

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

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



Số 21 (301)

Kỳ 1 - Tháng 11/2015

- ❖ Bước ngoặt đổi mới thể chế nhà nước từ một Nghị quyết của Quốc hội
- ❖ Rủi ro pháp lý khi giải quyết tranh chấp hợp đồng tại tòa án - Giải pháp chính sách
- ❖ Một số điểm mới và những vấn đề cần đặt ra về quyền sở hữu và các vật quyền khác

HUYỆN ỦY GIAO THỦY

D/c: Thị trấn Ngô Đồng - Huyện Giao Thủy - Tỉnh Nam Định

Giao Thủy là huyện ven biển của tỉnh Nam Định với diện tích tự nhiên 233 km², dân số 20 vạn người, bờ biển dài 32 km, có khu dự trữ sinh quyển thế giới - Vườn Quốc gia Xuân Thủy, trên 4.000 ha nuôi trồng thủy sản và khu du lịch tắm biển Quất Lâm. Đảng bộ huyện Giao Thủy có 8.500 đảng viên sinh hoạt tại 86 tổ chức cơ sở Đảng. Huyện được Đảng, Nhà nước phong tặng danh hiệu Anh hùng lực lượng vũ trang nhân dân thời kỳ chống Pháp xâm lược.

Nhiệm kỳ 2010 - 2015, Đảng bộ, Chính quyền và các tầng lớp nhân dân huyện Giao Thủy đã nỗ lực phấn đấu hoàn thành và hoàn thành vượt mức hầu hết các chỉ tiêu đề ra: an ninh chính trị, trật tự an toàn xã hội được giữ vững, an ninh nông thôn ổn định ngày càng vững chắc; kinh tế - xã hội phát triển với tốc độ khá cao; đời sống mọi mặt của các tầng lớp nhân dân được cải thiện và nâng cao; bộ mặt nông thôn ngày càng đổi mới; đã có 3 xã, thị trấn đạt chuẩn nông thôn mới, dự kiến hết năm 2015 có thêm 5 xã, thị trấn đạt chuẩn nông thôn mới.

Nhiệm kỳ 2015 - 2020, huyện Giao Thủy xác định phương hướng, mục tiêu phấn đấu là: "Nâng cao năng lực lãnh đạo và sức chiến đấu của Đảng bộ; phát huy dân chủ, đoàn kết, kỷ cương, trí tuệ, đổi mới; tập trung mọi nguồn lực đẩy mạnh phát triển kinh tế - xã hội, đảm bảo quốc phòng - an ninh, phấn đấu hoàn thành mục tiêu xây dựng huyện nông thôn mới trước năm 2020".

TRƯỜNG ĐẠI HỌC BÀ RIÀ VỮNG TÀU

CHÀO MỪNG

Ngày nhà giáo Việt Nam 20/11



VIỆN KIỂM SÁT NHÂN DÂN TỈNH ĐẮK NÔNG

Địa chỉ: Đường Lê Duẩn - Tx. Gia Nghĩa - Tỉnh Đắk Nông.



BỆNH VIỆN QUẬN Y 7B

*Địa chỉ: Đường Nguyễn Ái Quốc - P. Tân Tiến - TP. Biên Hòa - Đồng Nai
Giám đốc: Võ Văn Định*



CÔNG TY THAN QUANG HẠNH - TKV
*Địa chỉ: 302 Đường Trần Phú - TP. Cẩm Phả - Quảng Ninh
Điện thoại: 033.386.2282 - Fax: 033.386.2739 - Website: quanghanhcoal.vn*



GIÁM ĐỐC CÔNG TY
NGUYỄN CÔNG CHÍNH



KHÁNH THÀNH CÔNG TRÌNH KHU RÈN LUYỆN
SỨC KHỎE CÔNG NHÂN



BAN CHẤP HÀNH ĐẢNG BỘ CÔNG TY KHÓA III - NHIỆM KỲ 2015 - 2020



PHÁT ĐỘNG TUẦN LỄ QUỐC GIA
VỀ AT - VSLĐ - PCCC



KIỂM TRA THIẾT BỊ KHAI THÁC HÀM LÒ

TRUNG TÂM SINH VIÊN QUỐC TẾ

CÁI NỜI HỢP TÁC GIÁO DỤC QUỐC TẾ

Trung tâm Sinh viên Quốc tế được thành lập ngày 10/6/1988; là đơn vị sự nghiệp công lập trực thuộc Cục Đào tạo với nước ngoài. Trong suốt chặng đường trưởng thành và phát triển, Trung tâm luôn thực hiện tốt nhiệm vụ tiếp nhận, quản lý lưu học sinh sang học tập tại các cơ sở giáo dục của Việt Nam, góp phần thực hiện đường lối đối ngoại nhân dân, hợp tác quốc tế ngày càng sâu, rộng với các nước và vùng lãnh thổ trong khu vực và thế giới. Hiện tại Trung tâm đang theo dõi, quản lý 9951 lưu học sinh đến từ 39 nước đang học tập, nghiên cứu tại các cơ sở giáo dục của Việt Nam.

Trung tâm Sinh viên Quốc tế tham mưu, hỗ trợ Cục trưởng Cục Đào tạo với nước ngoài thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn sau đây:

- + Chủ trì, phối hợp với các đơn vị liên quan tuyển chọn, tiếp nhận lưu học sinh; hướng dẫn, kiểm tra việc thực hiện tiếp nhận người nước ngoài đến học tập tại các cơ sở giáo dục ở Việt Nam;
- + Lập kế hoạch tiếp nhận, quản lý lưu học sinh lưu trú tại trung tâm;
- + Giảng dạy, bồi dưỡng tiếng Việt cho người nước ngoài; tổ chức giao lưu nâng cao trình độ ngoại ngữ;
- + Thực hiện dịch vụ công, dịch vụ khác theo quy định của pháp luật.

*Tên giao dịch quốc tế của Trung tâm Sinh viên quốc tế là: International Student Center, viết tắt là ISC.
Địa chỉ: Nhà B7bis, phường Bách Khoa, quận Hai Bà Trưng, thành phố Hà Nội.
Điện thoại - Fax: 0438695974; Website: visc.edu.vn*

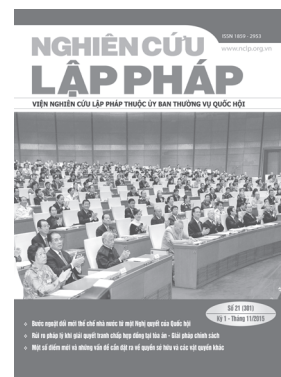
CÔNG TY TNHH XÂY DỰNG VĨNH PHÚ

*Chào Mừng
Ngày Nhà Giáo Việt Nam 20/11*



NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Mục lục 11/2015

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

Vinh quang 70 năm Quốc hội Việt Nam:

- 3** Bước ngoặt đổi mới thể chế nhà nước từ một Nghị quyết của Quốc hội

TS. Phạm Văn Hùng

- 10** Rủi ro pháp lý khi giải quyết tranh chấp hợp đồng tại tòa án - Giải pháp chính sách

TS. Võ Trí Hào

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 19** Một số ý kiến về Dự thảo Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và Hội đồng nhân dân

TS. Lê Xuân Thân

- 22** Một số điểm mới và những vấn đề cần đặt ra về quyền sở hữu và các vật quyền khác

PGS, TS. Nguyễn Ngọc Điện

- 30** Khái niệm tài sản trong pháp luật dân sự và kiến nghị sửa đổi Bộ luật Dân sự năm 2005

TS. Vũ Thị Hồng Yến

- 37** Hoàn thiện quy định cấu thành tội trộm cắp tài sản tại Điều 138 Bộ luật Hình sự

ThS. Nguyễn Thị Xuân

CHÍNH SÁCH

- 41** Hiện tượng "taxi Grab/Uber" và vấn đề nhận diện chính sách

Trần Hoài Nam

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 51** Hoàn thiện quy định của pháp luật về cơ chế tự chủ, tự chịu trách nhiệm của tổ chức khoa học và công nghệ công lập

TS. Phạm Chí Trung

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 60** Khái niệm về hội trong pháp luật Cộng hòa Pháp và góp ý hoàn thiện khái niệm về hội của Việt Nam

TS. Nguyễn Văn Quân

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

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

TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

TRỤ SỞ:

27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI
ĐT: 043.2121204/043.2121206
FAX: 043.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 043.2121202

TÀI KHOẢN:

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

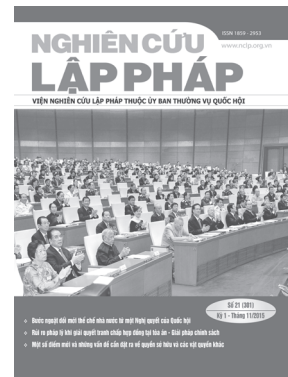
IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

GIÁ: 19.500 ĐỒNG

Ảnh bìa: Kỳ họp thứ 10, Quốc hội khóa XIII
Ảnh: Đinh Nam.

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Legis 11/2015

STATE AND LAW

The 70 Glorious Years of the Vietnam National Assembly:

- 3** The turning point in state institutional reform from a resolution of the National Assembly

Dr. Pham Van Hung

- 10** Legal risks in resolving contractual disputes in court - Policy solutions

Dr. Vo Tri Hao

DISCUSSION OF BILLS

- 19** Some comments on the draft Law on the supervisory activities of the National Assembly and the People's Councils

Dr. Le Xuan Than

- 22** Some new contents and issues about ownership and other jus in re

Prof, Dr. Nguyen Ngoc Dien

- 30** The concept of property in civil laws and proposals to amend the Civil Code in 2005

Dr. Vu Thi Hong Yen

- 37** Completing the regulation on the crime of "Stealing property" under the articles No.138 of the Penal Code

LLM. Nguyen Thi Xuan

POLICIES

- 41** The phenomenon of "Grab taxi /Uber" and the identification of policy issues

Tran Hoai Nam

LEGAL PRACTICE

- 51** Completing the regulations on the mechanism of autonomy and self-responsibility of public science and technology organizations

Dr. Pham Chi Trung

FOREIGN EXPERIENCE

- 60** The definition of associations in France legislations and suggestions to improve the definition of association in Vietnam

Dr. Nguyen Van Quan

EDITORIAL:

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

EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

OFFICE:

27A VONG THI - TAY HO - HA NOI
ĐT: 043.2121204/043.2121206
FAX: 043.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

DESIGN:

HOANG NHI

LICENSE OF PUBLISMENT:

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

DISTRIBUTION:

HA NOI: 043.2121202

ACCOUNT NUMBER:

0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19,500 VND

VINH QUANG 70 NĂM QUỐC HỘI VIỆT NAM:

BƯỚC NGOẶT ĐỔI MỚI THỂ CHẾ NHÀ NƯỚC TỪ MỘT NGHỊ QUYẾT CỦA QUỐC HỘI

PHẠM VĂN HÙNG*

LTS: Trong 70 năm đồng hành cùng dân tộc, Quốc hội Việt Nam đã ban hành được năm bản hiến pháp (năm 1946, năm 1959, năm 1980, năm 1992, năm 2013), hàng trăm đạo luật và nghị quyết, góp phần quan trọng vào sự nghiệp xây dựng và bảo vệ Tổ quốc. Trong số các văn bản đã ban hành, Nghị quyết của Kỳ họp thứ nhất, Quốc hội Khóa VI về Tên nước, Quốc kỳ, Quốc huy, Thủ đô, Quốc ca là một văn bản mang tính lịch sử, đánh dấu bước ngoặt quan trọng trong sự phát triển của thể chế nhà nước, góp phần đưa đất nước tiến lên trong sự nghiệp cách mạng mới. Bài viết phân tích hoàn cảnh lịch sử, nội dung và bài học kinh nghiệm từ việc ban hành Nghị quyết này.

Hoàn cảnh lịch sử và yêu cầu khách quan của việc thống nhất về mặt nhà nước

Chiến thắng Điện Biên Phủ tháng 5/1954 đã kết thúc cuộc kháng chiến chống thực dân Pháp của nhân dân ta, làm cơ sở cho việc ký kết Hiệp định Giơ-ne-vơ năm 1954 trên cơ sở công nhận độc lập, chủ quyền, thống nhất và toàn vẹn lãnh thổ của nước Việt Nam. Tuy nhiên, Hiệp định Giơ-ne-vơ chưa phải là thắng lợi trọn vẹn, mà đất nước ta còn phải chấp nhận những điều khoản quy định Việt Nam bị chia cắt tạm thời thành hai miền qua vĩ tuyến 17. Các bên tham gia hội nghị Giơ-ne-vơ nhấn mạnh rằng “Dù bất cứ

trường hợp nào, không thể coi đó là biên giới chính trị hay lãnh thổ”. Hai miền Nam Bắc phải thống nhất trước tháng 7/1956 bằng Tổng tuyển cử tự do và dân chủ. Quân Pháp rút khỏi miền Bắc Việt Nam và Việt Minh rút khỏi miền Nam Việt Nam trong thời hạn 300 ngày; người dân có quyền lựa chọn ở miền Bắc hay miền Nam, trong thời gian đó họ được tự do đi lại. Nghiêm cấm quân đội nước ngoài xâm nhập lãnh thổ Việt Nam. Một Ủy ban Giám sát quốc tế gồm các nước Ba Lan, Ấn Độ và Ca-na-đa sẽ giám sát việc thi hành Hiệp định. Hiệp định Giơ-ne-vơ 1954 là văn kiện thuộc lĩnh vực công pháp quốc tế có sự

* TS. Tổng Biên tập Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

tham gia và công nhận của nhiều quốc gia như Việt Nam, Liên Xô, Trung Quốc, Anh, Pháp, Mỹ, chính quyền Bảo Đại, Cam-pu-chia, Lào để giải quyết vấn đề đình chiến ở Đông Dương và Việt Nam.

Nhưng thực tiễn cách mạng cho thấy, do sự can thiệp của đế quốc Mỹ và sự phản bội của chính quyền bù nhìn ở miền Nam Việt Nam (Việt Nam Cộng hòa) nên việc thống nhất nước nhà không được thực hiện như quy định của Hiệp định Giơ-ne-vơ. Nhân dân ta một lần nữa buộc phải tiến hành chiến tranh cách mạng. Đến mùa xuân năm 1975, nhân dân ta đã giành được thắng lợi trong cuộc Tổng tiến công và nổi dậy, miền Nam được hoàn toàn giải phóng. Trong quá trình tiến hành chiến tranh cách mạng, tuy là cùng đặt dưới sự lãnh đạo của Đảng, nhưng về mặt thể chế nhà nước ở miền Bắc có Chính phủ Việt Nam dân chủ cộng hòa, lực lượng cách mạng miền Nam có Chính phủ Cách mạng lâm thời Cộng hòa miền Nam Việt Nam. Cả hai Chính phủ này đều là chủ thể của công pháp quốc tế, tham gia đàm phán, ký kết Hiệp định Pari về chấm dứt chiến tranh, lập lại hòa bình ở Việt Nam năm 1973. Đất nước đã hòa bình, nhưng còn nhiều khó khăn, trong đó khó khăn lớn nhất là nền kinh tế vốn lạc hậu lại bị 30 năm chiến tranh tàn phá để lại bao hậu quả nặng nề. Việc thống nhất về mặt nhà nước để quản trị quốc gia trong tình hình mới là một nhu cầu khách quan, cấp bách, đòi hỏi phải được thực hiện ở cấp quyền lực cao nhất là Quốc hội. Cuộc Tổng tuyển cử bầu Quốc hội chung của cả nước ngày 25/4/1976 đã thành công, bầu ra 492 đại biểu Quốc hội

khóa VI. Tại kỳ họp thứ nhất, Quốc hội khóa VI đã quyết định nhiều vấn đề quan trọng để hoàn thiện thể chế nhà nước, như việc xác định tổ chức và hoạt động của Nhà nước được thực hiện trên cơ sở Hiến pháp năm 1959¹, thành lập các Ủy ban của Quốc hội² bầu ra các vị lãnh đạo cao nhất của Nhà nước và thành lập Chính phủ mới để điều hành công việc nước nhà³, bầu ra Ủy ban dự thảo Hiến pháp⁴, trong đó có việc ban hành Nghị quyết về Tên nước, Quốc kỳ, Quốc huy, Thủ đô, Quốc ca của nước Việt Nam thống nhất⁵.

Quốc hiệu Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam - bước ngoặt đổi mới thể chế nhà nước

Quốc hiệu - tên nước của mỗi quốc gia thường gắn với một giai đoạn lịch sử nhất định. Quốc hiệu có ý nghĩa rất quan trọng không chỉ phản ánh chủ quyền quốc gia trên lãnh thổ của mình mà còn biểu lộ ước vọng chính trị của quốc gia đó. Nghị quyết được Quốc hội khóa VI thông qua tại kỳ họp thứ nhất về Tên nước, Quốc kỳ, Quốc huy, Thủ đô, Quốc ca của nước Việt Nam thống nhất quy định: “1. Việt Nam là một nước độc lập, thống nhất và xã hội chủ nghĩa (XHCN) lấy tên nước là nước Cộng hòa XHCN Việt Nam”⁶.

Có thể khẳng định, việc Quốc hội khóa VI đặt tên nước là nước Cộng hòa XHCN Việt Nam đã đánh dấu một bước ngoặt về thể chế nhà nước. Trong Hiến pháp năm 1959, quốc hiệu Việt Nam dân chủ cộng hòa được quy định gắn với nội dung ở nhiều điều về chế độ chính trị, chế độ kinh tế, Quốc hội, Chủ tịch nước, Hội đồng Chính phủ, Hội

1 Xem: Văn kiện Quốc hội, Toàn tập, tập 5, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2009, tr. 76.

2 Xem Lịch sử Quốc hội Việt Nam 1976-1992, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2012, tr. 38.

3 Sđd, tr. 38 - 43.

4 Sđd, tr. 51 - 52.

5 Sđd, tr. 35 - 36.

6 Sđd, tr. 35.

đồng nhân dân và Ủy ban hành chính địa phương, Tòa án nhân dân và Viện kiểm sát nhân dân⁷. Tuy nhiên, Hiến pháp năm 1959 cũng đã xác định mục tiêu phấn đấu của nhân dân ta trong giai đoạn mới, xác định những yếu tố mang tính quy định bản chất thể chế nhà nước của nước Việt Nam trong hiện tại cũng như con đường tiến tới như: “Hiến pháp mới quy định chế độ chính trị, kinh tế và xã hội của nước ta, quan hệ bình đẳng giúp nhau giữa các dân tộc trong nước, bảo đảm miền Bắc nước ta tiến lên chủ nghĩa xã hội”⁸. Hoặc “Nước Việt Nam dân chủ cộng hòa tiến dần từ chế độ dân chủ nhân dân lên chủ nghĩa xã hội bằng cách phát triển và cải tạo nền kinh tế quốc dân theo chủ nghĩa xã hội, biến nền kinh tế lạc hậu thành một nền kinh tế XHCN với công nghiệp và nông nghiệp hiện đại, khoa học và kỹ thuật tiên tiến”⁹. Như vậy, tuy quy định tên nước là Việt Nam dân chủ cộng hòa, thực hiện cuộc cách mạng dân tộc, dân chủ nhân dân nhưng Hiến pháp năm 1959 cũng đã chỉ ra con đường chính trị của nhân dân ta là sẽ tiến lên cách mạng XHCN. Và khi điều kiện đó đến thì vấn đề thay đổi tên nước, quốc hiệu sẽ được đặt ra đối với cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất là Quốc hội. Cuộc Tổng tuyển cử bầu Quốc hội chung của cả nước ngày 25/4/1976 đã bầu ra Quốc hội khóa VI thống nhất, cơ quan đại diện cho nhân dân cả nước có đủ thẩm quyền quyết định vấn đề này. Với việc đặt tên nước là nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, Quốc hội khóa VI không chỉ căn cứ vào bản văn Hiến pháp năm 1959 mà còn có sự phát triển tư tưởng của Hiến pháp, luôn đề cao giá trị

thực tiễn của Hiến pháp trong đời sống chính trị của đất nước, nhất là trong điều kiện mới thống nhất đất nước, có nhiều vấn đề cần giải quyết về thể chế nhà nước nhưng chưa thể ban hành ngay Hiến pháp mới. Quyết định đặt tên nước là nước Cộng hòa XHCN Việt Nam trong khi chưa có hiến pháp mới là quyết định phù hợp với Tuyên ngôn của Quốc hội Việt Nam tại kỳ họp thứ nhất ngày 2/3/1946, Quốc hội khóa I là “Vận mệnh quốc gia Việt Nam là ở trong tay Quốc hội Việt Nam”¹⁰.

Việc Quốc hội khóa VI đặt tên nước là nước Cộng hòa XHCN Việt Nam còn có thể xem xét là đã thể chế kịp thời đường lối chính trị mà Đảng ta đã và đang tiến hành. Tháng 9/1975, chỉ bốn tháng sau ngày miền Nam hoàn toàn giải phóng, Ban chấp hành Trung ương đã ban hành Nghị quyết số 24 “Về nhiệm vụ cách mạng Việt Nam trong giai đoạn mới” trong đó đã khẳng định “hoàn thành thống nhất nước nhà, đưa cả nước tiến nhanh, tiến mạnh, tiến vững chắc lên chủ nghĩa xã hội”. Trong Báo cáo của đồng chí Lê Duẩn, Bí thư thứ nhất Ban chấp hành Trung ương tại kỳ họp thứ nhất, Quốc hội khóa VI đã viết: “Ngày nay, Tổ quốc ta được hoàn toàn độc lập, đất nước sạch bóng quân xâm lược, non sông thu về một mối, thì dân tộc và chủ nghĩa xã hội thống nhất làm một.

Chỉ có chủ nghĩa xã hội mới đem lại cho nhân dân lao động quyền làm chủ thật sự và đầy đủ nhất... Chỉ có chủ nghĩa xã hội mới làm cho Tổ quốc ta thống nhất đầy đủ nhất: thống nhất về lãnh thổ, thống nhất về chính trị và tinh thần, thống nhất về kinh tế, văn

7 Xem Điều 2, Điều 3, Điều 4, Điều 8, Điều 9, Điều 11, Điều 22, Điều 23, Điều 24, Điều 25, Điều 26, Điều 27, Điều 29, Điều 30, Điều 33, Điều 34, Điều 39, Điều 40, Điều 41, Điều 43, Điều 44, Điều 64, Điều 65, Điều 66, Điều 67, Điều 68, Điều 69, Điều 70, Điều 71, Điều 97, Điều 105, Điều 109, Điều 110, Điều 111 Hiến pháp năm 1959.

8 Lời nói đầu Hiến pháp năm 1959.

9 Điều 9 Hiến pháp năm 1959.

10 Xem Văn kiện Quốc hội, Toàn tập, tập 1, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2006, tr. 53.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

hóa, xã hội, thống nhất về quyền lợi và nghĩa vụ, mọi người đoàn kết và thương yêu nhau một cách chân thành và thắm thiết.

Đối với mỗi người Việt Nam chúng ta, yêu nước ngày nay là yêu chủ nghĩa xã hội, là đem hết nhiệt tình, sức lực, trí tuệ và tài năng để xây dựng Tổ quốc XHCN”¹¹.

Việc đặt tên nước là nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, Quốc hội khóa VI đã hiện thực hóa đường lối của Đảng một cách cụ thể, nhanh chóng, tạo ra một động lực tinh thần to lớn, góp phần vào sự phát triển của đất nước trong thời kỳ mới. Tên nước Cộng hòa XHCN Việt Nam đã trở thành quốc hiệu gần 40 năm, sau này được ghi nhận vào các Hiến pháp năm 1980, năm 1992, năm 2013. Trong quá trình thảo luận, lấy ý kiến nhân dân về Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992 cũng có ý kiến đề nghị lấy lại tên nước là nước Việt Nam dân chủ cộng hòa¹² nhưng ý kiến này không được Ủy ban Dự thảo sửa đổi Hiến pháp chấp nhận¹³ và Quốc hội vẫn quyết định tên nước là nước Cộng hòa XHCN Việt Nam.

Quốc ca, quốc huy, quốc kỳ, thủ đô: Sự kế thừa tư tưởng lập hiến ở Việt Nam

Cùng với tuyên bố quốc hiệu, việc tuyên bố quốc ca, quốc huy, quốc kỳ, thủ đô cũng là những thành tố rất quan trọng để khẳng định ý chí của dân tộc, sức mạnh và sự thống nhất của toàn dân. Sự hiện diện của các thành tố này trong thể chế nhà nước làm cho mỗi công dân cảm thấy sự thiêng liêng, họ hãnh diện, kính cẩn chào đón trong hòa bình và

sẵn sàng hy sinh chiến đấu để bảo vệ Tổ quốc khi bị kẻ thù gây hấn. Nghị quyết được Quốc hội khóa VI thông qua tại kỳ họp thứ nhất về Tên nước, Quốc kỳ, Quốc huy, Thủ đô, Quốc ca của nước Việt Nam thống nhất quy định:

“2. Quốc kỳ nước Cộng hòa XHCN Việt Nam nền đỏ, ở giữa có ngôi sao vàng năm cánh.

3. Quốc huy nước Cộng hòa XHCN Việt Nam hình tròn, nền đỏ, ở giữa có ngôi sao vàng năm cánh, chung quanh có bông lúa, ở giữa có nửa bánh xe răng cưa và dòng chữ “Cộng hòa XHCN Việt Nam”.

4. Thủ đô nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là Hà Nội.

5. Quốc ca nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là bài Tiến quân ca”¹⁴.

Vấn đề Quốc kỳ, Thủ đô, Quốc ca đã được quy định ở các Hiến pháp năm 1946¹⁵, năm 1959¹⁶. Điểm mới trong quy định nội dung các thành tố Quốc kỳ, Quốc huy, Thủ đô, Quốc ca đều gắn liền với Quốc hiệu Cộng hòa XHCN Việt Nam. Trong các thành tố nói trên, vấn đề xác định bài hát làm Quốc ca đã có những thách thức đáng kể. Theo Nghị quyết kỳ họp thứ nhất Quốc hội khóa VI, Quốc ca nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là bài Tiến quân ca. Việc xác định bài Tiến quân ca là Quốc ca còn là sự kế thừa quy định trong Hiến pháp năm 1946¹⁷. Sau này trong các Hiến pháp năm 1992, năm

11 Xem Văn kiện Quốc hội, Toàn tập, tập 5, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2009, tr. 32.

12 Báo cáo tổng hợp ý kiến nhân dân về Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2013, tr. 73.

13 Báo cáo số 316/BC- UBĐTSĐHP ngày 17/10/2013 của Ủy ban Dự thảo sửa đổi Hiến pháp giải trình tiếp thu, chỉnh lý Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992, tr. 2.

14 Sđd, tr. 36.

15 Điều 3 Hiến pháp năm 1946.

16 Điều 109, Điều 110, Điều 111 Hiến pháp năm 1959.

17 Điều 3 Hiến pháp năm 1946.

2013 đều quy định bài “Tiến quân ca” là Quốc ca.

Tuy nhiên, vấn đề chọn bài “Tiến quân ca” làm quốc ca vẫn có những ý kiến khác nhau. Điểm đáng lưu ý là Hiến pháp năm 1980 đã quy định “Quốc ca nước Cộng hòa XHCN Việt Nam do Quốc hội thông qua”¹⁸. Từ quy định này, Quốc hội đã cho phép thành lập Ban vận động sáng tác quốc ca mới để thay bài Tiến quân ca. Những yêu cầu có tính định hướng để chọn Quốc ca mới là:

“a) Quốc ca là bài hát chính thức của nước nhà. Nội dung Quốc ca mới phải nói được truyền thống vẻ vang của dân tộc, ca ngợi đất nước ta giàu đẹp, cổ vũ nhân dân ta trong sự nghiệp xây dựng chủ nghĩa xã hội, bảo vệ Tổ quốc và làm nghĩa vụ quốc tế.

b) Quốc ca mới cần soạn theo thể loại bài hát nghi lễ dùng cho toàn dân ca hát, tấu nhạc. Quốc ca phải vừa hùng tráng, vừa trữ tình, vừa sôi nổi, vừa lắng đọng.

c) Quốc ca không nên dài; độ dài tương đương với bài “Tiến quân ca” là vừa.

d) Nghệ thuật của Quốc ca phải mang tính dân tộc - hiện đại. Nhạc và lời, làm sao cho dễ hát.

đ) Yêu cầu về nghệ thuật phải cao (cả về nhạc và lời)”¹⁹.

Thời hạn Ban vận động nhận bài dự thi từ ngày 19/5/1981 đến ngày 19/12/1981. Tính đến ngày 19/12/1981, Ban vận động nhận được 1.420 bài của 1.181 tác giả²⁰. Kết

quả sơ tuyển vòng I (từ đầu tháng 8/1981 đến ngày 23/3/1982) Hội đồng giám khảo đã sơ tuyển được 74 bài của 74 tác giả²¹. Kết quả sơ tuyển vòng II, ngày 23/4/1982, Ban Vận động và Hội đồng giám khảo đã báo cáo Hội đồng Nhà nước chọn được 17 bài để trình Quốc hội nghe và sau đó giới thiệu rộng rãi để trưng cầu ý kiến của dân²². Đáng tiếc cả 17 bài đã được sơ tuyển chưa đáp ứng được yêu cầu của nhân dân. Sau đó, Ban vận động sáng tác quốc ca mới còn đề nghị Quốc hội tiếp tục cho cuộc vận động kéo dài một năm rưỡi nữa²³ nhưng kết quả không có gì mới. Trong lần sửa đổi, bổ sung Hiến pháp năm 1992, cũng có ý kiến muốn sửa lời của bài Tiến quân ca cho phù hợp với tình hình mới²⁴ nhưng cuối cùng, khi thông qua Hiến pháp năm 2013, Quốc hội vẫn quyết định “Quốc ca nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là nhạc và lời của bài Tiến quân ca”²⁵.

Bài học còn mãi với thời gian

Đã 40 năm trôi qua, Nghị quyết về Tên nước, Quốc kỳ, Quốc huy, Thủ đô, Quốc ca² thể hiện sự nhạy bén, kiên định, sáng suốt của các vị đại biểu Quốc hội khóa VI. Những nội dung của Nghị quyết này đã được chuyển tải gần như nguyên vẹn vào các Hiến pháp năm 1980, năm 1992, năm 2013. Thể chế nhà nước Việt Nam từ kỳ họp thứ nhất Quốc hội khóa VI đến nay đã gắn liền với quốc hiệu Cộng hòa XHCN Việt Nam là niềm tự hào của mỗi người dân, của đất nước mặc dù bản đồ địa chính trị thế giới đã có nhiều đổi

18 Điều 144 Hiến pháp năm 1980.

19 Báo cáo của Ban vận động sáng tác Quốc ca mới trình tại Kỳ họp thứ ba, Quốc hội Khóa VII, Văn kiện Quốc hội, Toàn tập, tập 6, quyển 1, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2010, tr. 622.

20 Tlđđ, tr. 626.

21 Tlđđ, tr. 627 - 628.

22 Tlđđ, tr. 629 - 630.

23 Báo cáo của Ban vận động và Hội đồng giám khảo sáng tác Quốc ca mới trình Quốc hội về việc trưng cầu ý kiến nhân dân đối với 17 bài được sơ tuyển, Văn kiện Quốc hội, Toàn tập, tập 6, quyển 1, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2010, tr. 771.

24 Báo cáo tổng hợp ý kiến nhân dân về Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2013, tr. 170.

25 Điều 13 Hiến pháp năm 2013.

thay. Từ việc ban hành Nghị quyết kỳ họp thứ nhất Quốc hội khóa VI về Tên nước, Quốc kỳ, Quốc huy, Thủ đô, Quốc ca, có thể rút ra một số bài học kinh nghiệm sau:

Thứ nhất, để đáp ứng yêu cầu xây dựng và bảo vệ Tổ quốc, Quốc hội phải có những quyết định kịp thời, tương thích với vị thế của cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất. Tình hình năm 1976 có những thuận lợi nhưng cũng có nhiều khó khăn, thách thức, trong đó phải kể đến hậu quả của chiến tranh rất nặng nề, nhất là ở miền Nam qua nhiều thập kỷ nhân dân phải sống trong cảnh bị xâm lược, bị kẻ thù tiến hành chiến tranh tâm lý, chưa hiểu rõ chủ nghĩa xã hội cũng như thể chế nhà nước ở miền Bắc. Việc lựa chọn thể chế nhà nước như thế nào sau khi thống nhất đất nước là câu hỏi đặt ra cho mỗi người dân nhưng trước hết là ở cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất. Trong điều kiện chưa thể ban hành hiến pháp mới, việc Quốc hội ban hành Nghị quyết về Tên nước, Quốc kỳ, Quốc huy, Thủ đô, Quốc ca là quyết định mạnh mẽ để mở đường cho việc xây dựng thể chế nhà nước, kịp thời cổ vũ tinh thần yêu nước của nhân dân trong thời kỳ mới. Khi xuất hiện những yếu tố liên quan đến vận mệnh quốc gia, nếu đắn đo, cân nhắc nhiều, không có quyết định kịp thời thì có thể làm trì hoãn con đường phát triển của đất nước, không phát huy sức mạnh yêu nước của nhân dân, dễ bị các thế lực thù địch lợi dụng gây ra nhiều khó khăn và hệ lụy lớn nhất là làm cho quyền lực của Quốc hội sẽ trở lên hư ảo.

Thứ hai, Quốc hội phải quyết định cách thể hiện ý chí của nhân dân một cách quyền biến. Quốc hội là cơ quan đại biểu cao nhất của nhân dân, tùy theo điều kiện, hoàn cảnh và yêu cầu cụ thể để có thể thể hiện ý chí của

nhân dân bằng nhiều cách khác nhau như làm Hiến pháp, ban hành luật, pháp lệnh, ban hành nghị quyết, ra lời tuyên bố. Trong điều kiện kỳ họp thứ nhất Quốc hội khóa VI năm 1976, việc xây dựng thể chế nhà nước là nhu cầu cấp bách, nếu quyết định bằng ban hành Hiến pháp thì phải đợi bốn năm (Hiến pháp năm 1980), bằng hình thức một đạo luật cũng gặp khó khăn về kỹ thuật vì mới Tổng tuyển cử xong, chưa bầu các ủy ban của Quốc hội, kỳ họp thứ nhất của Quốc hội khóa VI đã phải quyết định ngay những vấn đề về thể chế nhà nước. Việc ban hành Nghị quyết kỳ họp thứ nhất Quốc hội khóa VI về Tên nước, Quốc kỳ, Quốc huy, Thủ đô, Quốc ca là lựa chọn hợp lý, được trình và thông qua tại một kỳ họp. Nội dung của Nghị quyết này điều chỉnh những vấn đề mang tầm hiến định, đã được chuyển tải vào các Hiến pháp năm 1980, năm 1992, năm 2013. Sau này, trong quá trình trình xây dựng Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật, cũng có ý kiến bàn về tính hiệu lực của Nghị quyết do Quốc hội ban hành. Tuy nhiên, xét từ góc độ quyền lực nhà nước, nghị quyết của Quốc hội không phải là một lời kêu gọi mà luôn phải có giá trị như một đạo luật, được thi hành thống nhất trong cả nước. Tất cả các cơ quan lập pháp, hành pháp và tư pháp và công dân đều phải có hành động phù hợp với sự điều chỉnh về thể chế nhà nước trong Nghị quyết của Quốc hội.

Thứ ba, các quyết định của Quốc hội liên quan đến thể chế nhà nước luôn phải kết hợp hài hòa giữa các yếu tố kế thừa và phát triển. Nghị quyết kỳ họp thứ nhất Quốc hội khóa VI về Tên nước, Quốc kỳ, Quốc huy, Thủ đô, Quốc ca thể hiện tính kế thừa tư tưởng Hiến pháp năm 1946 ở những nội dung về quốc ca, quốc huy, quốc kỳ. Những thành tố này

26 Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI, Nxb Chính trị Quốc gia, H., 2011, tr. 70.

27 Ngày 15/11/2008, Quốc hội ban hành Nghị quyết số 26/2008/QH12 về thực hiện thí điểm không tổ chức Hội đồng nhân dân huyện, quận, phường ở một số địa phương. Khi Quốc hội thông qua Luật Tổ chức chính quyền địa phương đã quy định Hội đồng nhân dân được tổ chức ở tất cả mọi cấp chính quyền.



đã trở thành niềm kiêu hãnh của mỗi người Việt Nam, là động lực tinh thần to lớn thúc đẩy hành động yêu nước trong mọi hoàn cảnh. Nghị quyết này còn mang tính đột phá ở việc đặt tên nước - quốc hiệu là Cộng hòa XHCN Việt Nam, nhằm khẳng định con đường đi lên của cách mạng trong thời kỳ mới. Vấn đề này tiếp tục được khẳng định trong Cương lĩnh chính trị của Đảng “đi lên chủ nghĩa xã hội là khát vọng của nhân dân ta, là sự lựa chọn đúng đắn của Đảng cộng sản Việt Nam và Chủ tịch Hồ Chí Minh, phù hợp với xu thế phát triển của lịch sử”²⁷. Sự kết hợp hài hòa giữa các yếu tố kế thừa và phát triển đã làm cho sức sống của Nghị quyết còn mãi với thời gian. Mọi ý tưởng lập pháp xa rời nguyên tắc này đều không đạt được kết quả như mong muốn (như việc thành lập Ban vận động sáng tác quốc ca mới hoặc thí điểm không tổ chức Hội đồng nhân dân quận, huyện, phường ở một số địa phương²⁸).

Thứ tư, Quốc hội có thể quyết định những vấn đề quan trọng của đất nước bằng những quyết định mang tính pháp lý ngắn gọn, súc tích. Bản Nghị quyết được Quốc hội khóa VI thông qua tại kỳ họp thứ nhất về Tên nước, Quốc kỳ, Quốc huy, Thủ đô, Quốc ca chỉ gồm 122 từ, bao hàm năm vấn đề lớn mang tầm hiến định nhưng sống mãi với thời gian, được chuyển tải vào các Hiến pháp năm 1980, năm 1992, năm 2013. Trong hoạt động lập pháp ở Quốc hội hiện nay, đang xuất hiện một xu thế ban hành những đạo luật đồ sộ, nhiều chương, nhiều điều nhưng lại phải sửa đổi, bổ sung nhiều lần, có đạo luật chưa có hiệu lực đã phải sửa đổi. Đây là “căn bệnh thành tích” dễ mắc lỗi làm “méo mó” hình ảnh cơ quan lập pháp trước nhân dân. Đã đến lúc phải suy nghĩ lại để ban hành những đạo luật có dung lượng hợp lý hơn, không nên sử dụng nhiều từ mang tính “đại ngôn” mà cần coi trọng chất lượng của luật để đảm bảo tính ổn định của các quan hệ xã hội, coi trọng nhu cầu thiết thực của người dân ■

28 Ngày 15/11/2008, Quốc hội ban hành Nghị quyết số 26/2008/QH12 về thực hiện thí điểm không tổ chức Hội đồng nhân dân huyện, quận, phường ở một số địa phương. Khi Quốc hội thông qua Luật Tổ chức chính quyền địa phương đã quy định Hội đồng nhân dân được tổ chức ở tất cả mọi cấp chính quyền.

Rủ ro pháp lý khi giải quyết tranh chấp hợp đồng tại tòa án - GIẢI PHÁP CHÍNH SÁCH

VÕ TRÍ HẢO*

1. Dẫn nhập

Khi quan sát mô hình và văn hóa kinh doanh ở Việt Nam, chúng ta có thể thấy hai điểm khá bất thường: quy mô kinh doanh nhỏ¹ và “văn hóa bia rượu”, chi phí tiếp khách trong kinh doanh khá lớn². Hai đặc điểm này, theo chúng tôi, là hệ quả của việc rủi ro cao trong thực thi hợp đồng, khiến cho doanh nhân Việt gặp khó khăn khi liên kết hợp tác làm ăn quy mô lớn và cần nhiều thời gian, chi phí và các cách thức khác nhau để thẩm định đối tác.

Chúng tôi sẽ bước đầu nhận diện các rủi ro pháp lý trong thực thi hợp đồng; giải mã những tập quán kinh doanh bất thường; đưa ra các khuyến nghị chính sách loại bỏ, giảm bớt các rủi ro này, hướng tới môi trường kinh doanh ít rủi ro, cắt giảm chi phí kinh doanh không cần thiết, nâng cao độ hấp dẫn, sức cạnh tranh của nền kinh tế Việt Nam.

Hiện tượng bội tín trong kinh doanh không chỉ liên quan đến bản thân luật hợp đồng, mà còn liên quan đến một loạt các chế

định như: thời hiệu khởi kiện, phạm vi bồi thường, tố tụng dân sự, thiếu chế tài hình sự cần thiết, thi hành án, phí luật sư... Bài viết này cũng trực tiếp góp ý vào Dự thảo sửa đổi Bộ luật Dân sự (BLDS), Bộ luật Tố tụng dân sự (BLTTDS), Bộ luật Hình sự (BLHS) nhằm cung cấp giải pháp tổng thể, góp phần khắc phục tận gốc những rủi ro trong thực thi hợp đồng.

2. Rủi ro khi giải quyết tranh chấp hợp đồng tại tòa án

Khi phát sinh tranh chấp, nếu các bên không thương lượng, hòa giải thành công và không có cơ hội giải quyết tranh chấp tại trọng tài thương mại, các bên phải đưa vụ việc ra tòa án theo thủ tục tố tụng dân sự. Nhưng ở đó, có nhiều rủi ro pháp lý sẽ bủa vây nguyên đơn.

2.1. Rủi ro bị từ chối thụ lý đơn kiện vì lý do hết thời hiệu khởi kiện

Điều 427 BLDS năm 2005 quy định: “Thời hiệu khởi kiện để yêu cầu Tòa án giải quyết tranh chấp hợp đồng dân sự là hai năm,

* TS. Đại học Kinh tế TP. Hồ Chí Minh.

1 Nguyễn Tuyền (2015), Doanh nghiệp Việt mãi cứ nhỏ li ti thì hội nhập làm sao?, truy cập 07/06/2015 - 09:39, <http://dantri.com.vn/kinh-doanh/doanh-nghiep-viet-mai-cu-nho-li-ti-thi-hoi-nhap-lam-sao-1082206.htm>

2 Vũ Hoàng (2015), Nạn rượu bia ở Việt Nam lên báo Pháp, truy cập 14/2/2015 | 11:14 GMT+7, <http://vnexpress.net/tin-tuc/the-gioi/nan-bia-ruou-o-viet-nam-len-bao-phap-3147577.html>.

kể từ ngày quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, pháp nhân, các chủ thể khác bị xâm phạm”. Không ít rủi ro pháp lý đã diễn ra trong thực tế liên quan đến điều khoản này, bởi các nguyên nhân sau:

Thứ nhất, người Việt thường cả nể nhau trong kinh doanh và vì vậy thường không quyết định khởi kiện ngay khi đối tác vi phạm nghĩa vụ hợp đồng. Văn hóa người Việt cũng quan niệm “vô phúc đáo tụng đình” nên rất dè dặt khi khởi kiện. Chỉ khi diễn biến vụ việc đi quá ngưỡng chịu đựng của bên bị xâm hại, họ mới quyết định khởi kiện và khi đó, có thể đã quá thời hạn hai năm.

Thứ hai, nhiều người Việt quan niệm “công lý không có thời hạn” và không ý thức được rằng sau hai năm, nếu họ không khởi kiện thì sẽ mất khả năng đòi lại quyền và lợi ích hợp pháp của mình.

Thứ ba, ngay cả trong trường hợp một doanh nhân có tinh thần sẵn sàng khởi kiện và hiểu được hết nội dung của điều luật nêu trên, thì không phải lúc nào cũng dễ dàng xác định được chính xác thời điểm nào quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị xâm hại; điều thường xảy ra khi nghĩa vụ hợp đồng được thực thi thành nhiều đợt; khiếm khuyết của sản phẩm khó phát hiện ngay. Thời điểm lợi ích bị xâm hại cũng khó xác định đối với các vụ án yêu cầu đòi bồi thường thiệt hại theo hợp đồng.

2.2. Rủi ro trong xác minh, củng cố chứng cứ vụ án dân sự

Khi phát sinh tranh chấp hợp đồng, nghĩa vụ chứng minh thuộc về nguyên đơn. Việc xác minh, củng cố chứng cứ nhằm tìm ra sự thật là một việc khó khăn nói chung và liên quan đến tất cả các chủ thể tiến hành tố tụng, tham gia tố tụng; nhưng công việc này càng khó khăn với nguyên đơn - vốn không có quyền lực nhà nước để buộc một chủ thể nào đó cung cấp tài liệu, chứng cứ liên quan. Mà chứng cứ vụ án thì nằm rải rác ở nhiều

chủ thể liên quan, trong đó nhiều chứng cứ do bên bị đơn nắm giữ và vì do có lợi ích đối kháng, nên bị đơn sẽ tìm cách né tránh cung cấp các chứng cứ có lợi cho nguyên đơn.

Bởi vậy, các hệ thống pháp luật tố tụng dân sự trên thế giới, trong đó có BLTTDS năm 2004 của Việt Nam, đều quy định tòa án có trách nhiệm giúp đỡ các đương sự thu thập chứng cứ vụ án dân sự.

Tuy nhiên, thực tiễn tố tụng ở Việt Nam cho thấy, tòa án chưa được trao đầy đủ công cụ, sức mạnh cần thiết để hoàn thành bổn phận trợ giúp này. Bởi Điều 308 BLHS năm 1999 hiện nay chỉ mới quy định trách nhiệm hình sự đối với hành vi từ chối cung cấp tài liệu (một loại chứng cứ bằng văn bản), trong khi chứng cứ vụ án dân sự còn bao gồm nhiều loại khác.

Và ngay cả việc từ chối cung cấp tài liệu, thì Điều 389 BLTTDS năm 2004 lại tự giới hạn khả năng trừng phạt thêm một lần nữa. Theo đó, người không thi hành quyết định của tòa án về việc cung cấp chứng cứ sẽ bị phạt cảnh cáo, phạt tiền (khoản 1); việc truy cứu trách nhiệm hình sự còn tùy theo mức độ vi phạm. Hay nói cách khác, việc chống lại quyết định có hiệu lực của tòa án không tự động áp dụng Điều 304, Điều 308 BLHS năm 1999.

2.3. Rủi ro từ khai man, tạo chứng cứ giả

Thực tiễn tố tụng dân sự cho thấy, các đương sự có thể khai báo gian dối, tạo chứng cứ giả mạo gây khó khăn cho tòa án khi tìm hiểu sự thật, dẫn tới kết quả xét xử bị sai lệch. Để hạn chế hiện tượng này, BLHS năm 1999 đã quy định trách nhiệm hình sự đối với hành vi “thêm, bớt, sửa đổi, đánh tráo, hủy, làm hư hỏng các tài liệu, vật chứng của vụ án hoặc bằng các thủ đoạn khác nhằm làm sai lệch nội dung hồ sơ vụ án” (Điều 300) và hành vi “khai gian dối hoặc cung cấp những tài liệu mà mình biết rõ là sai sự thật” (Điều 307).

Tuy nhiên, hai tội danh nêu trên chỉ áp dụng đối với “Điều tra viên, Kiểm sát viên, Thẩm phán, Hội thẩm, Thư ký Tòa án, nhân viên tư pháp khác, người bào chữa, người bảo vệ quyền lợi của đương sự” (Điều 300) và “người giám định, người phiên dịch, người làm chứng” (Điều 307) mà không áp dụng khi bản thân đương sự có hành vi này.

Việc không truy cứu trách nhiệm hình sự đối với hai nhóm hành vi nêu tại Điều 300 và Điều 307 đối với bị can, bị cáo trong các vụ án hình sự là hoàn toàn hợp lý, phù hợp với nguyên tắc “một người không bị buộc đưa ra lời khai buộc tội (hình sự) lại chính mình”, nhưng sự mở rộng để áp dụng máy móc nguyên tắc này sang các vụ án dân sự là không phù hợp và dẫn đến đương sự trong các vụ án dân sự đã lạm dụng thực hiện hai nhóm hành vi nêu trên mà không phải chịu trách nhiệm hình sự nào. Điều này giải thích tại sao trong các vụ án dân sự ở Việt Nam, đương sự không ngại khai báo gian dối, nhất là trong các vụ án có giá trị tranh chấp lớn.

Không hiếm trường hợp, các bên tranh chấp hợp đồng đã ngụy tạo các giấy biên nhận, giấy giao nhận hàng hóa, nợ viết tay và giả mạo chữ ký của đối tác³. Sở dĩ hiện tượng ngụy tạo này xảy ra nhiều, vì Điều 266 BLHS năm 1999 chỉ quy định về: “Tội sửa chữa, sử dụng giấy chứng nhận và các tài liệu của cơ quan, tổ chức” mà không hề quy định tội sửa chữa, sử dụng giấy xác nhận giả của cá nhân; Điều 267 quy định tội làm giả con dấu, tài liệu của cơ quan tổ chức mà không bao gồm hành vi làm giả giấy tờ của cá nhân. Theo ngôn từ của Điều 266, chỉ có giấy tờ của cơ quan nhà nước mới được chú

trọng, còn giấy tờ, con dấu của doanh nghiệp chưa được đề cập trực tiếp: “Người nào sửa chữa, làm sai lệch nội dung hộ chiếu, thị thực, hộ khẩu, hộ tịch hoặc các loại giấy chứng nhận và tài liệu khác của cơ quan, tổ chức và sử dụng giấy tờ đó thực hiện hành vi trái pháp luật gây hậu quả nghiêm trọng hoặc đã bị xử phạt hành chính về hành vi này mà còn vi phạm, thì bị phạt cảnh cáo, phạt tiền từ một triệu đồng đến mười triệu đồng, cải tạo không giam giữ đến ba năm hoặc phạt tù từ sáu tháng đến ba năm”.

Hành vi khai man, sửa chữa, thêm bớt làm sai lệch chứng cứ trong các vụ án dân sự thường được pháp luật hình sự trên thế giới coi là hành vi phỉ báng tòa án và áp dụng trách nhiệm hình sự đối với nhóm hành vi này.

3. Rủi ro sau khi thắng kiện

Khi một hợp đồng xảy ra tranh chấp, các “khổ chủ” phải trải qua rất nhiều công đoạn, với rất nhiều rủi ro pháp lý, họ có thể thắng kiện. Nhưng từ khi thắng kiện, với bản án có hiệu lực pháp luật trong tay đến khi thu hồi được tài sản, bù đắp được tổn thất còn là một quãng đường khá xa. Trước khi đi vào phân tích chi tiết, chúng ta có thể hình dung tổng quan về bức tranh này qua kết quả khảo sát của Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam (VCCI) công bố tại Hội thảo “Luật thi hành án dân sự - Góc nhìn từ doanh nghiệp” do VCCI phối hợp với Bộ Tư pháp tổ chức tại Hà Nội⁴ ngày 10/3/2014. “Đó là, tỷ lệ thành công khi thuê “xã hội đen” thu hồi nợ cao đến 90% và thời gian chỉ từ 15 đến 30 ngày, trong khi đó nếu sử dụng

3 Trong quá trình hoạt động tư vấn, chúng tôi đã trực tiếp gặp tình huống đương sự giả mạo chữ ký của cá nhân khác, sau đó được Báo Bình Phước phản ánh (xem: Minh Luận – Lê Trực (2015), Vụ kiện vừa ăn cướp vừa la làng vẫn chưa kết thúc, cập nhật 8:48 ngày 26/08/2015, <http://baobinhphuoc.com.vn/Content/vu-kien-vua-an-cuop-vua-la-lang-van-chua-ket-thuc-47149>).

4 Kông Lý (2014), Thu hồi nợ: Vì sao xã hội đen “ăn đứt” thi hành án?, cập nhật 12:14 - Thứ Năm, 27/2/2014, (<http://vneconomy.vn/doanh-nhan/thu-hoi-no-vi-sao-xa-hoi-den-an-dut-thi-hanh-an-20140227120213461.htm>)

phương án khởi kiện tại tòa và cơ quan thi hành án, thì hiệu quả thu hồi chỉ khoảng 50% và thời gian kéo dài tới... 400 ngày⁵...

Khi sử dụng phương án khởi kiện tại tòa án và cơ quan thi hành án, chủ nợ phải bỏ ra khoản chi phí bằng 20 - 30% khoản nợ⁶, nhưng chưa kể tiền lót tay và các khoản chi phí không chính thức khác. Còn nếu sử dụng “xã hội đen”, chi phí bỏ ra khoảng chiếm 40 - 70% khoản nợ, và không có chi phí phụ nào. Còn với một phương án thu nợ khác là thuê các dịch vụ thu nợ hợp pháp, thì thời gian trung bình khoảng 60 - 90 ngày, tỷ lệ thành công 70 - 80%”.

3.1. Rủi ro từ vi phạm thời hạn luật định trong công tác thi hành án

Cũng tại hội thảo nêu trên, có ý kiến nhận định rằng, một trong những nguyên nhân căn bản của chất lượng thi hành án còn kém hiệu quả là do hệ thống pháp luật còn thiếu chặt chẽ, nhiều chế tài mơ hồ, rườm rà⁷. Còn theo một ý kiến khác, thì: “khuyết điểm lớn nhất của Luật Thi hành án là nhiều thủ tục không có thời hạn xác định...”⁸; “việc vi phạm thời hạn luật định trong công tác thi hành án diễn ra rất phổ biến nhưng lại thiếu chế tài xử lý. Chính điều này đã làm cho không ít doanh nghiệp chịu thiệt hại nặng nề do thu hồi nợ chậm và phát sinh nhiều chi phí phụ”⁹.

Sự rườm rà trong Luật Thi hành án dân sự còn liên quan trực tiếp đến khởi động việc thi hành án, làm dừng và thay đổi nội dung bản án, quyết định của tòa án. Riêng tòa án phải ra tới 12 loại văn bản, trong đó có tới 17 quyết định về thi hành án dân sự¹⁰.

Ngoài ra, còn có rủi ro từ nghĩa vụ bên được thi hành án phải xác minh điều kiện thi hành án của người phải thi hành án, nhất là việc xác minh tại các cơ quan quản lý nhà nước, các tổ chức tín dụng... và cung cấp cho cơ quan thi hành án. Đây là điều khó vì việc xác minh điều kiện thi hành án của một doanh nghiệp hiện nay là điều dường như không thể hoặc phải tốn rất nhiều chi phí “mua tin”¹¹.

3.2. Rủi ro do bên thua kiện đã tẩu tán tài sản trước thời điểm nộp đơn khởi kiện

Hiện nay, trong hệ thống pháp luật Việt Nam, chỉ trong vụ án hình sự¹² hoặc trong thủ tục giải quyết phá sản doanh nghiệp mới có các quy định ngăn chặn việc tẩu tán tài sản trước khi khởi tố vụ án hình sự hoặc trước khi mở thủ tục phá sản doanh nghiệp. Còn trong BLDS năm 2005, BLTTDS năm 2004, Luật Trọng tài thương mại năm 2010 đều chưa có quy định ngăn chặn việc tẩu tán tài sản trước khi đơn khởi kiện được thụ lý. Bởi vậy, nếu một trong các bên đối tác của hợp đồng có ý đồ gian lận, thì họ có thể tẩu tán tài sản trước cả khi tòa án thụ lý đơn khởi

5 Con số này trùng hợp với Báo cáo thường niên Ease of Doing Business in Vietnam của World Bank (2015), Enforcing Contracts, cập nhật 12:00 ngày 22/9/2015, (<http://www.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/vietnam/#enforcing-contracts>)

6 Báo cáo thường niên Doing Business của World Bank đưa ra con số rất sát 29%: World Bank (2015), Enforcing Contracts, cập nhật 12:00 ngày 22/9/2015, (<http://www.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/vietnam/#enforcing-contracts>)

7 Kông Lý (2014), Thu hồi nợ: Vì sao xã hội đen “ăn đứt” thi hành án?, t.lđđ.

8 Kông Lý (2014), Thu hồi nợ: Vì sao xã hội đen “ăn đứt” thi hành án?, t.lđđ.

9 Kông Lý (2014), Thu hồi nợ: Vì sao xã hội đen “ăn đứt” thi hành án?, t.lđđ.

10 Kông Lý (2014), Thu hồi nợ: Vì sao xã hội đen “ăn đứt” thi hành án?, t.lđđ.

11 Kông Lý (2014), Thu hồi nợ: Vì sao xã hội đen “ăn đứt” thi hành án?, t.lđđ.

12 Theo kết quả khảo sát của Viện Khoa học Thanh tra phối hợp với UNDP, ngay cả đối với các vụ án hình sự, nhóm tội tham nhũng thì tỷ lệ thi hành án cũng khá thấp, dẫn theo VnEconomy (2015), Rất ít tài sản tham nhũng đứng tên chủ sở hữu, cập nhật 12:02 - Thứ Sáu, 31/7/2015, (<http://vneconomy.vn/thoi-su/rat-it-tai-san-tham-nhung-dung-ten-chu-so-huu-20150731110344991.htm>).

kiện và nguyên đơn vô phương ngăn chặn việc tẩu tán này. Bởi theo quy định hiện hành, chỉ sau khi nộp đơn, nguyên đơn mới có quyền yêu cầu áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời, bao gồm biện pháp ngăn chặn tẩu tán tài sản, nhằm bảo đảm thi hành án khi thắng kiện. Còn đối với giao dịch nhằm tẩu tán tài sản liền trước khi nguyên đơn nộp đơn khởi kiện yêu cầu tòa án giải quyết tranh chấp hợp đồng thì vẫn được pháp luật Việt Nam thừa nhận giá trị pháp lý. Bởi vậy, nếu bị đơn nhanh tay tẩu tán hết tài sản, trước khi nguyên đơn yêu cầu áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời, thì khi nguyên đơn thắng kiện, bản án có hiệu lực pháp luật, tài sản của bị đơn đã không còn gì đáng giá để có thể trả nợ cho nguyên đơn; nguyên đơn thắng kiện, mất chi phí, thời gian theo đuổi vụ kiện, nhưng không thu hồi được bất kỳ tài sản nào.

3.3. Rủi ro do sự vênh nhau giữa các văn bản pháp luật

Trong một số trường hợp, một hợp đồng liên quan đến một tài sản đồng bộ, nhưng các văn bản pháp luật khác nhau đưa ra các hướng giải quyết khác nhau dẫn tới tình trạng không thể xử lý được tài sản liên quan. Một trong số này là sự vênh nhau giữa quy định về thời điểm thay đổi quyền sở hữu nhà theo Luật Nhà ở năm 2014 và thời điểm thay đổi quyền sử dụng đất ở theo Luật Đất đai năm 2013. Luật Nhà ở trọng “dung” (nội dung) và lấy mốc là thời điểm hoàn thành hợp đồng chuyển quyền, tặng cho, góp vốn; trong khi Luật Đất đai lại trọng “thức” (hình thức) lại lấy mốc là hoàn thành thủ tục đăng ký vào sổ địa chính.

Cụ thể, khoản 1 và khoản 2 Điều 12 Luật Nhà ở năm 2014 quy định: “Thời điểm chuyển quyền sở hữu nhà ở là kể từ thời điểm bên mua, bên thuê mua đã thanh toán đủ tiền mua, tiền thuê mua và đã nhận bàn giao nhà ở, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác. Trường hợp góp vốn, tặng cho, đổi nhà ở thì thời điểm chuyển quyền sở hữu

là kể từ thời điểm bên nhận góp vốn, bên nhận tặng cho, bên nhận đổi nhận bàn giao nhà ở từ bên góp vốn, bên tặng cho, bên đổi nhà ở”.

Trong khi đó, khoản 1 và khoản 7 Điều 95 Luật Đất đai năm 2013 quy định: “1. Đăng ký đất đai là bắt buộc đối với người sử dụng đất và người được giao đất để quản lý; đăng ký quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất thực hiện theo yêu cầu của chủ sở hữu.

7. Việc đăng ký đất đai, tài sản gắn liền với đất có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký vào Sổ địa chính”.

Chính sự vênh nhau về thời điểm chuyển quyền sở hữu nên trong thực tế có thể diễn ra trường hợp: B nhận chuyển nhượng nhà gắn liền với đất ở từ A và trên cơ sở hợp đồng chuyển nhượng này, B dùng tài sản là căn nhà gắn liền với quyền sử dụng đất để thế chấp vay vốn ngân hàng C, hoặc chuyển nhượng tiếp cho D mà trước đó chưa làm thủ tục đăng ký đất đai vào sổ địa chính. Khi đến hạn, B không trả được nợ; dẫn tới khi ngân hàng C làm thủ tục phát mãi căn nhà này thì cơ quan thi hành án từ chối cưỡng chế thi hành vì lý do: nhà đã thuộc sở hữu của B theo quy định của Điều 12 Luật Nhà ở năm 2014, nhưng quyền sử dụng đất thì vẫn thuộc sở hữu của A; và chỉ có thể cưỡng chế được khi A và B phối hợp với nhau để hoàn tất nốt thủ tục đăng ký đất đai theo khoản 7 Điều 95. Do không còn lợi ích liên quan, A không có lý do gì phải phối hợp với B; B thì sẽ bị phát mãi nhà và đất nên cũng không có động lực phối hợp với A.

3.4. Chi phí kiện tụng lớn hơn lợi ích được bù đắp

Khác với các hệ thống pháp luật tiên tiến trên thế giới, hiện nay, BLDS năm 2005 và BLTTDS năm 2004 của Việt Nam xây dựng dựa trên nguyên tắc: bên thắng kiện chỉ được trả lại những gì mình đáng được hưởng nếu

không có tranh chấp xảy ra, chưa tính đến bù đắp những phí tổn không đáng có mà bên thắng kiện đáng lẽ không phải gánh chịu nếu không có tranh chấp xảy ra. Điều này dẫn tới, trong nhiều trường hợp nguyên đơn thắng kiện, nhưng tính về tổng thể vẫn hao tài, thiệt thân.

Khi thắng kiện, người thắng kiện chỉ được nhận lại giá trị tương ứng với giá trị tranh chấp. Nhưng để thắng kiện, thân chủ ít khi tự mình bỏ ra thời gian hai năm theo đuổi các cấp xét xử, mà thường phải thuê luật sư. Trong trường hợp thân chủ là người có kiến thức pháp lý và có đủ thời gian để tự mình trực tiếp theo đuổi vụ kiện, thì tiền công lao động của họ tương ứng với thù lao luật sư nêu trên cũng sẽ không được tòa án tính đến để bù đắp.

Điều này có nghĩa, ngay cả trong trường hợp thắng kiện, một khi tranh chấp xảy ra, người thắng kiện vẫn bị tổn thất không đáng có, bị mất đi gián tiếp ước tính từ 10% - 30% giá trị tranh chấp từ chi phí kiện tụng¹³.

Điều này lý giải cho hiện trạng thường thấy ở Việt Nam, là nếu giá trị tranh chấp dưới 20 triệu - dưới mức sàn chi phí thuê luật sư - thì ít ai khởi kiện, mà sẽ từ bỏ quyền đòi nợ, nếu như các phương thức phi tố tụng không có hiệu quả.

Để bảo đảm công bằng, răn đe kẻ chây ì và khuyến khích bên làm ăn chính đáng khởi kiện các vụ án, thì các hệ thống pháp luật tiên tiến trên thế giới thường buộc bên thua kiện phải gánh chịu chi phí luật sư, kiện tụng cho bên thắng kiện. Do vậy, dù giá trị tranh chấp rất nhỏ thì các đối tác cũng không dám chây ì, vì nếu để xảy ra kiện tụng thì bên chây ì sẽ phải gánh chịu phí luật sư lớn hơn rất nhiều lần giá trị tranh chấp. Hay nói cách

khác, khoản phí luật sư này làm cho bên chây ì phải đối mặt với rủi ro rất lớn nếu thua kiện.

Còn ở Việt Nam, những kẻ chây ì gần như không phải trả giá gì đáng kể khi thua kiện, ngoài án phí - vốn ít có ý nghĩa răn đe nêu giá trị tranh chấp nhỏ.

4. Các khuyến nghị chính sách

Phân tích ở phần trên cho thấy, hiện tượng bội tín không chỉ liên quan bản thân luật hợp đồng, mà còn liên quan đến một loạt các chế định liên quan: thời hiệu khởi kiện ngắn, thiếu vắng chế tài hình sự đối với kẻ không trung thực, hiệu quả thi hành án thấp, chi phí kiện tụng không được bù đắp... Chúng tôi đề xuất các giải pháp đồng bộ, liên quan đồng thời đến Dự thảo BLDS, Dự thảo BLHS, Dự thảo BLTTDS đang được sửa đổi, bổ sung và vấn đề đánh giá tổng kết công tác thừa phát lại.

4.1. Bổ sung chế tài hình sự, sửa đổi các tội danh liên quan đến hành vi giả mạo chứng cứ, khai báo gian dối

BLHS năm 1985 và BLHS năm 1999 chưa chú trọng thích đáng đến việc bảo vệ tư hữu nói chung và bảo vệ chống lại các hành vi xâm hại công lý trong tố tụng dân sự. Sự tụt hậu này cần được khắc phục để bảo đảm công lý, duy trì quyền uy cho tòa án trong tố tụng dân sự, và trực tiếp trừng phạt những hành vi gian dối, phỉ báng tòa án.

Cụ thể, Dự thảo BLHS sửa đổi cần điều chỉnh như sau:

(a) Sửa đổi, bổ sung Điều 266 BLHS năm 1999/ Điều 353 Dự thảo sửa đổi BLHS¹⁴

Bổ sung tài liệu của doanh nghiệp, cá nhân vào đối tượng bị xâm hại của hành vi phạm tội vào Điều 266 BLHS năm 1999/ Điều 353 Dự thảo sửa đổi BLHS. Theo đó

13 World Bank (2015), *Enforcing Contracts*, cập nhật 12:00 ngày 22/9/2015, (<http://www.doingbusiness.org/data/exploreconomies/vietnam/#enforcing-contracts>).

14 Chúng tôi dựa vào Dự thảo ngày 22/9/2015 công bố trên www.duthaonline.quochoi.vn.

Điều 266/ Điều 353 Dự thảo sửa đổi BLHS cần đổi thành¹⁵: “Tội sửa chữa, sử dụng con dấu, tài liệu của cơ quan, tổ chức, doanh nghiệp, cá nhân” và nội dung cần sửa đổi tương ứng thành: “Người nào sửa chữa, làm sai lệch nội dung hộ chiếu, thị thực, hộ khẩu, hộ tịch hoặc các loại giấy chứng nhận và tài liệu khác của cơ quan, tổ chức, doanh nghiệp, cá nhân và sử dụng giấy tờ đó thực hiện hành vi trái pháp luật gây hậu quả nghiêm trọng hoặc đã bị xử phạt hành chính về hành vi này mà còn vi phạm, thì bị phạt cảnh cáo, phạt tiền từ một triệu đồng đến mười triệu đồng, cải tạo không giam giữ đến ba năm hoặc phạt tù từ sáu tháng đến ba năm”.

(b) *Bổ sung tội danh “Vi phạm lời khai tuyên thệ tại phiên tòa dân sự, trọng tài thương mại, hành chính”*

Để chống lại việc các đương sự có thể khai báo gian dối, tạo chứng cứ giả mạo trong tố tụng dân sự, tố tụng hành chính¹⁶ gây khó khăn cho tòa án khi tìm hiểu sự thực, dẫn tới kết quả xét xử bị sai lệch; đồng thời bảo đảm nguyên tắc “một người không bị buộc đưa ra lời khai buộc tội lại chính mình” trong tố tụng hình sự, cần bổ sung Điều 396 vào Dự thảo sửa đổi BLHS¹⁷ tội danh “Vi phạm lời khai tuyên thệ tại phiên tòa dân sự, trọng tài thương mại, hành chính”. Theo đó: “Người nào được tòa án, tòa trọng tài yêu cầu thực hiện lời khai tuyên thệ mà cố tình khai gian dối mà biết rõ là sai sự thật thì bị phạt cảnh cáo, cải tạo không giam giữ đến

một năm hoặc phạt tù từ ba tháng đến một năm”.

4.2. Thay đổi nguyên tắc, mốc tính thời hiệu khởi kiện hợp đồng trong BLDS

Hiện nay, thời hiệu khởi kiện về hợp đồng ngắn, chỉ là hai năm, nên có nhiều điểm không phù hợp¹⁸ với tập quán kinh doanh ở Việt Nam, góp phần khuyến khích sự chây ì, vì nếu họ chây ì sau hai năm và không bị khởi kiện thì họ đã thành công, tự động được miễn trừ nghĩa vụ thực hiện nghĩa vụ hợp đồng theo Điều 427 BLDS năm 2005, vì bên bị vi phạm hết quyền khởi kiện.

(a) *Không chỉ kéo dài thời hiệu nói chung, Điều 427 cần phải thay đổi dựa vào ba nguyên tắc:*

Thứ nhất, cần giảm bớt gánh nặng, rủi ro cho bên có quyền; gia tăng cơ hội áp dụng chế tài với kẻ chây ì, vi phạm hợp đồng. Bởi vậy, cần quy định mốc khách quan “khi quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, pháp nhân, các chủ thể khác bị xâm hại” sang mốc nguyên đơn ý thức được sự xâm hại này. Điều 165 Dự thảo sửa đổi BLDS hiện nay đã thay đổi mốc tính là hoàn toàn phù hợp. Tuy nhiên, theo chúng tôi, quy định thời hiệu ba năm tại Điều 155 Dự thảo, vẫn là quá ngắn.

Thứ hai, khi bên có quyền chưa từ bỏ quyền, thì cần được hiểu là quyền vẫn thuộc về họ; họ vẫn còn quyền khởi kiện. Triết lý này đã được áp dụng rộng rãi trong các hệ thống pháp luật tiên tiến¹⁹; trong công pháp quốc tế khi xem xét thụ đắc lãnh thổ theo thời hiệu.

15 Tên hiện hành của Điều 266 BLHS 1999: “Tội sửa chữa, sử dụng con dấu, tài liệu của cơ quan, tổ chức”.

16 Tội danh này cũng cần bao gồm các hành vi tương tự trong tố tụng hành chính.

17 Mặc dầu tính chất tương tự nhau, nhưng không nên hợp nhất với Điều 307 BLHS 1999/ Điều 395 Dự thảo sửa đổi BLHS hiện hành, vì chủ thể khác nhau (Điều 307 BLHS/ Điều 395 Dự thảo không bao gồm đương sự trong các vụ án dân sự, tố tụng trọng tài).

18 Xem thêm những bất cập về thời hiệu khởi kiện nói chung: Nguyễn Ngọc Điện (2015), Khắc phục triệt để những bất hợp lý trong các quy định của BLDS năm 2005 về thời hiệu và thời hiệu thừa kế, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, Số 13 (293), tr.10.

19 Nguyễn Ngọc Điện (2015), tldđ, Số. 13 (293), tr.10.

Thứ ba, thời hiệu khởi kiện vẫn được duy trì để bảo đảm an toàn pháp lý (legal peace); nhưng phải đặt trong mối tương quan với lợi ích của bên có quyền.

Trên cơ sở ba nguyên tắc này, nội dung Điều 427/ Điều 165 Dự thảo sửa đổi BLDS cần viết lại như sau: “Chủ thể có quyền lợi liên quan mất quyền khởi kiện khi từ bỏ quyền khởi kiện một cách công khai, rõ ràng hoặc không tiến hành khởi kiện trong vòng năm năm kể từ ngày rõ ràng nhận biết quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, pháp nhân, các chủ thể khác bị xâm phạm và có điều kiện khởi kiện nhưng đã không khởi kiện”.

(b) Theo nguyên tắc thứ hai nêu trên, thì khoản 1 Điều 162 BLDS năm 2005/ khoản 1 Điều 159 Dự thảo sửa đổi BLDS cũng cần bổ sung thêm trường hợp (điểm d) thời hiệu khởi kiện vụ án dân sự bắt đầu lại từ đầu: “Khi bên có quyền có yêu cầu bằng văn bản bên có nghĩa vụ hoàn thành nghĩa vụ dân sự”²⁰.

4.3. Bổ sung bên thua kiện phải chịu phí luật sư, chi phí nhắc nợ, xác nhận nợ vào Luật Chi phí tố tụng

Hiện nay, khi một bên chây ì không thực hiện nghĩa vụ dân sự hoặc có tranh chấp về lợi ích tư, nếu bị khởi kiện ra tòa và bị thua kiện, thì họ chỉ phải thực hiện nghĩa vụ vốn dĩ thuộc về họ, trả lại những gì không thuộc về họ mà không phải chịu tổn thất nào đáng kể ngoài án phí. Trong khi nguyên đơn phải mất rất nhiều công sức bắt đầu từ những giấy tờ nhắc nợ, đàm phán, thương lượng... đặc biệt là chi phí luật sư. Theo chúng tôi, nên xây dựng Pháp lệnh Án phí, lệ phí tòa án thành luật, mang tên “Luật Chi phí tố tụng” trong đó:

- Mở rộng phạm vi áp dụng sang cả tố tụng trọng tài, trừ khi Luật Trọng tài thương

mại có quy định khác;

- Án định chi phí bên thua kiện phải trả cho mỗi thông báo yêu cầu thực hiện nghĩa vụ từ bên thắng kiện;

- Yêu cầu bên thua kiện trong tố tụng dân sự, tố tụng trọng tài thương mại phải chịu chi phí luật sư; cách tính tương tự như án phí, nhưng mức tối thiểu phải từ 15 triệu VND khi tranh chấp được giải quyết tại thành phố trực thuộc trung ương; từ 10 triệu đối với các địa bàn còn lại.

4.4. Bổ sung các giải pháp chống tẩu tán tài sản

Để bảo đảm thi hành án sau khi có kết quả giải quyết tranh chấp dân sự, Chương III BLTTDS (Thẩm quyền của tòa án) cần phải bổ sung các giải pháp chống tẩu tán tài sản tương tự như trong thủ tục phá sản (theo Luật Phá sản doanh nghiệp năm 2014) và trao cho tòa án thẩm quyền tuyên bố vô hiệu những giao dịch nhằm tẩu tán tài sản trong thủ tục tố tụng dân sự.

Nếu Điều 59 Luật Phá sản doanh nghiệp năm 2014 áp dụng chế tài tuyên bố vô hiệu đối với các giao dịch trong vòng 6 và 18 tháng trước ngày tòa án mở thủ tục phá sản, thì trong tranh chấp dân sự, kinh doanh thương mại, cần lấy mốc là thời điểm tòa án, tòa trọng tài thụ lý đơn khởi kiện.

Theo chúng tôi, nên chia hành vi tẩu tán thành hai nhóm tùy theo mức độ rõ ràng của dấu hiệu tẩu tán tài sản. Đối với nhóm có dấu hiệu rõ ràng thì phạm vi bị tuyên bố vô hiệu mở rộng đối với các giao dịch có dấu hiệu tẩu tán là 18 tháng; đối với nhóm chưa có dấu hiệu rõ ràng là 06 tháng trước ngày tòa án sơ thẩm, tòa trọng tài thụ lý vụ việc.

4.5. Xã hội hóa hoạt động thi hành án

Từ những thành công của chủ trương xã hội hóa hoạt động công chứng, chúng ta thấy,

20 Hiện nay, việc gửi công văn nhắc nợ, đối chiếu công nợ... không được xem là căn cứ bắt đầu lại thời hiệu.



xã hội hóa hoạt động thi hành án là hoàn toàn cần thiết và cấp bách²¹ để tạo nên cơ chế cạnh tranh trong hoạt động này, loại bỏ tham nhũng, trì trệ trong công tác thi hành án hiện nay. Để xã hội hóa hoạt động thi hành án, cần thực hiện một số giải pháp sau:

- Sửa đổi Luật Thi hành án dân sự, cho phép áp dụng rộng rãi chế định thừa phát lại. Không nên tách thành luật thừa phát lại riêng mà ngược lại, cần quy định trong một luật chung để nếu có sự bất bình đẳng giữa thừa phát lại và cơ quan thi hành án dân sự hiện nay, thì sự bất bình đẳng đó khó bị che giấu.

- Khắc phục sự thiếu hợp lý giữa cơ quan thi hành án với văn phòng thừa phát lại: Cần trao cho văn phòng thừa phát lại tất cả các quyền mà cơ quan thi hành án hiện có. Lúc đó, cơ quan thi hành án dân sự sẽ phải thay đổi từ thái độ “bề trên” thành một chủ thể phải tham gia cạnh tranh, tìm kiếm khách

hàng trong cùng một khuôn khổ pháp luật và quyền năng giống nhau.

- Việc thi hành án có thể liên quan đến nhiều chủ thể, nhiều bất động sản tại nhiều địa phương khác nhau, vì vậy cần loại bỏ rào cản về địa hạt đối với hoạt động thi hành án của các văn phòng thừa phát lại (hoặc văn phòng thi hành án). Bên cạnh đó, giải pháp này còn góp phần loại bỏ những tiêu cực liên quan đến phân định địa hạt tổng đạt giấy tờ giữa các văn phòng thừa phát lại; tạo ra sự cạnh tranh lớn hơn; cho phép hình thành những thương hiệu thừa phát lại mạnh, có chi nhánh trên toàn quốc.

- Cho phép văn phòng thừa phát lại mua quyền khởi kiện, thực hiện dịch vụ đòi nợ thuê: dịch vụ cung cấp, thẩm định thông tin lịch sử tuân thủ nghĩa vụ hợp đồng của cá nhân, tổ chức ■

21 Thông tấn xã Việt Nam (2014), *Khẳng định vai trò thừa phát lại trong hoạt động hỗ trợ tư pháp, cập nhật 03/12/14*(<http://www.vietnamplus.vn/khang-dinh-vai-tro-thua-phat-lai-trong-hoat-dong-bo-tro-tu-phap/294506.vnp>).

MỘT SỐ Ý KIẾN VỀ DỰ THẢO LUẬT HOẠT ĐỘNG GIÁM SÁT CỦA QUỐC HỘI VÀ HỘI ĐỒNG NHÂN DÂN

LÊ XUÂN THÂN*

Dự thảo Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và Hội đồng nhân dân (HĐND) sau khi được ban hành được xem là công cụ pháp lý nâng cao hiệu lực, hiệu quả hoạt động của cơ quan dân cử các cấp. Dự thảo Luật¹ gồm có 5 chương, 92 điều đang được các cơ quan, tổ chức triển khai lấy ý kiến rộng rãi. Với mong muốn Dự thảo Luật sẽ được hoàn chỉnh hơn, chúng tôi xin có một số góp ý sau:

1. Về tên gọi của Luật

Theo khoản 2 Điều 3 của Dự thảo, giám sát “là việc chủ thể giám sát *theo dõi, xem xét, đánh giá* hoạt động của cơ quan, tổ chức, cá nhân chịu sự giám sát trong việc thi hành Hiến pháp và pháp luật, xử lý theo thẩm quyền hoặc kiến nghị cơ quan có thẩm quyền xử lý”. Định nghĩa này đã kế thừa khái niệm giám sát được ghi nhận ở khoản 1 Điều 2 Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội năm 2003.

Hiến pháp năm 2013 quy định “Quốc hội thực hiện quyền lập hiến, quyền lập

pháp, quyết định các vấn đề quan trọng của đất nước và *giám sát tối cao* đối với hoạt động của Nhà nước” (Điều 69), “HĐND quyết định các vấn đề của địa phương do Luật định; *giám sát việc tuân theo Hiến pháp và pháp luật* ở địa phương và việc thực hiện Nghị quyết của HĐND” (Khoản 2 Điều 113 Hiến pháp năm 2013”. Từ đó, có thể xác định rằng, bản thân giám sát đã là một hoạt động của chủ thể giám sát (bao gồm việc theo dõi, xem xét và đánh giá) đối với đối tượng được giám sát về những vấn đề chung hay những chuyên đề trong công tác quản lý nhà nước đối với đời sống xã hội. *Từ điển Tiếng Việt* - Nhà xuất bản Từ điển Bách khoa (2014) xác định: Giám sát là một động từ dùng để chỉ việc “cai quản, xem xét”. Toàn văn Dự thảo Luật đề cập đến các nguyên tắc, thẩm quyền, nội dung, cách thức tiến hành giám sát v.v.. của chủ thể giám sát là Quốc hội và HĐND, do đó, tên của Luật nên chăng chỉ cần ghi là “Luật Giám sát của Quốc hội và HĐND” là đã đầy đủ và chính xác.

* TS. Phó Chủ tịch HĐND tỉnh Khánh Hòa.

¹ Dự thảo lần 4 ngày 21/9/2015.

2. Cần nắm vững các quy định của pháp luật và sâu sát thực tiễn thì giám sát mới có hiệu quả

Điều 7 Dự thảo Luật quy định về “Trách nhiệm của các chủ thể giám sát” quy định 11 khoản đối với 11 chủ thể giám sát đều có chung một câu là “chịu trách nhiệm và báo cáo...”. Đặc biệt, quy định về Đoàn giám sát chuyên đề (khoản 2 Điều 17 Dự thảo đối với Quốc hội và khoản 2 Điều 64 Dự thảo đối với HĐND) chưa có nội dung quy định bắt buộc: Đoàn giám sát, các thành viên Đoàn giám sát phải nghiên cứu, nắm vững các quy định của pháp luật và nội dung cần giám sát.

Việc Đoàn giám sát nắm vững các quy định của pháp luật khi tiến hành giám sát là một yêu cầu không thể thiếu được và là trách nhiệm pháp lý của Đoàn giám sát và từng thành viên của Đoàn giám sát. Giám sát là việc chủ thể giám sát căn cứ vào Hiến pháp và pháp luật để xem xét, đánh giá tính có căn cứ, tính hợp pháp trong hành vi của đối tượng được giám sát. Đi giám sát mà không biết pháp luật quy định như thế nào về vấn đề cần giám sát thì chỉ có thể đặt các câu hỏi để thu thập thông tin kiểu “hỏi để biết” và kết quả bản báo cáo giám sát như vậy chỉ dừng lại ở mức độ khảo sát thực tiễn và kiến nghị chung chung, không hiệu quả. Do đó, đề nghị Ban soạn thảo nghiên cứu, bổ sung trách nhiệm của Đoàn giám sát, thành viên Đoàn giám sát là phải nắm vững các quy định của pháp luật về nội dung tiến hành giám sát. Về nội dung này, có thể ai cũng hiểu như vậy, nhưng Luật lại không ghi nhận thì khó lòng nâng cao hiệu quả của việc giám sát.

Sự sâu sát thực tiễn khi giám sát, đến tận nơi, xem xét tại chỗ, hỏi trực tiếp người dân, các đối tượng tác động của chính sách, các quy định của pháp luật... là một nội dung

không thể thiếu được để khắc phục tình trạng “báo cáo giám sát được sản xuất tại phòng máy lạnh”. Hoặc cũng là đi cơ sở nhưng không hiểu thực tiễn. Đến tận xã nhưng cũng chỉ ở tại phòng họp Ủy ban nhân dân xã, nghe đọc báo cáo đã chuẩn bị sẵn và hỏi một số câu hỏi rồi tổng hợp, báo cáo kết quả... giống như cách làm việc tại ngay cơ quan giám sát. Để khắc phục tình trạng này, rất cần có quy định về vấn đề sâu sát thực tiễn cụ thể ngay trong Luật.

Điểm c khoản 2 Điều 17 Dự thảo Luật quy định: Đoàn giám sát chuyên đề của Quốc hội có trách nhiệm “thực hiện đúng nội dung, kế hoạch giám sát, phân công các thành viên Đoàn giám sát tiến hành giám sát, *khảo sát trực tiếp tại địa phương hoặc cơ quan, tổ chức*”. Trong khi đó, tại điểm d khoản 2 Điều 63 Dự thảo Luật quy định: Đoàn giám sát chuyên đề của HĐND có trách nhiệm “*xem xét, xác minh* những vấn đề... mà Đoàn giám sát thấy cần thiết”. Thiết nghĩ, việc sâu sát cơ sở, sâu sát thực tiễn đời sống các quy định của pháp luật đối với cuộc sống của người dân, không chỉ là yêu cầu đặt ra cho đại biểu Quốc hội mà còn cho cả đại biểu HĐND các cấp; không chỉ đặt ra cho Đoàn giám sát của Quốc hội mà còn cho cả Đoàn giám sát của HĐND, bởi vì ngoài việc xem xét, đánh giá chủ thể được giám sát đã tổ chức thi hành các quy định của pháp luật như thế nào thì việc xem xét, đánh giá các quy phạm pháp luật đã “sống” như thế nào trong đời sống xã hội là một nhiệm vụ quan trọng của công tác giám sát.

3. Cần có những quy định cụ thể về Tổ đại biểu Hội đồng nhân dân - chủ thể mới của giám sát

Khoản 4 Điều 18 và khoản 4 Điều 45 Luật Tổ chức chính quyền địa phương đã quy định về việc thành lập Tổ đại biểu

HĐND cấp tỉnh và cấp huyện. Điều 87 và khoản 1 Điều 112 Luật Tổ chức chính quyền địa phương đã chính thức trao quyền giám sát cho Tổ đại biểu HĐND (Điều mà Luật Tổ chức HĐND và Ủy ban nhân dân trước đây chưa quy định). Đây là một chủ thể giám sát hoàn toàn mới đã được Luật chính thức quy định. Hiện nay, Tổ đại biểu HĐND thực hiện việc giám sát theo quy định của Quy chế hoạt động của HĐND ban hành theo Nghị quyết số 753/2005/NQ-UBTVQH11 ngày 02/4/2005 của Ủy ban thường vụ Quốc hội. Nội dung công tác giám sát của Tổ đại biểu HĐND đã được khoản 1 Điều 112 Luật Tổ chức chính quyền địa phương quy định khá rõ là “giám sát việc tuân theo Hiến pháp và pháp luật, văn bản của cơ quan nhà nước cấp trên và Nghị quyết của HĐND cùng cấp trên địa bàn hoặc về các vấn đề do HĐND hoặc Thường trực HĐND phân công”. Tuy nhiên, việc quy định trong Dự thảo Luật về hoạt động giám sát của Tổ đại biểu HĐND còn quá ít và đơn giản. Tại Chương III Dự thảo Luật đã dành Mục 1 gồm 9 Điều cho chủ thể HĐND; Mục 2 gồm 10 Điều cho chủ thể Thường trực HĐND; Mục 3 gồm 7 Điều cho chủ thể là các Ban của HĐND; nhưng tại Mục 4 chỉ thiết kế 5 điều chung cho cả hai chủ thể là Tổ đại biểu HĐND và đại biểu HĐND (trong đó khoản 2 Điều 85 và khoản 2 Điều 88 đề cập trực tiếp đến chủ thể Tổ đại biểu HĐND). Theo chúng tôi, nên tách riêng Mục 4 thành 2 Mục riêng cho chủ thể giám sát là Tổ đại biểu HĐND và chủ thể là đại biểu HĐND và quy định cụ thể, chi tiết hơn để tạo điều kiện cho Tổ đại biểu HĐND giám sát có hiệu quả.

Khác với việc hình thành các chủ thể khác qua con đường bầu cử, Tổ đại biểu HĐND được thành lập bằng một quyết định

của Thường trực HĐND đối với các đại biểu được bầu ở một hoặc nhiều đơn vị bầu cử, nên hoạt động giám sát của Tổ đại biểu HĐND cần gắn liền với hoạt động giám sát của Thường trực HĐND và báo cáo với Thường trực HĐND, cơ quan đã có quyết định thành lập ra Tổ đại biểu HĐND.

4. Bảo đảm hiệu quả giám sát

Bảo đảm hiệu quả giám sát nên là tên của Chương 5 Dự thảo Luật Giám sát của Quốc hội và HĐND. Bởi vì hiệu quả của giám sát là điều mà ai cũng hướng đến và mong muốn đạt được càng cao càng tốt. Hiệu quả giám sát được hình thành từ nhiều yếu tố như trách nhiệm và sự am hiểu pháp luật, sâu sát thực tiễn của các chủ thể giám sát; thủ tục tiến hành giám sát và kỷ luật, kỷ cương của chủ thể giám sát và chủ thể được giám sát; phương tiện, kinh phí, điều kiện cần thiết để tiến hành giám sát; kết luận giám sát và những việc cần làm của giai đoạn “hậu giám sát”.v.v..

Theo Dự thảo Luật, giám sát không còn đơn thuần dừng lại ở việc “theo dõi, xem xét, đánh giá” mà chủ thể giám sát còn phải “xử lý theo thẩm quyền hoặc kiến nghị cơ quan có thẩm quyền xử lý”. Khoản 2 Điều 90 Dự thảo Luật quy định “Nghị quyết về giám sát của Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội, HĐND có giá trị pháp lý bắt buộc”. Đó là điều tất nhiên. Vậy, các kết luận giám sát của các chủ thể khác thì sao? Nên quy định cụ thể hơn, “mạnh mẽ” hơn: Kết luận giám sát của các chủ thể giám sát có giá trị pháp lý bắt buộc đối với chủ thể được giám sát. Chủ thể được giám sát phải có trách nhiệm thực hiện các yêu cầu, kiến nghị của kết luận giám sát. Ngược lại, các chủ thể giám sát phải chịu hoàn toàn trách nhiệm trước pháp luật về kết luận giám sát của mình (điều này đã được nêu ở phần đầu của bài viết) ■

Một số điểm mới và những vấn đề cần đặt ra về quyền sở hữu và các vật quyền khác

NGUYỄN NGỌC ĐIỆN*

Với việc thừa nhận quyền sở hữu là một loại vật quyền và ghi nhận các vật quyền khác, Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)¹ đã có một bước tiến dài so với Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2005 về mức độ hiện đại và tính hội nhập.

Tư tưởng chủ đạo chi phối toàn bộ hệ thống các quy định mới liên quan đến tài sản là các quyền của chủ thể có tính chất tài sản được xếp thành hai nhóm - quyền đối vật (còn gọi là vật quyền) và quyền đối nhân (còn gọi là trái quyền). Sự phân biệt dựa vào đặc điểm của cách thực hiện quyền: vật quyền là quyền thực hiện trực tiếp trên vật mà không cần sự hợp tác, hỗ trợ của bất kỳ người nào (như chủ sở hữu nhà có quyền ra vào căn nhà của mình mà không cần hỏi ý kiến bất kỳ ai); còn trái quyền là quyền thực hiện chống lại một người khác (gọi là người có nghĩa vụ) và cần có sự hợp tác của người này (như: muốn đòi nợ, chủ nợ phải yêu cầu người mắc nợ chi trả chứ không

được tự tiện lấy thứ này, thứ kia của người mắc nợ để trừ nợ).

1. Những điểm mới được ghi nhận trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)

1.1. Sự hình thành hệ thống vật quyền Quyền sở hữu và các vật quyền khác

Quyền sở hữu được xếp đầu danh sách vật quyền với hai lý do chính. Thứ nhất, đây là vật quyền hoàn hảo nhất, mang đầy đủ nhất các tính chất đặc trưng của vật quyền. Thứ hai, các vật quyền khác, trên nguyên tắc, được phân tích như là kết quả của việc tách một phần nội dung quyền sở hữu thành một quyền độc lập. Việc xác định bản chất của các vật quyền cho phép xây dựng một hệ thống vật quyền với quyền sở hữu ở vị trí trung tâm. Trong điều kiện quyền sở hữu được xác định là quyền tuyệt đối và độc quyền, các vật quyền khác có xu hướng tồn tại tạm thời để phục vụ cho một lợi ích nào đó. Khi lợi ích đó không còn, thì vật quyền sẽ biến mất.

* PGS, TS. Phó Hiệu trưởng Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh.

¹ Dự thảo lấy ý kiến nhân dân.

Trong Dự thảo BLDS (sửa đổi) các vật quyền được thừa nhận bao gồm: quyền sở hữu, quyền hưởng dụng, địa dịch, quyền bề mặt và các vật quyền khác do pháp luật quy định.

Ngoài quyền sở hữu, việc ghi nhận các quyền khác thật ra chỉ là sự thừa nhận các quyền đã và đang tồn tại trên thực tế nhưng cho đến nay vẫn chưa được pháp luật điều chỉnh một cách có hệ thống. Quyền bề mặt là một ví dụ. Được xác định, như quy định tại Điều 275 Dự thảo BLDS (sửa đổi), là “quyền của một chủ thể được sử dụng mặt đất, khoảng không trên mặt đất và lòng đất mà quyền sử dụng đất đó thuộc về chủ thể khác”, quyền bề mặt xuất hiện như một tất yếu trong trường hợp thuê quyền sử dụng đất với một thời hạn tương đối dài để kinh doanh. Trong thời gian thuê, người thuê quyền sử dụng đất tạo lập các công trình, như nhà, xưởng, cửa hàng và mong muốn có đầy đủ các quyền của chủ sở hữu đối với các tài sản do mình tạo lập để thuận tiện trong giao dịch. Trong điều kiện không có luật chi phối, người thuê thường tìm cách đạt được mong muốn đó thông qua các thoả thuận với người có quyền sử dụng đất, trong hợp đồng thuê. Quyền của các bên đối với các tài sản liên quan tùy thuộc vào nội dung của hợp đồng. Với chế định quyền bề mặt, các bên trong quan hệ này sẽ có được một khung pháp lý cơ bản và chỉ cần dùng thoả thuận để hoàn thiện khung pháp lý ấy nhằm phục vụ cho các nhu cầu của mình trong trường hợp đặc thù.

Bản chất của vật quyền khác: “quyền sở hữu chi phí thấp”

Suy cho cùng, sự phát triển của các vật quyền trong xã hội hiện đại là hệ quả tất yếu của quá trình phát triển kinh tế thị trường, đặc biệt là của quá trình đô thị hoá. Sự gia

tăng mật độ dân số tại các đô thị khiến cho đất đai, hay chính xác hơn nữa là quyền sở hữu trọn vẹn đối với bất động sản - bao gồm độc quyền đối với mặt đất, không gian và lòng đất - trở nên quá đắt đỏ và khó tiếp cận, thậm chí đối với người có tiền. Lý thuyết vật quyền cho phép “cắt vụn” quyền sở hữu thành những quyền riêng biệt đáp ứng những nhu cầu riêng biệt với giá cả hợp lý.

Chẳng hạn, người có bất động sản bị vây bọc có nhu cầu đi qua bất động sản lân cận đi ra đường công cộng thì thay vì mua trọn bất động sản lân cận (quá đắt), người này chỉ cần mua “quyền về lối đi qua” (rẻ hơn nhiều). Tương tự, người muốn lập cơ sở kinh doanh, đặt văn phòng, nói chung là cần có độc quyền đối với một phần không gian, thì chỉ cần bỏ một số tiền vừa phải để mua “quyền bề mặt”, thay vì đổ thật nhiều tiền vào việc mua trọn quyền sở hữu.

Khả năng đáp ứng nhu cầu đặc thù với giá chấp nhận được khiến cho “vật quyền khác” còn được gọi là một thứ “quyền sở hữu với chi phí thấp”², một thứ quyền sở hữu mà sự phổ biến của nó trở thành nét đặc trưng của một xã hội mà trong đó tầng lớp trung lưu chiếm số đông.

Khả năng xây dựng vật quyền theo thoả thuận?

Dự thảo BLDS (sửa đổi) xác định rằng, vật quyền được xác lập do quy định của pháp luật (Điều 167).

Vấn đề đặt ra là liệu có thể tạo ra một vật quyền trên cơ sở hợp đồng giữa các bên trong cuộc sống dân sự, bên cạnh các vật quyền được pháp luật quy định. Về mặt lý thuyết, một quyền mang đầy đủ các đặc tính của vật quyền thì sẽ được gọi là vật quyền. Bởi vậy, nếu các bên đạt được một thoả

2 J-L. Bergel, *Les nouveaux biens - Rapport général*, Kỳ yếu Hội nghị H. Capitant, Société de Législation compare, Paris, 2003, tr. 203 và kế tiếp.

thuận về việc tạo ra một quyền không giống bất kỳ vật quyền nào được luật quy định, nhưng có đủ các tính chất của vật quyền, thì sẽ có một vật quyền mới xuất hiện.

Tuy nhiên, có một trở ngại hầu như không thể vượt qua để điều đó thành hiện thực. Đó là sự tôn trọng của tất cả mọi người đối với quyền được tạo ra. Đây cũng là điều kiện gắn với một trong những tính chất cơ bản của vật quyền - tính có hiệu lực đối với tất cả mọi người (*erga omnes*). Chắc chắn, các bên không thể dùng một thoả thuận riêng giữa họ để tạo ra một quyền có tác dụng hạn chế quyền của người khác. Chỉ có Nhà nước mới có quyền dùng luật pháp để áp đặt cách ứng xử đối với người này, người nọ. Các bên vẫn có quyền thoả thuận để tạo ra một quyền được thực hiện trực tiếp trên vật, nhưng thoả thuận này chỉ ràng buộc các bên giao kết, không ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của người thứ ba đối với vật đó³.

1.2. Lợi ích của việc xây dựng hệ thống vật quyền

Thứ nhất, có cơ sở để hoàn thiện chế độ pháp lý về vật quyền.

Hoàn thiện chế độ vật quyền từ việc xác định các đặc điểm chung của vật quyền. Việc nhìn nhận tính chất vật quyền của một số quyền nhất định đối với tài sản sẽ tạo điều kiện cho việc hoàn thiện chế độ pháp lý đối với các quyền ấy trên cơ sở nắm vững nội

dung các đặc điểm của vật quyền. Như đã nói, một vật quyền cho phép người có quyền thực hiện các quyền của mình một cách trực tiếp trên vật. Vật quyền còn bao hàm quyền đeo đuổi và quyền ưu tiên⁴: với quyền đeo đuổi, người có vật quyền thực hiện quyền của mình mà không bận tâm đến việc tài sản đang được đặt dưới sự kiểm soát, quản lý của ai; quyền ưu tiên cho phép người có vật quyền thực hiện quyền của mình đối với tài sản trước những người khác.

Trường hợp quyền địa dịch. Địa dịch trong BLDS năm 2005 không được xây dựng một cách có hệ thống mà chỉ được ghi nhận dưới hình thức các quyền đơn lẻ, rời rạc: quyền về lối đi qua, quyền hạn chế xây dựng, quyền thoát nước, dẫn nước... Thật ra, luật có một định nghĩa chung về địa dịch, dưới tên gọi “quyền sử dụng hạn chế bất động sản liền kề”, tại Điều 273 BLDS. Tuy nhiên, định nghĩa không liệt kê được các đặc trưng của quan hệ địa dịch tồn tại trong cuộc sống đời thường. Ngay tên gọi “quyền sử dụng hạn chế bất động sản liền kề” cũng có vấn đề. Địa dịch không nhất thiết luôn bao hàm quyền sử dụng đối với bất động sản của người khác mà có thể là sự hạn chế quyền khai thác đối với một bất động sản này để tạo điều kiện cho việc khai thác bình thường đối với bất động sản kia⁵; địa dịch cũng không nhất thiết chỉ là mối quan hệ giữa hai

3 Ở Pháp, một số ý kiến cho rằng vật quyền vẫn có thể được tạo ra theo thoả thuận giữa các bên liên quan: F. Terré và Ph. Simler, *Droit civil – Les biens, Précis Dalloz, Paris, 2006, tr. 35*

*Trong luật của Anh, địa dịch (một loại vật quyền) có thể được thiết lập theo thoả thuận giữa các chủ sở hữu bất động sản. Nội dung của địa dịch là kết quả của sự thoả thuận. Trong trường hợp bất động sản liên quan được chuyển dịch, thì thoả thuận tiếp tục ràng buộc người nhận chuyển nhượng. Xem: F.H Lawson và B. Rudden, *The Law of Property, Oxford University Press, London, 2002, tr. 150 và kế tiếp.**

4 Về các đặc điểm của vật quyền được thừa nhận trong luật của Pháp, xem: Ph. Malaurie và L. Aynès, *Droit civil – Les biens, Cujas, Paris, 1998, tr. 94 và 95.*

5 Chẳng hạn, địa dịch hạn chế xây dựng, trồng cây trên một thửa đất nhằm tạo điều kiện cho việc bảo đảm tầm nhìn từ một thửa đất lân cận.

bất động sản liền kề, vì có những địa dịch áp đặt đối với tất cả các bất động sản toạ lạc trong một phạm vi nào đó⁶.

Cũng không được xác định rõ về bản chất, địa dịch được nhìn nhận trong khung cảnh BLDS như một loại quan hệ đặc thù giữa các chủ sở hữu bất động sản. Theo khoản 2 Điều 274 BLDS, “trong trường hợp quyền sử dụng hạn chế bất động sản liền kề đã được xác lập cho chủ sở hữu nhà, người sử dụng đất, thì người được chuyển giao nhà, quyền sử dụng đất cũng được hưởng quyền đó”. Nói như thế, thì không thể có quyền hưởng địa dịch được thừa nhận cho người có vật quyền khác mà không phải là quyền sở hữu nhà, quyền sử dụng đất, như trường hợp người có quyền hưởng dụng, quyền dùng và ở, quyền canh tác... Nhìn chung, khung pháp lý lỏng lẻo khiến cho việc triển khai quan hệ địa dịch không được suôn sẻ trong thực tiễn. Đặc biệt, có rất nhiều tranh chấp về địa dịch đi vào chỗ bế tắc do không xác định căn cứ để giải quyết và thậm chí không xác định được cơ quan có thẩm quyền giải quyết.

Dự thảo BLDS (sửa đổi) đã khắc phục về cơ bản những nhược điểm này. Với định nghĩa chung được xây dựng từ việc đúc kết và vận dụng kinh nghiệm các nước, địa dịch được nhìn nhận là quan hệ giữa hai bất động sản, chứ không phải là quan hệ giữa hai con người (Điều 255 Dự thảo). Sự nhìn nhận ấy cho phép giải quyết một loạt vấn đề: quyền hưởng địa dịch của người khai thác bất động sản mà không phải là chủ sở hữu; xác định phạm vi quan hệ địa dịch dựa theo công dụng của bất động sản hưởng địa dịch trong trường hợp các bên không có thoả thuận... Ngoài ra, địa dịch cũng được khẳng định là

một quan hệ thuần túy dân sự trong trường hợp các bất động sản liên quan thuộc sở hữu tư nhân. Do đó, các tranh chấp liên quan thuộc thẩm quyền giải quyết của toà án chứ không phải của cơ quan hành chính.

Trường hợp quyền hưởng dụng. Theo Dự thảo BLDS (sửa đổi), quyền hưởng dụng được hiểu là quyền khai thác công dụng và hưởng hoa lợi, lợi tức từ tài sản thuộc quyền sở hữu của người khác (Điều 264). Ví dụ điển hình về trường hợp phát sinh loại quan hệ pháp lý này thường được ghi nhận trong lĩnh vực thừa kế: người chồng mong muốn để lại của cải cho các con, đồng thời cũng mong muốn người vợ có thể sống trong những điều kiện ổn định, đặc biệt về thu nhập; bằng di chúc, người chồng giao tài sản cho con với điều kiện để cho người vợ được khai thác và hưởng hoa lợi trọn đời. Trong cuộc sống hiện đại, quyền hưởng hoa lợi phát sinh dưới nhiều hình thức đa dạng và có thể vượt ra khỏi phạm vi gia đình. Việc chính thức ghi nhận quyền này như một vật quyền sẽ mở ra các điều kiện thuận lợi cho việc thực hiện quyền, đặc biệt là việc xác lập một cách độc lập các giao dịch có đối tượng là quyền này, như chuyển nhượng, thế chấp,...

Trường hợp quyền bề mặt. Khác với quyền hưởng dụng, quyền bề mặt không phải là kết quả việc tách các yếu tố của nội dung quyền sở hữu, mà được hiểu là việc phân chia quyền sở hữu đối với một đối tượng thành hai quyền sở hữu đối với hai phần của cùng một đối tượng. Người có quyền bề mặt có quyền sở hữu đối với các tài sản gắn liền với đất, trong khi quyền sử dụng đất thuộc về người khác. Việc thừa nhận tính chất vật quyền của quyền bề mặt, cũng như đối với

⁶ Địa dịch sân bay là một ví dụ: việc cấm xây dựng, trồng cây vượt quá một độ cao nào đó được áp đặt trên một bán kính nhất định tính từ sân bay; tất cả các bất động sản nằm trong vùng bán kính đó phải chịu sự chi phối của địa dịch này.

quyền hưởng dụng, sẽ cho phép xây dựng một khung pháp lý thích hợp cho quyền này. Đặc biệt, các quy định về quyền sở hữu theo luật chung, trên nguyên tắc, cũng áp dụng được cho quyền bề mặt. Điều này giúp cho công việc xây dựng chế độ pháp lý về quyền bề mặt trở nên nhẹ nhàng hơn so với việc xây dựng một chế định hoàn toàn mới.

Thứ hai, có cơ sở để giải quyết xung đột vật quyền.

Dung hoà các lợi ích trái ngược. Các vật quyền khác như quyền hưởng dụng, quyền bề mặt cũng tác động lên bản thể vật lý của tài sản như quyền sở hữu. Việc thực hiện các vật quyền khác có ảnh hưởng nhất định đối với quyền sở hữu, đúng hơn là có tác dụng hạn chế quyền này, là điều không thể tránh khỏi. Nói rõ hơn, việc thừa nhận các vật quyền khác ngoài quyền sở hữu khiến người làm luật đứng trước bài toán xung đột vật quyền phải giải quyết.

Nguyên tắc giải quyết xung đột là người có vật quyền có quyền thực hiện quyền của mình một cách đầy đủ, nhưng trong trường hợp việc thực hiện quyền gây thiệt hại cho người khác, thì phải đền bù thiệt hại thoả đáng. Chẳng hạn, trong trường hợp có quyền về lối đi qua, thì chủ bất động sản hưởng địa dịch có quyền mở lối đi hợp lý để đi qua một cách đàng hoàng; song, nếu do việc mở lối đi mà chủ sở hữu bất động sản chịu địa dịch phải gánh chịu thiệt hại, thì phải được bồi thường thoả đáng.

2. Những vấn đề đặt ra

Nguy cơ lẫn lộn các khái niệm chiếm hữu và quyền chiếm hữu

Trong quá trình sửa đổi BLDS, chiếm hữu đã được thừa nhận là một quan hệ thực

tế như trong luật của các nước (Điều 185 Dự thảo BLDS)⁷. Một người được gọi là người chiếm hữu một tài sản khi người đó nắm giữ tài sản trong tư thế và với thái độ của người có quyền đối với tài sản; vấn đề liệu người đó thực sự có hay không có quyền đối với tài sản không (cần) được đặt ra.

Thậm chí, để có thể xây dựng, hoàn thiện chế định chiếm hữu như là một chế định độc lập, người ta không xuất phát từ ý tưởng cho rằng chiếm hữu là biểu hiện bề ngoài của quyền sở hữu. Lý do là trong điều kiện không ai đặt vấn đề một cách nghiêm túc người nào thực sự là chủ sở hữu đối với tài sản, thì nhà chức trách, xã hội cũng không nên xói vấn đề lên để làm cho câu chuyện trở nên rắc rối một cách không cần thiết. Người nhận giữ xe tiếp nhận xe đi vào bãi giữ và giao kết hợp đồng gửi giữ mà không cần (cũng không có quyền) hỏi người gửi có đúng là chủ hoặc là người mượn xe để sử dụng; người đi đường thấy một phụ nữ bị giật túi xách, thì có thể can thiệp không ché tên cướp để giành lại và trả lại túi xách cho nạn nhân mà không cần (cũng không có quyền) tìm hiểu xem nạn nhân có đúng là chủ chiếc túi hay không...

Tuy nhiên, nhiều ý kiến cho rằng, bên cạnh việc xây dựng chế định chiếm hữu theo các tiêu chí khoa học, vẫn nên giữ nguyên nội dung của quyền sở hữu bao gồm quyền chiếm hữu như lâu nay, để tránh xáo trộn, gây ngạc nhiên. Hậu quả là trong Dự thảo BLDS (sửa đổi), thuật ngữ chiếm hữu được dùng trong hai ngữ cảnh khác nhau, dẫn đến nguy cơ nhầm lẫn.

Theo chúng tôi, sự nhầm lẫn là không thể tránh khỏi. Lý do là để xây dựng chế định

⁷ Về bản chất của quan hệ chiếm hữu: Nguyễn Ngọc Điện, *Quyền chiếm hữu, quyền sở hữu - Bài học về tình huống luật xa rời cuộc sống*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 2+3 (234+235), 01+02/2013.

quyền chiếm hữu, người ta không thể dựa vào kinh nghiệm tốt của nước ngoài, bởi đơn giản, không có luật nước (tiên tiến) nào nói rằng quyền chiếm hữu là một trong những nội dung của quyền sở hữu. Kinh nghiệm của bản thân thì không thể được tạo ra và tích tụ một cách hữu ích trong ngày một ngày hai, mà cần có thời gian. Theo đúng logic, để có được một chế định quyền chiếm hữu trong khung cảnh thiếu thốn chất liệu học thuyết, chỉ còn mỗi con đường là lấy lại nội dung của chế định chiếm hữu trong luật các nước, rồi nhào nặn, chế biến thành quyền chiếm hữu như là một trong ba quyền của chủ sở hữu được thừa nhận trong luật Việt Nam. Đó là cách làm được lựa chọn trong quá trình xây dựng BLDS năm 1995 và BLDS năm 2005. Dự thảo BLDS (sửa đổi) cố gắng tìm kiếm nội dung riêng cho quyền chiếm hữu, nhưng các nỗ lực ấy chỉ tạo ra được một quyền mập mờ và không có nội hàm rõ ràng.

Đáng chú ý trong những hệ quả tất yếu của việc thừa nhận quyền chiếm hữu là một nội dung của quyền sở hữu là sự ra đời của khái niệm “chiếm hữu có căn cứ pháp luật”, một khái niệm đậm chất hành chính, quản lý công. Dự thảo BLDS (sửa đổi) không còn chính thức ghi nhận khái niệm này như các BLDS năm 1995 (Điều 190) và BLDS năm 2005 (Điều 183), nhưng xu hướng tìm kiếm

căn cứ để đánh giá tính hợp pháp của việc nắm giữ tài sản chắc chắn vẫn tồn tại trong thực tiễn. Đơn giản, trong điều kiện việc chiếm hữu được coi là việc thực hiện một quyền của chủ sở hữu, thì người chiếm hữu phải cho thấy mình có ít nhiều quan hệ chính thống với chủ sở hữu, nếu không phải là chủ, thì phải được chủ trao quyền nắm giữ tài sản; nếu không nữa, thì phải ở trong tình trạng người chiếm hữu ngay tình.

Nói khác đi, với quyền chiếm hữu được thừa nhận là một phần nội dung của quyền sở hữu, thì tự việc chiếm hữu công khai và bình yên không đủ để giúp người chiếm hữu có được sự bảo vệ của pháp luật trong trường hợp sự chiếm hữu bị xâm hại. Chiếm hữu còn phải có nguồn gốc pháp lý được xác định; hơn nữa, nguồn gốc chiếm hữu phải hợp pháp, thì chiếm hữu mới được thừa nhận và bảo vệ⁸.

Điểm nữa là trong Dự thảo BLDS (sửa đổi), việc chiếm hữu có hiệu lực suy đoán quyền. Bản thân sự chiếm hữu, được bộc lộ ra bên ngoài thành các hành vi, thái độ cụ thể, đã là có căn cứ: người chiếm hữu không cần phải phân trần, lý giải về nguồn gốc pháp lý của việc chiếm hữu. Đây là quy tắc phù hợp với truyền thống chung các nước. Tuy nhiên, việc thừa nhận quyền chiếm hữu như là một phần nội dung của quyền sở hữu có thể khiến

8 Tuy nhiên, thế nào là nguồn gốc hợp pháp thì luật lại không và không thể làm rõ. Trong thực tiễn, người ta thường dừng lại một khi người chiếm hữu xuất trình được bằng chứng gì đó, do tự cảm thấy hài lòng với bằng chứng đó và yên tâm cho rằng việc chiếm hữu là có căn cứ pháp luật. Chẳng hạn, người thuê nhà xuất trình hợp đồng thuê nhà hợp lệ sẽ được coi là người chiếm hữu hợp pháp. Thật ra, đến lúc đó người ta vẫn chưa biết chắc liệu người chiếm hữu có thực sự chiếm hữu có căn cứ pháp luật hay không, bởi vấn đề tư cách của bên cho thuê vẫn chưa được giải quyết. Tuy nhiên, nếu đi tiếp, nghĩa là phải thẩm định tư cách của bên cho thuê, thì đến khi nào người ta mới có thể dừng lại để khẳng định chắc chắn rằng mọi thứ đều đã đúng luật, hợp pháp và do đó, việc chiếm hữu đang xem xét là có căn cứ pháp luật?

Do vấn đề nêu trên cứ bị treo lơ lửng không được giải quyết dứt khoát mà mới có tình trạng các kho tạm giữ tài sản liên quan đến những vụ phạm tội cứ đầy ắp. Thông thường, khi nạn nhân một vụ trộm hay cướp đến cơ quan chức năng xin nhận lại tài sản, thì cơ quan này lại đòi hỏi người xin phải xuất trình bằng chứng cho thấy mình là chủ sở hữu hoặc người được chủ trao quyền sử dụng tài sản; nếu chứng minh không được, thì tài sản có nguy cơ bị tạm giữ dây dưa. Trong khi đó, ở các nước, người bị hại chỉ cần chứng minh mình là nạn nhân của vụ trộm hoặc cướp, nghĩa là được nhận dạng đầy đủ là nạn nhân, thì sẽ nhận lại được tài sản: trách nhiệm của nhà chức trách chỉ là tái lập mối quan hệ giữa người và tài sản như trước khi xảy ra vụ phạm pháp, còn thực chất mối quan hệ đó là gì không phải là vấn đề của vụ án.

cho việc quy định người chiếm hữu được suy đoán là chủ sở hữu, nói chung là người có thực quyền đối với tài sản, trở nên vô nghĩa.

Tóm lại, cần dừng cảm loại bỏ quyền chiếm hữu ra khỏi nội dung của quyền sở hữu, để có điều kiện xây dựng, hoàn thiện chế định chiếm hữu thoả mãn các tiêu chí khoa học và hội nhập.

Vấn đề vật quyền bảo đảm nghĩa vụ

Vật quyền chính và vật quyền phụ

Theo học thuyết pháp lý phương Tây, có thể xếp các vật quyền thành hai nhóm - gọi là vật quyền chính và vật quyền phụ⁹.

Vật quyền chính là quyền cho phép người có quyền tác động lên bản thể của tài sản. Quyền sở hữu thuộc nhóm này, tất cả các vật quyền khác thuộc nhóm này, trong chừng mực nào đó, được cho là kết quả của việc tách các yếu tố của quyền sở hữu để xây dựng một quyền độc lập. Chẳng hạn, quyền hưởng dụng hình thành từ việc tách quyền sử dụng và quyền thu hoa lợi; quyền bề mặt là kết quả phân chia quyền sở hữu dựa vào sự chia cắt đối tượng của quyền...

Vật quyền phụ là quyền cho phép người có quyền tác động không phải lên bản thể của tài sản mà lên giá trị kinh tế của nó. Đây là các vật quyền phát sinh từ các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bằng tài sản đặc định, cụ thể là các biện pháp cầm cố, thế chấp. Tài sản vẫn thuộc quyền sở hữu của người bảo đảm, nhưng trong trường hợp nghĩa vụ được bảo đảm không được thực hiện, thì chủ nợ có quyền kê biên các tài sản này và xử lý, thông thường là bằng cách đấu giá và được ưu tiên nhận tiền thanh toán từ tiền bán tài sản.

Logic hình thành tính chất vật quyền của các biện pháp bảo đảm nghĩa vụ bằng tài sản đặc định

Do nợ là một quyền đối nhân, chủ nợ muốn thực hiện quyền của mình thì phải yêu cầu người mắc nợ chi trả. Nếu người mắc nợ không chịu tự nguyện hợp tác, thì việc đòi nợ trở nên rất rắc rối do thủ tục tố tụng. Bởi vậy, chủ nợ tự nhiên có mong muốn làm thế nào thu hồi được nợ mà không phải bận tâm đến thái độ của người mắc nợ.

Bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, hay nói nôm na là bảo đảm trả nợ, bằng giá trị của một tài sản đặc định là việc thiết lập cam kết, theo đó trong trường hợp nợ không được trả đủ, thì chủ nợ có quyền xử lý tài sản bảo đảm để thu hồi nợ. Việc xử lý tài sản không lệ thuộc vào sự hợp tác của người mắc nợ. Khi xử lý tài sản, chủ nợ cũng không cần quan tâm đến tư cách của người đang nắm giữ tài sản: người này phải tôn trọng quyền của chủ nợ có bảo đảm và không được phép có hành vi cản trở việc thực hiện quyền ấy. Mặt khác, trong trường hợp có nhiều chủ nợ, thì chủ nợ có bảo đảm được ưu tiên so với các chủ nợ khác trong việc thụ hưởng kết quả xử lý tài sản: nếu tài sản được đem bán, thì tiền bán tài sản được dùng để trả cho chủ nợ có bảo đảm; phần còn lại được trả cho các chủ nợ khác.

Có thể từ đó nhận thấy quyền của chủ nợ có bảo đảm có những tính chất cơ bản của vật quyền: quyền trực tiếp, quyền ưu tiên. Do chủ nợ không cần bận tâm đến người nắm giữ tài sản bảo đảm mà tài sản vẫn có thể lưu thông tự do trong thời gian bảo đảm: chủ nợ có quyền đeo đuổi. Người thứ ba có thể nhận được những cảnh báo cần thiết về quyền của chủ nợ có bảo đảm thông qua việc tham khảo hệ thống đăng ký tài sản. Biện pháp bảo đảm phải được đăng ký thì mới phát sinh hiệu lực đối với người thứ ba.

9 Có thể xem, ví dụ, Ph. Malaurie và L. Aynès, *sđd*, tr. 88 và 89.

Giải pháp đặc thù của luật Việt Nam và hệ lụy

Cũng đứng trước bài toán đáp ứng mong muốn chính đáng của chủ nợ, nhưng người làm luật Việt Nam vấp phải một trở ngại lớn đối với việc xây dựng giải pháp cho bài toán dựa trên lý thuyết vật quyền. Đó là sự yếu kém của hệ thống đăng ký tài sản đang vận hành. Không có một nơi dễ tiếp cận cho phép thu thập thông tin đầy đủ về tình trạng pháp lý của tài sản, chủ nợ tự nhiên không muốn thừa nhận khả năng tự do lưu thông trong thời gian bảo đảm: để cho tài sản dễ dàng di chuyển từ người này sang người khác, chủ nợ có thể gặp khó khăn khi cần xử lý tài sản do người nắm giữ tài sản từ chối hợp tác¹⁰.

Từ đó, có thể hiểu tại sao BLDS năm 2005, tại khoản 4 Điều 348 quy định cấm người thế chấp bán, trao đổi, tặng cho tài sản thế chấp nếu không được bên nhận thế chấp đồng ý, trừ trường hợp tài sản thế chấp là hàng hoá luân chuyển trong quá trình sản xuất, kinh doanh. Với quy định như thế, việc thế chấp rốt cuộc được hình dung như một biện pháp có tác dụng hạn chế quyền của chủ sở hữu, đặc biệt là quyền định đoạt. Việc thế chấp tài sản đồng nghĩa với việc tạm đặt tài sản ra ngoài lưu thông. Điều này tỏ ra không hợp lý trong các trường hợp tương quan giữa



giá trị tài sản bảo đảm và giá trị của món nợ được bảo đảm rất chênh lệch: tài sản có giá trị lớn trong khi nợ được bảo đảm có giá trị nhỏ. Vô hiệu hoá khả năng lưu thông của một tài sản có giá trị lớn để bảo đảm việc chi trả một món nợ nhỏ là cả một sự lãng phí các nguồn lực xã hội.

Giải pháp của BLDS năm 2005 có thể phù hợp với giai đoạn đầu hình thành hệ thống đăng ký tài sản. Một cách hợp lý, cần phải củng cố, hoàn thiện hệ thống đăng ký tài sản song song với việc nâng cao nhận thức pháp lý của người dân. Đến một lúc nào đó, khi các điều kiện thuận lợi, thì thay thế giải pháp mang tính đối phó của BLDS năm 2005 bằng việc thừa nhận tính chất vật quyền đầy đủ của quyền nhận thế chấp. Tuy nhiên, thay vì làm như thế, người làm luật lại tiếp tục duy trì giải pháp đối phó ghi nhận tại BLDS năm 2005 trong khuôn khổ sửa đổi BLDS lần này. Đây là điều đáng tiếc ■

¹⁰ Chủ nợ thậm chí có thể mất quyền xử lý một khi người nắm giữ tài sản đã tiếp nhận tài sản qua một vụ chuyển nhượng trong tình trạng ngay tình.

KHÁI NIỆM TÀI SẢN TRONG PHÁP LUẬT DÂN SỰ VÀ KIẾN NGHỊ SỬA ĐỔI BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2005

VŨ THỊ HỒNG YẾN*

Trên cơ sở trình bày, phân tích bản chất và các đặc điểm pháp lý của tài sản, mối quan hệ giữa tài sản, vật và quyền tài sản, bài viết bình luận và đóng góp ý kiến đối với quy định về tài sản trong Dự thảo sửa đổi Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2005, đồng thời đưa ra đề xuất sửa đổi đối với Điều 106 của Dự thảo sửa đổi BLDS¹ (Dự thảo).

1. Tài sản và đặc điểm pháp lý của tài sản

Trong cuốn *Deluxe Back's Law Dictionary*, tài sản được giải nghĩa là một từ được sử dụng chung để chỉ mọi thứ là đối tượng của quyền sở hữu, hoặc hữu hình hoặc vô hình, hoặc động sản hoặc bất động sản. Như vậy, nếu xét dưới góc độ luật học thì khái niệm tài sản được nhìn nhận trong mối quan hệ với quyền sở hữu và được xem xét dưới các khía cạnh đa dạng như tài sản hữu hình, tài sản vô hình, động sản và bất động sản.

Nghiên cứu về khái niệm tài sản, không thể không tìm hiểu về khái niệm này từ các học giả thời La Mã cổ đại. Theo luật La Mã, tài sản bao gồm các vật và quyền tài sản. Vật là những đối tượng hữu hình đơn lẻ, phân

biệt được, có tính độc lập mà con người có thể cầm nắm, khai thác lợi ích kinh tế và có giá trị vật chất. Các nước theo hệ thống luật Civil Law như Pháp, Nhật Bản, Quebec (Canada) đều không có định nghĩa về tài sản trong các BLDS mà chỉ quy định về tài sản thông qua việc phân loại chúng. Phân loại tài sản cũng là một kỹ thuật pháp lý để làm rõ các khía cạnh của tài sản và để xây dựng các quy chế pháp lý điều chỉnh chúng cho phù hợp. Theo BLDS Pháp, tài sản bao gồm động sản và bất động sản (Điều 516); tài sản có thể là động sản do tính chất hoặc do pháp luật quy định (Điều 527). Như vậy, tài sản được nhận diện thông qua các khái niệm như vật (mang tính hữu hình) và quyền (mang tính vô hình), động sản và bất động sản.

* TS. Khoa Pháp luật Dân sự - Trường Đại học Luật Hà Nội.

1 Bản Dự thảo sửa đổi BLDS năm 2005 ngày 5/9/2015.

2 Robert W. Emerson, John W. Hardwick, *Business Law*, Barron's educational series Inc., USA, 1997, p.08.

Các học giả Common Law lại thể hiện quan niệm tài sản là các mối quan hệ giữa người với người liên quan đến vật, hơn là nhấn mạnh đến các đặc tính vật lý hay chất liệu như các học giả Civil Law, theo đó tài sản được hiểu là một mớ quyền (abundle of rights): tài sản bao gồm bất kể những gì có khả năng sở hữu hoặc bởi cá nhân, tập thể hoặc cho lợi ích của người khác².

Như vậy, các quan niệm về tài sản trong BLDS ở một số nước tiêu biểu cho hệ thống pháp luật trên thế giới đều đi theo hai cách tiếp cận cơ bản, đó là tài sản được tiếp cận dưới góc độ vật hay dưới góc độ quyền. *Dưới góc độ vật*: theo tiêu chí vật lý thì những vật mà con người có thể nhận biết được bằng các giác quan tiếp xúc là vật hữu hình, còn ngược lại là vật vô hình. Vật vô hình chính là các quyền tài sản. Như vậy, tài sản gồm có vật và quyền, có tính hữu hình và vô hình. *Dưới góc độ quyền*: cơ sở xuất phát điểm của cách tiếp cận này là sự thừa nhận vật có tính chất hữu hình, độc lập, có thể cầm nắm được. Việc tiếp theo của các nhà làm luật là xác định các quyền lợi của các chủ thể xoay quanh vật hữu hình đó. Nếu các quyền được thực hiện một cách trực tiếp trên vật hữu hình mà không cần có sự hỗ trợ của bất kỳ chủ thể nào khác thì được gọi là quyền đối vật hay còn gọi là vật quyền. Trong quyền đối vật có quyền đối vật tuyệt đối là quyền sở hữu và quyền đối vật phụ thuộc là các quyền hưởng dụng, quyền địa dịch, quyền bề mặt, quyền của bên nhận cầm cố, thế chấp đối với vật. Ngược lại với quyền đối vật là quyền đối nhân. Quyền đối nhân là quyền được thực hiện trên vật một cách gián tiếp thông qua hành vi của chủ thể mang

nghĩa vụ hay còn được gọi là trái quyền. Bên cạnh đó còn một loại quyền đặc biệt không được thực hiện trực tiếp trên vật cũng không phải thông qua hành vi của người khác mà tồn tại theo quy định của pháp luật được gọi là quyền vô hình tuyệt đối, đó là quyền sở hữu trí tuệ. Pháp luật dân sự Nhật Bản đã đi theo hướng tiếp cận này. Trong BLDS Nhật Bản không có khái niệm cụ thể về tài sản mà khái niệm tài sản được ẩn chứa trong các quy định về vật (chương 3, quyền 1), vật quyền (quyển 2) và trái vụ (quyển 3).

Để nhận diện về tài sản thì nhất thiết phải chỉ ra được các đặc điểm pháp lý của chúng. Trên cơ sở tìm hiểu các quy định của pháp luật dân sự truyền thống và hiện đại, chúng tôi cho rằng, tài sản có những đặc điểm pháp lý cơ bản sau:

Thứ nhất, tài sản là những đối tượng mà con người có thể sở hữu được. Nếu tài sản là vật hữu hình thì con người có thể nắm giữ hoặc chiếm giữ được thông qua các giác quan tiếp xúc; nếu tài sản là vật vô hình thì con người phải có cách thức để quản lý và kiểm soát sự tồn tại của chúng, ví dụ: các tài sản trí tuệ phải được thể hiện trên những “vật mang” nhất định để con người có thể nhận biết được³ và chủ thể sáng tạo có thể đăng ký xác lập quyền của mình tại các cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Thứ hai, tài sản phải mang lại những lợi ích nhất định cho con người, có giá trị và trị giá được thành tiền. Ở đây, cần có sự phân biệt giữa yếu tố giá trị và trị giá được thành tiền của tài sản. Tài sản có giá trị được hiểu là tài sản đó có ý nghĩa về mặt tinh thần hay có giá trị sử dụng cụ thể nào đó với mỗi chủ

3 Ví dụ, một tác phẩm văn học phải được thể hiện thông qua các ký tự, cuộc biểu diễn phải được định hình thông qua các bản ghi âm, ghi hình...

thể khác nhau. Ví dụ, một bức ảnh đã cũ từ thời thơ ấu vô cùng có giá trị đối với một người nhưng để định giá được bức ảnh đó có giá trị bao nhiêu tiền thì phải có căn cứ như thông qua bán đấu giá hay căn cứ vào sự thỏa thuận của các bên để xác định nó trị giá bao nhiêu tiền hoặc có thể chẳng ai trả giá cho bức ảnh đó. Như vậy, không phải mọi tài sản có giá trị thì đều có thể trị giá được thành tiền. Tuy nhiên, nếu như có chủ thể xâm phạm đến bức ảnh đó, như đốt hay xé bỏ nó thì chủ sở hữu của bức ảnh vẫn có quyền kiện đòi bồi thường khi tài sản bị xâm phạm và Tòa án phải thụ lý để bảo vệ quyền lợi của chủ sở hữu. Và để xác định được mức bồi thường thì cần định giá cho bức ảnh đó - đây là câu chuyện không đơn giản cho Tòa án khi đó không phải là hàng hóa có giá trên thị trường.

Chúng tôi cũng xin được bàn luận về quy định sau của BLDS 2005 và đã có nhiều quan điểm cho rằng, tài sản còn phải thỏa mãn một đặc điểm là có thể chuyển giao trong giao lưu dân sự hay phải là đối tượng của các giao dịch dân sự. Cụ thể: Điều 181 BLDS 2005 có định nghĩa: “Quyền tài sản là quyền trị giá được bằng tiền và có thể chuyển giao trong các giao lưu dân sự”. Về nguyên tắc, quyền tài sản có thể chuyển giao trong các giao lưu dân sự phụ thuộc vào bản chất của chúng có hay không có “gắn với yếu tố nhân thân” và quy chế pháp lý được dành riêng cho chúng như chúng không thuộc loại tài sản pháp luật quy định là loại tài sản bị cấm lưu thông. Ví dụ: quyền đòi nợ là quyền tài sản không gắn với nhân thân nhưng quyền yêu cầu cấp dưỡng hay quyền được hưởng lương hưu... là những quyền tài sản gắn với nhân thân. Về nguyên tắc, các giá trị nhân thân chỉ thuộc về một chủ thể nhất định, không thể chuyển giao cho người khác. Do vậy, ngoài các đặc điểm pháp lý như: có thể sở hữu được, mang lại lợi ích cho con người, có giá trị và trị giá được thành tiền thì tài sản

cần có thêm đặc điểm pháp lý của quyền tài sản là “có thể chuyển giao trong các giao lưu dân sự” hay không? Chúng tôi cho rằng, đặc điểm pháp lý này chỉ dành cho tài sản *khi chúng được nhìn nhận dưới góc độ là đối tượng của các giao dịch dân sự mà không thể áp đặt chúng thành các tiêu chí để nhận diện về tài sản*. Do vậy, đặc điểm “có thể chuyển giao trong các giao lưu dân sự” không phải là một yếu tố thuộc về khái niệm tài sản.

Một điểm đặc thù trong khái niệm tài sản là: Tài sản là một *khái niệm động* mang nội dung kinh tế, xã hội và nội dung pháp lý nhằm mục đích đáp ứng cho các nhu cầu của con người trong cuộc sống. Trong điều kiện nền kinh tế thị trường hiện nay, với sự phát triển như vũ bão của các tiến bộ khoa học, kỹ thuật, sự đa dạng hóa các loại hợp đồng... đã làm phát sinh những loại tài sản mới đa dạng, phức tạp và tất yếu kéo theo tư duy mới về tài sản. Những khái niệm có tính truyền thống, cổ điển về tài sản đã trở nên quá chật hẹp so với sự phát triển đa dạng và phức tạp của các loại hình tài sản mới như tiền ảo (bitcoin), tài sản trong các trò chơi game online, tên miền, các dự án, tài sản sẽ có trong tương lai, các quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng như quyền thu phí đường bộ, quyền thuê bất động sản mà đã trả tiền thuê trước cho cả thời hạn thuê... Tính mới của các loại tài sản hiện nay sẽ tạo nên bước đột phá mới trong tư duy của các nhà làm luật về việc xác định các loại tài sản mới.

Cũng vì vậy, cách định nghĩa theo kiểu liệt kê các loại tài sản của Điều 163 BLDS năm 2005: “Tài sản bao gồm vật, tiền, giấy tờ có giá và quyền tài sản” dễ dẫn đến tình trạng bỏ sót những dạng tài sản khác và không làm rõ được các đặc tính pháp lý cơ bản để nhận diện về tài sản. Như vậy, chúng ta sẽ không tìm thấy các yếu tố đặc trưng cơ bản của tài sản trong định nghĩa trên.

2. Mối quan hệ giữa tài sản, vật và quyền tài sản

Để có thể nhận diện được bản chất pháp lý của tài sản, có lẽ cần phân tích và làm rõ mối quan hệ giữa các khái niệm tài sản, vật và quyền tài sản dưới các khía cạnh pháp lý sau:

Thứ nhất, xét dưới góc độ bản thể vật lý tồn tại của tài sản, vật, quyền tài sản thì mối quan hệ giữa chúng được xác định:

Vật được hiểu là đối tượng hữu hình, chiếm một phần của không gian và con người có thể biết được thông qua các giác quan tiếp xúc như cầm, nắm, nhìn, sờ thấy chúng.

Quyền được hiểu là lợi ích mà các chủ thể đã xác lập trên vật. Quyền trên vật có thể được phân thành quyền tuyệt đối và quyền tương đối. Quyền tương đối là quyền thực hiện một cách gián tiếp đối với vật thông qua chủ thể thực hiện nghĩa vụ. Hay nói cách khác, chủ thể có quyền tương đối chỉ có thể thỏa mãn quyền của mình trên vật thông qua hành vi thực hiện nghĩa vụ của một chủ thể khác (chủ thể mang nghĩa vụ luôn được xác định cụ thể) - còn được gọi là trái quyền. Đó có thể là quyền đòi nợ, quyền yêu cầu thanh toán phát sinh từ hợp đồng, các nguồn thu. Quyền tuyệt đối là quyền đối với vật và quyền này có hiệu lực với tất cả mọi người còn lại trong xã hội. Có thể giải thích theo cách khác là, chủ thể nắm giữ quyền tuyệt đối chỉ có thể đạt được quyền của mình thông qua việc khai thác giá trị của vật mà không phụ thuộc vào chủ thể mang nghĩa vụ (bởi chủ thể mang nghĩa vụ tồn tại dưới dạng “ẩn” - không xác định cụ thể). Nếu đối tượng của quyền là vật hữu hình thì hệ quả sẽ làm phát sinh vật quyền - có thể được hiểu là quyền sở hữu vật. Nếu đối tượng của quyền

là tài sản trí tuệ (loại tài sản vô hình) thì hệ quả sẽ là *quyền sở hữu trí tuệ*, cụ thể bao gồm quyền tác giả và quyền liên quan, quyền sở hữu công nghiệp (nhãn hiệu, sáng chế, giải pháp hữu ích, tên thương mại, chỉ dẫn địa lý, thiết kế bố trí...)⁴. Quyền sở hữu trí tuệ thường được phân biệt thành một loại quyền riêng biệt phụ thuộc vào pháp luật. Thực chất nó không hoàn toàn là quyền đối vật và cũng không phải là quyền đối nhân.

Như vậy, chúng ta thấy vật là yếu tố đầu tiên cần được nhận diện; sau đó là các quyền được xác lập trên vật tạo thành các loại vật quyền, trái quyền, quyền sở hữu trí tuệ. Vậy quyền tài sản là gì? Theo tư duy logic có quyền trên vật thì cũng có quyền trên tài sản, trong khi tài sản bao gồm vật và quyền thì và sẽ dẫn đến hệ quả: quyền trên vật và cả quyền trên quyền.

Đối với quyền trên vật thì cách tư duy này lại trở về vị trí xuất phát điểm là vật, giá trị của quyền không tách rời giá trị của vật - theo đó có sự hỗn nhập giữa vật và vật quyền, và không thể đồng thời cùng một lúc có nhiều vật quyền trùng nhau cùng tồn tại trên vật. Các vật quyền sau này được hình thành, được hiểu là các *chi phân, các nhánh* của quyền sở hữu, phụ thuộc vào quyền sở hữu (vốn được coi là vật quyền chính yếu và tuyệt đối).

Đối với quyền trên quyền: chẳng hạn quyền đòi nợ là trái quyền; quyền đòi nợ được dùng để thế chấp thì bên nhận thế chấp quyền đòi nợ sẽ có quyền tài sản: *quyền đối với quyền đòi nợ*. Chung quy của quyền trên quyền cũng là duy nhất một chủ thể phải thực hiện nghĩa vụ: gọi là trái quyền cũng đúng và gọi là quyền tài sản cũng đúng. Tựu trung lại thì tài sản bao gồm có vật (vật

4 Xem thêm Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005.

quyền) và quyền tài sản (trái quyền). Quyền sở hữu trí tuệ sẽ được coi là một trường hợp đặc biệt được điều chỉnh bởi luật chuyên ngành.

Thứ hai, dưới góc độ đối tượng của các giao dịch dân sự thì mối quan hệ giữa chúng được xác định:

Vật là cơ sở để hình thành các quyền tác động trực tiếp trên vật như quyền sở hữu hay quyền của các chủ thể khác đối với vật. Để thực hiện các quyền năng trên vật thì chủ thể đưa vật trở thành đối tượng trong các giao dịch dân sự, như để thực hiện quyền sử dụng thì chủ sở hữu có thể cho thuê vật, để thực hiện quyền định đoạt thì chủ sở hữu có thể bán, trao đổi, tặng cho vật... Khi đó, thay vì được quyền tác động trực tiếp trên vật thì chủ thể sẽ có quyền yêu cầu một chủ thể khác phải đáp ứng lợi ích cho mình bằng việc trả một khoản tiền hay vật hoặc thực hiện một công việc trị giá được bằng tiền - hay còn được gọi là trái quyền. Trên cơ sở xác lập các giao dịch liên quan đến vật, chủ sở hữu đang chuyển quyền của mình từ dạng vật quyền sang trái quyền. Vậy trái quyền có phải là quyền tài sản không? Quyền tài sản theo quy định tại Điều 181 BLDS năm 2005 là quyền trị giá được thành tiền và chuyển giao được trong các giao lưu dân sự. Xoay quanh việc nhìn nhận về bản chất của quyền tài sản, có những quan điểm cho rằng quyền tài sản bao gồm tất cả các quyền như vật quyền, trái quyền, quyền sở hữu trí tuệ; quan điểm khác lại cho rằng quyền tài sản chỉ là trái quyền (phát sinh từ hợp đồng và có thể chuyển giao được).

Nếu theo quan điểm thứ nhất, quyền tài sản bao gồm vật quyền, trái quyền và quyền sở hữu trí tuệ thì chúng ta có thể hình dung về tình trạng hỗn nhập giữa các trạng thái của chúng như: đầu tiên là có vật - được coi là một loại tài sản; tiếp theo là quyền được xác

lập trên vật: vật quyền và trái quyền - cũng được coi là một loại tài sản. Ví dụ, một chiếc xe máy là vật - là tài sản; quyền sở hữu chiếc xe máy (*vật quyền*) cũng được coi là tài sản; quyền yêu cầu thanh toán giá trị của chiếc xe máy (*trái quyền*) cũng là tài sản. Như vậy, tài sản chỉ tồn tại hoặc là vật (vật quyền được đồng nhất với vật trong giao dịch trên) hoặc là quyền yêu cầu thanh toán giá trị của vật - được hiểu là quyền tài sản. Theo đó, chúng tôi cho rằng vật và vật quyền luôn song hành hay không thể tách rời nếu xét dưới góc độ là đối tượng của giao dịch để xác định giá trị của vật (hoặc vật quyền). Hay nói cách khác, giá trị của vật quyền đồng nhất với giá trị của vật mà trên đó vật quyền được xác lập, bởi khi vật là đối tượng của giao dịch thì mục đích của giao dịch đó luôn được xác định: chủ thể dịch chuyển quyền gì: quyền sử dụng hay quyền định đoạt đối với vật? Sau khi vật và vật quyền được dịch chuyển cho người khác thì chủ thể sẽ có được quyền yêu cầu thanh toán giá trị của vật quyền đó. Do đó, xét dưới góc độ là đối tượng của giao dịch thì chúng tôi nhìn nhận vật và vật quyền (quyền sở hữu) là đồng nhất, bên cạnh trái quyền; và tài sản chỉ có thể tồn tại là vật (vật quyền) và là quyền tài sản (trái quyền). Trên cơ sở phân tích trên, dưới góc độ tài sản là đối tượng của các giao dịch, chúng tôi nhất trí với quan điểm thứ hai, *đó là quyền tài sản chỉ bao gồm trái quyền; còn vật quyền thì có sự hỗn nhập với vật.*

Như vậy, nếu cho rằng tài sản là một khái niệm bao trùm cả vật và quyền trên vật, thì quyền tài sản sẽ là khái niệm độc lập với quyền trên vật cũng như độc lập với khái niệm tài sản. Chúng tôi cho rằng, tài sản bao gồm vật (vật quyền) dưới góc độ hữu hình, quyền sở hữu trí tuệ dưới góc độ vô hình; còn quyền tài sản chính là trái quyền: quyền yêu cầu thanh toán phát sinh từ các hợp đồng. Hay nói cách khác, quyền tài sản là

khả năng mà chủ thể có thể có quyền sở hữu tài sản; khả năng này phụ thuộc vào việc thực hiện đúng, đầy đủ nghĩa vụ của chủ thể có nghĩa vụ. Vật và vật quyền là đồng nhất trong đối tượng của giao dịch, chỉ có vật và trái quyền mới là các đối tượng độc lập trong các giao dịch. Trên cơ sở phân tích mối quan hệ của tài sản, vật, quyền tài sản như trên, một lần nữa chúng tôi muốn củng cố lại khái niệm về tài sản như đã phân tích ở trên: tài sản bao gồm vật (vật quyền - quyền sở hữu) và quyền tài sản (trái quyền) mà con người có thể sở hữu được, mang lại lợi ích cho con người, có giá trị và trị giá được thành tiền. Quyền sở hữu trí tuệ là tài sản vô hình, có thể được quy định thêm trong các văn bản luật chuyên ngành.

3. Mối quan hệ giữa vật quyền và trái quyền

Như trên đã phân tích thì vật quyền là cơ sở để phát sinh trái quyền, cụ thể là chủ sở hữu có thể dịch chuyển một trong các quyền năng của mình như quyền sử dụng hay quyền định đoạt vật cho chủ thể khác thông qua các giao dịch. Các giao dịch này là cơ sở để hình thành trái quyền cho các chủ thể trong giao dịch đó. Và ngược lại, trái quyền lại là cơ sở để hình thành vật quyền nếu trái quyền đó đáp ứng được các yêu cầu của vật quyền theo như quy định của pháp luật. Nếu người mua vật, chiếm hữu vật thì sẽ hình thành một loại vật quyền là quyền chiếm hữu; nếu người mua đăng ký xác lập quyền sở hữu đối với vật mua thì sẽ hình thành quyền sở hữu - một loại vật quyền chính yếu và tuyệt đối. Chính bởi vậy, trong lý thuyết về vật quyền có nguyên tắc trừu tượng và tách biệt, theo đó

hiệu lực của trái quyền (hiệu lực của hợp đồng) có sự tách biệt với hiệu lực của vật quyền (thời điểm chuyển quyền sở hữu đối với vật mua bán). Dưới góc độ các giao dịch bảo đảm thì các giao dịch bảo đảm có tính vật quyền có vị trí ưu tiên hơn so với các giao dịch bảo đảm có tính trái quyền.

4. Một số nhận xét và khuyến nghị đối với quy định của BLDS về tài sản

Thứ nhất, về quy định của Điều 163 BLDS năm 2005: Khái niệm tài sản được quy định tại Điều 163 BLDS năm 2005 không nêu được các đặc trưng pháp lý của tài sản nên đã gây ra sự nhầm lẫn giữa tài sản tồn tại dưới dạng quyền với các loại giấy tờ chứng minh cho quyền tài sản đó. Điều 163 liệt kê tài sản bao gồm vật, tiền, giấy tờ có giá, quyền tài sản. Điều chúng tôi muốn khuyến nghị ở đây là sự liệt kê tiền là một loại tài sản là không cần thiết, vì chức năng chủ yếu của tiền là công cụ định giá và thanh toán. Giấy tờ có giá cũng là những giấy tờ do cơ quan, tổ chức nhất định phát hành xác nhận quyền được yêu cầu thanh toán của chủ thể nắm giữ các loại giấy tờ đó. Do vậy, giấy tờ có giá cũng có chức năng để chứng minh cho quyền tài sản. Nếu ghi nhận cả giấy tờ có giá là một loại tài sản được xếp bên cạnh quyền tài sản sẽ gây ra sự nhầm lẫn giữa các loại tài sản. Có quan niệm chất liệu hoá tài sản vô hình, chẳng hạn: mặc dù có sự tách bạch giữa quyền với hình thức vật chất (giấy tờ) chứng minh nó như trong trường hợp đối với cổ phần hoặc trái phiếu, nhưng quan niệm này vẫn gộp nó vào các giấy tờ chứng minh sự tồn tại của nó⁵.

5 John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, pp. 274- 275.

Có 2 phương án liên quan đến vấn đề tài sản:

Phương án 1: Không quy định về tài sản. Các văn bản pháp luật hiện hành chỉ cần quy định về vật và quyền, đây là hai nhánh chính của tài sản; trên cơ sở đó cần có các quy định cụ thể về các dạng tồn tại của vật và quyền vì chúng sẽ là đối tượng trong các giao dịch dân sự. Còn khái niệm tài sản nên để cho các học giả chuyên ngành luật định nghĩa dưới khía cạnh lý luận bởi tài sản là một khái niệm có tính bao quát, trừu tượng và luôn thay đổi theo hoàn cảnh. Trên cơ sở đó, nên hạn chế dùng các cụm từ *tài sản* khi quy định về đối tượng trong các giao dịch trong BLDS.

Cụm từ *tài sản* được gắn vào sau hầu hết các hợp đồng quy định trong BLDS như hợp đồng mua bán, thuê, thế chấp, cầm cố... trong khi đó, tài sản lại bao gồm vật và quyền tài sản. Đối tượng của mỗi hợp đồng đều cần được xác định cụ thể theo thỏa thuận của các bên và theo bản chất của từng loại hợp đồng, nên khi gắn đối tượng của hợp đồng và tên của hợp đồng thì cần có sự chính xác, nếu không thì để cho chính các chủ thể lựa chọn. Ví dụ, pháp luật của Pháp, Nhật Bản đều đặt tên cho biện pháp thế chấp là thế chấp bất động sản, cầm cố động sản, thế chấp quyền đòi nợ... Phương án 1 này cũng là hướng đi của Nhật Bản, Đức: trong BLDS của các nước này chỉ quy định về vật, vật quyền, trái vụ mà không có quy định về tài sản.

Phương án 2: Xây dựng khái niệm về tài sản và có các điều khoản để giải thích cụ thể về các thuật ngữ chứa đựng trong khái niệm đó.

Điều 106 Dự thảo sửa đổi BLDS 2005 ngày 5/9/2005 có quy định: “Tài sản là vật, tiền, giấy tờ có giá và quyền tài sản. Tài sản bao gồm bất động sản và động sản. Bất động sản và động sản có thể là tài sản hiện có và tài sản hình thành trong tương lai”. Tiếp theo,

Điều 110 có định nghĩa về Vật và Điều 117 có định nghĩa về Quyền tài sản.

Với cách định nghĩa về tài sản theo Dự thảo trên, chúng tôi thấy dường như nhà làm luật còn lúng túng trong hướng đi hay chưa thống nhất trong cách tiếp cận. Bởi nếu quy định “tài sản là...” thì lẽ ra phải nêu nội hàm của khái niệm, phải chỉ ra các yếu tố để nhận diện về tài sản, nhưng nhà làm luật lại chỉ liệt kê tài sản bao gồm những hình thức tồn tại là vật, tiền, giấy tờ có giá, quyền tài sản; tiếp theo đến đoạn 2 của cùng điều luật lại quy định về tài sản dưới dạng liệt kê “tài sản bao gồm...”. Thêm nữa, cách định nghĩa của Điều 110 về vật và Điều 117 về quyền tài sản dường như chưa làm sáng tỏ được hệ quả pháp lý của những quy định này. Tại sao BLDS chỉ giải thích khái niệm vật và quyền tài sản, còn khái niệm tiền, giấy tờ có giá vốn nằm trong khái niệm về tài sản lại không được giải thích? Có thể suy đoán là nhà làm luật muốn để các luật chuyên ngành quy định nhưng cần lưu ý là, BLDS phải tạo khung cho luật chuyên ngành quy định, nếu không sẽ dẫn đến khả năng có sự mâu thuẫn hay chồng chéo giữa các văn bản pháp luật. Thực tế đã chứng minh, có một số luật chuyên ngành được ban hành và làm vô hiệu hóa các quy định của BLDS. Theo các văn bản pháp luật hiện hành thì cổ phiếu, trái phiếu là giấy tờ có giá nhưng cũng là những giấy tờ chứng minh cho quyền tài sản. Vậy chúng là một hay là hai loại tài sản độc lập, mỗi quan hệ giữa chúng như thế nào? Thiết nghĩ, những nhà làm luật cần thống nhất về bản chất pháp lý của tài sản theo những dấu hiệu, đặc điểm pháp lý của tài sản và thống nhất về cách tiếp cận (quy định tài sản dưới dạng vật lý hay quy định các quyền trên tài sản) như chúng tôi đã phân tích ở trên, để có thể xây dựng được khái niệm tài sản chuẩn xác, có tính ứng dụng cao và thúc đẩy cho các giao dịch dân sự, kinh tế ngày càng phát triển ■

HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH CẤU THÀNH TỘI TRỘM CẮP TÀI SẢN TẠI ĐIỀU 138 BỘ LUẬT HÌNH SỰ

NGUYỄN THỊ XUÂN*

Thực tiễn áp dụng Bộ luật Hình sự năm 1999 (sửa đổi, bổ sung năm 2009) về tội trộm cắp tài sản trong những năm qua vẫn còn một số vướng mắc và bất cập như: trường hợp tang vật của vụ trộm cắp đã tiêu thụ hoặc bị tiêu huỷ mà không thể tìm lại được, thì dựa vào cơ sở nào để định giá tài sản làm căn cứ cho việc định tội và định khung hình phạt, nếu lời khai của người bị hại và của người phạm tội có mâu thuẫn. Hoặc trường hợp, nếu tội trộm cắp thực hiện ở giai đoạn chuẩn bị phạm tội hay phạm tội chưa đạt, mà không có căn cứ xác định được ý thức chủ quan của người phạm tội hướng tới lấy loại tài sản nào, thì có xử lý hình sự được hay không khi chưa có kết luận về giá trị tài sản bị chiếm đoạt. Hoặc vướng mắc về việc xử lý đồng phạm về tội trộm cắp hay tội chứa chấp, tiêu thụ tài sản do người khác phạm tội mà có, khi người chứa chấp, tiêu thụ không có sự hứa hẹn, thoả thuận trước với người trực tiếp thực hiện hành vi trộm cắp, nhưng lại bắt đầu tham gia sau thời điểm tội trộm cắp đã hoàn thành mà chưa kết thúc. Những vướng mắc này chủ yếu thể hiện ở phương diện thực tiễn áp dụng, mang tính cục bộ, chỉ nảy sinh trong một số trường hợp. Chúng tôi đề cập tới hai vấn đề trong cấu thành tội phạm cơ bản của tội trộm cắp.

1. Mặt khách quan trong cấu thành tội phạm cơ bản của tội trộm cắp tài sản

Cấu thành tội phạm cơ bản của tội trộm cắp tài sản được quy định tại khoản 1 Điều

138 Bộ luật Hình sự (BLHS) hiện hành: “1. Người nào trộm cắp tài sản của người khác có giá trị từ hai triệu đồng đến dưới năm mươi triệu đồng hoặc dưới hai triệu đồng nhưng gây hậu quả nghiêm trọng hoặc đã bị xử phạt hành chính về hành vi chiếm đoạt hoặc đã bị kết án về tội chiếm đoạt tài sản, chưa được xóa án tích mà còn vi phạm, thì bị phạt cải tạo không giam giữ đến ba năm hoặc phạt tù từ sáu tháng đến ba năm...”.

Điều luật cho thấy, tội trộm cắp tài sản được quy định theo cách chỉ nêu tên tội phạm mà không mô tả hành vi khách quan - tức là phần quy định trong cấu trúc của loại quy phạm pháp luật này là loại quy phạm giản đơn - loại quy định không mô tả tội phạm mà chỉ là nêu tên tội danh¹. Do đó, có nhiều cách hiểu khác nhau về hành vi khách quan của tội trộm cắp tài sản:

*Cách hiểu thứ nhất*²: Hành vi khách quan của tội trộm cắp tài sản là hành vi lén lút chiếm đoạt tài sản đang do người khác quản lý.

Theo cách hiểu này, thì đặc tính lén lút chưa thể hiện rõ nghĩa là sự phản ánh hành vi lén lút hay ý thức chủ quan của người phạm tội là lén lút và chiếm đoạt tài sản là hành vi khách quan hay mục đích phạm tội.

*Cách hiểu thứ hai*³: Hành vi khách quan của tội trộm cắp tài sản là hành vi lén lút để chiếm đoạt tài sản đang do người khác quản lý.

Theo cách hiểu này thì dấu hiệu lén lút là phản ánh hành vi khách quan, còn chiếm đoạt tài sản là mục đích của hành vi lén lút.

* ThS. Giảng viên Khoa Luật – Đại học Huế

1 Giáo trình luật hình sự Việt Nam tập 1, Trường Đại học Luật Hà Nội. Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội-2010, tr 44.

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

Cách hiểu thứ ba: Hành vi khách quan của tội trộm cắp tài sản bao gồm hai loại hành vi là hành vi lén lút và hành vi chiếm đoạt tài sản đang do người khác quản lý một cách bí mật.

Ví dụ: A đột nhập vào nhà B bằng cách dùng kim công lực phá khoá cửa nhà của B, vào trong nhà lấy được một chiếc ti vi trị giá 10 triệu đồng. Ở tình huống này, hành vi của A đột nhập vào nhà B bằng cách dùng kim công lực, phá khoá cửa nhà của B là hành vi lén lút. Hành vi lấy chiếc ti vi khi chủ tài sản không biết là hành vi chiếm đoạt tài sản một cách bí mật.

Các cách hiểu trên đã thể hiện sự không thống nhất trong cách hiểu và áp dụng pháp luật, làm sai lệch hoàn toàn bản chất, đặc trưng của tội trộm cắp tài sản. Do đó, chúng tôi cho rằng, cần phải nghiên cứu để thay đổi *từ cấu trúc quy định giản đơn thành quy định mô tả* - là loại quy định nêu rõ đầy đủ các dấu hiệu pháp lý đặc trưng của một tội danh, cho phép nhận biết được tội phạm đó⁴ ngay trong chính diện điều luật của tội trộm cắp tài sản, để làm cơ sở đưa ra định nghĩa chính xác và thống nhất về khái niệm của loại tội này.

Có thể khái quát các dấu hiệu đặc trưng trong mặt khách quan của tội trộm cắp tài sản như sau:

Thứ nhất, bất kỳ một trường hợp phạm tội trộm cắp nào thì người phạm tội đều sử dụng một trong hai thủ đoạn là:

- Thủ đoạn lợi dụng sự sơ hở, mất cảnh giác của người quản lý tài sản.

Ví dụ: Lợi dụng tình trạng hành khách ngồi trên xe ô tô ngủ gật để móc túi, hoặc lợi dụng lúc không có người trông coi tài sản để lấy tài sản, hoặc lợi dụng tình trạng nhà cửa không khóa lên vào lấy tài sản.

- Thủ đoạn tạo ra sự sơ hở, mất cảnh giác của người quản lý tài sản. Về dạng này, thông thường can phạm có thủ đoạn gian dối làm cho người quản lý tài sản tin tưởng, từ đó mất cảnh giác trong việc quản lý tài sản, để người phạm tội chiếm đoạt tài sản.

Ví dụ: A đang ở nhà một mình, B là người cùng xóm vào nhà A, nói với A là bố mày bị tai nạn xe máy ở trước cổng cơ quan. A hoảng sợ, vội vàng bỏ chạy đến cơ quan báo. B ở nhà lục soát lấy được một số tài sản trị giá 5 triệu đồng.

Thứ hai, sau khi sử dụng một trong hai thủ đoạn trên, can phạm thực hiện hành vi chiếm đoạt tài sản. Hành vi chiếm đoạt tài sản mang tính chất bí mật, lén lút. Như vậy, dấu hiệu lén lút, bí mật chỉ phản ánh ý thức chủ quan của người phạm tội khi thực hiện hành vi lấy tài sản. Cụ thể, khi lấy tài sản người quản lý tài sản không có mặt ở đó hoặc người quản lý tài sản có mặt ở đó nhưng theo ý thức chủ quan của người phạm tội cho rằng họ không biết được hành vi chiếm đoạt của can phạm đang thực hiện.

Từ những nội dung đã phân tích thể hiện tính đặc trưng, điển hình trong mặt khách quan của các vụ trộm cắp tài sản, chúng ta có thể xây dựng mô hình cấu thành tội phạm cơ bản ở khoản 1 Điều 138 BLHS như sau: “Người nào dùng thủ đoạn lợi dụng sự sơ hở, mất cảnh giác hoặc tạo ra sự sơ hở, mất cảnh giác của người quản lý tài sản mà bí mật chiếm đoạt tài sản đang do người đó quản lý có giá trị từ...”.

Với hướng sửa đổi này, mặt khách quan của tội trộm cắp được phản ánh đầy đủ, rõ ràng bản chất của nó với ba dấu hiệu đặc trưng, đó là:

- Thủ đoạn phạm tội là một dấu hiệu bắt buộc trong cấu thành tội phạm với sự thể hiện là một trong hai dạng: hoặc là lợi dụng sự sơ hở, mất cảnh giác; hoặc tạo ra sự sơ hở, mất cảnh giác của người quản lý tài sản.

- Hành vi khách quan của tội phạm là hành vi chiếm đoạt tài sản đang do người khác quản lý một cách bí mật, lén lút. Trong đó, lén lút, bí mật chỉ tính chất của hành vi chiếm đoạt thuộc phạm trù ý thức chủ quan của người phạm tội là che giấu việc thực hiện hành vi chiếm đoạt của mình đối với người quản lý tài sản.

2 *Giáo trình luật hình sự Việt Nam tập 2, Trường Đại học Luật Hà Nội. Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2010, tr 32.*

3 *Bình luận khoa học BLHS 1999 phần các tội phạm, Bộ Công an. Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2001, tr 204.*

4 *Giáo trình luật hình sự Việt Nam tập 1, Trường Đại học Luật Hà Nội. Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2010, tr 44.*

- Hậu quả về giá trị tài sản chiếm đoạt được cũng là một dấu hiệu bắt buộc được phản ánh trong cấu thành tội phạm.

2. Tình tiết định tội “trộm cắp nhiều lần có tính liên tục” tại khoản 1 Điều 138

Quá trình áp dụng BLHS về các tội xâm phạm sở hữu nói chung và tội trộm cắp tài sản nói riêng đã gây ra sự tranh luận sôi nổi giữa các luật gia, các cơ quan tiến hành tố tụng, người tiến hành tố tụng về cách hiểu và áp dụng các tình tiết gây hậu quả nghiêm trọng; tình tiết đã bị xử lý hành chính, đã bị xử lý kỷ luật; hoặc tình tiết đã bị kết án về tội chiếm đoạt tài sản nhưng chưa được xóa án tích. Việc ban hành kịp thời Thông tư liên tịch số 02/2001/TANDTC-VKSNDTC-BCA-BTP ngày 25/12/2001⁵ hướng dẫn áp dụng “các tội xâm phạm sở hữu” cơ bản đã tháo gỡ được những vướng mắc này. Tuy nhiên, nội dung hướng dẫn trong Thông tư vẫn còn thiếu thống nhất, thiếu đồng bộ, mâu thuẫn so với quy định của BLHS trong trường hợp trộm cắp nhiều lần mà mỗi lần trộm cắp giá trị tài sản dưới hai triệu đồng.

Tại tiêu mục 5, mục II, Thông tư số 02 quy định: “Trong trường hợp một người thực hiện nhiều lần cùng loại hành vi xâm phạm sở hữu, nhưng mỗi lần giá trị tài sản bị xâm phạm dưới mức tối thiểu để truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của BLHS và không thuộc một trong các trường hợp khác để truy cứu trách nhiệm hình sự (gây hậu quả nghiêm trọng; đã bị xử phạt hành chính; đã bị kết án nhưng chưa được xóa án tích...), đồng thời trong các hành vi xâm phạm đó chưa có lần nào bị xử phạt hành chính và chưa hết thời hiệu xử phạt hành chính, nếu tổng giá trị tài sản của các lần bị xâm phạm bằng hoặc trên mức tối thiểu để truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của BLHS, thì người thực hiện nhiều lần cùng loại hành vi xâm phạm sở hữu phải bị truy cứu trách nhiệm hình sự về tội phạm tương ứng theo tổng giá trị tài sản của các lần bị xâm phạm, nêu:

a. Các hành vi xâm phạm sở hữu được thực hiện một cách liên tục, kế tiếp nhau về mặt thời gian.

b. ...”.

Theo hướng dẫn này, đặt trong sự đánh giá của tội trộm cắp tài sản được hiểu là trường hợp một người trộm cắp tài sản nhiều lần có tính liên tục, kế tiếp nhau về mặt thời gian; tất cả các lần trộm cắp đó đều chưa bị xử lý hành chính hoặc hình sự, cũng không thuộc trường hợp gây hậu quả nghiêm trọng; mỗi lần trộm cắp giá trị tài sản dưới hai triệu đồng nhưng tổng tài sản của các lần trộm cắp này có giá trị từ hai triệu đồng trở lên thì vẫn bị truy cứu trách nhiệm hình sự.

Theo quy định tại khoản 1 Điều 138 BLHS hiện hành thì một người chỉ có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự khi thực hiện hành vi trộm cắp một lần giá trị tài sản từ hai triệu đồng trở lên, nếu tài sản trộm cắp có giá trị dưới hai triệu đồng thì chỉ bị truy cứu trách nhiệm hình sự nếu thuộc một trong ba trường hợp:

- Gây hậu quả nghiêm trọng.

- Đã bị xử phạt hành chính về hành vi chiếm đoạt.

- Đã bị kết án về tội chiếm đoạt tài sản nhưng chưa được xóa án tích.

So sánh quy định của hai văn bản này cho thấy có sự mâu thuẫn nhau trong trường hợp nếu một người trộm cắp tài sản nhiều lần có tính liên tục kế tiếp nhau về mặt thời gian; tất cả các lần trộm cắp đó đều chưa bị xử lý hành chính hoặc hình sự, cũng không thuộc trường hợp gây hậu quả nghiêm trọng; mỗi lần trộm cắp giá trị tài sản dưới hai triệu đồng nhưng tổng tài sản của các lần trộm cắp này có giá trị từ hai triệu đồng trở lên, thì theo hướng dẫn của Thông tư số 02 người đó bị coi là tội phạm và phải bị truy cứu trách nhiệm hình sự. Nếu căn cứ theo quy định của Điều 138 BLHS hiện hành thì người đó không bị truy cứu trách nhiệm hình sự vì hành vi không cấu thành tội phạm.

5 Thông tư này còn hiệu lực và đang được áp dụng trong thực tiễn xét xử, chỉ có nâng mức giá trị tài sản cho phù hợp và tương thích với quy định của BLHS hiện hành.

Chúng ta có thể thấy rõ sự mâu thuẫn này qua ví dụ: Tối ngày 12/11/2011 Nguyễn Văn A mang theo một bao tải với mục đích đi trộm cắp tài sản. Lần thứ nhất A vào một gia đình và lấy được 1 chiếc đài cassette trị giá 800 ngàn đồng bỏ vào bao tải đem giấu ở một bụi cây. Lần thứ hai A vào một gia đình khác lấy được một bộ quần áo trị giá 750 ngàn đồng và bỏ tiếp vào bao tải. Khi đi ngang qua thấy một chiếc xe đạp trị giá 700 ngàn đồng dựng ở sân của một gia đình khác, A phá khoá và dắt xe đạp ra bỏ bao tải tài sản vừa trộm cắp được lên xe đạp. Khi A đạp xe đi được một đoạn thì bị phát hiện và bị bắt giữ. Trong trường hợp này tổng giá trị tài sản bị chiếm đoạt là 2.250 ngàn đồng.

Trong ví dụ này, nếu căn cứ vào hướng dẫn của Thông tư số 02 thì A phải bị truy cứu trách nhiệm hình sự về tội trộm cắp tài sản. Nếu căn cứ vào khoản 1 Điều 138 BLHS hiện hành thì hành vi của A không cấu thành tội phạm.

Việc lựa chọn văn bản pháp luật nào, BLHS hay Thông tư hướng dẫn để áp dụng giải quyết trường hợp trên, theo chúng tôi phải dựa vào các căn cứ sau:

i/ Quy định của Thông tư số 02 thể hiện theo hướng mở rộng phạm vi tội trộm cắp tài sản so với BLHS là trái với Điều 2 BLHS “Chi người nào phạm một tội đã được BLHS quy định mới phải chịu trách nhiệm hình sự”. Quy định này cho thấy thẩm quyền quy định một hành vi nào là tội phạm chỉ do một cơ quan duy nhất là Quốc hội, thể hiện trong việc ban hành BLHS quy định về tội phạm và hình phạt. Các cơ quan có thẩm quyền khác chỉ được phép cụ thể hoá, giải thích đúng trong phạm vi những quy định của BLHS.

ii/ Nếu so sánh về cơ quan có thẩm quyền ban hành văn bản pháp luật, thì rõ ràng BLHS có giá trị pháp lý cao hơn so với Thông tư.

iii/ Nguyên tắc nhân đạo được chi phối trong hoạt động xây dựng pháp luật hình sự và cả trong hoạt động áp dụng pháp luật hình sự. Liên hệ với trường hợp phạm tội cụ thể trên thì, BLHS quy định theo hướng có lợi

hơn cho người phạm tội so với Thông tư số 02.

Do đó, trường hợp này, BLHS được lựa chọn áp dụng để kết luận hành vi của A không phạm tội.

Những nội dung phân tích ở trên cho thấy, hướng dẫn tại tiểu mục 5, mục II, Thông tư 02 là trái luật, vi phạm nguyên tắc pháp chế, xâm phạm nghiêm trọng đến quyền con người nên cần phải được chỉnh sửa ngay.

Tuy nhiên, thực tiễn trong đời sống xã hội hiện nay, tình hình trộm cắp vặt (giá trị tài sản trộm cắp nhỏ, nhưng thực hiện nhiều lần, lần cuối cùng bị bắt quả tang) đã và đang xảy ra khá phổ biến trong đời sống xã hội, xâm phạm đến quyền sở hữu về tài sản, gây ảnh hưởng đến trật tự, an toàn xã hội, rất cần thiết phải mở rộng miền tội phạm phải chịu trách nhiệm hình sự mới có thể ngăn ngừa một cách có hiệu quả thực trạng này. Do đó, thiết nghĩ cần xây dựng cấu thành tội phạm trộm cắp trong BLHS hiện hành theo hướng mở rộng phạm vi miền tội phạm đối với tình tiết trộm cắp nhiều lần, liên tục, mỗi lần trộm cắp giá trị tài sản dưới hai triệu đồng nhưng tổng giá trị tài sản của các lần trộm cắp này từ hai triệu đồng trở lên.

Chúng tôi đề xuất hướng sửa đổi, bổ sung cấu thành tội phạm cơ bản của tội trộm cắp tài sản quy định tại khoản 1, Điều 138 BLHS như sau:

“1. Người nào *dùng thủ đoạn lợi dụng sự sơ hở, mất cảnh giác hoặc tạo ra sự sơ hở, mất cảnh giác của người quản lý tài sản mà bí mật chiếm đoạt tài sản đang do người đó quản lý có giá trị từ hai triệu đồng đến dưới năm mươi triệu đồng hoặc dưới hai triệu đồng nhưng gây hậu quả nghiêm trọng hoặc đã bị xử phạt hành chính về hành vi chiếm đoạt hoặc đã bị kết án về tội chiếm đoạt tài sản chưa được xóa án tích mà còn vi phạm hoặc trộm cắp nhiều lần có tính liên tục nhưng tổng giá trị tài sản của các lần từ hai triệu đồng trở lên*, thì bị phạt cải tạo không giam giữ đến ba năm hoặc phạt tù từ sáu tháng đến ba năm” ■

HIỆN TƯỢNG “TAXI GRAB/UBER” VÀ VẤN ĐỀ NHẬN DIỆN CHÍNH SÁCH

TRẦN HOÀI NAM*

Thời gian qua, trên thị trường vận tải hành khách bằng xe ô tô ở Việt Nam xuất hiện loại hình kinh doanh xe “taxi” sử dụng ứng dụng công nghệ, có phương thức kinh doanh khác biệt so với loại hình *kinh doanh vận tải hành khách bằng xe taxi* đang được pháp luật quy định¹. Loại hình “taxi” mới này, hiện được nhiều người biết đến với những cái tên như “taxi Grab”, “taxi Uber”... Mở đầu việc tham gia thị trường, bằng cách thực hiện khuyến mại - giảm giá lớn nhằm thu hút khách hàng đến với dịch vụ của mình, “taxi Grab” và “taxi Uber” đã nhận được sự ủng hộ nhất định từ phía khách hàng sử dụng dịch vụ, nhất là những khách hàng trẻ ưa công nghệ, thích cái mới. Ngoài ra, cùng nhiều hoạt động khác nữa, loại hình taxi này đã, đang gây ra “xao động” nhất định cho thị trường, từ đó tạo nên những ý kiến khác nhau, thậm chí trái ngược nhau như: tích cực và tiêu cực, ủng hộ và phản đối²...

Sự việc trên, phản ánh nhu cầu cần giải đáp sớm hiện tượng “taxi Grab/Uber” của xã hội. Cụ thể, theo chúng tôi, hiện nay đang đặt ra yêu cầu làm rõ về tính pháp lý và hệ quả xã hội tiềm ẩn liên quan đến kiểu kinh doanh “taxi” này. Nói cách khác, chính là yêu cầu đối với cơ quan Nhà nước trong việc nhận diện chính sách và làm chính sách để giải quyết những hiện tượng mới phát sinh trong đời sống xã hội, mà bản chất là ban hành văn bản pháp luật nhằm kịp thời quản lý và phát huy nó một cách có lợi nhất.

1. Khái quát về “taxi Uber”, “taxi Grab” và phương thức hoạt động của loại hình kinh doanh này

Theo thông tin trên một số phương tiện thông tin đại chúng, thì “taxi Uber” và “taxi Grab” thuộc hai công ty có nguồn gốc khác nhau, Uber khởi nguồn từ Hoa Kỳ, còn Grab lại có công ty mẹ tại Malaysia³; hiện cả hai đều đang hoạt động ở Việt Nam theo Giấy

* **Vụ Hành chính, Văn phòng Quốc hội.**

- 1 Luật Giao thông đường bộ 2008; Nghị định số 86/2014/NĐ-CP ngày 10/9/2014 của Chính phủ về kinh doanh và điều kiện kinh doanh vận tải bằng ô tô.
- 2 Ngày 4/12/2014, Hiệp hội Vận tải ô tô Hà Nội có văn bản kiến nghị ngừng hoạt động taxi Uber vì lo ngại loại hình này cạnh tranh thiếu lành mạnh với taxi thông thường. Trong văn bản gửi Bộ Giao thông Vận tải, Hiệp hội Vận tải ô tô Hà Nội cho rằng, Uber taxi không phải là đơn vị kinh doanh vận tải, chỉ làm nhiệm vụ kết nối giữa lái xe và hành khách, không được điều chỉnh bởi Luật Giao thông đường bộ Việt Nam. Đây là loại hình vận tải trực tiếp thu tiền của người đi xe không thông qua đơn vị kinh doanh vận tải, như vậy là trái với Luật Giao thông đường bộ và Nghị định kinh doanh vận tải bằng ô tô, không đáp ứng điều kiện kinh doanh vận tải như không có đăng ký kinh doanh, không giấy phép kinh doanh vận tải. Nguồn: vnexpress.net/.../hiiep-hoi-van-tai-kien-nghi-dung-hoa... thứ năm, 4/12/2014 | 18:50 GMT+7.
- 3 <http://congly.com.vn/kinh-doanh/doanh-nghiep/grabtaxi-va-uber-cung-tranh-gianh-thi-truong-dong-nam-a-115998.html> truy cập ngày 19/10/2015.

phép do cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp⁴.

Tuy là hai công ty khác nhau, hoạt động độc lập nhưng xét về bản chất và phương thức hoạt động thì hai công ty này tương tự nhau, đặc biệt là cả hai hiện đều đang nỗ lực để thâm nhập vào lĩnh vực kinh doanh vận tải hành khách bằng xe taxi (**kinh doanh xe taxi**) tại thị trường vận tải Việt Nam.

Cả “taxi Uber” và “taxi Grab” đều dùng những ứng dụng phần mềm có tính năng đặt/gọi xe ô tô chờ khách nói chung, thông qua điện thoại thông minh /smart phone, trên nền tảng google map có sử dụng dịch vụ định vị toàn cầu. Khi sử dụng, ứng dụng này giúp người có nhu cầu đi xe liên lạc được trực tiếp với lái xe taxi hoặc bất cứ lái xe nào có nhu cầu chờ khách thu tiền, mà không cần đến khâu trung gian là tổng đài taxi/công ty taxi như hiện nay. Hành khách và lái xe kết nối được với nhau qua phần mềm Grab/Uber cài đặt sẵn trên điện thoại di động của cả hai bên. Khi khách hàng đặt/gọi xe, hệ thống sẽ hiển thị các thông tin về: khoảng cách giữa điểm đi - điểm đến, cước phí tạm tính cùng với hình ảnh, tên, số điện thoại của lái xe và biển số xe. Lái xe và hành khách biết vị trí của nhau dựa trên định vị toàn cầu GPS của điện thoại. Nếu khách hàng đồng ý đi, việc tính cước được thực hiện tự động qua thẻ thanh toán quốc tế Visa, Mastercard của khách đã khai báo trên phần mềm nếu khách đi xe sử dụng phần mềm Uber, hoặc trả tiền trực tiếp cho lái xe nếu khách đi xe sử dụng phần mềm Grab...

Một điểm đáng lưu ý của phương thức kinh doanh này là xe ô tô vận tải hành khách “như taxi” nhưng khi sử dụng phần mềm Grab/Uber đều có thể không cần phù hiệu taxi, logo của hãng và đồng hồ tính cước như taxi “truyền thống”, nó có vẻ ngoài trông

giống như một chiếc ô tô không tham gia hoạt động kinh doanh xe taxi.

Đặc điểm trên là một trong những điểm cơ bản nên được quan tâm khi đánh giá, nhận xét về loại hình kinh doanh “taxi” này, mà ở đó cần tập trung vào tính pháp lý (sự hợp pháp) và tính hợp lý (sự phù hợp với thực tế) của nó. Bàn về tính pháp lý, phải viện dẫn pháp luật hiện hành để “soi chiếu” xem loại hình kinh doanh này được quy định ở đâu, như thế nào, hay chưa được quy định; bàn về tính hợp lý, phải căn cứ vào thực tế để đánh giá xem loại hình kinh doanh này nên quy định như thế nào cho phù hợp và hữu ích nhất.

2. Một số khía cạnh pháp lý và chính sách liên quan đến kinh doanh vận tải hành khách bằng xe taxi

2.1. Một số khía cạnh pháp lý

Trước khi đề cập đến những vấn đề pháp lý cụ thể liên quan đến việc sử dụng phần mềm Grab/Uber để tham gia kinh doanh vận tải hành khách như taxi, có một vấn đề cần xác định là: Các công ty hiện đang sở hữu và sử dụng phần mềm Grab/Uber (sau đây gọi là Công ty Grab/Uber) là những công ty kinh doanh vận tải hành khách bằng xe taxi hay chỉ là công ty công nghệ cung cấp giải pháp “vận tải thông minh” đóng vai trò hỗ trợ doanh nghiệp vận tải kết nối với khách hàng nhanh chóng, thuận tiện?

Ban đầu, theo đại diện của Công ty Grab/Uber khẳng định trên một số phương tiện thông tin, họ là công ty kinh doanh về công nghệ theo Giấy phép hoạt động đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp, họ không kinh doanh vận tải⁵;

Trên cơ sở khẳng định của Grab/Uber, có ý kiến đồng tình rằng, những Công ty kiểu này là đơn vị kinh doanh về công nghệ theo Giấy phép đã được cơ quan nhà nước có

4 “Uber” hoạt động tại Việt Nam theo Giấy Chứng nhận đầu tư do UBND TP HCM cấp ngày 30/8/2014;

“Grab” hoạt động tại Việt Nam theo Giấy Chứng nhận đăng ký doanh nghiệp do UBND TP. HCM cấp ngày 14/02/2014.

5 <http://vovgiaothong.vn/giao-thong-do-thi/grabtaxi-co-pham-luat/86387>; <http://quantrimang.com/hoi-ceo-dang-viet-dung-tu-a-z-ve-uber-viet-nam-114196>; <http://baodautu.vn/bi-loi-lam-an-grabtaxi-hoi-quan-diem-cua-bo-giao-thong-van-tai-d26862.html>, truy cập ngày 19/10/2015.

thâm quyền cấp, không kinh doanh vận tải, vì vậy không phải là đối tượng quản lý của ngành giao thông vận tải⁶;

Ý kiến khác lại cho rằng, với mô hình hiện nay, Công ty Grab/Uber đang hoạt động như doanh nghiệp cung cấp dịch vụ thương mại điện tử, cung cấp dịch vụ sàn giao dịch thương mại điện tử trên nền tảng thiết bị điện thoại di động. Nên Grab/Uber phải tuân thủ các quy định về hoạt động kinh doanh, thương mại và thương mại điện tử của Chính phủ. Trong khi hiện chưa có văn bản pháp luật nào quy định cụ thể về hoạt động này, vì thế chưa có cơ chế cũng như công cụ để quản lý ứng dụng này và các ứng dụng tương tự⁷.

Theo chúng tôi, Grab/Uber chỉ là một phần mềm ứng dụng trên điện thoại thông minh để kết nối người có nhu cầu đi lại bằng taxi với công ty taxi, mà ở đây cụ thể và trực tiếp là với nhân viên lái xe của công ty taxi. Do vậy, về bản chất, các công ty kiểu Grab/Uber không cung cấp dịch vụ vận tải, và theo quy định của pháp luật họ cũng không đủ điều kiện để được cung cấp dịch vụ này, họ chỉ kết nối để bên cung cấp dịch vụ vận tải và bên sử dụng dịch vụ vận tải gặp nhau. Tuy nhiên, trên thực tế, các công ty này lại không đơn thuần chỉ kinh doanh phần mềm, cung cấp giải pháp công nghệ, mà còn đang hoạt động sang cả lĩnh vực kinh doanh xe taxi, và hiện nay nhiều người cũng đã biết đến “taxi Uber”, “taxi Grab”... như là những hãng taxi. Bởi lẽ, các công ty kiểu Grab/Uber đang trực tiếp thực hiện các hoạt động của một doanh nghiệp kinh doanh xe taxi (công ty taxi): lưu trữ, quản lý thông tin hồ sơ của lái xe; tiếp nhận nhu cầu của khách, thực hiện việc cung cấp thông tin hai chiều cho lái xe và khách; điều động xe, quyết định hành trình của xe; quyết định giá cước khi kết thúc hành trình; thu phí của lái xe, khuyến mại cho khách hàng; nhận và giải quyết phản hồi của khách hàng...

Như vậy, xét ở khía cạnh pháp lý, các công ty này đang vi phạm pháp luật Việt Nam. Cụ thể, theo các Điều 66, 67 Luật Giao thông đường bộ năm 2008 và Nghị định số 86/2014/NĐ-CP ngày 10/9/2014 của Chính phủ về kinh doanh và điều kiện kinh doanh vận tải bằng ô tô (Nghị định số 86/2014) quy định thì *loại hình kinh doanh xe taxi* là một ngành nghề kinh doanh có điều kiện, đơn vị kinh doanh phải đáp ứng những điều kiện nhất định như: đăng ký kinh doanh, bảo đảm số lượng, chất lượng và niên hạn sử dụng của phương tiện phù hợp với loại hình kinh doanh; xe phải gắn thiết bị giám sát hành trình, phải có phù hiệu taxi, logo của hãng và lắp đồng hồ tính cước... Đây là những điều kiện mang tính bắt buộc để một công ty taxi hiện nay được hoạt động. Vì thế, nếu các công ty Uber/Grab muốn tham gia vào thị trường cung cấp dịch vụ taxi ở Việt Nam thì họ chỉ có thể lựa chọn một trong hai hình thức sau:

- Tự thành lập đơn vị kinh doanh xe taxi của riêng mình, theo đúng quy định của pháp luật Việt Nam về lĩnh vực hoạt động kinh doanh này; hoặc

- Ký hợp đồng hợp tác với các đơn vị kinh doanh xe taxi hiện có với tư cách là Công ty đối tác cung cấp giải pháp công nghệ hỗ trợ cho hoạt động kinh doanh của đơn vị taxi. Và trong trường hợp này, công ty Grab/Uber cũng không được tự ý định giá cước cho hành khách, thu phí của lái xe và đăng ký khuyến mại cước vận tải... như đang làm, mà những việc này vẫn phải do đơn vị kinh doanh xe taxi thực hiện.

Ngoài hai hình thức trên, nếu công ty Grab/Uber trực tiếp hợp tác với các cá nhân chỉ có phương tiện và giấy phép lái xe, hoặc với những đơn vị kinh doanh vận tải hành khách thuộc loại hình khác, không phải là đơn vị thuộc loại hình kinh doanh xe taxi như quy định của Luật Giao thông đường bộ năm

6 <http://vietbao.vn/Xa-hoi/Bo-truong-Dinh-La-Thang-lenh-siet-taxi-Uber/68351326/157/>, truy cập ngày 19/10/2015.

7 <http://dantri.com.vn/kinh-doanh/bo-cong-thuong-taxi-uber-nhieu-rui-ro-tiem-an-1421945383.htm>, truy cập ngày 19/10/2015.

2008 và Nghị định số 86/2014 thì cả công ty Grab/Uber và các cá nhân, đơn vị tham gia hợp tác đều vi phạm pháp luật và phải bị xử lý theo quy định của pháp luật về hành vi kinh doanh trái phép (chúng tôi xin nhấn mạnh điểm này).

Liên quan đến những khả năng nêu trên, hiện nay có ý kiến cho rằng: nếu công ty Uber/Grab hợp tác với loại hình đơn vị *kinh doanh vận tải hành khách theo hợp đồng* (sau đây gọi là kinh doanh xe hợp đồng) thì sẽ không trái pháp luật. Vì khoản 1 Điều 7 Nghị định số 86/2014 định nghĩa: loại hình “*kinh doanh vận tải hành khách theo hợp đồng*” là kinh doanh vận tải không theo tuyến cố định và được thực hiện theo hợp đồng vận tải bằng văn bản giữa đơn vị kinh doanh vận tải và người thuê vận tải”, chỉ có điều, Nghị định số 86/2014 chưa có quy định rõ hợp đồng vận tải có thể thể hiện dưới hình thức thông điệp dữ liệu điện tử; nhưng Điều 12 Luật Giao dịch điện tử có quy định: “*thông điệp dữ liệu có giá trị như văn bản...*” nên để giải quyết vướng mắc pháp lý này, cần báo cáo Chính phủ cho phép đơn vị kinh doanh xe hợp đồng và người thuê vận tải được sử dụng thông điệp dữ liệu điện tử trong giao dịch thuê xe ô tô thay cho hợp đồng vận tải bằng văn bản, thì sau đó, các công ty Grab/Uber hoàn toàn có thể hợp tác với đơn vị này để kinh doanh xe taxi một cách hợp pháp, mà không cần phải thành lập hoặc hợp tác với đơn vị kinh doanh xe taxi.

Với lý lẽ, theo khoản 1 Điều 7 này thì loại hình đơn vị kinh doanh xe hợp đồng được vận tải hành khách là đã rõ, chỉ còn vướng điều kiện phải có hợp đồng vận tải bằng văn bản (giấy), thì nay nếu được Chính phủ cho phép sử dụng hợp đồng điện tử để thay thế, là đáp ứng được điều kiện này; hợp đồng điện tử ở đây là: khi yêu cầu dịch vụ thông qua ứng dụng Grab/Uber thì khách hàng sẽ nhận được thông điệp dữ liệu điện tử, thể hiện trên giao diện mà mình sử dụng,

trong đó đã bao gồm các điều kiện của một hợp đồng vận tải.

Như vậy là, công ty Uber/Grab có thể mặc nhiên kinh doanh lấn sang phạm vi của loại hình đơn vị kinh doanh xe taxi mà không sợ không trái luật, vì vẫn kinh doanh đúng loại hình đơn vị của mình và đáp ứng đủ 02 điều kiện mà pháp luật quy định là: vận tải hành khách và có hợp đồng.

Theo chúng tôi “sáng kiến” trên là khó hiểu.

Thứ nhất, nói chính xác thì Nghị định số 86/2014 không quy định về hợp đồng vận tải có thể thể hiện dưới hình thức thông điệp dữ liệu điện tử, chứ không phải là chưa quy định rõ, và cho dù như vậy, thì đây cũng không phải “vướng mắc về pháp lý” để phải báo cáo Chính phủ như ý kiến đã đề xuất. Bởi lẽ, theo Điều 12 Luật Giao dịch điện tử mà chính ý kiến này viện dẫn, đã quy định rõ: “*thông điệp dữ liệu có giá trị như văn bản...*” thì việc sử dụng hợp đồng điện tử trong giao dịch thuê xe ô tô thay cho hợp đồng bằng văn bản coi như đã được luật định, trước chưa làm được, nay nếu làm được là tốt, rất nên khuyến khích. Sao còn phải xin ý kiến Chính phủ?

Chúng tôi hoàn toàn nhất trí về việc hợp đồng điện tử thay thế hợp đồng văn bản, nhưng bên cạnh đó chúng tôi muốn khẳng định một điều là, dù có thế thì việc này không liên quan và không thể làm thay đổi bản chất và đối tượng khách hàng/hành khách của loại hình kinh doanh xe hợp đồng. Nên không thể căn cứ vào đây để lấn sang phạm vi kinh doanh của loại hình kinh doanh xe taxi vốn là loại hình có những điều kiện kinh doanh khác, khác biệt so với *loại hình kinh doanh xe hợp đồng* (chúng tôi xin nhấn mạnh điều này).

Thứ hai, ý kiến này đã chứng tỏ việc không nghiên cứu kỹ Nghị định số 86/2014 (trước đây là Nghị định số 91, Nghị định số 93⁸) quy định về kinh doanh và điều kiện kinh doanh vận tải bằng xe ô tô. Trong quá

8 Nghị định số 91/2009/NĐ-CP ngày 21/10/2009 của Chính phủ về kinh doanh và điều kiện kinh doanh bằng xe ô tô; Nghị định số 93/2012/NĐ-CP ngày 8/11/2012 sửa đổi, bổ sung một số điều Nghị định số 91/2009/NĐ-CP.

trình áp dụng, dù có sửa đổi, bổ sung hoặc thay thế thì tại Nghị định này vẫn duy trì những quy định mang tính phân biệt giữa các loại hình kinh doanh vận tải hành khách với những tên gọi cụ thể, trong đó có 02 loại hình mang tên gọi khác nhau là *kinh doanh vận tải hành khách theo hợp đồng* và *kinh doanh vận tải hành khách bằng xe taxi*. Tương ứng với mỗi loại hình kinh doanh này là các quy định khác nhau về điều kiện để mỗi loại hình được phép hoạt động trong một phạm vi kinh doanh nhất định, đồng thời là cơ sở cho cơ quan quản lý nhà nước lấy làm căn cứ để kiểm tra, giám sát việc tuân theo pháp luật về điều kiện của từng loại hình.

Từ đó cho thấy, đối tượng vận tải/hành khách hướng tới của hai loại hình đơn vị này là hoàn toàn khác nhau. Trên thực tế, trong Nghị định số 86/2014, cùng với quy định tại Điều 6 về “Kinh doanh vận tải hành khách bằng xe taxi” còn có Điều 17 quy định về “Điều kiện kinh doanh vận tải hành khách bằng xe taxi”; cùng với Điều 7 quy định về “Kinh doanh vận tải hành khách theo hợp đồng” còn có Điều 18 quy định về “Điều kiện kinh doanh vận tải hành khách theo hợp đồng, vận tải khách du lịch bằng xe ô tô”. Đây là các Điều mà ý kiến trên đã quên không nhắc đến, khi chỉ nói đến khoản 1 của Điều 7 về “Kinh doanh vận tải hành khách theo hợp đồng”.

Nay chỉ bằng việc nêu ra hợp đồng điện tử có thể thay thế hợp đồng văn bản, một vấn đề không có gì gọi là “vướng mắc pháp lý”, mà cho rằng, có thể làm thay đổi bản chất và phạm vi kinh doanh (đối tượng hành khách) của loại hình đơn vị *kinh doanh xe hợp đồng*, thì chúng tôi cho rằng, đây là việc làm nhằm “tráo” khái niệm giữa “xe hợp đồng” và “xe taxi” để bỏ qua quy định của pháp luật về điều kiện kinh doanh xe taxi đã được Nghị định số 86/2014 xác định.

Có người nói, đây là một cách “lách

luật”, do pháp luật chưa quy định hoặc quy định không rõ ràng. Ngược lại, chúng tôi cho rằng, đây là vi phạm pháp luật nếu hiểu và làm như vậy, vì pháp luật mà cụ thể ở đây là Nghị định số 86/2014, với các điều kiện về kinh doanh dành cho mỗi loại hình đơn vị kinh doanh đã được quy định rất đầy đủ, chặt chẽ và minh bạch.

Chúng tôi cho rằng, về vấn đề này, trong trường hợp xét thấy cần thiết, Bộ Giao thông vận tải có thể ban hành Thông tư hướng dẫn, giải thích Nghị định số 86/2014, mà cụ thể là giải thích rõ sự khác nhau, cũng như mục đích, ý nghĩa của việc Nghị định đã phân chia lĩnh vực kinh doanh vận tải hành khách thành các loại hình kinh doanh vận tải hành khách riêng biệt mang tính “chuyên ngành”; qua đó xác định rõ phạm vi kinh doanh (đối tượng/hành khách) của 02 loại hình *kinh doanh vận tải hành khách theo hợp đồng* và *kinh doanh vận tải hành khách bằng xe taxi* đang được quy định trong Nghị định này.

Như vậy, bản chất của vấn đề sẽ là:

- Các công ty Grab/Uber muốn kinh doanh xe taxi nhưng không muốn đáp ứng các điều kiện mà pháp luật yêu cầu phải đảm bảo trong lĩnh vực kinh doanh này, điều mà các công ty taxi đang phải thực hiện như: đầu tư phương tiện, có phù hiệu taxi, logo của hãng, lắp đồng hồ tính cước, chịu các loại thuế, phí, tham gia đóng bảo hiểm xe, bảo hiểm khách hàng, bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế, bảo hiểm thất nghiệp cho người lao động...;

- Ý kiến đề xuất việc báo cáo Chính phủ cho phép loại hình đơn vị kinh doanh xe hợp đồng được sử dụng hợp đồng điện tử thay cho hợp đồng văn bản chính là một cách “ngâm” ủng hộ các công ty Grab/Uber được kinh doanh xe taxi mà không cần thực hiện đúng các quy định của pháp luật.

Bằng cách, lần lượt thực hiện các bước: đặt ra “vướng mắc pháp lý” về hợp đồng vận tải bằng văn bản của loại hình xe hợp đồng,

9 Theo Nghị định số 86/2014 có 05 loại hình kinh doanh vận tải hành khách (KDVTHK) bằng xe ô tô là: KDVTHK bằng xe ô tô theo tuyến cố định (Điều 4); KDVTHK bằng xe buýt (Điều 5); KDVTHK bằng xe taxi (Điều 6); KDVTHK theo hợp đồng; KDVTHK khách du lịch bằng xe ô tô (Đ 8).

một việc làm tương như không cần thiết nhưng lại có mục đích quan trọng là hợp pháp hóa quyền *kinh doanh xe taxi* của loại hình xe hợp đồng như phần trên chúng tôi đã phân tích; cuối cùng chỉ còn là sự hợp tác “công khai, hợp pháp” để *kinh doanh taxi* giữa công ty Grab/Uber và đơn vị *kinh doanh xe hợp đồng* với danh nghĩa ứng dụng khoa học công nghệ vào hoạt động vận tải hành khách.

2.2. Chính sách

Như đã nêu, bên cạnh các quy định khắt khe của pháp luật về điều kiện kinh doanh vận tải hành khách bằng xe taxi, thì trong việc thành lập và hoạt động đối với các hãng taxi tại nhiều địa phương, đặc biệt là ở thành phố Hà Nội và thành phố Hồ Chí Minh, chính quyền sở tại còn áp dụng chính sách khống chế số lượng xe theo quy hoạch ngắn hạn, dài hạn thông qua việc cấp hạn ngạch cho từng hãng taxi; cấm taxi đi vào một số tuyến phố, tuyến đường, cấm hoạt động vào một số giờ nhất định trong ngày... Nay, nếu cho phép dịch vụ “taxi” sử dụng phần mềm Grab/Uber hoạt động tràn lan, núp danh *loại hình kinh doanh xe hợp đồng* “hợp pháp” là đồng nghĩa với việc tháo khoán, khuyến khích cho “người người làm taxi, nhà nhà làm taxi”, và như vậy là đi ngược lại với các chính sách mà các địa phương, cơ quan nhà nước đã đề ra và đang áp dụng đối với lĩnh vực kinh doanh xe taxi, từ đó tạo ra một môi trường kinh doanh phức tạp, bất bình đẳng, không lành mạnh của thị trường này.

Do vậy, trong trường hợp các công ty kiểu Grab/Uber được phép hợp tác với đơn vị kinh doanh xe hợp đồng để kinh doanh “trùng” phạm vi với các đơn vị kinh doanh xe taxi, thì việc này được hiểu là, với tinh thần tạo điều kiện thông thoáng hơn cho hoạt động kinh doanh, chính sách của Nhà nước đối với lĩnh vực kinh doanh vận tải nói chung và kinh doanh xe taxi nói riêng, cụ thể là đối với điều kiện kinh doanh của loại hình kinh doanh xe taxi, đã thay đổi. Vì thế, để phù hợp với thực tế mới này, Chính phủ cần sớm minh định chính sách của mình bằng quy định pháp luật cụ thể. Theo đó, việc xem xét,

sửa đổi Nghị định số 86/2014 với việc bỏ *loại hình kinh doanh vận tải hành khách bằng xe taxi*, và một số loại hình kinh doanh vận tải hành khách khác ra khỏi phạm vi điều chỉnh của Nghị định này. Bởi các loại hình này đã nằm cả trong *loại hình kinh doanh vận tải hành khách theo hợp đồng*.

Bên cạnh đó, các đơn vị kinh doanh xe taxi nên cân nhắc việc chuyển đổi sang loại hình kinh doanh xe hợp đồng để sớm được hưởng các thuận lợi mới mà pháp luật dành cho loại hình này. Nếu chuyển đổi, với số lượng đáng kể phương tiện sẵn có, cùng kinh nghiệm hoạt động kinh doanh lâu năm ở loại hình của mình, chắc chắn các công ty taxi hiện nay sẽ dễ dàng đáp ứng được quy định mới về điều kiện kinh doanh của loại hình kinh doanh xe hợp đồng (hợp đồng vận tải bằng văn bản điện tử), qua đó, đáp ứng tốt nhu cầu thực tế của người dân về tiết kiệm thời gian và chi phí, cũng như xu hướng áp dụng các ứng dụng khoa học công nghệ vào ngành vận tải đã và đang được Nhà nước hết sức khuyến khích phát triển.

3. Những hệ quả hiện hữu và tiềm ẩn từ việc kinh doanh “taxi” sử dụng phần mềm kiểu Grab/Uber

Theo chúng tôi, từ góc độ hoạch định chính sách vĩ mô với tầm nhìn dài hạn, thì hiện tượng kinh doanh “taxi” sử dụng phần mềm kiểu Grab/Uber cần được nghiên cứu một cách thấu đáo trên nguyên tắc thận trọng và toàn diện, từ đó có sự nhìn nhận, dự báo rõ ràng về cái được, cái mất khi để cho loại hình kinh doanh này “nhập khẩu” và hoạt động ở Việt Nam.

3.1. Hệ quả kinh tế

- *Đầu tư của Grab/Uber vào Việt Nam:*

Không giống các doanh nghiệp đầu tư nước ngoài khác là đưa nhiều vốn và công nghệ tiên bộ vào Việt Nam, từ đó tạo ra nhiều công ăn việc làm đồng thời giúp đào tạo, nâng cao tay nghề cho nguồn nhân lực trong nước, có thể nói, phần mềm Grab/Uber tuy có một số tiện ích không thể phủ nhận, thì đây cũng không phải là một phần mềm quá ưu đặc biệt mang tính “công nghệ hiếm”. Bên

cạnh đó, số vốn mà các công ty Grab/Uber đầu tư vào Việt Nam cũng không đáng kể, với một phần nhỏ chi phí thuê địa điểm làm văn phòng đại diện, thuê một nhóm người để vận hành, quản lý thị trường vận tải đã sẵn có và có chăng là chi phí cho khuyến mại, miễn phí sử dụng dịch vụ thời gian đầu để thu hút khách.

- *Tiền bị chuyển ra nước ngoài:*

Bản chất là các công ty nước ngoài, lại với phương thức thanh toán bằng thẻ quốc tế của loại kinh doanh “taxi” kiểu này như đã đề cập, thì hàng ngày, hàng giờ có thể sẽ có một số lượng lớn tiền bị rút ra khỏi Việt Nam.

- *Rối loạn thị trường:*

Thực chất, việc kinh doanh dịch vụ “taxi” sử dụng phần mềm kiểu Grab/Uber không tạo ra thị trường mới, mà chỉ đơn giản là giành lấy thị phần từ thị trường sẵn có ở Việt Nam của các hãng taxi “truyền thống” trong nước. Không những thế, loại hình này còn có nguy cơ gây nhiễu thị trường với mức độ khó lường. Các đơn vị, cá nhân tham gia hoạt động kinh doanh “taxi” sử dụng phần mềm kiểu Grab/Uber và khách hàng cũng không chắc đã mừng được lâu. Vì trong tương lai, các công ty Grab/Uber sẽ tiếp tục tồn tại và phát triển ra sao, với chính sách về giá cước đối với hành khách, mức phí thu của lái xe như nào... là điều không ai có thể đoán định được.

- *Bất bình đẳng trong hợp tác kinh doanh:*

Khi các công ty Uber/Grab đã thực sự chiếm được thế chủ động trên thị trường, thì lúc đó, các cá nhân, đơn vị tham gia hợp tác sẽ hoàn toàn ở vào địa vị của người làm thuê, còn công ty Grab/Uber mới ở địa vị làm chủ, với những điều kiện hợp tác và chính sách kinh doanh dẫn dắt thị trường do họ toàn quyền tự quyết. Đây cũng là điều mà họ đã làm lâu nay mà không mấy ai chú ý.

- *Nguy cơ về “cuộc chiến” phần mềm:*

Học tập kiểu Grab/Uber, có nhiều khả năng trong thời gian tới sẽ có thêm nhiều phần mềm kiểu này nữa tham gia vào thị trường kinh doanh xe taxi ở Việt Nam. Báo hiệu trước một cuộc đua tranh đầy tính giằng

co về lái xe và khách hàng giữa các công ty kiểu Grab/Uber. Bởi một lẽ dễ hiểu, đây là một thị trường tiềm năng và sự quản lý lại khá thông thoáng, trong khi những phần mềm kiểu này, theo đánh giá của chuyên gia lại không quá khó để viết.

3.2 Hệ quả xã hội

- *Phá sản và thất nghiệp:*

Nhờ “lợi thế” không tuân thủ pháp luật nên hiện thời, loại hình dịch vụ “taxi” này đang có xu hướng phát triển mạnh, khiến các hãng taxi truyền thống có thể gặp nhiều khó khăn trong hoạt động kinh doanh, thậm chí phá sản, dẫn đến khả năng hàng loạt lao động là lái xe taxi sẽ bị thất nghiệp.

Hệ quả này nếu xảy ra sẽ là nghịch lý hiếm gặp trong một cơ chế thị trường lành mạnh, nơi mà về nguyên lý các doanh nghiệp được tổ chức bài bản, hoạt động kinh doanh có quy mô, đúng pháp luật sẽ tồn tại bền vững và phát triển mạnh, còn những cá nhân, đơn vị hoạt động kinh doanh nhỏ lẻ, không tôn trọng pháp luật sẽ không có nhiều cơ hội để tồn tại, phát triển.

- *Ùn tắc giao thông*

Thời gian qua, do hình thức “taxi” này chưa được quản lý kịp thời và chặt chẽ nên đã tạo ra trong xã hội một “phong trào tự phát” cá nhân mua một lúc nhiều xe rồi thuê người lái để hành nghề taxi. Đó là chưa kể khả năng các công ty kinh doanh dịch vụ “taxi” kiểu này đã và sẽ hợp tác với các hãng taxi ở các địa phương khác nhau để đưa xe về tập trung hoạt động thường xuyên ở một số tỉnh, thành phố đông dân có nhu cầu đi lại cao. Như vậy, kiểu “taxi” này có thể là giải pháp hữu hiệu cho việc giải quyết ùn tắc giao thông ở đâu đó, chứ trong bối cảnh hạ tầng giao thông và trình độ quản lý đô thị cụ thể hiện nay ở Việt Nam, thì nhất định kiểu này không bao giờ là giải pháp làm giảm ùn tắc giao thông như có ý kiến “lạc quan” đánh giá, mà đây sẽ là nguyên nhân không nhỏ làm gia tăng ùn tắc ở những thành phố lớn như Hà Nội và Hồ Chí Minh, vốn đã là những nơi có vấn đề nghiêm trọng về lưu lượng cũng như về trật tự, an toàn giao thông.

Vì lẽ đơn giản, bên cạnh các xe taxi “truyền thống” thì nay lại có thêm nhiều xe “Grab/Uber” taxi... mang danh xe hợp đồng “hợp pháp” nữa cùng hoạt động. Nhất là những “taxi” này lại có một đặc điểm là chỉ hoạt động ở những khu vực trung tâm của thành phố và đi những “cuộc” ngắn, đặc điểm này có lẽ được quyết định bởi chính sách khuyến mại mà Grab/Uber đang áp dụng cho các lái xe nếu hoạt động như vậy.

Thực tế này ai cũng có thể tự mình kiểm chứng và trải nghiệm một cách dễ dàng, bằng việc tải, cài đặt ngay phần mềm kiểu Grab/Uber vào điện thoại, sau đó nhấn nút đặt/gọi xe; màn hình điện thoại sẽ lập tức xuất hiện hàng chục xe “Grab/Uber” taxi không “mào mác” (phù hiệu, logo taxi) ở xung quanh đang sẵn sàng đón khách. Tất cả các công đoạn trên chỉ mất khoảng từ 2-3 phút.

4. Kết luận và đề xuất

Việc nhận định về những lợi ích của việc kinh doanh dịch vụ “taxi” sử dụng phần mềm kiểu Grab/Uber cần căn cứ vào thực tại và xu thế diễn ra, từ đó không nên chỉ nhìn nhận một phía là lợi ích trước mắt của một số ít người, mà nên nhìn cả từ phía người lao động, cơ quan quản lý và đặc biệt là lợi ích chung, lâu dài của toàn xã hội.

Theo chúng tôi, để đánh giá đúng về “hiện tượng Uber/Grab” cần thiết phải phân biệt và khẳng định hai vấn đề sau:

- Một là, bản thân phần mềm Uber/Grab với những tính năng tiện ích đã được chứng minh một cách rõ ràng, có thể nói đây là một ứng dụng công nghệ khá hoàn hảo và sẽ là một việc làm khó khăn cho bất cứ ai nếu muốn chứng minh ngược lại;

- Hai là, việc sử dụng phần mềm Uber/Grab (nên) như thế nào. Tương tự như ứng dụng vào kinh doanh taxi, người ta hoàn toàn có thể điều chỉnh nó để ứng dụng vào các hoạt động kinh doanh khác như mua bán tài sản, bất động sản, thuê nhà, đặt phòng khách sạn... không ai có thể lường. Do vậy, liên quan đến việc sử dụng phần mềm này, xin mượn lời của ai đó khi nói về tính hai mặt/tác dụng và tác hại của con dao, thì phần mềm này cũng vậy, giống như con dao, ta có

thể sử dụng nó để cắt hoặc ta sẽ bị nó cắt. Vậy làm thế nào để không bị nó “cắt” khi ứng dụng nó vào trường hợp cụ thể là kinh doanh vận tải hành khách bằng ô tô như hiện nay.

Chúng tôi cho rằng, nếu sử dụng phần mềm này vào hoạt động chở người bằng ô tô, cần căn cứ vào tính chất/mục đích của từng trường hợp để xác định cụ thể:

- *Trường hợp thứ nhất*, khi sử dụng phần mềm vào hoạt động chở người/hành khách bằng ô tô với tính chất/mục đích là “kinh doanh”.

Về vấn đề này, pháp luật về kinh doanh vận tải hành khách bằng xe ô tô. Nghị định số 86/2014 đã quy định rõ các loại hình và điều kiện hoạt động cho mỗi loại hình, do đó việc sử dụng phần mềm Grab/Uber để hoạt động “taxi” đang diễn ra hiện nay chính là trường hợp này.

- *Trường hợp thứ hai*, sử dụng phần mềm này vào hoạt động chở người bằng ô tô với tính chất/mục đích là “chia sẻ kinh tế”:

Khái niệm “chia sẻ kinh tế” lâu nay đã được nhiều người đề cập đến, với các cách hiểu khác nhau. Ví dụ như, có ý kiến cho rằng, kiểu kinh doanh “taxi” sử dụng phần mềm Uber/Grab là một cách “chia sẻ kinh tế”, các công ty Grab/Uber đã hỗ trợ các cá nhân, đơn vị kinh doanh vận tải trong việc tìm kiếm được nhiều khách hàng hơn, từ đó có thu nhập cao hơn, vì thế việc các cá nhân, đơn vị này sau đó trích lại một phần lợi nhuận cho Uber/Grab là hợp lý, và như vậy là “chia sẻ kinh tế”... Theo chúng tôi, ý kiến trên chỉ là cách nói khác về sự hợp tác kinh doanh có phân chia lợi nhuận giữa các bên, không phản ánh đúng bản chất của “chia sẻ kinh tế”. Còn khái niệm “chia sẻ kinh tế” liên quan vấn đề cụ thể đang được trao đổi thì nên được hiểu như sau: “chia sẻ kinh tế” là một việc làm/hoạt động không có mục đích kinh doanh nhằm thu tiền. Nghĩa là, khi sử dụng phần mềm Grab/Uber vào hoạt động chở người bằng ô tô thì hoạt động này sẽ được xem là có tính chất “chia sẻ kinh tế” khi người đi xe không phải với tư cách là khách hàng mà chỉ thuần túy là “người đi nhờ xe có điều kiện”, cụ thể là: phải có cùng điểm đến

hoặc cùng hướng đi với người lái xe và đồng ý “chia sẻ” một phần chi phí mang tính hỗ trợ tiền xăng, dầu của chuyến đi với người có xe.

Tương ứng với hai trường hợp nêu trên, phải là những quy định khác nhau, cụ thể và rõ ràng áp dụng cho mỗi trường hợp để phòng, chống việc lợi dụng phần mềm kiểu Uber/Grab kinh doanh taxi trái phép.

Như vậy, ở đây có thể nói rằng, chúng ta không nên phản đối hình thức “taxi Grab” và “taxi Uber”, càng không thể phản đối việc áp dụng kiểu phần mềm tiện ích này vào nhiều hoạt động khác nữa có thể sẽ xuất hiện trong thời gian tới. Vấn đề là công tác quản lý để phòng chống việc lợi dụng phần mềm kiểu Uber/Grab nhằm để kinh doanh trái phép.

Ngoài ra, việc tham khảo, tìm hiểu “hiện tượng Grab/Uber” cũng đang diễn ra tương tự ở các nước là rất cần thiết. Theo các phương tiện thông tin đại chúng, hiện nay ở rất nhiều nước như Pháp, Đức, Tây Ban Nha, Hà Lan, Mỹ và Hàn Quốc... đều cấm loại hình dịch vụ này hoạt động, thậm chí có nơi, có trường hợp còn xử lý hình sự đối với những người tổ chức, điều hành loại hình kinh doanh này¹⁰. Câu hỏi đặt ra là, tại sao ở những nước văn minh, có nền khoa học phát triển và công nghệ cao hơn Việt Nam rất nhiều lại không “hoan nghênh” phần mềm kiểu Grab/Uber khi áp dụng vào kinh doanh vận tải hành khách như vậy; phần mềm này có gì đặc biệt và có phải chỉ toàn ưu điểm?

Theo chúng tôi được biết, hiện trong nước cũng có rất nhiều cá nhân, tổ chức có khả năng viết ra những phần mềm như vậy, thậm chí còn tiện ích hơn. Thực tế một số hãng taxi trong nước đã nghiên cứu và triển khai việc này, như Mai Linh, Ba Sao, Thành Công, Vinasun¹¹... Do vậy, căn cứ vào quy định của pháp luật về kinh doanh vận tải hành khách bằng xe ô tô và điều kiện xã hội cụ thể của Việt Nam hiện nay, chúng tôi cho rằng, các cơ quan nhà nước nên khuyến khích cách làm này của các công ty taxi, xem xét khả

năng ủng hộ, tạo điều kiện cho Hiệp hội taxi/vận tải đứng ra vận động sự hợp tác giữa các thành viên của mình để nghiên cứu việc tự tổ chức và vận hành một hệ thống kết nối chung giữa khách hàng với tất cả các hãng taxi, bên cạnh việc các hãng vẫn duy trì tổng đài riêng của mình như hiện nay. Thiết nghĩ, việc làm này sẽ bảo đảm được các vấn đề:

- Tính hợp pháp của việc sử dụng phần mềm vào hoạt động kinh doanh taxi và sự tương thích về chính sách trong lĩnh vực này hiện nay;

- Quyền lợi của người tiêu dùng, vì không phải ai cũng có điện thoại thông minh/smart phone để tiếp cận dịch vụ này;

- Tạo điều kiện áp dụng khoa học công nghệ vào hoạt động quản lý điều hành kinh doanh của doanh nghiệp trong nước bằng chính khả năng và năng lực của họ.

Có như vậy, ý tưởng sử dụng phần mềm kiểu Grab/Uber vào lĩnh vực kinh doanh vận tải hành khách bằng xe ô tô mới đạt được các mục tiêu mong muốn là tiết kiệm chi phí, thời gian, tạo thuận lợi cho cả doanh nghiệp và khách hàng, góp phần giảm ùn tắc giao thông. Việc làm này không khó và chắc chắn sẽ nhận được sự hưởng ứng của các doanh nghiệp taxi và khách hàng/hành khách nếu có được sự định hướng tốt và sự quan tâm hướng dẫn đúng mức của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Trước mắt, chúng tôi xin đề xuất:

- Căn cứ pháp luật hiện hành, Bộ Công an, Thanh tra Chính phủ, Bộ Giao thông vận tải/cơ quan nhà nước có thẩm quyền khẩn trương kiểm tra, phát hiện, xử lý và xử phạt những đơn vị, tổ chức, cá nhân lợi dụng phần mềm kiểu Grab/Uber để kinh doanh trái pháp luật;

- Ủy ban Kinh tế của Quốc hội sớm xem xét tiến hành việc giám sát thí điểm hoạt động của các tổ chức, cá nhân sở hữu và sử dụng phần mềm kiểu Uber/Grab để kinh doanh dịch vụ “taxi” tại thủ đô Hà Nội và thành phố Hồ Chí Minh trong thời gian qua;

10 <http://ictnews.vn/kinh-doanh/uber-chinh-thuc-bi-cam-tai-nhieu-quoc-gia-124448.ict>, truy cập ngày 19/10/2015.

11 <http://congly.com.vn/bao-ve-nguoi-tieu-dung/vinasun-bat-chuoc-theo-uber-98172.html>, truy cập ngày 19/10/2015.

- Quốc hội, Chính phủ các cơ quan của Chính phủ kịp thời ban hành văn bản pháp luật quy định đầy đủ và rõ ràng về việc sử dụng các phần mềm kiểu Grab/Uber trong hoạt động kinh doanh nói chung, bảo đảm sự cạnh tranh công bằng và lành mạnh giữa các doanh nghiệp liên quan đến việc sử dụng ứng dụng này.

Cuối cùng, với tư cách một khách hàng/hành khách, chúng tôi bày tỏ sự đánh giá cao các tiện ích mà những phần mềm kiểu Grab/Uber mang lại, cũng như sự ủng hộ việc nghiên cứu, áp dụng những phần mềm này vào các lĩnh vực của đời sống xã hội trong khuôn khổ pháp luật và một chính sách nhất quán, phù hợp với lợi ích chung của xã hội ■

Khái niệm...

(Tiếp theo trang 64)

cách pháp nhân? Quy định này có thể làm cản trở quyền lập hội, hội họp của các cá nhân, khi chưa được công nhận hoặc không đủ điều kiện để được công nhận “có tư cách pháp nhân”.

Ở Việt Nam hiện nay, quyền lập hội vẫn được các công dân sử dụng mà không cần tới “tư cách pháp nhân”. Các hội đồng hương, hội cựu học sinh, hội khuyến học... là những tổ chức được thành lập trên cơ sở tự nguyện của một số cá nhân. Những tổ chức này hoạt động bình thường mà không cần tới “tư cách pháp nhân”. Ví dụ, hội khuyến học của một thôn, là một tập hợp tự nguyện của các vị phụ huynh trong thôn, đóng góp hội phí làm giải thưởng cho những cháu học giỏi, giúp đỡ chi phí mua sách vở cho con cháu những gia đình nghèo khó... Các thành viên của hội khuyến học cũng không cảm thấy cần phải có tư cách pháp nhân của hội để thực hiện các giao dịch kinh tế, dân sự. Trong bối cảnh này, nếu lấy tiêu chí là hội phải có “tư cách pháp nhân” thì sự tồn tại và hoạt động của những hội kiểu như hội khuyến học có được coi là hợp pháp không?

Với những căn cứ nêu trên, theo chúng tôi, cần xem xét lại tiêu chí tư cách pháp nhân. Tuy nhiên, không có nghĩa là phủ nhận tiêu chí “tư cách pháp nhân” của hội. Cần phải thấy rằng một hội có “tư cách pháp nhân” chính là điều kiện pháp lý quan trọng để hội có thể tham gia các quan hệ pháp lý

về hành chính, dân sự, kinh tế... Đồng thời, với cơ quan nhà nước, tư cách pháp nhân của hội cũng là điều kiện pháp lý quan trọng trong việc quản lý nhà nước đối với hội. Chúng ta có thể tham khảo giải pháp này trong pháp luật của Pháp đã nêu ở mục 1. Theo đó, hoạt động của một hội không có tư cách pháp nhân hoàn toàn hợp pháp, nhưng bị hạn chế, như không thể tham gia tố tụng dân sự, ký kết hợp đồng, nhận các khoản tặng cho và tài trợ, cũng như sở hữu tài sản riêng. Tuy nhiên, hội không có tư cách pháp nhân có thể thu lệ phí của hội viên và bảo vệ mình trước tòa án trong một số trường hợp.

Kết luận

Việc mở rộng khái niệm hội, bao gồm cả hội có tư cách pháp nhân và hội không có tư cách pháp nhân là việc làm cần thiết, đáp ứng được thực tiễn nước ta cũng như phù hợp với thông lệ quốc tế. Với các lập luận liên quan đến thành viên của hội, mục đích hoạt động và quy chế pháp nhân của hội đã trình bày ở trên, chúng tôi đề xuất nên hoàn thiện khái niệm về hội như sau:

“Hội là tổ chức liên kết tự nguyện của nhân dân với sự tham gia chính thức của ít nhất hai cá nhân hoặc tổ chức, thường xuyên đóng góp kiến thức và sinh hoạt, có chung mục đích tập hợp, đoàn kết hội viên, không vì mục đích lợi nhuận, nhằm bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của hội, hội viên, của cộng đồng; hỗ trợ nhau hoạt động có hiệu quả, góp phần vào việc phát triển kinh tế - xã hội của đất nước.

Hội gồm các hội có tư cách pháp nhân và hội không có tư cách pháp nhân” ■

HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VỀ CƠ CHẾ TỰ CHỦ, TỰ CHỊU TRÁCH NHIỆM CỦA TỔ CHỨC KHOA HỌC VÀ CÔNG NGHỆ CÔNG LẬP

PHẠM CHÍ TRUNG*

1. Những chủ trương và chính sách lớn của Đảng nhằm phát triển khoa học và công nghệ

Hiện nay, khoa học và công nghệ (KH&CN) đã thành lực lượng sản xuất (LLSX) trực tiếp gắn liền với quá trình sản xuất - kinh doanh (SX-KD), là động lực thúc đẩy các nền kinh tế phát triển nhanh và có hiệu quả. Tuy nhiên, để phát triển kinh tế nhanh, thông qua quá trình công nghiệp hóa, hiện đại hóa (CNH, HĐH) ở mỗi quốc gia, mỗi nền kinh tế cần phải dựa trên nền tảng phát triển KH&CN, dựa vào công nghệ cao có hàm lượng trí tuệ và phần giá trị gia tăng kết tinh trong sản phẩm.

Vì vậy, mỗi nền kinh tế muốn phát triển KH&CN nhanh và bền vững phải chú ý tới phát triển tiềm lực KH&CN, mà muốn phát triển tiềm lực KH&CN thì chúng ta phải chú ý tới phát triển các tổ chức nghiên cứu KH&CN để các tổ chức này sản sinh ra các kết quả nghiên cứu (phát minh, sáng chế, bí quyết công nghệ...) để chuyển giao vào thực tiễn sản xuất và đời sống cho nền kinh tế - xã hội (KT-XH).

Đảng ta đã sớm nhận thức được tầm

quan trọng của KH&CN nên đã có nhiều chính sách và chủ trương tạo điều kiện cho KH&CN và các tổ chức KH&CN công lập ở nước ta phát triển.

Nghị quyết của Bộ Chính trị số 37-NQ/TW ngày 20/1/1981 về chính sách khoa học - kỹ thuật đã đề ra phương hướng phát triển KH&CN theo hướng kết hợp chặt chẽ giữa nghiên cứu, giảng dạy và sản xuất, đổi mới về cơ chế, chính sách đối với hoạt động KH&CN. Chủ trương chung của Đảng và Nhà nước trong thời kỳ này là chấm dứt thời kỳ hoạt động KH&CN một cách tự phát, tản mạn và hiệu quả thấp.

Nghị quyết Hội nghị Trung ương 2 Khóa VIII (năm 1996) về định hướng chiến lược phát triển KH&CN trong thời kỳ CNH, HĐH đất nước; Kết luận Hội nghị Trung ương 6 Khóa IX về kiểm điểm việc thực hiện Nghị quyết Trung ương 2 Khóa VIII (7-2002) và xác định phương hướng, nhiệm vụ phát triển KH&CN đến năm 2010, trong đó có nhấn mạnh tới việc đổi mới cơ chế hoạt động của các tổ chức KH&CN. Cụ thể: “Các tổ chức nghiên cứu khoa học và công nghệ hoạt động theo chế độ tự chủ, tự chịu trách nhiệm về

* TS. Vụ Khoa học, Công nghệ và Môi trường, Văn phòng Quốc hội.

kết quả và hiệu quả hoạt động của mình theo quy định của pháp luật. Từng bước chuyển các tổ chức khoa học và công nghệ thực hiện nhiệm vụ nghiên cứu ứng dụng và phát triển công nghệ sang cơ chế tự trang trải kinh phí, được hoạt động theo cơ chế doanh nghiệp”. Có thể nói, trong Kết luận của Hội nghị Trung ương 6 Khóa IX này đã nêu ra cụ thể nhất việc chuyển mạnh hoạt động của các tổ chức KH&CN công lập sang cơ chế tự chủ, tự chịu trách nhiệm.

Nghị quyết Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ XI (năm 2011) và gần đây nhất là Nghị quyết Hội nghị Trung ương 6 Khóa XI về “Phát triển KH&CN phục vụ sự nghiệp CNH, HĐH trong điều kiện kinh tế thị trường định hướng XHCN và hội nhập quốc tế” cũng đã nhấn mạnh phải chuyển đổi các tổ chức KH&CN công lập sang cơ chế tự chủ, tự chịu trách nhiệm.

2. Những quy định của pháp luật về cơ chế tự chủ, tự chịu trách nhiệm của các tổ chức khoa học và công nghệ

Thể chế hóa những chủ trương và chính sách của Đảng, những quy định của pháp luật về cơ chế tự chủ, tự chịu trách nhiệm đối với các tổ chức KH&CN công lập đã được ban hành, bổ sung trong các văn bản luật và dưới luật như Luật KH&CN năm 2000, Luật KH&CN sửa đổi năm 2013 nhằm đổi mới cơ chế quản lý KH&CN cũng như phát huy tính chủ động, sáng tạo trong hoạt động của các tổ chức KH&CN công lập.

Ngày 28/9/2004, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Quyết định số 171/2004/QĐ-TTg phê duyệt Đề án đổi mới cơ chế quản lý KH&CN, trong đó đã đưa ra giải pháp có ý

nghĩa đột phá để phát triển và nâng cao hiệu quả của hoạt động KH&CN là “Đổi mới cơ chế quản lý và hoạt động của các tổ chức KH&CN công lập”.

Tiếp sau đó, Bộ Khoa học và Công nghệ đã phối hợp với Bộ Nội vụ, Bộ Tài chính và các bộ, ngành có liên quan xây dựng, trình Chính phủ ban hành Nghị định số 115/2005/NĐ-CP ngày 05/9/2005 quy định cơ chế tự chủ, tự chịu trách nhiệm của tổ chức KH&CN công lập. Đây là văn bản pháp quy quan trọng nhất quy định về cơ chế tự chủ, tự chịu trách nhiệm của các tổ chức KH&CN công lập. Thời điểm ra đời của Nghị định này được coi là một mốc quan trọng trong cơ chế quản lý các tổ chức KH&CN công lập. Vì vậy, nhiều người đã coi Nghị định số 115/2005/NĐ-CP ngày 05/9/2005 là cơ chế “Khoản 10” trong KH&CN. Sau đó, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 80/2007/NĐ-CP ngày 19/5/2007 về doanh nghiệp KH&CN và Nghị định số 96/2010/NĐ-CP ngày 20/9/2010 sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 115/2005/NĐ-CP và Nghị định số 80/2007/NĐ-CP (sau đây gọi chung là Nghị định 115).

Đối tượng thực hiện cơ chế tự chủ, tự chịu trách nhiệm theo quy định của Nghị định 115 là tổ chức KH&CN công lập, gồm: tổ chức nghiên cứu khoa học, tổ chức nghiên cứu khoa học và phát triển công nghệ, tổ chức dịch vụ KH&CN. Tổ chức KH&CN công lập được quyền tự chủ về thực hiện nhiệm vụ, tự chủ về tài chính và tài sản, tự chủ về quản lý tổ chức và nhân lực, tự chủ về hợp tác quốc tế.

Sau khi Nghị định 115 được ban hành,

1 Các Thông tư số: 12/2006/TTLT/BKH&CN-BTC-BNV, số 93/2006/TTLT/BTC-BKH&CN, số 11/2007/TTLT/BCA-BKH&CN, số 44/2007/TTLT/BTC-BKH&CN, số 36/2011/TTLT/BKH&CN-BTC-BNV, số 121/TTLT/BTC-BKH&CN; các Thông tư số: 17/2012/TTLT/BKH&CN-BTC-BNV, số 15/2014/TT-BKH&CN và Quyết định số 08/2007/QĐ-BKH&CN.

Bộ KH&CN đã phối hợp với các bộ, ngành có liên quan xây dựng, ban hành 8 Thông tư và 01 Quyết định để hướng dẫn chi tiết triển khai một cách có hệ thống và đồng bộ cơ chế tự chủ, tự chịu trách nhiệm của các tổ chức KH&CN công lập.

- Thông tư liên tịch số 12/2006/TTLT/BKHCN-BTC-BNV ngày 5/6/2006 đã hướng dẫn cụ thể các nội dung về thực hiện tự chủ trong tổ chức thực hiện nhiệm vụ và hoạt động của tổ chức KH&CN; về khoản kinh phí hoạt động thường xuyên, về xây dựng quy chế chi tiêu nội bộ, về điều kiện hưởng các chính sách ưu đãi khi thực hiện chuyển đổi sang tổ chức KH&CN tự chủ,...

- Thông tư liên tịch số 44/2007/TTLT/BTC-BKHCN ngày 7/5/2007 hướng dẫn định mức xây dựng và phân bổ dự toán kinh phí đối với các đề tài, dự án KH&CN có sử dụng NSNN. Nội dung Thông tư liên tịch số 44/2007 đã điều chỉnh tăng định mức phân bổ NSNN đã quy định từ năm 2001 cho sát với thực tế và bổ sung, quy định rõ một số nội dung chi đối với đề tài, dự án KH&CN; hướng dẫn cụ thể về quy trình lập, thẩm tra và phê duyệt kinh phí thực hiện đề tài, dự án KH&CN.

- Thông tư liên tịch số 93/2006/TTLT/BTC-BKHCN ngày 04/10/2006 hướng dẫn chế độ khoán kinh phí đề tài, dự án KH&CN sử dụng ngân sách nhà nước. Nội dung Thông tư liên tịch số 93/2006 thể hiện tinh thần nâng cao quyền tự chủ, tự chịu trách nhiệm đối với tổ chức KH&CN, chủ nhiệm đề tài, đề án KH&CN khi thực hiện nhiệm vụ KH&CN. Theo đó thực hiện giao khoán kinh phí thường xuyên thực hiện đề tài, dự án KH&CN.

- Bộ Tài chính đã ban hành Thông tư số 108/2008/TT-BTC ngày 18/11/2008 quy định “Kinh phí thực hiện các chương trình, dự án, đề tài nghiên cứu thuộc lĩnh vực KH&CN trong thời gian thực hiện chương

trình, dự án, đề tài được cấp có thẩm quyền giao” được tự động chuyển số dự toán và số dự tạm ứng sang năm sau để chi tiếp, đây là quy định riêng, có tính đặc thù đối với lĩnh vực KH&CN, giảm bớt thủ tục cho các nhà khoa học trong việc quản lý, sử dụng kinh phí.

- Bộ Tài chính đã phối hợp với các Bộ KH&CN, Bộ Nội vụ ban hành các Thông tư liên tịch số 06/2008/TTLT-BKHCN-BTC-BNV ngày 18/6/2008 và Thông tư liên tịch số 17/2012/TTLT-BKHCN-BTC ngày 10/9/2012. Theo quy định tại các thông tư này, tổ chức KH&CN khi chuyển sang hoạt động theo mô hình doanh nghiệp KH&CN được hưởng các hình thức ưu đãi cao nhất về thuế và đất đai theo quy định của pháp luật.

- Gần đây, Bộ Tài chính đã chủ trì, phối hợp với Bộ KH&CN ban hành Thông tư liên tịch số 49/2014/TTLT-BTC-BKHCN ngày 23/4/2014 hướng dẫn quản lý tài chính của Chương trình hỗ trợ phát triển doanh nghiệp KH&CN và tổ chức KH&CN công lập thực hiện cơ chế tự chủ, tự chịu trách nhiệm. Theo đó, để khuyến khích các tổ chức KH&CN thực hiện chuyển đổi sang mô hình tự chủ, tự chịu trách nhiệm, NSNN hỗ trợ các tổ chức KH&CN công lập chuyển đổi thông qua việc hỗ trợ 100% kinh phí xây dựng Đề án chuyển đổi, hỗ trợ các kinh phí đào tạo bồi dưỡng, tập huấn ngắn hạn nâng cao trình độ chuyên môn nghiệp vụ cho người làm việc tại các tổ chức KH&CN công lập trước và sau khi chuyển đổi...

Có thể nói, các quy định của pháp luật về cơ chế hoạt động, cơ chế vận hành và chế độ tài chính được Quốc hội, Chính phủ, các Bộ, ngành, địa phương ban hành trong thời gian qua để thực hiện Nghị định 115 có phạm vi rộng từ việc hướng dẫn quy trình xây dựng dự toán, phân bổ, quản lý kinh phí tới các chính sách ưu đãi đặc thù về tạm ứng, thanh quyết toán, khoán kinh phí thực hiện nhiệm

vụ KH&CN và các quy định khác liên quan đến quản lý tài sản, ưu đãi về thuế.

Các quy định của pháp luật về cơ chế tự chủ, tự chịu trách nhiệm này, về cơ bản đã bao quát được các hoạt động của các tổ chức KH&CN công lập và tạo điều kiện cho tổ chức KH&CN công lập chuyển đổi thành các tổ chức KH&CN tự chủ, tự chịu trách nhiệm hoặc các doanh nghiệp KH&CN theo tinh thần đổi mới tại Nghị định 115 nói riêng cũng như quan điểm và chính sách của Đảng và Nhà nước ta nói chung.

3. Kết quả triển khai thực hiện cơ chế tự chủ, tự chịu trách nhiệm của các tổ chức khoa học và công nghệ

Sau 10 năm triển khai thực hiện Nghị định 115 với tinh thần đổi mới và giao quyền tự chủ mạnh mẽ cho tổ chức KH&CN công lập, nhất là các quyền về thực hiện nhiệm vụ, về tài chính và tài sản, về tổ chức bộ máy và nhân lực, nhiều tổ chức KH&CN công lập đã chuyển đổi thành công, khẳng định được vị thế, thương hiệu của mình trên thị trường, nâng cao đời sống vật chất và tinh thần cho cán bộ khoa học. Các tổ chức KH&CN công lập đã nghiên cứu và làm chủ được nhiều công nghệ như công nghệ thiết kế, chế tạo và vận hành máy biến áp 220kV, 500kV đạt tiêu chuẩn quốc tế; tạo ra nhiều giống cây trồng mới như giống lúa OM8232, AN26-1; công nghệ sản xuất vắc-xin rota sống, uống giảm động lực...

Theo số liệu của Bộ KH&CN cho thấy, kết quả thực hiện Nghị định 115 như sau:

Việc xây dựng và phê duyệt đề án thực hiện tự chủ

Theo số liệu tổng hợp từ báo cáo của các bộ, ngành, địa phương, đến 31/12/2014, trong tổng số 642 tổ chức KH&CN công lập (gồm 473 tổ chức thuộc các bộ, ngành và 169 tổ chức thuộc các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương), có:

- 488 tổ chức đã được phê duyệt Đề án thực hiện cơ chế tự chủ (đạt 76%), trong đó có 380 tổ chức thuộc các bộ, ngành và 108 tổ chức thuộc các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương.

- 154 tổ chức đang xây dựng hoặc đang trình cơ quan có thẩm quyền phê duyệt Đề án thực hiện cơ chế tự chủ, trong đó có 93 tổ chức thuộc các bộ, ngành và 61 tổ chức thuộc các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương. Như vậy, đến nay còn 154 tổ chức chưa được phê duyệt đề án thực hiện cơ chế tự chủ, tự chịu trách nhiệm, mặc dù Nghị định 115 sửa đổi quy định hạn cuối cùng các tổ chức phải được phê duyệt đề án là ngày 31/12/2013.

Việc thực hiện các nội dung tự chủ

- *Tự chủ về thực hiện nhiệm vụ*, hiện nay, 100% tổ chức KH&CN đã được tự chủ trong thực hiện các nhiệm vụ KH&CN. Khi thực hiện cơ chế tự chủ, tự chịu trách nhiệm, ngoài các nhiệm vụ KH&CN do Nhà nước giao, đặt hàng trực tiếp, tổ chức KH&CN được quyền chủ động trong việc đề xuất nhiệm vụ, đăng ký tham gia tuyển chọn, xét chọn thực hiện nhiệm vụ KH&CN theo danh mục các nhiệm vụ KH&CN do Bộ KH&CN, các bộ, ngành, địa phương công bố hàng năm.

Bên cạnh đó, tổ chức KH&CN công lập được quyền chủ động ký hợp đồng, liên kết, hợp tác với các doanh nghiệp, tổ chức và cá nhân trong và ngoài nước để thực hiện nhiệm vụ KH&CN và dịch vụ KH&CN; được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh và được sử dụng con dấu của đơn vị sự nghiệp công lập cho hoạt động sản xuất, kinh doanh theo quy định của pháp luật.

- *Tự chủ về tài chính, tài sản*, các tổ chức KH&CN được giao quyền tự chủ hơn trong việc chi lương, chi hoạt động bộ máy và sử dụng các nguồn thu khác từ hợp đồng KH&CN với các tổ chức, cá nhân thuộc mọi

thành phần kinh tế trong nước và nước ngoài. Nhiều tổ chức KH&CN có doanh thu lớn từ các hợp đồng KH&CN. Một số tổ chức KH&CN có toàn bộ doanh thu năm 2014 từ các hợp đồng nghiên cứu triển khai và dịch vụ KH&CN, như: Viện Dầu khí Việt Nam với 601 tỷ đồng, Viện Máy và dụng cụ công nghiệp 712 tỷ đồng, Viện Nghiên cứu Cơ khí 680 tỷ đồng, Trung tâm Kỹ thuật Tiêu chuẩn đo lường chất lượng 3 thuộc Tổng cục Tiêu chuẩn đo lường chất lượng (Bộ KH&CN) 350 tỷ đồng, Viện Kinh tế Kỹ thuật thuốc lá 291 tỷ đồng, Viện KH&CN Mỏ - VINA-COMIN 205 tỷ đồng...

Khi thực hiện nhiệm vụ KH&CN, các tổ chức KH&CN được áp dụng phương thức khoán chi đối với những khoản chi đã có định mức do cơ quan có thẩm quyền ban hành trên cơ sở bảo đảm yêu cầu về chất lượng và tiến độ thực hiện. Ngoài ra, tổ chức KH&CN còn được Nhà nước xem xét, cấp kinh phí đầu tư xây dựng cơ bản, vốn đối ứng của các dự án, kinh phí mua sắm trang thiết bị và sửa chữa lớn tài sản cố định...

- *Tự chủ về quản lý tổ chức và nhân lực*, Nghị định 115 quy định các tổ chức KH&CN được quyết định sắp xếp, điều chỉnh cơ cấu tổ chức bộ máy và quy định chức năng, nhiệm vụ của các đơn vị trực thuộc; quyết định thành lập, sáp nhập và giải thể các đơn vị trực thuộc trên cơ sở tự cân đối nguồn lực để bảo đảm cho hoạt động của đơn vị.

Thủ trưởng tổ chức KH&CN được quyền tự chủ trong việc tuyển dụng, sử dụng và quản lý nhân lực; quyết định bổ nhiệm, bổ nhiệm lại, cho từ chức, miễn nhiệm cấp trưởng, cấp phó của các đơn vị trực thuộc; lựa chọn và trình lãnh đạo cơ quan chủ quản cấp trên quyết định bổ nhiệm, bổ nhiệm lại, cho từ chức và miễn nhiệm cấp phó của đơn vị.

- *Tự chủ về hợp tác quốc tế*, tổ chức KH&CN được quyền lựa chọn đối tác, quyết

định hình thức hợp tác để thực hiện hoạt động KH&CN với các tổ chức, cá nhân ở nước ngoài theo khả năng, phù hợp với lĩnh vực chuyên môn của đơn vị và quy định của pháp luật. Căn cứ nhu cầu công tác chuyên môn, tổ chức KH&CN được quyền mời các chuyên gia, nhà khoa học nước ngoài đến làm việc, trao đổi khoa học, tham gia triển khai các nhiệm vụ KH&CN của đơn vị; được quyết định mức lương thuê chuyên gia tùy theo khả năng tài chính của đơn vị, nhưng khó thực hiện vì thiếu căn cứ pháp lý để thực hiện việc này.

4. Khó khăn, vướng mắc trong quá trình thực hiện cơ chế tự chủ, tự chịu trách nhiệm của các tổ chức khoa học và công nghệ

Bên cạnh mặt tích cực đạt được trên đây, việc thực hiện cơ chế tự chủ, tự chịu trách nhiệm của các tổ chức KH&CN công lập theo quy định tại Nghị định 115 vẫn còn một số khó khăn, vướng mắc do các nguyên nhân chủ quan và khách quan. Về nguyên nhân chủ quan, đó là các cấp, các ngành, các tổ chức KH&CN công lập còn thiếu sự quyết liệt, nhận thức chưa đầy đủ về cơ chế tự chủ, tự chịu trách nhiệm trong việc thực hiện Nghị định 115; bên cạnh đó là sự hạn chế về tiềm lực của các tổ chức KH&CN công lập. Về nguyên nhân khách quan, là do các vướng mắc từ các quy định của pháp luật, cụ thể như:

Chậm ban hành, sửa đổi, bổ sung văn bản hướng dẫn về cơ chế tự chủ, tự chịu trách nhiệm

- Nhìn chung, việc ban hành các văn bản hướng dẫn thực hiện Nghị định 115 còn chậm so với yêu cầu. Nghị định 115 được ban hành năm 2005 nhưng đến năm 2006 mới có hướng dẫn tại Thông tư liên tịch số 12/2006/TTLT/BKHCN-BTC-BNV; Nghị định số 80 được ban hành năm 2007 nhưng đến năm 2008 mới có hướng dẫn tại Thông

tư liên tịch số 06/2008/TTLT/BKHCN-BTC-BNV; Nghị định số 96 được ban hành năm 2010 nhưng đến năm 2011 mới có hướng dẫn tại Thông tư liên tịch số 36/2011/TTLT/BKHCN-BTC-BNV.

- Đến nay, vẫn chưa có hướng dẫn về định mức và phương thức cấp tiền lương, tiền công, tiền chi hoạt động bộ máy trong kinh phí thực hiện nhiệm vụ KH&CN sử dụng ngân sách nhà nước cũng như hướng dẫn tổ chức KH&CN công lập góp vốn bằng tiền, tài sản, giá trị quyền sử dụng đất và quyền sở hữu trí tuệ để thực hiện các hoạt động KH&CN, hoạt động sản xuất, kinh doanh hoặc thế chấp, vay vốn ngân hàng theo quy định tại Nghị định 115.

-Văn bản hướng dẫn về các định mức tài chính khi thực hiện nhiệm vụ KH&CN có sử dụng ngân sách nhà nước của tổ chức KH&CN công lập quy định tại Thông tư liên tịch số 44/2007/TTLT/BTC-BKHCN ngày 7/5/2007 của Bộ Tài chính, Bộ Khoa học và Công nghệ hướng dẫn định mức xây dựng và phân bổ dự toán kinh phí đối với các đề tài, dự án KH&CN có sử dụng ngân sách nhà nước đã lạc hậu, định mức rất thấp và không phù hợp với thay đổi của thực tiễn hiện nay, nhưng vẫn chưa được điều chỉnh, thay thế, gây khó khăn cho các tổ chức KH&CN khi thực hiện nhiệm vụ KH&CN.

-Văn bản quy định về các nội dung khoán chi khi thực hiện nhiệm vụ KH&CN quy định tại Thông tư liên tịch số 93/2006/TTLT/BTC-BKHCN ngày 04/10/2006 của Bộ Tài chính, Bộ Khoa học và Công nghệ hướng dẫn chế độ khoán kinh phí đề tài, dự án KH&CN sử dụng ngân sách nhà nước sau gần 10 năm áp dụng đã bộc lộ nhiều bất hợp lý nhưng chưa được sửa đổi kịp thời.

Thiếu đồng bộ của hệ thống văn bản pháp luật

Tổ chức KH&CN gặp khó khăn, vướng mắc khi thực hiện cơ chế tự chủ, tự chịu trách nhiệm quy định tại Nghị định 115 không chỉ bởi sự chậm trễ trong ban hành văn bản hướng dẫn chi tiết thực hiện, mà còn do sự thiếu đồng bộ, xung đột của các quy định trong hệ thống văn bản pháp luật hiện hành, cụ thể như sau:

- Nghị định 115 cho phép tổ chức KH&CN công lập được dùng quyền sử dụng đất để góp vốn, liên doanh, liên kết, sản xuất kinh doanh, thế chấp vay vốn ngân hàng. Nhưng trên thực tế không thực hiện được, bởi vì theo quy định của Luật Đất đai, các tổ chức được Nhà nước giao đất không thu tiền sử dụng đất không có quyền thế chấp, góp vốn bằng quyền sử dụng đất.

- Nghị định 115 cho phép tổ chức KH&CN, kể cả tổ chức KH&CN chưa tự trang trải kinh phí hoạt động thường xuyên, được quyền tự chủ về nhân lực. Nhưng trên thực tế không thực hiện được, bởi vì theo quy định về vị trí việc làm trong đơn vị sự nghiệp công lập tại Luật Viên chức thì đơn vị sự nghiệp công lập không được giao quyền tự chủ về số người làm việc trong đơn vị, mà do Bộ Nội vụ phê duyệt vị trí việc làm. Điều này cản trở tính linh hoạt và quyền tự quyết của người đứng đầu tổ chức KH&CN trong việc xác định quy mô nhân sự và chất lượng cán bộ đáp ứng với phạm vi nghiên cứu và yêu cầu của nhiệm vụ chuyên môn.

- Luật KH&CN năm 2013 đã cho phép bổ nhiệm, thuê đảm nhiệm chức danh lãnh đạo tổ chức KH&CN là người Việt Nam ở nước ngoài và người nước ngoài. Nhưng theo quy định tại Luật Cán bộ, Công chức thì người đứng đầu và cấp phó của người đứng đầu đơn vị sự nghiệp công lập là công chức và phải là công dân Việt Nam. Điều này dẫn đến vướng mắc trong triển khai

chính sách thu hút chuyên gia trình độ cao là người Việt Nam ở nước ngoài và người nước ngoài để tuyển dụng, bổ nhiệm vào ngạch, chức vụ lãnh đạo, quản lý của tổ chức KH&CN công lập.

- Nghị định 115 cho phép tổ chức KH&CN được quyền thành lập, sáp nhập, giải thể các đơn vị trực thuộc. Tuy nhiên, các tổ chức mới chỉ được tự chủ trong việc thành lập, giải thể các đơn vị trực thuộc không có tư cách pháp nhân, đối với các đơn vị có tư cách pháp nhân, việc thành lập, giải thể vẫn thuộc thẩm quyền quyết định của cơ quan chủ quản là các bộ, cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc Chính phủ và Ủy ban nhân dân cấp tỉnh. Nghị định số 55/2012/NĐ-CP ngày 28/6/2012 của Chính phủ quy định về thành lập, tổ chức lại, giải thể đơn vị sự nghiệp công lập tiếp tục quy định thẩm quyền này.

Thiếu cụ thể trong một số quy định của Nghị định 115

Nghị định 115 cơ bản đã đáp ứng yêu cầu thực hiện cơ chế tự chủ, tự chịu trách nhiệm của tổ chức KH&CN công lập. Tuy nhiên, thực tiễn áp dụng mười năm qua cho thấy, Nghị định 115 cần được nghiên cứu, điều chỉnh để cụ thể hóa hơn, bảo đảm tính khả thi cao trong thực tiễn, cụ thể như sau:

Thứ nhất, quy định về quyền tự chủ đối với tổ chức KH&CN tự trang trải kinh phí và tổ chức KH&CN chưa tự trang trải kinh phí hoạt động thường xuyên tại Nghị định 115 không có nhiều khác biệt đáng kể. Các tổ chức KH&CN đang được Nhà nước bảo đảm kinh phí hoạt động thường xuyên nhưng vẫn được trao quyền tự chủ như đối với tổ chức KH&CN tự trang trải kinh phí, gây sự bất bình đẳng giữa các tổ chức KH&CN.

Thứ hai, quy định bắt buộc tất cả các tổ chức nghiên cứu khoa học và phát triển công nghệ, tổ chức dịch vụ KH&CN không thuộc diện được Nhà nước cấp kinh phí hoạt động

thường xuyên theo phương thức khoán phải tự trang trải kinh phí hoạt động thường xuyên tại một thời hạn nhất định (31/12/2009 tại Nghị định 115 và 31/12/2013 tại Nghị định 96) là chưa phù hợp với thực tiễn. Bởi vì, khả năng tự trang trải kinh phí hoạt động thường xuyên của tổ chức KH&CN công lập phụ thuộc nhiều yếu tố chủ quan và khách quan khác nhau, như: nguồn thu của tổ chức, năng lực nghiên cứu triển khai, trang thiết bị nghiên cứu, môi trường hoạt động... Các yếu tố này rất khác nhau trong mỗi tổ chức KH&CN công lập.

Thứ ba, quy định tại Nghị định 115 áp dụng chung đối với mọi tổ chức KH&CN trong các ngành, lĩnh vực khác nhau là chưa phù hợp, bởi vì mỗi ngành, lĩnh vực có đặc thù riêng, cần được quy định cá biệt hóa thì mới khả thi khi áp dụng. Ngoài ra, hệ thống tổ chức KH&CN công lập rất đa dạng, chịu sự quản lý hành chính theo cơ chế quản lý của các cơ quan chủ quản khác nhau là các bộ, cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc Chính phủ, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, đại học, trường đại học, doanh nghiệp nhà nước... nên việc áp dụng chung một quy định duy nhất tại Nghị định 115 sẽ gặp phải khó khăn trong thực tiễn. Ví dụ, nhân lực của tổ chức KH&CN công lập trong các trường đại học chủ yếu là cán bộ giảng dạy, kiêm nhiệm làm công tác nghiên cứu khoa học; tài sản của tổ chức KH&CN này thuộc sở hữu của trường đại học. Vì vậy, các tổ chức KH&CN rất khó để được cơ quan chủ quản giao tài sản cũng như không thể thực hiện quyền tự chủ về nhân lực như quy định tại Nghị định 115.

Thứ tư, tổ chức KH&CN công lập có thể có nhiều cấp trực thuộc (theo mô hình mẹ - con), trong khi đó Nghị định 115 áp dụng chung đối với cả tổ chức KH&CN mẹ và tổ chức KH&CN con, nên trong thực tế khi tổ chức KH&CN con chuyển đổi sang cơ chế

tự chủ, tự chịu trách nhiệm theo Nghị định 115 thì tổ chức KH&CN mẹ sẽ khó thực hiện được tự chủ vì không có nguồn thu do thường không trực tiếp thực hiện các nhiệm vụ KH&CN, dịch vụ KH&CN mà chỉ làm nhiệm vụ trung gian, quản lý các đơn vị trực thuộc.

5. Một số kiến nghị

Hiến pháp năm 2013 đã xác định vị trí, vai trò quan trọng của KH&CN đối với yêu cầu đổi mới mô hình tăng trưởng, cơ cấu lại nền kinh tế nước ta theo hướng nâng cao chất lượng, hiệu quả và năng lực cạnh tranh, phát triển nhanh và bền vững. KH&CN *từ vị thế giữ vai trò then chốt, là động lực thúc đẩy phát triển đất nước* (Hiến pháp năm 1992) lên vị trí *phát triển KH&CN là quốc sách hàng đầu, giữ vai trò then chốt trong sự nghiệp phát triển KT-XH của đất nước*.

Dù còn những khó khăn, vướng mắc trong tổ chức thực hiện, nhưng thực tiễn 10 năm qua đã cho thấy, *giao quyền tự chủ thật sự đầy đủ và đồng bộ, nêu cao trách nhiệm của tổ chức KH&CN công lập và tăng cường vai trò quản lý của cơ quan chủ quản đối với các nhiệm vụ của tổ chức KH&CN công lập* là giải pháp có ý nghĩa quyết định để nâng cao chất lượng, hiệu quả hoạt động của tổ chức KH&CN công lập.

Để khắc phục những tồn tại, hạn chế nêu trên trong việc thực hiện cơ chế tự chủ, tự chịu trách nhiệm của các tổ chức KH&CN

công lập, chúng ta nên hoàn thiện pháp luật ở một số nội dung sau:

Thứ nhất, sửa đổi quy định của Luật Đất đai năm 2013 để tổ chức KH&CN công lập đã tự trang trải kinh phí hoạt động thường xuyên được quyền dùng giá trị quyền sử dụng đất để góp vốn, liên doanh, liên kết, thế chấp vay vốn tại các tổ chức tín dụng. Cụ thể, bổ sung cho Điều 173 Luật Đất đai² một khoản như sau: “Tổ chức sự nghiệp công lập đã tự trang trải toàn bộ kinh phí hoạt động thường xuyên, được Nhà nước giao đất không thu tiền sử dụng đất có quyền thế chấp, góp vốn bằng quyền sử dụng đất để liên doanh, liên kết và tiến hành hoạt động KH&CN, hoạt động sản xuất, kinh doanh”.

Thứ hai, sửa đổi quy định của Luật Cán bộ, công chức để đồng bộ với quy định của Luật KH&CN năm 2013 về việc cho phép thuê người Việt Nam ở nước ngoài và người nước ngoài tham gia lãnh đạo, quản lý tổ chức KH&CN công lập để thu hút chuyên gia, nhà khoa học có trình độ cao về Việt Nam làm việc. Cụ thể là, bổ sung vào Điều 4 Luật Cán bộ, công chức³ một khoản như sau: “Trường hợp đặc biệt, người làm lãnh đạo, quản lý của đơn vị sự nghiệp công lập có thể không là công chức và không là công dân Việt Nam. Chính phủ quy định cụ thể khoản này”.

Thứ ba, sửa đổi Điều 12 Nghị định số 41/2012/NĐ-CP ngày 08/5/2012 của Chính

2 Điều 173. Quyền và nghĩa vụ của tổ chức được Nhà nước giao đất không thu tiền sử dụng đất

- Tổ chức được Nhà nước giao đất không thu tiền sử dụng đất có quyền và nghĩa vụ chung quy định tại Điều 166 và Điều 170 của Luật này.

- Tổ chức được Nhà nước giao đất không thu tiền sử dụng đất không có quyền chuyển đổi, chuyển nhượng, tặng cho, cho thuê quyền sử dụng đất; thế chấp, góp vốn bằng quyền sử dụng đất; không được bồi thường về đất khi Nhà nước thu hồi đất.

3 Điều 4 Luật Cán bộ, công chức quy định: Công chức là công dân Việt Nam, được tuyển dụng, bổ nhiệm vào ngạch, chức vụ, chức danh trong cơ quan Đảng Cộng sản Việt Nam, Nhà nước, tổ chức chính trị - xã hội..., trong bộ máy lãnh đạo, quản lý của đơn vị sự nghiệp công lập...

phù hợp quy định về vị trí việc làm trong đơn vị sự nghiệp công lập, cụ thể là *không áp dụng quy định tại Khoản 4 Điều 12 đối với tổ chức KH&CN công lập đã được phê duyệt đề án thực hiện cơ chế tự chủ, tự chịu trách nhiệm*⁴ để bảo đảm đồng bộ với quy định của Nghị định 115, đồng thời để tổ chức KH&CN được thực hiện đầy đủ quyền tự chủ trong việc quản lý viên chức, thủ trưởng tổ chức KH&CN được quyền quyết định số người làm việc trong tổ chức KH&CN. Sớm có văn bản hướng dẫn về hạng viên chức, thi nâng hạng viên chức và hệ thống thang bảng lương viên chức, hợp đồng làm việc của viên chức.

Thứ tư, bổ sung vào Nghị định 115 các quy định cụ thể về thực hiện cơ chế tự chủ, tự chịu trách nhiệm đối với từng loại hình tổ chức KH&CN công lập theo chức năng, theo cấp quản lý và theo lĩnh vực hoạt động để phù hợp với thực tiễn, bảo đảm khả thi, khắc phục sự bất bình đẳng giữa các loại hình tổ chức KH&CN công lập và các tồn tại, bất cập như đã nêu trên.

Thứ năm, Bộ Tài chính phối hợp với Bộ KH&CN khẩn trương ban hành đầy đủ các văn bản hướng dẫn thực hiện Nghị định 115 đã được Chính phủ giao; đồng thời sửa đổi, bổ sung các quy định tài chính đã lạc hậu trong văn bản hiện hành để tạo điều kiện cho tổ chức KH&CN công lập được quyền tự chủ và chủ động trong việc sử dụng kinh phí thực hiện nhiệm vụ. Cụ thể như: Ban hành Thông tư thay thế Thông tư liên tịch số 44/2007/TTLT/BTC-BKHCN ngày 7/5/2007 hướng dẫn định mức xây dựng và phân bổ dự toán kinh phí đối với các đề tài, dự án KH&CN có sử dụng ngân sách nhà nước, bảo đảm các nội dung và định mức chi

phù hợp với thực tiễn phát triển KT-XH, đồng thời bổ sung hướng dẫn về lập dự toán kinh phí hoạt động thường xuyên của tổ chức KH&CN trong kinh phí thực hiện nhiệm vụ KH&CN. Ban hành Thông tư thay thế Thông tư liên tịch số 93/2006/TTLT/BTC-BKHCN ngày 04/10/2006 hướng dẫn chế độ khoán kinh phí đề tài, dự án KH&CN sử dụng ngân sách nhà nước, để tăng cường quyền chủ động về tài chính của tổ chức KH&CN công lập khi thực hiện tự chủ.

Việc hoàn thiện các quy định của pháp luật này sẽ tạo ra một hành lang pháp lý đầy đủ và minh bạch cho các tổ chức KH&CN công lập chuyển mạnh sang cơ chế tự chủ, tự chịu trách nhiệm. Đồng thời, việc hoàn thiện các quy định của pháp luật trong thời gian tới cho đổi mới hoạt động của các tổ chức KH&CN công lập cũng chính là việc cụ thể hóa tinh thần của Hiến pháp năm 2013 theo hướng phát triển nền kinh tế thị trường theo định hướng XHCN và hội nhập kinh tế quốc tế ở nước ta.

Hiện tại ở nước ta, cùng với các tổ chức KH&CN công lập, hơn 1000 các tổ chức KH&CN tư nhân vẫn đang hoạt động mà không cần sự trợ giúp của ngân sách nhà nước. Như vậy, cùng với việc tiếp tục hoàn thiện các quy định của pháp luật về cơ chế tự chủ, tự chịu trách nhiệm, các tổ chức KH&CN công lập phải phát huy tối đa các nguồn lực và điều kiện đang có để tạo ra và chuyển giao nhiều công nghệ, nhiều giống cây trồng, vật nuôi hơn nữa cho các doanh nghiệp cũng như cả nền KT-XH. Qua đó, KH&CN xứng tầm với vai trò quốc sách hàng đầu trong sự nghiệp CNH, HĐH cũng như phát triển KT-XH của đất nước ■

4 Khoản 4 Điều 12 Nghị định số 41/2012/NĐ-CP: Bộ, cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc Chính phủ... quyết định phân bổ số lượng người làm việc đối với từng đơn vị sự nghiệp công lập chưa được giao quyền tự chủ hoàn toàn về thực hiện nhiệm vụ, tài chính, tổ chức bộ máy, nhân sự thuộc thẩm quyền quản lý nhưng không được vượt quá số lượng người làm việc do cơ quan có thẩm quyền phê duyệt.

KHÁI NIỆM VỀ HỘI TRONG PHÁP LUẬT CỘNG HÒA PHÁP VÀ GÓP Ý HOÀN THIỆN KHÁI NIỆM VỀ HỘI CỦA VIỆT NAM

NGUYỄN VĂN QUÂN*

Việc tìm hiểu, nghiên cứu về tự do hiệp hội ở các quốc gia khác là nhằm góp phần xây dựng một hệ thống pháp luật về tự do hiệp hội phù hợp với yêu cầu thực tế và các chuẩn mực quốc tế về quyền con người mà Việt Nam đã cam kết. Pháp là một trong những quốc gia có luật về hội sớm nhất (1901) và có sinh hoạt hội đoàn sôi động, với hơn 1,3 triệu hội đang hoạt động, ngân sách hoạt động 70 tỉ euros. Bài viết giới thiệu về khái niệm hội theo pháp luật của Pháp, từ đó đưa ra một số đề xuất góp phần hoàn thiện pháp luật về hội của Việt Nam.

1. Khuôn khổ pháp lý của quyền về hội tại Pháp

Tự do về hội trong luật của Pháp

Hiến pháp hiện hành của Pháp không có điều khoản về lập hội. Tuyên ngôn nhân quyền 1789 cũng không nhắc tới, nhưng quyền lập hội được xem như một nguyên tắc căn bản có giá trị hiến định thông qua các phán quyết của Tham chính viện (Conseil d'Etat) và Hội đồng bảo hiến (Conseil constitutionnel).

Từ ngày ban hành Luật về hội năm 1901, trải qua những thay đổi chính trị, chính quyền đã nhiều lần tìm cách hạn chế tự do lập hội bằng cách diễn dịch một số điều khoản theo chiều hướng họ muốn, hoặc tìm

cách thay đổi Luật về hội năm 1901. Nhưng những ý đồ đó đã bị vô hiệu hóa bởi Tham chính viện và Hội đồng bảo hiến, đặc biệt qua án lệ nổi tiếng: “Phán quyết của Tham chính viện ngày 11/7/1956 về “Hội ái hữu của người An Nam ở Paris và ông Nguyen-Duc-Frang”¹. Sự việc như sau:

Tháng 3 năm 1953, những người sáng lập Hội ái hữu của người An Nam ở Paris, quốc tịch Việt Nam, làm thủ tục thành lập một hội, khai báo như người Pháp, nghĩa là nộp tờ khai lập hội ở Tòa tỉnh trưởng, mà không xin phép trước như quy định về trường hợp hội người nước ngoài. Ngày 30/4/1953, Bộ trưởng Nội vụ viện dẫn Chương IV Luật về hội năm 1901 về hội của người nước ngoài, tuyên bố sự thành lập vô hiệu.

* TS. Học viện Khoa học xã hội

1 CE, Ass., 11 juil. 1956, Amicale des Annamites de Paris et sieur Nguyen Duc-Frang.

Vụ việc được đưa lên Tham chính viện, cơ quan tố tụng hành chính tối cao của Pháp. Trong bản án ngày 11/7/1956, Tham chính viện nhận định, Việt Nam thời đó thuộc Liên hiệp Pháp và người Việt Nam không thể bị xem như người nước ngoài mà là dân thuộc Liên hiệp Pháp. Theo Điều 81 Hiến pháp Đế tứ Cộng hoà, thì “tất cả người dân Pháp và dân thuộc Liên hiệp Pháp đều có tư cách là công dân của Liên hiệp Pháp, được hưởng những quyền và tự do do Chương mở đầu của Hiến pháp này bảo đảm”. Do đó, “những nguyên tắc căn bản được những đạo luật của nền Cộng hoà thừa nhận”, được Chương mở đầu của Hiến pháp khẳng định lại và được áp dụng trong nước Pháp đối với những công dân của Liên hiệp Pháp. Và như vậy, Tham chính viện tuyên bố “tự do lập hội là một nguyên tắc căn bản của nền Cộng hoà”.

Đây là một án lệ rất quan trọng, bởi vì lần đầu tiên, Tham chính viện đã chính thức xác định tự do lập hội là một trong những nguyên tắc căn bản được xác định trong Chương mở đầu của Hiến pháp, bên cạnh những nguyên tắc căn bản khác, nghĩa là một nguyên tắc hiến định.

Luật ngày 09/10/1981 đã hủy bỏ các quy định bó buộc đối với các hiệp hội có yếu tố nước ngoài hoạt động trên lãnh thổ Pháp (do người nước ngoài thường trú tại Pháp hoặc người có quốc tịch nước ngoài lập và điều hành). Có nghĩa là người nước ngoài có quyền tự do về hội như người quốc tịch Pháp.

Các hiệp hội có trụ sở tại ba tỉnh thuộc Alsace-Moselle không chịu sự điều chỉnh của Luật về hội năm 1901, mà là Luật năm 1908 (Bộ luật Dân sự địa phương có nguồn từ luật Đức, từ Điều 21 đến 79, do trước Chiến tranh thế giới thứ nhất, vùng lãnh thổ này từng thuộc về Đức). Luật này có một số điểm khác biệt so với Luật về hội năm 1901 được áp dụng trên phần còn lại của lãnh thổ Pháp: yêu cầu hội phải có bảy thành viên sáng lập thay vì hai; việc đăng ký lập hội được tiến hành tại tòa án địa phương để lưu

vào “danh bạ các hội”; việc công bố việc đăng ký lập hội được tiến hành trên báo chí địa phương.

1.2. Định nghĩa về hội trong pháp luật của Pháp

Quyền lập hội ở Pháp dựa chủ yếu vào Luật về hội ngày 01/7/1901. Theo quy định của luật này, hội là “hợp đồng giao kết hai hoặc nhiều người cùng đóng góp, bằng kiến thức và sinh hoạt thường xuyên, vào việc thực hiện một mục đích không phải là mục đích để chia lời. Về mặt hiệu lực, hiệp hội được điều chỉnh bởi các nguyên tắc chung của pháp luật áp dụng cho hợp đồng và trái vụ” (Điều 1). Như vậy, có thể thấy, pháp luật về hội của Pháp nhấn mạnh vai trò của tự do thỏa thuận, đồng thời khẳng định vai trò của pháp luật về hợp đồng và nghĩa vụ.

Điều 2 Luật về hội năm 1901 quy định: Các hội được thành lập một cách tự do không cần giấy phép hoặc khai báo trước, nhưng chỉ có năng lực pháp lý khi được những người sáng lập công bố sự thành lập theo các quy định của Điều 5. Như vậy, theo quy định của Luật về hội năm 1901, ở Pháp tồn tại hai dạng hội: hội không khai báo và hội khai báo. Việc khai báo là điều kiện để hội có được tư cách pháp nhân.

Hội không khai báo: Các hội không khai báo được dự liệu bởi Luật về hội năm 1901 được xem như thỏa ước đơn giản giữa các thành viên, và như thế, hội dạng này không có năng lực chủ thể độc lập. Nói khác đi, có thể thành lập hội mà không cần tiến hành một thủ tục nào đối với chính quyền. Chỉ cần có ít nhất là hai người đứng ra sáng lập, cùng nhau soạn thảo một hợp đồng - điều lệ của hội, nêu ra mục đích và quy định những thủ tục điều hành, thông báo cho những người quan tâm đến mục đích nhắm tới của hội rồi đưa ra đại hội sáng lập chuẩn y. Như vậy, một hội hiện hữu trong thực tế khi có điều lệ, tổ chức, nêu ra mục đích và quy định những thủ tục điều hành. Tuy nhiên, hoạt động của một hội không công bố, dù hợp pháp, bị hạn chế vì thiếu tư cách pháp nhân.

Nghĩa là các hội dạng này không thể tham gia tố tụng dân sự, ký kết hợp đồng, nhận các khoản tặng cho, tài trợ, cũng như sở hữu tài sản riêng. Tuy nhiên, hội không khai báo có thể thu lệ phí của thành viên và bảo vệ mình trước tòa án trong một số trường hợp.

Hội khai báo: Do những hạn chế liên quan đến tư cách pháp nhân đối với các hội không khai báo, đại đa số hội chọn thể thức khai báo (đăng ký) để có đầy đủ tư cách pháp lý. Người sáng lập chỉ việc nộp một tờ khai (déclaration) ở Tòa tỉnh trưởng, nơi có trụ sở của hội. Trong tờ khai, kê rõ tên, mục đích, trụ sở của hội cũng như tên, nghề nghiệp, quốc tịch và địa chỉ của những người có trách nhiệm quản lý hội. Tờ khai cũng ghi rõ cách thức chỉ định thành viên cũng như cách thức sửa đổi điều lệ của hội. Cùng với tờ khai phải đính kèm hai bản điều lệ. Trong thời hạn 5 ngày, Tỉnh trưởng sẽ cấp giấy biên nhận². Sau khi có được biên nhận của Tỉnh trưởng, hiệp hội có thể công bố sự thành lập trên Công báo. Bắt đầu từ thời điểm này, hội có tư cách pháp nhân và hiện hữu đối với bên thứ ba.

Một khi hội đã hợp thức hoá thể thức khai báo, Tỉnh trưởng buộc phải cấp giấy biên nhận. Nếu từ chối vì bất cứ lý do gì đều có thể bị xem là một hành động vượt quyền hạn, bên khai báo có thể khởi kiện ra tòa hành chính có thẩm quyền.

Hội có tư cách pháp nhân kể từ khi công bố việc đăng ký trên Công báo (chi phí khoảng 40 euros), việc công bố này phải được tiến hành sau khi khai báo tại Tòa tỉnh trưởng trong vòng 1 tháng kể từ ngày có giấy biên nhận do Tỉnh trưởng cấp.

Tỉnh trưởng có thể đề nghị tòa án thẩm quyền rộng (TGI) có thẩm quyền về mặt lãnh thổ đánh giá xem liệu mục đích hoạt động của hội tiến hành khai báo có phi pháp hay gây nguy hại cho trật tự công cộng hay

không. Vì quyền lập hội là một nguyên tắc hiến định, nên phần lớn các quyết định từ chối việc đăng ký hội của cơ quan hành chính sẽ bị tòa án hành chính hủy bỏ.

2. Định nghĩa về hội trong pháp luật Việt Nam và một số đề xuất

2.1 Định nghĩa về hội

Ngay từ khi ban hành các văn bản về hội đầu tiên của nước ta, khái niệm “hội” đã được đề cập. Sắc lệnh số 52/SL ngày 22/4/1946 về thể thức xin lập hội của Chủ tịch Chính phủ Việt Nam dân chủ cộng hòa tại Điều 1 có nêu: “Hội là một đoàn thể có tính cách vĩnh cửu gồm hai hoặc nhiều người giao ước hiệp lực mà hành động để đạt mục đích chung; mục đích ấy không phải để chia lợi tức”. Sắc luật 038-TT/SLU ngày 22/12/1972, sửa đổi Dự số 10 ngày 6/8/1950 quy định thể lệ lập hội (ban hành dưới chế độ Quốc gia Việt Nam của Bảo Đại), Điều 1 đưa ra một định nghĩa về hội như sau: “Hội là giao ước của nhiều người thỏa thuận góp kiến thức hay hoạt động liên tục để theo đuổi mục đích thuộc các lãnh vực tôn giáo, tế tự, từ thiện, văn hóa, giáo dục, xã hội, khoa học, mỹ thuật, giải trí, đồng nghiệp tương tế, ái hữu, thanh niên và thể dục, thể thao không có tính cách chính trị, thương mại hoặc phân chia lợi tức. Hội do các nguyên tắc tổng quát của luật pháp chi phối, nhất là luật về kế ước và nghĩa vụ”³. Chúng ta có thể thấy được ảnh hưởng rõ nét của Luật về hội năm 1901 của Pháp trong pháp luật về hội của Việt Nam thời kỳ này. Điều này có thể dễ dàng giải thích bởi ảnh hưởng về mặt học thuật và tư tưởng pháp lý của người Pháp đối với những người chấp bút nên các văn bản pháp lý đầu tiên về hội ở Việt Nam.

Hiện nay, hội theo định nghĩa pháp lý được quy định tại Nghị định số 45/2010/NĐ-CP của Chính phủ là “Tổ chức tự nguyện của công dân, tổ chức Việt Nam cùng ngành

2 Điều 5 Luật về hội năm 1901 của Pháp.

3 Sắc luật số 038-TT/SLU ngày 22/12/1972 sửa đổi một số điều khoản của Dự số 10 ngày 6/8/1950 quy định thể lệ lập hội, Quy pháp vưng tập, Quyển XV, Sở Công báo ấn hành, 1972.

nghe, cùng sở thích, cùng giới, có chung mục đích tập hợp, đoàn kết hội viên, hoạt động thường xuyên, không vụ lợi nhằm bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của hội, hội viên, của cộng đồng; hỗ trợ nhau hoạt động có hiệu quả, góp phần vào việc phát triển kinh tế - xã hội của đất nước, được tổ chức và hoạt động theo Nghị định này và các văn bản quy phạm pháp luật khác có liên quan”. Về cơ bản, đây là định nghĩa đã tồn tại trong Nghị định số 88 có trước đó.

Khoản 2 Điều 4 của Nghị định số 45/2010/NĐ-CP đưa ra một số đặc trưng của hội: “Hội có tư cách pháp nhân, có con dấu và tài khoản và có thể có biểu tượng riêng”.

2.2. Một số bất cập và đề xuất

Theo chúng tôi, định nghĩa về hội trong Nghị định 45/2010/NĐ-CP tồn tại một số bất cập sau:

- Việc quy định hội là “tổ chức tự nguyện” chưa rõ ràng về phạm vi và dễ dẫn đến sự hiểu lầm về nội dung. Bởi lẽ, nếu chỉ là “tổ chức tự nguyện” thì về mặt thuật ngữ pháp lý, có thể có tổ chức một thành viên. Ví dụ, trong Luật Công ty, có khái niệm “công ty một thành viên”. Tuy khoản 4 Điều 5 Nghị định số 45/2010/NĐ-CP quy định cần có tối thiểu 10 thành viên để thành lập hội (cho hội có phạm vi hoạt động ở cấp xã) nhưng theo chúng tôi, quy định này không phù hợp với thực tế, và có thể là một cản trở đối với quyền tự do về hội của người dân. Để khắc phục, chúng tôi đề xuất quy định: “Hội là tổ chức liên kết tự nguyện của công dân với sự tham gia chính thức của ít nhất hai cá nhân hoặc tổ chức”.

- Việc quy định đối tượng áp dụng của hội chỉ là “công dân, tổ chức Việt Nam”, loại bỏ đối tượng “cá nhân người nước ngoài, tổ chức nước ngoài hoạt động hợp pháp trên lãnh thổ Việt Nam” là không phù hợp với thông lệ quốc tế và tình hình của đất nước

trong bối cảnh hội nhập quốc tế. Thực tế hiện nay, ở Việt Nam có rất nhiều các hội do người nước ngoài thành lập hoặc tham gia hoạt động. Hay quy định “tổ chức Việt Nam cùng ngành nghề, sở thích...” như trong Nghị định số 45/2010/NĐ-CP đã ngăn cản các doanh nghiệp nước ngoài, hoặc doanh nghiệp liên doanh không thể được kết nạp vào các hiệp hội được thành lập theo pháp luật Việt Nam. Các đối tượng này chỉ có thể trở thành hội viên liên kết và hội viên danh dự của các tổ chức Việt Nam (Điều 17 Nghị định số 45/2010/NĐ-CP) với các quyền hội viên bị hạn chế (không được tham gia biểu quyết, không được bầu cử, ứng cử vào ban lãnh đạo, ban kiểm tra hội...). Ví dụ, trường hợp các công ty liên doanh với nước ngoài trong ngành kho vận vẫn chưa thể là hội viên chính thức của Hiệp hội Giao nhận kho vận Việt Nam, cho dù trong lĩnh vực logistic, các công ty nước ngoài đảm nhận một vai trò rất lớn⁴.

Trước đây, tại Pháp cũng từng tồn tại quy định bắt buộc các hiệp hội nước ngoài hoặc do người nước ngoài điều hành phải được thành lập với sự cho phép trước của chính quyền sở tại, nhưng Luật ngày 9/10/1981 đã xóa bỏ sự kiểm tra trước đối với các hiệp hội nước ngoài⁵. Và như vậy, một hiệp hội nước ngoài có thể có tư cách pháp lý khi nộp lên Tòa tỉnh trưởng điều lệ hợp thức với các quy định của Luật về hội năm 1901. Đồng thời, ngày 18/12/1998, Pháp đã phê chuẩn Công ước của Hội đồng châu Âu ngày 24/4/1986 về “công nhận tư cách pháp lý của các tổ chức phi chính phủ quốc tế”. Công ước này cho phép hội có trụ sở ở một quốc gia thành viên Công ước được thụ hưởng một cách tự động năng lực pháp lý giống như tại quốc gia nơi hội thành lập. Có nghĩa là, các hội của các quốc gia thành viên Liên minh châu Âu được hưởng quy chế pháp lý như các hội được thành lập theo pháp

4 Xem: Phạm Thị Hồng, Hoàn thiện pháp luật về hội ở Việt Nam hiện nay, Luận án Tiến sĩ Luật học, Học viện Khoa học xã hội, 2012, tr. 91.

5 Loi n° 81-909 du 9 octobre 1981.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

luật của Pháp mà không cần tiến hành thêm bất kỳ thủ tục nào.

Để tạo điều kiện thuận lợi cho hoạt động hội đoàn của các công dân và tổ chức nước ngoài tại Việt Nam, cũng là để phù hợp với thông lệ và chuẩn mực quốc tế về tự do hiệp hội, chúng tôi đề xuất sử dụng thuật ngữ “cá nhân và tổ chức” thay cho cụm từ “cá nhân và tổ chức Việt Nam”.

- Tiêu chí của hội là “không vụ lợi” cũng có nhiều vấn đề cần làm sáng tỏ. “Không vụ lợi” trong tiếng Việt được hiểu là không thu lợi, kiếm lợi cho chủ thể của hành vi. Thông thường, “không vụ lợi” hay được dùng với ý nghĩa tiêu cực để chỉ một cá nhân thu vén, kiếm lợi riêng tư cho chính bản thân mình. Đối với một tổ chức, “không vụ lợi” được hiểu là tổ chức này không đi tìm kiếm lợi ích riêng cho mình. Trong khi đó, trên thực tế, các tổ chức hội có tôn chỉ mục đích riêng của mình, có mối quan tâm về lợi ích đặc thù của tổ chức. Lợi ích ở đây không chỉ bao hàm các lợi ích về vật chất mà là các lợi ích về tinh thần. Ví dụ, hội trồng rừng tìm kiếm lợi ích của mình trong việc bảo vệ rừng. Đây là mối quan tâm và tìm kiếm lợi ích một cách chính đáng, cao đẹp, trong khi đó, vụ lợi là một khái niệm chỉ hành vi tư lợi và thường mang ý nghĩa tiêu cực.

Trong tiếng Việt, có thể lựa chọn thuật ngữ “phi lợi nhuận” hay “không vì mục đích lợi nhuận” như một tiêu chí của hội. Tuy nhiên, “phi lợi nhuận” còn có thể được hiểu là không có lợi nhuận. Điều này đồng nghĩa với ý là hội không thể có những hoạt động mang lại lợi nhuận. Trong khi đó, pháp luật ở nhiều quốc gia quy định rằng, việc thành lập hội không xuất phát từ mục đích lợi nhuận, nhưng hội vẫn có quyền tiến hành những hoạt động mang lại lợi nhuận. Lợi nhuận đó phải từ những hoạt động hợp pháp, không được chia cho các hội viên và phải dành vào việc chi tiêu cho các hoạt động của

hội theo Điều lệ⁶. Do vậy, chúng tôi đề xuất sử dụng thuật ngữ “không vì mục đích lợi nhuận”, hàm ý là vẫn có thể có thu nhập, có lợi nhuận, nhưng lợi nhuận không phải là mục đích cơ bản, mà chỉ là phương tiện đạt được mục tiêu đã nêu trong Điều lệ hội.

- Một trong những tiêu chí khác của Hội theo Nghị định số 45/2010/NĐ-CP là “nhằm bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của hội viên; hỗ trợ nhau hoạt động có hiệu quả, góp phần việc phát triển kinh tế - xã hội của đất nước”. Tiêu chí này chưa đáp ứng được yêu cầu phân loại hội theo hai dạng tổ chức hội: “vì lợi ích hội viên” và “vì lợi ích công cộng” (hay “phục vụ công ích”). Việc phân loại hội thành hai dạng tổ chức theo mục đích hoạt động được nhiều quốc gia và hầu hết các tổ chức quốc tế (Ngân hàng Thế giới, Trung tâm quốc tế về Luật phi lợi nhuận) thống nhất áp dụng. Việc phân định theo tiêu chí này sẽ xác định rõ trách nhiệm của Nhà nước trong việc tạo điều kiện hỗ trợ về thuế, tài chính và các nguồn lực khác cho các hội hoạt động “vì lợi ích công cộng” hay “phục vụ công ích”. Vì vậy, chúng tôi đề xuất phương án sửa đổi thành: “nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của hội, hội viên hoặc vì lợi ích công cộng”.

- Một vấn đề rất quan trọng, liên quan đến khái niệm hội là việc mở rộng phạm vi khái niệm hội, bao gồm cả hội có tư cách pháp nhân và hội không có tư cách pháp nhân.

Hội theo khái niệm được quy định trong Nghị định số 45/2010/NĐ-CP phải “có tư cách pháp nhân”. Phải chăng, một nhóm gồm các cá nhân hoặc tổ chức tự nguyện chỉ có thể được pháp luật cho phép hoạt động khi “có tư cách pháp nhân”? Nói cách khác, công dân chỉ có thể thực hiện quyền lập hội, hội họp khi lập thành một nhóm, một tổ chức nhất định và phải được công nhận là có tư

(Xem tiếp trang 50)

6 Theo Luật về hội của Pháp, tuy hội lập ra không hướng tới “mục đích chia lời”, nhưng thực tế là không gì ngăn cản hội hành xử như một doanh nghiệp và tham gia trên thị trường để cung cấp các tài sản và dịch vụ để kiếm thù lao.

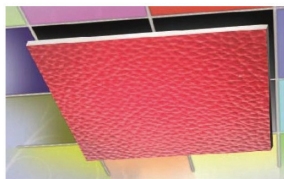


CÔNG TY TNHH GIA THUẬN PPT

ĐỊA CHỈ: TÔ 12 P.TÂN LẬP - TP THÁI NGUYÊN - TỈNH THÁI NGUYÊN

ĐT : 0280.3847572 - Hotline : 0913.173009

website : tamtranchiunuoc.com.vn



Công ty TNHH Gia Thuận PPT tự hào là công ty sản xuất và phân phối hàng đầu các sản phẩm tấm trần chịu nước, tấm trần tiết kiệm điện...với những mẫu mã đa dạng chất lượng, dịch vụ hoàn hảo đáp ứng yêu cầu và nhu cầu khác nhau của khách hàng, mang lại sự hài lòng cho khách hàng từ chất lượng sản phẩm đến tính thẩm mỹ. Một số công trình tiêu biểu của Gia Thuận PPT đã thi công như : Công ty CP máy tính truyền thông Hồng Nam(toà nhà HLC), Khách sạn Mường Thanh Diễn Châu, Toà Nhà Sao Việt ,UBND Tỉnh Thái Nguyên... hoặc tham khảo tại website <http://tamtranchiunuoc.com.vn> Sự tin tưởng và ủng hộ của khách hàng trong suốt thời gian qua là nguồn động viên to lớn trên bước đường phát triển của Gia Thuận PPT. Gia Thuận PPT sẽ không ngừng hoàn thiện, phục vụ khách hàng tốt nhất để luôn xứng đáng với niềm tin ấy.

Ngành nghề kinh doanh chính :

- Sản xuất tấm trần chịu nước
- Trang trí nội ngoại thất
- Xây dựng công trình Công nghiệp dân dụng...



CÔNG TY TNHH MÁY TÍNH & VIỄN THÔNG CÔNG NGHỆ MỚI

MÃ SỐ THUẾ: 3700623541

SỐ 254/1 THÍCH QUẢNG ĐỨC, P.PHÚ CƯỜNG, TP.THỦ ĐẦU MỘT, TỈNH BÌNH DƯƠNG

TEL:0650.3812360/2470111; FAX: 0650.3812359; WEBSITE:WWW.CONGNGHEMOI.VN

Nhân dịp: *Chào mừng năm mới
Xuân Bình Thân 2016*

CÔNG TY CÔNG NGHỆ MỚI CHUYÊN:

- Kinh doanh thiết bị công nghệ thông tin và viễn thông, thiết bị văn phòng, phần mềm.
- Tư vấn, thực hiện các dự án CNTT - Viễn thông, cung cấp các giải pháp Hardware, Web, Security trên địa bàn Bình Dương và các tỉnh lân cận.
- Công ty cung cấp hàng chính hãng và bảo hành tận nơi cho khách hàng.

CÔNG TY CỔ PHẦN XÂY DỰNG CÔNG TRÌNH AN GIA PHÁT



Các ngành nghề kinh doanh chính của công ty :

- Xây dựng công trình thủy lợi và cầu cảng.
- Xây dựng nhà các loại .
- Xây dựng đường sắt và đường bộ.
- Xây dựng công trình kỹ thuật dân dụng khác .
- Tư vấn giám sát xây dựng và hoàn thiện các công trình xây dựng, giao thông, thủy lợi, công nghiệp, dân dụng, hạ tầng kỹ thuật.



*Chào mừng năm mới
Xuân Bình Thân*

2016

CÔNG TY CỔ PHẦN TƯ VẤN XD & TM

HICOCO

HCM: 148 Linh Đông, Phường Linh Đông, Quận Thủ Đức, Tp.HCM
An Giang: 148T5, Quốc Lộ 91, Bình Trung, Bình Mỹ, Châu Phú, An Giang
Tel: 08.667 30926 - Fax: 08.628 20061

NGÀNH NGHỀ KINH DOANH

- Trang trí nội thất
- Mua bán vật liệu xây dựng
- Thiết kế dân dụng, công nghiệp
- Xây dựng cầu đường, dân dụng



DOANH NGHIỆP TƯ NHÂN XÂY DỰNG XUÂN HỌC

Địa chỉ: Phường Quyết Tiến - Thành Phố Lai Châu - Tỉnh Lai Châu
Giám đốc: Trần Văn Học

Chào Mừng

Đại hội Đảng các cấp, hướng tới Đại hội Đảng toàn quốc lần XII

CÔNG TY TNHH MTV THƯƠNG MẠI VÀ VẬN TẢI VĂN LONG

Địa chỉ: Khu Bích Nhôi 1 - Thị Trấn Minh Tân - Kinh Môn - Hải Dương
Giám đốc: Đỗ Văn Long



CÔNG TY TNHH TM XNK ĐẦU TƯ THIÊN KIM

Địa chỉ: Tòa nhà Beautiful Sài Gòn 1, P501, số 2 Nguyễn Khắc Viện,
P. Tân Phú, Q.7, TP. HCM
Điện thoại: 0906.000.725 - Mail to: etykthienkim@gmail.com
Giám đốc: Trần Thị Minh Nguyệt

Chào Mừng

Kỷ niệm 71 năm ngày thành lập Quân đội Nhân dân Việt Nam



CÔNG TY TNHH MTV NÔNG LÂM NGHIỆP THUẬN NGỌC PHÁT

Địa chỉ: Thôn 8, Xã Đăk Lao, Huyện Đăk Mil, Tỉnh Đăk Nông
Giám đốc: Tống Thị Thuận

