ sở hữu không thể phát sinh trong mọi trường hợp chủ sở hữu phản đối các nghị quyết của công ty. Bởi lẽ, mục đích và ý nghĩa của quyền này là để bảo vệ chủ sở hữu có quyền lợi trực tiếp bị ảnh hưởng từ nghị quyết của công ty. Vậy nên, chỉ những quyết định và nghị quyết thực sự tác động trực tiếp đến sự tồn tại của công ty (tổ chức lại công ty với các hình thức như chia, tách, hợp nhất,

³ Xem thêm: Bùi Xuân Hải (2011), Luật doanh nghiệp – Bảo vệ cổ đông: Pháp luật và thực tiễn, Nxb. Chính trị quốc gia, 246 – 247.

sáp nhập, chuyển đổi loại hình công ty) và trực tiếp tới quyền lợi của chủ sở hữu (thay đổi quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu trong Điều lệ) thì chủ sở hữu mới có quyền này. Sự giới hạn các loại quyết định hoặc nghị quyết thuộc phạm vi của quyền yêu cầu mua lại cũng nhằm tránh phát sinh các yêu cầu tùy tiện, bộc phát, và không hợp lý của các chủ sở hữu.

Bên cạnh đó, về mặt thủ tục, để thực hiện quyền yêu cầu một cách hợp pháp, thành viên phải gửi yêu cầu dưới dạng văn bản đến công ty trong khoảng thời gian được Luật xác định. Văn bản cũng cần thể hiện rõ lý do yêu cầu mua lại phần vốn góp.

Thứ ba, việc mua lại phần vốn góp theo yêu cầu của thành viên sẽ chỉ là nghĩa vụ đối với công ty nếu như việc thanh toán phần vốn góp không làm ảnh hưởng đến khả năng thanh toán đủ các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty. Nếu như Luật DN năm 2014 cho phép công ty có thể không mua lại phần vốn góp khi thành viên có yêu cầu khi quy định: “*trường hợp công ty không mua lại phần vốn góp... thì thành viên đó có quyền tự do chuyển nhượng phần vốn góp của mình...*”⁴, thì Luật DN năm 2020 chỉ cho phép thành viên công ty tự do chuyển nhượng phần vốn góp trong trường hợp công ty không thanh toán được phần vốn góp được yêu cầu mua lại của thành viên công ty. Như vậy, công ty chỉ có nghĩa vụ mua lại khi công ty có thể thanh toán phần vốn góp được yêu cầu mua lại mà không ảnh hưởng đến khả năng thanh toán các khoản nợ khác của công ty.

Thứ ba, giá mua lại được xác định trên cơ sở thỏa thuận giữa công ty và chủ sở hữu phần vốn góp. Trường hợp các bên không thỏa thuận được về giá thì giá mua lại được xác định là giá thị trường hoặc giá được xác định theo nguyên tắc quy định tại Điều lệ.

Thứ tư, chính vì quyền yêu cầu công ty mua lại phần vốn góp là một cách thức để các chủ

sở hữu rút vốn khỏi công ty nên hệ quả của việc công ty mua lại phần vốn góp đó là vốn điều lệ của công ty sẽ giảm xuống tương ứng với giá trị phần vốn góp được công ty mua lại. Công ty phải thực hiện thủ tục giảm vốn điều lệ theo đúng quy định của Luật DN năm 2020. Thành viên được công ty mua lại toàn bộ phần vốn góp sẽ chấm dứt tư cách chủ sở hữu trong công ty.

2. Một số bất cập và kiến nghị

Từ những phân tích trên đây cho thấy, mâu chốt trong quy định của Điều 51 Luật DN năm 2020 về mua lại phần vốn góp theo yêu cầu của thành viên trong công ty TNHH hai thành viên trở lên là: công ty chỉ có nghĩa vụ mua lại phần vốn góp theo yêu cầu của thành viên nếu như tài chính của công ty thỏa mãn điều kiện về thanh toán; nếu việc thanh toán phần vốn góp được mua lại sẽ khiến công ty không đủ khả năng thanh toán các khoản nợ khác thì công ty không có nghĩa vụ mua lại mặc dù thành viên đã có quyền yêu cầu hợp pháp.

Chúng tôi cho rằng, việc quy định công ty TNHH hai thành viên trở lên có nghĩa vụ mua lại chỉ khi thỏa mãn điều kiện thanh toán là không hợp lý vì những lý do sau đây:

Một là, về khả năng thanh toán của công ty. Rõ ràng, lợi ích của bên thứ ba (chủ nợ) luôn cần được đặt lên trên lợi ích của chủ sở hữu; vì vậy, công ty phải ưu tiên thanh toán các khoản nợ và nghĩa vụ tài chính hơn là thanh toán phần vốn góp của chủ sở hữu. Tuy nhiên, việc không thỏa mãn điều kiện “*nếu ngay sau khi thanh toán hết phần vốn góp được mua lại, công ty vẫn bảo đảm thanh toán đủ các khoản nợ*” không nên là yếu tố xóa bỏ nghĩa vụ mua lại của công ty mà chỉ nên là yếu tố để công ty không tiến hành thanh toán ngay sau khi có quyết định mua lại. Bởi lẽ, nguồn tài chính và tài sản trong công ty có thể ngay tại thời điểm phát sinh yêu cầu mua lại phần vốn góp của thành viên thì chưa đủ để thỏa

⁴ Khoản 3 Điều 52 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

mãn điều kiện thanh toán nêu trên nhưng sau một thời gian khả năng tài chính được cải thiện (nhờ lợi nhuận kinh doanh, các khoản cho vay được hồi lại, xoay vòng vốn...) thì công ty lại có thể thanh toán cho thành viên. Chỉ khi nào công ty chính thức mất khả năng thanh toán và trong quá trình giải quyết theo thủ tục phá sản thì mới không thể tham gia vào các giao dịch làm phát sinh nghĩa vụ tài chính mà thôi. Nếu công ty chưa lâm vào tình trạng mất khả năng thanh toán, không đang trong quá trình giải quyết phá sản thì vẫn có thể tham gia vào giao dịch mua lại phần vốn góp với thành viên của công ty.

Hai là, xuất phát từ ý nghĩa của quyền được yêu cầu công ty mua lại phần vốn góp, quyền này được trao cho thành viên như một cách thức giúp họ rút vốn và rời khỏi công ty khi một quyết định trong công ty khiến lợi ích của việc duy trì sở hữu trong công ty của họ không còn. Vậy, câu hỏi được đặt ra là, nếu công ty không có nghĩa vụ mua lại thì ngược lại chủ sở hữu không có quyền yêu cầu? Vì công ty nhất thời không thỏa mãn điều kiện thanh toán các khoản nợ khác nên nghĩa vụ mua lại không còn đặt ra cho công ty và thành viên vẫn phải duy trì tư cách và đồng vốn của mình trong một công ty không còn mang lại lợi ích cho họ? Rõ ràng, ý nghĩa của quyền này không còn được đảm bảo.

Ba là, Điều 51 Luật DN năm 2020 không ràng buộc trách nhiệm của công ty chứng minh, giải trình cho thành viên có yêu cầu mua lại về việc thanh toán phần vốn góp sẽ làm ảnh hưởng đến khả năng thanh toán nợ và các nghĩa vụ tài sản khác của công ty. Do đó, khi công ty (mặc dù có khả năng nhưng không muốn mua lại) có thể “né” nghĩa vụ mua lại với lý do đơn thuần là không đảm bảo được việc thanh toán đủ các khoản nợ và nghĩa vụ khác. Về phía thành viên, theo quy định của Điều 49 Luật DN năm 2020, chỉ thành viên và nhóm thành viên sở hữu từ 10% vốn điều lệ trở lên mới được quyền kiểm tra, xem xét, tra cứu

sổ ghi chép và theo dõi các giao dịch, sổ kế toán, báo cáo tài chính hằng năm của công ty. Như vậy, thành viên sở hữu tỷ lệ thấp hơn sẽ rất khó đánh giá được khả năng thanh toán của công ty khi công ty không thực hiện việc mua lại phần vốn góp khi họ có yêu cầu.

Từ những phân tích trên, chúng tôi kiến nghị:

Thứ nhất, quy định về quyền yêu cầu mua lại phần vốn góp của thành viên công ty TNHH hai thành viên trở lên tại Điều 51 Luật DN năm 2020 cần bảo đảm được ý nghĩa cốt lõi của nó đối với lợi ích của thành viên: một khi thành viên đã rơi vào các trường hợp phát sinh quyền yêu cầu công ty mua lại phần vốn góp, đã tuân thủ đúng hình thức, quy trình và thời hạn thực hiện yêu cầu theo Luật định thì công ty phải có nghĩa vụ mua lại. Một bên có quyền thì đối ứng với bên kia là nghĩa vụ, việc giải phóng công ty khỏi nghĩa vụ mua lại đồng nghĩa với việc chôn bỏ quyền của thành viên. Nếu việc thanh toán phần vốn góp được mua lại ảnh hưởng đến khả năng thanh toán các khoản nợ và nghĩa vụ khác của công ty thì công ty có thể không thực hiện việc thanh toán ngay thời điểm đó mà có thể thực hiện khi nào tình hình tài chính của công ty cho phép. Nghĩa vụ mua lại của công ty không nên được bãi bỏ khi công ty nhất thời chưa đảm bảo được khả năng thanh toán, chỉ khi nào công ty bị mất khả năng thanh toán (theo quy định của Luật Phá sản) hoặc thành viên chủ động từ bỏ yêu cầu mua lại thì khi có công ty mới không còn nghĩa vụ này.

Thứ hai, cần sửa đổi Điều 51 Luật DN năm 2020 hoặc ban hành văn bản hướng dẫn thi hành Luật DN năm 2020 nhằm bổ sung trách nhiệm của công ty chứng minh, giải trình về việc không đáp ứng được điều kiện thanh toán phần vốn góp được yêu cầu mua lại. Điều này sẽ giúp cho thành viên vừa hiểu được tình hình của công ty vừa chủ động đưa ra các quyết định hoặc tiến hành các cách thức khác để bảo vệ quyền lợi của chính mình ■

GIỚI HẠN TRÁCH NHIỆM CỦA NGƯỜI QUẢN LÝ DOANH NGHIỆP TRONG TRƯỜNG HỢP THAM VẤN CHUYÊN GIA TẠI VIỆT NAM VÀ MỘT SỐ NƯỚC TRÊN THẾ GIỚI

Lê Ngọc Vân Nhi*

* Sinh viên Khóa 40, trường Đại học Luật thành phố Hồ Chí Minh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Người quản lý doanh nghiệp, giới hạn trách nhiệm, nghĩa vụ cần trọng.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 21/10/2020
Biên tập : 13/12/2020
Duyệt bài : 16/12/2020

Article Infomation:

Keywords: Manager, limitation on liability, duty of care and diligence, consultation.

Article History:

Received : 21 Oct. 2020
Edited : 13 Dec. 2020
Approved : 16 Dec. 2020

Theo quy định của khoản 24 Điều 4 Luật Doanh nghiệp (DN) năm 2020, người quản lý doanh nghiệp (NQL) là người quản lý doanh nghiệp tư nhân và người quản lý công ty, bao gồm chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh, Chủ tịch Hội đồng thành viên, thành viên Hội đồng thành viên, Chủ tịch công ty, Chủ tịch Hội đồng quản trị, thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc và cá nhân giữ chức danh quản lý khác theo quy định tại Điều lệ công ty. Tùy thuộc vào từng loại hình doanh nghiệp mà NQL có tên gọi khác nhau. Ngoài ra, trong trường hợp

Tóm tắt:

Người quản lý doanh nghiệp là người trực tiếp hoặc gián tiếp tham gia điều hành và quản lý các hoạt động của doanh nghiệp. Trong quá trình thực hiện nhiệm vụ của mình tại doanh nghiệp, người quản lý doanh nghiệp có thể tham vấn ý kiến của các cơ quan, tổ chức, cá nhân có chuyên môn để đưa ra các quyết định cho hoạt động của doanh nghiệp. Vấn đề được đặt ra là, trong trường hợp quyết định do người quản lý doanh nghiệp ban hành dựa trên ý kiến tư vấn và thông tin của các cơ quan, tổ chức, cá nhân có chuyên môn gây ảnh hưởng tiêu cực đến hoạt động của doanh nghiệp thì giới hạn trách nhiệm của người quản lý doanh nghiệp đến đâu. Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày, phân tích các quy định của pháp luật Việt Nam và pháp luật một số nước trên thế giới về giới hạn trách nhiệm của người quản lý doanh nghiệp trong trường hợp tham vấn chuyên gia, và đưa ra các kiến nghị hoàn thiện pháp luật Việt Nam về vấn đề này.

Abstract:

An enterprise manager is a person who directly or indirectly participates in operating and managing an enterprise. In the process of performing his duties in the enterprise, the manager could consult with professional agencies, organizations, and individuals to make decisions for the enterprise's activities. It is doubtful whether the decisions based on opinions and information from professional agencies, organizations, and individuals made by the manager have a negative impact on the operation of the business, how would be the manager's limitation on liability solved? The article analyzes the manager's limitation on liability under the law of Vietnam and some developed countries in the world, thereby making a number of recommendations to complete Vietnam's law on this issue.

Điều lệ công ty có quy định thì NQL cũng có thể là cá nhân khác giữ chức danh quản lý có quyền nhân danh công ty ký kết các giao dịch. Bên cạnh đó, người trực tiếp hoặc gián tiếp tác động đến hoạt động kinh doanh của công ty cũng được xem xét để xác định là NQL giấu mặt và phải tuân thủ các trách nhiệm của NQL theo quy định của pháp luật. Các văn bản luật và án lệ về công ty ở Hoa Kỳ không đề cập đến thuật ngữ NQL (managers) mà chỉ đề cập đến thuật ngữ thành viên Hội đồng quản trị (directors) và người điều hành (officers); ngoài ra, thành viên Hội đồng quản trị được

pháp luật mặc định là NQL¹; và pháp luật của Úc quy định tương tự như Hoa Kỳ về mặt thuật ngữ. Luật Công ty 2006 của Vương quốc Anh cũng đề cập đến thuật ngữ thành viên Hội đồng quản trị (directors) được xem là NQL.

1. Pháp luật Việt Nam và pháp luật một số nước trên thế giới về nghĩa vụ cẩn trọng và giới hạn trách nhiệm của người quản lý doanh nghiệp trong trường hợp tham vấn chuyên gia

Một trong những tiêu chuẩn, điều kiện của NQL cần có là trình độ chuyên môn, kinh nghiệm trong quản trị kinh doanh hoặc trong lĩnh vực, ngành, nghề kinh doanh của công ty và/hoặc các điều kiện khác do Điều lệ công ty quy định². Pháp luật đặt ra yêu cầu đối với NQL cần có trình độ chuyên môn, kinh nghiệm trong một hoặc một số lĩnh vực nhất định liên quan đến hoạt động kinh doanh của công ty; trong khi đó, trên thực tế NQL là người điều hành và quản lý nhiều bộ phận chuyên môn khác nhau và buộc phải đưa ra quyết định, chấp thuận, phê duyệt nhiều vấn đề không chỉ giới hạn trong phạm vi kiến thức của NQL. Đôi khi các quyết định này là sai lầm và gây thiệt hại cho công ty. Vì vậy, việc tham vấn ý kiến từ các cơ quan, tổ chức, cá nhân có chuyên môn đối với lĩnh vực cần quyết định là một điều cần thiết.

Theo pháp luật Việt Nam, một trong những trách nhiệm của NQL cần có là thực hiện

quyền và nghĩa vụ trung thực, cẩn trọng, tốt nhất nhằm bảo đảm lợi ích hợp pháp tối đa của công ty³. Quy định này cho thấy, pháp luật Việt Nam đã tiếp nhận pháp luật nước ngoài về nghĩa vụ ủy thác (fiduciary duty), đó là nghĩa vụ cẩn trọng và nghĩa vụ trung thành. Một trong những nội dung pháp lý về nghĩa vụ cẩn trọng đòi hỏi NQL phải ra quyết định trên cơ sở đầy đủ thông tin có được từ nguồn tin cậy, trường hợp nguồn thông tin không đầy đủ, không chính xác hoặc không đáng tin cậy thì NQL không được ra quyết định. Nếu NQL ra hoặc tham gia ra bất kỳ quyết định nào mà không đủ cơ sở thông tin tin cậy thì được coi là vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng⁴.

Các nguyên tắc quản trị công ty của Tổ chức Hợp tác và Phát triển kinh tế (OECD) yêu cầu thành viên Hội đồng quản trị hoạt động với thông tin đầy đủ, tin cậy, miễn cưỡng và cẩn trọng. Ở hầu hết các quốc gia, nghĩa vụ cẩn trọng không bao gồm các sai sót trong đánh giá tình hình kinh doanh miễn là không quá sơ suất và quyết định được đưa ra với sự miễn cưỡng cần thiết⁵.

Các nước theo hệ thống thông luật như Hoa Kỳ, Anh, Úc đã áp dụng quy tắc quyết định kinh doanh (Business judgment rule). Quyết định kinh doanh (Business judgment) được hiểu là bất kỳ quyết định nào thực hiện hoặc không thực hiện hành động đối với một vấn đề liên quan đến hoạt động kinh doanh của công ty. Thẩm phán sẽ xem xét trách nhiệm

¹ TS. Đỗ Minh Tuấn (2018), *Một số vấn đề pháp lý về nghĩa vụ của người quản lý công ty*, Nxb. Tư pháp, tr. 50 - 51.

² Khoản 2 Điều 64, điểm b khoản 3 Điều 82, khoản 2 Điều 93, khoản 2 Điều 101, điểm b khoản 1 Điều 155, điểm c khoản 5 Điều 162 Luật DN năm 2020.

³ Điểm a, b khoản 1 Điều 71; khoản 2, 3 Điều 83; khoản 2, 3 Điều 97; điểm b, c khoản 1 Điều 165; điểm a khoản 2 Điều 181 Luật DN năm 2020.

⁴ TS. Đỗ Minh Tuấn (2018), *tlđđ*, tr. 188.

⁵ Dự án Quản trị Công ty tại Việt Nam của Tổ chức Tài chính quốc tế (IFC), Bản dịch G20/OECD Các nguyên tắc quản trị công ty (G20/OECD Principles of Corporate Governance), tr.49, https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/f05f4bff-81c1-4f41-a689-0bf68ec03b49/G20-ECD+CG+Principles_English-Vietnamese+by+IFC.pdf?MOD=AJPERES&CVID=IAAQVAw&fbclid=IwAR0Jyk97XxVbcP8nJRdzMKT-UNSFt-5JEPOQm-gadgeOSm9fYG4ZARuI99Rs, truy cập ngày 18/10/2020.

của NQL trên khía cạnh tuân thủ các trình tự, thủ tục hợp lý để ra quyết định chứ không xác định quyết định kinh doanh là đúng hay sai. NQL khi đưa ra quyết định kinh doanh được coi là đáp ứng nghĩa vụ cẩn trọng (duty of care) và mẫn cán (diligence) nếu: (1) quyết định được đưa ra một cách thiện chí, trung thực cho mục đích thích hợp; (2) không có lợi ích cá nhân đối với vấn đề được đề cập trong quyết định; (3) tìm hiểu thông tin về vấn đề được đề cập trong quyết định trong phạm vi mà NQL tin rằng phù hợp một cách hợp lý; và (4) tin tưởng một cách hợp lý rằng quyết định vì lợi ích tốt nhất của công ty⁶. Để có được nguồn thông tin mà từ đó NQL xem xét, đánh giá đưa ra quyết định, NQL có thể dựa trên một số thông tin hoặc lời khuyên nhất định do một số người đưa ra, miễn là sự tin cậy đó được thực hiện một cách thiện chí và sau khi đánh giá độc lập về thông tin hoặc lời khuyên. Cụ thể, trong một số trường hợp nhất định, NQL có quyền dựa vào thông tin hoặc lời khuyên chuyên môn được đưa ra hoặc chuẩn bị bởi: (1) một người lao động của công ty mà NQL cho là đáng tin cậy và có năng lực liên quan đến các vấn đề được đề cập trong quyết định; (2) cố vấn chuyên môn hoặc chuyên gia nếu NQL tin tưởng một cách hợp lý rằng các vấn đề liên quan nằm trong năng lực chuyên môn của người đó; (3) NQL hoặc người điều hành khác liên quan đến các vấn đề thuộc thẩm quyền của người đó; hoặc (4) Hội đồng quản trị mà NQL (thành viên Hội đồng quản trị) không phục vụ liên quan đến các vấn đề thuộc thẩm quyền của Hội đồng. Việc NQL dựa vào thông tin hoặc lời khuyên đó được coi là hợp lý nếu việc dựa vào đó được thực hiện một cách thiện chí và sau khi NQL đánh giá

độc lập về thông tin hoặc lời khuyên đó (liên quan đến kiến thức của NQL về công ty và mức độ phức tạp của cơ cấu và hoạt động của công ty)⁷. Trong trường hợp quyết định được NQL đưa ra dựa trên nguồn thông tin tư vấn, lời khuyên bởi các chủ thể trên và đáp ứng các điều kiện của nghĩa vụ cẩn trọng thì khi thiệt hại xảy ra cho công ty, NQL có thể được miễn trách nhiệm và thuộc trường hợp không vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng.

NQL không thể được mong đợi có các kỹ năng và kiến thức chuyên môn sâu của luật sư hoặc các chuyên gia trong các lĩnh vực khác. Theo quy định tại Luật mẫu hiệu chỉnh công ty của Mỹ (Revised Model Business Corporation Act – RMBCA)⁸, nghĩa vụ cẩn trọng của NQL yêu cầu NQL phải tìm hiểu mọi thông tin có liên quan và chứng tỏ rằng họ đã cân nhắc mọi khả năng lựa chọn trước khi ra quyết định, cụ thể theo Điều 8.30(a) RMBCA đưa ra điều kiện để NQL hoàn thành nghĩa vụ cẩn trọng là: (1) có lòng thành, sự cẩn thận mà một người bình thường cũng sẽ làm khi ở vị trí đó trong các tình huống tương tự; và (2) theo cách thức mà người đó tin tưởng một cách hợp lý rằng hành động đó là vì lợi ích tốt nhất cho công ty. Khi thực hiện các nhiệm vụ của Hội đồng quản trị, NQL có quyền dựa vào thông tin, ý kiến, báo cáo bao gồm báo cáo tài chính và các dữ liệu tài chính khác, được lập hoặc trình bày bởi: (1) một hoặc nhiều người điều hành hoặc người lao động của công ty mà NQL cho rằng đáng tin cậy và có năng lực trong các chức năng được thực hiện hoặc cung cấp thông tin, ý kiến, báo cáo; (2) cố vấn pháp lý, kế toán, hoặc những người khác được công ty thuê để giải quyết về các vấn đề liên quan đến kỹ năng hoặc chuyên môn mà NQL tin tưởng một cách

⁶ The Australian Corporations Act 2001, Chapter 2D – Officers and employees, Part 2D.1 – Duties and powers, Division 1 – General duties, Article 180.2 Business judgment rule.

⁷ The Australian Corporations Act 2001, Chapter 2D – Officers and employees, Part 2D.1 – Duties and powers, Division 1 – General duties, Article 189 Reliance on information or advice provided by others.

⁸ Model Business Corporation Act (2016 Revision) (December 9, 2016), Subchapter C Directors, Article 8.30 Standards of Conduct for Directors.

hợp lý là những vấn đề (i) trong phạm vi năng lực chuyên môn của người đó, hoặc (ii) người đáng tin cậy; hoặc (3) một hội đồng mà NQL không phải là thành viên nếu NQL tin tưởng hợp lý vào hội đồng đó.

Luật mẫu hiệu chỉnh công ty của Hoa Kỳ đặt ra các yêu cầu về trình tự mà NQL phải thực hiện đối với nguồn thông tin có được cùng với các điều kiện đối với năng lực chuyên môn của các chủ thể nêu trên. Ví dụ, NQL cần xem xét: (i) lý lịch, kinh nghiệm của cá nhân và phạm vi trách nhiệm trong công ty để đánh giá mức độ quen thuộc và kiến thức của cá nhân đó đối với vấn đề cụ thể; và (ii) hồ sơ và danh tiếng của cá nhân đó về sự trung thực, cẩn thận và khả năng thực hiện trách nhiệm mà cá nhân đó đảm nhận. Cố vấn mà NQL có thể dựa vào thông tin họ cung cấp để đưa ra quyết định không chỉ bao gồm các chuyên gia được cấp giấy phép hành nghề, chẳng hạn như luật sư, kế toán và kỹ sư, mà còn những người trong các lĩnh vực khác liên quan đến kinh nghiệm và kỹ năng đặc biệt, chẳng hạn như chủ ngân hàng đầu tư, nhà địa chất, tư vấn quản lý, và thẩm định viên. Cố vấn có thể là một cá nhân hoặc một tổ chức, chẳng hạn như một công ty luật hoặc ngân hàng đầu tư, miễn là NQL tin tưởng một cách hợp lý người đó đáng tin cậy. Theo đó, NQL không phải chịu trách nhiệm đối với công ty khi họ gây ra mất mát, thiệt hại cho công ty do các quyết định về kinh doanh đã đưa ra trong trường hợp nêu trên. Trách nhiệm này là cần thiết để cho NQL mạnh dạn quyết định khi thấy có cơ hội nhưng không thể kiểm soát được nó hoàn toàn. Nguyên tắc này cũng được quy định trong các đạo luật công ty của các bang ở Hoa Kỳ và được thừa nhận bởi các án lệ. Ví dụ, Điều 141(e) Luật Công ty của bang Delaware quy định, thành viên Hội đồng quản trị, hoặc thành viên của bất kỳ hội

đồng nào do Hội đồng quản trị chỉ định, khi thực hiện nhiệm vụ của thành viên đó, sẽ được bảo vệ hoàn toàn khi dựa vào hồ sơ của công ty một cách thiện chí và dựa trên những thông tin đó, ý kiến, báo cáo hoặc tuyên bố của bất kỳ người điều hành hoặc người lao động nào của công ty, hoặc của Hội đồng quản trị, hoặc bởi bất kỳ người nào khác về những vấn đề mà thành viên đó tin tưởng hợp lý là thuộc về năng lực chuyên môn của người khác đó và được lựa chọn với sự cẩn trọng hợp lý bởi hoặc thay mặt cho công ty⁹.

Ở Việt Nam, nghĩa vụ cẩn trọng của NQL xuất hiện đầu tiên trong Luật DN năm 1999. Tuy nhiên, cho đến nay, các quy định của pháp luật chưa định nghĩa, giới hạn một cách rõ ràng hay giải thích đầy đủ và cụ thể thế nào là nghĩa vụ cẩn trọng của NQL. Vì vậy, khi DN xảy ra thiệt hại, trách nhiệm của NQL phụ thuộc vào xét xử của Tòa án. Về mặt thực tiễn, hiện nay vẫn chưa có bất kỳ án lệ nào giải thích về giới hạn trách nhiệm của NQL khi đã thực hiện nghĩa vụ cẩn trọng theo quy định của pháp luật và Điều lệ công ty. Giả sử khi DN thực hiện các hoạt động mua, bán, sáp nhập, liên doanh liên kết, thanh lý doanh nghiệp, đầu tư, góp vốn, mua – bán chứng khoán của doanh nghiệp, cổ phần hóa, niêm yết chứng khoán trên thị trường chứng khoán, vay vốn đầu tư kinh doanh, thuế, giải quyết, xử lý tranh chấp, các hoạt động thẩm định giá có vai trò rất quan trọng khi đó là khâu đưa ra giá trị xác thực nhất của tài sản, là giá trị mà ở đó người mua và người bán dễ dàng gặp nhau nhất. Đây không nhất thiết là giá giao dịch cuối cùng của tài sản, nhưng sẽ là căn cứ căn bản để hai bên thương thảo với nhau. Chính vì thế, tính khách quan là yếu tố quan trọng trong việc thuê thẩm định giá nhằm đảm bảo quyền lợi của các bên¹⁰. Việc thẩm định không được

⁹ Title 8 - Corporations, Chapter 1 - General Corporation Law, Subchapter IV. Directors and Officers, <https://corplaw.delaware.gov/delaware-corporation-entity-laws/>, truy cập ngày 20/10/2020.

¹⁰ Hải Triều – Văn Cường, Thẩm định giá: Những chiêu “làm xiếc” với tài sản nhà nước, http://congan.com.vn/tin-chinh/tham-dinh-gia-nhung-chieu-lam-xiec-voi-tai-san-nha-nuoc_52441.html, truy cập ngày 19/10/2020.

thực hiện chính xác, sai quy chuẩn sẽ dẫn tới nguy cơ gây thiệt hại lớn cho tài sản của DN. Quá trình này do thẩm định viên chuyên nghiệp tiến hành, là một người được đào tạo, huấn luyện, và có kinh nghiệm đáp ứng tiêu chuẩn để thực hiện việc thẩm định giá. Nếu NQL dựa vào báo cáo kết quả thẩm định giá, chứng thư thẩm định giá để làm căn cứ xem xét, quyết định hoặc phê duyệt giá đối với tài sản và NQL chứng minh được mình đã tuân thủ các nghĩa vụ pháp luật quy định nhưng sau đó chính quyết định của NQL lại gây thất thoát tài sản cho DN thì Tòa án sẽ xét xử như thế nào trong trường hợp này, liệu Tòa án sẽ dựa vào hậu quả để buộc NQL chịu trách nhiệm. Đó vẫn còn là vấn đề chưa được giải quyết; trong khi hiện nay có rất nhiều vụ việc liên quan đến thẩm định giá gây thất thoát tài sản của doanh nghiệp, nhất là trách nhiệm của người quản lý DN nhà nước.

Tóm lại, theo quy định của pháp luật một số nước thuộc hệ thống thông luật, NQL không phải chịu trách nhiệm pháp lý khi đưa ra hoặc tham gia đưa ra quyết định làm ảnh hưởng đến công ty nếu như dựa vào nguồn thông tin đầy đủ hoặc tư vấn từ các chuyên gia, cố vấn mà NQL tin tưởng rằng nó đáng tin cậy, hợp lý và đã thực hiện nghĩa vụ cẩn trọng, miễn cẩn của chính mình. Ngược lại, NQL chỉ phải chịu trách nhiệm đối với thiệt hại của DN khi đưa ra hoặc tham gia đưa ra quyết định làm ảnh hưởng đến DN khi chưa có nguồn thông tin đầy đủ và đáng tin cậy và được xem là vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng khi thực hiện nhiệm vụ được giao tại DN. Trên thực tế, quy định này tạo ra một cơ chế có lợi cho NQL, giải phóng họ khỏi trách nhiệm pháp lý tiềm tàng cho những sai lầm có thể xảy ra đối với các quyết định rủi ro cho DN, từ đó NQL sẽ không có tâm lý e dè lo ngại mà chủ động mạo hiểm hơn khi đưa ra các quyết định kinh doanh để không đánh mất đi các cơ hội kinh doanh mà DN có thể đạt được. Vì lẽ đó, không chỉ NQL

mà DN cũng sẽ có được lợi ích nhất định từ quy định này.

2. Một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật Việt Nam về nghĩa vụ cẩn trọng và giới hạn trách nhiệm của người quản lý doanh nghiệp trong trường hợp tham vấn chuyên gia

Một là, cần cụ thể hóa nội dung của nghĩa vụ cẩn trọng trong pháp luật về DN hoặc án lệ bởi đây là quy định mang tính định tính, khó xác định dẫn đến có nhiều cách hiểu khác nhau khi áp dụng trong thực tiễn do thiếu các công cụ pháp lý hỗ trợ xét xử. Việc quy định chi tiết về nghĩa vụ cẩn trọng góp phần xác định rõ trách nhiệm của NQL, tránh sự tùy tiện, thiếu rõ ràng trong các quyết định của NQL.

Hai là, quy định các trường hợp được miễn trừ trách nhiệm khi đưa ra quyết định sai lầm ảnh hưởng đến DN để tránh tình trạng khi xét xử hoặc truy cứu trách nhiệm của NQL theo hướng bất lợi (vì có thiệt hại thực tế xảy ra cho DN buộc NQL phải chịu trách nhiệm, vì NQL không thực hiện tròn trách nhiệm để đem lại lợi ích cho DN), từ đó NQL có thể yên tâm thực hiện nhiệm vụ của mình và không bỏ sót bất kỳ cơ hội kinh doanh nào đem lại kết quả kinh doanh tốt cho DN.

Ba là, Tòa án khi xét xử các vụ án có liên quan, chỉ nên đánh giá quy trình tuân thủ các điều kiện về trình tự, thủ tục hợp lý để NQL có được nguồn thông tin hợp lý đáng tin cậy, trách nhiệm của NQL và tính hợp pháp của quyết định kinh doanh chứ không nên đánh giá tính đúng sai của vấn đề thể hiện trong quyết định kinh doanh. Bởi lẽ, quyết định kinh doanh luôn có tính biến động khôn lường nên không phải luôn luôn đúng tại mọi thời điểm và còn nhiều yếu tố khách quan tác động đến quyết định của NQL tại thời điểm đó ■

QUYỀN TỰ DO CƯ TRÚ CỦA CÔNG DÂN TẠI THÀNH PHỐ HỒ CHÍ MINH: NHỮNG BẤT CẬP VÀ GIẢI PHÁP HOÀN THIỆN

Trần Văn Điệp*

ThS. GV. Trường Cao đẳng Bách khoa Nam Sài Gòn.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Tự do cư trú, quyền con người, bảo đảm quyền tự do cư trú của công dân.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 29/12/2020

Biên tập : 19/01/2021

Duyệt bài : 03/02/2021

Article Infomation:

Keywords: Freedom of residence; human rights, ensuring freedom of residence; Ho Chi Minh City; citizen.

Article History:

Received : 29 Dec. 2020

Edited : 19 Jan. 2021

Approved : 03 Feb. 2021

Tóm tắt:

Tự do cư trú cũng là một trong những quyền cơ bản của công dân được ghi nhận ngay từ Hiến pháp đầu tiên năm 1946, tiếp tục được khẳng định trong Hiến pháp năm 2013, được cụ thể hoá trong Luật Cư trú năm 2013 và nhiều văn bản quy phạm pháp luật khác ở nước ta. Trên cơ sở phân tích các quy định của pháp luật về tự do cư trú và việc thực hiện quyền này tại thành phố Hồ Chí Minh, tác giả đề xuất một số giải pháp hoàn thiện pháp luật về bảo đảm quyền tự do cư trú của công dân.

Abstract:

Freedom of residence is also one of the basic rights of citizens recognized right from the first Constitution of 1946 and continues to be affirmed in the Constitution of 2013 and concretized in the Law on Residence of 2013 and in several other legal documents. Upon the analyses of the provisions of the law on these rights, the author provides an attention to their enforcement to find a solution to improve the legal regulations on ensuring the freedom of residence of citizens in the largest residence in Vietnam - Ho Chi Minh City.

Thành phố Hồ Chí Minh là đô thị lớn thứ 2 Việt Nam về diện tích (sau Hà Nội) và lớn nhất về dân số¹. Theo thống kê của Tổng cục Thống kê Việt Nam, tính đến ngày 1/4/2019, toàn thành phố có đủ 54 thành phần dân tộc cùng người nước ngoài sinh sống. Nơi đây có dân số đông, nhiều người nước ngoài sinh sống; học sinh, sinh viên và người lao động tỉnh khác đến sinh sống, học tập và cư trú. Vấn đề đang đặt ra đối với Thành phố Hồ Chí Minh là làm sao để bảo đảm quyền tự do cư trú của công dân mà vẫn đảm bảo được trật tự xã hội, trị an trên địa bàn thành phố.

1. Việc thực hiện quyền tự do cư trú tại thành phố Hồ Chí Minh

Là một trung tâm kinh tế, văn hóa, xã hội phát triển bậc nhất cả nước, thu hút sự đầu tư trong và ngoài nước cũng như thu hút người dân và người lao động từ các tỉnh thành khác sang sinh sống, học tập cũng như lao động. Lượng người nhập cư đông sẽ gây áp lực lớn cho hệ thống kết cấu hạ tầng kỹ thuật và xã hội, như ùn tắc giao thông, thiếu trường học, thiếu bệnh viện, thiếu các công trình công cộng, ô nhiễm môi trường, tăng giá bất động sản,... Từ đây đặt ra vấn đề về quản lý dân cư.

¹ Tổng diện tích 2.096 km² và 8.993.082 người, trong đó: thành thị 7.127.364 người (chiếm 79,25%), nông thôn: 1.865.718 người (chiếm 20,75%).

Những năm qua, Thành phố Hồ Chí Minh cùng cả nước thực hiện chủ trương quản lý dân cư thông qua sổ định danh cá nhân cập nhật từ cơ sở dữ liệu (CSDL) quốc gia về dân cư để thay thế hình thức quản lý bằng sổ hộ khẩu và sổ tạm trú theo hướng quản lý nhà nước bằng ứng dụng công nghệ, công khai, minh bạch thông tin, giảm phiền hà, tiết kiệm chi phí, đơn giản hóa thủ tục hành chính (TTHC), giấy tờ...

Sử dụng mã số định danh cá nhân để quản lý dân cư thông qua việc cập nhật, kết nối từ CSDL quốc gia về dân cư sẽ mang lại những lợi ích thiết thực trong việc đơn giản hóa TTHC, giảm giấy tờ công dân, giảm những chi phí mà hiện nay người dân, doanh nghiệp đang phải chi trả; góp phần kết nối, chia sẻ thông tin về dân cư giữa các ngành, các lĩnh vực của đời sống xã hội, góp phần thúc đẩy phát triển kinh tế, xã hội của đất nước. Người dân không phải mất thời gian, công sức, chi phí liên quan tới sổ hộ khẩu, sổ tạm trú khi tham gia các giao dịch hoặc thực hiện các thủ tục hành chính có yêu cầu phải xuất trình giấy tờ kém, lãng phí và Nhà nước không cần duy trì các bộ phận quản lý chuyên trách ở nhiều cấp để thực hiện các công đoạn quản lý liên quan cùng với bộ máy, hạ tầng, chi phí tốn kém...

Tuy nhiên, để thực hiện quản lý dân cư thông qua sổ định danh cá nhân thì cần thiết phải hoàn thiện và đưa vào khai thác, sử dụng CSDL quốc gia về dân cư. Tuy nhiên, việc xây dựng CSDL quốc gia về dân cư hiện tiến độ còn hạn chế.

Nhằm quản lý và kiểm soát nhập cư ở ạt của công dân, đảm bảo quỹ đất tại thành phố, thực hiện tốt công tác quản lý dân cư, pháp luật quy định những điều kiện nhất định để đăng ký hộ khẩu thường trú tại thành phố Hồ Chí Minh. Thành phố đã thực thi quyền đăng ký thường trú, tạm trú theo quy định của Luật Cư trú tương đối tốt, đúng theo quy

định của pháp luật. Các thủ tục, giấy tờ cần có trong hồ sơ được quy định tại Luật Cư trú năm 2013, Nghị định số 31/2014/NĐ-CP, Thông tư số 250/2016/TT-BTC, Thông tư số 35/2014/TT-BCA; Nghị quyết số 07/2017/NQ-HĐND ban hành mức thu lệ phí đăng ký cư trú trên địa bàn thành phố Hồ Chí Minh, Thông tư số 36/2014/TT-BCA quy định cụ thể về biểu mẫu, quy cách, cách ghi và quản lý biểu mẫu sử dụng trong đăng ký, quản lý cư trú.

Căn cứ đặc điểm tình hình và công tác thực tế về đăng ký, quản lý cư trú của Thành phố và trên cơ sở những quy định của pháp luật, Ủy ban nhân dân thành phố Hồ Chí Minh đã ban hành những văn bản quy định riêng về quản lý cư trú trên địa bàn thành phố, gồm:

- Chỉ thị số 21/2007/CT-UBND ngày 27/7/2007 của Ủy ban nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh “Về triển khai thực hiện luật cư trú và các quy định của pháp luật về đăng ký và quản lý cư trú trên địa bàn thành phố Hồ Chí Minh”.

- Chỉ thị số 02/2009/CT-UBND ngày 11/01/2009 của Ủy ban nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh “Về tăng cường quản lý nhà nước đối với việc nhập cảnh, cư trú và lao động của người nước ngoài trên địa bàn Thành phố Hồ Chí Minh”.

- Quyết định số 10/2013/QĐ-UBND, ngày 08/3/2013 của Ủy ban nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh “Quy định quản lý người sau cai nghiện tại nơi cư trú trên địa bàn Thành phố Hồ Chí Minh”.

- Sở Xây dựng Thành phố Hồ Chí Minh thông báo quy định về diện tích nhà ở bình quân để đăng ký thường trú vào chỗ ở do ở nhờ, thuê, mượn của tổ chức, cá nhân tại thành phố: Khu vực 1 gồm địa bàn 5 huyện (Hóc Môn, Củ Chi, Bình Chánh, Cần Giờ, Nhà Bè) có diện tích nhà ở bình quân là 10m²/người. Khu vực 2 gồm 19 quận còn

CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG

lại có diện tích nhà ở bình quân là 19,8m²/người².

Mặc dù Luật Cư trú đã được sửa đổi, bổ sung năm 2013 và những quy định mới của pháp luật về lĩnh vực cư trú đã góp phần giải quyết những vướng mắc phát sinh liên quan đến chỗ ở của công dân và việc quản lý nhân khẩu của cơ quan nhà nước, ngăn ngừa việc lạm dụng quy định về hộ khẩu làm hạn chế quyền, lợi ích hợp pháp của công dân... Tuy nhiên, thực tiễn thi hành cho thấy, một số nội dung cụ thể của pháp luật về cư trú vẫn còn vướng mắc, bất cập cả dưới góc độ lý luận và thực tiễn, dẫn đến việc tổ chức thực hiện chức năng quản lý nhà nước về cư trú thiếu thống nhất, hiệu quả đạt được chưa cao.

Thứ nhất, chưa thống nhất trong cách hiểu về nội dung của công tác đăng ký, quản lý cư trú.

Điều 1 Luật Cư trú quy định: “*Cư trú là thường xuyên sinh sống tại một địa điểm*”. Có thể thấy, đây thực chất là quy định về hộ khẩu. Hộ khẩu có liên quan đến các quyền lợi khác như: phân chia ruộng đất, nhà ở, lương thực, thực phẩm, việc làm, giấy tờ, tiêu chuẩn điện nước, trường học... Khi thay đổi chỗ ở, người dân phải thực hiện thủ tục thay đổi hộ khẩu.

Trong thời gian qua, có nhiều trường hợp lạm dụng quy định về hộ khẩu làm hạn chế quyền, lợi ích hợp pháp của công dân, như: cho người khác nhập hộ khẩu vào sổ hộ khẩu, chỗ ở của mình để trục lợi hoặc cho nhập hộ khẩu vào cùng một chỗ ở (*trong đó có chỗ ở do thuê, mượn, ở nhờ của tổ chức, cá nhân*), nhưng không đảm bảo diện tích sàn tối thiểu trên đầu người theo quy định. Điều mà người dân lo ngại nhất là sổ hộ khẩu trở thành thứ giấy phép cản trở nhiều quyền lợi hợp pháp của công dân, điển hình là trẻ em sẽ không được tiếp nhận vào trường công lập nếu

không có hộ khẩu tại địa phương đó. Tác giả đồng tình với quan điểm, phải dùng hộ khẩu để quản lý nhân khẩu, nhưng cần xác định đây chỉ là nghiệp vụ của ngành công an. Nhiều ngành, nhiều nơi đang lợi dụng hộ khẩu như một điều kiện và đã đẩy hộ khẩu vượt ra mục đích quản lý con người mà ngành công an đặt ra “... *Sổ hộ khẩu có giá trị xác định nơi thường trú của công dân*”³.

Thứ hai, chưa rõ ràng trong sự phân biệt về điều kiện đối với công dân ngoại tỉnh với công dân ở ngoại thành.

Khoản 1 Điều 20 Luật Cư trú quy định, nếu công dân: “*Có chỗ ở hợp pháp và đã tạm trú liên tục tại thành phố đó từ một năm trở lên*”. Điều b khoản 1 và khoản 4 Điều 8 Nghị định số 31/2014/NĐ-CP quy định về thời gian tạm trú để được đăng ký thường trú trên địa bàn thành phố trực thuộc Trung ương, theo đó:

- Tạm trú liên tục từ 1 năm trở lên tại thành phố trực thuộc trung ương đối với trường hợp đăng ký thường trú vào huyện, thị xã thuộc thành phố trực thuộc trung ương đó.

- Tạm trú liên tục 2 năm trở lên đối với trường hợp đăng ký thường trú vào quận thuộc thành phố trực thuộc trung ương.

Với quy định về điều kiện thời gian công dân đăng ký tạm trú để được đăng ký thường trú tại các quận nội thành, việc công dân trước đó có hộ khẩu thường trú ở tỉnh ngoài hay hộ khẩu tại ngoại thành của thành phố trực thuộc trung ương đó đều là như nhau. Trong khi đó, công dân ở tỉnh ngoài muốn nhập hộ khẩu thường trú vào các địa bàn ngoại thành của thành phố trực thuộc trung ương phải tạm trú tại địa phương đó từ đủ 1 năm trở lên. Từ thực tế đó, theo tác giả, cần thiết có sự phân biệt giữa hai trường hợp vừa nêu dưới góc độ điều kiện đăng ký thường trú để đánh giá đúng tính chất cư trú, cũng

² Nguồn: Nghị quyết Đại hội Đảng bộ TP. HCM lần thứ X.

³ Khoản 1 Điều 10 Thông tư số 35/2014/TT-BCA.

như các tác động về sức ép dân số đối với các thành phố trực thuộc Trung ương nói chung.

Liên quan đến vấn đề đăng ký nơi thường trú, hồ sơ đăng ký hộ khẩu thường trú gồm: Phiếu báo thay đổi hộ khẩu, nhân khẩu; Bản khai nhân khẩu; Giấy chuyển hộ khẩu (đối với các trường hợp phải cấp giấy chuyển hộ khẩu quy định tại khoản 2 Điều 28 Luật Cư trú); Giấy tờ, tài liệu chứng minh chỗ ở hợp pháp theo quy định tại Điều 6 Nghị định số 31/2014/NĐ-CP. Nếu người cho thuê, cho mượn, cho ở nhờ đồng ý cho thường trú bằng văn bản vào chỗ ở của mình thì không phải ghi vào phiếu báo thay đổi hộ khẩu, nhân khẩu. Chỗ ở hợp pháp do thuê, mượn, ở nhờ tại thành phố trực thuộc Trung ương phải có xác nhận của UBND cấp xã về điều kiện diện tích bình quân bảo đảm theo quy định của Hội đồng nhân dân thành phố trực thuộc Trung ương. Theo quy định hiện hành, diện tích tối thiểu nhà ở để nhập hộ khẩu với người ở thuê, ở nhờ là 5m²/người. Tuy nhiên, mới đây thành phố Hồ Chí Minh đưa ra dự thảo và đang lấy ý kiến theo đề xuất của Sở Xây dựng và Công an TP. Hồ Chí Minh, quy định diện tích nhà ở bình quân/người để áp dụng khi người dân đăng ký thường trú vào chỗ ở do thuê, mượn, ở nhờ của tổ chức, cá nhân trên địa bàn tăng lên là 19,8m²/người đối với địa bàn 19 quận và 10m² sàn/người đối với 5 huyện. Việc tăng này nhằm mục đích giải quyết tình trạng thuê, mượn và nhập nhờ vào hộ khẩu, chỗ ở của mình để trục lợi hoặc cho nhập hộ khẩu vào cùng một chỗ ở nhưng không bảo đảm diện tích sàn tối thiểu trên đầu người theo quy định... tạo áp lực lên hệ thống cơ sở hạ tầng xã hội. Tuy nhiên, theo phân tích của nhiều chuyên gia, phần lớn người nhập cư là lao động có thu nhập thấp đang thuê nhà tại các quận trên địa bàn thành phố với diện tích rất nhỏ (trung bình chỉ dưới 10m²/người); do đó, diện tích

mà các cơ quan chức năng thành phố Hồ Chí Minh đang đề xuất vô tình đánh mất cơ hội cho nhiều đối tượng đang có nhu cầu đăng ký hộ khẩu. Theo tác giả, đề xuất tăng diện tích như thế là không hợp lý và cũng không thực tế, bởi người có nhu cầu nhập hộ khẩu ngày càng đông, nhưng diện tích nhà ở xây dựng mới không thể theo kịp.

Về một bất cập khác, Luật Cư trú hạn chế nhập hộ khẩu bằng rào cản kéo dài thời hạn tạm trú, nhưng quy định này không hạn chế được người nhập cư. Theo thống kê, hằng năm, Thành phố Hồ Chí Minh phải “đón” hàng chục nghìn người nhập cư, trong đó phần lớn là lao động và sinh viên. Ban quản lý Khu chế xuất và Khu công nghiệp trên địa bàn thành phố cho biết, hiện có trên 268.800 lao động trong các Khu chế xuất, Khu công nghiệp, trong đó có tới trên 180.600 lao động đến từ các tỉnh, thành phố khác (chiếm trên 67,4%) mà phần lớn trong số này chưa có chỗ ở phù hợp nên rất khó “an cư”⁴. Số lượng người dân cư trú từ các tỉnh, thành phố khác đến làm ăn là xu hướng tất yếu; điều này cũng đồng nghĩa, nhu cầu nhập hộ khẩu vào thành phố hiện nay rất lớn. Tuy nhiên, các quy định hiện hành về nhập khẩu đã gây khó khăn cho người dân, dẫn tới có một tỷ lệ lớn người dân tạm trú không ổn định gây khó khăn trong quản lý cư trú.

Ngoài ra, việc khó khăn trong nhập khẩu còn ảnh hưởng đến quyền lợi tối thiểu của người dân khi con cái của họ sẽ bị thiệt thòi về cơ hội học tập, chăm sóc y tế,... Việc quy định tăng thời hạn tạm trú chưa phải là giải pháp tối ưu giải quyết được vấn đề “hạ nhiệt” mật độ dân cư tăng rất nhanh theo từng năm tại các quận nội thành và cũng không đáp ứng hết được công tác quản lý nhà nước về dân cư, nhất là khu vực nội thành của các thành phố lớn mà ngược lại càng gây khó khăn cho công dân trong việc thực hiện quyền tự do cư

4 www.hepza.hochiminhcity.gov.vn.

trú của mình. Quy định phải tạm trú 01 năm hoặc 02 năm vừa làm khó người dân, vừa bất hợp lý, vì như thế họ phải tạm trú trên chính ngôi nhà của mình.

Thứ ba, bất cập trong phân cấp thẩm quyền đăng ký thường trú tại các địa bàn trung tâm.

Theo quy định tại điểm a, b khoản 1 Điều 21 Luật Cư trú: “Người đăng ký thường trú nộp hồ sơ đăng ký thường trú tại cơ quan công an sau đây:

a) Đối với thành phố trực thuộc trung ương thì nộp hồ sơ tại Công an huyện, quận, thị xã;

b) Đối với tỉnh thì nộp hồ sơ tại Công an xã, thị trấn thuộc huyện, Công an thị xã, thành phố thuộc tỉnh”.

Thẩm quyền giải quyết việc đăng ký thường trú của công dân được quy định tại Điều 9 Thông tư số 35/2014/TT-BCA, cụ thể: Trường hợp công dân đăng ký thường trú tại xã, thị trấn của huyện thuộc tỉnh, thẩm quyền thuộc về trưởng Công an xã, thị trấn; trường hợp công dân đăng ký thường trú tại quận, huyện, thị xã thuộc thành phố trực thuộc trung ương, thẩm quyền đăng ký thuộc về trưởng Công an quận, huyện, thị xã đó. Theo quy định tại khoản 1 Điều 3 Pháp lệnh Công an xã năm 2008, Công an xã là lực lượng bán chuyên trách, thuộc hệ thống tổ chức của Công an nhân dân và theo quy định tại khoản 5 Điều 9 của Pháp lệnh này, Trưởng công an xã có nhiệm vụ thực hiện các quy định của pháp luật về quản lý cư trú, chứng minh nhân dân và các giấy tờ đi lại khác... Trong khi đó, tại quận, huyện, thị xã, thuộc thành phố trực thuộc trung ương, đặc biệt tại các quận nội thành, Cảnh sát khu vực, Trưởng Công an phường, thậm chí là Đội trưởng đội Cảnh sát quản lý hành chính về trật tự xã hội, là lực lượng Công an chính quy, nhưng lại không được giao thẩm quyền đăng ký thường trú, mà thẩm quyền này thuộc về Trưởng Công an quận, huyện, thị xã

thuộc thành phố trực thuộc trung ương. Hơn nữa, địa bàn trung tâm là những địa bàn đông dân cư, tính chất cư trú phức tạp, có địa bàn lên đến hàng vạn nhân khẩu, người đứng đầu Công an một quận với rất nhiều đầu việc cần giải quyết trong lĩnh vực an ninh, trật tự, nên việc giao cho Trưởng công an quận, huyện, thị xã thuộc thành phố trực thuộc trung ương công tác quản lý thường trú của công dân trên địa bàn là chưa thật sự phù hợp với thực tiễn. Đây là một nghịch lý đang tồn tại phổ biến ở các thành phố trực thuộc trung ương, khi mà tốc độ đô thị hóa tăng nhanh như hiện nay.

Mặt khác, về nơi cư trú của công dân, khoản 2 Điều 5 Nghị định số 31/2014/NĐ-CP có quy định: “*Trường hợp không xác định được nơi cư trú của công dân theo quy định tại khoản 1 Điều này, thì nơi cư trú của công dân là nơi người đó đang sinh sống và có xác nhận của Công an xã, phường, thị trấn*”. Bởi lẽ, quy định này chỉ dừng lại như thế, nên trong thực tiễn áp dụng sẽ phát sinh vướng mắc, đó là: bất luận khi thuộc trường hợp quy định trên thì Công an xã, phường, thị trấn được quyền xác nhận. Tuy nhiên, có ý kiến cho rằng, do pháp luật quy định việc giải quyết đăng ký thường trú của công dân tại địa bàn quận, huyện, thị xã thuộc thành phố trực thuộc trung ương thuộc thẩm quyền của trưởng Công an quận, huyện, thị xã đó, nên đối với trường hợp xác nhận nơi cư trú theo quy định tại khoản 2 Điều 5 Nghị định số 31/2014/NĐ-CP, phải thuộc thẩm quyền của Công an xã, phường, thị trấn thuộc thành phố trực thuộc trung ương. Đây cũng là bất cập cần được quy định theo hướng thống nhất chung, tạo điều kiện thuận lợi cho người dân và kể cả chủ thể có thẩm quyền thực thi công vụ.

Thứ tư, bất cập trong một số trường hợp xóa đăng ký thường trú.

Về quy định về những trường hợp xóa đăng ký thường trú tại khoản 1 Điều 22 Luật

Cư trú, tác giả nhận thấy, trường hợp công dân đã đăng ký thường trú mà ra nước ngoài định cư, Luật Cư trú hiện hành không quy định cơ chế phối hợp giữa cơ quan quản lý xuất nhập cảnh với Cảnh sát quản lý hành chính về trật tự xã hội. Do đó, cơ quan quản lý thường trú công dân không có cơ sở để làm thủ tục xóa đăng ký thường trú, dẫn tới việc hồ sơ quản lý thường trú công dân vẫn có, song thực tế, công dân lại không sinh sống tại Việt Nam. Đây là một thực tế đang tồn tại ở nhiều địa phương trong cả nước. Cũng tương tự như vậy, đối với trường hợp công dân chuyển đi nơi khác nhưng không làm thủ tục chuyển hộ khẩu, điều này dẫn tới sự khác biệt giữa quản lý hồ sơ và quản lý thực tế việc công dân cư trú.

Thứ năm, Luật Cư trú cũng chưa quy định cụ thể về cách hiểu và áp dụng đối với cụm từ “thường xuyên sinh sống”. Khoản 1 Điều 5 Nghị định số 31/2014/NĐ-CP quy định: “*Mỗi công dân chỉ được đăng ký thường trú tại một chỗ ở hợp pháp và là nơi thường xuyên sinh sống*”, có thể thấy, công dân chỉ được đăng ký thường trú tại một nơi ở, mà nơi đó là chỗ ở hợp pháp và cũng là nơi công dân đó thường xuyên sinh sống. Rõ ràng các điều kiện mà nhà làm luật đưa ra trong quy định vừa nêu có mối quan hệ bắc cầu và bổ sung cho nhau, điều kiện này là tiền đề của điều kiện kia, nếu thiếu một trong hai điều kiện đã nêu thì không thể thỏa mãn quy định này. Trong khi đó, cụm từ “*thường xuyên sinh sống*” chưa được giải thích cụ thể và chỉ là yếu tố định tính, dẫn tới cách hiểu và cách áp dụng ở mỗi địa phương là không giống nhau.

2. Đề xuất giải pháp hoàn thiện

Thứ nhất, bảo đảm tốt hơn nữa quyền tự do cư trú của công dân.

Nghiêm cấm các hành vi như: cản trở công dân thực hiện quyền tự do cư trú; lạm

dụng thông tin về nơi thường trú, tạm trú để hạn chế quyền, lợi ích hợp pháp của công dân; đưa, nhận hối lộ, gây phiền hà trong việc đăng ký, quản lý cư trú; không tiếp nhận, trì hoãn việc tiếp nhận hồ sơ đăng ký thường trú, tạm trú; không thực hiện, thực hiện không đúng thời hạn đăng ký thường trú, đăng ký tạm trú cho công dân khi hồ sơ đủ điều kiện đăng ký thường trú, tạm trú. Tự đặt ra thời gian, thủ tục, giấy tờ, biểu mẫu trái với quy định của pháp luật hoặc làm sai lệch thông tin, sổ sách, hồ sơ về cư trú. Cố ý cấp hoặc từ chối cấp giấy tờ về cư trú trái với quy định của pháp luật.

Thứ hai, cụ thể hóa các nghị quyết về đơn giản hóa thủ tục hành chính, giấy tờ công dân liên quan đến quản lý cư trú.

- Sửa đổi theo hướng thay thế phương thức quản lý cư trú từ thủ công là Sổ hộ khẩu, Sổ tạm trú giấy bằng việc quản lý thông qua dữ liệu điện tử, ứng dụng công nghệ thông tin (mã số định danh cá nhân);

- Bãi bỏ các thủ tục về: Cấp đổi Sổ hộ khẩu; Cấp lại Sổ hộ khẩu; Cấp giấy chuyển hộ khẩu; Cấp đổi Sổ tạm trú; Cấp lại Sổ tạm trú; điều chỉnh những thay đổi trong Sổ tạm trú; gia hạn tạm trú.

Thứ ba, đáp ứng yêu cầu đẩy mạnh ứng dụng khoa học kỹ thuật, công nghệ trong công tác quản lý cư trú.

Trong điều kiện đất nước ta đang đẩy mạnh công nghiệp hóa, hiện đại hóa và chủ động hội nhập quốc tế, yêu cầu đặt ra là phải hiện đại hóa công tác quản lý cư trú theo hướng ứng dụng thành tựu khoa học, kỹ thuật, công nghệ tiên tiến, phù hợp với xu hướng của các nước trên thế giới. Trong khi đó, kỹ thuật, công nghệ trong đăng ký, quản lý cư trú ở nước ta còn lạc hậu, không đáp ứng được yêu cầu ngày càng tăng của công dân, chưa bảo đảm phục vụ tốt yêu cầu quản lý dân cư và hội nhập quốc tế. Mặt khác, dữ

liệu đăng ký, quản lý cư trú hiện nay chủ yếu được lưu trữ thủ công; việc cấp, quản lý, sử dụng giấy tờ về đăng ký, quản lý cư trú tuy có nhiều cố gắng cải tiến, sắp xếp hợp lý hơn nhưng vẫn chưa đáp ứng được yêu cầu đơn giản hóa thủ tục hành chính, giấy tờ công dân; do đó, cần quy định việc đăng ký, quản lý cư trú theo hướng tiếp cận công nghệ tiên tiến để vừa quản lý chặt chẽ dân cư, vừa góp phần đơn giản hóa thủ tục hành chính, giấy tờ cho công dân và từng bước thực hiện Chính phủ điện tử, ứng dụng khoa học công nghệ trong quản lý cư trú.

Thứ tư, bảo đảm tiến độ hoàn thành việc xây dựng, vận hành Cơ sở dữ liệu quốc gia về dân cư, Cơ sở dữ liệu về cư trú.

Nền tảng công nghệ để vận hành phương thức quản lý cư trú mới là Cơ sở dữ liệu quốc gia về dân cư và Cơ sở dữ liệu về cư trú. Để bảo đảm tính khả thi, các cơ sở dữ liệu này phải được xây dựng đồng bộ, đưa vào vận hành và bảo đảm kết nối, cập nhật, chia sẻ, khai thác thông tin thông suốt giữa các cơ quan đăng ký, quản lý cư trú từ Trung ương đến cơ sở. Đồng thời, kết nối và chia sẻ thông tin với các cơ sở dữ liệu chuyên ngành khác có liên quan cũng như với các cơ quan, tổ chức đang được giao thực hiện nhiệm vụ cung cấp dịch vụ công, giải quyết thủ tục hành chính cho công dân.

Thứ năm, khắc phục những hạn chế, vướng mắc, bất cập của pháp luật hiện hành.

Qua tổng kết 10 năm thi hành Luật Cư trú (từ năm 2007 đến năm 2017) cho thấy, có một số khó khăn, vướng mắc, bất cập cơ bản phát sinh: Luật Cư trú chưa quy định thống nhất về nội dung công tác đăng ký, quản lý cư trú; chưa có sự phân biệt về điều kiện đăng ký thường trú áp dụng đối với công dân ngoại tỉnh và đối với công dân ở ngoại thành khi đăng ký thường trú vào các quận nội thành thuộc thành phố trực thuộc trung ương; về quy định thẩm

quyền đăng ký thường trú tại các thành phố trực thuộc trung ương còn có sự bất cập giữa Công an phường và Công an xã, thị trấn; về khái niệm “thường xuyên sinh sống” quy định trong Luật Cư trú còn chung chung, chỉ mang tính định tính nên dẫn đến cách hiểu và áp dụng không thống nhất; ... cần được sửa đổi, bổ sung cho phù hợp với yêu cầu thực tiễn công tác quản lý nhà nước về cư trú.

Thứ sáu, bỏ điều kiện đăng ký thường trú vào thành phố trực thuộc Trung ương.

Luật Cư trú hiện hành quy định các điều kiện riêng đối với việc đăng ký thường trú vào thành phố trực thuộc Trung ương so với đăng ký thường trú vào tỉnh.

Việc quy định riêng này nhằm hạn chế tình trạng di dân từ nông thôn đến các thành phố lớn, giảm áp lực cho hệ thống cơ sở hạ tầng và chính sách an sinh xã hội của các đô thị này. Thực tế những năm qua cho thấy, quy định này không thực sự phát huy hiệu quả, tình trạng gia tăng dân số cơ học, di dân từ các tỉnh, nông thôn đến các thành phố lớn, trong đó có các thành phố trực thuộc Trung ương vẫn rất cao. Nhiều người dân mặc dù không có hộ khẩu tại đây nhưng vẫn sinh sống, làm việc, tuy nhiên họ và gia đình gặp nhiều khó khăn trong học tập, lao động, hưởng các dịch vụ xã hội. Bên cạnh đó, việc quy định riêng các điều kiện đăng ký thường trú ở các thành phố trực thuộc Trung ương đã ảnh hưởng đến quyền tự do cư trú của công dân theo quy định của Hiến pháp năm 2013. Vì vậy, cần thống nhất bỏ các quy định riêng về điều kiện đăng ký thường trú tại thành phố trực thuộc Trung ương, tức là không có quy định riêng về điều kiện đăng ký thường trú tại thành phố trực thuộc Trung ương; việc đăng ký thường trú tại tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương là như nhau, không có sự phân biệt và được áp dụng chung, thống nhất trên toàn quốc ■

