

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

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



Số 19 (323)

Kỳ 1 - Tháng 10/2016

- ❖ NGUYÊN TẮC ĐỐI XỬ TỐI HỤỆ QUỐC TRONG GATT 1994: TỪ QUY ĐỊNH ĐẾN THỰC TIỄN ÁP DỤNG
- ❖ ĐẢM BẢO QUYỀN TỰ DO LẬP HỘI TRONG DỰ THẢO LUẬT VỀ HỘI
- ❖ CÓ ĐƯỢC BẢO LÃNH BẰNG TÀI SẢN CỤ THỂ VÀ VIỆC BẢO LÃNH QUYỀN SỬ DỤNG ĐẤT?

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

Mục lục 10/2016

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Đánh giá việc thể chế hóa quyền con người, quyền công dân trong các bộ luật, luật đã được ban hành theo tinh thần và nội dung mới của Hiến pháp năm 2013

GS, TS. Trần Ngọc Đường

- 13** Người nước ngoài gia nhập quốc tịch Việt Nam: quy định của pháp luật và việc thực hiện

ThS. Trần Thị Thu Thủy

- 23** Nguyên tắc đối xử tối huệ quốc trong GATT 1994: từ quy định đến thực tiễn áp dụng

ThS. Nguyễn Văn Phái – Phan Lê Thu Thủy

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 31** Đảm bảo quyền tự do lập hội trong Dự thảo Luật về Hội

GS, TS. Thái Vĩnh Thắng

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 36** Thực tiễn áp dụng pháp luật về đảm bảo an toàn thực phẩm tại các chợ đầu mối thành phố Hồ Chí Minh và các kiến nghị

**ThS. Võ Trung Tín - Trương Văn Quyền -
Nguyễn Thị Hồng Thắm**

- 44** Có được bảo lãnh bằng tài sản cụ thể và việc bảo lãnh quyền sử dụng đất?

Trương Duy Lượng

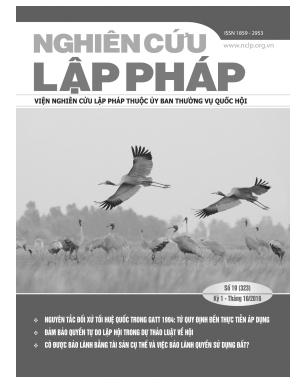
- 51** Một số vấn đề pháp lý về thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai tại ngân hàng thương mại

ThS. Huỳnh Anh

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 59** Pháp luật dân số một số quốc gia và các gợi mở cho Việt Nam tham khảo

ThS. Nguyễn Thúy Hà



HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

PGS, TS. ĐÌNH XUÂN THẢO (CHỦ TỊCH)
GS, TSKH. ĐÀO TRỌNG THỊ
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

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

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: ST

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

Legis 10/2016

STATE AND LAW

- 3** Evaluate the legalization of human rights, the rights of citizens in the codes, laws enacted in accordance with the spirit and new content of the Constitution of 2013

Prof, Dr. Tran Ngoc Duong

- 13** Naturalization of foreigners in Vietnam - Regulations and the implementation

LLM. Tran Thi Thu Thuy

- 23** The principle of the most favored nation treatment in the GATT 1994: from regulations to the practice

LLM. Nguyen Van Phai – Phan Le Thu Thuy

DISCUSSION OF BILLS

- 31** Ensuring the freedom of association in the Draft Law on Associations

Prof, Dr. Thai Vinh Thang

LEGAL PRACTICE

- 36** Applicable practices of the laws on food safety at the wholesale markets in Ho Chi Minh City and the related recommendations

**LLM. Vo Trung Tin - Truong Van Quyen -
Nguyen Thi Hong Tham**

- 44** Guaranteed by specific assets and guaranteed by the land use right?

Tuong Duy Luong

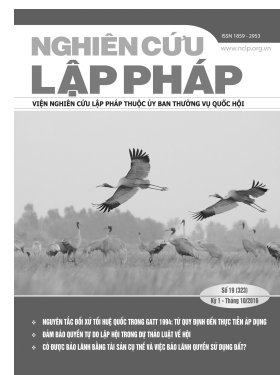
- 51** Some legal issues on mortgages on residential property off - the - plan in commercial banks

LLM. Huỳnh Anh

FOREIGN EXPERIENCE

- 59** Legislation on population of some countries and suggestions for Vietnam

LLM. Nguyen Thuy Ha



EDITORIAL BOARD:

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

CHIEF EDITOR IN CHARGE:

Dr. NGUYEN HOANG THANH

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

ĐÁNH GIÁ VIỆC THỂ CHẾ HÓA QUYỀN CON NGƯỜI, QUYỀN CÔNG DÂN TRONG CÁC BỘ LUẬT, LUẬT ĐÃ ĐƯỢC BAN HÀNH THEO TINH THẦN VÀ NỘI DUNG MỚI CỦA HIẾN PHÁP NĂM 2013

TRẦN NGỌC ĐƯỜNG*

Sau khi Hiến pháp năm 2013 được thông qua và có hiệu lực, đến nay, Quốc hội đã thông qua 63 luật, bộ luật¹; trong số đó có nhiều đạo luật trực tiếp thể chế hóa quyền con người, quyền công dân trên tất cả các lĩnh vực dân sự, chính trị, kinh tế - xã hội, văn hóa,...

Để tiến hành đánh giá việc thể chế hóa quyền con người, quyền công dân trong các đạo luật, bộ luật ban hành trong hơn hai năm qua, bài viết này sử dụng phương pháp so sánh luật học. Đây là quá trình phân tích, đối chiếu dựa trên những nội dung và tinh thần mới của bản Hiến pháp năm 2013, đặc biệt là những đổi mới căn bản về nhận thức và tư duy lập hiến trong Chương II về quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân, để tiến hành đánh giá việc thể chế các nội dung và tinh thần mới của Hiến pháp trong các đạo luật, bộ luật mới ban hành; từ đó rút ra những nhận xét, kết luận về những gì đã thể chế hóa, phù hợp với Hiến pháp và

đặc biệt là những gì chưa thật sự phù hợp, cần phải tiếp tục hoàn thiện.

1. Những nội dung và tinh thần mới của Hiến pháp năm 2013 về quyền con người, quyền công dân cần phải được thể chế hóa trong các đạo luật, bộ luật

Một là, Hiến pháp năm 2013 không còn đồng nhất quyền con người và quyền công dân như Điều 50 của Hiến pháp năm 1992. Hiến pháp năm 2013 đã mở rộng các quyền tự do cơ bản cho tất cả mọi người, không những công dân Việt Nam mà cả những người nước ngoài cư trú một cách hợp pháp ở nước ta đều được hưởng thụ và được Nhà nước ta bảo vệ. Việc không đồng nhất quyền con người với quyền công dân là hoàn toàn phù hợp với luật pháp quốc tế về nhân quyền và chủ trương mở cửa hội nhập quốc tế của Đảng và Nhà nước ta. Việc thể chế hóa trong các đạo luật cần phải chú ý phân định quyền con người và quyền công dân.

Hai là, Hiến pháp năm 2013 đề cao và

* GS, TS. Nguyên Phó Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội.

¹ Năm 2014: 29 luật, bộ luật được Quốc hội khóa XIII thông qua; năm 2015: 27 luật, bộ luật được Quốc hội khóa XIII thông qua; năm 2016: đã có 7 luật, bộ luật được Quốc hội khóa XIII thông qua.

nhấn mạnh trách nhiệm của Nhà nước trong mối quan hệ với quyền con người, quyền công dân. Nếu như trong Hiến pháp năm 1992, Nhà nước chỉ có nghĩa vụ *tôn trọng* thì Hiến pháp năm 2013 đã bổ sung thêm ba nghĩa vụ, là *công nhận, bảo vệ và bảo đảm*. Đây là một nhận thức mới. Bởi trong đời sống nhà nước, một mặt con người rất cần đến nhà nước để duy trì sự ổn định và phát triển; nhưng mặt khác, hơn bất kỳ một chủ thể nào khác, nhà nước là chủ thể trong mối quan hệ với con người thường có những vi phạm quyền con người, quyền công dân. Vì vậy, đề cao quyền con người, quyền công dân mà không tăng cường trách nhiệm của nhà nước từ thừa nhận, tôn trọng đến cao hơn là bảo vệ và bảo đảm thì việc đề cao đó chỉ tồn tại trên các trang công báo. Đây cũng là một nội dung, một tiêu chí hết sức quan trọng để xem xét, đánh giá việc thể chế quyền con người, quyền công dân trong các đạo luật, bộ luật thời gian qua.

Ba là, lần đầu tiên giới hạn của quyền con người, quyền công dân được quy định thành nguyên tắc trong Hiến pháp. Theo tinh thần của các Công ước quốc tế về nhân quyền, Hiến pháp năm 2013 quy định thành nguyên tắc tại Điều 14: “Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của Luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe cộng đồng”. Theo đó, từ nay không được ai tùy tiện cắt xén, hạn chế các quyền, ngoại trừ các trường hợp cần thiết nói trên nhưng phải được Luật quy định.

Bốn là, nhiều quyền mới được thừa nhận trong Hiến pháp năm 2013, thể hiện bước tiến mới trong việc mở rộng và phát triển quyền, phản ánh kết quả của quá trình đổi mới và hội nhập quốc tế trong gần 30 năm qua. Đó là các quyền: “quyền của công dân không bị trục xuất, giao nộp cho nước ngoài” (khoản 2 Điều 17), “quyền sống” (Điều 21), “quyền có nơi ở hợp pháp” (Điều 22), “quyền hưởng an sinh xã hội” (Điều

34), “quyền về văn hóa” (Điều 41), “quyền xác định dân tộc, sử dụng ngôn ngữ mẹ đẻ, lựa chọn ngôn ngữ giao tiếp” (Điều 42), “quyền sống trong môi trường trong lành” (Điều 43),... Những quyền mới này thể hiện phạm vi bảo vệ quyền con người, quyền công dân bằng Hiến pháp được mở rộng không chỉ đối với các quyền dân sự, chính trị (Điều 17, 21,...) mà cả các quyền về kinh tế, xã hội, văn hóa (Điều 41, 42, 43,...), đáp ứng nhu cầu mới về quyền con người trong điều kiện đẩy mạnh một cách toàn diện công cuộc đổi mới và chủ động hội nhập quốc tế. Hoạt động lập pháp cần phải hướng đến thể chế hóa các quyền mới này.

Năm là, Hiến pháp năm 2013 đã có sự sửa đổi, bổ sung để chi rõ hơn, đầy đủ hơn, chính xác hơn nội hàm của các quyền mà Hiến pháp năm 1992 đã quy định. Đó là các quyền bình đẳng trước pháp luật (Điều 16); cấm tra tấn, bạo lực, truy bức, nhục hình (khoản 1 Điều 20); bảo vệ đời tư và nơi ở (Điều 21, 22); tiếp cận thông tin (Điều 25); tham gia quản lý nhà nước và xã hội (Điều 28); bình đẳng giới (Điều 26); bỏ phiếu trưng cầu ý dân (Điều 29); tổ tụng công bằng (Điều 31); sở hữu tư nhân (Điều 32); lao động việc làm (Điều 35). Những chỉnh sửa, làm mới nội hàm của các quyền nói trên là những căn cứ hiến định mới để sửa đổi, bổ sung các đạo luật đã có cho phù hợp với tinh thần và nội dung đã chỉnh sửa của Hiến pháp năm 2013.

Sáu là, về cơ bản, cả về nội dung cũng như cách thức thể hiện, các quyền con người, quyền công dân quy định trong Hiến pháp năm 2013 phù hợp với Luật quốc tế về quyền con người.

2. Những nội dung và tinh thần mới liên quan gián tiếp đến quyền con người, quyền công dân của Hiến pháp năm 2013 cần được thể chế trong các đạo luật, bộ luật

Đây là những nội dung và tinh thần mới, không quy định trực tiếp trong Chương II mà ở các chương khác của Hiến pháp năm

2013, nhưng liên quan trực tiếp đến quyền con người, quyền công dân với tư cách là những yếu tố bảo vệ, bảo đảm và thúc đẩy quyền con người, quyền công dân. Vì thế, khi thể chế hóa quyền con người, quyền công dân trong các đạo luật, bộ luật theo tinh thần và nội dung của Hiến pháp năm 2013 không thể không tính đến trong quá trình thể chế hóa.

Một là, Hiến pháp năm 2013 đề cao chủ quyền của nhân dân. “Tất cả quyền lực nhà nước thuộc về Nhân dân” đã được trang trọng ghi nhận tại Điều 2 Hiến pháp năm 2013. Đây là sự tiếp tục quan điểm nhất quán của Đảng và Nhà nước ta về việc đề cao chủ quyền nhân dân, khẳng định: “Nước Cộng hòa XHCN Việt Nam do Nhân dân làm chủ” (Điều 2). Tuy nhiên, so với các Hiến pháp trước đây, Hiến pháp năm 2013 có những nội dung mới thể hiện nhận thức sâu sắc, đầy đủ hơn:

Trước hết, “Tất cả quyền lực nhà nước thuộc về Nhân dân” quy định ở Điều 2 Hiến pháp năm 2013 là một quy định nền tảng chỉ rõ nguồn gốc, bản chất, mục đích và sức mạnh của quyền lực nhà nước ở nước ta là ở Nhân dân. Nguyên lý đó được quy định trong tất cả các Hiến pháp trước đây của Nhà nước ta. Tuy nhiên, điểm mới là tư tưởng này đã được thể hiện nhất quán, xuyên suốt trong toàn bộ nội dung của Hiến pháp năm 2013. Bởi Hiến pháp năm 2013 quan niệm Nhân dân là chủ thể tối cao của quyền lực nhà nước. Thông qua Hiến pháp, Nhân dân giao quyền, Nhân dân ủy quyền quyền lực nhà nước của mình cho Nhà nước. Vì thế, không những Điều 2 quy định nội dung nói trên mà còn rất nhiều điều thể hiện sâu sắc và nhất quán tư tưởng đề cao chủ quyền Nhân dân. Ngay từ Lời nói đầu của Hiến pháp đã long trọng tuyên bố Nhân dân Việt Nam là chủ thể “xây dựng, thi hành và bảo vệ Hiến pháp này” đến việc bổ sung đầy đủ các hình thức Nhân dân sử dụng quyền lực nhà nước, không chỉ bằng dân chủ đại diện thông qua Quốc hội và Hội đồng

nhân dân như quy định của các Hiến pháp trước đây, mà còn bằng các hình thức dân chủ trực tiếp (Điều 6), bằng biểu quyết khi Nhà nước tổ chức trưng cầu ý dân, trong đó có trưng cầu ý dân về Hiến pháp (Điều 29 và Điều 120). Đảng Cộng sản Việt Nam không những là lực lượng lãnh đạo Nhà nước và xã hội mà còn phải “gắn bó mật thiết với Nhân dân, phục vụ Nhân dân, chịu sự giám sát của Nhân dân, chịu trách nhiệm trước Nhân dân về những quyết định của mình”. Mặt trận Tổ quốc Việt Nam bao gồm các tổ chức chính trị, các tổ chức chính trị - xã hội, tôn giáo và người Việt Nam định cư ở nước ngoài là cơ sở chính trị của chính quyền nhân dân, không những đại diện bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp chính đáng của Nhân dân mà Hiến pháp năm 2013 đã ghi nhận mà còn bổ sung vai trò giám sát và phản biện xã hội đối với tổ chức và hoạt động của Nhà nước (Điều 9). Công đoàn Việt Nam là tổ chức chính trị - xã hội của giai cấp công nhân và của người lao động, đóng vai trò “tham gia kiểm tra, thanh tra, giám sát hoạt động của Nhà nước...” (Điều 10). Những tư duy chính trị pháp lý mới đó, xuất phát từ nhận thức sâu sắc rằng Nhân dân là chủ thể tối cao của quyền lực nhà nước; “tất cả quyền lực nhà nước thuộc về Nhân dân”. Việc thể chế hóa quyền con người, quyền công dân trong các đạo luật không thể không nắm vững những quy định nói trên của Hiến pháp năm 2013.

Hai là, xuất phát từ bản chất của Nhà nước ta “là Nhà nước pháp quyền XHCN của Nhân dân, do Nhân dân, vì Nhân dân” (khoản 1 Điều 2), Hiến pháp năm 2013 đã bổ sung một nguyên tắc mới về tổ chức quyền lực nhà nước ở nước ta. Đó là quyền lực nhà nước là thống nhất, không chỉ được phân công, phối hợp mà còn có sự kiểm soát trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp (khoản 3 Điều 2). Đây là một trong những nguyên tắc nền tảng về tổ chức quyền lực nhà nước ở nước ta. Bởi Nhân dân là chủ thể tối cao của quyền lực

nhà nước, nên Nhân dân kiểm soát quyền lực nhà nước là một tất yếu, một đòi hỏi chính đáng. Để kiểm soát được quyền lực nhà nước đòi hỏi phải hình thành cơ chế, bao gồm kiểm soát quyền lực nhà nước ở bên trong bộ máy nhà nước, giữa ba quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp và trong nội bộ mỗi quyền và kiểm soát quyền lực nhà nước ở bên ngoài, bao gồm kiểm soát của Nhân dân thông qua các tổ chức chính trị - xã hội, thông qua các phương tiện thông tin đại chúng và kiểm soát theo một cơ chế độc lập do luật định. Với nhận thức đó, kiểm soát quyền lực nhà nước được thể hiện xuyên suốt trong tất cả các chương của Hiến pháp, đặc biệt là trong các chương về Quốc hội, Chính phủ, Tòa án và Viện kiểm sát. Trong các chương này của Hiến pháp có những điều chỉnh để làm rõ hơn, minh bạch hơn chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của từng cơ quan. Đây cũng là cơ sở hiến định để sau này các Luật về quyền con người, quyền công dân cụ thể hóa trách nhiệm của các cơ quan nhà nước trong việc thừa nhận, tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm quyền con người, quyền công dân.

Ba là, Hiến pháp năm 2013 đã thể hiện một cách sâu sắc sự hòa hợp dân tộc, sự hài hòa về lợi ích và sự đồng thuận xã hội nhằm tạo nên sức mạnh để phát triển đất nước. Theo đó, Hiến pháp năm 2013 không chỉ có các chủ thể như Nhân dân, dân tộc luôn luôn là những chủ thể mở đầu và xuyên suốt, mà còn có những chủ thể như: nhà khoa học, nhân tài, người khuyết tật, người nghèo, người cao tuổi, người có hoàn cảnh khó khăn, doanh nhân, doanh nghiệp. Như vậy, Hiến pháp năm 2013 không chỉ ghi nhận lợi ích của Nhân dân, dân tộc nói chung mà còn thể hiện lợi ích của các giai cấp, các tầng lớp trong xã hội. Cùng với điều đó, Hiến pháp còn thể chế hóa những giá trị xã hội được toàn xã hội và Nhân dân ta thừa nhận và chia sẻ, các giá trị như tự do, công bằng, bình đẳng, dân chủ, nhân quyền, công khai, minh bạch,... đã được ghi nhận trong nhiều điều

khoản của Hiến pháp năm 2013. Đồng thời, những truyền thống tốt đẹp của dân tộc đều được thể hiện trong các chương quy định về kinh tế - xã hội, văn hóa, giáo dục, khoa học công nghệ, môi trường và bảo vệ Tổ quốc. Những nội dung này phải được quan tâm thể chế trong các đạo luật, bộ luật về quyền con người, quyền công dân.

Bốn là, trong mối quan hệ với việc bảo vệ quyền con người, Hiến pháp năm 2013 có một nhận thức mới trong việc quy định vai trò và nhiệm vụ của Tòa án và Viện kiểm sát nhân dân. Đối với Tòa án là cơ quan thực hiện quyền tư pháp, Điều 102 khoản 3 đã đưa lên hàng đầu vai trò và nhiệm vụ bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân sau đó mới quy định: “Bảo vệ chế độ XHCN, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân”. Đối với Viện kiểm sát nhân dân, nhấn mạnh vai trò và nhiệm vụ hàng đầu là: “Bảo vệ pháp luật, bảo vệ quyền con người, quyền công dân”, sau đó mới bảo vệ “chế độ XHCN,...” (khoản 3 Điều 107). Trước đó, Hiến pháp năm 1992 không phân biệt sự khác nhau về vai trò và nhiệm vụ giữa Tòa án và Viện kiểm sát, cả hai thiết chế đều quy định giống nhau và chung vào một điều: “Tòa án nhân dân và Viện kiểm sát nhân dân nước Cộng hòa XHCN Việt Nam trong phạm vi chức năng của mình, có nhiệm vụ bảo vệ pháp chế XHCN, bảo vệ chế độ XHCN và quyền làm chủ của công dân, bảo vệ tài sản, tự do, danh dự và nhân phẩm của công dân” (Điều 126). So sánh quy định của hai bản Hiến pháp, có thể thấy Hiến pháp năm 2013 đã có một sự đổi mới về nhận thức; sự tồn tại của hai thiết chế này, trước hết và chủ yếu là bảo vệ quyền con người, quyền công dân. Cùng với điều đó, nhiều nguyên tắc mới trong hoạt động tư pháp được Hiến pháp ghi nhận như: nguyên tắc tranh tụng trong xét xử được đảm bảo; chế độ xét xử sơ thẩm, phúc thẩm được bảo đảm,... Đây là những tư duy Hiến định mới về một nền tư pháp trong Nhà nước pháp

quyền XHCN của Nhân dân, do Nhân dân và vì Nhân dân mà trong quá trình thể chế hóa quyền con người, quyền công dân phải quán triệt một cách sâu sắc trong các luật, bộ luật.

3. Đánh giá việc thể chế hóa quyền con người, quyền công dân trong các đạo luật, bộ luật đã ban hành theo Hiến pháp năm 2013

3.1 Đánh giá tổng quát

Một là, về cơ bản giữa Hiến pháp - đạo luật gốc - với các văn bản luật, bộ luật thể chế hóa quyền con người, quyền công dân ban hành sau Hiến pháp năm 2013 đã tạo thành một hệ thống tương đối thống nhất. Phần lớn những nội dung và tinh thần mới của Hiến pháp năm 2013 đã được kịp thời thể chế hóa trong các đạo luật, bộ luật.

Hai là, việc thể chế hóa, một mặt được tiến hành bằng việc rà soát các đạo luật hiện hành để sửa đổi, bổ sung cho phù hợp với tinh thần và nội dung mới của Hiến pháp như các bộ luật rừng cột trong lĩnh vực tư pháp (Bộ luật Dân sự, Bộ luật Tố tụng dân sự, Bộ luật Hình sự, Bộ luật Tố tụng hình sự,...). Mặt khác, bằng việc tiến hành xây dựng các đạo luật mới về quyền con người, quyền công dân mà từ trước tới nay chưa có ở nước ta nhưng được Hiến pháp năm 2013 ghi nhận như Luật Trưng cầu ý dân, Luật Tiếp cận thông tin, Luật về Hội,... Trên cơ sở đó, pháp luật về quyền con người, quyền công dân ở nước ta đã có một bước phát triển cả về lượng lẫn về chất, phù hợp với Luật quốc tế về quyền con người, quyền công dân.

Ba là, do thời gian quá ngắn, số lượng các đạo luật, bộ luật cần phải sửa đổi, bổ sung quá lớn, vấn đề lại mới, nên đối với một số nội dung và tinh thần mới của Hiến pháp năm 2013 chưa được thể chế hóa một cách sâu sắc, thực sự phù hợp với Hiến pháp và không tránh khỏi các đạo luật có các sai sót về cách thể hiện, về kỹ thuật lập pháp như Bộ luật Hình sự. Điều đó đòi hỏi phải tiếp tục nghiên cứu một cách thấu đáo

những nội dung và tinh thần mới của Hiến pháp năm 2013 để tiếp tục thể chế một cách đầy đủ, sâu sắc quyền con người, quyền công dân trong Hiến pháp năm 2013 thành các đạo luật, bộ luật.

3.2 Những kết quả đạt được về việc thể chế hóa quyền con người, quyền công dân trong các luật, bộ luật đã được ban hành theo tinh thần và nội dung mới của Hiến pháp năm 2013

Một là, trong tất cả các đạo luật, bộ luật đã ban hành đều quan tâm đến việc quy định trong luật các giới hạn của quyền. Những gì bị giới hạn, nói chung không còn giao cho văn bản quy phạm pháp luật dưới luật cụ thể hóa như trước đây, để tùy tiện cắt xén, vô hiệu hóa các quyền quy định trong Hiến pháp. Có thể xem đây là một bước tiến trong hoạt động lập pháp, vừa tạo điều kiện để luật trực tiếp điều chỉnh các quan hệ xã hội, không phải chờ đợi văn kiện dưới luật cụ thể hóa, lại vừa đảm bảo sự thống nhất, không mâu thuẫn giữa luật và văn bản dưới luật. Trong hầu hết các đạo luật, bộ luật đều có các quy định cụ thể về những việc cấm không được làm; quy định về điều kiện của chủ thể thực hiện quyền,... Tất cả những điều quy định đó được nhận thức là các quy định về giới hạn của quyền, nên được xem xét, cân nhắc thận trọng trong các đạo luật, bộ luật. Điều 6 Luật Trẻ em năm 2016 liệt kê 15 hành vi bị nghiêm cấm là phù hợp với các quyền trẻ em. Điều 9 Luật Báo chí liệt kê 13 hành vi bị nghiêm cấm nhìn chung là phù hợp với quyền tự do ngôn luận, báo chí. Luật Tiếp cận thông tin năm 2016 quy định ở Điều 11 bốn hành vi bị nghiêm cấm là phù hợp với quyền được tiếp cận thông tin... Vì vậy, về cơ bản, những quy định hạn chế quyền này là phù hợp đối với mỗi quyền và phù hợp với Luật quốc tế về nhân quyền.

Hai là, về nội dung, phạm vi của các quyền được mở rộng và được quy định chính xác hơn, đầy đủ hơn, cụ thể hơn so với các quyền được quy định trong các đạo luật, bộ luật ban hành trước Hiến pháp năm 2013.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- Đối với các quyền mà Hiến pháp năm 2013 thừa nhận là quyền con người như quyền về tự do tín ngưỡng, tôn giáo; quyền bảo vệ chăm sóc trẻ em, quyền sở hữu tư nhân... chủ thể được hưởng quyền trong các đạo luật, bộ luật mới ban hành đã được mở rộng phạm vi, không những công dân Việt Nam mà còn cả người nước ngoài, người không quốc tịch sinh sống và làm việc trong lãnh thổ nước ta, đã góp phần bảo đảm quyền con người theo nội dung và tinh thần của Hiến pháp năm 2013. Đồng thời, nội hàm của các quyền cũng được quy định cụ thể hơn, rõ ràng, minh bạch hơn và mở rộng hơn. Ví dụ như các quyền trong lĩnh vực tư pháp: quyền yêu cầu Tòa án bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp; Tòa án không được từ chối yêu cầu giải quyết vụ việc dân sự vì lý do chưa có điều luật để áp dụng (Điều 4 Bộ luật Tố tụng dân sự); mở rộng một số quyền của bị can, bị cáo trong tố tụng hình sự như bổ sung những quy định có ý nghĩa bảo đảm tốt hơn quyền bào chữa của người bị bắt, bị tạm giữ, của bị can, bị cáo trong quá trình tố tụng...

- Đối với quyền bình đẳng trước pháp luật theo Hiến pháp năm 2013 là quyền con người thì trong các đạo luật, bộ luật ban hành gần đây đã mở rộng chủ thể được hưởng quyền. Quyền bình đẳng trước pháp luật không chỉ công dân nước ta được hưởng mà mở rộng đối với tất cả mọi người. Đồng thời, tính chất và phạm vi của sự bình đẳng được xác định rõ ràng hơn, không phân biệt đối xử giữa các quyền dân sự, chính trị, kinh tế, văn hóa, xã hội. Thể chế hóa quyền bình đẳng trước pháp luật, Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 quy định: “Tố tụng hình sự được tiến hành theo nguyên tắc mọi người đều bình đẳng trước pháp luật không phân biệt dân tộc, giới tính, tín ngưỡng, tôn giáo, thành phần và địa vị xã hội. Bất cứ người

nào phạm tội đều bị xử lý theo pháp luật” (Điều 9).

- Đối với quyền cấm tra tấn, bạo lực, truy bức, nhục hình, các đạo luật, bộ luật ban hành sau Hiến pháp năm 2013 đã thể chế hóa bằng việc quy định cấm bất kỳ hình thức bạo lực, đối xử nào khác xâm phạm thân thể, sức khỏe, xúc phạm danh dự, nhân phẩm của tất cả mọi người. Các quy định này trong Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 được thể chế hóa rõ ràng và rộng hơn nhiều so với Bộ luật Tố tụng hình sự trước đây. Bộ luật đã quy định cả về hành vi bị cấm và cả về chủ thể được bảo vệ khỏi bị tra tấn, truy bức nhục hình.

- Đối với quyền sở hữu tư nhân: Chủ thể của quyền này được mở rộng từ chỉ công dân theo Hiến pháp năm 1992 sang mọi người trong Hiến pháp năm 2013 (Điều 32). Sự mở rộng này vừa phù hợp với thực tế, vừa đáp ứng yêu cầu hội nhập quốc tế, khi mà thể nhân và pháp nhân nước ngoài làm ăn sinh sống ở nước ta ngày càng nhiều. Những chủ thể này cũng phải được Nhà nước ta bảo vệ quyền tư hữu về tài sản và tư liệu sản xuất. Theo đó, Luật Nhà ở năm 2014 ban hành ngay sau khi Hiến pháp năm 2013 có hiệu lực đã thể chế, mở rộng phạm vi điều chỉnh ra cả cá nhân, tổ chức nước ngoài².

Ba là, trách nhiệm của Nhà nước trong việc công nhận, tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm quyền con người, quyền công dân - nguyên tắc mới của Hiến pháp năm 2013 đã được tăng cường một bước qua thể chế hóa thành các quy định theo hướng tăng cường trách nhiệm của cơ quan, cá nhân có thẩm quyền trong việc tổ chức và thực hiện quyền con người, quyền công dân.

Trách nhiệm của Nhà nước được quy định rõ ràng, minh bạch hơn trong việc thực hiện quyền tiếp cận thông tin của công dân,

2 Khoản 1 Điều 159 Luật Nhà ở.

quyền bảo vệ và chăm sóc trẻ em; được tăng cường một cách mạnh mẽ hơn trong việc đảm bảo quyền công dân trong hoạt động tư pháp; nhất là trong các hoạt động của các cơ quan điều tra, truy tố và xét xử, các chức danh tư pháp có thẩm quyền như điều tra viên, kiểm sát viên, thẩm phán,... trong việc đảm bảo quyền bình đẳng trước pháp luật; cấm tra tấn, bạo lực, truy bức, nhục hình; bình đẳng giới; tố tụng công bằng,...

Đề đề cao trách nhiệm của Nhà nước trong việc cấm tra tấn, bạo lực, truy bức, nhục hình, các đạo luật, bộ luật ban hành sau Hiến pháp năm 2013 đã có các quy định về các biện pháp đề cao trách nhiệm của những người tham gia tố tụng có thẩm quyền nhằm phòng, chống sự vi phạm từ phía cơ quan nhà nước, người có thẩm quyền, đảm bảo cho việc cấm tra tấn, bạo lực, truy bức, nhục hình không xảy ra trong thực tế³.

- Đối với quyền tham gia quản lý nhà nước và xã hội, các đạo luật, bộ luật mới ban hành đã nhấn mạnh trách nhiệm của Nhà nước trong việc tạo điều kiện để công dân tham gia quản lý nhà nước và xã hội, công khai minh bạch trong việc tiếp nhận và phản hồi ý kiến, kiến nghị của công dân theo tinh thần và nội dung của Điều 28 Hiến pháp năm 2013.

- Trách nhiệm của Nhà nước trong việc đảm bảo tố tụng công bằng được thể chế hóa khá đầy đủ, toàn diện trong Bộ luật Tố tụng hình sự. Từ việc bổ sung thêm yếu tố trách nhiệm phải chứng minh theo trình tự luật định vào nguyên tắc suy đoán vô tội, đề cao trách nhiệm bồi thường thiệt hại về vật chất và phục hồi danh dự cho người bị oan sai trong tố tụng; xử lý nghiêm minh người thi hành tố tụng đến việc thực hiện trách nhiệm xét xử kịp thời, công bằng, công khai; không bị kết án hai lần cho cùng một tội phạm, trách nhiệm phải đảm bảo quyền bào chữa,

tự bào chữa của bị can, bị cáo qua các giai đoạn tố tụng.

Với nguyên tắc suy đoán vô tội mới trong Hiến pháp năm 2013, Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 đã cụ thể hóa trách nhiệm của cơ quan, cá nhân có thẩm quyền, coi trọng trình tự, thủ tục tố tụng; coi trọng trách nhiệm phải tìm kiếm chứng cứ cả buộc tội lẫn gỡ tội, thay vào việc chỉ tập trung tìm kiếm chứng cứ để chứng minh bị can có tội như trước đây. Việc tập trung tìm kiếm chứng cứ buộc tội là nguyên nhân dẫn đến nhiều oan sai trong luật tố tụng hình sự trước đây.

Bốn là, những nội dung và tinh thần mới của Hiến pháp năm 2013 về đề cao chủ quyền nhân dân, về tổ chức quyền lực nhà nước đã có tác dụng chỉ đạo việc thể chế trong các đạo luật, bộ luật về quyền con người, quyền công dân.

- Đề thể chế hóa chủ quyền nhân dân, với tư cách là chủ thể tối cao của quyền lực nhà nước được Hiến pháp năm 2013 ghi nhận, lần đầu tiên ở nước ta, Luật Trưng cầu ý dân đã được ban hành (năm 2015).

- Với việc phân công mạch lạc, minh bạch giữa ba quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp thể hiện trong Hiến pháp năm 2013; các đạo luật, bộ luật về quyền con người, quyền công dân ban hành sau Hiến pháp đã thể chế và bước đầu hình thành cơ chế, trình tự và thủ tục với nội dung mới trong việc bảo vệ, bảo đảm quyền con người, quyền công dân theo định hướng xây dựng nhà nước pháp quyền XHCN. Ví dụ như Hiến pháp năm 2013 quy định, Tòa án nhân dân thực hiện quyền tư pháp với nhiệm vụ hàng đầu là bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân, với nguyên tắc tranh tụng trong xét xử được đảm bảo; Viện kiểm sát với nhiệm vụ hàng đầu là bảo vệ pháp luật, bảo vệ quyền con người, quyền công dân, các Luật Tổ chức Tòa án nhân dân,

3 Xem thêm: Điều 183 Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015.

Luật Tổ chức Viện kiểm sát nhân dân, các luật tố tụng tư pháp đã có các quy định mới về nhiệm vụ và trách nhiệm của các cơ quan, cá nhân có thẩm quyền trong việc bảo vệ quyền con người, quyền công dân. Các luật về thủ tục tố tụng hình sự, Luật Tổ chức cơ quan điều tra hình sự; Luật Thi hành tạm giữ, tạm giam đã có các quy định tạo điều kiện thuận lợi cho việc thực hiện các quyền của người bị bắt, bị tạm giữ của bị can, bị cáo trong quá trình tố tụng như quyền bào chữa, quyền không bị tra tấn, truy bức, nhục hình; bổ sung thêm một số quy định nhằm thực hiện nguyên tắc tranh tụng tại phiên tòa. Ví dụ như bổ sung thêm quy định quyền của bị cáo, người bào chữa được yêu cầu triệu tập, bổ sung người làm chứng, người giám định để đảm bảo tốt hơn hiệu quả của hoạt động tranh tụng tại phiên tòa; bị can, bị cáo được quyền hỏi người làm chứng, người giám định, người bị hại về những tình tiết liên quan đến vụ án,...

Năm là, việc thể chế hóa quyền con người, quyền công dân trong các đạo luật, bộ luật ban hành sau Hiến pháp năm 2013 đã khắc phục được những điều không phù hợp với luật nhân quyền quốc tế.

- Trước hết, khắc phục tình trạng Luật quốc tế về nhân quyền quy định là quyền con người; Luật quốc gia chỉ quy định là quyền công dân mà không thừa nhận quyền con người. Ví dụ như quyền sở hữu tư nhân; quyền bình đẳng trước pháp luật,... trước đây pháp luật nước ta chỉ thừa nhận là quyền công dân thì nay Hiến pháp và luật thừa nhận là quyền con người. Vì thế, phạm vi và đối tượng hưởng quyền được mở rộng phù hợp với Luật quốc tế về nhân quyền.

- Nội dung của một số quy định về quyền con người, quyền công dân trong các đạo luật, bộ luật đã có sự thống nhất với các quy định trong Luật nhân quyền quốc tế. Ví dụ như nguyên tắc suy đoán vô tội: “Người bị buộc tội được coi là không có tội cho đến khi được chứng minh theo trình tự luật định và có bản án kết tội của Tòa án có hiệu lực

pháp luật”; các quy định về các hành vi bị cấm và chủ thể được bảo vệ trong việc thực hiện quyền cấm tra tấn, bạo lực, truy bức nhục hình trong Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 phù hợp với công ước của Liên hiệp quốc về chống tra tấn và những sự đối xử trừng phạt tàn ác, vô nhân đạo hay hạ nhục mà Nhà nước ta vừa ký kết cuối năm 2013.

3.3 Những hạn chế, tồn tại trong việc thể chế hóa quyền con người, quyền công dân trong các luật, bộ luật đã được ban hành theo tinh thần và nội dung mới của Hiến pháp năm 2013

Một là, trong một số đạo luật, bộ luật đã ban hành sau khi Hiến pháp năm 2013 có hiệu lực, nội hàm của một số quyền con người, quyền công dân chưa được thể chế hóa đầy đủ, phù hợp với tinh thần và nội dung của Hiến pháp năm 2013.

Ví dụ, Luật Báo chí năm 2016, mặc dầu đã có Điều 10 thể chế hóa quyền tự do báo chí của công dân và Điều 11 thể chế hóa quyền tự do ngôn luận trên báo chí của công dân, nhưng so với tinh thần và nội dung mới của Hiến pháp cũng như nội hàm của quyền tự do ngôn luận, tự do báo chí trong Luật quốc tế về nhân quyền thì việc thể chế hóa ở hai Điều 10 và 11 là chưa đủ. Hay Luật Tiếp cận thông tin năm 2016 không có điều luật nào quy định quyền tiếp cận thông tin bao gồm những quyền gì mà chỉ có điều giải thích thế nào là tiếp cận thông tin và quyền, nghĩa vụ của công dân trong tiếp cận thông tin (Điều 8). Trong lúc đó, Hiến pháp năm 2013 đã thay “quyền được tiếp cận thông tin” trong Hiến pháp năm 1992 bằng “quyền tiếp cận thông tin” (Điều 25 Hiến pháp năm 2013). Sự thay đổi này là sự thay đổi nội hàm của quyền. Bởi quyền tiếp cận thông tin không chỉ bao gồm quyền được thông tin như Hiến pháp năm 1992 mà theo Luật quốc tế về nhân quyền và Hiến pháp năm 2013 còn bao hàm quyền được tìm kiếm (yêu cầu cung cấp thông tin) và quyền được chia sẻ, phổ biến thông tin. Luật Tiếp cận thông tin năm 2016 mới chỉ tập trung thể chế hóa

quyền được thông tin, tức là quyền yêu cầu cung cấp thông tin (theo quan niệm của Hiến pháp năm 1992).

Hai là, nhiều quyền mới đã được Hiến pháp năm 2013 thừa nhận ngay cả các quyền vốn có trước đây vẫn chưa được thể chế hóa thành luật để công dân và mọi người thực hiện. Ví dụ, quyền hội họp, quyền lập hội, biểu tình (Điều 25); quyền của mọi người về bất khả xâm phạm đời sống riêng tư, bí mật cá nhân và bí mật gia đình (Điều 21); quyền của công dân Việt Nam không thể bị trục xuất, giao nộp cho nhà nước khác (Điều 17),... Việc chậm trễ thể chế hóa các quyền hiến định thành luật đã hạn chế việc phát huy nhân tố con người trong đời sống nhà nước và đời sống xã hội.

Ba là, mặc dù hoạt động lập pháp đã coi trọng việc thể chế hóa trách nhiệm của Nhà nước trong việc bảo vệ và bảo đảm quyền con người, quyền công dân trong các đạo luật, bộ luật ban hành gần đây, nhưng cũng chỉ mới dừng lại ở việc xác định nguyên tắc, nhiệm vụ, quyền hạn của các thiết chế và các cá nhân có thẩm quyền mà chưa hình thành được cơ chế hữu hiệu để kiểm soát và thúc đẩy việc bảo vệ và bảo đảm nhân quyền. Vì thế, quyền con người, quyền công dân chưa thật sự được tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm, vẫn còn có sự vi phạm từ phía cơ quan, tổ chức và cá nhân có thẩm quyền đến quyền và lợi ích hợp pháp của con người, của công dân. Ví như trong các bộ luật tố tụng tư pháp, trách nhiệm của cơ quan, cá nhân có thẩm quyền được tăng cường trong các giai đoạn của quá trình tố tụng. Tuy nhiên, cơ chế kiểm soát và thúc đẩy việc tuân thủ trách nhiệm này như thế nào chưa được chú trọng và thể chế hóa. Vì thế, đã có trường hợp oan sai hàng chục năm sau mới được giải oan. Trong các đạo luật mới ban hành như Luật Báo chí, Luật Trẻ em, Luật Tiếp cận thông tin,... đều quy định trách nhiệm của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền rất đầy đủ, nhưng cơ chế kiểm soát và thúc đẩy việc tuân thủ và thực hiện các trách nhiệm đó như thế nào thì chưa được thiết lập một cách rõ ràng, minh bạch, có

hiệu quả. Có thể nói, khâu yếu nhất trong việc thể chế hóa trách nhiệm của Nhà nước đối với việc thừa nhận, tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm quyền con người, quyền công dân theo tinh thần và nội dung của Hiến pháp năm 2013 trong các đạo luật, bộ luật mới ban hành gần đây là chưa hình thành được cơ chế hữu hiệu kiểm soát và thúc đẩy việc thực hiện trách nhiệm của cơ quan, cá nhân có thẩm quyền. Chỉ dựa vào cơ chế giám sát, kiểm tra, thanh tra như hiện nay, trách nhiệm của Nhà nước trong việc bảo vệ và bảo đảm quyền con người, quyền công dân không được tăng cường mạnh mẽ theo tinh thần và nguyên tắc mới của Hiến pháp năm 2013.

Bốn là, các đạo luật, bộ luật ban hành sau Hiến pháp năm 2013 đã chú trọng đến việc thể chế hóa giới hạn quyền con người, quyền công dân, nhưng vì là nguyên tắc mới lần đầu tiên quy định trong Hiến pháp nước ta, nên việc cụ thể hóa nguyên tắc này còn lúng túng và chưa thật sự phù hợp với Hiến pháp năm 2013.

- Trước hết, thể chế hóa nguyên tắc này chủ yếu chỉ tập trung vào các hành vi bị nghiêm cấm. Quy định đúng các hành vi bị nghiêm cấm phù hợp với tinh thần và nội dung của quyền được điều chỉnh trong đạo luật là đảm bảo cho chủ thể thực hiện quyền. Tuy nhiên, một số hành vi bị nghiêm cấm còn quy định theo pháp luật mà chưa được quy định rõ trong luật, ví dụ như khoản 5 Điều 9 Luật Báo chí: “tiết lộ bí mật theo pháp luật”, khoản 14 Điều 6 Luật Trẻ em: “lấn chiếm, sử dụng cơ sở hạ tầng dành cho việc học tập, vui chơi, giải trí,... trái quy định của pháp luật”.

- Giới hạn của quyền không chỉ thể chế hóa trong các đạo luật bằng các quy định về cấm đoán mà còn phải chú ý đến các quy định về điều kiện, quy trình, thủ tục để chủ thể quyền thực hiện. Nếu không chú ý, các quy định này sẽ dẫn đến hạn chế quyền. Vì thế, trong một số đạo luật, bộ luật mới ban hành còn nhiều quy định các điều kiện, thủ tục, quy trình thực hiện quyền còn nặng về quản lý nhà nước. Đồng thời cũng chưa chú trọng đến giới hạn chủ thể thực hiện quyền

và giới hạn nội dung của quyền nên không quy định rõ ràng, minh bạch giới hạn của quyền và lý do vì sao lại giới hạn theo quy định của Hiến pháp. Chỉ có Luật Tiếp cận thông tin là có quy định về giới hạn của chủ thể và giới hạn nội dung thực hiện quyền, còn hầu hết các luật, bộ luật khác ít quan tâm.

3.4 Một số kiến nghị

Một là, Hiến pháp năm 2013 đã đặt nền móng hiến định cho sự ra đời cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước. Để quyền con người, quyền công dân được thực hiện trên thực tế, cần sớm hình thành cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước, nhất là kiểm soát trách nhiệm của các cơ quan, cá nhân có thẩm quyền trong việc bảo vệ và bảo đảm quyền con người, quyền công dân. Cơ chế đó, ngoài việc tăng cường kiểm soát trách nhiệm của Nhà nước từ bên ngoài bằng việc thực hiện các quyền dân chủ trực tiếp của công dân, bằng giám sát phản biện của các phương tiện thông tin đại chúng và kiểm soát quyền lực nhà nước từ bên trong giữa các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp; còn phải xây dựng một thiết chế độc lập, chuyên trách kiểm soát và thúc đẩy nhân quyền. Đề nghị Quốc hội khóa XIV, bằng chức năng lập pháp, thúc đẩy việc xây dựng cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước, nhất là cơ chế kiểm soát trách nhiệm của cá nhân có thẩm quyền trong bộ máy nhà nước.

Hai là, nguyên tắc giới hạn quyền con người, quyền công dân là một nguyên tắc mới, trong khi hiểu biết và kinh nghiệm thể chế hóa nguyên tắc này trong các đạo luật, bộ luật còn rất hạn chế. Vì vậy, đề nghị cần nghiên cứu lý luận và thực tiễn của nguyên tắc này để có sự nhận thức thống nhất. Có hiểu sâu sắc nội hàm của nguyên tắc này mới thể chế hóa đúng đắn trong các đạo luật, bộ luật; quyền con người, quyền công dân mới không bị giới hạn một cách tùy tiện. Trước mắt, đề nghị Quốc hội không giao việc quy định trình tự, thủ tục thực hiện quyền con người, quyền công dân cho văn kiện quy phạm dưới luật quy định. Bởi trình tự và thủ tục là phương tiện đặc biệt quan

trọng để đảm bảo cho quyền con người, quyền công dân được thực hiện trong thực tế. Thực tiễn đã chỉ ra rằng, nhiều quyền con người, quyền công dân bị hạn chế thực thi do các thủ tục rắc rối, phiền hà bởi các quy định dưới luật do luật giao cho Chính phủ hoặc Bộ cụ thể hóa. Trình tự và thủ tục thực hiện quyền phải được luật quy định.

Ba là, quyền con người, quyền công dân do Hiến pháp quy định rất khó có hiệu lực trực tiếp, trong khi còn nhiều nội dung mới chưa được thể chế hóa trong các đạo luật, bộ luật. Vì vậy, một mặt cần tiếp tục rà soát để sửa đổi, bổ sung các luật hiện có cho phù hợp với tinh thần và nội dung mới của Hiến pháp. Ví dụ như: chủ thể được bồi thường thiệt hại đã được mở rộng không chỉ người bị bắt, bị giam giữ, bị truy tố, xét xử trái pháp luật mà Hiến pháp năm 2013 còn mở rộng đến cả người bị bắt, tạm giữ, tạm giam, khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án trái pháp luật. Về nội hàm của quyền được bồi thường cũng mới, không chỉ thiệt hại về vật chất mà còn cả thiệt hại về tinh thần. Vì thế, phải sửa đổi Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước. Mặt khác, đề nghị Quốc hội khẩn trương ban hành những luật mới mà từ trước tới nay chưa có như Luật Biểu tình, Luật Bí mật đời tư,...

Bốn là, mặc dù đã có tiến bộ, nhưng ý thức về nhân quyền của nhiều cơ quan, cán bộ công chức chưa theo kịp tinh thần và nội dung mới của Hiến pháp năm 2013. Tư tưởng coi thường, đứng trên quyền con người, quyền công dân còn tồn tại khá phổ biến trong đội ngũ cán bộ, công chức. Trong lúc đó, kiến thức kinh nghiệm thực thi quyền con người, quyền công dân theo những chuẩn mực mới còn nhiều hạn chế. Vì vậy, cùng với việc hoàn thiện pháp luật, cần phải đẩy mạnh các hoạt động tuyên truyền, giáo dục, tập huấn, bồi dưỡng tình cảm và lòng tin về nhân quyền cho mọi người, đặc biệt là cho các cán bộ, công chức thực thi pháp luật trong các lĩnh vực liên quan trực tiếp đến quyền con người, quyền công dân ■

NGƯỜI NƯỚC NGOÀI GIA NHẬP QUỐC TỊCH VIỆT NAM: QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VÀ VIỆC THỰC HIỆN

TRẦN THỊ THU THỦY*

Quyền có quốc tịch là quyền mà bất kỳ cá nhân nào cũng được hưởng và được ghi nhận từ rất sớm trong các văn bản pháp luật quốc gia và các văn kiện pháp lý quốc tế. Tuyên ngôn quốc tế về Quyền con người năm 1948 khẳng định: “Ai cũng có quyền có quốc tịch; không ai có thể bị tước quốc tịch hay tước quyền thay đổi quốc tịch một cách độc đoán”¹. Công ước của Liên hiệp quốc (LHQ) về các Quyền dân sự, chính trị năm 1966 quy định: “Mọi trẻ em đều phải được đăng ký khai sinh ngay sau khi ra đời và phải có tên gọi. Mọi trẻ em đều có quyền có quốc tịch”². Quyền này là một trong những quyền dân sự cơ bản và rất quan trọng đối với mỗi cá nhân. Bất kỳ một đứa trẻ nào, khi sinh ra cũng sẽ được xác định hưởng quốc tịch của tối thiểu một quốc gia (theo nguyên tắc huyết thống - jus sanguinis, hoặc theo nguyên tắc nơi sinh - jus soli). Bên cạnh đó, cá nhân cũng có thể có quốc tịch theo một số cách thức khác như gia nhập quốc tịch, phục hồi quốc tịch, thường quốc tịch hoặc lựa chọn quốc tịch.

1. Gia nhập quốc tịch đối với người nước ngoài và ý nghĩa của gia nhập quốc tịch

Gia nhập quốc tịch là một trong những

cách thức để xác lập quốc tịch cho cá nhân. Đây là việc một người tự nguyện muốn trở thành công dân của một quốc gia khác và được quốc gia này đồng ý. Hay nói cách khác, gia nhập quốc tịch là việc một quốc gia cấp quốc tịch của mình cho người nước ngoài trên cơ sở đơn xin gia nhập quốc tịch của người đó. Việc gia nhập quốc tịch có ý nghĩa quan trọng không chỉ đối với người nước ngoài mà còn đối với quốc gia mà họ xin gia nhập.

Đối với người xin gia nhập quốc tịch là người đã có quốc tịch nước ngoài, lý do để họ xin gia nhập quốc tịch quốc gia khác khá đa dạng và phong phú, như: muốn gia nhập quốc tịch của người vợ/chồng, muốn gia nhập quốc tịch của quốc gia nơi họ đang làm việc, sinh sống lâu dài... Như vậy, được gia nhập quốc tịch của quốc gia khác là đáp ứng nhu cầu, mong mỏi của họ về tình cảm, về công việc, nơi cư trú... Khi được gia nhập quốc tịch, họ sẽ thực sự trở thành công dân của quốc gia đó và họ sẽ được đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp đầy đủ hơn; đồng thời đây cũng là cơ sở để họ thực hiện các nghĩa vụ của mình. Ví dụ, được học tập và làm việc trong một số lĩnh vực như an ninh,

* ThS. Khoa Pháp luật Quốc tế - Trường Đại học Luật Hà Nội.

1 Điều 15 Tuyên ngôn quốc tế về Quyền con người năm 1948.

2 Điều 24 Công ước của LHQ về các Quyền dân sự, chính trị năm 1966.

chính trị; trong lĩnh vực đầu tư được áp thuế như công dân (thấp hơn so với mức thuế áp dụng cho người nước ngoài); được thực hiện quyền bầu cử, ứng cử; thực hiện nghĩa vụ đóng thuế thu nhập cá nhân...

Đối với người không quốc tịch thì việc được gia nhập quốc tịch của một quốc gia tức là họ đã được hưởng một trong các quyền cơ bản của con người và nâng cao địa vị pháp lý của họ so với một bộ phận dân cư khác.

Đối với quốc gia, việc quy định các điều kiện để người nước ngoài gia nhập quốc tịch của mình chính là việc quốc gia đang thực hiện chủ quyền đối với dân cư, mặt khác, đó cũng là việc thực hiện các cam kết quốc tế liên quan đến quyền con người. Việc cho phép người nước ngoài nhập quốc tịch cũng là một trong những chính sách để quốc gia thu hút nhân lực để phát triển đất nước đa dạng về kinh tế, văn hóa, xã hội...

2. Quy định của pháp luật Việt Nam về việc gia nhập quốc tịch đối với người nước ngoài

2.1 Quyền có quốc tịch theo quy định của pháp luật Việt Nam

Quyền có quốc tịch là một trong những quyền nhân thân cơ bản của mỗi cá nhân ở Việt Nam, đồng thời cũng là nguyên tắc nền tảng trong quá trình xây dựng pháp luật quốc tịch của Việt Nam. Hiến pháp năm 2013 ghi nhận: “Ở nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, các quyền con người, quyền công dân về chính trị, dân sự, kinh tế, văn hóa, xã hội được công nhận, tôn trọng, bảo vệ, bảo đảm theo Hiến pháp và pháp luật”³. Dẫn chiếu đến quy định về quyền dân sự của cá nhân, Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2005 quy định: “Cá nhân có quyền có quốc tịch”⁴.

Luật Quốc tịch năm 1988 và Luật Quốc

tịch năm 1998 đều ghi nhận quyền có quốc tịch tại Điều 1. Đây là một quy định thể hiện sự bình đẳng, đồng thời giúp hoàn thiện và bổ sung thêm cho chính sách đại đoàn kết dân tộc. Đến Luật Quốc tịch năm 2008, nội dung của quyền này được quy định như sau: “Ở nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, mỗi cá nhân đều có quyền có quốc tịch. Công dân Việt Nam không bị tước quốc tịch Việt Nam, trừ trường hợp quy định tại Điều 31 của Luật này. Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là Nhà nước thống nhất của các dân tộc cùng sinh sống trên lãnh thổ Việt Nam, mọi thành viên của các dân tộc đều bình đẳng về quyền có quốc tịch Việt Nam”⁵. Ở đây, cần lưu ý rằng, trong Hiến pháp cũng như các văn bản pháp luật khác, chúng ta đều ghi nhận là “cá nhân” có quyền có quốc tịch Việt Nam, điều này có nghĩa rằng, quốc tịch Việt Nam không chỉ được xác lập cho công dân (theo các cách hưởng truyền thống) mà cả cho người nước ngoài.

Quốc tịch Việt Nam của một người được xác định ngay từ khi sinh ra theo nguyên tắc huyết thống hoặc nguyên tắc nơi sinh (được sinh ra/tìm thấy) trên lãnh thổ Việt Nam. Bên cạnh đó, Nhà nước ta cũng đã triển khai và thực hiện rất nhiều chính sách nhằm đảm bảo quyền có quốc tịch cũng như sự bình đẳng trong vấn đề ghi nhận, thực hiện quyền này của mỗi cá nhân như: cho phép gia nhập quốc tịch Việt Nam, giữ quốc tịch của vợ/chồng khi quốc tịch của người kia thay đổi... Với việc ban hành, thực hiện quy định này, Việt Nam khẳng định và đảm bảo quyền có quốc tịch của mỗi cá nhân.

Trên cơ sở quyền được có quốc tịch Việt Nam, việc người nước ngoài muốn gia nhập quốc tịch Việt Nam là một nhu cầu hoàn toàn chính đáng và hợp lý. Gia nhập quốc

³ Khoản 1 Điều 14 Hiến pháp năm 2013.

⁴ Điều 45 BLDS năm 2005. Trong BLDS (sửa đổi) năm 2015, quyền có quốc tịch được ghi nhận tại Điều 31 và đây là một trong những quyền nhân thân mà bất kỳ cá nhân nào cũng được hưởng.

⁵ Điều 2 Luật Quốc tịch năm 2008.

tịch Việt Nam là việc Việt Nam cấp quốc tịch của mình cho người nước ngoài trên cơ sở đơn xin gia nhập quốc tịch của người đó. Việc gia nhập quốc tịch này phải được thực hiện trên cơ sở ý chí tự nguyện của đương sự, thể hiện qua đơn xin gia nhập quốc tịch.

Việt Nam luôn thừa nhận và khẳng định quyền của người nước ngoài được gia nhập quốc tịch Việt Nam, đồng thời pháp luật cũng đã điều chỉnh vấn đề này từ khá sớm và đặt ra các quy định liên quan đến việc người nước ngoài muốn gia nhập quốc tịch Việt Nam, gồm các điều kiện để gia nhập quốc tịch, thẩm quyền cho phép gia nhập quốc tịch và các thủ tục hành chính để gia nhập quốc tịch Việt Nam. Các quy định cụ thể này đã giúp chúng ta triển khai thực hiện các quyền này trên thực tế.

2.2 Gia nhập quốc tịch Việt Nam đối với người nước ngoài

a) Điều kiện gia nhập quốc tịch Việt Nam

Quy định về điều kiện gia nhập quốc tịch Việt Nam đã sớm được ghi nhận trong các văn bản pháp luật về quốc tịch của nước ta. Văn bản đầu tiên quy định về việc cho phép người nước ngoài gia nhập quốc tịch Việt Nam là Sắc lệnh số 73/SL ngày 7/12/1945 của Chủ tịch nước quy định về điều kiện người ngoại quốc xin gia nhập quốc tịch Việt Nam. Trong văn bản này, người nước ngoài muốn nhập quốc tịch Việt Nam phải đảm bảo những điều kiện sau: đủ 18 tuổi, đã ở 10 năm trên đất nước Việt

Nam, có trú quán nhất định trong nước Việt Nam, biết nói tiếng Việt Nam, có hạnh kiểm tốt, nếu có vợ chồng là người ngoại quốc thì phải được người vợ hay chồng thỏa thuận cho nhập quốc tịch Việt Nam⁶. Trải qua các thời kỳ, điều kiện đối với người nước ngoài khi muốn gia nhập quốc tịch Việt Nam vẫn luôn được ghi nhận trong các văn bản pháp luật quốc tịch và cũng có sự thay đổi để phù hợp với sự phát triển của xã hội, cụ thể là trong Luật Quốc tịch năm 1988 (Điều 7)⁷, Luật Quốc tịch năm 1998 (Điều 20) và Luật Quốc tịch năm 2008 (Điều 19). Những điều kiện này tập trung vào một số nội dung sau:

- Độ tuổi;
- Thời gian sinh sống trên lãnh thổ Việt Nam;
- Ngôn ngữ, khả năng hòa nhập với cộng đồng Việt Nam;
- Điều kiện về tư tưởng chính trị của người xin nhập quốc tịch;
- Điều kiện về khả năng đảm bảo cuộc sống tại Việt Nam.

Xuất phát từ hoàn cảnh chính trị, kinh tế, xã hội mà các điều kiện này khác nhau trong mỗi thời kỳ, nhưng tựu trung lại, cho đến nay các điều kiện để gia nhập quốc tịch Việt Nam theo quy định của Luật Quốc tịch năm 2008 về căn bản là phù hợp với xu hướng chung của các quốc gia và bối cảnh hội nhập quốc tế, thậm chí một số điều kiện của chúng ta còn dễ dàng hơn và tạo điều kiện hơn cho người nước ngoài khi xin gia nhập quốc tịch Việt Nam⁸.

6 Điều 1 Sắc lệnh số 73/SL ngày 7/12/1945 quy định về điều kiện người ngoại quốc xin gia nhập quốc tịch Việt Nam.

7 Thời kỳ này (1988 - 1998) quy định là "vào quốc tịch Việt Nam".

8 Luật Quốc tịch của Lào quy định về các điều kiện gia nhập quốc tịch Lào: từ đủ 18 tuổi trở lên; có khả năng nói, đọc và viết tiếng Lào; hiểu biết, tôn trọng các truyền thống văn hóa của Lào; có sức khỏe tốt; không đang bị truy cứu trách nhiệm bởi các Tòa án; đồng ý từ bỏ quốc tịch gốc và có hộ khẩu thường trú tại Lào liên tục trong 10 năm trước khi xin gia nhập quốc tịch Lào.

(nguồn: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b4f014.html>)

Luật Quốc tịch Nhật Bản quy định các điều kiện gia nhập quốc tịch Nhật Bản: cư trú tại Nhật Bản ít nhất là 5 năm; 20 tuổi trở lên và có đủ năng lực pháp luật; có đạo đức, liêm khiết; có khả năng đảm bảo cuộc sống bằng chính tài sản của mình; từ bỏ quốc tịch gốc; không ủng hộ hoặc thuộc về một đảng phái hay tổ chức chính trị nào có chủ trương lật đổ Chính phủ Nhật Bản, Hiến pháp Nhật Bản.

(nguồn: <http://www.moj.go.jp/ENGLISH/information/tnl-01.html>)

Thứ nhất, về độ tuổi, người muốn xin nhập quốc tịch phải đạt một độ tuổi nhất định. Đây là điều kiện tiên quyết, vì việc gia nhập quốc tịch phải được thực hiện trên cơ sở ý chí, tự nguyện của người muốn gia nhập, thông qua đơn xin gia nhập quốc tịch. Do đó, người nước ngoài muốn gia nhập quốc tịch Việt Nam phải xuất phát từ sự tự nguyện và có khả năng chịu trách nhiệm đối với hành vi của mình. Theo quy định của Luật Quốc tịch năm 2008, người nước ngoài muốn gia nhập quốc tịch Việt Nam thì phải “có năng lực hành vi dân sự đầy đủ theo quy định của pháp luật Việt Nam”⁹. Dẫn chiếu đến quy định của BLDS năm 2005, có thể thấy người có năng lực hành vi dân sự đầy đủ phải là người từ đủ 18 tuổi trở lên và không bị mất hoặc hạn chế năng lực hành vi dân sự¹⁰. Quy định này của Luật Quốc tịch năm 2008 có sự kế thừa từ Luật Quốc tịch năm 1998 và chặt chẽ, đầy đủ hơn so với quy định của Luật Quốc tịch năm 1988 (chỉ quy định về độ tuổi của người muốn nhập quốc tịch là đủ 18 tuổi). Quy định như vậy sẽ nhằm hạn chế được tình trạng có những người đạt đủ điều kiện về độ tuổi nhưng chưa đủ năng lực hành vi dân sự (như bị thiếu năng lực trí tuệ...). Những trường hợp này nếu gia nhập quốc tịch Việt Nam sẽ trở thành một gánh nặng cho cộng đồng và nhà nước. Tuy nhiên, điều kiện này chưa phù hợp với một số tình trạng trên thực tế là con cái nhập quốc tịch Việt Nam theo cha mẹ.

Thứ hai, người muốn nhập quốc tịch Việt Nam phải có một thời gian thường trú nhất định trên lãnh thổ Việt Nam. Qua các thời kỳ, pháp luật quốc tịch nước ta đều có quy định về thời gian sinh sống của người muốn gia nhập quốc tịch Việt Nam và những

quy định này càng ngày càng cụ thể hơn. Luật Quốc tịch năm 1998 quy định người nước ngoài muốn gia nhập quốc tịch Việt Nam thì phải đã “cư trú” ở Việt Nam ít nhất là 5 năm¹¹. Đến Luật Quốc tịch năm 1998, thời gian này vẫn là 5 năm, nhưng sửa đổi thành “thường trú”¹² và hiện nay, theo quy định của Luật Quốc tịch năm 2008, họ phải “đã thường trú ở Việt Nam 5 năm trở lên tính đến thời điểm xin gia nhập quốc tịch Việt Nam”¹³. Cụ thể hơn, Nghị định số 78/2009/NĐ-CP của Chính phủ ngày 22/9/2009 Quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Quốc tịch Việt Nam (Nghị định số 78/2009/NĐ-CP) quy định: “Người xin nhập quốc tịch Việt Nam theo quy định tại khoản 1 và khoản 2 Điều 19 Luật Quốc tịch Việt Nam phải là người đang thường trú tại Việt Nam và được cơ quan công an có thẩm quyền của Việt Nam cấp thẻ thường trú. Thời gian thường trú tại Việt Nam của người xin nhập quốc tịch Việt Nam được tính từ ngày người đó được cấp thẻ thường trú”¹⁴. Như vậy, điều kiện quy định về thời gian đối với người nước ngoài muốn nhập quốc tịch Việt Nam có nghĩa là người này vẫn đang thường trú tại Việt Nam, phải có thẻ thường trú do cơ quan công an có thẩm quyền của Việt Nam cấp và mốc thời gian 5 năm tính từ thời điểm người này được cấp thẻ thường trú đến thời điểm xin nhập quốc tịch.

Tùy từng thời kỳ mà có quy định khác nhau về thời gian “cư trú” hoặc “thường trú”. Theo Đại từ điển Tiếng Việt (do Bộ Giáo dục và Đào tạo và Trung tâm ngôn ngữ và văn hóa Việt Nam biên soạn) thì cư trú có nghĩa là ở, sinh sống tại một nơi nào đó; còn thường trú là sinh sống thường xuyên,

9 Điểm a khoản 1 Điều 19 Luật Quốc tịch Việt Nam năm 2008.

10 Theo quy định tại Điều 19 BLDS năm 2005. Trong BLDS 2015, quy định này được ghi nhận tại Điều 20 và không có gì thay đổi về nội dung.

11 Điểm c khoản 1 Điều 7 Luật Quốc tịch năm 1988.

12 Điểm d khoản 1 Điều 20 Luật Quốc tịch năm 1998.

13 Điểm d khoản 1 Điều 19 Luật Quốc tịch năm 2008.

14 Khoản 2 Điều 5 Nghị định số 78/2009/NĐ-CP.

lâu dài tại một nơi. Như vậy, cư trú có thể tính là thời gian thường trú hoặc là cộng tổng các thời gian tạm trú. Chính vì sự giải thích khác nhau đó nên dẫn đến việc khó áp dụng trên thực tế. Hiện nay, hầu hết pháp luật các quốc gia trên thế giới đều sử dụng thuật ngữ “thường trú”, điều này có thể được hiểu là người nước ngoài muốn xin gia nhập quốc tịch của một quốc gia thì phải có thời gian sinh sống ổn định, lâu dài và thường xuyên trên lãnh thổ quốc gia đó. Quy định này nhằm đảm bảo việc thông qua thời gian thường trú đó, người nước ngoài có cơ hội để trải nghiệm cuộc sống tại quốc gia xin gia nhập, tìm hiểu về cuộc sống, con người của đất nước đó và họ thấy phù hợp với cuộc sống này. Quy định này cũng là để đảm bảo về sự ổn định, gắn bó về dân cư, đồng thời cũng giúp các cơ quan có thẩm quyền dễ dàng hơn trong việc quản lý hộ tịch. Pháp luật quốc tịch Việt Nam quy định thời gian thường trú đối với người nước ngoài là năm năm về cơ bản là phù hợp và cũng tương tự quy định của hầu hết pháp luật các quốc gia khác.

Đối với trường hợp “người không quốc tịch mà không có đầy đủ các giấy tờ về nhân thân, nhưng đã cư trú ổn định trên lãnh thổ Việt Nam từ 20 năm trở lên tính đến ngày Luật này (Luật Quốc tịch) có hiệu lực và tuân thủ Hiến pháp, pháp luật Việt Nam thì được nhập quốc tịch Việt Nam theo trình tự, thủ tục và hồ sơ do Chính phủ quy định”¹⁵. Như vậy, với trường hợp người không quốc tịch muốn gia nhập quốc tịch Việt Nam thì sẽ phải chứng minh thời gian sinh sống này (20 năm tính đến ngày 01/07/2009 - ngày Luật Quốc tịch có hiệu lực) thông qua các giấy tờ do cơ quan nhà nước có thẩm quyền của Việt Nam cấp cho họ. Quy định này nhằm tạo điều kiện cho người không quốc

tịch nhập quốc tịch Việt Nam đồng thời hạn chế bớt tình trạng người không quốc tịch.

Thứ ba, về khả năng ngôn ngữ và khả năng hòa nhập với cộng đồng Việt Nam. Luật Quốc tịch năm 2008 quy định, người muốn gia nhập quốc tịch Việt Nam thì phải “biết tiếng Việt đủ để hòa nhập vào cộng đồng Việt Nam”¹⁶. Cụ thể hơn cho quy định này, Nghị định số 78/2009/NĐ-CP giải thích “biết tiếng Việt đủ để hòa nhập vào cộng đồng Việt Nam của người xin nhập quốc tịch Việt Nam được đánh giá trên cơ sở khả năng giao tiếp bằng tiếng Việt với công dân Việt Nam trong cuộc sống, phù hợp với môi trường sống và làm việc của người đó”¹⁷, theo đó, họ phải có giấy tờ chứng minh trình độ tiếng Việt (gồm các loại sau: bản sao bằng tốt nghiệp sau đại học, đại học, cao đẳng, trung học chuyên nghiệp, trung học phổ thông hoặc trung học cơ sở của Việt Nam; bản sao văn bằng hoặc chứng chỉ chứng nhận trình độ tiếng Việt do cơ sở đào tạo tiếng Việt của Việt Nam cấp). Trong trường hợp nếu người xin gia nhập quốc tịch Việt Nam khai báo viết tiếng Việt đủ để hòa nhập nhưng lại không có các giấy tờ chứng minh trên thì Sở Tư pháp tổ chức phỏng vấn trực tiếp để kiểm tra trình độ tiếng Việt của người đó theo hướng dẫn của Bộ Tư pháp¹⁸. Quy định về việc biết tiếng Việt ở mức độ nhất định này nhằm đảm bảo người muốn nhập tịch Việt Nam có khả năng để hiểu về lịch sử, văn hóa, xã hội của nước ta và có khả năng hòa nhập được với cuộc sống của cộng đồng dân cư Việt Nam. Quy định này cũng đã được nói lỏng hơn thông qua việc chúng ta chấp nhận thực hiện phỏng vấn, vì đa phần họ có thể giao tiếp tốt bằng tiếng Việt nhưng khả năng viết còn chưa tốt. Điều này giúp tạo điều kiện hơn cho người nước ngoài khi xin gia nhập quốc tịch Việt Nam.

15 Điều 22 Luật Quốc tịch năm 2008.

16 Điểm c Khoản 1 Điều 19 Luật Quốc tịch năm 2008.

17 Khoản 1 Điều 5 Nghị định số 78/2009/NĐ-CP.

18 Xem thêm tại: http://moj.gov.vn/tthc/Lists/ThutuchanhChinh/View_Detail.aspx?ItemID=483.

Thứ tư, điều kiện về tư tưởng chính trị của người muốn gia nhập quốc tịch Việt Nam. Đó là, “tuân thủ Hiến pháp và pháp luật Việt Nam, tôn trọng truyền thống, phong tục, tập quán của dân tộc Việt Nam”¹⁹. Bên cạnh các điều kiện về nhân thân thì điều kiện về tư tưởng chính trị cũng rất quan trọng. Khi đặt ra điều kiện này, chúng ta muốn hạn chế tình trạng người nhập quốc tịch làm phương hại tới chủ quyền, an ninh, trật tự xã hội của nước ta. Đây là một quy định hợp lý, vì đất nước chúng ta có truyền thống văn hóa lâu đời, các phong tục tập quán cần được trân trọng, bảo vệ, gìn giữ và phát triển qua các thế hệ. Tuy nhiên, những quy định của Luật Quốc tịch Việt Nam năm 2008 còn khá chung chung, chưa có sự giải thích cụ thể, rõ ràng.

Thứ năm, về điều kiện đảm bảo cuộc sống tại Việt Nam. Người nước ngoài muốn gia nhập quốc tịch Việt Nam thì phải “có khả năng đảm bảo cuộc sống tại Việt Nam”²⁰ và khả năng này được “chứng minh bằng tài sản, nguồn thu nhập hợp pháp của người đó hoặc sự bảo lãnh của tổ chức, cá nhân tại Việt Nam”²¹. Quy định này nhằm loại trừ tình trạng người không quốc tịch sẽ trở thành gánh nặng về tài chính, phúc lợi xã hội cho Nhà nước Việt Nam và người đó sẽ dễ hòa nhập với cộng đồng dân cư Việt Nam hơn khi tự bản thân họ có thể đảm bảo được cuộc sống của mình tại Việt Nam.

Bên cạnh đó, khi gia nhập quốc tịch Việt Nam thì người nước ngoài phải xin thôi quốc tịch nước ngoài (trừ trường hợp quy định tại khoản 2 Điều 19 Luật Quốc tịch năm 2008 hoặc trường hợp đặc biệt được Chủ tịch nước cho phép). Quy định này thể hiện nguyên tắc một quốc tịch mềm dẻo mà

Việt Nam ghi nhận, đồng thời cũng nhằm hạn chế tình trạng người hai hay nhiều quốc tịch, đảm bảo cho việc quản lý nhà nước về dân cư. Ngoài ra, người nước ngoài khi gia nhập quốc tịch Việt Nam phải có tên Việt Nam và tên gọi này sẽ được ghi trong quyết định nhập quốc tịch. Đây là một quy định tiến bộ và phù hợp, vì khi có tên Việt Nam thì sẽ giúp những người nước ngoài đến từ các quốc gia không sử dụng hệ chữ Latin mà sử dụng hệ chữ tượng hình như Hàn Quốc, Trung Quốc, Nhật Bản, Ấn Độ, Ả Rập... giảm bớt những khó khăn trong các công việc hành chính liên quan đến giấy tờ tùy thân của họ, đồng thời họ cũng dễ dàng hơn trong việc hòa nhập cộng đồng.

Trên đây là những điều kiện cơ bản mà người nước ngoài muốn gia nhập quốc tịch Việt Nam phải đáp ứng đầy đủ (có một số trường hợp được giảm điều kiện sẽ trình bày ở phần sau). Về căn bản, các điều kiện này là khá chặt chẽ, phù hợp với đặc thù của Việt Nam nhưng cũng đảm bảo phù hợp với quy định của pháp luật quốc tế như Tuyên ngôn quốc tế về Quyền con người năm 1948, Công ước của LHQ về các Quyền dân sự, chính trị năm 1966... Về phía Nhà nước, những điều kiện này có ý nghĩa đảm bảo Hiến pháp, tôn trọng phong tục tập quán của Việt Nam, đồng thời cũng đảm bảo những người nước ngoài muốn gia nhập quốc tịch Việt Nam sẽ không trở thành gánh nặng cho xã hội, nhà nước. Về phía bản thân người xin gia nhập quốc tịch Việt Nam, những điều kiện này cũng sẽ giúp đỡ cho họ có thể nhanh chóng hòa nhập được với cộng đồng dân cư Việt Nam cả về văn hóa, ngôn ngữ, cuộc sống và giúp họ có thể thực hiện đầy đủ quyền và nghĩa vụ của mình khi trở thành công dân thực sự của Việt Nam²².

19 Điểm b khoản 1 Điều 19 Luật Quốc tịch năm 2008.

20 Điểm d khoản 1 Điều 19 Luật Quốc tịch năm 2008.

21 Khoản 3 Điều 5 Nghị định 78/2009/NĐ-CP.

22 Tham khảo: Lê Thị Anh Đào, *Điểm mới của Luật Quốc tịch năm 2008 về vấn đề gia nhập quốc tịch Việt Nam*, Tạp chí Luật học số 6/2009, tr. 40-47.

b) Các trường hợp được giảm điều kiện gia nhập quốc tịch Việt Nam

Về nguyên tắc, người nước ngoài khi muốn gia nhập quốc tịch Việt Nam cần phải đáp ứng các điều kiện đã phân tích ở trên. Tuy nhiên, trong một số trường hợp đặc biệt, họ có thể được giảm các điều kiện này.

Các trường hợp này cũng có sự thay đổi qua từng thời kỳ của pháp luật quốc tịch Việt Nam. Sắc lệnh số 215/SL ngày 20/8/1948 của Chủ tịch nước ấn định những quyền lợi đặc biệt cho những người ngoại quốc giúp cho cuộc kháng chiến Việt Nam, những người ngoại quốc có công với cách mạng Việt Nam được hưởng những ưu đãi đặc biệt khi tòng quân, làm việc trong công sở, khi nhập quốc tịch Việt Nam... Những người này khi xin gia nhập quốc tịch Việt Nam sẽ được miễn giảm điều kiện về thời gian sinh sống (vẫn phải đảm bảo điều kiện về độ tuổi, có hạnh kiểm tốt, có nơi thường trú trên lãnh thổ Việt Nam...). Quy định này được ghi nhận xuyên suốt trong pháp luật quốc tịch Việt Nam thời kỳ đầu (Luật Quốc tịch năm 1988 vẫn tiếp tục kế thừa), thể hiện sự trân trọng của Nhà nước ta với người ngoại quốc có công với các cuộc cách mạng của Việt Nam.

Đến Luật Quốc tịch năm 1998, những nhóm người được miễn giảm các điều kiện này đã khác so với thời kỳ đầu, điều kiện miễn giảm cũng được tăng thêm, cụ thể: công dân nước ngoài và người không quốc tịch có thể được nhập quốc tịch Việt Nam mà không phải có đủ các điều kiện về thời gian sinh sống, khả năng tiếng Việt và khả năng đảm bảo cuộc sống tại Việt Nam nếu thuộc một trong ba trường hợp: là vợ, chồng, con, cha hoặc mẹ của công dân Việt Nam; có công lao đóng góp cho sự nghiệp xây dựng và bảo vệ Tổ quốc Việt Nam; có lợi cho Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam²³. Những trường hợp này tiếp tục được

ghi nhận tại khoản 2 Điều 19 Luật Quốc tịch năm 2008. Tuy nhiên, so với thời kỳ trước, Luật Quốc tịch năm 2008 đã có quy định cụ thể hơn, giới hạn trường hợp đầu tiên, người muốn nhập quốc tịch phải là con đẻ, cha đẻ hoặc mẹ đẻ của công dân Việt Nam thì mới được hưởng sự miễn giảm điều kiện này (thời kỳ những năm 90, chúng ta chấp nhận cả trường hợp miễn giảm đối với người nước ngoài là con nuôi, cha nuôi, mẹ nuôi của công dân Việt Nam). Bên cạnh đó, Nghị định 78/2009/NĐ-CP cũng có giải thích cụ thể hơn tại Điều 6 cho hai trường hợp còn lại: (1) người có công lao đặc biệt đóng góp cho sự nghiệp xây dựng và bảo vệ Tổ quốc Việt Nam phải là người được tặng thưởng Huân chương, Huy chương, danh hiệu cao quý khác của Nhà nước Việt Nam dân chủ cộng hòa, Chính phủ Cách mạng lâm thời Cộng hòa miền Nam Việt Nam, Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam hoặc được cơ quan, tổ chức có thẩm quyền của Việt Nam xác nhận về công lao đặc biệt đó; (2) Người mà việc nhập quốc tịch Việt Nam của họ có lợi cho Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam phải là người có tài năng trong các lĩnh vực khoa học, kinh tế, văn hóa, xã hội, nghệ thuật, thể thao, được cơ quan, tổ chức nơi người đó làm việc chứng nhận và cơ quan quản lý nhà nước cấp bộ hoặc Ủy ban nhân dân (UBND) cấp tỉnh xác nhận việc nhập quốc tịch của họ sẽ đóng góp cho sự phát triển trong các lĩnh vực nói trên của Việt Nam. Cũng chỉ những đối tượng này, trong trường hợp đặc biệt, khi được Chủ tịch nước cho phép mới được giữ quốc tịch nước ngoài khi nhập quốc tịch Việt Nam, các trường hợp còn lại đều phải xin thôi quốc tịch nước ngoài.

Quy định miễn giảm một số điều kiện khi người nước ngoài nhập quốc tịch Việt Nam đồng thời cho phép họ được giữ quốc tịch nước ngoài trong một số trường hợp cho

23 Khoản 2 Điều 20 Luật Quốc tịch năm 1998.

thấy, chúng ta vẫn vận dụng nguyên tắc một quốc tịch mềm dẻo, nhưng cũng vẫn tạo cơ hội để những người có quan hệ gần gũi với công dân Việt Nam được nhập quốc tịch Việt Nam; khuyến khích, động viên những người có công lao đóng góp cho Nhà nước Việt Nam, cũng như tạo điều kiện thuận lợi để thu hút những người có tinh thần, tâm huyết, tài năng nhập quốc tịch Việt Nam nhằm cống hiến cho sự nghiệp xây dựng đất nước Việt Nam²⁴.

3. Thẩm quyền cho phép và thủ tục gia nhập quốc tịch Việt Nam đối với người nước ngoài

Theo quy định của Luật Quốc tịch năm 2008, Chủ tịch nước là người có thẩm quyền xem xét và quyết định đối với các trường hợp người nước ngoài xin gia nhập quốc tịch Việt Nam. Đồng thời Chủ tịch nước cũng quyết định những trường hợp đặc biệt mà người nước ngoài khi gia nhập quốc tịch Việt Nam nhưng vẫn được giữ quốc tịch nước ngoài.

Về hồ sơ, thủ tục gia nhập quốc tịch Việt Nam đã được Luật Quốc tịch năm 2008 quy định cụ thể tại Điều 20, 21, theo đó, hồ sơ gia nhập quốc tịch bao gồm: đơn xin gia nhập quốc tịch Việt Nam; bản sao giấy khai sinh, hộ chiếu hoặc giấy tờ khác có giá trị thay thế; bản khai lý lịch; phiếu lý lịch tư pháp; giấy tờ chứng minh trình độ tiếng Việt; giấy tờ chứng minh bảo đảm cuộc sống ở Việt Nam. Những người nước ngoài được miễn giảm điều kiện nào thì sẽ được miễn giảm những giấy tờ chứng minh tương ứng. Sau đó họ nộp ba bộ hồ sơ tại Sở Tư pháp nơi đang cư trú. Sở Tư pháp tiến hành thẩm

tra hồ sơ rồi trình Chủ tịch UBND cấp tỉnh. Chủ tịch UBND cấp tỉnh xem xét và đề xuất gửi Bộ Tư pháp. Bộ Tư pháp xem xét hồ sơ và đề xuất của Chủ tịch UBND cấp tỉnh, sau đó báo cáo Thủ tướng Chính phủ trình Chủ tịch nước xem xét và quyết định²⁵.

Trình tự, thủ tục này được quy định rõ ràng trong Luật Quốc tịch 2008, đồng thời Bộ Tư pháp cũng đã có những hướng dẫn cụ thể, tạo điều kiện để người nước ngoài có thể thực hiện các thủ tục này một cách thuận lợi và đơn giản hơn.

4. Người nước ngoài gia nhập quốc tịch Việt Nam và những vấn đề cần quan tâm

Theo báo cáo của Cục Hộ tịch, quốc tịch, chứng thực - Bộ Tư pháp, từ năm 1991 đến năm 2014, Việt Nam đã giải quyết và cho phép nhập quốc tịch Việt Nam với 4.422 trường hợp. Riêng trong năm 2015, tính đến ngày 31/10/2015, Cục Hộ tịch, quốc tịch, chứng thực đã tiếp nhận và giải quyết 4.744 hồ sơ, trong đó có 14 hồ sơ xin nhập quốc tịch. Trong năm 2010, Việt Nam đã giải quyết cho hơn 300 người nhập quốc tịch Việt Nam, trong đó, có gần 300 trường hợp là người Campuchia đang sinh sống tại các tỉnh thành phía Nam (thành phố Hồ Chí Minh, Bình Dương, Đắk Lắk, An Giang, Sóc Trăng, Tây Ninh...) được nhập quốc tịch Việt Nam²⁶. Con số này trong năm 2011 tăng lên gần 1.000 người và đa phần vẫn là những người sống ở khu vực miền Nam và các tỉnh thành giáp biên giới giữa Việt Nam và Campuchia²⁷. Ngoài ra, có rất nhiều trường hợp là công dân của Hàn Quốc, Trung Quốc, Séc, Ghana... khi đáp ứng đầy

24 Lê Thị Anh Đào, *Điểm mới của Luật Quốc tịch năm 2008 về vấn đề gia nhập quốc tịch Việt Nam*, *tidd*.

25 Xem thêm trình tự, thủ tục cho người nước ngoài xin nhập quốc tịch Việt Nam tại:

http://moj.gov.vn/tthc/Lists/ThutuchanhChinh/View_Detail.aspx?ItemID=483; <http://www.sotuphap.hochiminhcity.gov.vn/tthc/lists/posts/post.aspx?Source=%2Ftthc&Category=Qu%E1%BB%91c+T%E1%BB%8Bch&ItemID=82&Mode=1>;

<http://www.luatdongdo.com/details/nguoi-nuoc-ngoai-muon-nhap-quoc-tich-viet-nam-can-dieu-kien-gi>

26 Xem Quyết định số 559/QĐ-CTN ngày 07/05/2010 của Chủ tịch nước Cộng hòa XHCN Việt Nam.

Nguồn <http://moj.gov.vn/Pages/nhapquoctich.aspx>

27 Xem Quyết định số 296/QĐ-CTN ngày 09/3/2011 của Chủ tịch nước Cộng hòa XHCN Việt Nam.

Nguồn <http://moj.gov.vn/Pages/nhapquoctich.aspx>.

đủ các điều kiện cũng đã được Nhà nước ta xem xét và cho phép nhập quốc tịch Việt Nam. Tuy nhiên, hiện nay có thể thấy, hai nhóm người nước ngoài được Nhà nước ta cho phép nhập quốc tịch và tạo điều kiện tối đa khi gia nhập quốc tịch chính là người Lào và người Campuchia sinh sống ở khu vực biên giới với Việt Nam.

Từ những năm 90 trở lại đây, số lượng Việt kiều từ Campuchia trở về sinh sống tại các tỉnh thành phía Nam là rất lớn, trong khi đó họ lại không có các giấy tờ tùy thân để xác định quốc tịch làm cho công tác quản lý của cơ quan nhà nước gặp không ít khó khăn, phức tạp trong khoảng thời gian dài, đồng thời ảnh hưởng trực tiếp đến quyền và lợi ích hợp pháp của bản thân những người này cũng như của cả gia đình họ. Đồng thời, một bộ phận lớn người gốc Việt sang Campuchia sinh sống, không còn giấy tờ tùy thân, nhưng cũng chưa được nhập quốc tịch Campuchia, do đó con cái của họ cũng không thể có quốc tịch Campuchia, cũng không được xác định mang quốc tịch Việt Nam. Trước tình hình này, để giúp đỡ người dân sớm ổn định tình hình sinh sống cũng như để đảm bảo công tác quản lý nhà nước, ổn định tình hình an ninh chính trị tại các địa phương, từ năm 2005, Bộ Tư pháp đã phối hợp với Bộ Công an, Bộ Ngoại giao chỉ đạo các tỉnh, thành phố rà soát, lập danh sách và tiến hành giải quyết vấn đề hộ tịch cho các trường hợp này. Đối với những trường hợp Việt kiều Campuchia về Việt Nam sinh sống, chúng ta đã giải quyết cho họ đăng ký hộ tịch, qua đó xác định quốc tịch Việt Nam. Đối với những người gốc Việt sinh sống tại Campuchia, nếu muốn quay trở lại Việt Nam và nhập quốc tịch Việt Nam thì chúng ta đã hết sức tạo điều kiện (miễn giảm một số điều kiện quy định tại Điều 19 Luật Quốc tịch 2008, miễn giảm lệ phí nhập quốc tịch...) để họ có thể được nhập quốc tịch Việt Nam.

Lào là một quốc gia láng giềng với Việt Nam, tiếp giáp với Việt Nam qua 10 tỉnh và thành phố, do đó số lượng người Lào di cư sang các huyện, thành phố của Việt Nam là tương đối lớn và không ít trong số đó có nhu cầu gia nhập quốc tịch Việt Nam. Nhận thức được thực trạng này, Bộ Tư pháp đã ban hành Thông tư số 03/2015/TT-BTP ngày 01/4/2015 Quy định điều kiện, trình tự, thủ tục gia nhập quốc tịch Việt Nam và đăng ký khai sinh, kết hôn cho người di cư tự do tại các huyện của Việt Nam tiếp giáp với Lào, theo đó, những người di cư tự do này khi nhập quốc tịch Việt Nam sẽ được tạo điều kiện tối đa (họ không cần phải đáp ứng các điều kiện về thời gian sinh sống, về ngôn ngữ... mà chỉ cần đáp ứng được các yêu cầu về năng lực hành vi dân sự cũng như yêu cầu về tư tưởng chính trị, về tư cách đạo đức²⁸... Những đối tượng này cũng được miễn giảm lệ phí khi xin gia nhập quốc tịch Việt Nam.

Ngoài hai nhóm đối tượng trên, Việt Nam cũng tạo điều kiện hơn cho những người khi gia nhập quốc tịch Việt Nam mà có lợi cho quốc gia trong một số lĩnh vực và hiện nay lĩnh vực có được nhiều người nước ngoài gia nhập quốc tịch nhất chính là thể thao, cụ thể là với bóng đá Việt Nam. Tính đến nay, đã có gần 20 cầu thủ nước ngoài được gia nhập quốc tịch Việt Nam và theo quy định tại khoản 2 Điều 19 Luật Quốc tịch năm 2008, những cầu thủ ngoại này đã được miễn giảm những điều kiện về ngôn ngữ hay thời gian sinh sống...

Có thể thấy rằng, những quy định của Việt Nam về điều kiện, thủ tục gia nhập quốc tịch Việt Nam đối với người nước ngoài về cơ bản là rõ ràng và tương đối phù hợp với pháp luật quốc tế cũng như pháp luật các quốc gia khác. Chúng ta hết sức tạo điều kiện để người nước ngoài gia nhập

28 Xem Điều 4 Thông tư số 03/2015/TT-BTP ngày 01/4/2015 của Bộ Tư pháp quy định điều kiện, trình tự, thủ tục gia nhập quốc tịch Việt Nam và đăng ký khai sinh, kết hôn cho người di cư tự do tại các huyện của Việt Nam tiếp giáp với Lào.

quốc tịch Việt Nam, giúp đỡ những người có mối liên hệ với Việt Nam hay những người có công với đất nước, có lợi ích cho quốc gia có thể gia nhập quốc tịch Việt Nam một cách thuận lợi hơn. Tuy nhiên, khi triển khai trên thực tế, nhận thấy còn tồn tại một số vấn đề mà chúng ta nên khắc phục như sau:

Thứ nhất, quy định về độ tuổi của người gia nhập quốc tịch phải là những người có đầy đủ năng lực hành vi dân sự (từ đủ 18 tuổi trở lên), tuy nhiên quy định này chưa phù hợp trong trường hợp con nhập quốc tịch theo cha mẹ. Do đó, nên có quy định riêng cụ thể hơn về độ tuổi trong trường hợp này.

Thứ hai, về quy định khả năng ngôn ngữ của người nước ngoài khi gia nhập quốc tịch Việt Nam. Trước đây chúng ta yêu cầu phải có giấy tờ chứng minh về khả năng sử dụng tiếng Việt, tuy nhiên hiện nay theo hướng dẫn của Bộ Tư pháp, chúng ta đã linh động hơn khi nếu họ không có giấy tờ để chứng minh thì có thể phỏng vấn trực tiếp để kiểm tra trình độ ngôn ngữ. Nhưng cũng cần lưu ý rằng, Việt Nam là một quốc gia đa dân tộc, các dân tộc có quyền dùng tiếng nói và chữ viết của mình, do đó, điều kiện về ngôn ngữ theo quy định của Luật Quốc tịch năm 2008 cần được hiểu theo nghĩa bao hàm cả tiếng của các dân tộc thiểu số nơi người xin nhập quốc tịch sinh sống (nhất là đối với trường hợp người Lào, Campuchia sinh sống ở khu vực biên giới xin nhập quốc tịch Việt Nam).

Thứ ba, về yêu cầu phải xin thôi quốc tịch nước ngoài khi nhập quốc tịch Việt Nam, đồng nghĩa rằng những người nước ngoài muốn xin nhập quốc tịch Việt Nam cần phải xuất trình được giấy chứng nhận thôi quốc tịch cũ của họ. Tuy nhiên, trên thực tế cho thấy, một số lượng lớn những người Lào và Campuchia sinh sống trên lãnh thổ Việt Nam lâu năm, họ tự nhận là người Lào và Campuchia nhưng lại không có bất kỳ giấy tờ nào để chứng minh nhân

thân của mình, do đó cơ quan có thẩm quyền của Lào và Campuchia không thể cấp cho họ Giấy chứng nhận thôi quốc tịch Lào/Campuchia. Trong trường hợp này, nếu chúng ta áp dụng triệt để nguyên tắc một quốc tịch thì rất khó khăn trong việc giải quyết nguyện vọng muốn nhập quốc tịch Việt Nam của những cư dân này. Vì vậy, chúng ta cần có sự linh hoạt hơn trong việc giải quyết những trường hợp trên.

Tóm lại, có thể thấy rằng, những quy định của pháp luật quốc tịch Việt Nam qua các thời kỳ về việc gia nhập quốc tịch của người nước ngoài là tương đối đầy đủ và phù hợp với yêu cầu của xã hội. Luật Quốc tịch năm 2008 cũng như các văn bản hướng dẫn thi hành đã cụ thể, chi tiết hóa các điều kiện, thủ tục để người nước ngoài gia nhập quốc tịch Việt Nam. Việc gia nhập quốc tịch Việt Nam là quyền của người nước ngoài, qua đó, họ chính thức trở thành những công dân Việt Nam thực sự, họ được hưởng đầy đủ quyền và nghĩa vụ như những công dân Việt Nam khác. Về phía Nhà nước, cho phép người nước ngoài nhập quốc tịch Việt Nam giúp chúng ta dễ dàng quản lý hơn về dân cư, hộ tịch. Đồng thời, việc quy định về gia nhập quốc tịch cũng khẳng định rõ ràng hơn về chính sách đại đoàn kết dân tộc của Đảng và Nhà nước Việt Nam, chúng ta không có sự phân biệt đối xử với những người nước ngoài có mong muốn gia nhập quốc tịch Việt Nam. Chúng ta luôn cố gắng hỗ trợ, tạo điều kiện để người nước ngoài, người không quốc tịch sinh sống trên lãnh thổ Việt Nam được gia nhập quốc tịch Việt Nam, để họ có thể hòa nhập vào cuộc sống của cộng đồng dân cư Việt Nam cũng như có cơ hội đóng góp cho sự phát triển của đất nước. Tuy nhiên, từ những quy định trong luật đến việc thực hiện trên thực tế vẫn còn một số hạn chế mà chúng ta cần khắc phục để phát huy tối đa hiệu quả của hoạt động gia nhập quốc tịch Việt Nam của người nước ngoài ■

NGUYÊN TẮC ĐỐI XỬ TỐI HUỆ QUỐC TRONG GATT 1994: TỪ QUY ĐỊNH ĐẾN THỰC TIỄN ÁP DỤNG

NGUYỄN VĂN PHÁI*
PHAN LÊ THU THỦY**

Là một trong những quy định quan trọng nhất trong thương mại hàng hóa quốc tế, đối xử tối huệ quốc được quy định ngay tại Điều I của GATT 1994¹ như sau: “Với mọi khoản thuế quan và khoản thu thuộc bất cứ loại nào nhằm vào hay có liên hệ tới nhập khẩu và xuất khẩu hoặc đánh vào các khoản chuyển khoản để thanh toán hàng xuất nhập khẩu, hay phương thức đánh thuế hoặc áp dụng phụ thu nêu trên, hay với mọi luật lệ hay thủ tục trong xuất nhập khẩu và liên quan tới mọi nội dung đã được nêu tại khoản 2 và khoản 4 của Điều III, mọi lợi thế, biệt đãi, đặc quyền hay quyền miễn trừ được bất kỳ bên ký kết nào dành cho bất cứ một sản phẩm có xuất xứ từ hay được giao tới bất kỳ một nước nào khác sẽ được áp dụng cho sản phẩm tương tự có xuất xứ từ hay giao tới mọi bên ký kết khác ngay lập tức và một

cách không điều kiện”².

Từ Điều I GATT, quy định về đối xử tối huệ quốc trong GATT có thể được hiểu như sau: mọi sự ưu đãi mà một quốc gia thành viên của WTO dành cho một quốc gia đối tác bất kỳ sẽ được áp dụng ngay lập tức và không điều kiện cho mọi quốc gia thành viên khác. Từ quy định trên, để xác định một biện pháp có vi phạm đối xử tối huệ quốc hay không, chúng ta có thể kiểm tra theo ba bước:

Biện pháp đang được điều tra có thuộc phạm vi điều chỉnh của Điều I GATT 1994 hay không?

Các hàng hóa đang được điều tra có phải là các “sản phẩm tương tự” hay không?

Ưu đãi đó có được trao cho tất cả các bên liên quan một cách ngay lập tức và vô điều kiện cho tất cả các hàng hóa nói trên hay không?³

* *ThS. Khoa Quan hệ Quốc tế, Đại học Khoa học Xã hội và Nhân văn, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh.*

** *Khoa Quan hệ Quốc tế, Đại học Khoa học Xã hội và Nhân văn, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh.*

1 *Hiệp định chung về Thuế quan và Thương mại năm 1994.*

2 *Bản dịch của Trung tâm WTO Việt Nam, nguồn: [http://www.trungtamwto.vn/sites/default/files/wto/5Hiep%20dinh%20chung%20ve%20thue%20quan%20va%20thuong%20mai%20\(GATT94\).doc](http://www.trungtamwto.vn/sites/default/files/wto/5Hiep%20dinh%20chung%20ve%20thue%20quan%20va%20thuong%20mai%20(GATT94).doc).*

3 *Peter Van den Bossche (2005), The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials, Cambridge University Press, pg. 312.*

1. Biện pháp đang được điều tra có thuộc phạm vi điều chỉnh của Điều I Hiệp định chung về Thuế quan và Thương mại năm 1999 hay không?

Để trả lời cho câu hỏi này, trước tiên chúng ta cần xác định phạm vi điều chỉnh của đối xử tối huệ quốc trong GATT. Phạm vi áp dụng của đối xử tối huệ quốc, theo như Điều I GATT, bao gồm ba nhóm biện pháp: (i) Thuế và các khoản thu; (ii) Phương pháp đánh thuế hoặc áp dụng phụ thu; (iii) Luật lệ và các thủ tục. Ngoài ra, tối huệ quốc còn điều chỉnh các biện pháp được quy định tại khoản 2 và khoản 4 Điều III GATT về đãi ngộ quốc gia mà cụ thể là các biện pháp về thuế và các khoản thu nội địa; luật pháp, quy tắc và các quy định tác động đến việc bán hàng, chào bán, mua, chuyên chở, phân phối hoặc sử dụng sản phẩm trên thị trường nội địa. Đây là một sự mở rộng cho quy định về đối xử tối huệ quốc. Nhờ vào sự mở rộng này, các hàng hóa nhập khẩu có thể tránh được sự phân biệt đối xử vi phạm tối huệ quốc không chỉ ở cửa khẩu biên giới mà còn trên thị trường nội địa.

Thuế và các khoản thu

Thuế và các khoản thu bao gồm các loại thuế nhập khẩu, thuế xuất khẩu, thuế bổ sung, phí lãnh sự, phụ thu nhập khẩu, các khoản thu thay đổi theo từng thời kỳ, thuế tiêu thụ, phí xuất khẩu, phí xử lý hàng hóa... Biện pháp về thuế và các khoản thu được xem là vi phạm đối xử tối huệ quốc khi có sự chênh lệch về mức thuế suất hoặc khoản thu áp dụng cho những sản phẩm tương tự nhau của các quốc gia nhập khẩu hoặc xuất khẩu, tạo nên sự phân biệt đối xử giữa hàng hóa nhập khẩu hoặc xuất khẩu với nhau.

Thuế bổ sung là các khoản thuế mà quốc gia A được đánh thêm vào hàng hóa nhập khẩu khi có sự bán phá giá hay trợ cấp

làm cho giá của hàng hóa đó quá thấp so với giá thông thường trên thị trường, gây khó khăn cho sự phát triển của ngành sản xuất sản phẩm nội địa tương tự hoặc khoản thuế áp dụng cho sản phẩm từ nước có sự phân biệt đối xử với hàng hóa nhập khẩu từ quốc gia A. Các khoản thuế bổ sung được áp dụng với các mức độ khác nhau (trừ nguyên nhân áp các mức thuế khác nhau là do mức độ bán phá giá hoặc trợ cấp khác nhau) cũng sẽ gây ảnh hưởng đến giá bán và ảnh hưởng đến tính cạnh tranh của các loại hàng hóa nhập khẩu. Báo cáo năm 1960 của nhóm chuyên gia về Chống bán phá giá và Tự vệ đã chỉ ra rằng: “Để công bằng và theo đúng đối xử tối huệ quốc, nhóm chuyên gia cần nhắc rằng ở nước nào xảy ra việc bán phá giá từ hơn một nguồn và thiệt hại do việc bán phá giá gây ra là ở cùng một quy mô, nước nhập khẩu phải áp dụng các biện pháp chống bán phá giá một cách công bằng cho mọi hàng hóa nhập khẩu bán phá giá”⁴.

Đồng thời, Hiệp định thực thi Điều VI GATT quy định tại khoản 2 Điều 9 rằng, thuế chống bán phá giá phải được thu ở một mức độ hợp lý, trên cơ sở không phân biệt đối xử giữa tất cả các nguồn bán phá giá và gây thiệt hại⁵, nghĩa là một quốc gia nếu đã áp thuế chống bán phá giá cho một loại hàng hóa bán phá giá thì cũng phải áp thuế cho tất cả các sản phẩm bán phá giá tương tự, bất kể xuất xứ của chúng và phải có sự công bằng trong việc áp dụng mức thuế. Đối với các loại thuế bổ sung như thuế chống bán phá giá, việc áp thuế chống bán phá giá được tiến hành dựa trên mức độ phá giá của hàng hóa nhập khẩu. Do vậy, một biện pháp được quốc gia áp dụng có thể tạo ra sự phân biệt đối xử vi phạm tối huệ quốc nếu các tiêu chí để xác định biên độ phá giá như việc xác định giá thông thường, giá xuất khẩu giữa các loại hàng hóa nhập khẩu tương tự nhau

4 Report of the Group of Experts on Anti-Dumping and Countervailing Duties, BISD 95/194 at 198.

5 Hiệp định thực thi Điều VI Hiệp định chung về Thuế quan và Thương mại năm 1994, khoản 2, Điều 9.

là không giống nhau, hoặc áp dụng cách tính biên độ phá giá khác nhau cho các sản phẩm tương tự có xuất xứ khác nhau. Có 3 cách tính biên độ phá giá là lấy hiệu số giữa bình quân gia quyền của giá thông thường và bình quân gia quyền của giá xuất khẩu; xác định biên độ phá giá của từng giao dịch, rồi nhân với phần trăm gia quyền, sau đó chia cho tổng số giao dịch; tìm bình quân gia quyền của giá thông thường rồi so sánh với giá xuất khẩu của từng giao dịch⁶. Các cách tính khác nhau áp dụng cho các hàng hóa tương tự nhau sẽ tạo ra sự chênh lệch nhất định trong biên độ phá giá, ảnh hưởng đến việc xác định xem các hàng hóa đó có bị bán phá giá hay không, từ đó ảnh hưởng đến mức thuế chống bán phá giá sẽ được áp dụng nếu các hàng hóa đó bị bán phá giá và ảnh hưởng đến giá cả của các mặt hàng đó trên thị trường. Nội dung trên cũng được áp dụng tương tự đối với trường hợp tự vệ và chống trợ cấp. Vào năm 1980, Ban Hội thẩm đã được thành lập để giải quyết khiếu nại của Ấn Độ về việc Hoa Kỳ áp dụng biện pháp tự vệ đối với các sản phẩm nhập khẩu từ Ấn Độ mà không áp dụng các tiêu chí để xác định thiệt hại như đã được quy định tại Điều VI, trong khi cho một số nước khác được hưởng lợi từ các tiêu chí này⁷.

Tương ứng với các khoản thuế và khoản thu nêu trên, thông qua các vụ kiện của GATT, chúng ta có thể liệt kê một số biện pháp được áp dụng đối với thuế và các khoản thu mà những biện pháp đó được các quốc gia áp dụng tạo nên sự phân biệt đối xử vi phạm đối xử tối huệ quốc như:

- Việc miễn thuế chỉ được áp dụng cho các mặt hàng nhập khẩu từ một số ít quốc

gia mà nhà sản xuất của quốc gia đó có liên kết với nhà sản xuất hoặc nhà nhập khẩu của quốc gia nhập khẩu⁸;

- Những ưu đãi về thuế chỉ được áp dụng cho những sản phẩm có xuất xứ từ một số quốc gia nhất định⁹.

Phương pháp đánh thuế hoặc áp dụng phụ thu

Phương pháp đánh thuế hoặc áp dụng phụ thu bao gồm các biện pháp đánh giá giá trị cơ sở để tính thuế hoặc phí hoặc hình thức tìm thông tin để tính lượng thuế/phí phải thu hoặc quyết định mức độ thiệt hại để sử dụng thuế chống phá giá hoặc thuế đối kháng. Các biện pháp có thể được các quốc gia sử dụng nhằm tạo sự phân biệt đối xử là áp dụng các phương pháp đánh thuế hay áp dụng phụ thu khác nhau cho các hàng hóa nhập khẩu hoặc xuất khẩu tương tự nhau.

Đối với thuế nhập khẩu, có ba phương pháp tính thuế mà hải quan các nước thường dùng là phương pháp tính thuế theo giá trị phần trăm hàng hóa, tính thuế theo định lượng và tính thuế theo phương pháp tích hợp (nghĩa là áp dụng đồng thời giữa tính theo phần trăm giá trị hàng hóa và tính theo định lượng hàng hóa). Để có thể có được sự thống nhất trong việc tính thuế nhằm tạo điều kiện cho việc tự do hóa và công bằng trong thương mại, các nước thành viên của WTO đã đàm phán và ký kết Hiệp định về Xác định trị giá tính thuế hải quan (CVA). CVA đã đưa ra một phương pháp tính thuế chuẩn và năm phương pháp tính thuế thay thế trong trường hợp không áp dụng được phương pháp tính thuế chuẩn. Theo đó, phương pháp chuẩn là phương pháp tính

6 Tìm hiểu phương pháp tính toán biên độ phá giá "Quy về 0" (Zeroing) của Hoa Kỳ trong các vụ điều tra chống bán phá giá <http://www.vca.gov.vn/Web/Content.aspx?distid=6142&lang=vi-VN>.

7 Panel on United States countervailing duties (BISD 28S/113).

8 Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry.

9 EC – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries.

thuế dựa trên giá trị của hàng hóa được ghi trong hợp đồng mua bán hoặc trên hóa đơn bán hàng và có thể được điều chỉnh cộng thêm một số khoản chi phí phù hợp. Các loại chi phí được cộng thêm cũng được quy định trong CVA tại phần Danh sách hạn chế các loại chi phí có thể được cộng thêm vào giá giao dịch, bao gồm chi phí hoa hồng và môi giới (trừ chi phí hoa hồng mua hàng); chi phí đóng gói, container; phí bản quyền và phí xin phép sử dụng bằng sáng chế;... năm phương pháp thay thế được áp dụng khi hải quan quyết định không thừa nhận giá giao dịch áp dụng để tính trị giá thuế hải quan (nghĩa là không áp dụng phương pháp chuẩn). Năm phương pháp này bao gồm: tính trị giá giao dịch của các hàng hoá giống nhau; tính trị giá giao dịch của hàng hoá tương tự; tính trị giá khấu trừ; tính trị giá tính toán và một phương pháp tính hợp lý trong trường hợp cả bốn phương pháp trên đều không sử dụng được. Chỉ một sự khác biệt trong việc áp dụng phương pháp tính thuế, ví dụ như dùng phương pháp tính thuế phần trăm với sản phẩm này nhưng lại dùng phương pháp tính thuế theo định lượng với sản phẩm tương tự; hoặc sự khác biệt trong việc áp dụng các phương pháp tính trị giá hải quan thay thế như áp dụng phương pháp tính trị giá giao dịch của hàng hóa giống nhau với hàng hóa từ quốc gia này nhưng lại áp dụng phương pháp tính trị giá khấu trừ với hàng hóa tương tự từ một quốc gia khác mà không dựa trên những lý do hợp lý... cũng có thể tạo nên sự phân biệt đối xử giữa các loại hàng hóa xuất nhập khẩu với nhau.

Luật lệ và các thủ tục

Luật lệ và các thủ tục thuộc phạm vi điều chỉnh của Điều I GATT bao gồm hạn ngạch, giấy phép nhập khẩu, yêu cầu về hồ sơ hải quan, quy định về kiểm tra trước khi xếp hàng, quy định về thủ tục tính thuế hải quan, lệ phí hải quan, thủ tục kho vận, yêu

cầu cung cấp thông tin cụ thể hoặc thông báo khi xuất khẩu hoặc nhập khẩu.

Hạn ngạch nhập khẩu có hai loại là hạn ngạch thuế quan và hạn ngạch thông thường. Đó là một biện pháp nhằm hạn chế số lượng nhập khẩu. Đối với hạn ngạch thuế quan, nếu lượng hàng hóa nhập khẩu là dưới hạn ngạch thì sẽ được áp dụng mức thuế suất nhập khẩu thấp, còn trên hạn ngạch thì phần vượt quá vẫn được nhập khẩu nhưng sẽ bị áp dụng mức thuế suất nhập khẩu cao hơn. Với hạn ngạch thông thường, quốc gia xuất khẩu chỉ được xuất khẩu một lượng hàng hóa nhất định vào quốc gia nhập khẩu, nếu vượt quá hạn ngạch thì phần sản phẩm vượt quá đó sẽ không được phép nhập khẩu. Việc phân bổ hạn ngạch khác nhau cho các doanh nghiệp thuộc các quốc gia khác nhau cũng sẽ dẫn đến sự phân biệt đối xử vi phạm tối huệ quốc vì sẽ ảnh hưởng đến lượng hàng hóa trên thị trường, từ đó ảnh hưởng đến tính cạnh tranh của các loại hàng hóa đó, đồng nghĩa với việc điều kiện cạnh tranh trên thị trường có thể bị thay đổi theo hướng có lợi cho sản phẩm có xuất xứ từ quốc gia nhất định.

Các luật lệ và thủ tục có thể góp phần tạo nên rào cản cho các quốc gia xuất khẩu hoặc nhập khẩu khi có sự áp dụng các luật lệ và thủ tục khác nhau cho các quốc gia khác nhau vì chúng có thể tạo ra sự chênh lệch về giá bằng việc tăng thêm gánh nặng về chi phí cho doanh nghiệp xuất nhập khẩu như chi phí lưu kho, chi phí cho các loại thủ tục... hoặc làm kéo dài thời gian lưu kho, làm doanh nghiệp mất đi một khoản lợi nhuận đáng kể họ phải nhận được khi hàng hóa được đưa ra bán ở thị trường.

Trong vụ kiện *EC - Chuối III (EC - Banana III)*, EC (Hội đồng châu Âu) đưa ra những quy định về thủ tục hành chính cho việc nhập khẩu chuối từ các quốc gia khác. Tuy nhiên, quy định này chỉ áp dụng cho sản

phẩm chuỗi nhập khẩu từ các nước thứ ba và các nước không phải là thành viên của ACP¹⁰. EC cho rằng, Ban Hội thẩm đã không chính xác khi kết luận rằng việc cấp chứng nhận nhập khẩu chuỗi theo “quy tắc về chức năng hoạt động” của EC là vi phạm Điều I:1. Cơ quan Phúc thẩm sau khi xem xét đã đưa ra kết luận đồng ý với quyết định của Ban Hội thẩm như sau: “Ban Hội thẩm nhận thấy rằng những yêu cầu về trình tự thủ tục và hành chính áp dụng cho sản phẩm chuỗi nhập khẩu từ các nước thứ ba và các nước không phải thành viên của ACP là sự đối xử khác biệt so với sản phẩm chuỗi nhập khẩu từ các nước thành viên ACP. Do đó, “quy tắc về chức năng hoạt động” là một lợi thế được trao cho sản phẩm chuỗi nhập khẩu từ các nước ACP mà không trao cho sản phẩm tương tự từ các nước thành viên khác, và vì vậy thuộc phạm vi điều chỉnh của Điều I:1”¹¹.

Dựa trên những vụ kiện của WTO, có thể liệt kê một số biện pháp đối với luật lệ và thủ tục gây tranh cãi được các quốc gia áp dụng như:

- Yêu cầu về chứng nhận xuất khẩu¹²;
- Chỉ cấp hạn ngạch thuế quan được miễn thuế hàng năm cho một số quốc gia nhất định¹³.

Mọi nội dung đã được nêu tại khoản 2 và khoản 4 Điều III.

Các biện pháp được quy định tại khoản 2 và khoản 4 Điều III được thêm vào quy định về đối xử tối huệ quốc nhằm “mở rộng phạm vi của đối xử tối huệ quốc ra tất cả các vấn đề được quy định tại các đoạn trên mà không cần quan tâm tới việc đối xử quốc gia

có liên quan đến các vấn đề trên hay không”¹⁴; “việc áp dụng các khoản thuế nội địa đối với hàng hóa nhập khẩu được bao gồm trong Điều I để xóa bỏ bất kỳ sự không rõ ràng nào trong việc áp dụng Điều I”¹⁵.

Từ đó, có thể thấy được rằng, đối xử tối huệ quốc không chỉ đơn thuần nhằm cấm sự phân biệt đối xử giữa các sản phẩm nhập khẩu với nhau về các vấn đề liên quan đến nhập khẩu như thuế, phí, luật lệ, quy tắc tác động đến nhập khẩu mà còn cấm sự phân biệt đối xử giữa các hàng hóa nhập khẩu khi các hàng hóa trên được mua bán, sử dụng tại thị trường trong nước. Điều này đã mở rộng phạm vi tác động của đối xử tối huệ quốc trong thương mại quốc tế.

Ban Hội thẩm trong vụ *Bỉ - Trợ cấp gia đình (Belgium - Family Allowances)* đã giải quyết vấn đề đối xử tối huệ quốc liên quan đến các biện pháp được quy định trong khoản 2 và khoản 4 Điều III: Bỉ đã cho các sản phẩm được mua bởi các cơ quan công quyền của Luxembourg, Hà Lan, Pháp, Ý, Thụy Điển, Anh... được hưởng miễn trừ về thuế nội địa vì các nước trên có hệ thống trợ cấp gia đình (family allowance system) tương tự với hệ thống của Bỉ, và do đó đã vi phạm đối xử tối huệ quốc được quy định tại Điều I GATT¹⁶.

2. Các hàng hóa đang được điều tra có phải là các “sản phẩm tương tự” hay không?

Vấn đề về “sản phẩm tương tự” là một vấn đề quan trọng và khá phức tạp trong thương mại quốc tế. Đối xử tối huệ quốc chỉ được áp dụng cho các sản phẩm tương tự

10 ACP là chữ viết tắt tiếng Anh của “Châu Phi, Ca-ri-bê, và Thái bình dương” (Africa, Caribbean, Pacific).

11 Appellate Body Report, EC – Banana III, para. 206.

12 European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas.

13 European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas. Complainants: Ecuador, the United States.

14 U.S Proposal at EPCT/W/146; annotated agenda, APCT/W/150; EPCT/A/PV/7, pg. 14.

15 Measures affecting alcoholic and malt beverages, 39S/206, para. 3.

16 G/32, adopted on 7 November 1952, Belgium – Family Allowances, 1S/59, 60, para. 3.

nhau. Nếu các sản phẩm không phải là “sản phẩm tương tự” thì chúng có thể được đối xử khác biệt. Trong Hiệp định GATT 1994, không có điều khoản nào quy định rõ ràng về “sản phẩm tương tự” và cũng không có bất kỳ định nghĩa cụ thể nào về “sản phẩm tương tự.” Tuy nhiên, thuật ngữ này lại được ghi nhận trong các Hiệp định khác của WTO như Hiệp định Chống bán phá giá, Hiệp định về Trợ cấp và Thuế đối kháng. Theo khoản 6 Điều 2 của Hiệp định Chống bán phá giá, sản phẩm tương tự là “sản phẩm giống hệt, tức là sản phẩm có tất cả các đặc tính giống với sản phẩm đang được xem xét, hoặc trong trường hợp không có sản phẩm nào như vậy thì là sản phẩm khác mặc dù không giống ở mọi đặc tính nhưng có nhiều đặc điểm gần giống với sản phẩm được xem xét”. Dựa trên định nghĩa trên, những “sản phẩm tương tự” phải là những sản phẩm giống hệt nhau, hoặc gần giống nhau, nếu như trên thị trường không có sản phẩm nào giống hệt. Tuy vậy, định nghĩa nói trên vẫn còn khá chung chung và cũng chưa đưa ra được những tiêu chí cụ thể và trả lời cho những câu hỏi để xác định “sản phẩm tương tự”: việc xem xét mức độ tương tự dựa trên những đặc tính nào của hàng hóa; các loại hàng hóa phải giống nhau đến mức độ nào thì mới được xem là “sản phẩm tương tự” và việc xác định các sản phẩm có là “sản phẩm tương tự” hay không được nhìn nhận dưới góc độ nào. Chính sự thiếu rõ ràng về việc xác định “sản phẩm tương tự” trong thương mại hàng hóa mà đã có nhiều vụ tranh chấp xảy ra xoay quanh nội dung này. Trong mỗi vụ kiện, dựa trên từng bối cảnh cụ thể mà WTO đưa ra những quan điểm về “sản phẩm tương tự” cũng như những biện pháp để xác định các sản phẩm đang được xem xét có là “sản phẩm tương tự” hay không, và cũng qua từng vụ kiện mà vấn đề “sản phẩm tương tự” sẽ được làm rõ và từ đó áp dụng cho những vụ

kiện sau. Theo đó, các tiêu chí để xác định “sản phẩm tương tự” bao gồm sự phân loại thuế quan, các đặc tính của sản phẩm, mục đích sử dụng cuối cùng và thói quen, sở thích của người tiêu dùng.

Tiêu chí cơ bản nhất được dùng để xác định tính tương tự của các sản phẩm là sự phân loại thuế quan, được ghi nhận trong Hệ thống Hải hòa Thuế quan (Harmonized System - HS). Việc phân loại thuế quan được quy định trong Công ước quốc tế về hệ thống điều hòa mô tả và mã hóa hàng hóa và hệ thống này được xây dựng dưới sự bảo trợ của Tổ chức Hải quan thế giới (WCO). Theo khoản a Điều 1 của Công ước trên, “Hệ thống Điều hoà”, nghĩa là *bản Danh mục bao gồm những nhóm hàng và phân nhóm hàng cùng những mã số có liên quan của những nhóm và phân nhóm hàng nói trên*. Mã HS của WTO bao gồm 6 chữ số, trong đó 2 chữ số đầu chỉ chương, 2 chữ số tiếp theo chỉ nhóm và 2 chữ số cuối chỉ phân nhóm của sản phẩm. Ví dụ một sản phẩm có 2 chữ số đầu trong mã HS là 22 có nghĩa là sản phẩm đó nằm trong chương 22 của danh mục HS, quy định về mã HS cho các loại đồ uống, rượu và dấm. Nếu sản phẩm đó có 2 chữ số tiếp theo trong mã là 08 thì có nghĩa là sản phẩm đó thuộc nhóm cồn etylic chưa biến tính có nồng độ dưới 80° tính theo thể tích; rượu mạnh, rượu mùi và đồ uống có cồn. Các sản phẩm giống nhau ở 4 chữ số trong mã HS có thể là các “sản phẩm tương tự”, trong khi các sản phẩm giống nhau ở cả 6 chữ số của mã HS, nghĩa là nằm trong cùng một phân nhóm, ví dụ như cùng có mã HS là 22.08.20 (rượu mạnh thu được từ việc chưng cất rượu vang nho hoặc rượu bã nho) là các sản phẩm giống nhau. Từ danh mục HS, các quốc gia sẽ tạo ra bảng phân loại thuế quan của mình và mã sản phẩm có thể có nhiều hơn 6 chữ số, ví dụ như 8 chữ số, tùy vào nhu cầu của từng quốc gia.

Trong vụ kiện *Úc - Ammonium Sulphate (Australia - Ammonium Sulphate)*, Chile cho rằng Úc đã trợ cấp cho việc phân phối các sản phẩm ammonium sulphate (cả sản phẩm nhập khẩu và sản phẩm nội địa) và sản phẩm phân bón sodium nitrate. Úc đã ngừng trợ cấp phân phối với sodium nitrate nhập khẩu, trong khi trợ cấp với ammonium sulphate vẫn được giữ nguyên do người tiêu dùng phải chịu mức giá trần, trong khi người tiêu dùng sử dụng sản phẩm sodium nitrate thì không như vậy. Ban Công tác đã đưa ra kết luận về sản phẩm tương tự trong vụ kiện như sau: “Đối xử tối huệ quốc được giới hạn trong sản phẩm tương tự. Không cần phải sử dụng đến định nghĩa về sản phẩm tương tự và bỏ qua câu hỏi liệu ammonium sulphate và sodium nitrate có là sản phẩm cạnh tranh trực tiếp hoặc có thể thay thế được hay không, Ban Công tác đi đến kết luận là các sản phẩm trên không phải sản phẩm tương tự theo Điều I. Trong bảng phân loại thuế quan của Úc, 2 sản phẩm trên thuộc 2 mục khác nhau và được đối xử khác nhau. Trong biểu thuế của các quốc gia khác 2 sản phẩm trên cũng được xếp vào 2 mục riêng biệt”¹⁷.

Bên cạnh việc phân loại thuế quan, các tiêu chí khác như đặc tính của sản phẩm, mục đích sử dụng cuối cùng, thói quen và sở thích của người tiêu dùng cũng đóng vai trò quan trọng trong việc xác định tính tương tự của sản phẩm. Trong vụ kiện *Tây Ban Nha - Cà phê chưa rang (Spain - Unroasted Coffee)*, Ban Hội thẩm phải quyết định xem liệu các loại cà phê chưa rang thuộc các loại khác nhau (như “cà phê Columbia loại nhẹ” (Columbian mild), “các loại cà phê nhẹ khác” (other mild), “Arabica chưa rửa” (unwashed Arabica), “Robusta” và “các loại

khác” có phải là “sản phẩm tương tự” hay không. Trong vụ kiện này, Brazil cho rằng luật mới của Tây Ban Nha về thuế nhập khẩu đối với cà phê chưa rang đã có sự phân biệt đối xử. Theo đó, cà phê Arabica chưa rang, chưa khử caffeine, chưa rửa (unroasted non-decaffeinated, “unwashed Arabica”) và cà phê Robusta đã bị đối xử “kém thuận lợi hơn” các loại cà phê nhẹ do trước khi luật mới này ra đời, không có sự khác biệt trong thuế suất giữa các loại cà phê nêu trên¹⁸. Theo như luật mới, các loại cà phê nhẹ không phải chịu thuế, còn cà phê Robusta, Arabica chưa rang, chưa khử caffeine, chưa rửa phải chịu thuế suất là 7%. Để xác định xem có sự “đối xử kém thuận lợi hơn”, từ đó xác định xem liệu Tây Ban Nha có vi phạm đối xử tối huệ quốc hay không, Ban Hội thẩm trước hết phải kiểm tra xem các loại cà phê nêu trên có phải là “sản phẩm tương tự” không. Ban Hội thẩm đã xem xét dựa trên ba tiêu chí: đặc tính của sản phẩm, mục đích sử dụng cuối cùng và chế độ thuế quan của các nước thành viên khác. Từ đó, Ban Hội thẩm đã đưa ra quyết định sau: “Ban Hội thẩm đã xem xét tranh luận của các bên về việc áp dụng các loại thuế khác nhau cho những nhóm khác nhau và những loại cà phê chưa rang khác nhau. Ban Hội thẩm thấy rằng những tranh luận này chủ yếu liên quan đến sự khác biệt về cảm quan từ những yếu tố địa lý, phương thức canh tác, quy trình xử lý hạt cà phê và các yếu tố di truyền. Ban Hội thẩm không nhận thấy rằng những sự khác biệt nêu trên đủ để cho phép một sự đối xử khác biệt về thuế. Trong lĩnh vực nông nghiệp, không phải là điều bất thường khi mùi vị của thành phẩm có sự khác nhau bởi sự tác động của một hoặc

17 GATT/CP.4/39, adopted on 3 April 1950, II/188, 191, para. 8.

18 http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/80coffee.pdf.

nhiều yếu tố kể trên. Ngoài ra, Ban Hội thẩm còn nhận thấy rằng cà phê chưa rang thường được bán dưới dạng xay, trộn nhiều loại cà phê khác nhau, và loại cà phê đã xay và pha trộn đó mới chính là sản phẩm sử dụng cuối cùng, được công nhận là một sản phẩm xác định và riêng biệt dùng làm thức uống. Ban Hội thẩm lưu ý rằng không một bên liên quan nào được áp dụng chế độ thuế quan khác biệt đối với các loại cà phê khác nhau. Ban Hội thẩm kết luận rằng các loại cà phê chưa rang, chưa khử caffeine được liệt kê trong biểu thuế hải quan của Tây Ban Nha được xem là các “sản phẩm tương tự” theo Điều I GATT¹⁹.

Các tiêu chí cụ thể có thể được sử dụng để xác định tính tương tự của các sản phẩm là:

- Đặc tính vật lý và hóa học của các sản phẩm hàng hóa được so sánh;
- Mức độ hoặc khả năng hoán đổi của các sản phẩm được so sánh;
- Nguyên liệu được sử dụng để sản xuất hàng hóa được so sánh;
- Phương thức sản xuất và công nghệ sản xuất của các sản phẩm hàng hóa được so sánh;
- Công dụng thương mại của các sản phẩm hàng hóa được so sánh;
- Đặc điểm kỹ thuật;
- Kênh phân phối và tiếp thị các sản phẩm được so sánh;
- Khả năng sử dụng cùng loại máy móc hoặc cùng nhóm lao động để sản xuất hàng hóa;
- Nhận thức của người tiêu dùng và người sản xuất về sản phẩm hàng hóa²⁰.

3. Ưu đãi đó có được trao cho tất cả các nước thành viên một cách ngay lập tức và vô điều kiện với tất cả các sản phẩm tương tự nêu trên hay không?

Đối xử tối huệ quốc được áp dụng một cách tự động cho tất cả thành viên của WTO, nghĩa là ngay khi một quốc gia gia nhập WTO, các ưu đãi mà một quốc gia thành viên dành cho đối tác bất kỳ cũng sẽ được áp dụng cho quốc gia mới gia nhập đó. Đồng thời, khi một quốc gia thành viên dành những ưu đãi bất kỳ cho sản phẩm từ bất kỳ quốc gia đối tác nào (kể cả đối tác đó là thành viên hay không phải thành viên của WTO) thì phải dành cho tất cả các “sản phẩm tương tự” từ các quốc gia thành viên khác một sự ưu đãi không kém thuận lợi hơn, trừ một số ngoại lệ được quy định trong GATT. Đối xử tối huệ quốc trong GATT được áp dụng “một cách ngay lập tức và vô điều kiện”, có nghĩa là được áp dụng ngay lập tức cho tất cả các “sản phẩm tương tự” từ các quốc gia thành viên của WTO mà không đòi hỏi bất kỳ điều kiện gì đi kèm, cụ thể là không được phép bất các quốc gia thành viên khác phải đánh đổi bất kỳ một điều gì để có thể nhận ưu đãi nêu trên. Trong vụ *Canada - Ô tô*, Cơ quan Phúc thẩm đã làm rõ vấn đề trên như sau: “Các từ ngữ của Điều I:1 không chỉ dẫn chiếu đến một số ưu đãi đối với các đối tượng thuộc phạm vi điều chỉnh mà còn là bất kỳ ưu đãi nào; không chỉ đối với một số sản phẩm mà là tất cả các sản phẩm; không chỉ đối với sản phẩm tương tự từ một số quốc gia thành viên khác mà là sản phẩm tương tự có xuất xứ từ hay giao tới tất cả các nước thành viên”²¹ ■

19 GATT Panel Report, *Spain – Unroasted Coffee*, para. 4.6-4.9.

20 Mai Hồng Quý, Trần Việt Dũng (2005), *Luật Thương mại quốc tế*, Nxb. Đại học Quốc gia TP.HCM, tr. 86-87.

21 Appellate Body Report, *Canada – Autos*, para. 79

ĐẢM BẢO QUYỀN TỰ DO LẬP HỘI TRONG DỰ THẢO LUẬT VỀ HỘI

THÁI VĨNH THẮNG*

1. Khái niệm hội trong Dự thảo Luật về Hội

Khái niệm “hội” (association) được định nghĩa là sự liên kết nhiều người vì một lợi ích chung (union des personnes dans un interet commun)¹; hay là một nhóm người công khai liên kết vì một mục đích đặc biệt (an official group of people who have joined together for a particular purpose)². Như vậy khái niệm “hội” cần được hiểu một cách đơn giản đó là sự liên kết một số người vì công việc hoặc mục đích, lợi ích chung nào đó. Tuy nhiên, pháp luật của hầu hết các nước đều không thừa nhận một tổ chức là hội nếu tổ chức đó được thành lập vì mục đích kinh doanh, tìm kiếm lợi nhuận. Nếu các cá nhân liên kết với nhau vì mục đích tìm kiếm lợi nhuận thì tạo ra tổ chức kinh tế là doanh nghiệp, công ty và hoạt động theo luật doanh nghiệp, luật thương mại. Hơn nữa, hội không những là tổ chức phi lợi nhuận mà còn là tổ chức phi nhà nước mang tính tự nguyện, tự quản và tự trang trải kinh phí hoạt động.

Quyền lập hội là quyền cơ bản của con người và công dân, quyền này còn được Tòa

án Tối cao Hoa Kỳ coi là một phần cơ bản của quyền tự do ngôn luận, vì trong nhiều trường hợp, người ta chỉ thực hiện quyền này có hiệu quả khi kết hợp với người khác³. Điều 18 Hiến pháp Italia năm 1947 quy định: “Công dân có quyền tự do lập hội không cần sự cấp phép nào miễn là mục đích thành lập hội không bị cấm trong pháp luật hình sự”⁴. Luật về Hội của Ba Lan năm 1989 (Law on Associations) quy định: “Hội là sự liên kết tự nguyện, tự quản, bền vững và không vì mục đích lợi nhuận”⁵.

Ở Việt Nam hiện nay, ngoài Đảng Cộng sản, còn có những “hội” đặc biệt vừa mang tính xã hội vừa mang tính chính trị như Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức thành viên là Tổng liên đoàn Lao động Việt Nam, Đoàn Thanh niên cộng sản Hồ Chí Minh, Hội liên hiệp Phụ nữ Việt Nam, Hội Nông dân Việt Nam, Hội Cựu chiến binh Việt Nam - những hội được cấp ngân sách nhà nước nên cũng không thể điều chỉnh theo Luật về Hội được⁶. Như vậy với Luật về Hội, chúng ta phải hiểu “hội” theo nghĩa hẹp, đó là các tổ chức thuần túy dân sự (phi nhà nước), không có tính chất kinh doanh

* GS, TS. Đại học Luật Hà Nội.

1 Dictionnaire encyclopedique de la langue Francaise, edition ALPHA, 2004, p. 83.

2 Oxford advanced learner`s Dictionary, Oxford University Press, 2000, p. 62.

3 United States Court held in NAASP v, Alabama that the freedom of association is an essential part of the freedom of speech because, in many cases, people can engage in effective speech only when they join of others.

4 Citizen have the right to form association freely and without authorization for those ends that are not forbidden by criminal law.

5 An association is a voluntary self-governed and lasting non-profit union.

6 Tuy nhiên, phải thấy rằng đây là trường hợp đặc biệt vì lý do lịch sử. Vì lý do này, ở Việt Nam khác với đa số các nước trên thế giới, công chức không chỉ làm việc trong các cơ quan nhà nước mà còn làm việc trong các cơ quan Đảng, các tổ chức chính trị - xã hội.

(tìm kiếm lợi nhuận để chia cho các thành viên).

Từ khi quyền hội họp và lập hội được quy định trong Hiến pháp 1946 (Điều 10) và trong Luật quy định về quyền lập hội năm 1957 (Điều 2), các hội khác nhau đã được thành lập và hoạt động. Theo quy định tại Điều 2 Luật quy định về quyền lập hội năm 1957 (Luật năm 1957), “mọi người đều có quyền lập hội trừ những người mất quyền công dân hoặc đang bị truy tố trước pháp luật”. Tuy nhiên, hạn chế của Luật năm 1957 là không phân biệt hội có tư cách pháp nhân, hội không có tư cách pháp nhân, hội cần thiết phải đăng ký thành lập và hội không cần phải đăng ký thành lập. Trên thực tế, có rất nhiều hội đã được thành lập mà không đăng ký và cũng không cần một sự cho phép và sự quản lý nhà nước nào. Đó là các hội đồng hương, hội đồng môn, các câu lạc bộ thơ, các hội làm vườn, hội nuôi chim, hội cây cảnh tự thành lập, tự hoạt động, tự trang trải mà không ảnh hưởng đến sinh hoạt bình thường của xã hội nên trên thực tế cũng không cần một sự quản lý, sự can thiệp nào xuất phát từ phía các cơ quan quản lý nhà nước. Mặc dù Luật năm 1957 cho đến nay đã tồn tại được 59 năm, tuy nhiên chưa có bổ sung, sửa đổi nào đối với luật này nên nhiều quy định đã không còn phù hợp với yêu cầu của các hội đa dạng ở Việt Nam. Việc ban hành luật mới về hội là nhu cầu cấp bách của đời sống xã hội, nhất là để triển khai thực hiện các quy định về quyền con người và quyền công dân theo Hiến pháp năm 2013.

Khái niệm “hội” trong Dự thảo Luật về Hội⁷ được xác định tại Điều 3 như sau: “Hội là tổ chức có tư cách pháp nhân, được hình thành do sự tự nguyện của công dân, pháp nhân Việt Nam cùng chung mục đích, nhằm phục vụ lợi ích chung của hội, hội viên; góp phần thực hiện chủ trương, chính sách, pháp luật của Nhà nước về lĩnh vực hội hoạt động”. Quy định như trên đây vừa thừa vừa

thiếu, thừa vì pháp nhân cũng là sự liên kết của cá nhân, thiếu vì quyền lập hội là quyền con người chứ không chỉ riêng của công dân và nhiều hội không có tư cách pháp nhân lại không được coi là hội. Theo chúng tôi, nên quy định ngắn gọn như sau: “Hội là sự liên kết tự nguyện của các cá nhân, là tổ chức tự quản, tự trang trải kinh phí hoạt động vì một lợi ích chung ngoài mục đích lợi nhuận”.

Mục c, khoản 2 Điều 2 quy định: “Hội do công dân Việt Nam tự nguyện thành lập để nhằm mục đích gặp gỡ, giao lưu không phải đăng ký theo quy định của luật này” là quy định không đầy đủ và khó thực hiện. Trên thực tế, bất kỳ hội nào cũng gặp gỡ, giao lưu vì một mục đích nhất định nào đó. Ví dụ, những người thích bóng đá thành lập câu lạc bộ bóng đá gặp gỡ, giao lưu với nhau để rèn luyện sức khỏe thông qua luyện tập bóng đá. Hội khuyến học gặp gỡ, giao lưu để đóng góp gây quỹ khuyến học giúp đỡ các học trò nghèo chăm học, vượt khó, đạt thành tích học tập cao. Hội từ thiện gặp gỡ, giao lưu, thu tiền đóng góp từ các hội viên để thực hiện các hoạt động từ thiện. Các hội này có thể không có tư cách pháp nhân vì họ không có trụ sở hoạt động, không có con dấu và không đăng ký với cơ quan quản lý hội. Vì vậy, nên có một điều quy định về các hội không có tư cách pháp nhân. Các hội có quy mô nhỏ thường hoạt động theo các quy tắc đạo đức, phong tục tập quán nên không nhất thiết phải có tư cách pháp nhân mới có thể hoạt động được.

2. Về quyền tự do lập hội

Cần phải khẳng định và quán triệt quan điểm quyền tự do lập hội (Freedom of Association) là quyền cơ bản của con người chứ không phải riêng của công dân. Điều 20 Tuyên ngôn thế giới về Nhân quyền năm 1948 đã khẳng định: “Mọi người đều có quyền tự do hội họp và lập hội một cách hòa bình”. Điều 22 Công ước quốc tế về các Quyền dân sự và chính trị năm 1966 cũng quy định: “Mọi người có quyền tự do lập hội

7 Dự thảo Luật về Hội trình Ủy ban Thường vụ Quốc hội khóa XIII cho ý kiến tại phiên họp thứ 42, tháng 10/2015.

với những người khác, kể cả quyền lập và gia nhập các công đoàn để bảo vệ lợi ích của mình”. Việt Nam đã tham gia Công ước quốc tế về các Quyền dân sự và chính trị năm 1966, vì vậy cần phải nội luật hóa quy định này trong Luật về Hội bằng cách quy định rõ: “Mọi người đều có quyền lập hội, trừ những người bị mất năng lực hành vi pháp luật do bị bệnh tâm thần hoặc do phạm tội hình sự”. Cũng có thể do Ban soạn thảo cho rằng, Điều 25 của Hiến pháp năm 2013 quy định công dân (chứ không phải mọi người) có quyền tự do ngôn luận, tự do báo chí, tiếp cận thông tin, hội họp, lập hội, biểu tình nên quyền lập hội trong Luật về Hội cũng là quyền công dân chứ không phải quyền của mọi người. Theo chúng tôi, đồng thời với việc thông qua Luật mới, Quốc hội có thể sửa đổi một điều luật nào đó trong Hiến pháp để đáp ứng yêu cầu hội nhập quốc tế trong giai đoạn mới. Bởi pháp luật tồn tại vì con người chứ không phải con người tồn tại vì pháp luật, nên khi đời sống và nhận thức của con người đổi mới thì pháp luật cũng cần phải đổi mới để không bị lạc hậu.

3. Quyền lập hội và quyền tham gia hội của công chức, viên chức nhà nước

Theo quy định tại mục b khoản 3 Điều 4 của Dự thảo Luật về Hội (Dự thảo Luật), một trong những đối tượng bị hạn chế quyền lập hội và tham gia hội là các công chức, viên chức nhà nước chưa được sự đồng ý bằng văn bản của cơ quan nhà nước có thẩm quyền quản lý công chức, viên chức nhà nước. Theo chúng tôi, quy định trên đây không hợp lý và là rào cản thực hiện quyền lập hội, tham gia hội của cán bộ, công chức, viên chức. Cán bộ, công chức, viên chức nhà nước ngoài nghĩa vụ đối với Nhà nước còn có nghĩa vụ đối với xã hội như một thành viên xã hội. Ngoài làm việc cho cơ quan nhà nước, các cán bộ, công chức, viên chức còn có nghĩa vụ (và quyền) tham gia vào các hoạt động văn hóa, xã hội như tham gia các hoạt động thể dục, thể thao để rèn luyện sức khỏe, tham gia vào hội khuyến học, hay làm công việc từ thiện trong tổ dân phố nơi họ

sinh sống... Như vậy, mỗi cán bộ, công chức, viên chức có thể tham gia vào một số hội như câu lạc bộ thể thao, các câu lạc bộ giải trí. Tùy theo nghề nghiệp được đào tạo, họ cũng có thể tham gia vào hội nhà văn, hội nhà thơ, hội kiến trúc sư, hội toán học, hội luật gia... Khi mức sống càng cao hơn, thì các hội xuất hiện ngày càng nhiều, thì đó là những nơi mà con người có thể phát huy được năng khiếu, sở trường và cao hơn là tài năng. Nhiều hội mang tính nhân đạo, nhân văn cao cả như hội bảo vệ môi trường, hội vì người nghèo, hội bảo vệ người khuyết tật, hội săn bắt cướp, hội chăm sóc trẻ mồ côi, hội đồng khóa, đồng môn, đồng cảnh ngộ... Quyền tham gia hội, thành lập hội như là nhu cầu tự nhiên, và là một phần của quyền tự do ngôn luận; không nên cấm đoán hay hạn chế đối với công chức, viên chức, miễn là không vi phạm các điều cấm của Luật Cán bộ, công chức, Luật Phòng, chống tham nhũng, và không làm cản trở công chức, viên chức thực hiện chức năng, nhiệm vụ của mình.

4. Các nguyên tắc tổ chức và hoạt động của hội

Điều 7 của Dự thảo Luật đã đưa ra 4 nguyên tắc tổ chức và hoạt động của hội:

- Nguyên tắc tuân thủ Hiến pháp, pháp luật và điều lệ hội;
- Nguyên tắc tự nguyện, tự quản;
- Nguyên tắc dân chủ, bình đẳng, minh bạch;
- Nguyên tắc hoạt động không vì mục đích lợi nhuận.

Có thể thấy, cả 4 nguyên tắc này đều đúng và cần thiết, tuy nhiên, còn thiếu một nguyên tắc, đó là: “Nguyên tắc tự chủ kinh phí hoạt động”. Nếu như ở nhiều nước trên thế giới, chỉ những người làm việc cho nhà nước mới được gọi là công chức và được hưởng lương từ ngân sách nhà nước thì ở Việt Nam, ngoài những người làm việc cho nhà nước còn có các công chức làm việc trong các tổ chức Đảng, trong Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức chính trị - xã hội. Ngân sách, vì vậy chia sẻ sang cả các tổ

chức chính trị xã hội, là một trong những nguyên nhân chủ yếu làm cho lương công chức Việt Nam rất thấp so với mức trung bình trên thế giới. Do đó, cần phải quán triệt sâu sắc rằng, hội là tổ chức phi chính phủ (non - government organization), nên ngoại trừ Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, và các tổ chức chính trị xã hội khác như Tổng liên đoàn Lao động Việt Nam, Đoàn Thanh niên cộng sản Hồ Chí Minh, Hội liên hiệp Phụ nữ Việt Nam, Hội Nông dân Việt Nam... là các Hội đặc biệt do nguyên nhân lịch sử cách mạng Việt Nam để lại, còn tuyệt nhiên, chúng ta không nên để ngỏ (để dành chỗ) cho một hội nào đó, có thể là do Đảng, Nhà nước yêu cầu thành lập và có thể được Nhà nước cung cấp ngân sách để hoạt động. Nếu đã là hội thì đó phải là tổ chức phi chính phủ, tự nguyện, tự quản, phi lợi nhuận, hoạt động thường xuyên và tự trang trải kinh phí hoạt động.

5. Hội có tư cách pháp nhân (incorporated association), và không có tư cách pháp nhân (unincorporated association)

Thực tiễn cho thấy, các hội ở Việt Nam rất đa dạng và phong phú: có hội hoạt động trong phạm vi toàn quốc, như các hội khoa học và kỹ thuật, hội nhà báo, hội nhà văn, hội luật gia..., có hội hoạt động trong phạm vi tỉnh, liên tỉnh, huyện, liên huyện, xã, liên xã, có hội chỉ hoạt động trong phạm vi thôn, xóm, dòng tộc, hay chỉ trong khuôn khổ những người bạn cùng lớp phổ thông hoặc đại học; có hội có rất đông thành viên như Liên hiệp các Hội Khoa học và kỹ thuật có khoảng 1,8 triệu hội viên, hay Hội Luật gia Việt Nam có khoảng 40.500 hội viên nhưng có hội chỉ khoảng 15, 20, 30 thành viên như các hội đồng môn, hội đồng hương xã, các câu lạc bộ bóng đá, quần vợt, cờ vua, cờ tướng. Sự đa dạng như vậy đòi hỏi có sự phân loại để Nhà nước có thể quản lý dễ

dàng hơn. Theo chúng tôi, có thể phân chia các hội theo các tiêu chí sau đây:

- Các hội có mục đích từ thiện như Hội giúp đỡ trẻ mồ côi, Hội giúp đỡ người nghèo, Hội khuyến học, xếp vào nhóm hội từ thiện;

- Các hội liên kết những người có chung nghề nghiệp gọi là hội nghề nghiệp như Hội Luật gia, Hội Nhà văn, Hội Nhà báo, Hội Kiến trúc sư...

- Các hội liên kết những người có hoàn cảnh giống nhau như Hội Người mù, Hội Nạn nhân chất độc màu da cam, Hội Đồng hương, Hội Bảo vệ người tiêu dùng...

- Các hội liên kết những người cùng sở thích như các câu lạc bộ khiêu vũ, bóng đá, bóng chày, bóng bàn, quần vợt... có thể xếp vào các hội văn hóa - thể thao;

Mặc dù về tính chất xã hội có thể phân định thành nhiều hội khác nhau, tuy nhiên về mặt pháp lý chỉ nên phân thành hai loại là hội có tư cách pháp nhân và hội không có tư cách pháp nhân.

5.1 Hội không có tư cách pháp nhân (unincorporated association)

Hội không có tư cách pháp nhân trong pháp luật Anh được định nghĩa là các hội có hai hoặc nhiều hơn thành viên, gắn kết với nhau bởi một hoặc nhiều mục đích chung, ngoại trừ mục đích kinh doanh, mỗi thành viên đều có chung trách nhiệm và nghĩa vụ⁸.

Hội không có tư cách pháp nhân là những hội không có trụ sở hoạt động cố định, không đăng ký thành lập, không có con dấu riêng.

Các hội không có tư cách pháp nhân có thể là các hội đồng hương, hội đồng môn, các câu lạc bộ thể thao, các hội nhỏ của những người thích du lịch, săn bắn, văn nghệ, giải trí... Các hội này vô cùng phong phú, đa dạng, thường được hình thành và hoạt động theo các quy tắc đạo đức, phong

⁸ *Unincorporated association consists of two or more persons bound together for one or more common purpose, not being business purpose, by mutual undertaking, each having mutual duties and obligations*
(Xem: http://en.wikipedia.org/wiki/unincorporated_association_in_English_law).

tục tập quán và cần được nhà nước thừa nhận, miễn là hoạt động của các hội này không vi phạm các điều mà pháp luật cấm.

5.2 Hội có tư cách pháp nhân (incorporated association)

Hội có tư cách pháp nhân là những hội có tài sản độc lập, có trụ sở hoạt động, có cơ quan đại diện, có điều lệ hội và có đăng ký thành lập, có con dấu của hội.

Việc xác lập tư cách pháp nhân của hội là rất quan trọng vì chỉ có các hội có tư cách pháp nhân mới có thể tham gia các giao dịch dân sự và chịu trách nhiệm pháp lý về các giao dịch đó.

6. Điều kiện thành lập hội

Điều 10 của Dự thảo Luật xác định Hội được đăng ký thành lập phải có 6 điều kiện, trong đó, yêu cầu tại mục 3: “Lĩnh vực hoạt động chính của Hội không trùng lặp với lĩnh vực hoạt động chính của Hội đã được thành lập trước đó trong cùng phạm vi hoạt động” sẽ là rào cản cho việc ra đời nhiều hội cần thiết cho đời sống. Trong thực tiễn, trong phạm vi cả nước hoặc một tỉnh, một huyện có thể có nhiều hội khuyến học, các hội này đều giống nhau là tập hợp những người quan tâm đến việc học tập của các cháu có hoàn cảnh khó khăn và đều vận động các thành viên của hội đóng góp để có quỹ khuyến học giúp đỡ các cháu. Mặc dù hoạt động chính của các hội này trùng lặp, nhưng có nhiều hội thì khả năng huy động nguồn lực vẫn tốt hơn, hiệu quả hơn nếu chỉ có một hội. Các hội bảo vệ môi trường, hội bảo vệ rừng, hội săn bắt cướp, hội bảo vệ trật tự giao thông, hội giúp đỡ người nghèo dù lĩnh vực hoạt động có trùng lặp, phạm vi hoạt động cũng có thể giống nhau, nhưng có nhiều hội thì nguồn lực và khả năng sẽ tốt hơn rất nhiều khi chỉ có một hội. Điều này không khó lý giải vì hoạt động chính và phạm vi hoạt động có thể giống nhau, nhưng phương pháp hoạt động, cách thức hoạt động, thời gian hoạt động có thể khác nhau, tạo ra sự đa dạng, phong phú và tạo ra nguồn lực dồi dào để thực hiện nhiệm vụ chung của xã hội.

7. Tính logic và khả thi của quy định tại khoản 1 Điều 6 Dự thảo Luật

Khoản 1 Điều 6 của Dự thảo Luật quy định: Trường hợp luật khác có quy định riêng về hội vi phạm quy định tại Điều 4 (Quyền lập hội và quyền tham gia hội) và Điều 7 (Các nguyên tắc tổ chức và hoạt động của hội) của luật này thì thực hiện theo quy định của luật này. Quy định trên đây trái với quy định tại khoản 3 Điều 156 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015, là: “Trong trường hợp văn bản quy phạm pháp luật do cùng một cơ quan ban hành có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng văn bản ban hành sau”. Ngay từ thời kỳ La Mã cổ đại người ta cũng đã xác định: “Lex posterior derogate priori” (A later statute repeals earlier one), nghĩa là: luật ban hành sau có ưu thế hơn (thay thế) luật ban hành trước.

8. Xác định rõ định hướng hạn chế và thu hẹp loại hội được Nhà nước đảm bảo kinh phí hoạt động

Như đã trình bày tại mục 4, một trong những nguyên tắc cơ bản của hội là tự trang trải kinh phí hoạt động. Các hội đặc biệt do nguyên nhân lịch sử để lại được Nhà nước tài trợ kinh phí để hoạt động. Tuy nhiên, cần xác định rõ định hướng lâu dài là hạn chế và dần dần thực hiện chế độ Nhà nước chỉ hỗ trợ kinh phí cho các hội, còn việc đảm bảo kinh phí hoạt động phải gắn với nhiệm vụ được Nhà nước giao để giảm gánh nặng cho ngân sách nhà nước.

9. Rút ngắn thời gian cấp giấy đăng ký thành lập hội

Thời gian cấp giấy đăng ký thành lập hội trong 2 tháng (60 ngày) là quá dài. Khoản 2 Điều 11 (Đăng ký thành lập hội) nên quy định lại như sau: “Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày nhận được đầy đủ hồ sơ theo quy định tại tại khoản 1 Điều này, cơ quan nhà nước có thẩm quyền quy định tại Điều 14 Luật này phối hợp với các cơ quan có liên quan cấp giấy đăng ký thành lập hội. Trường hợp không đồng ý phải có văn bản trả lời và nêu rõ lý do có căn cứ rõ ràng theo quy định của pháp luật”■

THỰC TIỄN ÁP DỤNG PHÁP LUẬT VỀ ĐẢM BẢO AN TOÀN THỰC PHẨM TẠI CÁC CHỢ ĐẦU MỐI THÀNH PHỐ HỒ CHÍ MINH VÀ CÁC KIẾN NGHỊ

VÕ TRUNG TÍN*
TRƯƠNG VĂN QUYỀN**
NGUYỄN THỊ HỒNG THẨM***

An toàn thực phẩm (ATTP) đang là một vấn đề nóng trong toàn xã hội. Đặc biệt, tại TP. Hồ Chí Minh, với việc hình thành và phát triển hệ thống các chợ đầu mối lớn của khu vực và cả nước, vấn đề ATTP càng trở nên bức thiết. Để người dân được cung cấp nguồn “thực phẩm sạch”, pháp luật cần đảm bảo được cơ chế quản lý và chế tài xử phạt thống nhất, hiệu quả. Bài viết tập trung làm rõ hai vấn đề: (i) thực trạng tình hình ATTP và (ii) thực trạng áp dụng pháp luật về ATTP tại các chợ đầu mối TP. Hồ Chí Minh, từ đó chỉ ra các bất cập và đưa ra một số kiến nghị.

1. Chợ đầu mối và tình hình an toàn thực phẩm tại các chợ đầu mối TP. Hồ Chí Minh

1.1 Khái niệm chợ đầu mối

“Chợ đầu mối” là một khái niệm mới, được các tiểu thương và người dân sử dụng phổ biến trong mua bán hàng ngày. Trong đó, “chợ được hiểu là nơi công cộng để đông người đến mua bán vào những ngày, những

buổi nhất định”¹, còn “đầu mối là nơi mà từ đó tỏa ra các hướng”². Chợ đầu mối được hiểu là chợ có vai trò chủ yếu thu hút, tập trung lượng hàng hóa lớn từ các nguồn sản xuất, kinh doanh của khu vực kinh tế hoặc của ngành hàng để tiếp tục phân phối tới các chợ và các kênh lưu thông khác³. Chợ đầu mối thường là chợ chuyên doanh chỉ cung cấp một hoặc một số ngành hàng đặc thù và hoạt động chủ yếu về đêm đến rạng sáng. Ở

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

** , *** Phòng Pháp chế, Công ty Cổ phần đầu tư Kinh doanh địa ốc Hưng Thịnh.

1 Vinh Tịnh, (2006), Từ điển Tiếng Việt, Bến Tre, Nxb. Lao Động, tr. 206.

2 Vinh Tịnh, (2006), Sđd, tr. 319.

3 Xem: Khoản 2 Điều 2 Nghị định số 02/2003/NĐ-CP ngày 14/01/2003 của Chính phủ về phát triển và quản lý chợ.

TP. Hồ Chí Minh, các chợ đầu mối chủ yếu là chợ nông sản thực phẩm, tiêu biểu như: Chợ Đầu mối Nông sản thực phẩm Thủ Đức, Chợ Đầu mối Nông sản thực phẩm Bình Điền, và Chợ Đầu mối Nông sản thực phẩm Hóc Môn.

Để được xem là một chợ đầu mối, chợ cần đáp ứng những tiêu chí cơ bản như sau:

- Thời gian hoạt động của chợ phải thường xuyên và ổn định;

- Vị trí xây dựng chợ phải đảm bảo được mạng lưới giao thông và vị trí thuận lợi để cung cấp và phân phối hàng hóa, thực phẩm cho người tiêu dùng;

- Quy mô chợ lớn hơn hẳn so với các chợ dân sinh thông thường;

- Quản lý ở chợ đầu mối là UBND (UBND) tỉnh, thành phố;

- Chợ đầu mối có chức năng đa dạng.

Ngoài chức năng trao đổi, buôn bán hàng hóa, thực phẩm như các chợ dân sinh nhỏ lẻ, chợ đầu mối còn là nơi: thu gom hàng hóa; kiểm tra - kiểm dịch về số lượng, chất lượng; điều hành quản lý hoạt động mua bán và các dịch vụ khác (đóng gói, vận chuyển,...); thực hiện việc lưu trữ, bảo quản hàng hóa nhằm đảm bảo ATTP trước khi phân phối đến tay người tiêu dùng. Nói cách khác, chợ đầu mối thực hiện tất cả các khâu từ thu gom (nhập khẩu) cho đến bảo quản, lưu trữ và sau đó phân phối hàng hóa, thực phẩm đến tay người tiêu dùng. Đây chính là tiêu chí cơ bản nhất để phân biệt chợ đầu mối với các chợ dân sinh thông thường. Thực hiện đầy đủ những chức năng trên thì chợ đầu mối mới đảm bảo được vai trò số một của mình trong cung ứng hàng hóa, thực phẩm trên thị trường.

1.2. Tình hình ATTP tại các chợ đầu mối TP. Hồ Chí Minh

ATTP “là việc bảo đảm để thực phẩm không gây hại đến sức khỏe, tính mạng con người”⁴. Việc bảo đảm ATTP là trách nhiệm của mọi tổ chức, cá nhân sản xuất, kinh doanh thực phẩm và được thực hiện dưới sự quản lý, giám sát của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Với vai trò là đầu mối cung cấp và phân phối nguồn thực phẩm lớn nhất cho thành phố và các vùng lân cận, việc đảm bảo ATTP tại các chợ đầu mối càng trở nên quan trọng và cần thiết. Bởi lẽ, nếu thực phẩm được đảm bảo an toàn, vệ sinh từ khâu thu gom đến bảo quản ngay tại chợ đầu mối thì sẽ loại bỏ được thực phẩm không an toàn, kém chất lượng trước khi phân phối đến tay người tiêu dùng. Ngược lại, việc không đảm bảo ATTP ngay tại “nguồn” của thực phẩm là các chợ đầu mối sẽ dẫn đến hậu quả là “thực phẩm bẩn” tràn lan trên thị trường và diễn biến ngày một phức tạp, đe dọa nghiêm trọng đến sức khỏe và tính mạng của người dân.

Ví dụ, tại Chợ Đầu mối Nông sản thực phẩm Thủ Đức, ngày 27/01/2015, Đội Quản lý thị trường 1A (Chi cục Quản lý thị trường TP. Hồ Chí Minh) kiểm tra 2 kho lạnh của 9 tổ chức, cá nhân kinh doanh tại chợ chứa hơn 63 tấn nông sản nhập ngoại và phát hiện lượng lớn trái cây kém chất lượng. Theo đó, gần 28 tấn gồm lê tươi, nho tươi và hành củ xuất xứ Hàn Quốc đã có dấu hiệu hư hỏng (úng, mốc, biến đổi màu sắc); gần 25.000 gói nước ép trái lê trên nhãn có chữ Hàn Quốc, không có thông tin về nhà sản xuất, hạn sử dụng và không có hóa đơn chứng từ chứng minh nguồn gốc; gần 36 tấn trái cây nhập ngoại (lê, táo, quýt, cam) chủ yếu xuất

4 Theo: http://vi.wikipedia.org/wiki/Ch%E1%BB%A3_Vi%E1%BB%87t_Nam, truy cập ngày 10/05/2016.

xứ Trung Quốc, trên các thùng hàng không bảo đảm nhãn mác theo quy định. Nguồn gốc xuất xứ của những lô hàng tại chợ cũng không được đảm bảo. Hồ sơ nguồn gốc xuất xứ hàng hóa được các tiểu thương chứng minh khá sơ sài, có trường hợp chủ hàng một đàng còn hóa đơn ghi tên một nẻo. Hóa đơn giá trị gia tăng phần tên người mua chỉ có họ tên còn địa chỉ thì ghi “các tỉnh miền Trung, TP. Hồ Chí Minh” cho cả một lô hàng trên chục tấn. Còn giấy chứng nhận kiểm dịch và kiểm tra ATTP hàng hóa có nguồn gốc thực vật nhập khẩu có khi một tờ được cấp cho cả 3 mặt hàng, 3 biển số xe, dù bên dưới có ghi “nghiêm cấm chở hàng đến địa điểm khác” nhưng mục nơi đến lại ghi: “Các tỉnh, thành trong cả nước”. Như vậy, việc hàng hóa thực tế và hồ sơ có đúng là một lô hàng hay không chỉ có chủ hàng mới biết, còn cơ quan quản lý khó phát hiện⁵.

Ngày 03/02/2015, Chi cục Thú y TP. Hồ Chí Minh phát hiện một tiểu thương tại Chợ Đầu mối Nông sản thực phẩm Bình Điền kinh doanh gần 490 kg thịt heo có nguồn gốc từ Long An nhưng không có giấy chứng nhận kiểm dịch. Điều đặc biệt là toàn bộ số thịt heo này đang có dấu hiệu phân hủy, bốc mùi hôi. Lực lượng chức năng đã tịch thu số thịt bẩn này đem tiêu hủy, đồng thời lập biên bản xử phạt hành chính 19 triệu đồng đối với tiểu thương nêu trên. Cũng trong ngày 03/02/2015, Trạm Kiểm dịch động vật Thủ Đức đã xử lý 05 vụ vận chuyển thịt vào Chợ Đầu mối Nông sản thực phẩm Thủ Đức không có giấy chứng nhận kiểm dịch, phương tiện vận chuyển không đảm bảo

điều kiện vệ sinh thú y, trốn tránh việc phúc kiểm tại các trạm kiểm dịch đầu mối giao thông⁶.

Đầu năm 2016, Chi cục Thú y TP. Hồ Chí Minh phát hiện nhiều trường hợp đưa thịt heo bơm nước, thịt heo thổi vào Chợ Đầu mối Nông sản thực phẩm Bình Điền và Hóc Môn. Đơn cử vào ngày 23/01/2016, cơ quan thú y phát hiện có 550 kg thịt heo bơm nước từ Đồng Nai chuyển đến một chủ kinh doanh trong Chợ Đầu mối Nông sản thực phẩm Hóc Môn, cơ quan này đã tiến hành tiêu hủy và xử phạt chủ kinh doanh 2,5 triệu đồng. Trước đó một ngày, Trạm Kiểm tra vệ sinh thú y Chợ Đầu mối Nông sản thực phẩm Bình Điền cũng phát hiện một xe tải chở 80 kg thịt heo có nguồn gốc từ Long An bị rỉ dịch do bơm nước về sạp của một tiểu thương kinh doanh tại chợ này. Số thịt này sau đó đã bị cơ quan chức năng tiêu hủy và tiến hành xử phạt vi phạm hành chính (VPHC) 3,3 triệu đồng đối với tiểu thương vi phạm⁷.

Thực tế trên cho thấy, tình hình ATTP đã và đang diễn ra tại các chợ đầu mối TP. Hồ Chí Minh là rất đáng lo ngại. Tiểu thương kinh doanh vì lợi nhuận, không quan tâm đến chất lượng thực phẩm, không tuân thủ quy định của pháp luật; các cơ quan chức năng còn lỏng lẻo trong công tác quản lý, thanh tra - kiểm tra, cách thức xử lý đối với các trường hợp vi phạm vẫn còn quá nhẹ tay. Điều này không chỉ gây ra tác hại nghiêm trọng về mặt tâm lý, sức khỏe của người dân mà còn ảnh hưởng đến sự phát triển kinh tế - xã hội và cả thể hệ tương lai của đất nước.

5 Xem: Khoản 1 Điều 2 Luật ATTP năm 2010.

6 Xem thêm: Ngọc Ánh, “Lỏng lẻo quản lý trái cây ngoại”, <http://nld.com.vn/kinh-te/long-leo-quan-ly-trai-cay-ngoai-20150128222017093.htm> (truy cập ngày 10/05/2016).

7 Xem thêm: Trung Kiên, “Phát hiện gần nửa tấn thịt bẩn trong chợ đầu mối Bình Điền”, <http://dantri.com.vn/kinh-doanh/phot-hien-gan-nua-tan-thit-ban-trong-cho-dau-moi-binh-dien-1423668192.htm> (truy cập ngày 10/05/2016).

2. Pháp luật về an toàn thực phẩm

Chất lượng phát triển của một quốc gia được đánh giá chủ yếu dựa trên chỉ số phát triển con người của quốc gia đó. Chỉ số phát triển con người lại phụ thuộc rất nhiều vào yếu tố sức khỏe của mỗi cá nhân. Do đó, việc cung cấp cho người dân nguồn thực phẩm chất lượng, đảm bảo an toàn vệ sinh thực phẩm là yêu cầu cấp thiết và là nhiệm vụ hàng đầu trong chiến lược phát triển bền vững của mỗi quốc gia.

Ở nước ta, vấn đề ATTP luôn được Đảng và Nhà nước chú trọng với việc xây dựng và ban hành các văn bản pháp luật quy định về ATTP. Ngày 26/7/2003, Ủy ban thường vụ Quốc hội khóa XI đã thông qua Pháp lệnh vệ sinh ATTP, gồm 07 chương với 54 điều, có hiệu lực chính thức vào ngày 01/11/2003⁸. Một trong những nội dung mới của Pháp lệnh là đã quy định “kinh doanh thực phẩm là kinh doanh có điều kiện” (Điều 4). Có thể nói đây là văn bản pháp luật đầu tiên quy định tương đối đầy đủ các khía cạnh quản lý nhà nước (QLNN) về vệ sinh ATTP.

Để đáp ứng những yêu cầu mới về tình hình ATTP, năm 2010, Quốc hội khóa XII đã thông qua Luật ATTP, có hiệu lực chính thức từ ngày 01/7/2011, thay thế Pháp lệnh vệ sinh ATTP năm 2003. Luật ATTP năm 2010 quy định khá đầy đủ về QLNN đối với ATTP trong thời kỳ mới, cụ thể: quy định về quyền và nghĩa vụ của tổ chức, cá nhân trong bảo đảm ATTP; điều kiện bảo đảm an toàn đối với thực phẩm, sản xuất, kinh doanh thực phẩm và nhập khẩu, xuất khẩu thực phẩm; quảng cáo, ghi nhãn thực phẩm;

kiểm nghiệm thực phẩm; phân tích nguy cơ đối với ATTP; phòng ngừa, ngăn chặn và khắc phục sự cố về ATTP; thông tin, giáo dục, truyền thông về ATTP; trách nhiệm QLNN về ATTP.

Đồng thời, Chính phủ đã ban hành các văn bản pháp luật cụ thể hướng dẫn thi hành luật và điều chỉnh chi tiết các vấn đề phát sinh liên quan đến ATTP, như Nghị định số 38/2012/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật ATTP; Nghị định số 178/2013/NĐ-CP quy định xử phạt VPHC về ATTP (thay thế Nghị định số 91/2012/NĐ-CP); và các Thông tư hướng dẫn với từng nội dung cụ thể. Ngoài ra, vấn đề ATTP còn được đề cập trong các nghị quyết của Quốc hội, chương trình hành động, chiến lược quốc gia⁹. Đặc biệt, trong Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 1999, sửa đổi bổ sung năm 2009 có hẳn một điều về “Tội vi phạm quy định về vệ sinh ATTP”¹⁰ với mức phạt tù từ 01 năm đến 15 năm tùy theo hậu quả của hành vi phạm tội gây ra. Gần đây nhất, BLHS năm 2015 quy định tại Điều 317 về Tội vi phạm quy định về vệ sinh ATTP, theo đó, việc xử lý hình sự căn cứ theo quy định về “cấu thành hình thức” chứ không phải cấu thành vật chất như trước đây, cho phép có thể xử lý ngay khi diễn ra hành vi phạm tội mà không cần phải đợi đến khi xảy ra hậu quả của việc phạm tội; mức phạt tù có thể lên tới 20 năm tù giam. Đây có thể được coi như một bước đột phá trong cuộc chiến với tình trạng “thực phẩm bẩn” đang diễn ra hàng ngày, gây bất an trong cộng đồng thời gian qua.

8 Xem thêm: Trần Ngọc, “Tuần heo chết, heo bơm nước vào chợ đầu mối”, <http://plo.vn/thoi-su/xa-hoi/tuon-heo-chet-heo-bom-nuoc-vao-cho-dau-moi-610184.html> (truy cập ngày 10/05/2016).

9 Xem thêm: Pháp lệnh vệ sinh ATTP năm 2003.

10 Xem: “Pháp luật ATTP qua thực tiễn áp dụng tại các chợ đầu mối TP. Hồ Chí Minh và định hướng hoàn thiện”, Đề tài nghiên cứu khoa học cấp Thành phố (Trương Văn Quyền chủ nhiệm), 2013, tr. 31-34.

Nhìn chung, các văn bản pháp luật đã quy định tương đối toàn diện về các nội dung đảm bảo ATTP, tạo ra hành lang pháp lý khá vững chắc để thực hiện công tác QLNN trong lĩnh vực này. Tuy nhiên, việc vận dụng những quy định chung này vào thực tiễn hoạt động sản xuất, kinh doanh ở các địa phương, khu vực, trong đó có hệ thống các chợ đầu mối TP. Hồ Chí Minh vẫn còn tồn tại nhiều khó khăn, bất cập, dẫn đến hiệu quả đảm bảo ATTP chưa cao.

3. Khó khăn khi áp dụng pháp luật về an toàn thực phẩm tại các chợ đầu mối TP. Hồ Chí Minh và kiến nghị

Đóng vai trò số một trong cung cấp và phân phối hàng hóa, thực phẩm trên địa bàn thành phố và các vùng lân cận, hệ thống các chợ đầu mối tại TP. Hồ Chí Minh đang là trọng điểm trong công tác bảo đảm ATTP của thành phố. Quá trình quản lý điều hành hoạt động sản xuất, kinh doanh tại đây, việc áp dụng các quy định của pháp luật về ATTP đã bộc lộ một số khó khăn, vướng mắc nhất định, ảnh hưởng đến hiệu quả đảm bảo ATTP trên địa bàn thành phố.

- Một là, sự chồng chéo trong công tác quản lý và xử phạt vi phạm về ATTP tại chợ đầu mối

Theo quy định, các Bộ Y tế, Bộ Công thương, Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn, Bộ Khoa học và Công nghệ, Ủy ban nhân dân (UBND) các cấp đều có trách nhiệm QLNN về ATTP¹¹. Tại TP. Hồ Chí Minh, để xử lý một vụ việc vi phạm ATTP trên địa bàn, trách nhiệm thuộc về các cơ quan: Sở Y tế (Chi cục An toàn vệ sinh thực phẩm), Sở Công thương (Thanh tra Quản lý thị trường), Sở Nông nghiệp và Phát triển

nông thôn (Chi cục Thú y và Kiểm nghiệm chất lượng nông sản), Sở Khoa học và Công nghệ (Cơ quan Kiểm định chất lượng), Cơ quan Công an về môi trường. Tại cuộc họp trực tuyến giữa các bộ, ban, ngành 63 tỉnh thành về vệ sinh ATTP ngày 26/4/2012, Cục trưởng Cục Phòng chống tội phạm và môi trường - Bộ Công an đã dẫn chứng một vụ việc và kết luận rằng, việc cả 4 cơ quan nhà nước cùng bắt tay nhau để quản lý “bó rau, mớ thịt, con cá” trong bữa ăn của người dân là bất hợp lý và hầu như không phát huy tác dụng¹². Rõ ràng, tình trạng các cơ quan nhà nước quản lý lỏng lẻo và không đồng bộ, chồng lấn trách nhiệm đang tạo ra những kẽ hở lớn cho vi phạm pháp luật về ATTP.

Do đó, theo chúng tôi, cần phân định rõ trách nhiệm của các cơ quan QLNN về ATTP tại các chợ đầu mối. Trong đó, giao trách nhiệm quản lý chính về ATTP cho Sở Y tế TP. Hồ Chí Minh hoặc thành lập một cơ quan QLNN độc lập về vệ sinh ATTP, trực thuộc UBND Thành phố. Các cơ quan thuộc các sở, ban, ngành khác có trách nhiệm cử chuyên viên hỗ trợ, phối hợp cũng như trợ giúp Sở Y tế trong công tác báo cáo, thanh tra, kiểm tra, tuyên truyền giáo dục. Riêng phát hiện, ngăn chặn và xử lý vi phạm vệ sinh ATTP, phối hợp chính với Sở Y tế là lực lượng Cảnh sát môi trường.

- Hai là, hành vi vi phạm pháp luật về ATTP chủ yếu chỉ bị xử phạt VPHC

Theo quy định, các trường hợp vi phạm quy định về ATTP sẽ bị xử phạt VPHC hoặc xử lý hình sự. Mức cao nhất của hình thức phạt tiền đối với mỗi hành vi VPHC về ATTP là 100.000.000 đồng đối với cá nhân và 200.000.000 đồng đối với tổ chức.

11 Điều 244 BLHS năm 1999, sửa đổi, bổ sung năm 2009.

12 Xem: Chương X, Luật ATTP năm 2010.

Trường hợp áp dụng mức phạt cao nhất của khung tiền phạt mà vẫn còn thấp hơn 3,5 lần tổng giá trị thực phẩm vi phạm (đối với cá nhân vi phạm), hoặc thấp hơn 7 lần tổng giá trị thực phẩm vi phạm (đối với tổ chức vi phạm) thì mức phạt được áp dụng bằng 3,5 lần tổng giá trị thực phẩm vi phạm tại thời điểm vi phạm đối với cá nhân, hoặc 7 lần tổng giá trị thực phẩm vi phạm tại thời điểm vi phạm đối với tổ chức¹³. Tuy nhiên, theo số liệu thống kê từ Cục ATTP trong tháng 4/2016, các trường hợp vi phạm quy định về ATTP chủ yếu chỉ bị xử phạt VPHC với hình thức phạt tiền (số tiền chỉ từ con số vài triệu đồng đến vài chục triệu đồng), thu hồi, tiêu hủy hàng hóa kém chất lượng¹⁴. Rõ ràng, hình thức xử lý vi phạm như trên chưa tương xứng với hành vi và hậu quả. Các biện pháp xử phạt được các cơ quan có thẩm quyền áp dụng còn rất nhẹ so với mức độ vi phạm của chủ thể kinh doanh, nên chưa đủ sức răn đe và hiệu quả phòng ngừa vi phạm là rất thấp. Chính vì thế, hàng ngày vẫn có hàng chục tấn cá, thịt, rau củ quả không đảm bảo ATTP được ngang nhiên mua bán tại các chợ đầu mối.

Do đó, cơ chế xử lý vi phạm cần nghiêm khắc và mang tính răn đe cao hơn. Đối với xử lý hành chính, hình thức phạt tiền cần tăng mức tiền phạt cho mỗi hành vi vi phạm của cá nhân và tổ chức, cả mức tối thiểu và tối đa; đồng thời tăng cường áp dụng các hình thức xử phạt bổ sung, biện pháp khắc phục hậu quả trong nhiều trường hợp vi phạm. Đối với xử lý hình sự, BLHS năm 2015 đã chuyển Tội vi phạm quy định

về vệ sinh ATTP thành cấu thành hình thức và tăng mức phạt tù tối đa cho tội này lên đến 20 năm tù giam. Quy định này là một hướng đi đúng đắn và pháp luật về ATTP cần có những quy định mới kịp thời để đồng bộ và cụ thể hóa điều luật này của BLHS năm 2015.

- Ba là, thiếu sự phối hợp và liên kết giữa các khâu sản xuất - cung ứng - lưu thông thực phẩm tại các chợ đầu mối tại TP. Hồ Chí Minh và các vùng, địa phương

Hiện nay, 80% lượng lương thực, thực phẩm tiêu thụ ở TP. Hồ Chí Minh được nhập từ các tỉnh trong khu vực và lân cận¹⁴. Tuy nhiên, việc cung ứng nguồn thực phẩm này còn mang tính tự phát, nhỏ lẻ do tư nhân đảm nhiệm và chưa có sự phối hợp chặt chẽ giữa các khâu từ sản xuất đến tiêu thụ. Công tác đảm bảo ATTP, kiểm định chất lượng hàng hóa tại các chợ đầu mối Tp. Hồ Chí Minh gặp rất nhiều khó khăn, vướng mắc.

Để có sự phối hợp chặt chẽ giữa các khâu từ sản xuất đến tiêu thụ, chúng ta có thể tham khảo kinh nghiệm quản lý theo mô hình chuỗi lưu thông thực phẩm “từ trang trại đến bàn ăn” của các nước. Ở Trung Quốc và Thái Lan, các cơ quan chức năng không chỉ kiểm tra hàng hóa thực phẩm ở khâu cuối cùng trước khi đưa vào tiêu dùng, mà tiến hành kiểm tra, giám sát theo từng mắt xích, từng công đoạn từ khâu sản xuất, khâu chế biến - đóng gói - vận chuyển đến khâu tiêu thụ. Mặt khác, Chính phủ các nước còn quan tâm đặc biệt đến vấn đề làm sạch môi trường nơi sản xuất, đảm bảo chất lượng đầu vào, tiêu chuẩn hóa sản phẩm đầu

13 Xem: Điều 4 Nghị định số 178/2013/NĐ-CP quy định xử phạt VPHC về ATTP.

14 Một đơn vị bắt quả tang vụ vận chuyển 3.000 tấn mỡ thối đang được chuyển đến một cửa hàng kinh doanh lòng heo tại chợ đầu mối. Chủ cửa hàng cho rằng, đó là mỡ dùng làm thức ăn gia súc, không phải cho người; Thanh tra Y tế cho rằng, đây chưa phải là thực phẩm, vì nó vẫn còn trong giai đoạn là mỡ; Thanh tra Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn trả lời vì được bày bán trong cửa hàng thì chắc chắn là thực phẩm, đủ cơ sở tịch thu, xử lý (Theo <http://www.congan.com.vn/?mod=detnews&catid=942&id=470257> truy cập ngày 11/05/2016).

ra, tăng cường giám sát và cảnh báo chặt chẽ thị trường. Nhờ đó, đã tạo ra một chuỗi liên kết có hệ thống đảm bảo chất lượng thực phẩm tốt nhất khi đến tay người tiêu dùng.

Liên minh châu Âu - EU sử dụng “hệ thống cảnh báo nhanh từ xa” (RASFF). Hệ thống này có một cơ sở dữ liệu giúp các nước thành viên có thể sử dụng để liên lạc với các nước khác nếu phát hiện thực phẩm không an toàn và đưa ra biện pháp xử lý là loại bỏ tại biên giới các nước thành viên EU hoặc sẽ bị thu hồi nếu đã có mặt tại thị trường EU. Đồng thời, ngay lập tức thông báo cho Ủy ban châu Âu (EC) sử dụng RASFF nếu có bất kỳ thông tin gì về các rủi ro nghiêm trọng cho sức khỏe từ mặt hàng thực phẩm trên thị trường của họ và hệ thống RASFF sẽ đánh giá các báo cáo. Song song với hệ thống RASFF là “lực lượng phản ứng nhanh về ATTP” gồm các cơ quan chuyên trách về ATTP. Khi phát hiện nguồn thực phẩm kém chất lượng, lực lượng này sẽ nhanh chóng có mặt và ngay lập tức thực hiện các biện pháp xử lý cần thiết để ngăn chặn không cho nguồn thực phẩm này xâm nhập vào các nước EU.

Tham khảo kinh nghiệm từ mô hình này, cơ quan quản lý các chợ đầu mối tại TP. Hồ Chí Minh có thể liên tục cập nhật và nắm bắt thông tin từ các vùng sản xuất, nhập khẩu thực phẩm về chất lượng của thực phẩm để đề ra các giải pháp mang tính phòng ngừa. Nếu phát hiện nguồn thực phẩm không đảm bảo các yêu cầu ATTP thì ngay lập tức, Thanh tra Sở Y tế, lực lượng Cảnh sát môi trường phải tiêu hủy hoặc trả về nơi xuất phát; đồng thời, công bố công khai ngay tại bảng tin các chợ, trên các

phương tiện thông tin đại chúng, tại các cửa ngõ giao nhận thực phẩm về nguồn thực phẩm không đảm bảo chất lượng nhằm thông tin kịp thời đến người tiêu dùng. Bên cạnh đó, UBND TP. Hồ Chí Minh cần tăng cường triển khai chương trình “Liên kết ngành giữa TP. Hồ Chí Minh và các tỉnh thành trong vùng kinh tế trọng điểm phía Nam, các tỉnh thành trong và ngoài nước”, “Kết nối doanh nghiệp sản xuất, doanh nghiệp phân phối trên địa bàn thành phố” để tìm kiếm các đơn vị, đối tác tham gia chuỗi ATTP và đưa hàng hóa đảm bảo an toàn vào hệ thống phân phối chợ đầu mối và trên địa bàn thành phố.

- Bốn là, còn thiếu các quy định điều chỉnh trực tiếp về ATTP tại các chợ đầu mối

Hệ thống các chợ đầu mối trên địa bàn TP. Hồ Chí Minh đã được xây dựng và đi vào hoạt động với những đặc thù riêng biệt so với chợ dân sinh truyền thống. UBND TP. Hồ Chí Minh đã có những đề xuất xây dựng, hoàn thiện hệ thống chợ đầu mối và quy định về tăng cường công tác bảo đảm ATTP trên địa bàn thành phố, như: Chỉ thị số 26/2014/CT-UBND ngày 17/9/2014 về việc tăng cường các giải pháp nhằm đảm bảo ATTP trên địa bàn TP. Hồ Chí Minh; Quyết định số 14/2014/QĐ-UBND ban hành Quy định cấp Giấy chứng nhận cơ sở đủ điều kiện ATTP đối với cơ sở kinh doanh dịch vụ ăn uống; Chỉ thị số 18/2009/CT-UBND về việc tăng cường kiểm tra, chấn chỉnh các vi phạm trong kinh doanh sản phẩm động vật đông lạnh nhập khẩu; Quyết định số 16/2008/QĐ-UBND ban hành Quy chế phối hợp liên ngành trong hoạt động đảm bảo vệ sinh ATTP trên địa bàn thành phố.

15 Theo: <http://vfa.gov.vn/thanh-kiem-tra/tin-xu-ly-vi-pham-hanh-chinh-an-toan-thuc-pham-thang-4-nam-2016.html> (truy cập ngày 10/5/2016).

16 Theo: http://wcag.mard.gov.vn/pages/news_detail.aspx?NewsId=30018 (truy cập ngày 10/5/2016).

Tuy nhiên, các văn bản này đang là các chủ trương, kế hoạch áp dụng chung cho thành phố mà chưa chú trọng đến vấn đề kiểm tra, giám sát thực phẩm, cũng như trách nhiệm, nghĩa vụ của các chủ thể hoạt động tại các chợ đầu mối. Chính lỗ hổng pháp lý này dẫn đến tình trạng lộn xộn, bết tắc trong khâu quản lý ATTP, đảm bảo vệ sinh môi trường tại các chợ đầu mối trên địa bàn. Việc xử phạt vi phạm an toàn vệ sinh thực phẩm còn quá nhẹ, chưa triệt để và chủ yếu dựa vào nội quy của các chợ chứ chưa được điều chỉnh bởi một văn bản cụ thể từ UBND thành phố.

Một trong những yêu cầu cấp bách đặt ra là cần xây dựng các quy định cụ thể điều chỉnh hoạt động sản xuất, kinh doanh tại các chợ đầu mối, không chỉ trên địa bàn TP. Hồ Chí Minh mà còn trên phạm vi cả nước, trong đó đặc biệt chú trọng đến trách nhiệm của cơ quan quản lý, tiêu thương kinh doanh tại chợ và biện pháp xử lý vi phạm pháp luật ATTP.

- Năm là, nhận thức của các chủ thể hoạt động trong chợ đầu mối về đảm bảo ATTP còn hạn chế

Là nơi cung cấp nguồn thực phẩm cho khắp thành phố, việc đảm bảo ATTP trong kinh doanh, buôn bán ở chợ đầu mối phải chịu sự điều chỉnh của pháp luật về ATTP. Vì thế, các chủ thể tham gia vào hoạt động của chợ đầu mối cũng phải tuân thủ các quy định này, bao gồm: Cơ quan QLNN về ATTP (Thanh tra Sở Y tế về An toàn vệ sinh thực phẩm, Chi cục Thú y, lực lượng Cảnh sát môi trường); Ban quản lý chợ, doanh nghiệp kinh doanh và khai thác chợ đầu mối, các thương nhân thực hiện hoạt động mua bán, dịch vụ tại các chợ và các chủ thể khác. Theo đó, các chủ thể có quyền và nghĩa vụ nhất định khi tham gia vào hoạt động của các chợ đầu mối nhằm đảm bảo chất lượng,

vệ sinh ATTP. Tuy nhiên, việc thực hiện những quyền và nghĩa vụ này còn chưa triệt để, xuất phát từ nhận thức chưa đầy đủ của các chủ thể về tác hại nghiêm trọng của thực phẩm bẩn cũng như vai trò của mình trong việc đảm bảo ATTP. Các cơ quan QLNN còn lỏng lẻo trong khâu kiểm tra, kiểm soát đầu vào cho đến đầu ra; Ban quản lý chợ chưa sâu sát đến từng cơ sở kinh doanh; các doanh nghiệp và thương nhân kinh doanh chỉ chạy theo lợi nhuận, coi thường pháp luật, còn người tiêu dùng thì vẫn thờ ơ, vô cảm trước những hành vi vi phạm ATTP. Chính từ nhận thức chưa đúng đắn có tính chất dây chuyền này đã vô tình tiếp tay cho những hành vi trục lợi, vi phạm pháp luật ATTP, nên tại các chợ đầu mối ở TP. Hồ Chí Minh, pháp luật quy định một đường, thực tế áp dụng vào kinh doanh một nẻo và thực phẩm bẩn trở nên “gần gũi” với người dân hơn bao giờ hết.

Tình trạng trên đòi hỏi UBND TP. Hồ Chí Minh cần tăng cường các biện pháp nâng cao ý thức đảm bảo ATTP cho nhân dân, cả người kinh doanh và người tiêu dùng. UBND thành phố cần có những quy định cụ thể hơn về quyền và nghĩa vụ, trách nhiệm của các chủ thể hoạt động tại các chợ đầu mối, xử lý nghiêm các trường hợp vi phạm nhằm răn đe, phòng ngừa; đảm bảo các kênh truyền thông, liên lạc luôn thông tin đầy đủ, chính xác, phản ánh kịp thời tình hình ATTP đến các chủ thể tại chợ đầu mối và người tiêu dùng; thường xuyên thực hiện công tác tập huấn kiến thức, tuyên truyền, giáo dục về ATTP nhằm nâng cao nhận thức của chủ thể kinh doanh, tiêu dùng. Ngoài ra, cần phải quy định chế độ khen thưởng cụ thể, rõ ràng cho các cá nhân, tổ chức thực hiện tốt công tác vệ sinh ATTP; “thưởng nóng” bằng tiền, hiện vật cho cá nhân nào phát hiện, tố giác hành vi vi phạm ATTP ■

CÓ ĐƯỢC BẢO LÃNH BẰNG TÀI SẢN CỤ THỂ VÀ VIỆC BẢO LÃNH QUYỀN SỬ DỤNG ĐẤT?

TUỶNG DUY LƯỢNG*

Trong phần lớn các biện pháp bảo đảm được quy định tại Mục 3 Chương XV Phần thứ ba “Nghĩa vụ và Hợp đồng” của Bộ luật Dân sự năm 2015 (BLDS 2015), người có nghĩa vụ phải dùng tài sản thuộc quyền sở hữu, quyền sử dụng hợp pháp của mình để bảo đảm cho nghĩa vụ của chính mình. Tuy nhiên, không phải lúc nào bên có nghĩa vụ cũng có tài sản để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ của mình, nên cần có một người khác có tài sản đứng ra bảo đảm nghĩa vụ cho người có nghĩa vụ, được gọi là bảo lãnh. Bảo lãnh, một trong những biện pháp bảo đảm khá hiệu quả, là miếng ghép làm cho các biện pháp bảo đảm trong BLDS thêm hoàn chỉnh.

1. Các phương thức bảo đảm trong bảo lãnh

Theo quy định tại khoản 1 Điều 335 BLDS 2015 thì “1. Bảo lãnh là việc người thứ ba (sau đây gọi là bên bảo lãnh) cam kết với bên có quyền (sau đây gọi là bên nhận bảo lãnh) sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ (sau đây gọi là bên được bảo lãnh), nếu khi đến thời hạn thực hiện nghĩa vụ mà bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ”.

Tại các Điều 366 BLDS 1995, Điều 361 BLDS 2005 đều có quy định về bảo lãnh với nội dung cơ bản giống như quy định tại khoản 1 Điều 335 nêu trên.

Các trường hợp bảo đảm mà bên có nghĩa vụ tự bảo đảm cho nghĩa vụ của mình thì dù cách thể hiện trong mỗi điều luật có

thể khác nhau, nhưng chúng có điểm chung là các điều luật đó đều thể hiện nổi bật nội dung bên bảo đảm phải dùng các tài sản cụ thể thuộc quyền sở hữu của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Ví dụ: Cầm cố là việc một bên giao tài sản thuộc quyền sở hữu của mình...; Thế chấp là việc một bên dùng tài sản thuộc quyền sở hữu của mình...; Đặt cọc là việc một bên giao cho bên kia một khoản tiền...; Ký cược là giao cho bên cho thuê một khoản tiền...; Ký quỹ là bên có nghĩa vụ gửi một khoản tiền...

Đối với biện pháp bảo đảm bằng bảo lãnh thì nội dung thể hiện trong các điều luật tại các BLDS trước đây và hiện nay đều không quy định rõ bảo lãnh bằng tài sản cụ thể. Bảo lãnh chỉ là “cam kết với bên có quyền sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ...”.

* Nguyên Phó Chánh án Tòa án nhân dân tối cao.

Có lẽ do kỹ thuật thể hiện trong điều luật về bảo lãnh, cùng với quy định khác như: Trong BLDS 2005 có quy định về “hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất (QSDĐ)”, nhưng lại không quy định về “hợp đồng bảo lãnh bằng QSDĐ”; Luật Công chứng cũng chỉ có quy định về thủ tục công chứng hợp đồng thế chấp bất động sản (Điều 46, 47), không quy định hợp đồng bảo lãnh bất động sản, nên chúng là nguyên nhân dẫn đến từ trước đến nay luôn tồn tại những quan điểm khác nhau về phạm vi bảo lãnh, phương thức bảo lãnh.

Quan điểm thứ nhất cho rằng, tất cả các biện pháp thuộc cùng một nhóm biện pháp bảo đảm không bằng tài sản cụ thể bao gồm bảo lãnh, bảo đảm bằng tín chấp, phạt vi phạm (BLDS 1995 quy định cũng là biện pháp bảo đảm). Do đó, những người theo quan điểm này đều cho rằng biện pháp bảo đảm bằng bảo lãnh chỉ là biện pháp bảo đảm chung bằng toàn bộ tài sản của mình. Do đó, bên bảo đảm không được đem tài sản cụ thể thuộc quyền sở hữu, sử dụng hợp pháp của mình ra bảo lãnh. Quan điểm nói trên không chỉ là của một số nhà nghiên cứu, lãnh đạo của đơn vị quản lý nhà nước về giao dịch bảo đảm, người áp dụng pháp luật, mà sau đó đã trở thành ý kiến chính thống của nhiều cơ quan, đã được phản ánh ngay trong một số văn bản pháp luật. Dưới đây là một vài dẫn chứng cụ thể:

Khi hướng dẫn áp dụng BLDS 2005, Luật Đất đai năm 2003 tại Điều 31 Nghị định số 84/2007/NĐ-CP ngày 25/5/2007 của Chính phủ quy định:

“1. Bảo lãnh bằng QSDĐ và tài sản gắn liền với đất theo quy định của Luật Đất đai được hiểu là thế chấp bằng QSDĐ cho người thứ ba vay vốn theo quy định của BLDS (sau đây gọi chung là thế chấp bằng QSDĐ).

2. Việc đăng ký thế chấp bằng QSDĐ và tài sản gắn liền với đất đối với trường hợp hộ gia đình, cá nhân đã được cấp Giấy chứng nhận được quy định như sau:

a) Trường hợp hồ sơ đăng ký thế chấp nộp tại Văn phòng đăng ký QSDĐ cấp huyện thì Văn phòng đăng ký QSDĐ đó có trách nhiệm thực hiện thủ tục đăng ký thế chấp ngay trong ngày nhận đủ hồ sơ hợp lệ; nếu nhận hồ sơ sau ba (03) giờ chiều thì thực hiện thủ tục đăng ký chậm nhất là ngày làm việc tiếp theo;

b) Trường hợp hồ sơ đăng ký thế chấp nộp tại Ủy ban nhân dân (UBND) xã thì cán bộ địa chính xã (được ủy quyền của Văn phòng đăng ký QSDĐ cấp huyện) có trách nhiệm kiểm tra, nếu hồ sơ thế chấp hợp lệ thì làm thủ tục đăng ký thế chấp, ký xác nhận và đóng dấu của UBND xã ngay trong ngày nhận đủ hồ sơ hợp lệ, chậm nhất là ngày làm việc tiếp theo.

3. Việc đăng ký thế chấp bằng QSDĐ và tài sản gắn liền với đất đối với trường hợp hộ gia đình, cá nhân chưa có Giấy chứng nhận nhưng có một trong các loại giấy tờ quy định tại các khoản 1, 2 và 5 Điều 50 của Luật Đất đai được thực hiện tại Văn phòng đăng ký QSDĐ cấp huyện. Trong thời hạn không quá năm (05) ngày làm việc, kể từ ngày nhận đủ hồ sơ hợp lệ, Văn phòng đăng ký QSDĐ cấp huyện có trách nhiệm thực hiện thủ tục đăng ký thế chấp.

4. Bộ Tài nguyên và Môi trường hướng dẫn việc thực hiện thủ tục đăng ký thế chấp quy định tại điểm b khoản 2 Điều này”.

Khoản 4 Điều 72 Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 của Chính phủ về giao dịch bảo đảm cũng quy định “Việc bảo lãnh bằng QSDĐ, quyền sử dụng rừng, quyền sở hữu rừng sản xuất là rừng trồng theo quy định tại Nghị định số 181/2004/NĐ-CP ngày 29/10/2004 của

Chính phủ về thi hành Luật Đất đai, quy định tại khoản 5 Điều 32, khoản 4 Điều 33, khoản 4 Điều 34, khoản 4 Điều 35 và khoản 1 Điều 36 Nghị định số 23/2006/NĐ-CP ngày 03/3/2006 của Chính phủ về thi hành Luật Bảo vệ và phát triển rừng và các văn bản hướng dẫn thi hành được chuyển thành việc thế chấp QSDĐ, quyền sử dụng rừng, quyền sở hữu rừng sản xuất là rừng trồng của người thứ ba”.

Tại điểm 2.1 khoản 2 Mục 2 Thông tư liên tịch số 03/2006/TTLT-BTP-BTNMT ngày 13/6/2006 của Bộ Tư pháp và Bộ Tài nguyên và Môi trường sửa đổi, bổ sung một số quy định của Thông tư liên tịch số 05/2005/TTLT-BTP-BTNMT ngày 16/6/2005 của Bộ Tư pháp, Bộ Tài nguyên và Môi trường hướng dẫn việc đăng ký thế chấp, bảo lãnh bằng QSDĐ và tài sản gắn liền với đất và tại điểm a tiểu mục 1.1 mục 1 Phần I Thông tư liên tịch số 04/2006/TTLT-BTP-BTNMT ngày 13/6/2006 hướng dẫn việc công chứng, chứng thực hợp đồng, văn bản thực hiện QSDĐ cũng coi “Hợp đồng chuyển đổi, chuyển nhượng, tặng cho, thuê, thuê lại QSDĐ; hợp đồng thế chấp QSDĐ, hợp đồng thế chấp QSDĐ của người thứ ba mà Luật Đất đai gọi là bảo lãnh bằng QSDĐ (gọi là hợp đồng thế chấp QSDĐ); hợp đồng góp vốn bằng QSDĐ; di chúc để thừa kế QSDĐ, văn bản phân chia thừa kế QSDĐ, văn bản nhận thừa kế QSDĐ trong trường hợp người nhận thừa kế là người duy nhất (sau đây gọi là hợp đồng, văn bản về QSDĐ)”.

Những quy định trong các bộ luật, luật (BLDS 2005, Luật Công chứng, Luật Đất đai...) và nội dung hướng dẫn được trích dẫn trên đây đưa đến hai kết luận: một là các luật nói trên còn thể hiện sự thiếu nhất quán; hai là những văn bản dưới luật hướng dẫn về việc người thứ ba bảo đảm cho nghĩa vụ

của người khác được gọi là thế chấp... là không phù hợp quy định của BLDS 2005 về biện pháp bảo đảm bằng hình thức “Thế chấp tài sản” được quy định từ Điều 342 đến Điều 357 và biện pháp bảo đảm bằng hình thức “Bảo lãnh” được quy định từ Điều 361 đến Điều 371 và Luật Đất đai năm 2003.

Hướng dẫn trong các văn bản dưới luật nêu trên là nguyên nhân dẫn đến những trường hợp người thứ ba bảo đảm cho khoản vay của người khác trong các hợp đồng tín dụng, các ngân hàng thương mại thể hiện theo hướng đồng nhất giữa thế chấp và bảo lãnh hoặc có sự pha trộn giữa “thế chấp” và “bảo lãnh” trong các hợp đồng bảo đảm.

Trong thực tế các hợp đồng bảo đảm này, nhiều ngân hàng thường đặt tên là “hợp đồng thế chấp” hoặc “hợp đồng thế chấp và bảo lãnh”, “hợp đồng thế chấp của người thứ ba”... Các hình thức của hợp đồng bảo đảm được thực hiện theo các văn bản hướng dẫn trên đây là không chuẩn xác, gây lẫn lộn giữa hai biện pháp bảo đảm, dẫn đến có những hợp đồng mẫu của tổ chức tín dụng về biện pháp bảo đảm bằng QSDĐ chưa thật rõ ràng, gây ra cách hiểu, áp dụng khác nhau. Có hội đồng xét xử khi thấy người thứ ba bảo đảm nghĩa vụ cho người có nghĩa vụ được ghi là hợp đồng thế chấp, chứ không phải là hợp đồng bảo lãnh đã cho đây là trường hợp hợp đồng bảo đảm vi phạm điều kiện có hiệu lực về hình thức của hợp đồng và tuyên bố hợp đồng vô hiệu về lý do này. Tuy nhiên, cũng có hội đồng xét xử không coi sự pha trộn giữa bảo lãnh và thế chấp hoặc người thứ ba đứng ra bảo lãnh với tên gọi là “hợp đồng thế chấp” là vi phạm nghiêm trọng, không hủy hợp đồng vì lý do này. Ví dụ:

Tại Bản án phúc thẩm số 35/2012/KDTM-PT ngày 23/5/2012 của Tòa phúc thẩm Tòa án nhân dân tối cao tại

ĐN có đoạn nhận định: "...qua xem xét hợp đồng thế chấp QSDĐ của bên thứ ba có số 119/2010 ngày 15/7/2010, bên thế chấp là ông Nguyễn Văn Chiến và bà Đỗ Hồng Hoa và hợp đồng thế chấp QSDĐ của bên thứ ba có số 122/2010 ngày 30/7/2010 bên thế chấp là ông Lê Văn Số và bà Đào Thị Mười thì thấy: Mặc dù cả 2 hợp đồng trên sử dụng từ ngữ ở phần tiêu đề chưa được chuẩn xác, nhưng xét về nội dung của cả 2 hợp đồng này thì ông Chiến và bà Hoa cũng như ông Số và bà Mười là những người có tài sản là QSDĐ đã thỏa thuận và có nội dung cam kết rõ trong hợp đồng rằng: đồng ý thế chấp tài sản là quyền sử dụng thửa đất số 3250 tờ bản đồ số 01 có diện tích 251m² tại tổ 12 theo Giấy chứng nhận QSDĐ số BB 383882 do UBND thành phố QN cấp ngày 11/5/2010 (theo hợp đồng thế chấp QSDĐ của bên thứ ba số 119/2010 ngày 15/7/2010), cũng như đồng ý thế chấp tài sản là quyền sử dụng thửa đất số L05 tờ bản đồ QHCT KDC trục đường Bàu Giang - Cầu Mới có diện tích: 100m² tại phường Chánh Lộ theo giấy chứng nhận QSDĐ số AL 454257 do UBND thành phố QN cấp ngày 08/7/2009 (theo hợp đồng thế chấp QSDĐ của bên thứ ba số 122/2010 ngày 30/7/2010 để bảo đảm nghĩa vụ thanh toán của Công ty Dũng Lực vay vốn của Ngân hàng Ngoại thương không giới hạn ở nợ gốc, nợ lãi, lãi quá hạn và phí phát sinh từ khoản nợ vay hoặc liên quan đến khoản nợ vay của các hợp đồng tín dụng được ký giữa Ngân hàng Ngoại thương và Công ty Dũng Lực. Như vậy, ông Chiến, bà Hoa và ông Số, bà Mười đã thể hiện rõ ý chí đồng ý dùng tài sản là QSDĐ của mình để bảo lãnh nhằm bảo đảm cho khoản vay

của Công ty Dũng Lực tại Ngân hàng Ngoại thương đã được lập thành văn bản và ba bên cùng ký trước Công chứng Nhà nước... và đã được đăng ký tại Văn phòng đăng ký QSDĐ là hoàn toàn hợp pháp; nhưng *Tòa án sơ thẩm xử tuyên bố vô hiệu* đối với 2 hợp đồng nói trên cùng với lời chứng thực của Công chứng viên và Văn phòng đăng ký QSDĐ là không đúng. Do đó, kháng cáo của Ngân hàng Ngoại thương không chấp nhận việc án sơ thẩm tuyên bố vô hiệu 2 hợp đồng thế chấp QSDĐ là có căn cứ nên được chấp nhận. Vì vậy, Hội đồng Xét xử phúc thẩm sửa án sơ thẩm công nhận hợp đồng thế chấp của người thứ ba là hợp pháp, không vô hiệu¹.

Như vậy, Tòa án cấp sơ thẩm xác định hợp đồng bảo đảm bị vô hiệu với lý do thực chất việc bảo đảm bằng hình thức bảo lãnh lại ghi trong hợp đồng là thế chấp, còn Tòa án cấp phúc thẩm không coi đó là căn cứ để xác định hợp đồng vô hiệu.

Sự việc phức tạp hơn khi Luật Đất đai năm 2013 được ban hành đã bỏ quyền bảo lãnh và chỉ quy định người có QSDĐ được thế chấp QSDĐ, không quy định cho người có QSDĐ được sử dụng QSDĐ để bảo lãnh nghĩa vụ cho người khác, càng góp phần củng cố, phát triển quan điểm thứ nhất.

Hiện nay, ngày càng có nhiều người cho rằng, người có QSDĐ hợp pháp được đem QSDĐ đi thế chấp, song không được dùng QSDĐ của mình đi bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ cho người khác. Quan điểm này đã từng được đăng trên báo chí. Trong một bài báo giới thiệu điểm mới của Luật Đất đai 2013, có tác giả đã viết rõ từ nay người có QSDĐ không được đứng ra bảo lãnh nghĩa vụ của

1 Tên đường sự đã được thay đổi.

người khác. Nếu người có QSDĐ, sử dụng QSDĐ là tài sản bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ cho người khác thì hợp đồng bảo lãnh không hợp pháp, sẽ vô hiệu.

Quan điểm thứ hai, cũng là quan điểm của chúng tôi: Có thể thấy nội hàm của biện pháp “thế chấp tài sản” và biện pháp “bảo lãnh” trong BLDS 2005 là rất khác nhau. Không thể đồng nhất hai biện pháp bảo đảm này làm một như đã được thể hiện trong một số văn bản dưới luật. Việc đồng nhất hoặc pha trộn hai biện pháp này không chỉ tự làm rối vấn đề mà còn làm nghèo đi một công cụ bảo đảm rất có ý nghĩa thực tiễn, không phát huy hết sức mạnh của biện pháp bảo đảm bằng hình thức bảo lãnh như nó vốn có.

Cần phải thấy nếu như các biện pháp bảo đảm khác, bên bảo đảm chỉ có một phương thức là đưa tài sản cụ thể thuộc sở hữu của mình ra để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ, thì bảo lãnh như quy định tại khoản 1 Điều 335 BLDS 2015 (BLDS 2005 là Điều 361) là bên bảo lãnh “...cam kết với bên có quyền... sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ...” là một quy định mở, luật đã trao một không gian rộng rãi cho người bảo lãnh. Với quy định đó, phạm vi bảo lãnh trở nên linh hoạt và rộng mở. Bên bảo lãnh nghĩa vụ có quyền bảo lãnh dưới rất nhiều dạng thức khác nhau, nó hoàn toàn tùy thuộc ý chí, sự tự nguyện thỏa thuận lựa chọn của hai bên, giữa bên bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh.

Dưới đây chúng tôi sẽ làm rõ các phương thức, không gian mà người bảo lãnh có thể lựa chọn, đề nghị với người nhận bảo lãnh. Người nhận bảo lãnh trên cơ sở lợi ích của mình sẽ xem xét, chấp nhận phương thức nào để giao kết hợp đồng bảo lãnh hoặc không chấp nhận.

- Phương thức bảo lãnh thứ nhất: Bên đứng ra bảo lãnh và bên có quyền (sau đây

gọi là bên nhận bảo lãnh) có thể thỏa thuận theo hướng bên bảo lãnh cam kết với bên có quyền (bên nhận bảo lãnh) sẽ dùng toàn bộ tài sản thuộc sở hữu của mình bảo đảm nghĩa vụ cho bên có nghĩa vụ; sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ (sau đây gọi là bên được bảo lãnh), nếu khi đến thời hạn thực hiện nghĩa vụ mà bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ; hoặc thỏa thuận bên bảo lãnh chỉ phải thực hiện nghĩa vụ thay cho bên được bảo lãnh trong trường hợp bên bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ được bảo lãnh. Đây được coi là bảo lãnh bằng tài sản nói chung, không giới hạn việc bảo lãnh, hai bên không liệt kê bất kỳ tài sản cụ thể nào trong hợp đồng bảo lãnh.

Ví dụ: Ông Đ là bên bảo lãnh “cam kết với ngân hàng G (bên nhận bảo lãnh) sẽ dùng toàn bộ tài sản thuộc sở hữu, quyền sử dụng... hợp pháp của mình thực hiện nghĩa vụ thay cho Công ty trách nhiệm hữu hạn K là bên có nghĩa vụ (bên được bảo lãnh), trong trường hợp Công ty trách nhiệm hữu hạn K (bên được bảo lãnh) không có khả năng thực hiện nghĩa vụ...”.

Khi điều kiện thực hiện nghĩa vụ được bảo lãnh xuất hiện: “Công ty trách nhiệm hữu hạn K (bên được bảo lãnh) không có khả năng thực hiện nghĩa vụ...” mà ông Đ (bên bảo lãnh) không tự giác thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh. Bên nhận bảo lãnh có quyền khởi kiện ông Đ (bên bảo lãnh) ra tòa án; có quyền yêu cầu tòa án áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời kê biên tài sản thuộc sở hữu của Đ (bên bảo lãnh) với số lượng đủ thực hiện nghĩa vụ được bảo lãnh. Tòa án sẽ buộc ông Đ (bên bảo lãnh) thực hiện nghĩa vụ với ngân hàng G (bên nhận bảo lãnh); sẽ quyết định cho phép phát mại tài sản thuộc sở hữu của ông Đ (bên bảo lãnh) nếu bên bảo lãnh không tự nguyện thi hành bản án.

- Phương thức bảo lãnh thứ hai: Bên bảo lãnh cam kết với bên nhận bảo lãnh sẽ dùng một hay nhiều tài sản được xác định thuộc quyền sở hữu của mình để thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ, nếu khi đến thời hạn thực hiện nghĩa vụ mà bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ. Bên bảo lãnh có thể sử dụng một hay nhiều tài sản cụ thể, được xác định rõ ràng để cam kết với bên nhận bảo lãnh. Đây là trường hợp bên đứng ra bảo lãnh đã giới hạn về số lượng tài sản dùng để bảo lãnh. Khi việc bảo lãnh xuất hiện, dù nghĩa vụ có thể lớn hơn giá trị số tài sản dùng để bảo lãnh, bên nhận bảo lãnh cũng chỉ được xử lý số tài sản bảo lãnh đó, không được xử lý những tài sản khác của bên bảo lãnh. Phần nghĩa vụ vượt quá giá trị số tài sản bảo lãnh được xác định là phần nghĩa vụ không có bảo đảm.

Ví dụ, bên bảo lãnh cam kết dùng “tài sản là căn nhà số... theo giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà số... do UBND quận K cấp...”, hoặc dùng tài sản là chiếc xe ô tô hiệu Toyota có biển số, số khung... theo giấy chứng nhận số... do Công an thành phố HN cấp ngày... và chiếc xe máy biển số... để bảo lãnh nghĩa vụ của bên B (bên được bảo lãnh).

Khi nghĩa vụ bảo lãnh xuất hiện, bên nhận bảo lãnh được xử lý các tài sản đó của bên bảo lãnh, nếu bên bảo lãnh không tự giác thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh.

Thỏa thuận bảo lãnh trong các ví dụ trên là tự nguyện, không có bất kỳ quy định nào của pháp luật cấm và không trái đạo đức xã hội, vậy tại sao lại không được?

Dưới góc độ lý luận và luật thực định về khái niệm bảo lãnh quy định tại Điều 361 BLDS 2005 và Điều 335 BLDS 2015 đã hàm chứa quyền của bên bảo lãnh trong việc

lựa chọn bảo lãnh bằng tài sản cụ thể hay bảo lãnh bằng tài sản nói chung. Nhưng vì lý do đã từng có sự nhận thức, áp dụng pháp luật sai trong thời gian vừa qua và để tránh điều đó tiếp diễn, tại khoản 3 Điều 336 BLDS 2015 đã bổ sung quy định: “Các bên có thể thỏa thuận sử dụng biện pháp bảo đảm bằng tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh”.

Với quy định này, BLDS 2015 đã khẳng định bên bảo lãnh có quyền lựa chọn phương thức bảo lãnh tài sản nói chung, không bằng tài sản cụ thể; nhưng đồng thời cũng có quyền bảo lãnh bằng việc sử dụng tài sản cụ thể để làm vật bảo lãnh. Hoặc vừa đưa ra bảo lãnh bằng tài sản cụ thể, vừa cam kết sẽ sử dụng một phần hay hai phần ba... tài sản hiện có, tài sản hình thành trong tương lai để bảo lãnh cho bên có nghĩa vụ, đều được coi là hợp pháp.

- Phương thức bảo lãnh thứ ba: bên bảo lãnh cam kết với bên nhận bảo lãnh sẽ thực hiện một công việc X cho bên nhận bảo lãnh, nếu đến thời hạn thực hiện nghĩa vụ mà bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ.

Ví dụ, A là bên bảo lãnh cam kết với H là bên nhận bảo lãnh, nếu đến thời hạn thực hiện nghĩa vụ mà Q (bên được bảo lãnh) không thực hiện nghĩa vụ, thì A sẽ xây thô cho H căn nhà có diện tích... m² tại... mà không nhận tiền công và chi phí xây dựng...

Các thỏa thuận nói trên là hoàn toàn tự nguyện, không nhằm trốn tránh nghĩa vụ với người khác, không vi phạm điều cấm của pháp luật, đạo đức xã hội, nên không thể viện dẫn bất cứ lý do gì để cho rằng người bảo lãnh không được thực hiện.

Tùy thuộc hoàn cảnh, điều kiện cụ thể mà bên bảo lãnh, bên nhận bảo lãnh lựa chọn một trong ba phương thức nói trên để

giao kết hợp đồng bảo lãnh. Các phương thức bảo lãnh nói trên hoàn toàn phù hợp với quy định của pháp luật về bảo lãnh, hoàn toàn giải thích được về mặt lý luận, nên không có cơ sở nào để cơ quan chức năng giải thích thu hẹp lại nội hàm của bảo lãnh, và việc giải thích hẹp lại khái niệm, quy định của luật phải coi là vi phạm luật, xâm phạm quyền tự do, tự nguyện cam kết, thỏa thuận cá nhân, pháp nhân mà Hiến pháp, nhiều bộ luật, luật đã quy định.

2. Bảo lãnh bằng quyền sử dụng đất

Xuất phát từ quy định của pháp luật hiện còn thiếu sự đồng nhất và chưa thật rõ ràng về bảo lãnh bằng QSDĐ, chúng tôi thấy cần phải làm rõ người có QSDĐ có được dùng QSDĐ để bảo lãnh việc thực hiện nghĩa vụ của bên có nghĩa vụ hay không.

BLDS đã quy định rất rõ tại khoản 1 Điều 105, Điều 115 rằng, QSDĐ cũng là tài sản. Đối với nhiều người dân, QSDĐ còn là tài sản quan trọng, có giá trị lớn, có nhiều ý nghĩa trong đời sống của họ. BLDS, Luật Đất đai và nhiều luật khác cũng quy định QSDĐ là đối tượng được phép lưu thông dân sự giống như nhiều tài sản khác. Mọi người dân đều có quyền tự do, tự nguyện cam kết, định đoạt tài sản của mình trong đó có QSDĐ, miễn là không xâm phạm lợi ích công, trật tự công, lợi ích chủ thể khác. Quyền này là một biểu hiện cụ thể của quyền công dân trong lĩnh vực dân sự đã được long trọng ghi nhận trong Hiến pháp năm 2013. Vậy tại sao lại cho rằng bên có QSDĐ hợp pháp, có quyền đem QSDĐ đi thế chấp để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của mình thì được công nhận là hợp pháp, nhưng lại không được dùng QSDĐ hợp pháp của mình để bảo lãnh nghĩa vụ cho người khác? Nếu thừa nhận không được dùng QSDĐ bảo lãnh nghĩa vụ cho người

khác, thì theo logic, khi bên bảo lãnh cam kết với nội dung tổng quát là dùng tài sản thuộc quyền sở hữu, quyền sử dụng của mình để bảo lãnh nghĩa vụ cho người khác, khi bên bảo lãnh không tự giác thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh thì cũng không được xử lý QSDĐ của người bảo lãnh. Nếu làm ngược lại là tự mâu thuẫn, không nhất quán.

Khi xây dựng Luật Đất đai năm 2013, vì có nhận thức sai lầm (chứ không phải chỉ là do sơ suất đã không quy định quyền bảo lãnh bằng QSDĐ của người có QSDĐ hợp pháp) cho rằng, QSDĐ không được dùng để bảo lãnh, nên không quy định về bảo lãnh QSDĐ. Nhưng không vì thế mà người dân mất quyền này. Luật Đất đai không thể đứng trên Hiến pháp năm 2013 và bây giờ là BLDS 2015. Mặt khác, vẫn còn nguyên cơ hội sửa chữa sai sót này trong thực tiễn, bởi vì Luật Đất đai cũng như các luật khác không có điều nào quy định cấm cá nhân, tổ chức bảo lãnh bằng QSDĐ, nên các chủ thể có QSDĐ hoàn toàn có quyền bảo lãnh bằng QSDĐ. Cũng không cần phải lách luật khi thực chất là bảo lãnh (hoàn toàn được áp dụng, chỉ vì hiểu sai) lại “khoác áo” thế chấp như các nghị định, thông tư đã hướng dẫn trong thời gian vừa qua.

Tuy nhiên, do còn có “rắc rối” ngay trong luật, trong khi nhận thức còn khác nhau, để không gây khó cho cá nhân, tổ chức và việc xét xử được đúng, thống nhất thì Chính phủ, Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao, trên cơ sở chức năng nhiệm vụ của mình, cần có văn bản hướng dẫn kịp thời về quyền bảo lãnh QSDĐ, và xử lý khi có tranh chấp về bảo lãnh bằng QSDĐ. Mặt khác, khi có dịp, cần bổ sung vào Điều 167 Luật Đất đai năm 2013 về việc người sử dụng đất có quyền bảo lãnh bằng QSDĐ ■

MỘT SỐ VẤN ĐỀ PHÁP LÝ VỀ THỂ CHẤP NHÀ Ở HÌNH THÀNH TRONG TƯƠNG LAI TẠI NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI

HUỲNH ANH*

Trong giao dịch bảo đảm, nhà ở hình thành trong tương lai là một dạng tài sản bảo đảm có tính chất đặc thù, đòi hỏi phải có những cơ chế pháp lý riêng biệt, cụ thể để điều chỉnh, nhằm đảm bảo an toàn cho các giao dịch dân sự, thương mại nói chung, giao dịch thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai tại các ngân hàng thương mại (NHTM) nói riêng, cũng như bảo đảm an toàn cho các thiết chế tài chính. Thời gian qua, những quy định về giao dịch thế chấp liên quan đến loại tài sản này chủ yếu dựa vào các quy định chung, nên có quá nhiều bất cập chưa giải quyết được khi áp dụng, thêm vào đó là những vấn đề mới tiếp tục phát sinh. Trong đó, vấn đề nhận diện nhà ở hình thành trong tương lai, vấn đề xác lập giao dịch và đăng ký thế chấp đang là những vấn đề đáng quan tâm.

1. Nhận diện nhà ở hình thành trong tương lai là đối tượng của hợp đồng thế chấp

Lần đầu tiên, thuật ngữ “nhà ở hình thành trong tương lai” xuất hiện trong văn bản quy phạm pháp luật như là đối tượng của giao dịch bảo đảm được nhắc đến trong Nghị định số 71/2010/NĐ-CP của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật Nhà ở (Nghị định số 71/2010/NĐ-CP). Tuy nhiên, thuật ngữ này không được giải thích trong Nghị định¹.

Trước đó, ngày 29/11/2005, Quốc hội đã thông qua Luật Nhà ở, có hiệu lực thi hành kể từ ngày 01/7/2006. Luật không đưa ra khái niệm về nhà ở hình thành trong tương lai, do đó các giao dịch liên quan đến nhà ở hình thành trong tương lai chủ yếu dựa vào luật chung - Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2005 và các văn bản hướng dẫn thi hành². BLDS năm 2005 và các văn bản hướng dẫn thi hành Bộ luật này cũng không đề cập đến thuật ngữ “nhà ở hình thành trong tương lai”, thay vào đó là những quy định chung về “tài sản hình thành trong

* **ThS, GV. Trường Đại học An Giang.**

1 Xem thêm Điều 61 Nghị định số 71/2010/NĐ-CP, quy định “Tổ chức, cá nhân mua nhà ở hình thành trong tương lai của doanh nghiệp kinh doanh bất động sản được quyền thế chấp nhà ở tại tổ chức tín dụng để vay vốn. Thủ tục thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai được thực hiện theo hướng dẫn của Ngân hàng Nhà nước”.

2 Xem Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 về Giao dịch nhà ở và và Nghị định số 11/2012/NĐ-CP ngày 22/02/2012 sửa đổi, bổ sung Nghị định số 136; Thông tư số 08/2014/TT-BTP ngày 26/02/2014 của Bộ Tư pháp và Công văn số 232/ĐKGBĐ-NV ngày 4/10/2007 của Cục Đăng ký quốc gia giao dịch bảo đảm thuộc Bộ Tư pháp.

tương lai”, nhưng cũng không có mô tả cụ thể về khái niệm tài sản hình thành trong tương lai³. Tuy nhiên, Điều 4 Nghị định số 163/2006/NĐ-CP của Chính phủ ngày 29/12/2006 về giao dịch bảo đảm (Nghị định số 163/2006/NĐ-CP) có quy định “...Tài sản hình thành trong tương lai bao gồm cả tài sản đã được hình thành tại thời điểm giao kết giao dịch bảo đảm, nhưng sau thời điểm giao kết giao dịch bảo đảm mới thuộc sở hữu của bên bảo đảm”. Với quy định “tài sản đã được hình thành” nhưng chưa thuộc sở hữu của bên bảo đảm cũng được xem là tài sản hình thành trong tương lai mà không có giải thích gì thêm nên khi vận dụng vào thế chấp tài sản là nhà ở hình thành trong tương lai đã gây nhầm lẫn với một số dạng nhà ở khác⁴, dường như không còn đúng nghĩa nhà ở “tương lai”. Vì thế trong quá trình áp dụng quy định chung này đối với thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai cũng đã gặp những vấn đề vướng mắc, cả về lý luận lẫn thực tiễn.

Đến năm 2014, Thông tư liên tịch số 01/2014/TTLT-NHNN-BXD-BTP-BTNMT ngày 25/4/2014 của Ngân hàng Nhà nước, Bộ Xây dựng, Bộ Tư pháp, Bộ Tài nguyên và Môi trường hướng dẫn thủ tục thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai theo Nghị định số 71/2010/NĐ-CP (Thông tư liên tịch số 01/2014/TTLT-NHNN-BXD-BTP-BTNMT) ra đời đã giải thích thuật ngữ nhà

ở “hình thành trong tương lai”. Theo đó, nhà ở hình thành trong tương lai được hiểu là “nhà ở đang trong quá trình đầu tư xây dựng hoặc đã hoàn thành việc xây dựng theo quy định pháp luật nhưng chưa được cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu”. Bên cạnh đó, Thông tư cũng giới hạn nhà ở hình thành trong tương lai là đối tượng của hợp đồng thế chấp chỉ gồm nhà do các tổ chức kinh doanh bất động sản xây dựng và bán cho tổ chức, cá nhân⁵.

Ngày 25/11/2014, Quốc hội đã thông qua Luật Nhà ở có hiệu lực vào ngày 01/7/2015 đã giải thích rất cô đọng và ngắn gọn về khái niệm nhà ở hình thành trong tương lai là “nhà ở đang trong quá trình đầu tư xây dựng và chưa được nghiệm thu đưa vào sử dụng”. Thông qua quy định về điều kiện thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai, Luật cũng cho thấy thế nào là nhà ở đang trong quá trình xây dựng. Theo đó, nếu đối với dự án nhà ở hình thành trong tương lai thì phải có những giấy tờ cần thiết thể hiện nhà ở sẽ hình thành gồm: hồ sơ dự án, thiết kế kỹ thuật của dự án được phê duyệt và Giấy chứng nhận hoặc quyết định giao đất, cho thuê đất của cơ quan nhà nước có thẩm quyền; đối với nhà ở hình thành trong tương lai được xây dựng trong dự án thì phải xây xong phần móng; đối với nhà ở hình thành trong tương lai do tổ chức, cá nhân xây dựng trên thửa đất ở hợp pháp của mình thì vào

3 BLDS năm 2005 khi quy định về phân loại tài sản có nhắc đến tài sản có thể được hình thành trong tương lai tại Điều 320 và khẳng định tài sản hình thành trong tương lai cũng có thể thế chấp (Điều 342).

4 Nhà ở được hình thành qua hợp đồng chuyển nhượng nhưng chưa được sang tên chẳng hạn.

5 Xem Điều 3 Thông tư liên tịch số 01/2014/TTLT-NHNN-BXD-BTP-BTNMT: “Nhà ở hình thành trong tương lai làm tài sản thế chấp là nhà ở được tổ chức, cá nhân mua của doanh nghiệp kinh doanh bất động sản trong dự án đầu tư xây dựng nhà ở mà tại thời điểm xác lập hợp đồng thế chấp nhà ở đó đang trong quá trình đầu tư xây dựng theo hồ sơ thiết kế được duyệt và Giấy phép xây dựng (đối với trường hợp phải có Giấy phép xây dựng) hoặc đã hoàn thành việc xây dựng theo quy định của pháp luật về xây dựng nhưng chưa được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất...” Theo Điều 5 có quy định nhà ở hình thành trong tương lai được phép thế chấp chỉ bao gồm đối tượng “căn hộ chung cư xây dựng trong các dự án xây dựng nhà; nhà ở riêng lẻ được xây dựng trong dự án đầu tư xây dựng nhà ở”.

thời điểm xác lập giao dịch đã có giấy phép xây dựng⁶.

Từ đó, có thể nhận diện nhà ở hình thành trong tương lai là đối tượng của hợp đồng thế chấp như sau:

Thứ nhất, nhà ở hình thành trong tương lai đang trong quá trình xây dựng (yếu tố *đang trong quá trình xây dựng* được xác định trên cơ sở đáp ứng những quy định cụ thể của pháp luật như có hồ sơ dự án, thiết kế kỹ thuật của dự án được phê duyệt,...) hoặc đã hoàn thành việc xây dựng nhưng chưa được đưa vào sử dụng. Quy định này loại trừ những tài sản đã hiện hữu có được do mua bán, tặng cho, thừa kế, trao đổi,... nhưng chưa hoàn thành việc chuyển quyền sở hữu.

Thứ hai, nhà ở hình thành trong tương lai dùng vào việc bảo đảm sẽ thuộc quyền sở hữu của bên thế chấp nhưng hiện tại chưa có giấy chứng nhận quyền sở hữu. Tức nhà ở cụ thể này chưa từng được cơ quan có thẩm quyền cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu trước đây.

2. Một số vấn đề cụ thể trong việc áp dụng pháp luật liên quan đến thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai

2.1. Một số vấn đề lý luận và thực tiễn đã được khắc phục

2.1.1 Phân biệt nhà ở hình thành trong tương lai với dạng nhà ở đã hình thành nhưng vì lý do nào đó chưa có giấy chứng nhận quyền sở hữu

Theo Nghị định số 163/2006/NĐ-CP của Chính phủ, “Tài sản hình thành trong tương lai bao gồm cả tài sản đã được hình thành tại thời điểm giao kết giao dịch bảo đảm” và theo Nghị định số 11/2012/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung Nghị định số 163/2006/NĐ-CP, tài sản bảo đảm là tài sản hình thành

trong tương lai bao gồm “... Tài sản đã hình thành và thuộc đối tượng phải đăng ký quyền sở hữu, nhưng sau thời điểm giao kết giao dịch bảo đảm thì tài sản đó mới được đăng ký theo quy định của pháp luật”. Với các quy định này, nhà ở hình thành trong tương lai được hiểu căn cứ vào quy định chung về tài sản hình thành trong tương lai như trên. Điều đó có thể hiểu rằng, nhà ở hình thành trong tương lai có thể bao gồm “tài sản đã hình thành” và “chưa có giấy chứng nhận quyền sở hữu”. Trong thực tiễn, có những trường hợp nhà ở đã hình thành và đã được sử dụng từ lâu nhưng vì lý do này hay lý do khác mà không được cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu. Nếu căn cứ vào quy định trên để xác định đây là nhà ở hình thành trong tương lai thì vô lý, không phù hợp. Bởi thực tế trong trường hợp này nhà ở đã hình thành ổn định. Ngân hàng và cả cơ quan công chứng đều gặp lúng túng trong trường hợp này.

Ngoài ra, một số trường hợp còn có sự nhầm lẫn về đối tượng là nhà ở hình thành trong tương lai và nhà ở gắn liền với quyền sử dụng đất khi thế chấp tài sản là nhà ở gắn liền với quyền sử dụng đất. Thực tế có nhiều trường hợp thế chấp tài sản là nhà ở gắn liền với quyền sử dụng đất, hồ sơ chỉ có giấy chứng nhận quyền sử dụng đất nhưng không có giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở trên đất. Điều này đã dẫn đến những tranh cãi, nếu theo hướng dẫn của Nghị định số 163/2006/NĐ-CP thì rõ ràng đây vẫn có thể xem là nhà ở hình thành trong tương lai vì thỏa mãn quy định về tài sản hình thành trong tương lai theo Nghị định số 163/2006/NĐ-CP. Tuy nhiên, quan điểm khác cho rằng, trên thực tế, đây là một giao dịch liên quan đến nhà ở đã tồn tại và trong hồ sơ thiếu phần giấy chứng nhận quyền sở

⁶ Xem thêm Điều 147. Thế chấp dự án đầu tư xây dựng nhà ở và thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai; Điều 148. Điều kiện thế chấp dự án đầu tư xây dựng nhà ở và thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai.

hữu nhà theo Luật Nhà ở năm 2005. Bởi lẽ Luật Nhà ở năm 2005 quy định giao dịch về nhà ở phải có giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà. Mặc dù sau đó cũng có những văn bản dưới luật đề cập đến thế chấp nhà ở hình thành trong lai, thế chấp tài sản hình thành trong tương lai gắn liền với quyền sử dụng đất nhưng vẫn không làm sáng tỏ vấn đề này⁷. Như vậy, trong trường hợp này có được xem là dạng nhà ở hình thành trong tương lai hay không vẫn có những quan điểm khác nhau. Đầu mối là tài sản bảo đảm trong trường hợp này? Ngân hàng có được xem nhà ở đã hình thành trên phần đất đã được thế chấp là tài sản bảo đảm không?

Thông tư liên tịch số 01/2014/TTLT-NHNN-BXD-BTP-BTNMT ra đời đã xác định nhà ở hình thành trong tương lai tại thời điểm xác lập hợp đồng thế chấp là “nhà ở đang trong quá trình đầu tư, xây dựng” hoặc “đã hoàn thành việc xây dựng theo quy định của pháp luật về việc xây dựng nhưng chưa được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà và tài sản khác gắn liền với đất”. Quy định này vẫn chưa thực sự rõ ràng vì vẫn cho rằng, nhà ở đã hoàn thành việc xây dựng cũng là nhà ở hình thành trong tương lai. Đến Luật Nhà ở năm 2014 khẳng định, nhà ở hình thành trong tương lai là nhà ở “đang trong quá trình đầu tư xây dựng” và “chưa được nghiệm thu và đưa vào sử dụng”. Yếu tố này đã xác định rõ những đối tượng là nhà ở hình thành và đã đưa vào sử dụng không thuộc dạng nhà ở hình thành trong tương lai, từ đó không còn có sự nhầm lẫn về đối tượng là nhà ở hình thành trong tương lai trong những trường hợp như đã nêu trên.

2.1.2 Phân biệt thế chấp nhà ở dưới dạng quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng và thế chấp trực tiếp nhà ở hình thành trong tương lai

Theo Luật Nhà ở năm 2005, muốn thế chấp nhà ở phải có giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở. Do vậy, căn cứ vào quy định này, chủ thể có nhà ở hình thành trong tương lai không thể thực hiện thế chấp tài sản này vì chưa có giấy chứng nhận quyền sở hữu. Thế nên, để thỏa mãn nhu cầu về vốn, người có nhà ở hình thành trong tương lai áp dụng quy định của pháp luật dân sự và các văn bản dưới luật để thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua nhà, đối tượng giao dịch ở đây là quyền tài sản chứ không phải là tài sản - nhà ở hình thành trong tương lai. Trong khi hai chế định “quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng” và “tài sản hình thành trong tương lai” là hai chế định hoàn toàn khác nhau⁸. Nhưng bởi vướng quy định của pháp luật trong quá trình vận dụng thế chấp nhà ở trong tương lai, khó thể giao kết hợp đồng thế chấp đúng luật, cơ quan công chứng cũng e ngại và từ chối việc công chứng. Do vậy, ngân hàng cũng chọn lựa hình thức nhận thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng.

Tuy nhiên, Luật Nhà ở năm 2014 đã quy định việc mua bán, thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai không buộc phải có giấy chứng nhận quyền sở hữu⁹. Điều đó đã tạo cơ sở pháp lý quan trọng cho việc thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai, trong đó nhà ở hình thành trong tương lai là đối tượng thực sự của hợp đồng thế chấp.

⁷ Xem thêm Nghị định số 163/2006/NĐ-CP, Nghị định số 71/2010/NĐ-CP, Nghị định số 83/2010/NĐ-CP ngày 27/3/2010 về đăng ký giao dịch bảo đảm và Thông tư số 20 TNMT ngày 18/11/2011 hướng dẫn việc đăng ký thế chấp quyền sử dụng đất, tài sản gắn liền với đất.

⁸ Xem thêm: Võ Đình Nho và Tuấn Đạo Thanh, Luận bàn về thế chấp tài sản hình thành trong tương lai, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số 10 năm 2009, tr. 3-11.

⁹ Xem điểm a khoản 2 Điều 118 Luật Nhà ở năm 2014.

Ngoài ra, Luật Nhà ở năm 2014 đã góp phần quan trọng phân biệt nhà ở hình thành trong tương lai và quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng liên quan đến nhà ở đã hình thành. Bởi thông qua việc xác định nhà ở hình thành trong tương lai là nhà ở “...chưa được đưa vào sử dụng” nên những nhà ở đã hình thành, sử dụng không thuộc phạm vi điều chỉnh này. Chẳng hạn trường hợp một người ký kết hợp đồng mua nhà ở đã hình thành và đã sử dụng nhưng chưa hoàn tất thủ tục chuyển quyền sở hữu thì đối với chủ thể này, đây không phải là dạng nhà ở hình thành trong tương lai. Và nếu chủ thể mua nhà muốn thế chấp thì trong trường hợp này chỉ có thể thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng.

2.1.3 Tạo được sự thống nhất giữa văn bản hướng dẫn trong đăng ký thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai và luật chuyên ngành

Khoản 2 Điều 320 BLDS năm 2005 quy định cho phép mua bán, thế chấp tài sản hình thành trong tương lai¹⁰. Đến năm 2010, Chính phủ ban hành Nghị định số 71/2010/NĐ-CP quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật Nhà ở năm 2005, tại khoản 2 Điều 61 quy định “tổ chức cá nhân mua nhà ở hình thành trong tương lai của doanh nghiệp kinh doanh bất động sản được quyền thế chấp nhà ở tại tổ chức tín dụng để vay vốn”, sau đó là Thông tư liên tịch số 01/2014/TTLT-NHNN-BXD-BTP-BTNMT đã xác định nhà ở hình thành trong tương lai tại thời điểm xác lập hợp đồng thế chấp là nhà ở “chưa được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà và tài sản khác gắn liền với đất”. Trong khi đó, tại điểm a khoản 1 Điều 91 Luật Nhà ở năm

2005 là luật chuyên ngành có quy định một trong các điều kiện để thực hiện giao dịch về nhà ở, trong đó có thể chấp về nhà ở là cá nhân, tổ chức phải “có giấy chứng nhận về nhà ở theo quy định của pháp luật”. Như vậy, không thể thực hiện thủ tục thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai theo Luật Nhà ở 2005. Do vậy, trong thực tiễn thế chấp liên quan đến nhà ở, tổ chức, cá nhân, chủ dự án hoặc người mua nhà thế chấp nhà của dự án hình thành trong tương lai dưới dạng thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng. Điều này cho thấy sự thiếu nhất quán giữa các văn bản luật, giữa văn bản luật và văn bản dưới luật khiến cho quy định thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai không thể thực hiện trong thực tiễn với tư cách nhà ở hình thành trong tương lai là đối tượng trực tiếp của hợp đồng thế chấp. Vấn đề này đã được giải quyết khi Quốc hội ban hành Luật Nhà ở năm 2014 với việc bổ sung định nghĩa và điều kiện giao dịch về nhà ở hình thành trong tương lai, theo đó nhà ở hình thành trong tương lai được mua bán, thế chấp và không yêu cầu giấy chứng nhận quyền sở hữu. Quy định này đã góp phần tạo được sự thống nhất giữa Luật Nhà ở và văn bản hướng dẫn thi hành, góp phần giải quyết được sự vướng mắc cả lý luận và thực tiễn áp dụng văn bản pháp luật.

2.2 Một số vấn đề vướng mắc phát sinh trong áp dụng

2.2.1 Vấn đề đăng ký thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai

Thứ nhất, có sự thiếu nhất quán về thủ tục đăng ký thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai.

Thực tiễn lại tiếp tục đặt ra vấn đề mới, hiện nay bên cạnh Thông tư liên tịch số

10 Xem Điều 342 BLDS năm 2005.

01/2014/TTLT-NHNN-BXD-BTP-BTNMT, Thông tư số 05/2011/TT-BTP do Bộ Tư pháp ban hành ngày 16/02/2011 được sửa đổi, bổ sung năm 2014 (Thông tư 05)¹¹ đồng thời đang có hiệu lực. Tuy nhiên, thủ tục đăng ký thế chấp tài sản là nhà ở hình thành trong tương lai là khác nhau. Thông tư liên tịch số 01/2014/TTLT-NHNN-BXD-BTP-BTNMT cũng quy định rõ là không điều chỉnh giao dịch thế chấp quyền tài sản phát sinh từ nhà ở hình thành trong tương lai và cũng không phủ nhận sự tồn tại của loại giao dịch này¹² và có thể nói đã gián tiếp thừa nhận sự tồn tại đồng thời này¹³. Do vậy, theo quy định hiện hành thì người muốn thế chấp nhà có thể chọn một trong hai cách trên để thế chấp. Theo đó, với quy định trên người thế chấp có thể lựa chọn phương án thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai theo dạng quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng, dẫn đến không đáp ứng được yêu cầu điều chỉnh và kiểm soát về thế chấp nhà ở, trong khi đó, nhà ở hình thành trong tương lai chính là đối tượng thế chấp theo quy định mới. Luật Nhà ở hiện hành cũng có quy định về áp dụng luật nhưng chưa thật sự rõ ràng và việc thế chấp theo hướng quyền tài sản cũng không thể cho là trái luật, với lập luận trường hợp

này là thế chấp quyền tài sản mà không phải là thế chấp nhà ở¹⁴.

Thông tư liên tịch số 01/2014/TTLT-NHNN-BXD-BTP-BTNMT đã yêu cầu khá nhiều điều kiện đối với đối tượng nhà ở được thế chấp¹⁵. Điều này đã khiến cho bên thế chấp cũng gặp khó khăn trong việc đáp ứng yêu cầu trong hồ sơ thế chấp¹⁶. Mặc dù, trong kinh doanh, tài sản thế chấp vốn luôn có nguy cơ rủi ro về mặt thương mại. Tuy nhiên, chúng tôi cho rằng, xuất phát từ việc hạn chế rủi ro trong việc thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai, tính toán đến khả năng xử lý tài sản thế chấp thì việc đưa ra những điều kiện xác định nhà ở hình thành trong tương lai là đối tượng của hợp đồng thế chấp là nhà ở *chắc chắn sẽ hình thành* là cần thiết, bởi đây là tài sản tiềm ẩn nhiều rủi ro hơn so với các loại tài sản đã hiện hữu. Quy định này của Thông tư liên tịch số 01/2014/TTLT-NHNN-BXD-BTP-BTNMT về những điều kiện thế chấp cũng phù hợp với Điều 148 Luật Nhà ở năm 2014¹⁷.

Theo chúng tôi, trong các văn bản hướng dẫn thi hành Luật Nhà ở liên quan đến vấn đề thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai, cần quy định các nội dung sau:

11 Thông tư số 05/2011/TT-BTP ngày 16/02/2011 của Bộ Tư pháp hướng dẫn một số vấn đề về đăng ký, cung cấp thông tin về giao dịch bảo đảm, hợp đồng, thông báo việc kê biên tài sản thi hành án theo phương thức trực tiếp, bưu điện, fax, thư điện tử tại trung tâm đăng ký giao dịch, tài sản của Cục Đăng ký quốc gia giao dịch bảo đảm thuộc Bộ Tư pháp được sửa đổi bởi Thông tư số 08/2014/TT-BTP ngày 26/02/2014 của Bộ Tư pháp.

12 Xem Điều 2 Thông tư liên tịch số 01/2014/TTLT-NHNN-BXD-BTP-BTNMT.

13 Xem khoản 6 Điều 4 Thông tư liên tịch số 01/2014/TTLT-NHNN-BXD-BTP-BTNMT có quy định "Trường hợp Nhà ở hình thành trong tương lai đang được thế chấp theo hình thức thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai thì không được tiếp tục thế chấp nhà ở đó tại tổ chức tín dụng theo quy định tại Thông tư này. Trường hợp nhà ở hình thành trong tương lai đang được thế chấp theo quy định tại Thông tư này thì không được tiếp tục thế chấp theo hình thức thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở đó".

14 Theo khoản 2 Điều 148 Luật Nhà ở hiện hành thì "Việc thế chấp dự án đầu tư xây dựng nhà ở và thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai chỉ được thực hiện theo quy định tại Luật này; các trường hợp thế chấp tài sản là dự án đầu tư xây dựng nhà ở hoặc nhà ở hình thành trong tương lai không đúng với quy định tại Luật này thì không có giá trị pháp lý".

15 Tại khoản 1 Điều 6 Thông tư liên tịch số 01/2014/TTLT-NHNN-BXD-BTP-BTNMT.

16 Xem thêm Bùi Đức Giang, Thế chấp tài sản hình thành trong tương lai... vẫn đợi, <http://www.thesaigontimes.vn/121966/The-chap-nha-o-hinh-thanh-trong-tuong-lai-van-doi.html>, truy cập ngày 10/8/2015.

17 Luật Nhà ở còn có thể yêu cầu điều kiện nhiều hơn, chẳng hạn giấy tờ chứng minh nhà ở đã giải chấp đối với nhà ở nằm trong dự án đầu tư đã thế chấp.

Một là, quy định cụ thể hơn nữa nghĩa vụ của nhà đầu tư trong hỗ trợ người mua nhà cung cấp giấy tờ liên quan trong việc thế chấp nhà ở. Có thể thấy, Thông tư liên tịch số 01/2014/TTLT-NHNN-BXD-BTP-BTNMT cũng đã có những quy định về nghĩa vụ này của doanh nghiệp kinh doanh bất động sản (nhà đầu tư) có nhà ở hình thành trong tương lai bán cho tổ chức, cá nhân được dùng để thế chấp vay vốn tại tổ chức tín dụng¹⁸. Tuy nhiên, có lẽ chưa có cơ chế hay chế tài ràng buộc nên nhà đầu tư chưa hết lòng hỗ trợ người mua nhà trong việc cung cấp giấy tờ phục vụ cho việc thế chấp nhà ở tại NHTM. Bởi lẽ, việc nhà đầu tư chuẩn bị sẵn những bản giấy tờ có công chứng¹⁹ là điều không hề khó khăn, không nhất thiết phải đưa bản gốc cho người mua nhà thực hiện công chứng.

Hai là, cần phải khẳng định rõ các giao dịch về thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai phải được thực hiện theo quy định mới, tức là nhà ở hình thành trong tương lai là đối tượng thật sự của hợp đồng thế chấp, không được thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai dưới dạng quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng theo Thông tư 05. Từ đó tạo hẳn một cơ chế pháp lý riêng đối với loại tài sản này, tránh nhập nhằng như hiện nay. Điều này cũng phù hợp với tinh thần của khoản 2 Điều 148 Luật Nhà ở năm 2014.

Thứ hai, chưa có hướng cụ thể xử lý hậu quả vấn đề một tài sản là nhà ở hình thành trong tương lai bị thế chấp nhiều lần

Trên thực tế thời gian qua, chủ đầu tư có thể sử dụng dự án đang xây dựng để thế chấp vay vốn tại ngân hàng, còn khách hàng, sau khi ký hợp đồng mua căn hộ thuộc công trình trên, có thể đem thế chấp căn hộ để vay tiền ngân hàng trả tiền mua căn hộ. Điều này dẫn đến tình trạng mâu thuẫn lợi ích trong

trường hợp ngân hàng cần xử lý tài sản thế chấp.

Để tránh trường hợp một tài sản thế chấp nhiều lần bởi chính chủ đầu tư dự án, nên trong quy định về điều kiện thế chấp tài sản tại Điều 148 Luật Nhà ở năm 2014, Luật chỉ cho phép chủ đầu tư thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai trong dự án đầu tư không nằm trong phần dự án mà chủ đầu tư đã thế chấp. Đồng thời, đối với người mua nhà của chủ đầu tư muốn thế chấp nhà ở đã mua phải thỏa mãn điều kiện không nằm trong phần dự án hoặc toàn bộ dự án mà chủ đầu tư đã thế chấp.

Quy định như vậy có thể sẽ góp phần ngăn chặn hiện tượng một tài sản bị đem thế chấp nhiều lần. Tuy nhiên, hệ quả còn lại trong thực tiễn thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai trong thời gian qua vẫn còn chưa khắc phục được, chưa có hướng dẫn cách xử lý, đồng thời những tài sản được thế chấp nhiều lần có khả năng gặp khó khăn khi xử lý tài sản bảo đảm. Như đã nêu, phổ biến là trường hợp tài sản thế chấp là một dự án tổng thể thuộc sở hữu của chủ đầu tư bất động sản, trong đó có tài sản thế chấp là căn hộ, nhà ở cụ thể do cá nhân mua. Do vậy, trong văn bản hướng dẫn cần quy định cần làm rõ cách thức xử lý và trình tự ưu tiên trong xử lý tài sản thế chấp giữa ngân hàng của chủ đầu tư và ngân hàng của cá nhân người mua nhà để tránh nhập nhằng, mâu thuẫn đối với giao dịch đã xác lập trước ngày Luật này có hiệu lực.

2.2.2 Vấn đề đăng ký chuyển đổi thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai sau khi nhà ở hoàn thành

Điều 16 Thông tư liên tịch số 01/2014/TTLT-NHNN-BXD-BTP-BTNMT có quy định, các bên trong quan hệ thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai dưới dạng

¹⁸ Xem điểm a khoản 2 Điều 10 Thông tư liên tịch số 01/2014/TTLT-NHNN-BXD-BTP-BTNMT.

¹⁹ Xem Điều 6, Điều 7, Điều 12, Điều 19 Thông tư liên tịch số 01/2014/TTLT-NHNN-BXD-BTP-BTNMT quy định về hồ sơ thế chấp, hồ sơ công chứng và hồ sơ đăng ký thế chấp.

tài sản phát sinh từ hợp đồng hoặc thế chấp trực tiếp nhà ở hình thành trong tương lai có thể yêu cầu Văn phòng đăng ký quyền sử dụng đất thực hiện việc đăng ký chuyển tiếp trước khi trao Giấy chứng nhận cho chủ sở hữu nhà ở đã hình thành.

Khoản 8 Điều 4 Thông tư liên tịch số 01/2014/TTLT-NHNN-BXD-BTP-BTNMT quy định, *trước khi thực hiện thủ tục cấp Giấy chứng nhận*, các bên có thể thỏa thuận sửa đổi, bổ sung nội dung hợp đồng thế chấp đã ký hoặc ký hợp đồng thế chấp mới. Điều này cũng không có gì khác biệt so với quy định chung của pháp luật dân sự. Nguyên tắc chung trong giao dịch dân sự là các bên hoàn toàn có thể điều chỉnh, sửa đổi hợp đồng khi họ muốn (tất nhiên không được gây thiệt hại cho lợi ích của người thứ ba). Tuy nhiên, vấn đề ở đây là khi cơ quan nhà nước cấp giấy chứng nhận nhà ở đã hình thành, tức có những thông tin mới liên quan đến tài sản thế chấp thì điều này tất yếu dẫn đến nhu cầu điều chỉnh, nhưng việc này các bên không thể thực hiện được khi chưa có Giấy chứng nhận. Do vậy, quy định này không có ý nghĩa trong thực tiễn.

Thời gian qua, để hạn chế rủi ro cho mình, các NHTM thường ký hợp đồng ba bên là ngân hàng, nhà đầu tư và người thế chấp là người mua nhà của nhà đầu tư, theo đó thỏa thuận: khi nhận Giấy chứng nhận thì nhà đầu tư có nghĩa vụ chuyển cho ngân hàng để bổ sung hồ sơ, thay vì giao cho người mua nhà. Sau khi có Giấy chứng nhận, ngân hàng chỉ ký bản bổ sung hay ký lại hợp đồng thế chấp để đưa vào đó các thông tin chính xác về nhà ở hình thành trong tương lai đã hình thành nhằm tránh các xung đột về thứ tự ưu tiên với các bên thứ ba. Điều đó cho thấy, pháp luật vẫn còn

thiếu những quy định trong điều chỉnh vấn đề này. Pháp luật cần quy định nghĩa vụ, chế tài cụ thể đối với chủ đầu tư về việc hỗ trợ ngân hàng hoàn thành hồ sơ thế chấp nhà ở khi nhà ở đã hình thành, nhằm bảo vệ lợi ích chính đáng của bên nhận thế chấp.

Ngoài ra, không có một quy định nào trong Thông tư liên tịch số 01/2014/TTLT-NHNN-BXD-BTP-BTNMT quy định Văn phòng đăng ký quyền sử dụng đất phải ghi nội dung gì trên Giấy chứng nhận khi thực hiện thủ tục đăng ký chuyển tiếp. Điều này dẫn tới một thực tế là một số Văn phòng đăng ký quyền sử dụng đất vẫn từ chối hồ sơ đăng ký chuyển tiếp trong khi đợi hướng dẫn²⁰. Với quy định và thực tiễn này cho thấy, việc chuyển tiếp đăng ký gặp khó khăn. Để thuận lợi cho ngân hàng và bên thế chấp, pháp luật cần có những quy định cụ thể về nghĩa vụ của chủ đầu tư trong việc phối hợp, hỗ trợ bên thế chấp (mua nhà) và ngân hàng thực hiện thủ tục chuyển tiếp đăng ký thế chấp. Một giải pháp khác có thể lựa chọn: nhà ở được hình thành đương nhiên là tài sản thế chấp²¹; do vậy, thay vì quy định đăng ký chuyển tiếp, vẫn có thể quy định khi cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở, cơ quan cấp Giấy phải ghi nội dung thế chấp này. Tất nhiên, khi đó cũng không cần ký hợp đồng mới, đăng ký giao dịch bảo đảm mới hoặc sửa đổi, bổ sung hợp đồng, giao dịch bảo đảm đã ký hoặc đăng ký, trừ trường hợp các bên có nhu cầu sửa đổi, bổ sung theo quy định của pháp luật. Ngoài ra, để bảo đảm có sự thống nhất trong quản lý, các cơ quan có thẩm quyền cần nhanh chóng ban hành mẫu chung thống nhất trong việc chuyển đổi này ■

20 Xem thêm: Bùi Đức Giang, *Thế chấp tài sản hình thành trong tương lai... vẫn đợi*, <http://www.thesaigontimes.vn/121966/The-chap-nha-o-hinh-thanh-trong-tuong-lai-van-doi.html>, truy cập ngày 10/8/2015.

21 Xem thêm: Phạm Thu Giang, Nguyễn Ngọc Lương, *Thực thi pháp luật về giao dịch bảo đảm trong hoạt động cấp tín dụng của các NHTM - một số vướng mắc pháp lý và đề xuất hướng hoàn thiện*, Tạp chí Luật học, số 10, năm 2011, tr. 53.

PHÁP LUẬT DÂN SỐ MỘT SỐ QUỐC GIA VÀ CÁC GỢI MỞ CHO VIỆT NAM THAM KHẢO

NGUYỄN THÚY HÀ*

Ngày nay, các vấn đề dân số - đặc biệt là xu hướng giảm sinh và già hóa dân số - là những vấn đề cơ bản mà nhiều quốc gia trên thế giới phải đối mặt. Và một trong những giải pháp mà các quốc gia đưa ra là xây dựng và thực thi pháp luật về dân số. Pháp luật dân số là sự thể chế hóa những nội dung cơ bản của chính sách dân số quốc gia. Theo nhận định của các chuyên gia¹, trên thế giới có ba khuynh hướng xây dựng Luật về Dân số:

- Khuynh hướng thứ nhất: Luật Dân số tập trung quy định về các vấn đề cụ thể và chuyên biệt. Điển hình là Luật Dân số và Kế hoạch hóa gia đình (KHHGD) của Trung Quốc tập trung vào vấn đề KHHGD. Luật Dân số của Mêhicô tập trung vào vấn đề di cư. Một số nước còn xây dựng luật rất cụ thể, như Luật Đình sản, Luật Phá thai...

- Khuynh hướng thứ hai: Xây dựng các “luật ống”, luật khung nhằm quy định các

vấn đề cơ bản. Ví dụ như Luật Phát triển dân số và Gia đình hạnh phúc của Indônêsiã.

- Khuynh hướng thứ ba: Không ban hành Luật Dân số riêng biệt, mà các quy định pháp luật dân số được quy định tản mạn trong các đạo luật khác.

1. Pháp luật nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa

Bối cảnh ban hành luật

Trung Quốc là nước đông dân nhất thế giới. Những năm 1960, dân số quốc gia này tăng trưởng nhanh chóng, đẩy áp lực dân số lên cao. Đầu những năm 1970, dưới tác động của cuộc Cách mạng Văn hóa, Trung Quốc ban hành chính sách hai con, kêu gọi việc kết hôn và sinh con muộn hơn, khuyến khích khoảng cách giữa các lần sinh là bốn năm. Năm 1978, lãnh đạo Trung Quốc đề ra mục tiêu: trước năm 2000, dân số Trung Quốc không được vượt quá con số 1,2 tỷ. Bởi vậy, năm 1979, chính sách một con được đưa vào áp dụng. Năm 1982, chính

* **ThS. Phó Giám đốc Trung tâm Thông tin Khoa học lập pháp - Viện Nghiên cứu Lập pháp.**

¹ Phát biểu của GS.TS Nguyễn Đình Cử tại Hội thảo “Cơ sở lý luận và thực tiễn hoàn thiện pháp luật về dân số” do Viện Nghiên cứu Lập pháp tổ chức tại Hà Nội, ngày 28/6/2016.

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

sách một con được quy định trong Hiến pháp. Năm 1984, Trung Quốc ban hành chính sách cho phép các cặp vợ chồng ở nông thôn sinh con thứ hai nếu con thứ nhất là con gái, các cặp vợ chồng dân tộc thiểu số được phép sinh từ 3-4 con. Đến năm 1997, cho phép các cặp vợ chồng sống ở thành thị, có thể có hai con nếu cả hai vợ chồng đều là con một. Năm 2000, quy định về việc sinh con thứ hai tiếp tục được nới lỏng. Các điều kiện phổ biến bao gồm: vợ chồng đều là con một, vợ hoặc chồng là người dân tộc thiểu số, vợ chồng trở về từ nước ngoài, các cặp vợ chồng có con đầu bị khuyết tật.

Từ năm 2002, các cặp vợ chồng muốn có nhiều con phải chịu đóng một khoản tiền phạt cố định. Đồng thời, công dân vi phạm còn phải trả thêm một khoản gọi là “phí bảo trì xã hội”. Khoản phí này do các tỉnh, khu tự trị và thành phố quy định, căn cứ trên thu nhập bình quân đầu người của cư dân đô thị và nông thôn của địa phương.

Những năm gần đây, kết cấu dân số của Trung Quốc xuất hiện đặc trưng dân số già hóa và ít con. Nguyên vọng sinh của những người trong độ tuổi giảm rõ rệt, sinh con ít, chất lượng cao đã trở thành dòng chính trong quan niệm sinh của xã hội. Bên cạnh đó, xu thế già hóa dân số gia tăng rõ rệt, tỷ trọng người cao tuổi cao hơn mức trung bình của thế giới, dân số trong độ tuổi lao động bắt đầu giảm. Số liệu thống kê cho thấy, dân số Trung Quốc hiện nay hơn 1,3 tỷ người, khoảng 30% ở tuổi trên 50. Đây là những thách thức cho phát triển dân số và an ninh dân số quốc gia.

Luật Dân số và KHHGD

Luật Dân số và KHHGD nước CHND Trung Hoa² được ban hành ngày 29/12/2001, có hiệu lực thi hành từ ngày 1/9/2002.

Điều 1 quy định việc ban hành luật phù hợp với Hiến pháp, nhằm tạo ra sự phát triển hài hoà cân đối giữa dân số với kinh tế - xã hội, các nguồn tài nguyên và môi trường, thúc đẩy KHHGD, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của công dân, tăng cường hạnh phúc gia đình, góp phần vào sự thịnh vượng của đất nước và tiến bộ xã hội.

Luật quy định trách nhiệm của Hội đồng Nhà nước trung ương, của cơ quan chuyên trách thực hiện chức năng quản lý nhà nước, của chính quyền các cấp từ trung ương đến địa phương và trách nhiệm của Tổng Liên đoàn lao động, Đoàn Thanh niên, Hội Phụ nữ, Hội KHHGD, các cơ quan doanh nghiệp và cá nhân. Luật Dân số và KHHGD nước CHND Trung Hoa bao gồm các chương:

Chương 1 quy định các điều khoản chung,

Chương 2 quy định việc xây dựng và thực hiện các kế hoạch phát triển dân số,

Chương 3 quy định về sinh sản,

Chương 4 quy định chính sách khuyến khích và an sinh xã hội,

Chương 5 quy định về dịch vụ KHHGD,

Chương 6 quy định trách nhiệm pháp lý,

Chương 7 quy định các điều khoản bổ sung.

Luật Dân số và KHHGD sửa đổi

Sau 14 năm thi hành, Luật Dân số và KHHGD nước CHND Trung Hoa sửa đổi

² Luật Dân số và KHHGD nước CHND Trung Hoa (Bản tiếng Anh, Population and Family Planning Law of the People's Republic of China, China Population Publishing House, 2002).

(Luật sửa đổi năm 2015) được ban hành ngày 27/12/2015, chính thức có hiệu lực từ ngày 1/1/2016. Việc sửa đổi luật nhằm mục tiêu thúc đẩy sự phát triển cân bằng dân số quốc gia. Cụ thể là nhằm cân bằng giới tính, kiên trì quốc sách căn bản về KHHGD, cải thiện chiến lược về phát triển dân số trong ứng phó với vấn đề dân số già.

Điều 18 của Luật sửa đổi năm 2015 quy định, cho phép mỗi cặp vợ chồng có hai con và có thể nhiều hơn hai con nếu thỏa mãn các quy định của luật và văn bản dưới luật. Luật cũng trao quyền cho Hội đồng nhân dân cấp tỉnh ban hành các văn bản hướng dẫn thi hành đối với các trường hợp sinh nhiều hơn hai con. Trong trường hợp hai vợ chồng đến từ các địa phương khác nhau, bị điều chỉnh bởi quy định của các địa phương khác nhau, thì họ được lựa chọn việc áp dụng theo quy định nào.

Ngoài ra, Luật sửa đổi năm 2015 tại Điều 18 đã dỡ bỏ quy định khuyến khích các cặp đôi kết hôn muộn và sinh con muộn. Những người này được nghỉ phép và nghỉ đẻ nhiều ngày hơn hoặc được hưởng các quyền lợi khác theo quy định của Điều 25 Luật cũ. Tuy nhiên, Điều 25 mới quy định rằng, tất cả các cặp vợ chồng sinh con tuân thủ pháp luật cũng có thể được nghỉ phép nhiều hơn hoặc được hưởng những quyền lợi khác.

Thông qua việc sửa đổi đạo luật này, Trung Quốc chính thức chấm dứt chính sách một con được áp dụng trong suốt 44 năm qua. Ngoài lý do về sự mất cân bằng giới

tính, thì lý do quan trọng nhất của sự hủy bỏ chính sách một con là tình trạng già nua của dân Trung Quốc. Từ đây, sự phát triển dân số của Trung Quốc xuất hiện sự thay đổi mang tính bước ngoặt³.

2. Pháp luật Hàn Quốc

Bối cảnh

Theo Báo cáo Số liệu dân số thế giới năm 2014 của Văn phòng Tham chiếu Dân số Hoa Kỳ, dân số Hàn Quốc hiện là 50,4 triệu người. Số con trung bình trên một phụ nữ Hàn Quốc trong độ tuổi sinh đẻ hiện nay chỉ có 1,2 con, thuộc hàng thấp nhất thế giới (năm 2014, trên thế giới có Đài Loan, Hồng Kông, Andorra có số con trung bình/phụ nữ độ tuổi 15 - 49 là 1,1 con). Chính phủ Hàn Quốc đã đưa ra lời cảnh báo làm chần động người dân là: “Vào năm 2750, người Hàn Quốc sẽ biến mất khỏi thế giới”. Nguyên nhân cũng chỉ bởi mức sinh quá thấp.

Sau đại chiến thế giới lần thứ hai và đặc biệt là sau cuộc chiến tranh Nam - Bắc Triều Tiên (1950-1953), mức sinh của Hàn Quốc rất cao. Năm 1960, trung bình mỗi phụ nữ độ tuổi sinh đẻ có 6,0 con, tốc độ gia tăng dân số vào khoảng 3%/năm. Năm 1962, Chính phủ Hàn Quốc chính thức bắt đầu chương trình dân số - KHHGD của mình với mục tiêu phát triển kinh tế và giảm mức sinh. Sau 21 năm (năm 1983), Hàn Quốc đạt mức sinh thay thế với trung bình 2,1 con/phụ nữ.

Tuy nhiên, ngay sau khi đạt mức sinh thay thế, mức sinh của Hàn Quốc đã suy giảm đến chóng mặt. Hàn Quốc đã thay đổi

3 Theo các chuyên gia, việc quy định chính sách hai con được hoan nghênh, nhưng cũng sẽ không có sự bùng nổ về mức sinh của Trung Quốc. Vì theo số liệu thống kê, trong số 90 triệu cặp vợ chồng Trung Quốc có thể sinh con thứ hai, thì có đến phân nửa là đang ở độ tuổi trên 40. Ngân hàng Thế giới dự báo rằng lực lượng lao động tại Trung Quốc sẽ giảm 10%, tương đương với 90 triệu người, trong vòng 25 năm tới. Ngoài ra, tổng dân số của nước này dự kiến sẽ bắt đầu giảm xuống vào năm 2030. Như vậy, việc thiếu nhân lực kèm với thị trường tiêu dùng thu nhỏ lại chắc chắn sẽ tạo sức ép cho tăng trưởng kinh tế Trung Quốc.

chính sách dân số, bắt đầu rút lui dần khỏi chương trình KHHGĐ vào cuối thập niên 80. Ngay trong thập kỷ 80, mức sinh của Hàn Quốc giảm xuống còn khoảng 1,8 - 1,6 con. Thập kỷ 90 còn 1,6 - 1,4 con và những năm 2000 xuống dưới mức 1,4 con. Năm 2001, mức sinh của Hàn Quốc cán mốc 1,3 con, mức sinh mà các nhà nhân khẩu học châu Âu cho là mức thấp nhất (từ 1,3 con trở xuống). Năm 2005 xuống còn có 1,08 con và đến nay là 1,2 con. Chính phủ Hàn Quốc đã phải đưa ra một loạt chính sách nhằm cứu vãn mức sinh tăng trở lại.

Các đạo luật liên quan

Tháng 5/2005, Hàn Quốc đã ban hành Luật Cơ bản về tỷ lệ sinh thấp và xã hội già hóa. Luật quy định về các chính sách và chương trình khuyến khích sinh đẻ, đồng thời chuẩn bị cho một xã hội già hóa.

Chính sách khuyến sinh là một trong những nội dung cơ bản của đạo luật này. Để đối phó với mức sinh thấp, chính sách dân số của Hàn Quốc hiện nay tập trung vào cải thiện hệ thống nhằm giảm thiểu các vấn đề kinh tế - xã hội và văn hoá phù hợp với sự thay đổi của cơ cấu dân số cũng như sự gia tăng dân số cao tuổi, nhằm phục hồi mức sinh. Do vậy, chính sách này kỳ vọng làm chậm lại sự suy giảm dân số và duy trì một cơ cấu dân số để phát triển kinh tế - xã hội một cách bền vững. Mục tiêu của chính sách này là nâng mức sinh lên 1,6 con/phụ nữ vào những năm đầu 2020.

Đồng thời, để làm suy yếu tư tưởng trọng nam khinh nữ trong xã hội, nhiều điều khoản phân biệt đối xử về giới trong các đạo luật quy định bảo hiểm, y tế và luật gia đình đã được xoá bỏ.

Đối với vấn đề nạo phá thai, theo Điều 269 và Điều 270 Bộ luật Hình sự Hàn Quốc, phá thai là phạm pháp. Còn Luật Sức khoẻ Bà mẹ và Trẻ em 1973, được sửa đổi ngày 30/6/2009 đã gắn liền khái niệm “chất lượng dân số” với chính sách dân số. Thất chặt điều kiện phá thai, đạo luật này đã quy định chặt chẽ những điều kiện phá thai. Theo đó, việc phá thai chỉ được phép khi một người phụ nữ mang thai do bị hãm hiếp hoặc do loạn luân; những cha mẹ mắc bệnh di truyền hoặc truyền nhiễm; hoặc khi một người phụ nữ có thể chết vì mang thai.

Bên cạnh đó, chỉ có những bệnh ảnh hưởng nghiêm trọng đến sức khỏe đứa trẻ như bệnh rubella hoặc chứng loạn sản sụn mới được phép phá thai. Pháp luật Hàn Quốc quy định, những phụ nữ mang thai được chẩn đoán mắc bệnh thủy đậu, viêm gan hay HIV sẽ không được phép phá thai. Nhờ công nghệ trong y học ngày càng tiến bộ, nhiều bệnh trước đây không chữa được giờ đây có thể chữa được hoặc ít nhất là có thể kiểm soát được ở một mức độ nhất định. Bởi vậy, việc phá thai vì những lý do sức khỏe như vậy sẽ không được chấp nhận. Việc sửa đổi luật đã đề cao quyền con người và phản ánh những gì y học hiện đại đạt được trong việc chăm sóc bà mẹ và trẻ em.

3. Pháp luật Hoa Kỳ

Hoa Kỳ là quốc gia có xấp xỉ 317 triệu dân, là nước đông dân thứ 3 trên thế giới, sau Trung Quốc và Ấn Độ. Quyền sinh sản và sức khỏe sinh sản luôn là một trong những chủ đề tranh luận sôi nổi trong xã hội và cả trong các chương trình nghị sự của Nghị viện Hoa Kỳ⁴.

⁴ Quỳnh Hoa, *Nhiều bang tại Hoa Kỳ hạn chế nạo phá thai trong giai đoạn 2011-2013 so với thập kỷ trước*, Tạp chí Dân số và Phát triển, số 11/2015 (175).

Pháp luật về nạo phá thai

Từ năm 1973, nạo phá thai được coi là hợp pháp sau khi Tòa án Tối cao ra phán quyết cho phép việc này. Trong vụ *Roe kiện Wade* (1973), Tòa án Tối cao đã phán quyết rằng một phụ nữ có quyền tuyệt đối trong việc nạo phá thai trong ba tháng đầu tiên mang thai; rằng các bang có thể điều tiết các thủ tục nạo phá thai trong thời kỳ ba tháng mang thai tiếp theo để bảo đảm sức khỏe cho người mẹ; và rằng, trong ba tháng thai nghén cuối cùng, bang có thể quy định hạn chế hoặc cấm việc nạo phá thai, trừ phi tính mạng hoặc sức khỏe của người mẹ bị đe dọa.

Phản ứng đối với chính sách nạo phá thai của Tòa án Tối cao trở nên gay gắt giữa một bên ủng hộ quyền sinh sản của phụ nữ - quyền nạo phá thai và một bên ủng hộ “quyền được sống” của thai nhi. Tuy nhiên, phe ủng hộ “quyền được sống” cũng phải thừa nhận rằng: phá thai là một việc không mong muốn, ngay cả đối với những người lựa chọn làm việc này. Chỉ có Tòa án này hoặc tu chính án Hiến pháp mới có thể xóa phán quyết về việc này và cấm việc nạo phá thai⁵.

Có rất nhiều đạo luật liên quan đến vấn đề nạo phá thai. Phần lớn các đạo luật này đều ở cấp bang. Tuy nhiên, việc phá thai đã được các nhà làm luật quy định khá nghiêm ngặt, chặt chẽ. Các nhà làm luật đã đề ra nhiều biện pháp để giới hạn quyền được phá thai như việc phá thai phải được chuyên gia tư vấn, chỉ được thực hiện phá thai theo yêu cầu với thai ở một độ tuổi nhất định,... Tùy từng bang mà các biện pháp này được quy định khác nhau. Số liệu thống kê cho thấy, có đến 43 trên tổng số 50 bang nghiêm cấm

phá thai, trừ khi điều đó là cần thiết để đảm bảo sức khỏe và tính mạng của thai phụ.

Nạo phá thai chỉ được thực hiện trong mức tuổi thai cho phép của từng bang. Chỉ tính riêng trong năm 2013, 22 bang của Hoa Kỳ đã ban hành 70 đạo luật hạn chế nạo phá thai. Các đạo luật hạn chế nạo phá thai gồm 04 loại sau đây:

- Hạn chế nhằm vào các nhà cung cấp dịch vụ phá thai (TRAP);
- Giới hạn phạm vi bảo hiểm phá thai;
- Cấm phá thai ở 20 tuần tuổi, và
- Hạn chế dùng thuốc phá thai.

Các bang đã ban hành 93 biện pháp cho 4 nhóm trên.

Các bang cũng thông qua một loạt các hạn chế phá thai khác, bao gồm sự tham gia của phụ huynh, sự tài trợ công cho phá thai, thời gian chờ đợi, tư vấn và siêu âm.

Pháp luật về tiếp cận các dịch vụ sinh sản

Trái hẳn với rào cản hạn chế phá thai, một số ít các bang đã thông qua các biện pháp mở rộng tiếp cận các dịch vụ sức khỏe sinh sản. Đáng chú ý nhất, bang California đã ban hành đạo luật mới cấp bang đầu tiên nhằm mở rộng tiếp cận phá thai; năm bang khác thông qua các biện pháp mở rộng tiếp cận giáo dục giới tính toàn diện, tạo điều kiện tiếp cận các biện pháp tránh thai khẩn cấp cho những phụ nữ bị tấn công tình dục.

4. Những gợi mở cho Việt Nam tham khảo

Như vậy, tình trạng suy giảm dân số và già hóa dân số đang là xu thế của nhiều quốc gia trên thế giới. Để đối phó với tình trạng này, các nước đã ban hành và sửa đổi các đạo luật của mình, dỡ bỏ các quy định hạn

5 Năm 1980, Tòa án Tối cao đã phán quyết rằng sự ngăn cản nạo phá thai là không hợp hiến, với tỷ lệ 5 phiếu thuận và 4 phiếu chống.

chế sinh, ngăn chặn sự giảm sút tỷ lệ sinh và khuyến khích sinh con.

Pháp luật dân số của các quốc gia tôn trọng quyền tự do lựa chọn kết hôn hay không kết hôn, có con hay không có con. Họ đều trải qua tình trạng tỷ suất sinh thấp kéo dài như Đức, Nhật Bản, Singapore, Hàn Quốc, Thái Lan và phải gánh chịu ba hậu quả: lực lượng lao động liên tục giảm làm giảm tốc độ tăng trưởng kinh tế, tiềm năng sáng tạo của quốc gia và tầm ảnh hưởng trên trường quốc tế và sớm hay muộn việc dân số cũng sẽ giảm; quỹ hưu trí quốc gia trở nên mỏng manh hơn và đối mặt với nguy cơ vỡ quỹ; tỷ suất sinh có khả năng không quay lại được tỷ suất sinh thay thế trong vòng 40 - 80 năm tới.

Hiện nay, với dân số hơn 95 triệu, Việt Nam là quốc gia có dân số đứng thứ 14 trên thế giới và đông dân thứ 8 ở châu Á. Việt Nam đang trải qua những biến đổi nhân khẩu học một cách đáng kể⁶. Số liệu thống kê cho thấy, mức sinh đã liên tục giảm và đạt mức dưới mức sinh thay thế từ năm 2005. Điều này đòi hỏi pháp luật dân số Việt Nam cần phải có cách tiếp cận mới về chính sách dân số, không chỉ dừng lại ở KHHGD hoặc các khía cạnh y tế. Việc xây dựng Luật Dân số đang được tiến hành.

Đây là lần đầu tiên Việt Nam xây dựng Luật Dân số. Việc xây dựng luật cần dựa trên cơ sở tôn trọng, bảo vệ quyền sinh sản và quyền tự do lựa chọn về sinh sản. Điều này có nghĩa là mỗi cá nhân và từng cặp vợ chồng có quyền quyết định tự do và có trách nhiệm về số con và họ phải có đủ thông tin và phương tiện để thực hiện quyền này. Điều này hoàn toàn phù hợp với Chương trình Hành động của Hội nghị quốc tế về Dân số

và Phát triển và các Công ước về quyền con người mà Việt Nam đã tham gia.

Kinh nghiệm của các quốc gia cho thấy, chính sách giảm mức sinh hay pháp luật về kiểm soát dân số trong giai đoạn hiện nay sẽ có tác động ngược lại tới sự phát triển kinh tế-xã hội của quốc gia. Đã đến lúc pháp luật dân số cần phải chuyển trọng tâm của chính sách dân số từ kiểm soát sinh sang việc lồng ghép các biến số dân số vào quá trình lập kế hoạch phát triển.

Cho dù là các nước phát triển, khi mức sống càng tăng lên thì tỷ suất sinh lại rất thấp, thực chất do các bất lợi đè nặng lên những người kết hôn và có con như nguy cơ mất việc sau khi sinh, chi phí tại nhà trường cao và bất tiện, các khó khăn về nhà ở, lo ngại về việc có con sẽ làm giảm thu nhập... Bởi vậy, những quy định của pháp luật dân số chỉ có thể phát huy tác dụng nếu như có sự đồng bộ với các đạo luật khác, như: Luật Bảo hiểm y tế, Luật Hưu trí, Luật Phúc lợi xã hội,...

Các biện pháp nhằm giữ tỷ suất sinh ở mức tỷ suất sinh thay thế thực ra khác hoàn toàn với các biện pháp làm giảm tỷ suất sinh, áp dụng các biện pháp tránh thai. Hiện nay, việc giảm tỷ suất sinh như áp dụng các biện pháp y tế trong KHHGD, các biện pháp xã hội như đảm bảo giữ được công việc sau sinh, các cơ hội nghề nghiệp, nhà ở giá thấp, nhà trẻ, trường học tốt, các biện pháp khuyến khích về thuế thu nhập... đòi hỏi phải được tăng cường.

Về vấn đề nạo phá thai, các quy định của Dự thảo Luật Dân số nước ta đang được xây dựng theo xu thế chung của quốc tế. Tuy nhiên, vẫn cần rà soát kỹ để các quy định thực sự chặt chẽ, hiệu quả và khả thi ■

⁶ Trích phát biểu của bà Ritsu Nacken, Quyền Trưởng đại diện UNFPA tại Việt Nam, tại Hội nghị Đối thoại chính sách - Mặt trận Tổ quốc với Dân số và phát triển bền vững ở Việt Nam, ngày 17/6/2015 tại TP. Hồ Chí Minh.