

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953
www.nclp.org.vn



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

*Mừng
Đảng
Mừng
Xuân*



Số 02 + 03 (378 + 379)
Năm 2019

Số Tết Xuân Kỷ Hợi

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

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

Mục lục Số 2+3/2019 NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Đổi mới tư duy trong xây dựng pháp luật
PGS. TS. Đinh Dũng Sỹ
- 13** Sáng kiến đối tác Chính phủ mở và ý nghĩa với Việt Nam
PGS. TS. Vũ Công Giao
- 24** Căn hiến định nguyên tắc tổ chức Tòa án Nhân dân
ThS. Đinh Thanh Phương
- 30** Bàn về chế độ trách nhiệm người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước
TS. Tạ Ngọc Hải
- 34** Xác định tài sản thế chấp theo tinh thần Bộ luật Dân sự năm 2015
PGS. TS. Nguyễn Ngọc Điện
- 45** Khái niệm hợp đồng và những nguyên tắc cơ bản của hệ thống pháp luật hợp đồng Việt Nam
TS. Trần Kiên - Nguyễn Khắc Thu
- 56** Luật Cảnh sát biển năm 2018 - bước phát triển mới của Lực lượng chấp pháp biển Việt Nam
PGS. TS. Nguyễn Hồng Thao
- 60** Khai thác chung và những khuyến cáo về khai thác chung trên khu vực biển Đông
Hoàng Việt

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 67** Những yêu cầu đặt ra khi xây dựng Luật về Tổ chức thi hành pháp luật
PGS. TS. Nguyễn Minh Phương - TS. Vũ Thị Thu Hằng
- 74** Chủ thể giao dịch quyền sử dụng đất theo quy định của Luật Đất đai
TS. Châu Thị Khánh Vân

CHÍNH SÁCH

- 82** Điểm nhấn phát triển kinh tế Việt Nam sau hai năm Đại hội Đảng toàn quốc Khóa XII
TS. Nguyễn Minh Phong - ThS. Nguyễn Trần Minh Trí
- 90** Biến động tỷ giá trung tâm theo mô hình Rid và Arima dự báo và khuyến nghị
Đặng Ngọc Biên
- 98** Chính sách an sinh xã hội đối với xu hướng già hoá dân số ở Việt Nam
PGS. TS. Giang Thanh Long

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

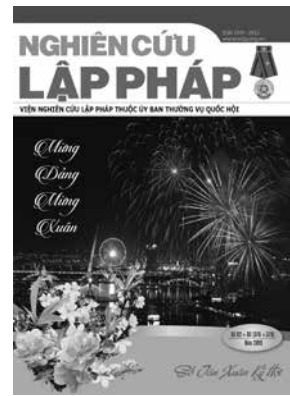
- 106** Một số bất cập trong quy định về chấm dứt hợp đồng theo pháp luật dân sự Việt Nam
TS. Hồ Thị Vân Anh
- 112** Xử lý vi phạm đối với các thoả thuận hạn chế cạnh tranh
PGS. TS. Trần Việt Dũng - ThS. Phạm Hoài Huân

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 118** Quy định về xuất nhập cảnh, cư trú và lao động của người lao động nước ngoài ở một số quốc gia vùng Vịnh và những gợi mở cho Việt Nam
**Nguyễn Thị Kim Cúc
TS. Mai Văn Thắng**

THÔNG TIN LẬP PHÁP

- 127** Định hướng chủ đề năm 2019



HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. NGUYỄN ĐÌNH QUYỀN (CHỦ TỊCH)
TS. NGUYỄN VĂN GIÀU
PGS. TS. NGUYỄN THANH HẢI
PGS. TS. ĐÌNH VĂN NHẢ
PGS. TS. LÊ BỘ LĨNH
TS. NGUYỄN VĂN LUẬT
PGS. TS. HOÀNG VĂN TÚ
TS. NGUYỄN VĂN HIỂN
PGS. TS. NGÔ HUY CƯƠNG
TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

TRỤ SỞ:

27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

THIẾT KẾ:

BÙI HUỲỀN

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 0243.2121202

TÀI KHOẢN:

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

MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN HÀ NỘI

GIÁ: 50.000 ĐỒNG

Ảnh bìa: Pháo hoa mừng năm mới 2019

Ảnh: ST

LEGISLATIVE STUDIES

www.nclp.org.vn

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

Legis No 2+3/2019

STATE AND LAW

- 3** Innovation of Thinking in Law Making
Prof. Dr. Dinh Dung Sy
- 13** Open Government Partnership and its Significance for Vietnam
Prof. Dr. Vu Cong Giao
- 24** Necessity of Constitutional Provision on Principle of Organization of People's Courts
LLM. Đinh Thanh Phuong
- 30** Discussion on Responsibility Regime of the Head of Administrative Agencies
Dr. Ta Ngoc Hai
- 34** Determination of Collateral under the Spirit of the Civil Code of 2015
Prof. Dr. Nguyen Ngoc Dien
- 45** Concept of Contract and Basic Principles of Vietnamese Legal System on Contracts
**Dr. Tran Kien
Nguyen Khac Thu**
- 56** Law on Coast Guard of 2018 - New Development of Vietnam Marine Law Enforcement Force
Prof. Dr. Nguyen Hong Thao
- 60** Joint Exploitation and Recommendations for Joint Exploitation in the South China Sea Area
Hoang Viet

DISCUSSION OF BILLS

- 67** Requirements set forth for Development of the Law on Organization of Law Enforcement
**Prof. Dr. Nguyen Minh Phuong
Dr. Vu Thi Thu Hang**
- 74** Transaction Participants of Land Use Rights under the Law on Land
Dr. Chau Thi Khanh Van

POLICIES

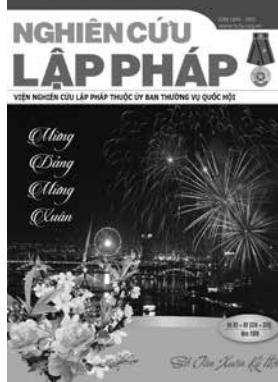
- 82** Highlights of Vietnam's Economic Development after Two Years since XII-Section National Party
**Dr. Nguyen Minh Phong
LLM. Nguyen Tran Minh Tri**
- 90** Fluctuations of Center Exchange Rate based on RID and ARIMA Models: Forecasts and Recommendations
Dang Ngoc Bien
- 98** Social Security Policies for Population Aging Trend in Vietnam
Prof. Dr. Giang Thanh Long

LEGAL PRACTICE

- 106** Shortcomings in the Regulations on Contract Termination under Vietnamese Civil Law
Dr. Ho Thi Van Anh
- 112** Handle of Violations of Competition Restriction Agreements
**Prof. Dr. Tran Viet Dung-
LLM. Pham Hoai Huan**

LEGISLATIVE BULLETIN

- 118** Regulations on Immigration, Residence and Employment of Foreign Workers in Gulf Countries and Recommendations for Vietnam
**Nguyen Thi Kim Cuc
Dr. Mai Van Thang**



EDITORIAL BOARD:

Dr. NGUYEN DINH QUYEN (Chairman)
Dr. NGUYEN VAN GIAU
Prof. Dr. NGUYEN THANH HAI
Prof. Dr. DINH VAN NHA
Prof. Dr. LE BO LINH
Dr. NGUYEN VAN LUAT
Prof. Dr. HOANG VAN TU
Dr. NGUYEN VAN HIEN
Prof. Dr. NGO HUY CUONG
Dr. NGUYEN HOANG THANH

CHEF EDITOR IN CHARGE:

TS. NGUYEN HOANG THANH

OFFICE:

27A VONG THI - TAY HO - HA NOI
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

DESIGN:

BUI HUYEN

LICENSE OF PUBLISHMENT:

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

DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202

ACCOUNT NUMBER:

0991000023097
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY HANOI PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 50.000 VND

ĐỔI MỚI TƯ DUY TRONG XÂY DỰNG PHÁP LUẬT

Đinh Dũng Sỹ*

* PGS. TS. Vụ trưởng Vụ Pháp luật, Văn phòng Chính phủ

Thông tin bài viết:

Từ khóa: tư duy làm luật; đổi mới tư duy làm luật; quy trình lập pháp; đổi mới quy trình lập pháp; hệ thống pháp luật; xây dựng pháp luật.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 19/12/2018

Biên tập : 05/01/2019

Duyệt bài : 21/01/2019

Article Infomation:

Keywords: thinking of law making; innovation of thinking of law making; legislation process; innovation of legislation process; legal system; development of laws

Article History:

Received : 19 Dec. 2018

Edited : 05 Jan. 2019

Approved : 21 Jan. 2019

Tóm tắt:

Sau hơn 30 năm đổi mới, chúng ta đã tạo dựng được một hệ thống pháp luật tương đối hoàn chỉnh, đáp ứng ngày càng tốt hơn yêu cầu quản lý và phát triển xã hội. Tuy vậy, hệ thống pháp luật Việt Nam hiện nay vẫn còn nhiều hạn chế, yếu kém cả về hình thức, nội dung đến quy trình làm luật; tư duy làm luật còn mang nặng yếu tố quản lý, chưa hoàn toàn hướng đến mục tiêu kiến tạo phát triển; tư tưởng, quan điểm trong xây dựng pháp luật còn mang tính chấp vá, lẫn lộn giữa nhiều trường phái, hệ, họ, cũ, mới, thiếu một chủ thuyết rõ ràng. Vì vậy, đã đến lúc chúng ta cần phải đổi mới tư duy làm luật để tiếp tục xây dựng và hoàn thiện một hệ thống pháp luật tiến bộ, đáp ứng yêu cầu phát triển của đất nước, phù hợp với xu thế của thời đại.

Abstract

After more than 30 years of innovation, a relatively comprehensive legal system has been created, which better adapts the requirements of social management and developments. However, the current legal system of Vietnam still has several limitations and shortcomings in aspects of modality, contents and the law-making process; thoughts of law making are closely with administration approach, not entirely towards the targets of tectonic development; ideology, viewpoints in law making are still piecemeal, confused among different directions, generations, categories, old - new concepts, lack of a clear theory. Therefore, it is the time for us to renew our thinking of law making to continue to develop and improve a progressive legal system that meets the country's development requirements, in line with the trend of the existing times.

Có thể nói, tư duy xây dựng pháp luật (XDPL) của hơn 30 năm đổi mới vừa qua là quá trình chuyển đổi từ tư

duy quản lý nhà nước (QLNN) bằng mệnh lệnh hành chính sang tư duy quản lý bằng pháp luật và theo pháp luật, là bước đầu xây

dựng nhà nước pháp quyền Việt Nam. Cũng chính vì thế, chúng tôi cho rằng, hệ thống pháp luật Việt Nam trong ba thập kỷ qua có thể coi là một hệ thống pháp luật mang nặng dấu ấn chuyển đổi. Vì vậy, nét đặc trưng trong tư duy làm luật ở Việt Nam là một tư duy chuyển đổi, là sự đan xen giữa cái cũ và cái mới, giữa lạc hậu và tiến bộ, giữa kìm hãm và phát triển, giữa quá khứ và tương lai, mặc dù xu hướng chính luôn luôn là đổi mới, tiến bộ và ngày càng phù hợp hơn với xu thế phát triển của thời đại.

Vậy tư duy trong XDPL của hơn 30 năm qua có còn phù hợp với điều kiện mới của đất nước, với xu thế phát triển của thời đại hay cần phải được đổi mới? Xét trên khía cạnh nhận thức, để trả lời được câu hỏi này chúng ta phải xuất phát từ chính thực trạng của hệ thống pháp luật Việt Nam cũng như từ chính quy trình làm luật ở Việt Nam hiện nay.

Trong một thời kỳ dài hơn 30 năm qua, quy trình XDPL của nước ta có nhiều đổi mới, từ những quy định của văn bản dưới luật, chúng ta đã xây dựng được một đạo luật xác định rõ về hình thức, thẩm quyền ban hành và đặc biệt là về quy trình xây dựng và ban hành pháp luật - đó là sự ra đời của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) năm 1998, sau đó là Luật Ban hành VBQPPL năm 2008 và mới đây nhất là Luật Ban hành VBQPPL năm 2015. Tuy nhiên, mặc dù đạo luật này đã được sửa đổi và thậm chí mới được thay thế chưa lâu, nhưng quy trình làm luật theo quy định của Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 còn nhiều vấn đề cần phải bàn. Còn nhiều điều bất hợp lý từ quy trình, thủ tục, hình thức văn bản đến thẩm quyền ban hành cũng như vai trò của các cơ quan nhà nước, các tổ chức và người dân trong việc tham gia vào quy trình làm luật.

1. Có cần một chủ thuyết trong nghiên cứu khoa học pháp lý cũng như trong xây dựng pháp luật?

Có ý kiến cho rằng, trong nghiên cứu khoa học pháp lý cũng như trong thực tiễn XDPL ở Việt Nam hiện nay không có một chủ thuyết, một trường phái pháp luật nào thật sự rõ nét. Trong nghiên cứu pháp luật (khoa học pháp lý) chúng ta gần như đang đứng trước ngã ba đường của các trường phái khoa học luật học. Còn trong XDPL, chúng ta cũng không đi theo một trường phái, một mô hình hệ thống pháp luật nào. Thời kỳ trước đổi mới, khoa học pháp lý cũng như tư duy pháp luật của Việt Nam gần như hoàn toàn chịu sự ảnh hưởng của trường phái pháp luật Xô viết. Đó là một mô hình nặng về nghiên cứu lý thuyết, coi trọng tính hàn lâm mà thiếu tính thực tiễn. Cái thời mà trong nghiên cứu cũng như trong đào tạo chúng ta thường chỉ chú trọng đến các vấn đề lý luận pháp luật, đó là các ngành luật, là đối tượng, phạm vi điều chỉnh của từng ngành luật, là quan hệ pháp luật, là phương pháp, cơ chế điều chỉnh của mỗi ngành luật và đi sâu nghiên cứu các điều khoản của pháp luật thực định, ít ai đề cập đến thực tiễn pháp luật và ứng dụng pháp luật trong đời sống xã hội.

Theo quan sát của chúng tôi, khi mô hình Xô viết sụp đổ, và sau đó là sự du nhập của các trường phái pháp luật mới đến từ các khu vực kinh tế thịnh vượng hơn, có bề dày xây dựng nhà nước pháp quyền lâu hơn thì nghiên cứu lý luận pháp lý của Việt Nam trong 30 năm qua có thể nói là gần như thiếu một chủ thuyết! Người ta có thể tìm thấy một vài nét chấm phá hay độc đáo trong nghiên cứu nhưng không tìm thấy một mô hình lý thuyết pháp luật nào thật sự rõ nét trong khoa học pháp lý. Có nhiều người vẫn hoài niệm và đi theo trường phái Xô viết cổ, vẫn là ngành luật, vẫn là đối tượng, phạm vi và phương pháp điều chỉnh và tư duy lý

thuyết. Nhưng cũng có những người thực tế hơn, họ tiếp cận hệ thống pháp luật, ngành luật, hay nói đúng hơn là lĩnh vực pháp luật theo trường phái của các nước phát triển mà ở đó, người ta ít quan tâm đến khía cạnh hàn lâm của pháp luật. Nói đúng hơn là nghiên cứu hàn lâm thì dành cho những nhà nghiên cứu chuyên sâu; trong đào tạo thì coi trọng tính ứng dụng, đào tạo luật trong những tình huống của thực tiễn và hướng về thực tiễn, còn trong XDPL thì coi trọng yếu tố thực tiễn và hiệu quả điều chỉnh của pháp luật trên cơ sở của lý thuyết bằng chứng.

Trong XDPL, cũng có thể nói rằng trong hơn ba thập kỷ qua, chúng ta cũng không đi theo một trường phái pháp luật nào thực sự rõ ràng. Đối với lĩnh vực hình sự và tổ chức bộ máy nhà nước, vẫn còn đó sự ảnh hưởng rất lớn của mô hình pháp luật thời Xô viết. Trong lĩnh vực pháp luật về dân sự và thương mại thì chịu ảnh hưởng nhiều của trường phái pháp luật châu Âu lục địa (civil law) của Pháp, Đức, Nhật, nhưng cũng phảng phất những hương vị của trường phái pháp luật Anh - Mỹ (common law). Thậm chí, trong một đạo luật được ban hành, cũng có sự pha trộn của các trường phái, các quan điểm pháp luật khác nhau. Vì lẽ đó mà các đạo luật, các VBQPPL thường có những nét đặc biệt mà nhiều người cho là đặc thù của Việt Nam, là sự vận dụng sáng tạo các kinh nghiệm quốc tế vào điều kiện, hoàn cảnh cụ thể của Việt Nam. Trở lại với ý kiến cho rằng, trong hơn ba thập kỷ đổi mới vừa qua, chúng ta chưa có một chủ thuyết rõ ràng, một mô hình lý thuyết được định hình và theo đuổi trong nghiên cứu khoa học pháp lý cũng như trong thực tiễn XDPL. Vậy chúng ta cần đi theo mô hình nào hay cần xây dựng một mô hình, một trường phái riêng cho chúng ta? Có lẽ đây là một câu hỏi quá lớn và quá sức trả lời đối với chúng tôi! Xin được đề mở câu hỏi này cho các nhà nghiên cứu khoa học pháp lý bình và định.

2. Chuyển đổi từ tư duy quản lý sang tư duy kiến tạo phát triển

Hiện nay theo chúng tôi, vấn đề trước nhất trong đổi mới tư duy làm luật là cần chuyển đổi từ tư duy quản lý sang tư duy kiến tạo phát triển. Những năm gần đây, Chính phủ cũng như Thủ tướng có nói nhiều đến việc xây dựng một Chính phủ kiến tạo phát triển. Nội hàm của khái niệm “kiến tạo phát triển” là gì đã được nhiều chuyên gia phân tích, trao đổi. Ở đây, chúng tôi chỉ xin đề cập đến một nhân tố, một cấu thành mà chúng tôi cho là cơ bản nhất, cốt yếu nhất của khái niệm kiến tạo phát triển, đó là nhân tố pháp luật. Và trên thực tế, Chính phủ cũng lựa chọn và đặt công tác xây dựng và hoàn thiện thể chế, pháp luật làm trung tâm của việc xây dựng Chính phủ kiến tạo phát triển. Tất nhiên, đây là ở góc độ của Chính phủ, còn nếu nhìn nhận vấn đề toàn diện hơn thì cần nói là Nhà nước kiến tạo phát triển. Một nhà nước kiến tạo phát triển là nhà nước cần phải tạo lập cho được hai hệ thống hạ tầng thiết yếu: “hạ tầng mềm” - hệ thống thể chế, pháp luật; “hạ tầng cứng” - là hệ thống cơ sở vật chất nền tảng cho phát triển kinh tế - xã hội (hệ thống giao thông, sân bay, bến cảng, thông tin truyền thông, quy hoạch không gian phát triển, sử dụng nguồn lực...).

Ở góc độ tạo lập hạ tầng mềm, một nhà nước kiến tạo phát triển là một nhà nước pháp quyền, quản trị đất nước bằng pháp luật và theo pháp luật, bảo đảm các quyền con người và quyền công dân, hạn chế can thiệp hành chính vào đời sống xã hội. Nói cách khác, muốn xây dựng một nhà nước kiến tạo phát triển thì việc trước nhất và cơ bản nhất mà nhà nước cần làm là phải xây dựng được một hệ thống pháp luật đầy đủ, đồng bộ, đáp ứng yêu cầu phát triển của hiện tại cũng như phải phù hợp với xu thế phát triển của tương lai. Hệ thống pháp luật đó cần phải được xây dựng và hoàn thiện bằng một tư duy mới, đó là làm luật vì mục tiêu tạo dựng cho phát triển chứ không phải là để quản lý, giám sát

theo nghĩa cai trị. Nói đúng hơn, làm luật không phải chỉ để quản lý, để bảo đảm an toàn xã hội một cách thuần túy và cứng nhắc theo kiểu tư duy cũ mà phải hướng đến việc tạo dựng một môi trường, một hành lang pháp lý an toàn, thuận lợi cho sự phát triển của xã hội.

Trong những năm chiến tranh, do bị chi phối bởi điều kiện và hoàn cảnh nhất định, với những khẩu hiệu đã đi vào lịch sử như: “tất cả cho tiền tuyến”, “thóc không thiếu một cân, quân không thiếu một người”, Nhà nước quản lý đất nước, quản lý xã hội chủ yếu bằng biện pháp hành chính, hệ thống pháp luật phát triển ở trình độ thấp và chủ yếu nhằm mục tiêu quản lý, an toàn cho xã hội chứ chưa phải là tạo dựng cho phát triển. Trong hơn 30 năm đổi mới vừa qua, chúng ta đã không ngừng đổi mới tư duy làm luật, với mục tiêu xây dựng một hệ thống pháp luật định hướng cho phát triển, nhưng do ảnh hưởng của tư duy cũ, trong XDPL vẫn còn tồn tại dấu đó tư duy làm luật là để quản lý, là để bảo đảm sự an toàn, thậm chí là để bảo đảm sự kiểm soát chặt chẽ của Nhà nước hơn là tạo dựng một môi trường, một hành lang pháp lý thuận lợi cho phát triển. Đây là vấn đề không dễ xóa bỏ trong một sớm một chiều, nhất là trong cơ chế và quy trình làm luật hiện nay, ở cả giai đoạn đề xuất chính sách đến giai đoạn soạn thảo văn bản chủ yếu được thực hiện bởi các cơ quan quản lý lĩnh vực chuyên ngành. Thực tiễn cho thấy, đôi khi công tác XDPL bị chi phối khá nhiều bởi lợi ích cục bộ, bởi tâm lý muốn có quyền và không loại trừ khả năng muốn có quyền để có cơ hội lợi dụng để trục lợi. Và nếu không được kiểm soát chặt chẽ thì rất có thể các đạo luật được ban hành không đáp ứng được yêu cầu kiến tạo hành lang phát triển mà chỉ nhằm mục đích kiểm soát, quản lý thuần túy, trở nên kìm hãm sự phát triển.

Để khắc phục những hạn chế nêu trên, chúng tôi cho rằng, cần tiếp tục đổi mới

manh mẽ tư duy pháp luật theo quan điểm: pháp luật không chỉ thiết lập sự an toàn cho quản lý mà điều quan trọng hơn là kiến tạo một môi trường, một hành lang thuận lợi, dẫn dắt và thúc đẩy phát triển. Mục tiêu của QLNN cuối cùng phải là phục vụ nhân dân và kiến tạo phát triển, không phải chỉ đơn thuần là sự an toàn cứng nhắc của xã hội. Để chuyển đổi được từ tư duy quản lý sang tư duy phục vụ và kiến tạo phát triển, cũng cần phải thay đổi nhiều nhận thức và cách làm trong quy trình XDPL hiện hành.

3. Xây dựng hệ thống pháp luật dựa trên cơ sở bằng chứng

Tư duy XDPL phải dựa trên cơ sở bằng chứng, đó chính là tư duy thực tiễn, thực tiễn có kiểm chứng. Đây là một quan điểm vô cùng quan trọng trong đổi mới tư duy pháp luật hiện nay. Theo đó, cần phải nhất quán quan điểm: mọi đề xuất xây dựng luật phải xuất phát từ thực tiễn, từ yêu cầu đòi hỏi của thực tiễn và đến lượt nó - luật phải đáp ứng được những đòi hỏi của thực tiễn. Điều này đúng và cũng không phải là vấn đề hoàn toàn mới. Tuy nhiên, trong thực tiễn XDPL, một đạo luật được thông qua, một nghị định được ban hành có giải quyết được vấn đề của thực tiễn hay không, có đáp ứng được yêu cầu của thực tiễn hay không lại là một vấn đề không đơn giản. Chúng ta thường nói là “cần đưa pháp luật vào cuộc sống” nhưng ít ai để ý đến việc “cần đưa cuộc sống vào luật”. Chúng tôi quan niệm rằng, muốn đưa luật vào cuộc sống thì trước hết cần phải đưa cuộc sống vào luật. Và nếu một đạo luật không được xây dựng dựa trên những đòi hỏi của thực tiễn, không phúc đáp được các yêu cầu của thực tiễn với những bằng chứng thuyết phục, nói một cách hình tượng là không đưa được cuộc sống vào luật thì đạo luật đó sẽ trở nên không khả thi và lẽ tất nhiên, nó cũng khó có thể đi vào cuộc sống.

Cũng có ý kiến cho rằng, các đạo luật của chúng ta hình như được tạo ra trong “phòng lạnh”. Một cách nói châm biếm có

phần thái quá nhưng cũng không phải là không có cơ sở khi những nhà làm luật hầu như ít được va đập, ít đi hay nói đúng hơn là ít có điều kiện đi tìm hiểu, khảo sát đời sống thực; chưa hiểu hết, hiểu rõ bản chất bên trong cũng như sự biểu hiện đa dạng trong vận động và phát triển không ngừng của các mối quan hệ xã hội, các sự vật, hiện tượng. Vì vậy thiếu thông tin, xa rời thực tiễn, dẫn đến các ý tưởng chính sách được sáng tạo một cách chủ quan, không được kiểm chứng hay nói cách khác là không có đủ bằng chứng, một thứ “chính sách phòng lạnh”. Một ví dụ điển hình theo kiểu “chính sách phòng lạnh” đó là quy định của các Điều 18, 23, 25 Luật Bảo vệ môi trường, khi yêu cầu các nhà đầu tư phải có Báo cáo đánh giá tác động môi trường (ĐTM) được phê duyệt, làm căn cứ cho cơ quan có thẩm quyền quyết định chủ trương đầu tư dự án! Khi thông qua quy định này, người làm luật đã không hình dung hết được nội hàm của Báo cáo ĐTM và cũng không hình dung được rằng, để xây dựng được Báo cáo ĐTM, nhà đầu tư cần phải tiến hành những hoạt động gì? chi phí hết bao nhiêu tiền bạc, tốn kém bao nhiêu thời gian...? mà rất có thể, dự án sẽ không được chấp nhận bởi đây mới chỉ là giai đoạn xem xét phê duyệt quyết định chủ trương đầu tư dự án, chưa phải là phê duyệt quyết định đầu tư. Và nếu dự án không được phê duyệt thì ai sẽ bù đắp cho nhà đầu tư những chi phí cho Báo cáo ĐTM đó? Đây chỉ là một ví dụ cho rất nhiều những quy định thiếu bằng chứng, xa rời thực tiễn, dẫn đến không khả thi, không đi vào cuộc sống. Những quy định kiểu như vậy gây ra sự lãng phí xã hội và hơn nữa là cản trở phát triển. Vì vậy, cần phải XDPL trên cơ sở bằng chứng, phải xuất phát từ thực tiễn được kiểm chứng và phúc đáp được những đòi hỏi của thực tiễn.

Với quan điểm nói trên, việc xem xét, thông qua một đề nghị xây dựng luật và sau nữa là thông qua một dự án luật cần phải hết sức chú ý đến các hoạt động, các báo cáo,

tài liệu của cả quá trình chuẩn bị đề nghị xây dựng luật cũng như soạn thảo luật theo quy định của Luật Ban hành VBQPPL. Đó là:

- Hoạt động tổng kết, đánh giá thực tiễn thi hành luật phải thực chất và sát đúng với thực tiễn, tránh tình trạng các báo cáo tổng kết thực tiễn mang tính đối phó, hình thức, thiếu số liệu thực tế được kiểm chứng; hiện nay việc tổng kết, đánh giá thường được làm ở cấp vĩ mô cả về khía cạnh tổ chức lẫn tầm nhìn (ở các cơ quan trung ương), chưa chú ý hoặc chưa được làm từ cấp vi mô, cấp cơ sở, thiếu bằng chứng thuyết phục.

- Việc đề ra các giải pháp, các định hướng chính sách để khắc phục các vấn đề đặt ra của thực tiễn cần phải được phân tích, đánh giá một cách thấu đáo trên mọi phương diện để đưa ra những lựa chọn đúng. Việc phân tích, đánh giá tác động của chính sách phải thực chất, nhiều chiều, tránh tình trạng đối phó, hình thức. Lâu nay chúng ta phân tích, đánh giá tác động của chính sách mang nặng tính một chiều. Mọi giả thiết cũng như giải pháp đưa ra đều nhằm đến mục tiêu là ban hành hay sửa đổi, bổ sung đạo luật cụ thể đã được dự kiến. Nói cách khác là cơ quan đề xuất chính sách đều tìm kiếm bằng chứng để thuyết minh cho sự cần thiết phải xây dựng luật mà hầu như chưa ai đưa ra kết luận rằng cần lựa chọn giải pháp khác tốt hơn, hiệu quả hơn là ban hành hay sửa đổi, bổ sung đạo luật đó. Chúng ta đã nhận thức sai về Báo cáo đánh giá tác động chính sách. Để khắc phục tình trạng này, Báo cáo đánh giá tác động của chính sách phải được xây dựng một cách thực chất, bài bản, khách quan hoặc song song với đánh giá tác động chính sách của cơ quan đề xuất chính sách, có thể cần một báo cáo độc lập với cơ quan đề xuất chính sách, tương tự như báo cáo RIA (Regulatory Impact Assessment) ở các nước phát triển. Kết quả của RIA cần phải đưa ra một trong hai sự lựa chọn: *hoặc là* cần phải xây dựng mới hay sửa đổi, bổ sung một đạo luật như đã dự kiến *hoặc là* lựa chọn

một giải pháp khác ít tốn kém hơn, hiệu quả cao hơn. Đó mới đích thực là đánh giá tác động chính sách.

- Việc dự báo tính khả thi của chính sách phải dựa trên cơ sở của sự bảo đảm chắc chắn các nguồn lực cho thực thi chính sách khi luật được ban hành, tránh tình trạng chính sách nhiều, luật nhiều nhưng không có điều kiện nguồn lực, nhất là nguồn lực về tài chính để thực hiện hoặc thiếu sự đồng bộ trong chính sách nên tính khả thi không cao, luật không đi vào cuộc sống.

4. Chuyển trọng tâm vào giai đoạn đề xuất các định hướng chính sách

Trước khi có Luật Ban hành VBQPPL năm 2015, quy trình làm luật của chúng ta hầu như ít quan tâm đến vấn đề nghiên cứu chính sách. Nói đúng hơn là chúng ta chưa rõ những định hướng chính sách, thậm chí chưa có những đánh giá tác động của chính sách đã bắt tay vào làm luật. Vì vậy, hoạt động làm luật luôn là câu chuyện “vừa chạy vừa xếp hàng” theo cả nghĩa đen lẫn nghĩa bóng. Khi chúng ta vừa phải tổng kết, đánh giá thực tiễn thi hành, vừa phải nghiên cứu định hình chính sách; vừa đồng thời phải đánh giá tác động chính sách cũng đồng thời phải xây dựng dự thảo luật, phải chạy đua theo thời gian cho kịp tiến độ đã định. Một cách làm thiếu tính chuyên nghiệp và cũng thiếu tính bằng chứng như nói trên, dẫn đến nhiều quy định không khả thi, pháp luật không đi vào cuộc sống.

Năm 2006, khi tham gia một nhánh nghiên cứu của Chương trình 909 (viết tắt của Quyết định 909 của Thủ tướng Chính phủ về phê duyệt Đề án đổi mới trong xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật), lần đầu tiên chúng tôi đề cập đến việc cần phải xây dựng đề án chính sách, đánh giá tác động chính sách trước khi hình thành ý tưởng xây dựng luật và đưa dự án luật vào

chương trình xây dựng luật của Quốc hội. Sau đó, năm 2010 chúng tôi đề xuất một quy trình làm luật ba giai đoạn: Giai đoạn 1: *đề án hóa chính sách*; giai đoạn 2: *quy phạm hóa chính sách* và giai đoạn 3: *hiện thực hóa chính sách*¹. Tại thời điểm đó, chúng tôi cho rằng, quy trình làm luật của chúng ta mới chỉ nhần mạnh và làm được ở khâu giữa, tức là soạn thảo và ban hành luật (quy phạm hóa chính sách); khâu nghiên cứu định ra chính sách, đánh giá chính sách, thậm chí là phải xây dựng thành các đề án chính sách một cách bài bản (đề án hóa chính sách) chúng ta chưa làm được; khâu tổ chức thi hành luật (hiện thực hóa chính sách) thì bị coi nhẹ.

Trong Luật Ban hành VBQPPL năm 2015, giai đoạn nghiên cứu, đưa ra các định hướng chính sách, có dự báo, đánh giá tác động của chính sách đã được thể chế bằng quy định về đề nghị xây dựng luật, pháp lệnh, đề nghị xây dựng nghị định. Khi có hồ sơ đề nghị xây dựng luật với những định hướng chính sách được Chính phủ phê duyệt, trình Ủy ban Thường vụ Quốc hội (UBTVQH) thông qua thì mới đưa dự án luật vào chương trình, mới tiến hành soạn thảo luật. Như vậy, hoạt động nghiên cứu, xây dựng luật của chúng ta hiện nay đã thực hiện theo quy trình hai giai đoạn: đề án hóa chính sách và quy phạm hóa chính sách. Còn giai đoạn hiện thực hóa chính sách, tức là tổ chức thi hành pháp luật (theo đề xuất của chúng tôi là cần phải ban hành một đạo luật về tổ chức thi hành pháp luật, bên cạnh đạo luật về ban hành VBQPPL) đến nay vẫn chưa được chấp nhận. Một câu hỏi đặt ra, có phải do chúng ta thiếu đạo luật này nên thực thi pháp luật của chúng ta còn quá yếu kém hay không? Chúng tôi luôn hy vọng về sự ra đời của một đạo luật - “Luật Tổ chức thi hành VBQPPL”, để có thể hoàn tất quy trình ba giai đoạn như nói trên.

1 Xem: “Quan niệm về một hệ thống pháp luật hoàn thiện”, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 18 tháng 9/2010.

Việc đổi mới tư duy làm luật theo hướng tập trung sự quan tâm vào việc xây dựng các định hướng chính sách đòi hỏi tất cả các hoạt động như: tổng kết, khảo sát thực tiễn, nghiên cứu kinh nghiệm, thu thập thông tin, phân tích và lựa chọn chính sách, đánh giá tác động của chính sách cần phải làm kỹ lưỡng. Đề án chính sách cần phải được xây dựng và thông qua một cách bài bản và nghiêm túc mới đưa dự án luật vào chương trình xây dựng luật, pháp lệnh của Quốc hội hằng năm. Khi đó, việc soạn thảo luật (quy phạm hóa chính sách) không còn là vấn đề khó, không còn bị áp lực về mặt thời gian, phải vừa chạy vừa xếp hàng; việc soạn thảo luật không nhất thiết phải giao cho cơ quan đã đề xuất chính sách (thường là cơ quan QLNN) mà có thể có một Ban soạn thảo độc lập, gồm những chuyên gia XDPL chuyên nghiệp đảm nhiệm, thậm chí có thể thuê một công ty luật soạn thảo, tránh được những tư tưởng cục bộ, lợi ích ngành, lĩnh vực từng tồn tại.

Mặc dù Luật Ban hành VBQPPL 2015 đã quy định, nhưng việc hình thành các đề nghị xây dựng luật hiện nay vẫn chưa đáp ứng được yêu cầu và mong muốn của nhà làm luật. Nhiều đề nghị xây dựng luật được làm một cách hình thức, đối phó, đánh giá tác động hời hợt, một chiều (như phân tích thực trạng của RIA nói trên). Nếu chúng ta làm tốt được khâu đề nghị xây dựng luật (đề án hóa chính sách) thì áp lực về mặt thời gian trong xây dựng dự án luật (quy phạm hóa chính sách) sẽ giảm thiểu rất nhiều, sẽ không còn tình trạng “bắc nước chờ gạo” trong hoạt động XDPL như lâu nay thường gặp.

5. Tăng cường tính chuyên nghiệp, tìm kiếm sự đồng thuận trong đề xuất và xây dựng luật

Để tiến đến một sự chuyên nghiệp trong XDPL, theo chúng tôi, cần có nhiều giải pháp đồng bộ cả về thể chế, về nguồn lực và về cách thức tổ chức thực hiện, trong đó, mấu chốt là sự phân công hợp lý trong

từng giai đoạn của quy trình làm luật hiện nay. Ở khía cạnh này, chúng tôi đề xuất một số giải pháp sau:

- Trong giai đoạn nghiên cứu, đề xuất chính sách, tức là giai đoạn lập đề nghị xây dựng luật, các đơn vị chuyên môn của bộ QLNN là người chủ trì chính, đơn vị pháp chế là người phối hợp. Các đơn vị chuyên môn, nghiệp vụ về QLNN đối với ngành, lĩnh vực hơn ai hết là người hiểu rõ về thực trạng và kết quả tổ chức thi hành pháp luật, am hiểu thực tiễn, biết được những hạn chế, bất cập của các quy định pháp luật cũng như những giải pháp có thể để khắc phục những nhược điểm đó. Do vậy, giai đoạn đề nghị xây dựng luật cần phải giao cho các đơn vị này chủ trì nghiên cứu và đề xuất chính sách.

- Sau khi đề nghị xây dựng luật đã được phê duyệt, giai đoạn soạn thảo luật cần phải được giao cho đơn vị pháp chế chủ trì, các đơn vị chuyên môn là người phối hợp; bởi ưu thế trong xây dựng văn bản, thiết kế các điều luật chắc chắn thuộc về những người chuyên làm công tác pháp chế, pháp luật.

- Một vấn đề hết sức quan trọng trong XDPL là phải tìm kiếm sự đồng thuận. Một sự đồng thuận “bằng mọi giá”. Trong XDPL không thể không có những ý kiến trái chiều, thậm chí là những mâu thuẫn về quan điểm, về lợi ích, nhưng cần xây dựng một nguyên tắc là: *không có mâu thuẫn nào lại không thể được giải quyết*. Và khi mâu thuẫn xuất hiện, các bên phải cùng nhau thảo luận, tranh luận, thậm chí là đấu tranh gay gắt nhưng với một tinh thần trách nhiệm, khách quan và công tâm, vì lợi ích quốc gia là trên hết để tìm kiếm sự đồng thuận - đó là yêu cầu bắt buộc. Chúng ta không cần một Ban soạn thảo, một Tổ biên tập gồm các thành viên đến từ đủ các cơ quan khác nhau nhưng làm việc hình thức và không rõ người chịu trách nhiệm, mà cần là một cơ chế tham vấn, tìm kiếm sự đồng thuận một cách trách nhiệm. Tham vấn ý kiến và tiếp thu ý kiến, tìm kiếm sự đồng thuận trong quá trình soạn thảo luật

cần trở thành một quy trình bắt buộc của cơ quan chủ trì soạn thảo đối với các cơ quan có liên quan. Ở nhiều nước phát triển như Cộng hòa Liên bang Đức, Nhật Bản, người ta không thành lập các ban bộ gồm đại diện của đủ các bộ, ngành để soạn thảo luật mà giao nhiệm vụ soạn thảo cho một cơ quan chịu trách nhiệm soạn thảo; cơ quan này phải có trách nhiệm tham vấn để tham khảo và tìm kiếm sự đồng thuận của những cơ quan có liên quan đến chính sách được đề xuất; nếu như cơ quan được giao soạn thảo luật là một Bộ trong Chính phủ thì trong quá trình soạn thảo phải tham vấn các cơ quan liên quan khác để tìm kiếm sự đồng thuận; và nếu không tìm kiếm được sự đồng thuận thì tốt nhất là không nên trình dự án luật lên Nội các, vì gần như luật bắt thành văn là Văn phòng Nội các sẽ trả lại (đúng hơn là Văn phòng Nội các sẽ khuyên không nên trình luật ra Nội các để xem xét). Vì vậy, trên thực tế cũng gần như không có ai trình dự án luật ra Nội các để xem xét nếu chưa tìm kiếm được sự đồng thuận đối với dự thảo luật.

Ngoài ra, cũng cần cân nhắc học tập các mô hình tham vấn chính sách một cách độc lập từ các nhà chuyên môn, giới khoa học bằng nhiều hình thức khác nhau. Ví dụ, mô hình “thinktank” (tạm gọi là các viện chính sách) như ở các nước phát triển, vừa để tham vấn, vừa tạo nên sự đồng thuận xã hội. Nên chăng, nếu một dự án luật còn có những bất đồng lớn về quan điểm, về những chính sách cơ bản thì không nên trình ra các cơ quan có thẩm quyền (như Chính phủ hay Quốc hội) để thông qua hoặc ban hành, vì như vậy là làm khó cho các cơ quan này! Vậy nên, cần phải tìm kiếm sự đồng thuận của các cơ quan chuyên môn có liên quan trong xây dựng luật, dựa trên nguyên tắc là: không có sự khác biệt nào lại không có giải pháp để xử lý. Cần phải biết dung hòa các quan điểm, các lợi ích, vì ai cũng biết rằng, bản thân một dự án luật khi vừa được thông qua cũng đâu phải là một sự hoàn hảo!

6. Làm luật không nên quá xúc động, quá nóng vội

Không phải đạo luật nào cũng hoàn hảo, những khiếm khuyết trong mỗi đạo luật là một sự tất nhiên cũng giống như sự thiếu hoàn thiện của muôn loài, muôn vật trong thế giới này vậy. Thực tiễn cho thấy, “nhân vô thập toàn”, “ngọc còn có vết” và cũng có một triết gia đã từng nói “không có ai quá tốt như ta tưởng và cũng không có ai quá xấu như ta nghĩ”. Quan điểm của vị triết gia này là hãy bằng tình thương và sự khoan dung để cảm hóa những con người làm lỗi - thật đáng trân trọng. Mọi hiện tượng, sự vật trên đời này đều hàm chứa trong nó những điều tốt đẹp, thậm chí là những tinh hoa của tạo hóa, song nó cũng khó có thể tránh khỏi những khiếm khuyết.

Mặt khác, chính phương thức thông qua một dự án luật của Quốc hội theo nguyên tắc đa số đã cho thấy rõ ràng là, một đạo luật vừa được thông qua đã có những nghị sĩ không ủng hộ nó - dù là thiểu số. Và trên thực tế, chưa một đạo luật nào được thông qua với sự đồng thuận tuyệt đối của cả 100% số đại biểu Quốc hội. Cũng như vậy, trong xã hội cũng còn có những người không đồng tình với nó. Vì đạo luật đó không xử lý hết được những vấn đề cụ thể trong xã hội, cũng tức là không thể thỏa mãn được lợi ích của tất cả mọi người. Trách nhiệm của nhà nước, của những người làm luật là phải biết lắng nghe những phản ứng trái chiều, những ý kiến đóng góp của người dân, nhất là những đối tượng chịu sự tác động trực tiếp của luật về những bất cập, hạn chế của luật hay của các VBQPPL nói chung. Nhà nước có trách nhiệm phải nghiên cứu, phải có giải pháp khắc phục trong tổ chức thi hành hoặc cần phải sửa đổi, bổ sung luật nhưng đừng quá xúc động, vội vàng thay đổi, tạo nên sự giạt cục trong điều hành và sự mất ổn định của chính sách, pháp luật - điều mà các nhà đầu tư, các doanh nghiệp vẫn thường phàn nàn. Cần phải bình tĩnh và bản lĩnh để lắng nghe và lựa chọn giải pháp phù hợp. Kinh nghiệm

Cần phải bình tĩnh và bản lĩnh để lắng nghe và lựa chọn giải pháp phù hợp. Kinh nghiệm XDPL của hơn 30 năm qua cho thấy, ý kiến về những quy định chưa hợp lý của một đạo luật nhiều khi lại chính là những vấn đề đã được trao đi đổi lại rất nhiều trong quá trình soạn thảo đạo luật đó. Vì vậy, chúng ta phải bình tĩnh, cần phân tích và lựa chọn chính sách một cách hợp lý khi quyết định sửa đổi, bổ sung hay làm mới một đạo luật nào đó, nhất là những đạo luật có tuổi đời còn quá trẻ.

Quá xúc động dẫn đến nóng vội trong sửa đổi, bổ sung luật như đề cập ở trên là một khía cạnh. Ở một góc nhìn khác, chúng ta thường hay nôn nóng trong xây dựng và ban hành luật. Chúng ta thường tạo ra sức ép trong xây dựng và ban hành luật, vì chúng ta luôn ấn định thời gian cho nó trong khi chưa nghiên cứu và lựa chọn chính sách một cách kỹ lưỡng (đặc biệt là trước khi có Luật Ban hành VBQPPL năm 2015). Thường là khi bắt tay vào xây dựng luật, chúng ta còn thiếu rất nhiều điều: thiếu thực tiễn (thiếu bằng chứng), thiếu định hướng chính sách một cách rõ ràng, thiếu nguồn lực về con người cũng như tài chính, thiếu một quy trình làm luật hợp lý, thiếu cả kỷ cương, kỷ luật trong tổ chức và phối hợp công việc... Tất cả những sự thiếu đó đã dẫn đến thực trạng nhiều khi phải xin lùi, xin rút hoặc buộc phải trình xem xét, thông qua những đạo luật chưa bảo đảm chất lượng. Tất nhiên, ở đây chúng tôi hoàn toàn không bao biện cho những trường hợp chậm trễ do lỗi chủ quan của cơ quan soạn thảo mà muốn nói đến thời gian vật chất cần thiết cho việc nghiên cứu và xây dựng một dự án luật.

Một vấn đề cần phải nghiên cứu và cần nhắc lại là từ trước đến nay, chúng ta thường quá nặng nề về chương trình xây dựng luật, pháp lệnh hằng năm (thậm chí trước đây là 5 năm). Một dự án luật, pháp lệnh đã được đưa vào chương trình xây dựng luật, pháp lệnh của Quốc hội thì “đến hẹn là phải lên”, phải

được soạn thảo xong và đệ trình để xem xét, cho ý kiến hoặc ban hành. Và nếu cơ quan trình luật xin hoãn hoặc xin rút thì sẽ bị phê bình. Có thể nói, một dự án luật được thông qua có tác động chính trị, kinh tế cũng như xã hội to lớn và lâu dài. Vì vậy, nó cần phải được xây dựng một cách bài bản, chắc chắn và không được phép nóng vội. Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh hằng năm không nên quan niệm như những chỉ tiêu pháp lệnh mà là một kế hoạch để chúng ta phấn đấu thực hiện. Một dự án luật trong chương trình nhưng nếu chưa được chuẩn bị tốt, chất lượng chưa bảo đảm thì tốt nhất là chưa nên trình và nếu có tình trạng xin lùi, xin rút vì dự án chưa bảo đảm chất lượng thì cũng không nên coi đó là vấn đề đáng để bức xúc, mà nên chờ đến khi nào bảo đảm chất lượng thì mới trình ban hành. Đối với cơ quan soạn thảo, vì lý do nào đó mà không thể trình dự án luật đúng thời hạn theo chương trình lại là vấn đề khác, nếu là lỗi chủ quan, trách nhiệm đó tất nhiên sẽ phải được giải trình, xem xét và xử lý. Tuy nhiên, không nên vì tiến độ mà thúc ép phải trình những dự luật chưa đủ độ chín, cần phải bình tĩnh và chắc chắn trong XDPL.

7. Đổi mới quy trình xây dựng luật

Có nhiều điều bất hợp lý trong quy trình XDPL hiện hành. Chúng tôi xin đề cập hai điểm quan trọng nhất và cũng là hai vấn đề bất hợp lý nhất của quy trình làm luật theo Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 sau đây:

Thứ nhất, quy trình cắt khúc trong quá trình soạn thảo và trình luật. Đó là quy trình mà cơ quan soạn thảo và trình luật chỉ có trách nhiệm soạn thảo và trình dự án luật ra Quốc hội cho ý kiến lần thứ nhất tại một kỳ họp, sau đó UBTVQH sẽ là cơ quan chủ trì tiếp thu, chỉnh lý và báo cáo Quốc hội tại kỳ họp thứ hai để xem xét, thông qua.

Luật quy định là như vậy nhưng trên thực tế, một Ủy ban của Quốc hội sẽ lĩnh trách nhiệm tiếp quản dự án luật đó để chủ

trì nghiên cứu, tiếp thu và chỉnh lý, đó chính là Ủy ban được phân công và có báo cáo thẩm tra dự án luật ra Quốc hội trước đó. Trong trường hợp này, cơ quan thẩm tra trở thành cơ quan chủ trì tiếp thu, trình luật.

Chúng tôi cho rằng, sự bất hợp lý về quy trình như trên là ở chỗ, cơ quan chủ trì soạn thảo và trình luật sau khi đệ trình Quốc hội cho ý kiến lần đầu thì gần như không còn tiếng nói có trọng lượng nữa trong quá trình tiếp thu, chỉnh lý và trình lại Quốc hội dự án luật mà chính họ là người thai nghén nó. Họ bị mất vai trò và không còn tiếng nói mạnh mẽ để bảo vệ quan điểm cũng như các định hướng chính sách đã được lựa chọn và cân nhắc, không thể bảo vệ và chịu trách nhiệm đến cùng về đứa con tinh thần của mình.

Điều chúng tôi đề cập là vai trò, trách nhiệm của các cơ quan trong chủ trì soạn thảo, trình dự án luật và tiếp thu, chỉnh lý, trình lại dự án luật, còn đương nhiên quyền lập pháp là quyền của Quốc hội. Bất cứ một cơ quan nào trình dự án luật thì việc quyết định có thông qua hay không là quyền của Quốc hội. Nhưng các cơ quan trình dự án luật phải được quyền chủ trì và bảo vệ quan điểm của mình trong toàn bộ quá trình soạn thảo và trình thông qua dự án luật, còn cơ quan thẩm tra, dù đó là các Ủy ban của Quốc hội hay UBTVQH thì cũng chỉ làm đúng chức năng của cơ quan thẩm tra, giúp Quốc hội xem xét, thậm chí có thể đề nghị Quốc hội không thông qua một dự án luật, nhưng không nên làm thay và tước đi quyền của cơ quan trình luật. Thực tiễn trong những năm qua chúng ta cũng đã phải trả giá cho sự bất hợp lý của quy trình mà chúng tôi tạm gọi là cắt khúc như nói trên, và bài học về những sai sót của Bộ luật Hình sự năm 2015 dù có hi hữu cũng chính là bắt nguồn từ quy trình cắt khúc này.

Thứ hai, quy trình một dự án luật phải được trình tại hai kỳ họp Quốc hội. Mặc dù Điều 73 Luật Ban hành VBQPPL quy định

rõ: Quốc hội xem xét, thông qua dự án luật, dự thảo nghị quyết tại một hoặc hai kỳ họp Quốc hội; trường hợp dự án luật lớn, nhiều điều, khoản có tính chất phức tạp thì Quốc hội có thể xem xét, thông qua tại ba kỳ họp. Tuy nhiên, trên thực tế, UBTVQH ngay từ khi ban hành Nghị quyết về triển khai Nghị quyết của Quốc hội về Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh hằng năm đều xác định trước là hầu hết các dự án luật đều được trình Quốc hội cho ý kiến và thông qua tại hai kỳ họp. Tại sao hầu hết các dự án luật đều phải trình Quốc hội tại hai kỳ họp và đều được xác định trước như vậy ngay từ khi đưa dự án luật được chuẩn bị tốt, bảo đảm chất lượng để thông qua lại không thể thông qua tại một kỳ họp? Vì nếu nó được thông qua thì sẽ đỡ tốn kém tiền bạc hơn và cũng đáp ứng yêu cầu đòi hỏi của cuộc sống được sớm hơn. Có lẽ, chúng ta không nên áp đặt một cách chủ quan và thiếu thực tế như vậy và cũng có thể nói là không đúng với quy định của Điều 73 nói trên. Ngoài ra, Điều 74 Luật Ban hành VBQPPL cũng quy định: trong trường hợp dự thảo chưa được thông qua hoặc mới được thông qua một phần thì Quốc hội xem xét, quyết định việc trình lại hoặc xem xét, thông qua tại kỳ họp tiếp theo theo đề nghị của UBTVQH. Một dự án luật có thể được xem xét, thông qua ngay trong một kỳ họp của Quốc hội hay hai kỳ, thậm chí ba kỳ (ví dụ như dự án Luật Phòng, chống tham nhũng (sửa đổi) vừa qua) là quyền của Quốc hội khi Quốc hội xem xét dự án luật được trình, tùy theo chất lượng dự án luật và yêu cầu đòi hỏi của thực tiễn, không chủ quan, nóng vội nhưng cũng không nên chủ quan áp đặt. Tất cả là ở chất lượng dự án luật và yêu cầu đòi hỏi của thực tiễn, và hãy để điều đó cho Quốc hội xem xét và định đoạt. ■

SÁNG KIẾN ĐỐI TÁC CHÍNH PHỦ MỞ VÀ Ý NGHĨA VỚI VIỆT NAM¹

Vũ Công Giao*

* PGS. TS. Khoa Luật ĐHQG Hà Nội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Chính phủ mở, Sáng kiến đối tác Chính phủ mở, Quản trị công, Phòng chống tham nhũng

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 14/01/2019

Biên tập : 17/01/2019

Duyệt bài : 22/01/2019

Article Information:

Keywords: Open Government, Open Government Partnership, Public Governance, Anti-corruption.

Article History:

Received : 14 Jan. 2019

Edited : 17 Jan. 2019

Approved : 22 Jan. 2019

Tóm tắt:

Quản trị nhà nước (hay quản trị công) trên thế giới đang chuyển đổi do nhiều yếu tố khách quan và Chính phủ mở là mô hình có tính hợp lý, hiện thực trong tương lai đối với các quốc gia. Sáng kiến Đối tác Chính phủ mở (OGP) là một thiết chế quốc tế mở, dân chủ, có lợi ích nhiều mặt cho các nước tham gia. Nếu có quyết tâm chính trị mạnh, Việt Nam hoàn toàn có thể trở thành một thành viên mới của OGP.

Abstract

State governance (or public governance) in the world is under transformation due to several objective factors and Open Government Partnership is a rational and realistic model in the future for all countries. The Open Government Partnership is an international network which is open, democratic and beneficial for the participating countries. With strong political willingness, Vietnam is surely able to be a new member of the Open Government Partnership.

1. Khái quát về Sáng kiến đối tác Chính phủ mở

1.1 Lịch sử và những đặc điểm cơ bản của OGP

Trong một vài thập kỷ gần đây, “Chính phủ mở” (Open Government) đã trở thành một khái niệm được nhắc đến ngày càng

ngày càng nhiều trên các diễn đàn quốc tế. Có những định nghĩa ít nhiều khác nhau về “Chính phủ mở”, song tựu trung đều đề cập đến một mô hình chính phủ (và rộng hơn là một nhà nước) được tổ chức và hoạt động theo nguyên tắc công khai, minh bạch và trách nhiệm giải trình, có sự tham gia tích cực,

1 Bài viết này được khái quát từ tham luận của tác giả có trong Kỷ yếu Hội thảo “Chính phủ mở, Chính phủ điện tử và Quản trị nhà nước hiện đại” do Khoa Luật - ĐHQG Hà Nội tổ chức vào ngày 15/01/2019.

chủ động của người dân, nhận được sự tin cậy và có khả năng đáp ứng hiệu quả các nhu cầu của người dân.

Trong thực tế, Chính phủ mở không phải là khái niệm mới, mà đã được đề cập từ thời kỳ Khai sáng ở châu Âu². Tuy nhiên, nếu như trước đây khái niệm Chính phủ mở đơn thuần chỉ sự công khai trong hoạt động của bộ máy nhà nước, thì ngày nay, thuật ngữ này còn hàm nghĩa một bộ máy chính quyền biết lắng nghe, tôn trọng tâm tư, nguyện vọng, luôn trăn trở làm những gì tốt nhất để đáp ứng nhu cầu của người dân và thúc đẩy sự phát triển của xã hội³.

Gắn với mô hình ‘Chính phủ mở’, từ năm 2011, một mạng lưới có tên gọi là *Open Government Partnership (Sáng kiến Đối tác Chính phủ mở - OGP)* đã được thành lập bởi 8 nhà lãnh đạo quốc gia và 9 nhà lãnh đạo của các tổ chức xã hội lớn của các quốc gia đó, bao gồm Brazil, Indonesia, Mexico, Na Uy, Phillippines, Nam Phi, Anh và Mỹ⁴. Việc đa số thành viên sáng lập OGP là các nước đang phát triển (Brazil, Indonesia, Mexico, Phillippines, Nam Phi) và có sự tham gia của đại diện của cả chính quyền và các tổ chức xã hội cho thấy những đặc trưng nổi bật của Mạng lưới này, đó là: (i) đây không phải là sáng kiến của các nước giàu, phát triển ở phương Tây áp đặt cho các nước nghèo; (ii) có sự đồng thuận cao giữa các nước đang phát triển và các nước phát triển; (3) có sự chia sẻ tầm nhìn giữa chính quyền và các tổ chức xã hội, hay rộng hơn, là giữa chính quyền với người dân⁵.

Về tính chất, OGP không phải là một điều ước hay tổ chức quốc tế, mà là một mạng lưới cho phép các quốc gia thành viên có thể hỗ trợ, giúp đỡ lẫn nhau trong cải cách bộ máy nhà nước theo mô hình ‘Chính phủ mở’. OGP hoạt động dựa trên các nguyên tắc cơ bản đó là: (i) tăng cường cung cấp thông tin cho công chúng về các hoạt động của nhà nước; (ii) hỗ trợ sự tham gia của người dân vào hoạt động quản lý nhà nước; (iii) áp dụng các tiêu chuẩn cao nhất về tính liêm chính và chuyên nghiệp cho toàn bộ hệ thống quản trị nhà nước (QTNN); (iv) tăng cường khả năng tiếp cận với các công cụ công nghệ hiện đại nhằm nâng cao tính công khai và trách nhiệm giải trình của bộ máy nhà nước⁶.

Năm 2011, khởi đầu chỉ có 8 nước thành viên nhưng tính đến tháng 6/2018, đã có 76 nước (chính quyền trung ương - national governments), 20 chính quyền địa phương (local governments) tham gia và hơn 3.000 tổ chức xã hội là đối tác (civil society partners) của OGP⁷. Trong số các quốc gia thành viên OGP hiện nay, có 2/3 là các nước đang phát triển. Nhiều quốc gia ở châu Á đã tham gia OGP, trong đó có Indonesia, Philippines, Papua New Guinea và Hàn Quốc... Sự phát triển rất nhanh của OGP, theo lý giải của Bộ trưởng Indonesia Kuntoro Mangkusubroto, là do “OGP tăng cường sự cởi mở nhằm hướng tới mục tiêu chung là một nhà nước quản trị tốt” - điều mà hầu hết các quốc gia trên thế giới đều đang hướng tới⁸.

2 Xem Nguyễn Thị Kiều Viên, “Chính phủ mở - con đường phía trước”, VietnamNet ngày 7/01/2015, tại: <https://vietnamnet.vn/vn/thoi-su/chinh-phu-mo-con-duong-phia-truoc-215384.html>.

3 Xem Nguyễn Thị Kiều Viên, “Chính phủ mở - con đường phía trước”, t.lđđ.

4 Xem thêm về OGP tại <https://www.opengovpartnership.org/about/about-ogp>

5 Xem Nguyễn Thị Kiều Viên, “Chính phủ mở - con đường phía trước”, t.lđđ.

6 Xem Tuyên bố về Chính phủ mở (Open Government Declaration) tại <https://www.opengovpartnership.org/open-government-declaration>

7 Nguồn: OGP, <https://www.opengovpartnership.org/stories/how-ogp-delivering-civil-society-quick-look-latest-figures>

8 Xem Nguyễn Thị Kiều Viên, “Chính phủ mở - con đường phía trước”, t.lđđ.

1.2 Điều kiện tham gia, cơ chế tổ chức, hoạt động của OGP⁹

OGP là một cơ chế quốc tế mở theo đúng nghĩa của nó. Tất cả các nước nếu quan tâm đều có thể tham gia OGP, chỉ với điều kiện bày tỏ cam kết thực hiện Tuyên bố về Chính phủ mở (Open Government Declaration)¹⁰ và đạt được tối thiểu 75% của tổng số 16 điểm (tức 12/16) gắn với 4 tiêu chuẩn hợp lệ tối thiểu (minimum eligibility criteria), bao gồm:

(1) *Minh bạch ngân sách (Fiscal Transparency)*: Tiêu chuẩn này đòi hỏi quốc gia phải công khai hai tài liệu là Dự toán ngân sách của Chính phủ (Executive's Budget Proposal) và Báo cáo kiểm toán của Nhà nước (Audit Report) (mỗi tài liệu được công bố sẽ được tính 2 điểm). Mục đích để tăng cường trách nhiệm giải trình của nhà nước trong việc quản lý ngân sách.

(2) *Tiếp cận thông tin (Access to Information)*: Tiêu chuẩn này đòi hỏi quốc gia phải ghi nhận quyền tự do/tiếp cận thông tin trong pháp luật. Mục đích để bảo đảm quyền của công chúng được thông tin và được tiếp cận với những tài liệu do nhà nước nắm giữ. Theo cách tính của OGP, nếu quốc gia có một đạo luật riêng về vấn đề này sẽ được tính cả 4 điểm; trong trường hợp chưa có luật này nhưng có một điều khoản trong Hiến pháp quy định quyền tiếp cận thông tin sẽ được tính 3 điểm.

(3) *Công khai tài sản, thu nhập của quan chức nhà nước (Public Officials Asset Disclosure)*: Tiêu chuẩn này đòi hỏi quốc gia phải có quy định pháp luật về công khai tài sản và thu nhập của quan chức nhà nước, đặc biệt là các quan chức dân cử và quan chức nhà nước cao cấp. Mục đích để giám

sát, phát hiện hành vi tham nhũng của các quan chức nhà nước. Nếu quốc gia có văn bản pháp luật yêu cầu công khai tài sản và thu nhập của quan chức nhà nước sẽ nhận được cả 4 điểm; nếu pháp luật chỉ yêu cầu kê khai nhưng chưa công khai rộng rãi thì chỉ được 2 điểm.

(4) *Sự tham gia của người dân (Citizen Engagement)*: Tiêu chuẩn này đòi hỏi quốc gia phải có cơ chế pháp lý bảo đảm người dân được tham gia vào hoạt động xây dựng chính sách và quản lý nhà nước. Mục đích để tăng cường tính dân chủ trong quản lý nhà nước nói riêng, trong xã hội nói chung. Việc đánh giá tiêu chuẩn này dựa trên Bộ chỉ số về dân chủ của EIU năm 2014 (the 2014 EIU Democracy Index¹¹), theo đó quốc gia nào đạt mức từ 7,5/10 điểm về tự do dân sự được 4 điểm; quốc gia nào đạt mức từ 5,2/10 được 3 điểm; quốc gia nào đạt mức từ 2,5/10 được 2 điểm, còn quốc gia nào đạt mức dưới 2,5/10 được 0 điểm.

Một quốc gia được coi là thành viên của OGP (thể hiện ở việc được nêu tên trên trang web của OGP) khi đã thỏa mãn các tiêu chuẩn hợp lệ, gửi Thư xin gia nhập và tiến hành xây dựng Kế hoạch Hành động (National Action Plan) về Chính phủ mở của nước mình.

OGP được điều hành bởi một Ủy ban Thường trực quốc tế gồm đại diện của 11 chính phủ và 11 tổ chức xã hội lớn, được bầu ra trong các kỳ hội nghị OGP. Một Bộ phận Hỗ trợ OGP (OGP Support Unit) được thành lập, đóng vai trò như Văn phòng thường trực của OGP. Ngoài việc cung cấp dịch vụ hành chính, Bộ phận này còn có chức năng liên lạc, phối hợp và tổ chức các bên liên quan để thực hiện các quyết sách của OGP.

9 Xem Vũ Công Giao và Nguyễn Quang Nam, “Nghiên cứu về khả năng tham gia Sáng kiến đối tác Chính phủ mở (OGP) của Việt Nam”, báo cáo biên soạn cho Trung tâm Nghiên cứu Quản trị Xã hội (CENSOGOR) và Tổ chức Hướng tới Minh bạch (TT), 10/2016.

10 <https://www.opengovpartnership.org/open-government-declaration>

11 https://www.eiu.com/public/topical_report.aspx?campaignid=Democracy0115

OGP yêu cầu các quốc gia thành viên tham gia hai hình thức báo cáo (reporting) và đánh giá (assessment) để bảo đảm thực thi các cam kết về Chính phủ mở: *thứ nhất*, Báo cáo tự đánh giá hàng năm (Annual Self-assessment Report) trong đó chỉ ra thực trạng và những tiến bộ trong việc thực thi các cam kết về Chính phủ mở theo từng năm; *thứ hai*, quy trình đánh giá hai năm một lần (bi-annual assessment) theo Cơ chế báo cáo độc lập (Independent Reporting Mechanism - IRM), để đánh giá tình trạng xây dựng và thực thi các kế hoạch hành động, những tiến bộ trong việc thực hiện nguyên tắc Chính phủ mở ở mỗi quốc gia. Bên cạnh đó, các quốc gia thành viên OGP cũng có nghĩa vụ đóng góp vào sự tiến triển của Chính phủ mở ở các quốc gia thành viên khác, thông qua việc chia sẻ kinh nghiệm, kỹ năng, trợ giúp kỹ thuật, công nghệ, các nguồn lực cần thiết khác.

1.3 Vai trò, ý nghĩa của OGP với các quốc gia

Trong thực tế, tất cả các nước thành viên đều sử dụng OGP như một công cụ để tăng cường hiệu quả QTNN, củng cố niềm tin của người dân vào bộ máy nhà nước và nâng cao hình ảnh, vị thế quốc tế của đất nước trên trường quốc tế. Thông qua việc tham gia OGP, một quốc gia đã đưa ra một thông điệp mạnh mẽ tới người dân trong nước và cộng đồng quốc tế rằng họ cam kết tăng cường tính công khai, minh bạch, trách nhiệm giải trình và phòng chống tham nhũng, với mục đích đem lại sự ổn định và phát triển phồn vinh cho đất nước¹².

Việc tham gia OGP cũng đồng nghĩa với việc một quốc gia nhấn mạnh cam kết thực thi Công ước Liên hiệp quốc về chống tham nhũng (UNCAC) - điều ước quốc tế có tính toàn cầu về vấn đề này hiện nay¹³. Tuy nhiên, với các nước đang phát triển, việc tham gia OGP còn mở ra một triển vọng mới cho việc cải cách QTNN theo hướng hiện đại, phù hợp với xu thế chung trên thế giới cũng như đáp ứng các yêu cầu của toàn cầu hoá, hội nhập quốc tế. Thực tế cho thấy, các mô hình nhà nước phúc lợi, nhà nước kế hoạch hoá tập trung, và cả nhà nước kiến tạo phát triển cổ điển (theo mô hình Nhật Bản, Hàn Quốc¹⁴) đều đã không còn phù hợp với thế kỷ 21, bởi các mô hình này đều lấy nhà nước làm trung tâm, xem nhẹ vai trò và sự tham gia của người dân, vì vậy khó có thể tạo ra sự phát triển của xã hội trong bối cảnh hiện nay.

Thế kỷ 21, với những yếu tố đặc trưng như toàn cầu hoá, dân chủ hoá, kinh tế thị trường và cách mạng công nghiệp 4.0, đòi hỏi cách thức QTNN cũng phải thay đổi so với trước đây. OGP là biểu hiện cho mô hình QTNN mới (new public governance) được khởi xướng kể từ thập kỷ 1980, trong đó lấy người dân làm trung tâm (citizen-centered governance)¹⁵. Trong mô hình này, các nhà nước vẫn giữ vị trí quan trọng nhưng cách thức quản lý, sử dụng quyền lực không còn mang tính chất chuyên chế, mệnh lệnh hành chính một chiều như trước đây. Thay vào đó, nhà nước tích cực hợp tác, phối hợp với các chủ thể khác như người dân, các tổ chức xã hội và doanh nghiệp trong việc xây dựng, hoạch định và thực thi chính sách công.

12 Xem Nguyễn Thị Kiều Viên, “Chính phủ mở - con đường phía trước”, t.lđđ.

13 Tính đến 6/2018, UNCAC đã có hơn 186 nước thành viên, bao gồm Việt Nam. Nguồn: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html>

14 Về nhà nước kiến tạo phát triển, xem thêm Kỷ yếu hội thảo cùng tên do Khoa Luật ĐHQG Hà Nội tổ chức vào tháng 3/2017.

15 Về quản trị công mới, xem Stephen Osborne (2018), *The New Public Governance? : Emerging Perspectives on the Theory and Practice of Public Governance*, Taylor & Francis Publisher. Cũng xem XU Runya, SUN Qigui; SI Wei (2015), “The Third Wave of Public Administration: The New Public Governance”, *Canadian Social Science*, Vol. 11, No. 7, 2015, pp. 11-21;

Trong QTNN kiểu mới, người dân giữ vị trí trung tâm, chủ động, tích cực tham gia trực tiếp hoặc gián tiếp vào mọi hoạt động của nhà nước. Trong khi đó, các tổ chức xã hội là những chủ thể không thể thiếu trong QTNN, đóng vai trò cầu nối giữa người dân và nhà nước. Bằng cách đó, QTNN có tính dân chủ cao, tạo ra sự đồng thuận xã hội lớn (xem bảng dưới đây).

Quản trị nhà nước kiểu cũ	Quản trị nhà nước kiểu mới
Nhà nước giữ vai trò chủ đạo, điều hành, thậm chí độc tôn (Nhà nước “mạnh”)	Nhà nước giữ vai trò điều tiết, trọng tài, có sự tham gia của nhiều chủ thể (Nhà nước “yếu”)
Hành chính, mệnh lệnh, tính “chuyên chế” cao	Hợp tác, phối hợp, tính dân chủ cao (các tiêu chí quản trị dân chủ/quản trị tốt)
Dịch vụ công do nhà nước cung cấp	Dịch vụ công do nhà nước và nhiều chủ thể khác cùng cung cấp
Quản lý kinh tế tập trung, nhà nước là chủ thể chính	Kinh tế thị trường, nhà nước giữ vai trò kiến tạo

2. Ý nghĩa của việc tham gia Sáng kiến đổi tác Chính phủ mở

Là một sáng kiến quốc tế nổi bật nhất trong mấy thập kỷ gần đây, OGP có ý nghĩa tích cực với tất cả các nước tham gia, đặc biệt là các nước đang phát triển. Đối với Việt Nam, ý nghĩa của việc tham gia OGP thể hiện như sau¹⁶:

Thứ nhất, OGP giúp gia tăng niềm tin của người dân với sự lãnh đạo của Đảng và Nhà nước

Ở mọi quốc gia, từ trước tới nay, niềm tin của người dân với nhà nước được xây dựng dựa trên tính hiệu quả trong hai lĩnh vực chính: (i) hiệu quả bảo vệ chủ quyền, lãnh thổ quốc gia trước sự xâm phạm của các thế lực bên ngoài; (ii) hiệu quả quản trị đất nước, phòng chống tham nhũng. Về khía cạnh thứ hai, ngay từ thế kỷ thứ 18, nhà bác học Lê Quý Đôn đã khẳng định, một trong 5 nguy cơ dẫn đến mất nước (mà trong bối cảnh hiện nay ở Việt Nam, cũng có thể hiểu là nguy cơ dẫn đến sự sụp đổ của chế độ), là *tham nhũng tràn lan* - hệ quả của quản trị đất nước yếu kém¹⁷.

Kể từ Đổi mới (1986), Đảng Cộng sản và Nhà nước Việt Nam đã từng bước thực hiện cải cách thể chế, tăng cường hiệu quả QTNN và phòng chống tham nhũng (PCTN) song hiệu quả QTNN của Việt Nam hiện vẫn còn thấp, tình trạng tham nhũng vẫn còn phổ biến và có xu hướng ngày càng tinh vi, phức tạp. Thực trạng đó làm suy giảm lòng tin của người dân với Đảng và Nhà nước¹⁸. Tổng bí thư Nguyễn Phú Trọng nhấn mạnh, nếu chống tham nhũng không được thì Đảng sẽ “... mất lòng tin của dân”¹⁹.

Trong bối cảnh kể trên, việc tham gia OGP cung cấp một cơ chế mới để thúc đẩy quản trị tốt và PCTN, do vậy sẽ giúp gia tăng niềm tin của người dân vào vai trò lãnh đạo và năng lực quản lý xã hội, phòng chống tham nhũng của Đảng Cộng sản và Nhà nước Việt Nam.

16 Xem Vũ Công Giao và Nguyễn Quang Nam, t.lđd.

17 Năm nguy cơ mất nước theo Lê Quý Đôn là: (i) sĩ phu thức giả ngoài mặt đi trước thời cuộc; (ii) xã tắc tham nhũng tràn lan; (iii) binh kiêu ngạo, tướng thoái hóa; (iv) học trò không kính trọng thầy giáo; (v) trẻ con khinh thường người già. Dẫn theo Trần Ngọc Tiên, trong Người xưa chống tham nhũng: Sĩ phu thức giả chống tham quan, Báo Thanh niên Online, 15/5/2017, tại <https://thanhnien.vn/van-hoa/nguoi-xua-chong-tham-nhung-si-phu-thuc-gia-chong-tham-quan-835155.html>

18 VOV Online, Quan liêu, tham nhũng làm méo mó chính sách, giảm lòng tin, 24/10/2015, <http://vov.vn/kinh-tri/dang-quan-liu-tham-nhung-lam-meo-mo-chinh-sach-giam-long-tin-443639.vov>

19 VietnamNet, Chống tham nhũng không được thì mất lòng tin của dân, 28/6/2016, tại <http://vietnamnet.vn/vn/thoi-su/78564/chong-tham-nhung-khong-duoc-thi-mat-long-tin-cua-dan.html>

Thứ hai, OGP giúp đẩy mạnh quá trình cải cách thể chế quản lý nhà nước ở Việt Nam

Thể chế quản lý là tập hợp các quy tắc chi phối sự thành lập và vận hành của bộ máy nhà nước. Cải cách thể chế là việc sửa đổi, bổ sung các quy tắc nhằm nâng cao hiệu quả quản lý xã hội của nhà nước, trong đó bao gồm việc cải thiện mối quan hệ giữa nhà nước, người dân và doanh nghiệp.

Cải cách thể chế QTNN hiện là vấn đề cấp thiết, trọng tâm và được xem là một khâu đột phá cho sự phát triển của Việt Nam²⁰. Điều này do nhiều nguyên nhân, trong đó bao gồm thực tế là “thể chế hiện hành đang có những điểm dung dưỡng tham nhũng... Nguyên tắc “công khai”, “minh bạch” trong QTNN không được tuân thủ. Quan hệ “xin - cho” vẫn còn dai dẳng, các vụ chạy chức, chạy tội... còn tiếp diễn. Tham nhũng đã trở nên tinh vi, khó phanh phui”²¹.

Ở góc độ rộng hơn, Báo cáo *Việt Nam 2035: Hướng tới thịnh vượng, sáng tạo, công bằng và dân chủ* (Báo cáo Việt Nam 2035) khẳng định: “Cấu trúc quản trị của Việt Nam đã đến lúc cần thay đổi. Các thể chế tuy phù hợp trong việc đưa đất nước trở thành một nước thu nhập trung bình thấp nhưng nay đã bộc lộ những nhược điểm, nếu không được xử lý quyết đoán, kịp thời sẽ ảnh hưởng đến quá trình trở thành một nước thu nhập trung bình cao”²².

Thực trạng kể trên cũng đã được nhận diện trong Văn kiện Đại hội lần thứ 12 của

Đảng Cộng sản Việt Nam, theo đó: “Thể chế kinh tế thị trường định hướng XHCN còn nhiều vướng mắc, chưa tạo được đột phá thúc đẩy phát triển kinh tế - xã hội”, “Quản lý nhà nước chưa đáp ứng kịp yêu cầu phát triển của kinh tế thị trường và hội nhập quốc tế. Cải cách hành chính và năng lực tạo dựng thể chế để bảo đảm cho doanh nghiệp, người dân tự do kinh doanh và cạnh tranh bình đẳng trong kinh tế thị trường còn nhiều hạn chế”²³. Trên cơ sở đó, Đại hội Đảng lần thứ 12 đặt ra nhiệm vụ: “Tập trung hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường đồng bộ, hiện đại trên cơ sở tuân thủ đầy đủ các quy luật của kinh tế thị trường và hội nhập kinh tế quốc tế sâu rộng”²⁴ và tiếp tục xác định đây là một trong ba đột phá chiến lược để đưa đất nước tiến lên.

Việc tham gia OGP sẽ tạo ra bước ngoặt trong cải cách thể chế QTNN ở Việt Nam. Với việc thực thi bốn nguyên tắc cơ bản, OGP sẽ góp phần trực tiếp giải quyết những điểm yếu nhất trong thể chế QTNN ở Việt Nam hiện nay, trong đó bao gồm: “... thiếu cơ chế kiểm soát quyền lực hữu hiệu trong bộ máy chính quyền;... và sự tham gia rất hạn chế của người dân trong quá trình hoạch định và thực thi chính sách”²⁵.

Thứ ba, OGP giúp nâng cao hình ảnh và uy tín của Việt Nam trước cộng đồng quốc tế và với khối doanh nghiệp

QTNN còn yếu với biểu hiện cụ thể là tình trạng tham nhũng còn phổ biến đã làm ảnh hưởng tiêu cực đến hình ảnh và uy tín của Việt Nam trên các diễn đàn quốc tế, cũng

20 VietnamNet, Cải cách thể chế: Nhà nước muốn làm hay không? 29/04/2014, tại <http://vietnamnet.vn/vn/thoi-su/173091/cai-cach-the-che-nha-nuoc-muon-lam-hay-khong.html>;

21 VietnamNet, Cải cách thể chế: Không thể chậm nữa, 14/03/2015, <http://vietnamnet.vn/vn/tuanvietnam/225309/cai-cach-the-che-khong-the-cham-nua.html>.

22 Nhóm Ngân hàng Thế giới và Bộ Kế hoạch và Đầu tư, Việt Nam 2035: Hướng tới thịnh vượng, sáng tạo, công bằng và dân chủ (Báo cáo tổng quan), Hà Nội, 2016, tr. 4-5, tại <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/23724/VN2035Vietnamese.pdf>

23 Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội Đảng lần thứ 12, Báo cáo đánh giá kết quả thực hiện nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội 5 năm 2011-2015 và phương hướng, nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội 5 năm 2016-2020, tr.28-29.

24 Đảng Cộng sản Việt Nam, tldd, tr.51,56.

25 Jonathan Pincus 2015, Báo cáo đầu vào cho Báo cáo Việt Nam 2035, cũng xem: Báo cáo Việt Nam 2035, tldd, tr.98.

như với giới doanh nghiệp trong và ngoài nước. Một vài ví dụ, tham nhũng trong sử dụng ODA đã từng khiến Nhật Bản tuyên bố tạm ngừng viện trợ ODA cho Việt Nam vào các năm 2008 và 2012²⁶; Đan Mạch cũng dừng 3 dự án ODA về chống biến đổi khí hậu cho Việt Nam cũng vì nghi ngờ tham nhũng vào giữa năm 2012²⁷.

Đối với giới doanh nghiệp, tham nhũng làm nản lòng các nhà đầu tư nước ngoài và tạo ra bất công giữa các doanh nghiệp trong việc tiếp cận với các dự án đầu tư công. Một ví dụ cụ thể, sau 20 năm bình thường hóa quan hệ, 15 năm ký Hiệp định Thương mại Việt - Mỹ, tính đến 20/6/2015, Mỹ mới có 748 dự án với tổng vốn đăng ký trên 11 tỷ USD, chỉ đứng thứ 7 trong số các quốc gia và vùng lãnh thổ đầu tư vào Việt Nam. Giải thích nguyên nhân của tình trạng này, Giáo sư Nguyễn Mai, Chủ tịch Hiệp hội Doanh nghiệp FDI (doanh nghiệp có vốn đầu tư trực tiếp nước ngoài) cho rằng: “Nhà đầu tư Mỹ không muốn phải lòng vòng xin - cho, mà muốn các chính sách pháp luật rõ ràng, minh bạch và có tính tiên liệu cao”²⁸.

Theo Báo cáo hàng năm về Chỉ số hiệu quả quản trị và hành chính công cấp tỉnh ở Việt Nam (PAPI), mức độ hài lòng của người dân với chất lượng dịch vụ hành chính công ở cấp tỉnh trong bốn lĩnh vực PAPI đo lường còn thấp và hầu như không thay đổi qua các năm gần đây²⁹, trong khi lẽ ra vấn đề quản trị công cần phải được thúc đẩy mạnh mẽ để đáp ứng yêu cầu nâng cao năng lực cạnh tranh của quốc gia.

Trong bối cảnh nêu trên, việc cải thiện niềm tin của các doanh nghiệp và đối tác nước ngoài với Nhà nước đang là một yêu cầu cấp thiết hiện nay. Tham gia OGP sẽ giúp giải quyết các yêu cầu cấp thiết về nâng cao hiệu quả quản trị công và PCTN, từ đó nâng cao uy tín của Nhà nước với người dân và khối doanh nghiệp. Không chỉ vậy, do bản chất của OGP là chia sẻ tầm nhìn và đẩy mạnh chiều sâu của dân chủ cũng như cơ chế quản trị tốt hơn cho người dân - đây là những yếu tố nâng cao “quyền lực mềm”, hay ảnh hưởng của một quốc gia trong cộng đồng quốc tế. Theo nghĩa đó, hình ảnh của Việt Nam trước cộng đồng quốc tế sẽ được cải thiện rất nhiều nếu tham gia OGP.

Thứ tư, OGP giúp Nhà nước Việt Nam tận dụng sự ủng hộ và trợ giúp của cộng đồng quốc tế và người dân để nâng cao hiệu quả QTNN

Một trong những nghĩa vụ của các quốc gia thành viên OGP là đóng góp vào sự tiến triển của Chính phủ mở ở các quốc gia thành viên khác, qua việc chia sẻ kinh nghiệm, kỹ năng, trợ giúp kỹ thuật, công nghệ cũng như các nguồn lực cần thiết.

Như vậy, tham gia OGP sẽ trao cho các quốc gia đang phát triển, trong đó có Việt Nam, cơ hội trao đổi kiến thức và kinh nghiệm trong một mạng lưới toàn cầu và tiếp nhận những nguồn trợ giúp vật chất và kỹ thuật để nâng cao hiệu quả QTNN của nước mình. Trong thực tế, OGP đã và đang được ngày càng nhiều tổ chức quốc tế, ví

26 VN Express, Nhật tạm ngừng cho VN vay ưu đãi vì vụ PCI, 4/12/2008, tại <http://kinhdoanh.vnexpress.net/tin-tuc/vi-mo/nhat-tam-ngung-cho-vn-vay-uu-dai-vi-vu-pci-2693836.html> và Nhật tạm ngừng cấp ODA cho dự án đường sắt tiêu cực, 4/6/2014, tại <http://kinhdoanh.vnexpress.net/tin-tuc/doanh-nghiep/nhat-tam-ngung-cap-oda-cho-du-an-duong-sat-tieu-cuc-2999721.html>

27 Dan tri Online, Đan Mạch dừng 3 dự án ODA tại Việt Nam vì nghi vấn gian lận, 01/06/2012, tại <http://dantri.com.vn/kinh-doanh/dan-mach-dung-3-du-an-oda-tai-viet-nam-vi-nghi-van-gian-lan-1338942454.htm>

28 Đại đoàn kết – Báo mới, Tham nhũng làm nản lòng nhà đầu tư, 25/03/2011, tại <http://www.baomoi.com/tham-nhung-lam-nan-long-nha-dau-tu/c/5936897.epi>; Dan tri Online, Nếu không vì lo ngại tham nhũng, Mỹ đã là “nhà đầu tư số 1” của Việt Nam? 23/05/2016, tại <http://dantri.com.vn/kinh-doanh/neu-khong-vi-lo-ngai-tham-nhung-my-da-la-nha-dau-tu-so-1-cua-viet-nam-20160523105642753.htm>.

29 Báo cáo PAPI các năm tại <http://papi.org.vn/>.

dụ như Minh bạch Quốc tế (TI), vận dụng như là một công cụ hỗ trợ thúc đẩy các nỗ lực quản trị tốt. OGP cũng nhận được các cam kết ngày càng gia tăng của các đối tác đa phương và các NGOs (Tổ chức phi chính phủ) quốc tế như UNDP (Chương trình Phát triển Liên hiệp quốc), WB (Ngân hàng Thế giới), ADB (Ngân hàng Phát triển châu Á), Đối tác Minh bạch ngân sách³⁰... Các nhà tài trợ đa phương đã vận dụng OGP để thiết kế các hỗ trợ kỹ thuật của họ ở nhiều quốc gia, ví dụ như OECD (Tổ chức Hợp tác và Phát triển kinh tế) hỗ trợ Tunisia...³¹.

Đối với người dân, một trong những nguyên tắc của OGP là tăng cường sự tham gia của người dân vào QTNN. Trong khuôn khổ của OGP, sự ủng hộ, giúp đỡ của người dân với Nhà nước thể hiện rõ nhất trong việc giúp kiểm soát sự lạm quyền của các cơ quan và công chức nhà nước, thông qua việc phát hiện, tố cáo những hành vi tham nhũng. Không chỉ vậy, OGP còn thúc đẩy tiến trình mà trong đó người dân cũng được tham gia một cách thực chất và hiệu quả vào quá trình ra quyết định và hoạch định chính sách của các cơ quan nhà nước, cũng như vào việc giám sát thực hiện các quyết định, chính sách đó. Về vấn đề này, một nghiên cứu uy tín gần đây đã cho thấy: “Việt Nam rất có triển vọng phát triển nền QTNN hiện đại thông qua việc thực hiện quy trình tham gia của mọi công dân. Một khi người dân thấy được quyền lợi thích đáng của mình trong việc tham gia xây dựng, thực thi và giám sát thực thi chính sách, họ sẽ sẵn sàng và chủ động tham gia vào toàn bộ quy trình chính sách và cùng hướng tới những mục

tiêu chung của đất nước. Người dân sẽ chủ động học hỏi, tìm kiếm tri thức để đóng góp thông tin đầu vào có ý nghĩa nhằm cải thiện và đổi mới chính sách. Từ góc độ của người dân, một khi người dân tham gia tích cực hơn vào các quy trình chính sách, tính chính danh và phù hợp của chính sách sẽ được đảm bảo, và việc tuân thủ pháp luật sẽ được cải thiện”³². Bên cạnh đó, việc tham gia OGP sẽ góp phần tạo nên niềm tin, sinh khí mới cho các tầng lớp nhân dân tham gia vào hoạt động PCTN, khắc phục tình trạng hình thức trong vấn đề này mà theo như nhận định của nguyên Chủ tịch Quốc hội Khoá 13 Nguyễn Sinh Hùng và nguyên Chủ tịch Hội đồng Dân tộc Quốc hội Khoá 13 Ksor Phước (2015): “Người dân mất lòng tin...” và “Người dân... chán..” đấu tranh chống tham nhũng, vì “.. đấu tranh mãi, góp ý mãi, đưa lên báo mãi nhưng không có tác dụng gì...”³³.

Thứ năm, OGP giúp Nhà nước Việt Nam thực thi hiệu quả các điều ước quốc tế và văn bản pháp luật quốc gia về PCTN

Việc tham gia OGP sẽ hỗ trợ tích cực cho việc thực thi pháp luật về PCTN ở Việt Nam. Với bốn nguyên tắc đã nêu ở các phần trên, có thể xem OGP là một cơ chế bổ sung có tác dụng trực tiếp thúc đẩy việc thực thi Công ước Liên hiệp quốc về Chống tham nhũng (UNCAC) mà Việt Nam đã tham gia từ năm 2009, cũng như Luật PCTN năm 2005 (sửa đổi các năm 2007, 2012, 2018). Tác động tích cực của OGP mang tính chất tổng thể, song đặc biệt gắn kết với một số quy định cốt lõi của UNCAC và Luật PCTN,

30 Các cam kết này được đưa ra tại lễ kỷ niệm sinh nhật OGP lần thứ 3 tại trụ sở Liên hiệp quốc tại New York ngày 24/9/2014. Tham khảo chi tiết tại đây: <http://www.opengovpartnership.org/blog/open-government-partnership/2014/09/24/outcome-statement-ogp-high-level-event-citizen-action>

31 Nguồn: Openness is key to development cooperation, tại <http://www.aidtransparency.net/news/openness-is-key-to-development-cooperation>

32 Báo cáo PAPI 2015, tr. xxii.

33 Mất lòng tin vì lãnh đạo can thiệp làm "xep" án tham nhũng, Dantri Online, <http://dantri.com.vn/xa-hoi/mat-long-tin-vi-lanh-dao-can-thiep-lam-xep-an-tham-nhung-1379990485.htm>

như các quy định về thực hiện công khai minh bạch và cải cách hành chính (Điều 10 UNCAC, Chương I Luật PCTN) và các quy định về sự tham gia của người dân và xã hội trong PCTN (Điều 13 UNCAC, Chương VI Luật PCTN)...

Ngoài ra, OGP còn góp phần thực hiện các hiệp định thương mại tự do (free trade agreements - FTA) của Việt Nam. Tính đến nay, Việt Nam đã tham gia hàng chục hiệp định thương mại tự do (FTA), trong số đó có những FTA đa phương lớn như Hiệp định hình thành Cộng đồng Kinh tế ASEAN (AEC); Hiệp định Đối tác kinh tế toàn diện khu vực giữa 10 nước ASEAN và 6 nước đối tác (RCEP); FTA với Liên minh châu Âu; FTA Việt Nam - Hàn Quốc; tiếp tục cắt giảm thuế quan theo cam kết tham gia Tổ chức Thương mại thế giới (WTO),³⁴ và đặc biệt gần đây nhất là Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CTTPP). Những FTA này đã và đang mở ra cho Việt Nam vận hội mới để hội nhập và phát triển, tuy nhiên, việc tham gia các FTA cũng tạo ra áp lực cho quá trình đổi mới thể chế, cải cách nền QTNN của Việt Nam. Nhiều FTA, trong đó có WTO và CTTPP, đã đặt ra những yêu cầu rất cụ thể về cải cách thể chế QTNN của các quốc gia thành viên theo hướng dân chủ, công khai, minh bạch và có trách nhiệm giải trình hơn.

Thứ sáu, việc tham gia OGP sẽ thúc đẩy hơn nữa sự hợp tác mang tính xây dựng giữa Nhà nước và các tổ chức xã hội trong việc cải thiện chất lượng QTNN

Sự tham gia ngày càng nhiều của các

tổ chức xã hội trong QTNN là một xu thế rõ ràng ở Việt Nam. Nếu như trước hay trong thời kỳ đầu của Đổi mới, sự tham gia mới chỉ gói gọn trong các tổ chức chính trị - xã hội trong hệ thống Mặt trận Tổ quốc (MTTQ) Việt Nam, thì nay các tổ chức khoa học kỹ thuật, hiệp hội doanh nghiệp, hiệp hội ngành nghề, các tổ chức phi chính phủ đều có những đóng góp trong việc tăng cường minh bạch, trách nhiệm giải trình và chất lượng dịch vụ công. Chỉ số cạnh tranh cấp tỉnh (PCI), PAPI hay Dự án thí điểm Dân chấm điểm M-Score (Thẻ đánh giá chất lượng dịch vụ công trên điện thoại) của tổ chức Oxfam³⁵ là ví dụ về những đóng góp đó³⁶. Tuy nhiên, những đóng góp này mới chỉ dừng lại ở mức độ cung cấp thông tin hữu ích cho chính quyền. OGP, với phương châm Nhà nước cùng các tổ chức xã hội xây dựng và thực hiện Kế hoạch hành động quốc gia, sẽ nâng tầm vai trò và sự hợp tác giữa các tổ chức xã hội và các cơ quan nhà nước trong quản lý nhà nước và xã hội ở Việt Nam - điều đã được khẳng định trong Hiến pháp năm 2013 và trong văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc của Đảng từ lần thứ IX - XII, và đặc biệt là trong Quyết định số 217-QĐ/TW ngày 12/12/2013 của Bộ Chính trị về việc ban hành Quy chế giám sát và phản biện xã hội của MTTQ Việt Nam và các đoàn thể chính trị - xã hội³⁷. Theo hướng đó, OGP sẽ góp phần giải quyết một hạn chế là tính hình thức trong việc bảo đảm sự tham gia của các tổ chức xã hội và người dân vào QTNN ở Việt Nam hiện nay, như đã được chỉ ra cả trong Báo cáo PAPI năm 2015³⁸ và Báo cáo Việt Nam 2035³⁹.

34 Nguồn: <http://kinhtevadubao.vn/chi-tiet/91-4882-2015--nam-cua-dau-an-cac-hiep-dinh-thuong-mai-tu-do.html>

35 Oxfam là một liên minh quốc tế gồm 17 tổ chức cùng phối hợp hoạt động tại 94 quốc gia trên thế giới, nhằm xây dựng một tương lai không có đói nghèo và bất công.

36 Xem : <https://www.youtube.com/watch?v=QSDJSrkdQng>; <http://www.hoinongdan.org.vn/sitepages/news/42/35793/hnd-quang-tri-to-chuc-hoi-nghi-truyen-thong-du-an-dan-cham-diem-m-score>

37 Hiến pháp 2013. Điều 9, Mục 1.

38 Báo cáo PAPI năm 2015, tr.2.

39 Báo cáo Việt Nam 2035, các trang 96-98.

Thứ bảy, tham gia OGP sẽ giúp Việt Nam định vị tốt hơn trong cuộc cạnh tranh trong ASEAN và toàn cầu để thu hút FDI chất lượng cao

Hiện tại, các nhà đầu tư nước ngoài đến Việt Nam cơ bản vẫn vì lợi thế giá nhân công rẻ và chi phí bảo vệ môi trường thấp. Những sức hút đầu tư như vậy sẽ giảm sút và kết thúc cùng với sự gia tăng thu nhập của người dân Việt Nam và việc thắt chặt các tiêu chuẩn về bảo vệ môi trường của Nhà nước. Việt Nam cần phải chuẩn bị sẵn sàng cho tình huống có thể sẽ xảy ra trong một thời điểm không xa này.

Phương án thay thế là thu hút đầu tư chất lượng cao (đầu tư vào nghiên cứu phát triển) với hàm lượng tri thức và giá trị gia tăng lớn, đòi hỏi một môi trường kinh doanh minh bạch, dễ tiên lượng và những thiết chế mạnh để thực thi những quy định của luật pháp. Theo một nghiên cứu của Ngân hàng Thế giới, môi trường đầu tư, chất lượng thể chế và luật pháp bao gồm các yếu tố cấu thành như tiếng nói và trách nhiệm giải trình, ổn định chính trị, tính hiệu quả của chính phủ, chất lượng pháp luật về kinh doanh và cạnh tranh, pháp quyền và kiểm soát tham nhũng, là yếu tố quan trọng thứ hai sau độ lớn và tiềm năng của thị trường trong việc quyết định lựa chọn địa điểm đầu tư đối với những dự án đầu tư có giá trị gia tăng lớn⁴⁰. Như vậy, tham gia OGP sẽ giúp đẩy mạnh quá trình cải cách thể chế QTNN, tăng cường minh bạch, trách nhiệm giải trình và sự tham gia của công dân. Điều này góp phần cải thiện môi trường đầu tư và tăng tính hấp dẫn của Việt Nam đối với những nhà đầu tư chất lượng cao.

Tóm lại, các nhà nước trên thế giới đang chuyển đổi. Nhận thức và những biểu hiện thực tế về vị trí, vai trò, chức năng, cách thức quản trị của các nhà nước đã và

đang thay đổi rất nhiều so với trước đây. Sự chuyển đổi đó do nhiều yếu tố khách quan chi phối, dựa trên cơ sở lý luận về QTNN mới được thể hiện rõ rệt nhất qua mô hình Chính phủ mở. Mặc dù vẫn còn một số nội dung chưa cụ thể, song các lý thuyết về QTNN mới và Chính phủ mở đang được hoàn thiện và đã chứng minh tính chất hợp lý, hiện thực của nó trong thực tế thông qua OGP. QTNN mới và biểu hiện của nó là Chính phủ mở là xu thế mang tính quy luật trên thế giới trong thế kỷ 21. Xét tổng quát, không quốc gia nào có thể đứng ngoài hay đi ngược quy luật đó. Việt Nam trong thực tế đang vận động phù hợp với quy luật chung, song vẫn còn nhiều điều phải làm để bắt kịp tốc độ của các quốc gia trên thế giới, mà một trong những việc nên làm trong thời gian tới là nghiên cứu tham gia OGP.

Là sáng kiến quốc tế nổi bật nhất hiện nay nhằm thúc đẩy quản trị tốt, thông qua việc gia tăng sự công khai, minh bạch, trách nhiệm giải trình của các nhà nước, OGP đem lại cơ hội mới cho các nhà nước, các tổ chức xã hội, tổ chức phi chính phủ và người dân ở các quốc gia củng cố mối liên hệ, phối hợp, giúp đỡ lẫn nhau để cùng thúc đẩy sự phát triển của xã hội. Đây là một thiết chế mở, dân chủ, dễ tham gia, mang lại lợi ích nhiều mặt trong khi bản thân thiết chế này không đặt ra thách thức về bất kỳ phương diện nào cho các nước thành viên. Với Việt Nam, OGP không phải là một thiết chế hoàn toàn mới về quản trị tốt, mà chỉ là sự bổ sung cho các thiết chế tương tự mà Việt Nam đã và sắp tham gia, tiêu biểu là UNCAC, WTO, và CTTTP. Với tư cách là thành viên của rất nhiều tổ chức, định chế quốc tế, Việt Nam hoàn toàn có khả năng tham gia và hoà nhập tốt trong OGP nếu có quyết tâm chính trị đủ mạnh và sự tích cực, chủ động trong công tác tổ chức ■

40 Kusi Hornberger, Joseph Battat, and Peter Kusek. How Much Does Investment Climate Matter? Viewpoint Note Number 327.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Dan tri Online, *Dan Mạch dùng 3 dự án ODA tại Việt Nam vì nghi vấn gian lận*, 01/06/2012, tại <http://dantri.com.vn/kinh-doanh/dan-mach-dung-3-du-an-oda-tai-viet-nam-vi-nghi-van-gian-lan-1338942454.htm>
2. Dan tri Online, *Nếu không vì lo ngại tham nhũng, Mỹ đã là “nhà đầu tư số 1” của Việt Nam?* 23/05/2016, tại <http://dantri.com.vn/kinh-doanh/neu-khong-vi-lo-ngai-tham-nhung-my-da-la-nha-dau-tu-so-1-cua-viet-nam-20160523105642753.htm>.
3. Dantri Online, *Mất lòng tin vì lãnh đạo can thiệp làm "xếp" án tham nhũng*, <http://dantri.com.vn/xa-hoi/mat-long-tin-vi-lanh-dao-can-thiep-lam-xep-an-tham-nhung-1379990485.htm>
4. Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội Đảng lần thứ 12, *Báo cáo đánh giá kết quả thực hiện nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội 5 năm 2011-2015 và phương hướng, nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội 5 năm 2016-2020*, tr.28,29.
5. Vũ Công Giao và Nguyễn Quang Nam (2016), “*Nghiên cứu về khả năng tham gia Sáng kiến đối tác Chính phủ mở (OGP) của Việt Nam*”, báo cáo biên soạn cho Trung tâm Nghiên cứu Quản trị Xã hội (CENSOGOR) và Tổ chức Hướng tới Minh bạch (TT), 10/2016.
6. Jonathan Pincus 2015, *Báo cáo đầu vào cho Báo cáo Việt Nam 2035*.
7. Khoa Luật ĐHQG Hà Nội, *Kỷ yếu hội thảo về nhà nước kiến tạo phát triển*, tháng 3/2017.
8. Kusi Hornberger, Joseph Battat, and Peter Kusek. How Much Does Investment Climate Matter? Viewpoint Note Number 327.
9. Trần Ngọc Tiến (2017), trong *Người xưa chống tham nhũng: Sĩ phu thức giả chống tham quan*, Báo Thanh niên Online, 15/5/2017, tại <https://thanhnien.vn/van-hoa/nguoi-xua-chong-tham-nhung-si-phu-thuc-gia-chong-tham-quan-835155.html>
10. Stephen Osborne (2018), *The New Public Governance?: Emerging Perspectives on the Theory and Practice of Public Governance*, Taylor & Francis Publisher.
11. *Tuyên bố về Chính phủ mở (Open Government Declaration)* tại <https://www.opengovpartnership.org/open-government-declaration>
12. Nguyễn Thị Kiều Viễn (2015), “*Chính phủ mở - con đường phía trước*”, VietnamNet ngày 7/01/2015, tại: <https://vietnamnet.vn/vn/thoi-su/chinh-phu-mo-con-duong-phia-truoc-215384.html>.
13. VOV Online, *Quan liêu, tham nhũng làm méo mó chính sách, giảm lòng tin*, 24/10/2015, <http://vov.vn/chinh-tri/dang/quan-lieu-tham-nhung-lam-meo-mo-chinh-sach-giam-long-tin-443639.vov>
14. VietnamNet, *Chống tham nhũng không được thì mất lòng tin của dân*, 28/6/2016, tại <http://vietnamnet.vn/vn/thoi-su/78564/chong-tham-nhung-khong-duoc-thi-mat-long-tin-cua-dan.html>
15. VietnamNet, *Cải cách thể chế: Nhà nước muốn làm hay không?* 29/04/2014, tại <http://vietnamnet.vn/vn/thoi-su/173091/cai-cach-the-che-nha-nuoc-muon-lam-hay-khong.html>;
16. VietnamNet, *Cải cách thể chế: Không thể chậm nữa*, 14/03/2015, <http://vietnamnet.vn/vn/tuanvietnam/225309/cai-cach-the-che-khong-the-cham-nua.html>.
17. Nhóm Ngân hàng thế giới và Bộ Kế hoạch và Đầu tư, *Việt Nam 2035: Hướng tới thịnh vượng, sáng tạo, công bằng và dân chủ (Báo cáo tổng quan)*, Hà Nội, 2016, tại <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/23724/VN2035Vietnamese.pdf>
 VN Express, *Nhật tạm ngừng cho VN vay ưu đãi vì vụ PCI*, 4/12/2008, tại <http://kinhdoanh.vnexpress.net/tin-tuc/vi-mo/nhat-tam-ngung-cho-vn-vay-uu-dai-vi-vu-pci-2693836.html> và *Nhật tạm ngừng cấp ODA cho dự án đường sắt tiêu cực*, 4/6/2014, tại <http://kinhdoanh.vnexpress.net/tin-tuc/doanh-nghiep/nhat-tam-ngung-cap-oda-cho-du-an-duong-sat-tieu-cuc-2999721.html>
- XU Runya, SUN Qigui; SI Wei (2015), “*The Third Wave of Public Administration: The New Public Governance*”, Canadian Social Science, Vol. 11, No. 7, 2015, pp. 11-21;

CẦN HIỂN ĐỊNH NGUYÊN TẮC TỔ CHỨC TÒA ÁN NHÂN DÂN

Đinh Thanh Phương*

* ThS. GVC. Khoa Luật, Trường Đại học Cần Thơ.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Tòa án nhân dân, nguyên tắc tổ chức, độc lập, thẩm quyền xét xử

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 09/11/2018

Biên tập : 09/12/2018

Duyệt bài : 19/12/2018

Article Information:

Keywords: People's Courts, principle of organisation, independence, jurisdiction.

Article History:

Received : 09 Nov. 2018

Edited : 09 Dec. 2018

Approved : 19 Dec. 2018

Tóm tắt:

Một trong những điểm mới rất có ý nghĩa là Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014 đã đặt ra nguyên tắc mang tính chất căn bản và nền tảng cho việc tổ chức Tòa án nhân dân. Theo nguyên tắc này, các Tòa án nhân dân phải được tổ chức để đảm bảo sự độc lập và theo thẩm quyền xét xử chứ không theo đơn vị hành chính như trước đây. Tuy nhiên, nguyên tắc này cần phải được hiến định thay vì luật định như hiện nay. Bên cạnh đó, nội dung cả nguyên tắc này cũng cần phải được hoàn thiện.

Abstract

One of the most significant new provisions in the Law on Organization of People's Courts of 2014 is the basic and fundamental principle for the organization of People's Courts. Under this principle, the People's Courts must be organized to ensure independence and jurisdiction and not organized under the administration units as it was in the past. However, this principle should be defined in the constitution rather than under the law as it is. Besides, the contents under this principle need to be reviewed and further improved.

1. Một số điểm mới về Tòa án nhân dân trong Hiến pháp năm 2013

1.1 Về vị trí, vai trò của Tòa án nhân dân

Khoản 1 Điều 102 Hiến pháp năm 2013 quy định: “Tòa án nhân dân (TAND) là cơ quan xét xử của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, thực hiện quyền tư pháp”. Quy định này xác định vị trí, vai trò của TAND trong

bộ máy nhà nước. Với tính chất là cơ quan xét xử của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, TAND được phân công thực hiện quyền tư pháp. Trong các bản Hiến pháp trước đây, chỉ mới có quyền lập pháp được xác định là do Quốc hội thực hiện, còn Chính phủ thực hiện quyền hành pháp và TAND (cùng với Viện kiểm sát nhân dân) thực hiện quyền tư pháp thì chỉ mới dừng lại là quan điểm học

thuật. Quy định mới này của Hiến pháp năm 2013 đã xác định một cách rõ ràng các chủ thể thực hiện quyền lực nhà nước, áp dụng nguyên tắc tổ chức thống nhất nhưng có sự phân công, phối hợp trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp (khoản 3 Điều 2 Hiến pháp năm 2013).

1.2 Về hệ thống tổ chức TAND

Hiến pháp năm 2013 chỉ định danh duy nhất TAND tối cao, các cơ quan xét xử còn lại trong hệ thống TAND chỉ được xác định là “tòa án khác”, chứ không nêu rõ như Hiến pháp năm 1992. Quy định theo hướng mở này được lý giải là nhằm đảm bảo tính khái quát và ổn định của Hiến pháp¹ và, hướng đến việc chuyển đổi mô hình tổ chức Tòa án (TA) theo đơn vị hành chính sang mô hình theo cấp xét xử, để thực hiện Chiến lược cải cách tư pháp của Bộ Chính trị được nêu ra trong Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/06/2005². Ngoài ra, thẩm quyền thành lập các TA đặc biệt của Quốc hội cũng không còn được duy trì. Điều này đồng nghĩa với việc trong hệ thống TAND của nước ta sẽ không có TA đặc biệt.

1.3 Về nguyên tắc tổ chức và hoạt động của TAND

Hiến pháp năm 2013 đưa ra một số thay đổi rất đáng kể liên quan đến nguyên tắc tổ chức và hoạt động của TAND, cụ thể như sau:

Một là, Hiến pháp vẫn khẳng định nguyên tắc có Hội thẩm tham gia xét xử

nhưng đã thu hẹp phạm vi lại. Hội thẩm chỉ tham gia xét xử sơ thẩm³, không tham gia vào xét xử phúc thẩm như quy định trước đây⁴. Bên cạnh đó, không phải tất cả các Hội đồng xét xử sơ thẩm đều có Hội thẩm. Hiến pháp xác định trong trường hợp xét xử theo thủ tục rút gọn sẽ không có Hội thẩm.

Hai là, thủ tục rút gọn đã được hiến định (tại khoản 4 Điều 103; trước đó, Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2003 đã quy định về thủ tục này).

Ba là, Hiến pháp đã hiến định mô hình tranh tụng trong hoạt động tố tụng ở nước ta (khoản 5 Điều 103).

Bốn là, không còn duy trì quy định “bảo đảm cho công dân nước Cộng hoà XHCN Việt Nam thuộc các dân tộc quyền dùng tiếng nói và chữ viết của dân tộc mình trước Toà án”. Điều này là phù hợp quy định của khoản 3 Điều 5 Hiến pháp năm 2013. Theo đó, tất cả các quyền liên quan đến dân tộc đều được Nhà nước đảm bảo, chứ không chỉ trước TA.

2. Nguyên tắc tổ chức Tòa án nhân dân

Nhằm cụ thể hóa quy định của Hiến pháp năm 2013 về TAND, ngày 24/11/2014 Quốc hội khóa XIII đã ban hành Luật Tổ chức Tòa án nhân dân (Luật TC TAND 2014). Theo đó, các nội dung hiến định mang tính chất cơ bản, nền tảng có liên quan đến TA và hoạt động xét xử đều được cụ thể hóa trong Luật. Tuy nhiên, Luật TC TAND 2014 không chỉ cụ thể hóa những quy định

1 Trần Văn Độ, TAND trong Hiến pháp năm 2013, trong Bình luận khoa học Hiến pháp nước Cộng hòa XHCN Việt Nam năm 2013 do Viện Chính sách công và Pháp luật biên soạn, Nxb. Lao động Xã hội, Hà Nội, 2014, tr. 500.

2 Đặng Minh Tuấn và Nguyễn Ngọc Chí, TAND và Viện kiểm sát nhân dân, trong Bình luận khoa học Hiến pháp nước Cộng hòa XHCN Việt Nam năm 2003, Nguyễn Đăng Dung, Trịnh Quốc Toàn và Đặng Minh Tuấn (đồng chủ biên), Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2016, tr. 321.

3 Khoản 1, Điều 103, Hiến pháp năm 2013.

4 Xem Điều 244 Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2003.

của Hiến pháp năm 2013, mà còn đặt ra quy định mới, mang tính chất nguyên tắc cho tổ chức TAND. Cụ thể, quy định của Điều 5 “Các TAND được tổ chức độc lập theo thẩm quyền xét xử” là một quy định mới hoàn toàn so với Hiến pháp năm 2013.

Xem xét điều luật này dưới góc độ lịch sử, trong mối quan hệ với Hiến pháp và ý nghĩa về mặt nội hàm thì có rất nhiều nội dung có thể bàn luận.

Trước hết, xét về mặt lịch sử, trong tất cả các bản Hiến pháp của nước ta từ trước đến nay, quy định về việc tổ chức TA đều được đặt ra nhưng không có bất kỳ quy định nào về nguyên tắc tổ chức như trong Luật TC TAND 2014. Tinh thần chủ đạo của nguyên tắc được xác định trong Luật TC TAND 2014 là việc tổ chức TAND phải độc lập.

Độc lập tư pháp - theo quan điểm của John Ferejohn, Giáo sư Khoa học chính trị Đại học Stanford, phải bao gồm các yếu tố bên trong (internal aspects) và các yếu tố bên ngoài (external aspects)⁵. Yếu tố bên trong yêu cầu về tính độc lập của thẩm phán, trong khi đó yếu tố bên ngoài đòi hỏi sự độc lập về tổ chức của TA. Trước đây, trong các quy định về TA, chúng ta chỉ mới đặt ra nguyên tắc độc lập mang tính chất bên trong có liên quan đến Hội đồng xét xử, khi yêu cầu Thẩm phán và Hội thẩm xét xử độc lập và chỉ tuân theo pháp luật. Tuy nhiên, Thẩm phán cũng chỉ là một con người nên tính độc lập của họ có thể sẽ bị tác động bởi áp lực và lợi ích vật chất; vì vậy, sự độc lập của thẩm phán cần đến “cái khiên” bảo vệ là sự độc lập của tổ

chức (ở đây là sự độc lập của TA).⁶ Với vai trò đó, có thể nói, quy định của Điều 5 Luật TC TAND 2014 là một sự hoàn thiện lớn lao đối với tổ chức của ngành TA, tạo ra cơ chế hợp lý, hữu hiệu trong việc bảo vệ các thẩm phán trước những tác động từ bên ngoài trong quá trình thực thi công lý. Nguyên tắc tổ chức độc lập sẽ là nền tảng pháp lý vững chắc giúp nâng tầm vị trí của TAND và Thẩm phán trong mối quan hệ với các cơ quan khác. Ngoài ra việc thực hiện hiệu quả nguyên tắc này sẽ đưa nền tư pháp Việt Nam tiệm cận hơn với nền tư pháp thế giới.

Thứ hai, trong mối quan hệ với Hiến pháp: hơn là một sự cụ thể hóa, nguyên tắc tổ chức trong Luật TC TAND năm 2014 mang bản chất là sự bổ sung, hoàn thiện cho các quy định mang tính hiến pháp về việc tổ chức bộ máy nhà nước. Tuy nhiên, nhìn ở góc ngược lại, quy định “bỏ ngỏ” về các cơ quan TA trong Hiến pháp năm 2013, theo quan điểm của chúng tôi, thể hiện một sự không hợp lý về vai trò của Hiến pháp. Hiến pháp là đạo luật của các nguyên tắc về tổ chức nhà nước nhưng lại không chứa đựng nguyên tắc về tổ chức của cả một hệ thống cơ quan thực hiện một trong ba nhánh quyền lực nhà nước. Biết rằng, việc ban hành Hiến pháp mới là để thể chế hóa quan điểm của Đảng về các nhiệm vụ trọng tâm trong Chiến lược cải cách tư pháp, nên, theo giải trình của Ủy ban Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992, “không xác định cấp TA cụ thể trong Hiến pháp mà để luật định”⁷. Tuy nhiên, bên cạnh việc không xác định cấp TA

5 John Ferejohn, Independent judges, dependent judiciary: Explaining judicial independence, Southern California Law Review, Vol. 72:353 1999, p.353.

6 John Ferejohn, Independent judges, dependent judiciary: Explaining judicial independence, Southern California Law Review, Vol. 72:353 1999, p.353.

7 Tờ trình số 194/TTr-UBDTSĐHP ngày 19/10/2012 của Ủy ban Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992 về Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992.

cụ thể, việc không quy định nguyên tắc tổ chức TAND trong Hiến pháp năm 2013 là một thiếu sót. Điều này dẫn đến hệ quả là, khi bàn và góp ý về mô hình tổ chức của TAND sẽ được thiết lập trong Luật, các đại biểu Quốc hội, các chuyên gia, nhà khoa học và cả nhân dân không biết căn cứ vào cơ sở hiến định nào để đề xuất. Đến thời điểm hiện nay, mô hình của TAND trong Luật TC TAND năm 2014 là một mô hình rất khác so với mô hình được hình thành trong quá trình dự thảo⁸.

Thứ ba, về nội dung của nguyên tắc. Nếu tìm hiểu nội dung của nguyên tắc trên cơ sở xem xét mục đích ban hành Luật TC TAND là để nhằm thể chế hóa chủ trương của Đảng “về Đề án đổi mới tổ chức và hoạt động của Tòa án, Viện kiểm sát và Cơ quan điều tra theo Nghị quyết số 49-NQ/TW của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020”, trong đó xác định phương hướng tổ chức TA theo thẩm quyền xét xử, không phụ thuộc vào đơn vị hành chính, gồm 4 cấp là TAND sơ thẩm khu vực, TAND tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, TAND cấp cao và TAND tối cao,⁹ thì có thể khẳng định không có sự lệ thuộc nào giữa yếu tố độc lập và thẩm quyền xét xử, và nguyên tắc tổ chức TAND sẽ bao gồm hai nội dung sau:

Nội dung thứ nhất, yếu tố độc lập là bản chất và yêu cầu cho việc thực hiện quyền tư pháp của TAND, vì vậy, việc tổ chức các TA phải hướng đến việc đảm bảo đạt được mục tiêu này. Cho nên, cụm từ “TAND được tổ chức độc lập” có thể được diễn đạt một cách

đầy đủ là: TAND phải được tổ chức theo mô hình nào đó hiệu quả nhất, để đạt được mục tiêu độc lập. Dĩ nhiên, tính hiệu quả trong hoạt động của TA không thể được tính toán bằng sự độc lập, mà phải được đo đếm bằng sự chính xác, khách quan và công bằng của các bản án, tuy nhiên, để đạt được kết quả này thì sự độc lập của TA là một thành tố tất yếu. Trên cơ sở này, có thể nói “độc lập” không phải là nguyên tắc tổ chức các TAND, mà thực chất là mục tiêu. Do đó, hiểu một cách đầy đủ và chính xác thì nguyên tắc tổ chức TAND ở đây là “việc tổ chức TAND phải đảm bảo sự độc lập”.

Nội dung thứ hai, “TAND được tổ chức theo thẩm quyền xét xử” sẽ giúp tạo ra một mô hình TAND khác biệt so với trước. Về cơ bản, từ năm 1960 đến trước khi có Luật TC TAND năm 2014 thì hệ thống TA ở nước ta, theo quy định của pháp luật, được tổ chức theo đơn vị hành chính, cụ thể: “Mỗi đơn vị hành chính cấp huyện và cấp tỉnh có một TAND; TAND cấp tỉnh là TA cấp trên trực tiếp của TAND cấp huyện; TAND tối cao là TA cấp trên trực tiếp của TAND cấp tỉnh”.¹⁰ Hiện nay, hệ thống tổ chức của TAND đã được xây dựng thành bốn cấp (trước đây chỉ có ba cấp) với sự xuất hiện của TAND cấp cao (bao gồm ba Tòa, đặt ở ba miền Bắc, Trung, Nam) không gắn với bất kỳ đơn vị hành chính nào. Như vậy, căn cứ vào nội dung này, thẩm quyền xét xử sẽ là cơ sở cho việc tổ chức của các TAND, thẩm quyền khác nhau thì việc tổ chức có thể sẽ khác nhau.

8 Xem các bản Dự thảo Luật TC TAND lần 2, 3 và 4 tại Trang Thông tin điện tử Dự thảo Online, http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=749&TabIndex=1&LanID=912, truy cập ngày 01/11/2018.

9 Tờ trình số 02/TTr-TANDTC ngày 31/3/2014 của TAND tối cao về Dự án Luật TC TAND (sửa đổi).

10 Đinh Văn Quế, Một số vấn đề về mô hình tổ chức TAND theo yêu cầu cải cách tư pháp, Trang thông tin điện tử Viện kiểm sát nhân dân tối cao, <http://vksndtc.gov.vn/khac-126>, truy cập ngày 07/11/2018.

3. Một số kiến nghị về quy định nguyên tắc tổ chức tòa án nhân dân

3.1 Hiến định nguyên tắc tổ chức TAND

Hiến pháp năm 2013 không có bất kỳ quy định nào về mô hình tổ chức của TAND. Điều này dẫn đến hệ quả là, ở khía cạnh tổ chức, giữa Hiến pháp năm 2013 và Luật TC TAND năm 2014 không có sự kết nối. Vì vậy, chúng tôi cho rằng, cần chuyển quy định của Điều 5 Luật TC TAND năm 2014 thành một nội dung trong Hiến pháp năm 2013. Sự cần thiết của việc hiến định nguyên tắc tổ chức TAND có thể được minh chứng bằng lập luận sau:

- *Thứ nhất*, Hiến pháp với bản chất pháp lý là đạo luật cơ bản của Nhà nước, nên cần thiết phải quy định những nội dung mang tính chất căn bản và chủ đạo nhất¹¹. Dưới góc nhìn này thì rõ ràng nguyên tắc tổ chức của TAND là nội dung mang tính chất cơ bản, chứa đựng tinh thần chủ đạo cho việc hình thành toàn bộ hệ thống TA, nên phải được đưa vào Hiến pháp.

- *Thứ hai*, quy định chủ yếu của Hiến pháp là các vấn đề về tổ chức nhà nước, trong đó nguyên tắc tổ chức bộ máy nhà nước và các cơ quan nhà nước là nội dung không thể thiếu¹². Chính vì lẽ đó, nguyên tắc tổ chức của một cơ quan nhà nước, bao gồm cả TAND, nếu được thiết lập, thì cũng phải được hiến định chứ không chỉ pháp định.

- *Thứ ba*, việc đưa nguyên tắc tổ chức TAND vào Hiến pháp sẽ giúp nâng tầm giá trị về mặt pháp lý, ý nghĩa về mặt chính trị đối với quy định này. Từ đó, việc đảm bảo thực thi và tôn trọng đối với nguyên tắc này cũng sẽ được tăng cường.

Ngoài ra, Hiến pháp “là nền tảng pháp lý, căn cứ chủ đạo đối với việc ban hành toàn bộ các văn bản pháp lý khác của Nhà nước” nên có tính ổn định nhất so với các văn bản pháp luật khác¹³. Điều này sẽ giúp cho nguyên tắc tổ chức TAND bền vững, tạo cơ sở lâu dài cho việc tổ chức, giúp hoạt động xét xử của TAND có hiệu quả hơn.

3.2 Xác định rõ nội hàm của nguyên tắc

Bất kỳ một quy định nào của luật thành văn cũng đều phải được thể hiện ra ngoài bằng câu chữ, nên cần thiết phải có sự tương thích giữa tinh thần của quy định và ý nghĩa về mặt ngôn ngữ của câu chữ. Do đó, nguyên tắc này cần thiết phải được điều chỉnh lại để đảm bảo sự thống nhất. Vì vậy, chúng tôi kiến nghị nguyên tắc tổ chức TAND cần được quy định theo một trong các cách sau:

“Các TAND được tổ chức độc lập, theo thẩm quyền xét xử”, *hoặc*

“Các TAND được tổ chức độc lập và theo thẩm quyền xét xử”, *hoặc*

“Các TAND được tổ chức theo thẩm quyền xét xử và đảm bảo sự độc lập”.

Tóm lại, những thay đổi trong quy định của Hiến pháp năm 2013 và sự hoàn thiện hệ thống văn bản pháp luật có liên quan đến TAND đã tạo nền tảng pháp lý vững chắc hơn cho việc thực hiện các mục tiêu trong Chiến lược cải cách tư pháp. Một trong những điểm mới rất có ý nghĩa là Luật TC TAND năm 2014 đã đặt ra nguyên tắc mang tính chất căn bản và nền tảng cho việc tổ chức TAND. Theo nguyên tắc này, các TAND phải được tổ chức để đảm bảo sự độc

11 Đào Trí Úc, Hiến pháp trong đời sống xã hội và quốc gia, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 17/2010.

12 Nguyễn Đăng Dung, Hiến pháp - đạo luật cơ bản của mỗi quốc gia, trong Giáo trình luật hiến pháp Việt Nam, Nguyễn Đăng Dung và Đặng Minh Tuấn (đồng chủ biên), Nxb. Đại học quốc gia Hà Nội, Hà Nội, 2013, tr. 72.

13 Đào Trí Úc, Hiến pháp trong đời sống xã hội và quốc gia, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 17/2010.

lập và theo thẩm quyền xét xử chứ không theo đơn vị hành chính như trước đây. Tuy nhiên, hạn chế của nguyên tắc là chỉ được quy định trong Luật, nội dung diễn đạt khá mơ hồ khiến người đọc có thể hiểu nhầm. Do đó, để nâng tầm giá trị pháp lý, tạo cơ

sở gốc, đúng với bản chất của một nguyên tắc tổ chức nhà nước, thì cần thiết phải hiến định và thay đổi câu chữ trong quy định về nguyên tắc tổ chức TAND, nhằm thể hiện chính xác tinh thần cải cách mà chúng ta hướng tới■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/6/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020.
2. Hiến pháp năm 1992
3. Hiến pháp năm 2013
4. Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2003
5. Luật TC TAND năm 2014
6. Amy Hackney Blackwell, *The essential law dictionary*, Spinx Publishing, 2008, 1st ed, Canada
7. Đặng Minh Tuấn và Nguyễn Ngọc Chí, *TAND và Viện kiểm sát nhân dân*, trong *Bình luận khoa học Hiến pháp nước Cộng hòa XHCN Việt Nam năm 2003*, Nguyễn Đăng Dung, Trịnh Quốc Toàn và Đặng Minh Tuấn (đồng chủ biên), Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2016,
8. Đào Trí Úc, *Hiến pháp trong đời sống xã hội và quốc gia*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 17/2010
9. John Ferejohn, *Independent judges, dependent judiciary: Explaining judicial independence*, Southern California Law Review, Vol. 72:353 1999
10. Nguyễn Đăng Dung, *Hiến pháp đạo luật cơ bản của mỗi quốc gia*, trong *Giáo trình luật hiến pháp Việt Nam*, Nguyễn Đăng Dung và Đặng Minh Tuấn (đồng chủ biên), Nxb. Đại học quốc gia Hà Nội, Hà Nội, 2013,
11. Nguyễn Đăng Dung, *Tòa án nhân dân*, trong *Giáo trình luật hiến pháp Việt Nam*, Nguyễn Đăng Dung và Đặng Minh Tuấn (đồng chủ biên), Nxb. Đại học quốc gia Hà Nội, 2013,
12. Nguyễn Văn Sáu và Trần Văn Thắng, *Mối quan hệ giữa nguyên tắc tổ chức quyền lực nhà nước với tổ chức bộ máy nhà nước*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 11/2005
13. Trần Văn Độ, *TAND trong Hiến pháp năm 2013*, trong *Bình luận khoa học Hiến pháp nước Cộng hòa XHCN Việt Nam năm 2013*, Viện Chính sách công và Pháp luật, Nxb. Lao động Xã hội, Hà Nội, 2014.
14. Trương Hòa Bình, *Độc lập tư pháp trong Nhà nước pháp quyền XHCN, bảo đảm cho Tòa án thực hiện đúng đắn quyền tư pháp*,
Báo điện tử Nhân dân, 2014, <http://www.nhandan.com.vn/chinhtri/item/24267802-doc-lap-tu-phap-trong-nha-nuoc-phap-quyen-xhcn-bao-dam-cho-toa-an-thuc-hien-dung-dan-quyen-tu-phap.html>, truy cập ngày 01/11/2018
15. Đinh Văn Quế, *Một số vấn đề về mô hình tổ chức TAND theo yêu cầu cải cách tư pháp*, Trang thông tin điện tử Viện kiểm sát nhân dân tối cao, <http://vksndtc.gov.vn/khac-126>, truy cập ngày 07/11/2018.

BÀN VỀ CHẾ ĐỘ TRÁCH NHIỆM NGƯỜI ĐỨNG ĐẦU CƠ QUAN HÀNH CHÍNH NHÀ NƯỚC

Tạ Ngọc Hải*

* TS. Viện Khoa học Tổ chức nhà nước, Bộ Nội vụ.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: người đứng đầu, cơ quan hành chính nhà nước, trách nhiệm

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 20/09/2018

Biên tập : 10/10/2018

Duyệt bài : 17/10/2018

Article Infomation:

Keywords: the head; administrative agency; responsibility

Article History:

Received : 20 Sep. 2018

Edited : 10 Oct. 2018

Approved : 17 Oct. 2018

Tóm tắt:

Chế độ trách nhiệm người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước được hiểu trên ba phương diện: nhận thức lý luận, pháp lý và thực tiễn. Trên phương diện lý luận thể hiện qua việc nhận thức các thuật ngữ, khái niệm, đối tượng, phạm vi áp dụng. Trên phương diện pháp lý, thể hiện các nội dung như hình thức trách nhiệm, nguyên tắc xử lý trách nhiệm, các trường hợp loại trừ, miễn giảm, giảm nhẹ hoặc tăng nặng trách nhiệm. Trên phương diện thực tiễn đó là việc xác định những khó khăn, thách thức đặt ra đối với việc thực hiện chế độ trách nhiệm người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước.

Abstract

Responsibility of the head of the administrative agencies is understood in three aspects: theoretical perception, legal regulations and practical awareness. Theoretical aspect is exposed through the perception of concepts, definitions, objects and scope of application. The legal aspect is expressed through the contents such as the responsibilities, principles for handling responsibilities, cases of exclusion, exemption, reduction or aggravation of responsibilities. The practical aspect is the determination of the difficulties and challenges for the response of the responsibility of the head of administrative agencies.

1. Người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước

Trên phương diện ngôn ngữ, cụm từ người đứng đầu được sử dụng phổ biến trong xã hội. Tuy nhiên, cho đến nay, chưa có văn bản chính thức nào định nghĩa cụm từ này. Trong *Từ điển tiếng Việt* do Hoàng

Phê chủ biên, Nhà xuất bản Khoa học xã hội ấn hành năm 1988; *Đại từ điển tiếng Việt* do Nguyễn Như Ý chủ biên, Nhà xuất bản Văn hóa Thông tin ấn hành năm 1998; *Từ điển tiếng Việt* do Nhà xuất bản Đà Nẵng phối hợp với Trung tâm Từ điển ấn hành năm 2007 với 45.850 mục từ, đều không có mục từ *người đứng đầu*.

Trên phương diện pháp lý, người đứng đầu được sử dụng phổ biến trong các văn bản quy phạm pháp luật. Điều 86 Hiến pháp năm 2013 quy định: “Chủ tịch nước là người đứng đầu Nhà nước, thay mặt nước Cộng hòa XHCN Việt Nam về đối nội và đối ngoại”; Điều 4 Luật Tổ chức Chính phủ 2015 quy định: “Thủ tướng Chính phủ do Quốc hội bầu trong số các đại biểu Quốc hội theo đề nghị của Chủ tịch nước. Thủ tướng Chính phủ là người đứng đầu Chính phủ và hệ thống hành chính nhà nước”; Nghị định số 157/2007/NĐ-CP ngày 27/10/2007 của Chính phủ quy định chế độ trách nhiệm đối với người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị của Nhà nước trong thi hành nhiệm vụ, công vụ...

Trên phương diện nghiên cứu, “người đứng đầu cơ quan HCNN được hiểu là những người đứng đầu Nhà nước, Chính phủ, các Bộ, cơ quan ngang bộ và Ủy ban nhân dân các cấp”¹. Cách hiểu này đồng nhất người đứng đầu Nhà nước với người đứng đầu cơ quan HCNN và không đưa ra quan niệm thế nào là người đứng đầu cơ quan HCNN. Có quan điểm hiểu người đứng đầu theo nghĩa rộng và nghĩa hẹp. “Theo nghĩa hẹp người đứng đầu là cá nhân có quyền lực trong lãnh đạo, quản lý và đứng đầu, chỉ huy một đơn vị hoặc một tổ chức nhất định để thực hiện mục tiêu lãnh đạo, quản lý đã đề ra. Theo nghĩa rộng, người đứng đầu là chỉ cá nhân hoặc tập thể có quyền lực nhất định trong lãnh đạo, quản lý, gánh vác trách nhiệm nhất định và đứng đầu, chỉ huy một tổ chức hoặc một đơn vị nhất định để thực hiện mục tiêu lãnh đạo, quản lý đã đề ra”². Theo quan điểm này, trách nhiệm người đứng đầu cơ quan, tổ chức HCNN không chỉ là trách nhiệm cá nhân mà còn là trách nhiệm tập thể vì ở nghĩa hẹp, người đứng đầu là cá nhân nhưng ở nghĩa rộng, người đứng đầu là cá nhân

hoặc tập thể.

Chúng tôi cho rằng, khi bàn về khái niệm người đứng đầu cơ quan HCNN, cần lưu ý một số điểm sau đây:

Thứ nhất, nhận thức về người đứng đầu cơ quan HCNN không đơn thuần chỉ là câu chữ, từ ngữ mà phải xem đó là chế định pháp luật như các chế định tuyển dụng, đánh giá, khen thưởng, kỷ luật... trong các quy định pháp luật. Hoặc cao hơn, đặt chế định pháp luật về người đứng đầu trong thiết chế chính trị - pháp lý trách nhiệm người đứng đầu cơ quan nhà nước theo đó cần và phải được quy định trong văn bản của Đảng, Hiến pháp, luật, các văn bản dưới luật.

Thứ hai, người đứng đầu là cá nhân được bầu cử, bổ nhiệm, phê chuẩn hoặc giao quyền với các tên chức vụ, chức danh khác nhau nhưng có vị trí cao nhất trong cơ quan HCNN.

Thứ ba, thực hiện quản lý toàn diện, có quyền quyết định cao nhất đối với tổ chức, hoạt động của cơ quan do mình đứng đầu và chịu trách nhiệm cá nhân theo quy định của pháp luật đối với người đứng đầu.

Ngoài ra, khi đề cập đến người đứng đầu cơ quan HCNN cần phải xem xét thêm một số yếu tố sau: vị trí của người đứng đầu cơ quan HCNN được Hiến pháp, luật và các văn bản quy phạm pháp luật dưới luật quy định (đặc điểm này giúp phân biệt với người đứng đầu tổ chức Đảng, đoàn thể, doanh nghiệp); người đứng đầu cơ quan HCNN hoạt động nhân danh cơ quan do mình đứng đầu và nhân danh Nhà nước; địa vị pháp lý của người đứng đầu cơ quan HCNN chịu sự chi phối theo thứ bậc của hệ thống hành chính; người đứng đầu cơ quan HCNN thực hiện vai trò lãnh đạo, quản lý đối với cơ quan do mình đứng đầu.

1 PGS.TS. Nguyễn Hữu Đồng, TS. Phạm Thế Lực, Hoạt động lãnh đạo, quản lý của người đứng đầu cơ quan HCNN ở nước ta”, Tạp chí Lý luận chính trị online, ngày 24/7/2013.
2 PGS.TS Trịnh Đức Thảo, Báo cáo đề tài khoa học cấp bộ: Hoàn thiện pháp luật về trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan HCNN hiện nay - Vấn đề và giải pháp”, Hà Nội, 2010, tr. 23.

2. Trách nhiệm người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước

Trong từ điển tiếng Việt, trách nhiệm được hiểu theo hai nghĩa: *thứ nhất*, là phải làm tròn phần việc được giao nếu không phải gánh chịu hậu quả; *thứ hai*, sự ràng buộc đối với lời nói hoặc hành vi của người thực hiện nếu sai trái thì phải chịu hậu quả. Ngoài quan niệm này, còn có những quan niệm khác về trách nhiệm như: trách nhiệm là yếu tố không thể thiếu trong quản lý công, quản trị nhà nước³; trách nhiệm là hậu quả bất lợi mà người đứng đầu phải gánh chịu khi không thực hiện hoặc thực hiện không đúng quyền, nghĩa vụ được giao⁴. Cách hiểu này coi trách nhiệm là biện pháp mà Nhà nước áp dụng đối với người có vi phạm (trách nhiệm pháp lý hành chính, dân sự, hình sự)...

Nghị định số 157/2007/NĐ-CP ngày 27/10/2007 của Chính phủ sử dụng thuật ngữ “chế độ trách nhiệm” khi đề cập đến trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan hành chính. Theo đó, “Chế độ trách nhiệm đối với người đứng đầu, cấp phó của người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị của Nhà nước là toàn bộ các quy định về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và thẩm quyền được Nhà nước giao cho người đứng đầu, cấp phó của người đứng đầu; trường hợp vi phạm sẽ bị xử lý theo quy định” (khoản 2 Điều 3).

Từ những dẫn liệu nêu trên, có thể hiểu, trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan HCNN là trách nhiệm cá nhân người đứng đầu cơ quan trong việc thực hiện những việc phải làm, được làm, cần làm, nên làm và phải chịu hậu quả khi không thực hiện đúng, đủ trách nhiệm trên cơ sở quy định pháp luật tương thích với quy mô, tính chất, phạm vi của cơ quan trong hệ thống HCNN.

Nội dung trách nhiệm người đứng

đầu cơ quan, tổ chức HCNN thể hiện trên một số phương diện sau:

- Trách nhiệm trong việc sử dụng các nguồn lực đầu vào. Theo đó, trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan, tổ chức HCNN đối với nguồn lực đầu vào là: quản lý, sử dụng đội ngũ cán bộ, công chức; quản lý sử dụng tài chính công; quản lý sử dụng tài sản công và quản lý, sử dụng thông tin.

- Trách nhiệm trong việc thực hiện lãnh đạo, quản lý. Hoạt động lãnh đạo, quản lý thể hiện trên các mặt như: lập, thực hiện, kiểm tra việc thực hiện kế hoạch công tác của cơ quan. Theo đó tùy theo phạm vi, tính chất của cơ quan HCNN, người đứng đầu chỉ đạo lập, điều chỉnh kế hoạch, tổ chức thực hiện kế hoạch, kiểm tra, đánh giá việc thực hiện kế hoạch.

- Trách nhiệm đối với kết quả thực hiện nhiệm vụ của cơ quan được giao lãnh đạo, quản lý. Mỗi cơ quan hành chính đều được thành lập và thực hiện những nhiệm vụ theo quy định. Ngoài các nhiệm vụ thường xuyên theo quy định còn có các nhiệm vụ đột xuất. Trách nhiệm người đứng đầu cơ quan HCNN đối với kết quả thực hiện nhiệm vụ của cơ quan được giao lãnh đạo, quản lý: đảm bảo thời gian, tiên độ, chất lượng, hiệu quả công việc.

Việc xử lý trách nhiệm người đứng đầu cơ quan HCNN bao hàm những nội dung sau:

- Nguyên tắc xử lý trách nhiệm (xác định trách nhiệm theo hình thức nào xử lý trách nhiệm theo hình thức đó; chế tài áp dụng tương thích với mức độ vi phạm; việc áp dụng chế tài đối với mỗi trường hợp cụ thể phải căn cứ theo nguyên tắc xác định trách nhiệm; mỗi hành vi vi phạm pháp luật chỉ bị xử lý một hình thức...)

- Các hình thức trách nhiệm cụ thể:

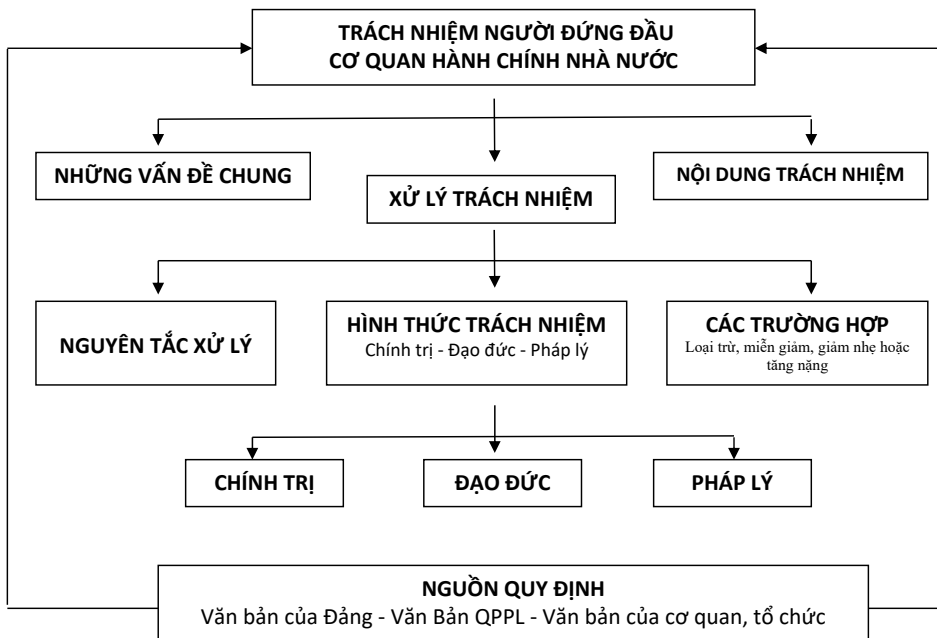
3 Nguyễn Thị Hồng Hải, Một số vấn đề cần quan tâm nhằm nâng cao trách nhiệm của cán bộ, công chức trong công vụ, Nội san Khoa học tổ chức và Quản lý nhân sự số 14 tháng 7/2017, tr. 4-8.

4 TS. Nguyễn Minh Phú, Trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan HCNN - Tạp chí Tổ chức Nhà nước tháng 6/2018.

trách nhiệm chính trị (bất tín nhiệm, từ chức); trách nhiệm pháp lý (hành chính, dân sự, vật chất, hình sự).

- Các trường hợp được loại trừ, miễn giảm, giảm nhẹ hoặc tăng nặng hình thức xử lý trách nhiệm (ví dụ: khi phát hiện các sai phạm đã kịp thời áp dụng các biện pháp ngăn chặn, khắc phục hậu quả...).

Có thể mô hình hóa trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan HCNN qua sơ đồ sau đây:



3. Những khó khăn, thách thức đối với việc thực hiện trách nhiệm người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước

3.1 Trên phương diện nhận thức

Hiện nay, trên phương diện nhận thức chưa có sự thống nhất về quan niệm, phạm vi, chế tài và cách thức áp dụng chế độ trách nhiệm người đứng đầu và người đứng đầu cơ quan, tổ chức HCNN. Nhận thức chưa đầy đủ, thiếu đồng thuận sẽ không tạo được sự thống nhất trong hành động để đạt được kết quả tốt nhất, hiệu quả cao. Đây là khó khăn, thách thức đầu tiên cần tính đến.

3.2 Trên phương diện pháp luật

Các quy định về chế độ trách nhiệm đối với người đứng đầu và người đứng đầu cơ quan HCNN còn không thống nhất, thiếu đồng bộ, hiệu lực pháp lý của văn bản quy định về chế độ trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan HCNN không cao.

3.3 Trên phương diện thực tiễn

Những trường hợp vi phạm đã bị xử lý trong thời gian qua cho thấy, diễn biến thực tế khá phức tạp. Các vi phạm có ở nhiều cơ

quan HCNN ở trung ương và địa phương với quy mô, tính chất khác nhau, đối tượng vi phạm đảm nhiệm các vị trí lãnh đạo, quản lý khác nhau. Đáng chú ý là số lượng vụ việc người đứng đầu cơ quan HCNN bị xử lý kỷ luật năm sau nhiều hơn năm trước.

Những hạn chế, bất cập nêu trên đòi hỏi chúng ta cần phải tiếp tục đẩy mạnh thực hiện tốt hơn nữa Nghị quyết số 04-NQ/TW của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khoá XII ngày 30/10/2016 về tăng cường xây dựng, chỉnh đốn Đảng; ngăn chặn, đẩy lùi sự suy thoái về tư tưởng chính trị, đạo đức, lối sống, những biểu hiện "tự diễn biến", "tự chuyển hóa" trong nội bộ■

XÁC ĐỊNH TÀI SẢN THỂ CHẤP THEO TÌNH THẦN BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015

Nguyễn Ngọc Điện*

* Viên sĩ. PGS.TS. Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: tài sản bảo đảm, giao dịch bảo đảm, thế chấp, nghĩa vụ được bảo đảm

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 10/12/2018

Biên tập : 18/12/2018

Duyệt bài : 25/12/2018

Article Infomation:

Keywords: collateral, secured transactions, mortgage, secured debt

Article History:

Received : 10 Dec. 2018

Edited : 18 Dec. 2018

Approved : 25 Dec. 2018

Tóm tắt:

Xác định tài sản dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ là vấn đề được đặt ra trong tất cả các giao dịch bảo đảm. Tuy nhiên, ý nghĩa của vấn đề chỉ đặc biệt nổi rõ trong trường hợp bảo đảm bằng biện pháp thế chấp tài sản. Giải quyết vấn đề xác định tài sản thế chấp có tác dụng tạo thuận lợi cho chủ nợ có bảo đảm trong việc theo dõi tình hình tài sản trong thời gian thế chấp, cũng như trong việc xử lý tài sản thế chấp để thu hồi nợ trong trường hợp cần thiết và được luật cho phép.

Abstract

Determination of things used as collateral is an issue to be raised in all secured transactions. However, its significance is specially remarkable in case of mortgage. A good solution of the problem of determination of things as collateral will be helpful to the creditor as for the the acknowledgement of the material situation of the collateral as well as for the the eventual payment of the secured debt by way of performance of the secured transaction.

1. Tổng quan

Các biện pháp bảo đảm nghĩa vụ trong luật Việt Nam hiện hành, được quy định tại Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015. Điều 292 bao gồm: cầm cố tài sản, thế chấp tài sản, đặt cọc, ký cược, ký quỹ, bảo lưu quyền sở hữu, bảo lãnh, tín chấp và cầm giữ tài sản.

Xác định tài sản dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ là vấn đề được đặt ra trong

tất cả các trường hợp xác lập giao dịch bảo đảm. Tuy nhiên, ý nghĩa của vấn đề chỉ đặc biệt nổi rõ trong trường hợp bảo đảm bằng biện pháp thế chấp tài sản và bảo lãnh. Lý do chính là với các biện pháp bảo đảm loại này, thì tài sản bảo đảm, trên nguyên tắc, vẫn do người bảo đảm nắm giữ và sử dụng, khai thác trong những điều kiện bình thường¹. Chủ nợ nhận bảo đảm đứng trước nguy cơ tài sản

1 Trong trường hợp thế chấp tài sản, luật quy định rằng các bên có thể thoả thuận giao tài sản thế chấp cho người thứ ba giữ (khoản 2, Điều 317, BLDS).

bảo đảm bị giảm sút giá trị, thậm chí không còn, khiến việc thực hiện biện pháp bảo đảm để thu hồi nợ có thể gặp khó khăn. Bởi vậy, cần xây dựng và hoàn thiện một cơ chế pháp lý cho phép chủ nợ nhận bảo đảm có điều kiện nhận dạng, theo dõi và giám sát việc sử dụng tài sản trong thời gian có hiệu lực của biện pháp bảo đảm. Với cơ chế đó, chủ nợ nhận bảo đảm có thể kịp thời phát hiện những biến động liên quan đến tài sản bảo đảm và có điều kiện chuẩn bị các phương án ứng phó thích hợp một khi có diễn biến bất lợi đối với sự bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bằng cách xử lý tài sản bảo đảm.

Trường hợp bảo lãnh thông thường, thì vấn đề xác định tài sản bảo đảm và vấn đề xác định năng lực thanh toán của người bảo lãnh, suy cho cùng, là một, bởi người bảo lãnh bảo đảm thực hiện nghĩa vụ được bảo đảm bằng toàn bộ tài sản của mình và theo cùng một cách như đối với bất kỳ chủ nợ thường nào của riêng mình. Bảo lãnh đối nhân chỉ có tác dụng giúp người nhận bảo lãnh có thêm một người cam kết trả nợ, bên cạnh người mắc nợ chính, chứ không tạo bất kỳ một quyền ưu tiên nào cho chủ nợ trên tài sản của người mắc nợ.

Trái lại, trong trường hợp bảo lãnh đối vật, vấn đề xác định rõ tài sản bảo đảm là rất quan trọng, bởi nó cần thiết để chủ nợ có bảo đảm thực hiện quyền ưu tiên của mình một cách chính xác. Trong khung cảnh luật thực định và thực tiễn giao dịch, bảo lãnh đối vật có một trong hai hình thức - bảo lãnh bằng cầm cố tài sản hoặc bảo lãnh bằng thế chấp tài sản.

Như vậy, cả về phương diện lý luận và thực tiễn, vấn đề xác định tài sản bảo đảm được đặt ra một cách có ý nghĩa chủ yếu trong trường hợp tài sản được bảo đảm bằng biện pháp thế chấp.

2. Nguyên tắc xác định tài sản thế chấp

2.1 Nguyên tắc chung

Nguyên tắc xác định tài sản bảo đảm nói chung và nói riêng, xác định tài sản thế chấp, được thiết lập theo Điều 295 BLDS.

Điều 295. Tài sản bảo đảm

1. Tài sản bảo đảm phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm, trừ trường hợp cầm giữ tài sản, bảo lưu quyền sở hữu.
2. Tài sản bảo đảm có thể được mô tả chung, nhưng phải xác định được.
3. Tài sản bảo đảm có thể là tài sản hiện có hoặc tài sản hình thành trong tương lai.
4. Giá trị của tài sản bảo đảm có thể lớn hơn, bằng hoặc nhỏ hơn giá trị nghĩa vụ được bảo đảm.

Bất động sản hoặc động sản. Tài sản bảo đảm theo luật hiện hành có thể là bất động sản hoặc động sản. Trong trường hợp bảo lãnh đối nhân, nghĩa là bảo lãnh bằng toàn bộ tài sản của người bảo lãnh, thì tất cả động sản và bất động sản hiện tại và tương lai của người bảo lãnh là tài sản bảo đảm. Trong trường hợp bảo lãnh đối vật, nghĩa là bảo lãnh bằng cách cầm cố hoặc thế chấp tài sản, thì tài sản bảo đảm có thể là một hoặc nhiều động sản, bất động sản đặc định.

Cần nhấn mạnh rằng, khi định nghĩa biện pháp thế chấp, nhà làm luật Việt Nam không giới hạn phạm vi đối tượng áp dụng biện pháp này là bất động sản như trong luật của một số nước². Điều đó cho phép thừa nhận rằng tài sản thế chấp theo luật Việt Nam hiện hành có thể là bất động sản hoặc động sản, thậm chí là tài sản vô hình, như quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp. Tiêu chí chủ yếu để nhận dạng, phân biệt thế chấp và các biện pháp bảo đảm nghĩa vụ khác là bên nhận thế chấp không nắm giữ tài sản trong thời gian thế chấp.

2 Ví dụ, trong luật của Pháp, theo BLDS Điều 2393, “L’hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l’acquittement d’une obligation” - Thế chấp là vật quyền đối với bất động sản nhằm bảo đảm thực hiện một nghĩa vụ. Thật ra quy định này không được học thuyết đánh giá cao và tính hiệu quả cũng không cao: một số trường hợp gọi là cầm cố động sản, nhưng bên nhận cầm cố động sản không nắm giữ tài sản, thì cũng không khác gì thế chấp. Ví dụ điển hình là cầm cố hàng hoá luân chuyển: xem Ph. Simler và Ph. Delebecque, Droit civil - Les suretés, la publicité foncière, Dalloz, 2009, tr. 325.

Tài sản thế chấp phải thuộc quyền sở hữu của bên thế chấp. Cũng như luật các nước, luật Việt Nam đòi hỏi bên thế chấp phải có quyền sở hữu đối với tài sản thế chấp. Điều này hợp lý bởi trong trường hợp nghĩa vụ được bảo đảm không được thực hiện, thì chủ nợ có bảo đảm có quyền xử lý tài sản thế chấp, đặc biệt là bằng cách bán tài sản này để nhận tiền thanh toán.

Các tiêu chí nhận dạng quyền sở hữu tài sản trong luật Việt Nam, cũng giống như trong luật của các nước, không đồng nhất đối với tất cả các loại tài sản. Có trường hợp luật quy định quyền sở hữu chỉ được xác lập một khi tài sản được đăng ký hợp lệ tại cơ quan thẩm quyền; ví dụ điển hình là quyền sở hữu đối với một số đối tượng sở hữu công nghiệp³. Trong một số trường hợp, việc đăng ký chỉ có tác dụng suy đoán quyền sở hữu, như trường hợp đăng ký quyền sử dụng đất (QSDĐ), đăng ký quyền tác giả: người có tên được đăng ký được thừa nhận là chủ sở hữu cho đến khi có người khác chứng minh được điều ngược lại trong khuôn khổ một vụ tranh chấp trước tòa án. Có trường hợp đăng ký tài sản chỉ để phục vụ công tác quản lý hành chính về trật tự xã hội, đặc biệt là để xác định chủ thể của trách nhiệm một khi tài sản gây thiệt hại cho người khác, ví dụ điển hình là đăng ký xe máy, ô tô⁴.

Nói chung, trong trường hợp không có tranh chấp, thì người chiếm hữu tài sản được coi là chủ sở hữu và có thể xác lập giao dịch thế chấp với tư cách đó⁵. Sự chiếm hữu

có thể được ghi nhận một khi tài sản đang được đặt dưới sự nắm giữ, chi phối vật chất của người thể hiện quyền lực của mình đối với tài sản hoặc tài sản được đăng ký dưới tên một người. Bởi vậy, người có tên được ghi trên giấy chứng nhận QSDĐ, giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà được coi là người có QSDĐ, quyền sở hữu nhà; chủ doanh nghiệp được coi là chủ kho hàng thuộc khối tài sản của doanh nghiệp;...

2.2 Tài sản hiện có và tài sản hình thành trong tương lai

Khái niệm tài sản hiện có và tài sản hình thành trong tương lai được quy định chính thức trong Điều 108 BLDS.

Tài sản hiện có. Theo điểm a khoản 1 Điều 108, tài sản hiện có là tài sản đã hình thành và chủ thể đã xác lập quyền sở hữu, quyền khác đối với tài sản trước hoặc tại thời điểm xác lập giao dịch. Ví dụ, nhà ở đã xây dựng hoàn chỉnh và sẵn sàng để được sử dụng hoặc thậm chí đã được sử dụng, đang thuộc quyền sở hữu của một người; ví dụ về tài sản hiện có thuộc loại động sản hữu hình là một chiếc điện thoại đã xuất xưởng và đang được bày bán ở cửa hàng.

Nói chung, tài sản hiện có là tài sản hội đủ hai tiêu chí: *thứ nhất*, tiêu chí vật lý: tài sản hữu hình đã hoàn chỉnh về cấu trúc vật chất, tài sản vô hình đã hoàn chỉnh về hình thức thể hiện cho phép nhận dạng, phân biệt; *thứ hai*, tiêu chí pháp lý: tài sản đang thuộc quyền sở hữu của chủ thể giao dịch (người bán, trao đổi, tặng cho,...).

3 Theo Luật Sở hữu trí tuệ Điều 6 khoản 3 “Quyền sở hữu công nghiệp đối với sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí, nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý được xác lập trên cơ sở quyết định cấp văn bằng bảo hộ của cơ quan nhà nước có thẩm quyền theo thủ tục đăng ký quy định tại Luật này hoặc công nhận đăng ký quốc tế theo quy định của điều ước quốc tế mà Cộng hòa XHCN Việt Nam là thành viên; đối với nhãn hiệu nổi tiếng, quyền sở hữu được xác lập trên cơ sở sử dụng, không phụ thuộc vào thủ tục đăng ký;...”

4 Nhiều ý kiến cho rằng, đăng ký xe máy, ô tô là đăng ký quyền sở hữu. Thật ra, xe máy, ô tô thuộc quyền sở hữu của một người là do các căn cứ theo luật chung, bao gồm mua, được tặng cho, trao đổi, thừa kế,... Không đăng ký, thì tài sản vẫn thuộc quyền sở hữu của người mua, được tặng cho, trao đổi, thừa kế,..., nhưng không được phép tham gia giao thông. Không có quy định nào trong luật hiện hành buộc chủ phương tiện phải đăng ký phương tiện mới xác lập được quyền sở hữu.

5 BLDS Điều 184 khoản 2 quy định: “Trường hợp có tranh chấp về quyền đối với tài sản thì người chiếm hữu được suy đoán là người có quyền đó. Người có tranh chấp với người chiếm hữu phải chứng minh về việc người chiếm hữu không có quyền”.

Tài sản hình thành trong tương lai.
Theo quy định của khoản 2 Điều 108 BLDS, tài sản hình thành trong tương lai thuộc một trong 2 dạng:

- Tài sản chưa hình thành;
- Tài sản đã hình thành nhưng chủ thể xác lập quyền sở hữu sau thời điểm xác lập giao dịch.

Các cụm từ “chưa hình thành” hoặc “đã hình thành” được hiểu là chưa hoặc đã định hình hoàn chỉnh về mặt vật lý, nghĩa là chưa hoặc đã sẵn sàng để được khai thác, sử dụng theo đúng tính năng, công dụng.

Và lại, một cách hợp lý, tài sản “chưa hình thành” trong trường hợp bình thường phải là tài sản đang hình thành theo một lộ trình rõ ràng, đáng tin cậy và hoàn toàn phụ thuộc vào ý chí của chủ thể giao dịch, chứ không phụ thuộc, dù chỉ một phần, vào ý chí của chủ thể khác.

Có trường hợp việc hình thành tài sản lệ thuộc vào ý chí (cụ thể là sự hợp tác) của chủ thể khác, thì để có thể xác lập giao dịch đối với tài sản đang hình thành, luật thường đòi hỏi người tự xưng là chủ sở hữu phải có được sự bảo đảm khách quan về sự hình thành tài sản hoặc ít nhất có sự bảo đảm về việc đền bù thiệt hại thoả đáng cho bên giao dịch trong trường hợp vì lý do gì đó mà tài sản không hình thành theo cam kết. Ví dụ, nhà ở đang được xây dựng trong khuôn khổ dự án nhà ở thương mại là tài sản hình thành trong tương lai theo quy định của điểm a khoản 1 Điều 108 BLDS. Chủ đầu tư có thể bán nhà ở loại này. Tuy nhiên, việc nhà ở hình thành hay không lại lệ thuộc vào ý chí của chủ đầu tư. Bởi vậy, để tạo sự yên tâm cho người mua, luật quy định rằng “Chủ đầu tư dự án bất động sản trước khi bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai phải được ngân hàng thương mại có đủ năng lực thực hiện bảo lãnh nghĩa vụ tài chính của chủ đầu tư đối với khách hàng khi chủ đầu

tư không bán giao nhà ở theo đúng tiến độ đã cam kết với khách hàng” (khoản 1 Điều 56 Luật Kinh doanh bất động sản).

Tài sản đã hình thành nhưng chủ thể xác lập quyền sở hữu sau thời điểm xác lập giao dịch được hình dung là tài sản mà ở thời điểm xác lập giao dịch đang thuộc quyền sở hữu của người khác. Sau khi xác lập giao dịch thì chủ thể mới xác lập được quyền sở hữu đối với tài sản. Ví dụ, A giao kết với B một hợp đồng, theo đó, A bán cho B 100 cổ phần của công ty X; ở thời điểm xác lập giao dịch, A chưa có quyền sở hữu đối với số cổ phần ấy; sau khi xác lập giao dịch, A mới tìm mua số cổ phần ấy rồi bán lại cho B. Trong trường hợp A không mua mà chỉ tìm cách kết nối người đang nắm giữ số cổ phiếu ấy với B để thực hiện việc mua bán trực tiếp giữa người này và B, thì A được gọi là người môi giới. Nói chung, tài sản hình thành trong tương lai theo nghĩa của điểm b khoản 2 Điều 108 BLDS là tài sản đã hình thành về mặt vật lý, nhưng chưa hình thành về mặt pháp lý.

Một số ý kiến cho rằng, tài sản hình thành trong tương lai được mô tả tại điểm b khoản 2 Điều 108 BLDS là tài sản đã hình thành và thuộc diện phải đăng ký quyền sở hữu nhưng chưa được đăng ký. Nhận định này là chưa chính xác. Dường như nhận định này có nguồn gốc từ một quy định tại Nghị định số 11/2012/NĐ-CP ngày 22/02/2012 sửa đổi bổ sung một số điều của Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 của Chính phủ. Theo quy định của khoản 2 Điều 1 Nghị định số 11 đã dẫn, thì trong các loại tài sản hình thành trong tương lai, có “... c) 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”⁶.

Với các quy định hiện hành, tài sản

6 Nghị định số 11 đã dẫn sửa đổi, bổ sung Nghị định 163 đã dẫn trong bối cảnh có nhiều thắc mắc liên quan đến khái niệm tài sản hình thành trong tương lai được xây dựng trong Nghị định 163. Khoản 2 Điều 4 Nghị định 163: “Tài sản

đã hình thành, đang được sử dụng và thuộc loại phải đăng ký nhưng chưa được đăng ký, thì không thể được mua bán, trao đổi, thế chấp,... chứ không phải là có thể được thế chấp như tài sản hình thành trong tương lai. Lý do là một khi được đưa vào sử dụng, tài sản có thể bị ràng buộc vào nhiều quan hệ phức tạp, chẳng hạn, có thể bị kê biên, chịu địa dịch (đối với bất động sản),... Nói chung, nếu thuộc diện đăng ký mà không được đăng ký, tài sản được giao dịch có thể mang đến nhiều rủi ro không lường trước được đối với người thứ ba.

Dẫu sao, việc bảo đảm nghĩa vụ bằng tài sản hình thành trong tương lai chỉ thực sự có ý nghĩa trong trường hợp tài sản chưa hình thành theo nghĩa của điểm a khoản 2 Điều 108 BLDS, đặc biệt là tài sản mà quá trình hình thành được xác định rõ bằng những thông tin cụ thể. Ví dụ điển hình là thế chấp căn hộ trong khuôn khổ dự án nhà ở chung cư đang triển khai. Trong trường hợp tài sản đã hình thành nhưng chủ thể giao dịch (bên thế chấp) chưa có quyền sở hữu (nghĩa là tài sản đang thuộc sở hữu của người khác), thì bên giao dịch (bên nhận thế chấp) không có lợi ích gì để xác lập giao dịch, do không thể biết chắc rốt cuộc bên thế chấp xác lập được quyền sở hữu đối với tài sản hay không.

2.3 Các trường hợp đặc biệt

2.3.1 Thế chấp QSDĐ

QSDĐ hợp lệ. Theo quy định của

khoản 1 Điều 168 Luật Đất đai năm 2013, người sử dụng đất được quyền chuyển nhượng, tặng cho, cho thuê, cho thuê lại, thế chấp QSDĐ khi có giấy chứng nhận. Điều này có nghĩa là chỉ có QSDĐ được đăng ký hợp lệ theo quy định của pháp luật đất đai hiện hành mới được dùng làm tài sản bảo đảm. Trên thực tế, có những người sử dụng đất nhưng không có giấy chứng nhận. Có một thời những người thuộc trường hợp này vẫn có thể được đồng hoá với người có QSDĐ hợp lệ và có quyền xác lập, thực hiện giao dịch liên quan đến đất như người có QSDĐ hợp lệ⁷. Tuy nhiên, theo thời gian, khi việc đăng ký QSDĐ đã được thực hiện trên hầu khắp lãnh thổ quốc gia, thì thực tiễn chấp nhận mang tính ngoại lệ này dần dần bị đẩy lùi.

QSDĐ và tài sản gắn liền với đất.

Theo quy định của khoản 3 Điều 318 BLDS, trường hợp thế chấp QSDĐ mà tài sản gắn liền với đất thuộc quyền sở hữu của bên thế chấp, thì tài sản gắn liền với đất cũng thuộc tài sản thế chấp, trừ trường hợp có thoả thuận khác. Các bên có thể thoả thuận về việc không đưa một hoặc nhiều tài sản gắn liền với đất vào diện thế chấp.

Đáng chú ý là khi nhắc đến tài sản gắn liền với đất, người làm luật không phân biệt tài sản hiện có hay tài sản hình thành trong tương lai. Bởi vậy, về mặt lý thuyết, các tài sản hình thành trong tương lai gắn liền với đất cũng chịu sự chi phối của quy định tại khoản 3 Điều 318. Vấn đề không có gì đặc

hình thành trong tương lai là tài sản thuộc sở hữu của bên bảo đảm sau thời điểm nghĩa vụ được xác lập hoặc giao dịch bảo đảm được giao kết. 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 đảm⁷. Có căn cứ để tin rằng, khi đề cập đến loại tài sản hình thành trong tương lai mà ở thời điểm giao dịch chưa thuộc sở hữu của bên bảo đảm, người soạn thảo Nghị định liên tưởng đến tài sản thuộc diện đăng ký nhưng chưa được đăng ký, chứ không phải tài sản đang thuộc sở hữu của người khác. Lý do là ở thời điểm xây dựng và ban hành Nghị định, hoạt động môi giới chưa thực sự phổ biến và cũng chưa được nhà chức trách, xã hội nhìn nhận với thái độ tích cực. Nghị định 11 chỉ khẳng định điều này.

Vấn đề bị bỏ quên là nếu nói rằng tài sản đã hình thành nhưng chưa đăng ký là tài sản chưa thuộc quyền sở hữu của chủ thể, thì cho đến ngày đăng ký, tài sản đó là của ai?

7 Luật Đất đai năm 2003 quy định rằng trong một số trường hợp người đang sử dụng đất được cấp giấy chứng nhận dù không được giao đất hoặc cho thuê đất theo trình tự, thủ tục được luật định (Điều 50). Trong các trường hợp này, có những trường hợp việc sử dụng đất có căn cứ pháp lý đầy đủ theo luật của chế độ cũ. Trong thực tiễn, người có các giấy tờ chứng minh quyền sở hữu đất theo luật của chế độ cũ được phép sử dụng các giấy tờ này để xác lập, thực hiện giao dịch liên quan đến đất trong thời gian chờ được cấp giấy chứng nhận QSDĐ hợp lệ.

biệt trong trường hợp tài sản hình thành trong tương lai đang trong quá trình hình thành ở thời điểm xác lập giao dịch bảo đảm (ví dụ, nhà ở đang được xây dựng). Chuyện có thể rắc rối trong trường hợp tài sản bắt đầu hình thành sau thời điểm xác lập giao dịch bảo đảm... Dẫu sao, nếu tài sản được tạo lập thuộc quyền sở hữu của người sử dụng đất, thì người này hẳn phải hiểu rằng mình tạo lập tài sản trên đất đang là đối tượng của giao dịch bảo đảm. Thông thường việc tạo lập tài sản được thực hiện bằng chính khoản nợ vay có bảo đảm. Bởi vậy, một cách hợp lý, các tài sản tạo lập trên đất sau khi QSDĐ được thế chấp và trong thời gian thế chấp mà thuộc quyền sở hữu của người sử dụng đất cũng thuộc tài sản thế chấp, trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác.

Trong trường hợp đặc thù, tài sản xuất hiện trên đất sau khi QSDĐ được thế chấp lại là tài sản thuộc sở hữu của người khác. Trong điều kiện không có quy định rõ ràng của luật, án lệ Việt Nam thừa nhận rằng tài sản gắn liền với đất mà thuộc sở hữu của người khác và được tạo lập trên đất sau khi QSDĐ được thế chấp không thuộc tài sản thế chấp⁸.

QSDĐ hình thành trong tương lai.

Nếu “chưa hình thành” được hiểu theo nghĩa như trên, thì không thể có khái niệm QSDĐ chưa hình thành. QSDĐ có đối tượng là một phần đất (*parcel of land*), một phần lãnh thổ (*part of territory*) và phần này phải hiện hữu chứ không thể nằm trong trí tưởng tượng. Mặt khác, việc tạo ra quyền sử dụng đối với một phần đất là việc đòi hỏi sự gặp gỡ về ý chí của chủ sở hữu đất (là Nhà nước) và người muốn có đất để sử dụng. Chủ thể

tư không thể nói chắc rằng mình sẽ được giao, được cho thuê hoặc được hợp thức hoá quyền sử dụng đối với một phần đất và vấn đề chỉ là thời gian, từ đó giao kết hợp đồng chuyển nhượng, thế chấp đối với quyền đó⁹.

QSDĐ đã hình thành là quyền sử dụng đối với một thửa đất cụ thể, xác định đã được xác lập cho một chủ thể tư. Trong giả thiết của Điều 108 BLDS thì QSDĐ đã hình thành nhưng chưa được xác lập cho chủ thể giao dịch, nghĩa là đang thuộc về người khác, trở thành QSDĐ hình thành trong tương lai đối với các bên giao dịch. Ví dụ về giao dịch có đối tượng là QSDĐ hình thành trong tương lai loại này là hợp đồng chuyển nhượng theo đó người chuyển nhượng cam kết chuyển nhượng quyền sử dụng đối với một phần đất trong khi quyền này đang thuộc về một người khác. Trong chừng mực nào đó, người chuyển nhượng trong giả thiết mang dáng dấp của người môi giới. Việc bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bằng QSDĐ hình thành trong tương lai loại này, về mặt lý thuyết, vẫn có thể được thực hiện. Ví dụ: một người vay tiền để mua quyền sử dụng đối với một phần đất với cam kết, theo đó, một khi mua được QSDĐ thì quyền này sẽ được dùng làm tài sản thế chấp bảo đảm việc trả nợ vay. Ở thời điểm xác lập cam kết thế chấp, người này có thể chỉ mới xác lập một hợp đồng hứa mua - hứa bán, nghĩa là chưa có nhưng nhiều triển vọng sẽ có quyền sử dụng đối với phần đất ấy.

2.3.2 Thế chấp nhà ở

Nhà ở hiện có và nhà ở hình thành trong tương lai. Luật Nhà ở có định nghĩa chính thức về nhà ở hiện có (được gọi tên trong văn bản luật là nhà ở có sẵn) và nhà ở hình thành trong tương lai.

8 Án lệ số 11/2017/AL được công bố theo Quyết định số 299/QĐ-CA ngày 28/12/2017 của Chánh án Toà án nhân dân tối cao.

9 Theo Nghị định số 11/NĐ-CP ngày 22/02/2012 về sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 163/NĐ-CP ngày 29/12/2006 thì tài sản hình thành trong tương lai không bao gồm QSDĐ. Tuy nhiên, quy định này được xây dựng trong bối cảnh tài sản hình thành trong tương lai được hiểu là tài sản thuộc một trong ba nhóm, hay đúng hơn là thuộc một trong hai nhóm (khoản 2 Điều 2): tài sản chưa hình thành hoặc 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. Quy định theo đó, tài sản hình thành trong tương lai không bao gồm QSDĐ thật ra chỉ nhằm mục đích ngăn chặn việc thừa nhận khả năng giao dịch đối với phần đất mà chủ thể đang sử dụng trên thực tế nhưng chưa hoàn thành thủ tục hợp thức hoá để được cấp giấy chứng nhận QSDĐ.

Điều 3. Giải thích từ ngữ

.....

18. *Nhà ở có sẵn* là nhà ở đã hoàn thành việc đầu tư xây dựng và đưa vào sử dụng.

19. *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.

Thật ra, nhà ở có sẵn theo nghĩa được ghi nhận tại khoản 18 Điều 3 Luật Nhà ở chưa có thể được dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ chùng nào chưa được đăng ký hợp lệ. Trong khi đó, nhà ở hình thành trong tương lai thì được thế chấp mà không cần có giấy chứng nhận. Kết hợp các quy định có liên quan, thì có thể thừa nhận rằng, nhà ở đã hoàn thành và đã sử dụng nhưng chưa được đăng ký không thể được đem thế chấp dưới danh nghĩa nhà ở có sẵn, cũng không thể được thế chấp như là nhà ở hình thành trong tương lai. Bởi vậy, để có thể được thế chấp trong điều kiện nhà ở đã hình thành mà chưa được đăng ký trong khung cảnh luật hiện hành, điều cần thiết là không đưa nhà ở đó vào sử dụng.

Thế chấp dự án đầu tư xây dựng nhà ở thương mại và thế chấp nhà ở trong dự án. Dự án đầu tư xây dựng nhà ở được hiểu là “tổng hợp các đề xuất có liên quan đến việc sử dụng vốn để xây dựng mới nhà ở, các công trình hạ tầng kỹ thuật, hạ tầng xã hội phục vụ nhu cầu ở hoặc để cải tạo, sửa chữa nhà ở trên một địa điểm nhất định” (khoản 8 Điều 3 Luật Nhà ở). Theo luật hiện hành, dự án đầu tư xây dựng nhà ở được coi là một loại tài sản hình thành trong tương lai và có thể được dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, cụ thể là được thế chấp để vay tiền đầu tư cho việc xây dựng dự án.

Luật Nhà ở thừa nhận cho chủ đầu tư dự án có quyền lựa chọn giữa thế chấp toàn bộ dự án và thế chấp nhà ở cụ thể trong dự án (khoản 1 Điều 147). Luật cũng quy định rằng trong “trường hợp chủ đầu tư đã thế chấp nhà ở mà có nhu cầu huy động vốn góp để phân chia nhà ở theo quy định của pháp luật về nhà ở hoặc có nhu cầu bán, cho

thuê mua nhà ở đó thì phải giải chấp nhà ở này trước khi ký hợp đồng huy động vốn góp, hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở với khách hàng, trừ trường hợp được bên góp vốn, bên mua, thuê mua nhà ở và bên nhận thế chấp đồng ý”. Quy định này có tác dụng tạo điều kiện thuận lợi cho người mua thế chấp tài sản mua dưới tên mình để vay tiền mua nhà và ngăn ngừa trường hợp hai người lấy hai tư cách khác nhau - chủ đầu tư và người mua - để thế chấp cùng một tài sản.

Luật không đòi hỏi chủ đầu tư mà đã thế chấp toàn bộ dự án xây dựng nhà ở để vay tiền phải giải chấp đối với dự án trước khi bán nhà ở thuộc dự án. Điều đó cho phép thừa nhận rằng nhà ở thuộc dự án có thể bán trong điều kiện toàn bộ dự án đang thế chấp và người mua nhà ở có quyền thế chấp nhà ở thuộc dự án (dưới dạng tài sản chưa hình thành) để vay tiền mua nhà. Trong trường hợp cần xử lý tài sản khi chủ đầu tư thế chấp dự án không trả được nợ vay, thì dự án được chuyển nhượng cho người khác, và người nhận chuyển nhượng thay thế chủ đầu tư ban đầu để thực hiện các quyền và nghĩa vụ của người này trong quan hệ với người mua nhà ở thuộc dự án.

Thật ra, một khi chưa bán căn nhà ở thuộc dự án, dưới dạng bán tài sản hình thành trong tương lai, thì căn nhà ấy là một phần của dự án. Bởi vậy, luật chỉ cho phép nhà đầu tư thế chấp toàn bộ dự án hoặc thế chấp căn nhà ở thuộc dự án chứ không thể thế chấp cả hai cùng một lúc (khoản 2 Điều 147 Luật Nhà ở). Điều đó có nghĩa là, một khi đã thế chấp toàn bộ dự án thì nhà đầu tư không thể thế chấp căn nhà ở thuộc dự án; ngược lại, một khi đã thế chấp (chỉ một) căn nhà thuộc dự án, thì nhà đầu tư không thể thế chấp toàn bộ dự án được nữa.

Cũng có trường hợp nhà đầu tư thế chấp toàn bộ dự án trước, sau đó đem bán căn nhà ở thuộc dự án cho người mua và người này lại đem thế chấp căn nhà của mình để vay tiền trả cho chủ đầu tư. Trong trường hợp này, chủ nợ của chủ đầu tư phải hiểu rằng giá trị tài sản thế chấp của chủ đầu tư (nghĩa là giá trị dự án) đã giảm sút do căn

nhà ở (một phần của dự án) đã được chuyển giao cho người khác. Từ nhận thức đó, chủ nợ của nhà đầu tư phải có biện pháp thích hợp để bảo vệ quyền lợi của mình và hạn chế rủi ro. Cụ thể, chủ nợ phải thoả thuận trước với nhà đầu tư, theo đó, một khi căn nhà thuộc dự án được đem bán thì số tiền bán nhà trở thành tài sản bảo đảm thay thế cho phần giảm sút giá trị của dự án, hoặc số tiền bán nhà phải được dùng để trả một phần nợ.

Điều chắc chắn là một khi được bán cho người mua, thì căn nhà không còn là một phần của dự án và do đó không thuộc tài sản thế chấp cho chủ nợ của chủ đầu tư, cũng không còn thuộc quyền sở hữu của chủ đầu tư do quyền này đã được chuyển cho người mua. Bởi vậy, trong trường hợp chủ đầu tư không trả được nợ thì chủ nợ có bảo đảm bằng dự án không có quyền xử lý căn nhà ở đã bán để thu hồi nợ của mình.

2.3.3 Thế chấp động sản đặc biệt

Thế chấp hàng hoá luân chuyển.

BLDS có thừa nhận việc thế chấp hàng hoá luân chuyển khi quy định về nội dung quyền của bên thế chấp (khoản 4 Điều 321), nhưng lại không có định nghĩa chính thức. Khoản 2 Điều 3 Luật Thương mại có định nghĩa chính thức về hàng hoá¹⁰, nhưng đó lại chỉ là định nghĩa về hàng hoá tiềm năng, nghĩa là những tài sản có thể trở thành hàng hoá. Khoản 8 Điều 3 Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 về giao dịch bảo đảm có định nghĩa “Hàng hóa luân chuyển trong quá trình sản xuất, kinh doanh là động sản dùng để trao đổi, mua bán, cho thuê trong phạm vi hoạt động sản xuất, kinh doanh của bên bảo đảm”.

Trong ngữ cảnh của khoản 4 Điều 321 BLDS, bên thế chấp, theo giả thiết, là một thương nhân và tài sản thế chấp là hàng hoá

mà người này mua và bán trong khuôn khổ hoạt động kinh doanh.

Hàng hoá phải được bán trong quá trình chu chuyển đồng vốn. Bởi vậy, theo quy định của BLDS, bên thế chấp hàng hoá luân chuyển được quyền bán, thay thế, trao đổi hàng hoá luân chuyển trong quá trình sản xuất, kinh doanh. Trong trường hợp hàng hoá được luân chuyển, thì quyền nhận thế chấp được chuyển đối tượng từ tài sản bị thay thế sang tài sản thay thế (cùng điều luật): nếu hàng hoá được đem bán, thì số tiền bán thu được là tài sản thế chấp thay thế; nếu tài sản được trao đổi, thì tài sản được trao đổi là tài sản thế chấp thay thế;...

BLDS không quy định việc đăng ký thế chấp đối với hàng hoá luân chuyển. Bên nhận thế chấp, nếu muốn, có thể đăng ký việc thế chấp tại cơ quan đăng ký giao dịch bảo đảm, để có quyền ưu tiên xử lý tài sản trong trường hợp cần thiết.

Thế chấp kho hàng. Thông thường, kho hàng được hiểu là nơi chứa hàng chờ được phân phối (bán hoặc chuyển giao). Một cách hợp lý, thế chấp kho hàng không chỉ có đối tượng là nhà kho mà còn cả hàng hoá để trong kho. Điều đó có nghĩa là kho hàng đem thế chấp là kho hàng của doanh nghiệp thế chấp và là một phần tài sản có của doanh nghiệp.

Về mặt lý thuyết, hàng hoá luân chuyển là khái niệm rộng hơn kho hàng. Rõ hơn, hàng hoá luân chuyển là toàn bộ hàng hoá thuộc sở hữu của doanh nghiệp, bao gồm hàng để trong kho và hàng bày bán. Tuy nhiên, trên thực tế, việc thế chấp thường chỉ được thực hiện đối với hàng hoá để trong kho. Bởi vậy, khái niệm hàng hoá luân chuyển và khái niệm kho hàng, ở góc độ giao dịch bảo đảm, thường được coi là hai khái niệm đồng nhất.

10 Điều 3. Giải thích từ ngữ

“....

2. Hàng hóa bao gồm:

- a) Tất cả các loại động sản, kể cả động sản hình thành trong tương lai;
- b) Những vật gắn liền với đất đai”.

2.3.4 Trường hợp tài sản được bảo hiểm

Thay thế chấp bằng ký quỹ. Theo quy định của khoản 4 Điều 318 BLDS, trường hợp tài sản thế chấp được bảo hiểm, thì bên nhận thế chấp phải thông báo cho tổ chức bảo hiểm biết về việc tài sản đang được dùng để thế chấp. Tổ chức bảo hiểm chỉ trả tiền bảo hiểm trực tiếp cho bên nhận thế chấp khi xảy ra sự kiện bảo hiểm.

Quy định nêu trên có thể hiểu rằng, một khi xảy ra sự kiện bảo hiểm, thì số tiền bảo hiểm do tổ chức bảo hiểm chi trả sẽ trở thành tài sản bảo đảm thay thế. Giả sử sự kiện bảo hiểm xảy ra trong khi nợ được bảo đảm chưa đến hạn đòi và tổ chức bảo hiểm chi trả tiền bảo hiểm cho bên nhận thế chấp. Khi đó, có thể nhận thấy mối quan hệ được chuyển hoá từ thế chấp sang ký quỹ theo Điều 330 BLDS: bên nhận thế chấp giữ số tiền bảo hiểm; nếu nợ được bảo đảm không được trả đủ, thì bên nhận thế chấp có quyền trừ nợ vào số tiền bảo hiểm. Và lại, luật không đòi hỏi bên nhận thế chấp phải thông báo trước khi xảy ra sự kiện bảo hiểm: có trường hợp khi xảy ra sự kiện bảo hiểm, bên nhận thế chấp mới biết tài sản thế chấp được bảo hiểm; nếu tổ chức bảo hiểm chưa trả tiền bảo hiểm cho bên thế chấp, thì bên nhận thế chấp có quyền yêu cầu giao số tiền đó cho mình.

Trường hợp bên nhận thế chấp không thông báo cho tổ chức bảo hiểm biết về việc tài sản bảo hiểm đang được dùng để thế chấp, thì tổ chức bảo hiểm chi trả tiền bảo hiểm theo hợp đồng bảo hiểm (nghĩa là cho bên thế chấp) và bên thế chấp có nghĩa vụ thanh toán cho bên nhận thế chấp (khoản 4 Điều 321). Với quy định này có thể thừa nhận rằng, trong trường hợp bên nhận thế chấp không thông báo cho tổ chức bảo hiểm về việc tài sản thế chấp được bảo hiểm, thì khi sự kiện bảo hiểm xảy ra, bên nhận thế chấp trở thành chủ nợ không có bảo đảm.

2.3.5 Trường hợp tài sản được chuyển nhượng

Luật không rõ ràng. Khoản 5 Điều 321 BLDS quy định, tài sản thế chấp chỉ có thể được chuyển nhượng với sự đồng ý của

bên nhận thế chấp, trừ trường hợp tài sản thế chấp là hàng hoá luân chuyển hoặc luật có quy định khác. Tuy nhiên, trong trường hợp bên thế chấp tự ý chuyển nhượng tài sản thế chấp mà không hỏi ý kiến của bên thế chấp, thì luật lại không chỉ rõ hậu quả của giao dịch. Khó có thể thừa nhận rằng bên nhận thế chấp có quyền yêu cầu tuyên bố giao dịch vô hiệu do vi phạm điều cấm của luật, bởi luật không cấm bên thế chấp chuyển nhượng tài sản thế chấp: luật chỉ đòi hỏi bên thế chấp phải hỏi bên nhận thế chấp và được sự đồng ý của bên nhận thế chấp về việc chuyển nhượng, nhưng bên thế chấp trong trường hợp này không tuân thủ điều kiện ấy.

Điều 301 BLDS quy định, người đang giữ tài sản bảo đảm có nghĩa vụ giao tài sản bảo đảm cho bên nhận bảo đảm để xử lý khi thuộc một trong các trường hợp quy định tại Điều 299 BLDS. Điều 299 ghi nhận các trường hợp nghĩa vụ được bảo đảm không được thực hiện đúng dẫn đến sự cần thiết xử lý tài sản bảo đảm. Cần nhấn mạnh rằng, trong ngữ cảnh của Điều 301, người đang giữ tài sản bảo đảm có thể là bất kỳ người nào, kể cả chủ sở hữu tài sản. Áp dụng quy định này trong trường hợp bên thế chấp bán tài sản thế chấp mà không có sự đồng ý của bên nhận thế chấp, thì bên nhận thế chấp vẫn có quyền yêu cầu bên mua tài sản giao tài sản thế chấp cho mình để xử lý. Điều này đặc biệt hợp lý trong trường hợp tài sản thuộc loại phải đăng ký, bởi việc thế chấp tài sản được đăng ký và người nhận chuyển nhượng cũng phải đăng ký việc chuyển nhượng, do đó, buộc phải biết tài sản đang được thế chấp: một khi chấp nhận mua tài sản trong tình trạng được thế chấp, người mua phải chấp nhận tất cả các rủi ro gắn liền với tình trạng này.

2.3.6 Thế chấp tài sản trí tuệ, giấy tờ có giá, tài khoản tiền gửi, tài khoản ngân hàng

Thế chấp tài sản trí tuệ. Tài sản trí tuệ là tài sản vô hình, nghĩa là không thể được chiếm hữu. Bởi vậy, tài sản trí tuệ chỉ có thể được dùng để bảo đảm nghĩa vụ bằng

cách thế chấp. Việc thế chấp tài sản trí tuệ không được điều chỉnh bằng các quy định riêng như các trường hợp thế chấp nhà ở hay QSDĐ; vấn đề hoàn thiện chế độ pháp lý về thế chấp tài sản trí tuệ đã được đặt ra từ nhiều năm nay, nhưng vẫn chưa được giải quyết rốt ráo. Trong khung cảnh luật hiện hành, việc thế chấp tài sản trí tuệ được xác lập, thực hiện theo luật chung, đặc biệt là theo hợp đồng. Việc đăng ký giao dịch bảo đảm đối với trường hợp thế chấp tài sản trí tuệ là không bắt buộc. Trong điều kiện việc nhận bảo đảm bằng tài sản trí tuệ còn chịu nhiều rủi ro, thực tiễn hầu như không ghi nhận giao dịch bảo đảm loại này¹¹.

Thế chấp tài khoản tiền gửi, tài khoản chứng khoán, giấy tờ có giá. Tài khoản tiền gửi và tài khoản chứng khoán cũng có thể được thế chấp và trên thực tế đã có nhu cầu và đang được thế chấp trong trường hợp bên cho vay đồng thời cũng là tổ chức tín dụng quản lý tài khoản. Tuy nhiên, cho đến nay, khung pháp lý chi phối giao dịch đặc thù này vẫn còn rất lỏng lẻo. Bản thân ngân hàng hoặc công ty chứng khoán nơi mở cũng không biết phải làm gì cho đúng luật, đặc biệt là trong trường hợp nợ được bảo đảm không được trả và cần xử lý tài khoản tiết kiệm, tài khoản chứng khoán trong khuôn khổ bắt buộc thực hiện nghĩa vụ được bảo đảm.

Việc thế chấp giấy tờ có giá được luật cho phép¹² nhưng trên thực tế, chủ nợ nhận bảo đảm thường yêu cầu giấy tờ có giá phải

được cầm cố. Việc cầm cố giấy tờ có giá cũng được Ngân hàng Nhà nước coi là biện pháp bảo đảm tiền vay mà Ngân hàng Nhà nước cấp cho các ngân hàng thương mại¹³. Ngân hàng Nhà nước không chấp nhận bảo đảm các khoản vay này bằng biện pháp thế chấp giấy tờ có giá. Bởi vậy, sự e ngại được ghi nhận trong thực tiễn đối với loại bảo đảm nghĩa vụ này không phải là điều đáng ngạc nhiên.

3. Thay lời kết

Vấn đề định dạng tài sản bảo đảm đặc biệt quan trọng trong trường hợp tài sản được thế chấp. Lý do chính là trong thời gian thế chấp, tài sản thường vẫn được để lại cho người thế chấp sử dụng. Vấn đề càng trở nên phức tạp trong trường hợp tài sản thế chấp là tài sản vô hình, bởi việc định dạng và thẩm định giá trị của các tài sản loại này đòi hỏi sử dụng những công cụ đặc thù.

Trên nguyên tắc, tất cả các tài sản được tự do lưu thông phải có thể được dùng làm vật bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Mặt khác, phải làm thế nào để chủ nợ có bảo đảm có điều kiện tốt nhất kiểm soát sự hiện hữu và biến động giá trị của tài sản bảo đảm để có được sự an tâm, cũng như có điều kiện chuẩn bị các phương án phòng ngừa và ứng phó rủi ro trong các trường hợp cần thiết. Yêu cầu này đặc biệt bức bách trong trường hợp tài sản được thế chấp, do bên chủ nợ nhận bảo đảm không nắm giữ tài sản trong thời gian thế chấp.

11 <http://khoaahocphattrien20160922103211500p1c785.vn/chinh-sach/the-chap-quyen-so-huu-tri-tue-can-dieu-kien-chin-muoi.htm> (truy cập ngày 25/9/2018); http://210.245.26.173:6788/tapchi/Uploads/Tran_20Thi_20Thu_20Huong_20T7.2016.pdf (truy cập ngày 25/9/2018). <http://svn.vn/phap-luat-cuoc-song/kinh-te/xu-ly-tai-san-the-chap-la-quyen-so-huu-tri-tue-trong-vay-von-ngan-hang-22749.html>; <http://thoibaonganhang.vn/dao-tao-ve-cho-vay-the-chap-la-tai-san-tri-tue-33859.html>

12 Theo Nghị định số 11/2012/NĐ-CP ngày 22/02/2012 Điều 1 khoản 1, Giấy tờ có giá bao gồm cổ phiếu, trái phiếu, hối phiếu, kỳ phiếu, tín phiếu, chứng chỉ tiền gửi, séc, chứng chỉ quỹ, giấy tờ có giá khác theo quy định của pháp luật, trị giá được thành tiền và được phép giao dịch.

13 https://www.sbv.gov.vn/webcenter/portal/vi/menu/trangchu/ttsk/ttsk_chitiet?leftWidth=20%25&showFooter=false&showHeader=false&dDocName=CNTHWEBAP01162394690&rightWidth=0%25¢erWidth=80%25&_af-Loop=2050162317485406#%40%3F_af-Loop%3D2050162317485406%26centerWidth%3D80%2525%26dDocName%3DCNTHWEBAP01162394690%26leftWidth%3D20%2525%26rightWidth%3D0%2525%26showFooter%3Dfalse%26showHeader%3Dfalse%26_adf.ctrl-state%3D1fvf3o7c2_9 (truy cập ngày 01/10/2018). Cơ sở pháp lý của việc cho vay của Ngân hàng Nhà nước đối với các tổ chức tín dụng, bảo đảm bằng cầm cố giấy tờ có giá là Thông tư số 11/2011/TT-NH ngày 18/8/2011 của Ngân hàng Nhà nước.

Theo kinh nghiệm của các nước¹⁴, để thoả mãn yêu cầu của chủ nợ nhận bảo đảm, có thể chọn một trong hai cách: xây dựng và hoàn thiện hệ thống đăng ký giao dịch bảo đảm hoặc xây dựng và hoàn thiện hệ thống bảo hiểm giao dịch. Yêu cầu đặt ra khi xây dựng hệ thống đăng ký là phải làm thế nào để sổ đăng ký có thể được hình dung như một bức tranh hoàn chỉnh mô tả tình trạng pháp lý của tài sản, đặc biệt là tình hình chịu sự tác động của các vật quyền có thể ảnh hưởng đến giá trị kinh tế của tài sản. Nói rõ hơn, phải thừa nhận việc đăng ký có hiệu lực pháp lý nhất định đối với người thứ ba - hiệu lực đối kháng hoặc mạnh hơn nữa, hiệu lực xác lập quyền.

Kinh nghiệm cho thấy, việc đăng ký có thể được thực hiện một cách có hiệu quả để phục vụ cho việc quản lý, theo dõi các bất động sản. Đối với các động sản, việc đăng ký có thể được thực hiện trong một số trường hợp mà tài sản ổn định về hình dáng và chất lượng trong những điều kiện sử dụng bình thường. Ví dụ, đăng ký tàu biển, máy bay, đăng ký quyền sở hữu công nghiệp,... Các tài sản đặc biệt như tài khoản ngân hàng, tài khoản chứng khoán có thể được đăng ký ngay tại ngân hàng hoặc công ty chứng khoán nơi mở tài khoản: luật có thể quy định trách nhiệm của tổ chức quản lý tài khoản trong việc cung cấp thông tin về tình trạng pháp lý của tài khoản theo yêu cầu của người có quan tâm theo cùng một mô thức như trách nhiệm công bố thông tin về tài sản của cơ quan đăng ký tài sản.

Trong không ít trường hợp, chỉ riêng việc đăng ký không đủ để giúp chủ nợ có bảo đảm có được hình ảnh vật lý và pháp lý của tài sản. Chẳng hạn, đăng ký đối với việc

thế chấp hàng hoá luân chuyển là việc làm không hiệu quả về phương diện kiểm soát sự luân chuyển của hàng hoá như là giá trị của tài sản bảo đảm¹⁵. Thậm chí, như đã đề cập ở trên, cả việc thừa nhận tính chất vật quyền cho quyền của chủ nợ nhận thế chấp đối với hàng hoá luân chuyển cũng không giúp được gì cho chủ nợ trong việc kiểm soát sự biến động về hình thức biểu hiện cũng như cập nhật về tình trạng pháp lý của tài sản. Đối với các loại tài sản này, cách tốt nhất là tạo điều kiện để người nhận thế chấp có thể trực tiếp theo dõi, giám sát quá trình chu chuyển hàng hoá, từ hàng trở thành tiền, rồi lại từ tiền trở thành hàng hoá. Trong điều kiện việc lập sổ sách kế toán theo dõi sự ra vào của hàng hoá tại các doanh nghiệp trong xã hội ngày nay được tin học hoá một cách phổ biến, thì việc kiểm soát hàng hoá luân chuyển dựa vào công nghệ thông tin là hoàn toàn khả thi.

Triển khai hệ thống bảo hiểm giao dịch¹⁶: Có những nơi, vì nhiều lý do, hệ thống đăng ký không được tổ chức tốt và không thể được sử dụng một cách có hiệu quả như là phương tiện công bố và công khai tình trạng pháp lý của tài sản. Ở góc nhìn Việt Nam, mô hình bảo hiểm giao dịch có thể được khai thác như là công cụ hỗ trợ cho giao dịch bảo đảm trong các trường hợp không thể kiểm soát, quản lý tài sản thế chấp bằng biện pháp đăng ký và cũng không thể có cách nào khác để theo dõi sự di chuyển của tài sản ■

14 Tham khảo luật của Pháp: Ph. Malaurie và L. Aynès, Droit civil – Les biens. La publicité foncière, Cujas, Paris, 1998, tr. 382 và kế tiếp; luật của Mỹ: D.A. Thomas, Title and Marketable Title, in Thompson on Real Property, Second Thomas Edition, LexisNexis, New York, 2002.

15 Trong luật của Pháp, đăng ký thế chấp hàng hoá luân chuyển được thực hiện tại Phòng lục sự Toà án Thương mại nơi đặt trụ sở kinh doanh: xem, Ph. Simler và Ph. Delebecque, Droit civil - Le suretés, la publicité foncière, Dalloz, 2009, tr. 326. Tuy nhiên, việc đăng ký này chỉ có tác dụng thừa nhận quyền ưu tiên của chủ nợ trong trường hợp tài sản được xử lý, chứ không giúp gì được cho chủ nợ trong việc theo dõi tình hình biến động của tài sản.

16 Tham khảo D.A. Thomas, Title and Marketable Title, in Thompson on Real Property, Second Thomas Edition, LexisNexis, New York, 2002.

KHÁI NIỆM HỢP ĐỒNG VÀ NHỮNG NGUYÊN TẮC CƠ BẢN CỦA HỆ THỐNG PHÁP LUẬT HỢP ĐỒNG VIỆT NAM¹

Trần Kiên*
Nguyễn Khắc Thu**

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

** Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội

Thông tin bài viết:

Từ khóa: hợp đồng, luật hợp đồng, nguyên tắc của luật hợp đồng, Bộ luật Dân sự, tư duy luật pháp.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 22/10/2018

Biên tập : 04/11/2018

Duyệt bài : 07/11/2018

Article Infomation:

Keywords: contract, contract law, principles of contract law, Civil Code, legal techniques

Article History:

Received : 22 Oct. 2018

Edited : 04 Nov. 2018

Approved : 07 Nov. 2018

Tóm tắt:

Hợp đồng và luật hợp đồng là chế định cốt lõi của luật tư nói riêng và của toàn bộ hệ thống pháp luật nói chung. Do đó, việc xây dựng một cách khoa học khái niệm hợp đồng cũng như các nguyên tắc cơ bản điều chỉnh nó có ý nghĩa và vai trò quan trọng. Bài viết này phân tích ba yếu tố cấu thành nên một hợp đồng trong khoa học pháp lý Việt Nam từ thời Pháp thuộc đến nay và phân tích ba nguyên tắc cơ bản trong pháp luật hợp đồng Việt Nam đương đại qua đó tìm hiểu sự thay đổi về tư duy lập pháp cũng như một số ưu điểm và hạn chế của chúng.

Abstract

Contract and the law of contracts are the central institution of private law in particular and the entire legal system in general. As such, it is necessary to establish a well-researched notion of contract and contract law. This article aims to do so by providing analysis of three elements of a contract in legal study in Vietnam from the French colonial era to date and analysis of three basic principles of the law of contemporary Vietnamese contracts through which to understand the change in legislative thoughts as well as their pros and cons..

1. Khái niệm hợp đồng

1.1 Thành tố của hợp đồng

Theo Vũ Văn Mẫu, khế ước được tạo

ra bởi sự ưng thuận giữa hai hoặc nhiều bên kết ước. Hai điều kiện cần để tạo ra hợp đồng là người kết ước và chủ đích của sự

1 Bài viết là kết quả của Đề tài “Pháp luật về hợp đồng trong bối cảnh hội nhập quốc tế ở Việt Nam hiện nay” do TS. Hồ Ngọc Hiến, Phó trưởng Khoa Luật, Học viện Khoa Học Xã hội, Viện Hàn Lâm Khoa học Xã hội Việt Nam làm chủ nhiệm Đề tài.

ưng thuận². Tìm hiểu khái niệm hợp đồng thông qua câu hỏi hợp đồng được tạo ra như thế nào phụ thuộc rất nhiều vào chế định giao kết hợp đồng của mỗi nền pháp luật. Trong bài viết này, các phân tích về thành tố của hợp đồng chủ yếu đứng trên quan điểm của truyền thống pháp luật La Mã - Đức (Civil Law) mà Việt Nam bị ảnh hưởng trong thời kỳ Pháp thuộc và kéo dài cho đến tận ngày nay. Pháp luật hợp đồng Việt Nam do đó không có điều kiện bắt buộc về sự đối ứng (consideration)³ khi hình thành hợp đồng như trong pháp luật hợp đồng của Common Law và sự đối ứng (consideration) cũng sẽ không được xem xét ở đây.

Chủ thể giao kết hợp đồng

Người kết ước, hay chủ thể giao kết hợp đồng là các bên tham gia vào một quan hệ hợp đồng, có thể là cá nhân hoặc pháp nhân. Trong một quan hệ hợp đồng, xuất hiện những cặp chủ thể tương ứng là người có quyền (trái chủ) và người có nghĩa vụ (thụ trái). Một trái chủ có thể có nhiều thụ trái và ngược lại, một thụ trái có thể có nhiều trái chủ. Lưu ý rằng, có những trường hợp “các bên” trong quan hệ hợp đồng mang tính kỹ thuật pháp lý hơn là thực chất, khi mà một người giao kết hợp đồng với chính bản thân mình. Người đó thực hành hai (hoặc nhiều hơn) tư cách pháp lý khác nhau và giao kết hợp đồng giữa các tư cách đó⁴. Ví dụ như: một người được ủy quyền bởi cả hai bên trong quan hệ hợp đồng để giao kết hợp đồng; một người được ủy quyền giao kết một hợp đồng và giao kết hợp đồng đó với chính mình⁵.

Sự thỏa thuận ý chí

Chủ đích của sự ưng thuận hay mục đích của thỏa thuận có nghĩa là các bên phải thỏa thuận với nhau về một việc xác định nào đó, ý chí của mỗi bên phải cùng hướng về một mục đích, hay còn gọi là sự thống nhất ý chí, nhưng không nhất thiết phải thỏa thuận về tất cả những vấn đề xoay quanh hay phát sinh từ mối quan hệ của họ. Những vấn đề mà các bên chưa thỏa thuận, vì nhiều lý do mà chủ yếu là do họ không thể lường trước những trường hợp phát sinh bất đồng gặp phải trong tương lai, sẽ được dự liệu trong các quy định của pháp luật về chế định hợp đồng. Ý chí của các bên cần đủ rõ ràng (không có nghĩa là không chấp nhận sự ngầm định) và ăn nhập với nhau. Chẳng hạn nếu một bên muốn có xe đạp để đi, họ có thể mua hoặc thuê chiếc xe. Một bên muốn kiếm được lợi từ chiếc xe đạp không sử dụng nữa, họ có thể cho thuê hoặc bán chiếc xe. Dù ý chí của mỗi người là mua hoặc thuê/bán hoặc cho thuê, chúng đều có sự tương đồng về việc bên A phải trả tiền cho bên B, và bên B phải đưa xe cho bên A đi. Nhưng hai cặp ý chí mua - cho thuê và thuê - bán không thống nhất với nhau, khi đó các bên không có sự thỏa thuận.

Hệ quả pháp lý

Có các bên kết ước và có sự thỏa thuận giữa các bên về một việc xác định nào đó chưa đủ để tạo ra một hợp đồng. Sự thỏa thuận phải tạo lập một hệ quả pháp lý mới có khả năng tạo thành hợp đồng. Hệ quả pháp lý được hiểu là sự tạo lập, thay đổi hay chấm dứt một quyền lợi (và nghĩa vụ dân

2 Vũ Văn Mẫu, Việt Nam Dân luật lược khảo - Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước; Bộ Quốc gia Giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 56-57.

3 “Consideration” có bản chất pháp lý là vật/thứ/việc (things) được trao đi đổi lại giữa các bên trong giao kết hợp đồng, cam kết và hứa hẹn trao đổi các vật/thứ/việc (things) trong quá trình thực hiện hợp đồng trên thực tế. Trong đa số trường hợp, nếu không có “consideration” thì hợp đồng không có giá trị ràng buộc các bên trong giao kết hợp đồng. Xem thêm: Phạm Quang Huy, “Consideration” theo pháp luật hợp đồng Hoa Kỳ, Tạp chí Luật học số 11(198) tháng 11/2016.

4 Ngô Huy Cương, Giáo trình Luật hợp đồng (phần chung) (Hà Nội: Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, 2013), 220.

5 Vũ Văn Mẫu, Việt Nam Dân Luật lược Khảo - Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước, tr. 57.

sự tương ứng) hoặc một quan hệ pháp luật⁶. Một thỏa thuận để được coi là hợp đồng, cần là một trong những nguồn gốc phát sinh của nghĩa vụ dân sự (nghĩa vụ pháp lý phát sinh từ ý chí của chủ thể) cả về mặt chủ quan và khách quan.

Về mặt chủ quan, một sự thỏa thuận hay một lời cam kết đôi khi chỉ nhắm đến những nghĩa vụ mang tính luân lý chứ không phải là nghĩa vụ pháp lý. Dựa trên hiệu lực của nghĩa vụ⁷ hay chủ đích của nghĩa vụ⁸, ta cần phân biệt nghĩa vụ pháp lý/có tính ràng buộc bởi pháp luật, với các loại nghĩa vụ phi pháp lý/luân lý/không có tính ràng buộc bởi pháp luật như nghĩa vụ tự nhiên, nghĩa vụ đạo đức, nghĩa vụ tôn giáo.

Nếu người tham gia vào thỏa thuận không thực sự muốn bị ràng buộc bởi pháp luật mà họ chỉ thiết lập nghĩa vụ mang tính luân lý, thì pháp luật không thể cưỡng chế họ thực hiện nghĩa vụ đó được, mặc dù họ có thể bị lên án về mặt đạo đức. Đó có thể là các thỏa thuận mang tính xã giao hay vui đùa giữa mọi người; lời hứa (và chấp nhận lời hứa) về sự giúp đỡ thiện tâm; hay sự cam đoan bằng danh dự⁹.

Bộ Dân luật Bắc Kỳ năm 1931, Bộ Dân luật Trung Kỳ năm 1936, Bộ Dân luật Việt Nam Cộng hòa năm 1972 đều đề cập đến hai đặc điểm của nghĩa vụ tự nhiên: không thể cưỡng chế thi hành bởi pháp luật và trái chủ không có tố quyền¹⁰. Tuy nhiên nếu người thụ trái đã tự nguyện thi hành nghĩa vụ tự

nhiên, thì họ không thể đòi ý hoặc yêu cầu trái chủ phải hoàn lại¹¹. Nói cách khác, pháp luật chỉ cung cấp hiệu lực ràng buộc cho sự tự nguyện thực hiện nghĩa vụ tự nhiên chứ không cung cấp hiệu lực ràng buộc cho sự thể hiện ý chí muốn tạo lập nghĩa vụ tự nhiên. Bởi vậy nghĩa vụ tự nhiên có thể hiểu là những việc-phải-làm mang tính luân lý và đạo đức nhiều hơn là pháp lý, nhưng nằm ở giữa hai thứ đó¹².

Nghĩa vụ đạo đức đơn thuần là sự ràng buộc trong lương tâm. Một người có thể đưa ra lời hứa về sự giúp đỡ thiện tâm với một người nào đó mà không nhận được sự đối ứng nào. Nghĩa vụ tôn giáo có thể hiểu là những nghĩa vụ dựa trên một giáo lý tôn giáo nào đó, mà một người gia nhập cần phải thực hiện. Nếu một người không thực hiện hành vi giúp đỡ thiện tâm hoặc hành vi bị ràng buộc bởi giáo lý, thì luật pháp không thể cưỡng chế anh ta thực hiện điều đó. Trong pháp luật Việt Nam Cộng hòa cũ, nếu có tai nạn trong những sự giúp đỡ thiện tâm, tòa án cũng không áp dụng trách nhiệm khế ước đối với người giúp đỡ¹³. Cả hai Bộ dân luật Bắc Kỳ và Trung Kỳ cũ đều quy định “luật pháp không can thiệp vào sự thi hành các nghĩa vụ về luân lý cùng về tôn giáo”¹⁴.

Nghĩa vụ tự nhiên có thể biến đổi thành nghĩa vụ dân sự bởi người thụ trái nếu sự cam kết của người thụ trái đáp ứng các yêu cầu nhất định như nguyên nhân hoặc hình thức hoặc có một nghĩa vụ đối ứng¹⁵. Điều

6 Ngô Huy Cương, Giáo trình Luật hợp đồng (phần chung), tr. 12.

7 Ngô Huy Cương, Giáo trình Luật hợp đồng (phần chung), tr. 70.

8 Vũ Văn Mẫu, Việt Nam Dân Luật lược Khảo - Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước, tr. 32.

9 Vũ Văn Mẫu, Việt Nam Dân Luật lược Khảo - Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước, tr. 59-60.

10 Ngô Huy Cương, Giáo trình Luật hợp đồng (phần chung), tr. 13-15.

11 Vũ Văn Mẫu và Lê Đình Chân, Danh từ và tài liệu – Dân luật và Hiến luật (Sài Gòn: Tủ sách Đại học Sài Gòn, 1968), tr. 132.

12 Ngô Huy Cương, Giáo trình Luật hợp đồng (phần chung), tr. 71.

13 Vũ Văn Mẫu, Việt Nam Dân Luật lược Khảo - Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước, 60.

14 Điều 462 Bộ Dân luật Bắc Kỳ năm 1931, Điều 678 Bộ Dân luật Trung Kỳ năm 1936, theo Ngô Huy Cương, Giáo trình Luật hợp đồng (phần chung), tr. 14.

15 Ngô Huy Cương, tr. 72.

này có thể áp dụng cho các loại nghĩa vụ phi pháp lý khác, rằng nếu chúng đáp ứng được những yêu cầu nhất định thì người ta có thể suy đoán về ý chí của các bên thỏa thuận rằng họ muốn chịu sự ràng buộc một cách nghiêm túc bởi pháp luật, và do đó chúng trở thành hợp đồng. Như vậy, một thỏa thuận giữa trái chủ và thụ trái không nhằm phát sinh một hệ quả pháp lý, mà chỉ nhằm phát sinh một hệ quả luân lý nói chung hay nghĩa vụ tự nhiên nói riêng không thể coi là hợp đồng được.

Về mặt khách quan, sự thỏa thuận cần tạo ra được hệ quả pháp lý thì mới có thể coi là hợp đồng. Pháp luật luôn đặt ra một giới hạn tự do thỏa thuận nhất định, mà vượt qua lần ranh đó thì sự thống nhất ý chí của các bên dù có muốn tạo lập một ràng buộc pháp lý cũng không được công nhận. Tuy nhiên ngay cả trong giới hạn của sự tự do thỏa thuận, liệu một sự thỏa thuận có chủ đích tạo ra sự ràng buộc pháp lý có thể coi là hợp đồng hay không, nếu sự ràng buộc ấy lại không đến từ chính thỏa thuận mà lại đến từ nguyên nhân khác.

Vũ Văn Mẫu đưa ra trường hợp sự thỏa thuận giữa các bên chỉ là sự ưng thuận chấp nhận một quy chế pháp lý. Các bên trong thỏa thuận thống nhất ý chí với nhau thừa nhận những quyền và nghĩa vụ mà pháp luật thực định đã trao/áp đặt lên họ. Ở đây ý chí cá nhân không phải là nguồn gốc chính yếu làm phát sinh nghĩa vụ, mà quy định của pháp luật mới là nguồn gốc phát sinh nghĩa vụ trong quan hệ giữa các bên¹⁶. Nghĩa vụ pháp lý nhưng không phát sinh từ ý chí của các bên được gọi là nghĩa vụ pháp định, để phân biệt với nghĩa vụ dân sự¹⁷.

Chúng tôi cho rằng, trong trường hợp này cần xem xét thỏa thuận đó bị hoãn hiệu lực chứ không phải vô hiệu bởi nó thỏa mãn đầy đủ những yếu tố của một hợp đồng, ngoại trừ việc hệ quả khách quan mà nó nhắm tới đã được thiết lập bởi quy định của pháp luật. Một khi quy định luật thực định đó hết hiệu lực, khiến cho điều kiện về hệ quả ràng buộc khách quan của sự thỏa thuận được thỏa mãn mà sự thỏa thuận đó vẫn chưa hết hạn để phát sinh hiệu lực, thì lúc ấy thỏa thuận sẽ trở thành hợp đồng.

1.2 Khái niệm hợp đồng trong pháp luật Việt Nam¹⁸

Điều 644(2) Bộ Dân luật Bắc Kỳ năm 1931 quy định: “Khế ước là một hiệp ước của một người hay nhiều người cam đoan với một hay nhiều người khác để tặng cho, để làm hay không làm cái gì”.

Điều 680(2) Dân luật Trung Kỳ năm 1936 quy định: “Khế ước là một hiệp ước của một người hay nhiều người cam đoan với một hay nhiều người khác để chuyển giao, để làm hay không làm cái gì”.

Điều 653 Bộ Dân luật Việt Nam Cộng hòa năm 1972 quy định: “Khế ước hay hiệp ước là một hành vi pháp lý do sự thỏa thuận giữa hai người hay nhiều người để tạo lập, di chuyển, biến cải hay tiêu trừ một quyền lợi, đối nhân hay đối vật”.

Điều 394 Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 1995 và Điều 388 BLDS năm 2005 của Việt Nam ngày nay đều quy định: “Hợp đồng dân sự là sự thỏa thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự”.

16 Vũ Văn Mẫu, Việt Nam Dân Luật lược Khảo - Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước, tr. 59.

17 Vũ Văn Mẫu, Việt Nam Dân Luật lược Khảo - Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước, tr. 25.

18 Định nghĩa về “hợp đồng kinh tế” trong Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế năm 1989 không được nhắc đến vì đây là một định nghĩa không bao quát tất cả các loại hợp đồng.

Điều 385 BLDS năm 2015 quy định: “Hợp đồng là sự thỏa thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự”.

Khái niệm về hợp đồng của hai bộ Dân luật Bắc Kỳ và Trung Kỳ thiếu sự bao quát khi đề cập ngay đến một sự phân loại nghĩa vụ dựa trên nội dung của nghĩa vụ, là chuyển giao quyền, làm hoặc không làm một việc gì đó. Riêng Bộ Dân luật Bắc Kỳ sử dụng thuật ngữ “tặng cho” dường như loại trừ các trường hợp chuyển giao quyền có đền bù, có nội hàm hẹp hơn nhiều so với thuật ngữ “chuyển giao” trong Bộ Dân luật Trung Kỳ. Cách phân loại này được đề cập tới nhiều trong việc thực hiện nghĩa vụ, nhưng cũng chỉ là một cách trong nhiều cách phân loại nghĩa vụ. Nội hàm của hai khái niệm này không bao quát được yếu tố tạo lập hậu quả pháp lý. Khái niệm hợp đồng của hai bộ luật này chịu ảnh hưởng sâu sắc bởi BLDS Pháp năm 1804, do những chuyên gia pháp lý thời đó là người Pháp hoặc tiếp thu nền khoa học pháp lý Pháp¹⁹.

Bộ Dân luật năm 1972 của Việt Nam Cộng hòa nhắc đến sự thỏa thuận với nghĩa tương đồng với khế ước/hợp đồng. Tuy nhiên điều này không gây ra sự nhầm lẫn nào vì việc tạo lập hậu quả pháp lý được nhắc đến ngay sau đó.

BLDS năm 1995 và Bộ luật Dân sự năm 2005 lại không sử dụng thuật ngữ “hợp đồng” như tất cả các nghiên cứu cơ bản về hợp đồng mà có một bộ ngữ “dân sự” ở sau. Bộ ngữ “dân sự” này đã tạo ra bất cập trong

thực tiễn. Về mặt cấu trúc của hệ thống pháp luật, ở những nước có sự phân biệt ngành luật công và luật tư thì BLDS thường được coi là bộ luật nền tảng của luật tư. Do vậy khái niệm hợp đồng và chế định hợp đồng trong BLDS có tính bao quát cho toàn bộ các quan hệ tư nơi mà các chủ thể trong quan hệ ở vị thế bình đẳng với nhau và giao kết hợp đồng dựa trên tự do ý chí. Việc thêm bộ ngữ “dân sự” ở đằng sau có thể khiến cho những người thực hành pháp luật hiểu nhầm rằng chế định về hợp đồng dân sự trong BLDS năm 1995 và năm 2005 chỉ áp dụng cho các quan hệ dân sự thuần túy (phục vụ mục đích sinh hoạt, tiêu dùng, không làm phát sinh lợi nhuận) mà không áp dụng cho các quan hệ tư khác như thương mại, kinh doanh, lao động²⁰ thể hiện tư duy không chính xác về cấu trúc của hệ thống pháp luật tư và không thích ứng với cơ chế thị trường²¹.

Có lẽ thuật ngữ “hợp đồng dân sự” của BLDS 2005 là sự kế thừa mặc định từ BLDS năm 1995. Ở hoàn cảnh BLDS năm 1995 ra đời, nước ta vừa mới bắt đầu quá trình đổi mới, thoát ra khỏi nền kinh tế kế hoạch được gần 10 năm và trong tư duy của các chuyên gia cũng như nhà quản lý vẫn còn những quan niệm cũ về “kế hoạch hóa”, đặc biệt trong các quan hệ nhằm làm phát sinh lợi nhuận, dẫn đến sự phân biệt hợp đồng kinh tế, thương mại và hợp đồng dân sự thuần túy²². Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế năm 1989 tồn tại song song với BLDS năm 1995 đã tạo nên hai hệ thống pháp luật hợp đồng riêng biệt. Hai hệ thống này có sự trùng

19 Người soạn thảo chủ yếu của Bộ Dân luật Bắc Kỳ là một thẩm phán người Pháp, Chánh nhất tòa Thượng thẩm Morché (Vũ Văn mẫu, Dân Luật Khái Luận (Sài Gòn: Bộ Quốc Gia Giáo dục xuất bản, 1961), tr. 314 - 315).

20 Đỗ Văn Đại, b.t.v, Bình luận khoa học những điểm mới của Bộ luật Dân sự năm 2015 (Hà Nội: Nxb. Hồng Đức, 2016), tr. 367.

21 Nguyễn Như Phát, Một số đề xuất sửa đổi Bộ luật Dân sự năm 2005, Trang thông tin pháp luật dân sự. <https://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2010/03/09/4690/> truy cập 29/07/2018.

22 Bùi Ngọc Cường, Vấn đề hoàn thiện pháp luật hợp đồng kinh tế ở nước ta hiện nay, Tạp chí Khoa học pháp lý số 4/2001. <https://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2008/02/22/3525/> truy cập 29/07/2018.

lập, mâu thuẫn và không thống nhất²³, vì vậy dẫn đến sự sửa đổi về thuật ngữ trong BLDS năm 2015, chỉ còn là “hợp đồng”. Những người soạn thảo BLDS năm 2015 trình bày rằng, sự sửa đổi này nhằm loại bỏ mọi cách hiểu không chính xác cả về mặt khoa học và trong thực tiễn về phạm vi điều chỉnh của chế định hợp đồng trong BLDS, để chế định hợp đồng này là nền tảng của mọi quan hệ hợp đồng trong lĩnh vực tư²⁴.

Ở tất cả các khái niệm hợp đồng của các BLDS nêu trên, với sự sử dụng các từ “đề” và “về” khi nói đến mục đích của hợp đồng trong việc tạo lập hệ quả pháp lý, có thể thấy nhà làm luật nhìn nhận về sự ràng buộc của hợp đồng nghiêng về mặt chủ quan của sự thỏa thuận ý chí hơn là mặt khách quan/kết quả của sự thỏa thuận đó. Người ta quan tâm đến việc các bên có ý chí tạo lập hệ quả pháp lý ràng buộc mình hay không hơn là việc hệ quả pháp lý ràng buộc các bên xuất phát từ sự thỏa thuận hay xuất phát từ quy chế pháp lý được định sẵn bởi pháp luật.

Từ sự phân tích ba thành tố của hợp đồng, khảo sát về khái niệm hợp đồng trong pháp luật thực định ở Việt Nam từ xưa đến nay, có thể thấy, khái niệm hợp đồng trong pháp luật Việt Nam được hoàn thiện dần theo thời gian. Bộ Dân luật Việt Nam Cộng hòa năm 1972 và BLDS năm 2015 hiện nay đều có chung quan điểm về hợp đồng rằng, *hợp đồng là một sự thỏa thuận/sự thống nhất ý chí giữa các chủ thể, nhằm làm phát sinh, thay đổi hoặc chấm dứt quyền và nghĩa vụ dân sự*.

2. Những nguyên tắc cơ bản của hệ thống pháp luật hợp đồng Việt Nam

2.1 Về cấu trúc của những nguyên tắc cơ bản

Trong BLDS năm 2005, chế định hợp đồng có nhiều nguyên tắc chi phối và có sự trùng lặp lẫn nhau: những nguyên tắc cơ bản của Bộ luật (Chương II Phần thứ nhất); nguyên tắc thực hiện nghĩa vụ dân sự (Điều 283); nguyên tắc giao kết hợp đồng (Điều 389) và nguyên tắc thực hiện hợp đồng (Điều 412). Điều này khiến cho việc xác định nguyên tắc nào là nguyên tắc chung xuyên suốt BLDS và nguyên tắc nào là nguyên tắc riêng chỉ ở một vài chế định mới có gặp khó khăn.

BLDS Việt Nam 2015 khắc phục nhược điểm nêu trên, chỉ đưa ra một bộ nguyên tắc chung cho cả Bộ luật, mang tính khái quát hóa cao và giảm đáng kể số lượng nguyên tắc của BLDS. Trong BLDS Việt Nam năm 2015, chế định hợp đồng nằm ở Phần thứ ba về trái quyền với tên gọi “nghĩa vụ và hợp đồng”. Ở phần này không có quy định nào về nguyên tắc cơ bản của hợp đồng nói chung hay việc giao kết, thực hiện hợp đồng nói riêng. Những người soạn thảo Bộ luật đã giải thích rằng, việc bỏ đi các quy định riêng về nguyên tắc giao kết hợp đồng hay nguyên tắc thực hiện hợp đồng không có nghĩa là việc giao kết và thực hiện hợp đồng không tuân thủ nguyên tắc nào, mà nó phải tuân thủ các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự Việt Nam²⁵.

23 Xem thêm: Ngô Ngọc Bửu và Trần Đình Phụng, Cần sửa đổi một số quy định về hợp đồng dân sự cho phù hợp với thể chế của tổ chức thương mại thế giới WTO, Tạp chí Phát triển kinh tế số 9/2004. <https://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2007/11/23/5418/> truy cập 29/07/2018.

Phạm Hữu Nghi, Sửa đổi BLDS năm 2005: vấn đề cải cách hợp đồng, Trang thông tin pháp luật dân sự. <https://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2010/03/09/4691/> truy cập 29/07/2018.

Bài viết Pháp luật về hợp đồng cần được thay đổi theo hướng nào khi BLDS năm 2005 được sửa đổi?, Cổng thông tin điện tử Bộ tư pháp. <http://moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/ngghien-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=1519> truy cập 29/07/2018.

24 Đỗ Văn Đại, Bình luận khoa học những điểm mới của Bộ luật Dân sự năm 2015, tr. 367.

25 Đỗ Văn Đại, Sdd, tr. 367–368, tr. 386.

Từ Điều 3. Các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự trong BLDS năm 2015, có thể rút ra hai nguyên tắc cơ bản của luật tư là nguyên tắc tự do ý chí (khoản 2) và nguyên tắc thiện chí (khoản 3). Trong đó, nguyên tắc tự do ý chí là cơ sở cho hai tiểu nguyên tắc của nó là nguyên tắc hiệu lực ràng buộc của hợp đồng và tự do ý chí có sự giới hạn bởi các trật tự công cộng (khoản 4). Điều 5. Áp dụng tập quán của Bộ luật tuy không được coi là “nguyên tắc cơ bản” của pháp luật dân sự, nhưng ở cấp độ chế định hợp đồng, nó là một quy định chung mang tính khái quát áp dụng cho cả chế định thì vẫn nên được coi là nguyên tắc cơ bản của pháp luật về hợp đồng. Như vậy, pháp luật hợp đồng Việt Nam có ba nguyên tắc cơ bản: nguyên tắc tự do ý chí, nguyên tắc thiện chí và nguyên tắc áp dụng tập quán.

2.2 Nguyên tắc tự do ý chí hay tự do hợp đồng

Nguyên tắc tự do ý chí trong pháp luật hợp đồng được hiểu là các bên được tự do giao kết hợp đồng hay thỏa thuận về việc xác lập quyền và nghĩa vụ dân sự theo ý chí của mình miễn là nó không trái với trật tự công cộng. Nguyên tắc này khi chiếu vào việc thực hiện nghĩa vụ dân sự phát sinh từ hợp đồng lại mang một sắc thái khác, làm phát sinh một tiểu nguyên tắc là nguyên tắc hiệu lực ràng buộc của hợp đồng²⁶.

Theo Vũ Văn Mẫu, nguyên tắc tự do ý chí trong luật hợp đồng là một sản phẩm lịch sử của các lý thuyết về tự do thế kỷ 18, ảnh hưởng mạnh mẽ đến các BLDS của Pháp và Đức²⁷, gián tiếp ảnh hưởng tới pháp luật hợp đồng của Việt Nam. Lý thuyết này ủng hộ tự do ý chí vô giới hạn vì tin rằng sự tự do thương lượng giữa các cá nhân với nhau để

ràng buộc chính mình sẽ mang lại công bằng và sự tự do cạnh tranh sẽ mang lại sự thịnh vượng về kinh tế²⁸, đã dẫn tới hệ quả là coi hợp đồng và hành vi pháp lý đơn phương là một nguồn gốc quan trọng của nghĩa vụ (đề cao nghĩa vụ dân sự thay vì nghĩa vụ pháp định) vì nó đến từ chính ý chí của chủ thể bị ràng buộc. Đó cũng là hai căn cứ phát sinh nghĩa vụ đầu tiên trong BLDS Việt Nam năm 2015 tại Điều 275.

Một người có quyền tự do giao kết hợp đồng, nghĩa là tự do quyết định mình sẽ bị ràng buộc như thế nào. Và một khi đã tuyên bố ý chí về sự tự ràng buộc thì người đó không còn được tự do thực hiện nghĩa vụ nữa, mà sẽ bị cưỡng chế thực hiện. Hiệu lực ràng buộc của hợp đồng còn được gọi dưới cái tên Latin *pacta sunt servanda*, được hiểu đơn giản là “cam kết phải được tôn trọng”. Điều 3(2) BLDS Việt Nam năm 2015 quy định về nguyên tắc tự do ý chí như sau: “Cá nhân, pháp nhân xác lập, thực hiện, chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự của mình trên cơ sở tự do, tự nguyện cam kết, thỏa thuận. Mọi cam kết, thỏa thuận không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội có hiệu lực thực hiện đối với các bên và phải được chủ thể khác tôn trọng”.

Quy định trên, theo Đỗ Văn Đại, là có vài vấn đề sau mà chúng tôi thấy hợp lý. Thứ nhất, việc gộp chung nhóm xác lập, thực hiện, chấm dứt quyền đều đặt trên cơ sở tự do, tự nguyện cam kết, thỏa thuận có thể tạo ra rủi ro pháp lý khi một người có thể tự do thực hiện và chấm dứt nghĩa vụ dân sự của mình chứ không phải là sự ràng buộc phải thực hiện nghĩa vụ dân sự đó. Có lẽ khi áp dụng, các thẩm phán cần hiểu cụm từ “trên cơ sở” một cách linh hoạt²⁹.

26 Vũ Văn Mẫu, Việt Nam Dân Luật lược Khảo - Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước, tr. 243.

27 Ngô Huy Cương, Giáo trình Luật hợp đồng (phần chung), tr. 20.

28 Vũ Văn Mẫu, Việt Nam Dân luật lược khảo - Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước, tr. 83–84.

29 Đỗ Văn Đại, Bình luận khoa học những điểm mới của Bộ luật Dân sự năm 2015, tr. 25.

Thứ hai là sự mở rộng tự do ý chí của các bên gây ra sự mâu thuẫn trong chính bộ luật. BLDS năm 2005 ở Điều 4 quy định “Cam kết, thoả thuận hợp pháp có hiệu lực bắt buộc thực hiện đối với các bên và phải được cá nhân, pháp nhân, chủ thể khác tôn trọng”. Sự thay đổi thuật ngữ từ “hợp pháp” thành “không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội” khiến Điều 3(2) BLDS Việt Nam năm 2015 có thể bỏ qua quy định về những điều kiện có hiệu lực của hợp đồng mà vẫn công nhận hiệu lực của hợp đồng. Chẳng hạn điều kiện về hình thức phải công chứng. Một hợp đồng theo luật phải công chứng mới có hiệu lực, thì có thể coi sự không công chứng là vi phạm điều cấm của luật hay không³⁰? Có thể thấy quy định này chưa chú ý đến sự khác biệt giữa nội hàm của các cụm từ “trái pháp luật”, “không hợp pháp” và “vi phạm điều cấm của luật”.

Thứ ba là sự bỏ đi từ “bắt buộc” trong cụm từ “hiệu lực bắt buộc thực hiện”, khiến cụm từ “hiệu lực thực hiện” không rõ nghĩa³¹. Sự ràng buộc thực hiện đến từ sự tự do ý chí và là một yếu tố quan trọng của hợp đồng nói riêng và hành vi pháp lý nói chung. Vì vậy cần nhấn mạnh sự ràng buộc ở trong nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự.

Sự hạn chế tự do ý chí

Lý thuyết tự do ý chí với tư tưởng tự do cá nhân vô giới hạn không thể điều chỉnh các mối quan hệ xã hội một cách công bằng khi mà con người sống quá phụ thuộc vào nhau với nhiều mối quan hệ phức tạp đan xen lẫn nhau. Để giải quyết vấn đề giữa cá nhân và cộng đồng, cần phải dung hòa hai thuyết tự do và thuyết xã hội bằng cách tôn trọng quyền tự do giao kết hợp đồng và chỉ

giới hạn sự tự do này bởi những nguyên nhân chính đáng mà tiêu biểu là trật tự công cộng và đạo đức xã hội³².

Ngô Huy Cương chỉ ra ba lý do của sự giới hạn tự do ý chí: nhu cầu cân đối giữa lợi ích cá nhân và lợi ích công cộng, nhu cầu bảo vệ người yếu thế trong xã hội, và nhu cầu phát triển kinh tế có trật tự đúng hướng theo sự lựa chọn chung³³. Nếu như hai nhu cầu đầu tiên đã được thừa nhận rộng rãi bởi pháp luật nhân quyền trong sự giới hạn tự do, thì nhu cầu thứ ba về phát triển kinh tế có trật tự và theo sự lựa chọn chung có lẽ vẫn còn nhiều tranh cãi, vì chúng ta mới bước ra khỏi một nền kinh tế kế hoạch khoảng 30 năm và đang xây dựng kinh tế thị trường.

Hạn chế tự do hợp đồng có thể xem xét dưới hai khía cạnh là hạn chế về nội dung giao kết và chủ thể giao kết. Hạn chế tự do giao kết hợp đồng về nội dung là dạng hạn chế điển hình nhất, thể hiện rõ nhất qua chế định về vô hiệu giao dịch dân sự do xâm phạm trật tự công cộng và đạo đức xã hội.

Trong BLDS năm 2015, Điều 122 về Giao dịch dân sự vô hiệu dẫn chiếu về Điều 117 Điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự, ở điểm c khoản 1 nêu “Mục đích và nội dung của giao dịch dân sự không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội”. Ở đây đã có sự biến chuyển về quan niệm khi xóa bỏ nguyên tắc về giao kết hợp đồng ở Điều 389 BLDS năm 2005 “Tự do giao kết hợp đồng nhưng không được trái pháp luật, đạo đức xã hội”; và thay thế bằng nguyên tắc “không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội” ở Điều 3 và sự thể hiện nguyên tắc ở Điều 117 của BLDS năm 2015. Trong luật tư, từ “trái” pháp luật có nội hàm rộng hơn “vi phạm điều cấm của

30 Đỗ Văn Đại, tldđ, tr. 25.

31 Đỗ Văn Đại, tldđ, tr. 25.

32 Ngô Huy Cương, Giáo trình Luật hợp đồng (phần chung), tr. 30.

33 Ngô Huy Cương, tldđ, tr. 29.

luật” bởi không phải quy phạm luật tư nào cũng là quy phạm mệnh lệnh mà phần lớn là quy phạm dự liệu, đặc biệt là trong chế định hợp đồng.

BLDS năm 2015 không sử dụng “trật tự công cộng” để làm căn cứ giới hạn quyền ở trong những nguyên tắc cơ bản, có lẽ do nghi ngại tính trừu tượng của nó³⁴, và chỉ sử dụng nó với nghĩa rất hẹp, không biết vô tình hay có chủ đích ở Điều 525 về việc hành khách trong hợp đồng vận chuyển làm mất trật tự công cộng.

Điều 3 khoản 4 BLDS 2015 thay “lợi ích của Nhà nước” ở Điều 10 BLDS năm 2005 thành “lợi ích quốc gia, dân tộc”. Lợi ích quốc gia, dân tộc là khái niệm mang tính chính trị, không đồng nhất với lợi ích của Nhà nước bởi vì “quốc gia, dân tộc” và “nhà nước” là những khái niệm khác nhau. Sự thay đổi này hưởng ứng xu thế đang lên của quyền con người trong đời sống chính trị và pháp lý. Khi nhà nước luôn bị coi là một trong những chủ thể xâm phạm đến quyền của mỗi cá nhân nhiều nhất, thì sự thay đổi về thuật ngữ này là hợp lý.

Có thể nói, BLDS năm 2015 ở những nguyên tắc cơ bản đã thu hẹp hơn phạm vi giới hạn tự do ý chí, đồng nghĩa với mở rộng sự tự do giao kết hợp đồng của các bên.

Ngoài lời văn của nguyên tắc cơ bản, sự thể hiện của hạn chế tự do hợp đồng còn nằm trong nhiều quy định chi tiết của BLDS hoặc ở luật chuyên ngành về các điều khoản áp đặt quyền và nghĩa vụ cho các bên trong một quan hệ tư. Ở trường hợp này, nghĩa vụ pháp định xuất phát từ hiệu lực của luật đã thay thế nghĩa vụ dân sự xuất phát từ ý chí của các bên. Các trường hợp thường thấy là các quy định mang tính mệnh lệnh điều chỉnh các loại hợp đồng lao động, hợp đồng

giữa người tiêu dùng và bên bán hàng, điều lệ doanh nghiệp, hợp đồng bảo hiểm, hợp đồng có đối tượng là bất động sản, v.v..

Hạn chế tự do giao kết hợp đồng về chủ thể chủ yếu nhằm bảo vệ những nhóm yếu thế trong xã hội, bảo vệ người thứ ba, hay bảo vệ lợi ích công cộng. Chẳng hạn pháp luật về doanh nghiệp có các quy định phải ưu tiên chuyển nhượng phần vốn góp cho hoặc phát hành cổ phần cho thành viên/cổ đông trong công ty, hoặc trường hợp người cung cấp dịch vụ công cộng không được từ chối giao kết hợp đồng với mọi người nếu còn khả năng cung cấp dịch vụ và không được phân biệt đối xử với bất cứ ai dựa trên bất cứ yếu tố nào về sắc tộc, tôn giáo, giới tính, màu da, v.v..³⁵.

2.3 Nguyên tắc thiện chí

“Thiện chí” bắt nguồn từ thuật ngữ Latin “*bona fide*”, trong tiếng Anh là “*good faith*”, là thuật ngữ trừu tượng và chỉ được làm rõ nghĩa khi gắn chặt với hoàn cảnh cụ thể của một ứng xử cụ thể. Thiện chí không được định nghĩa bởi luật, mang nghĩa về mặt luân lý nhiều hơn với liên hệ gần gũi về sự trung thực, không có sự ác ý hay tư lợi bất chính.

Điều 6 BLDS năm 2005 quy định về nguyên tắc thiện chí như sau: “Trong quan hệ dân sự, các bên phải thiện chí, trung thực trong việc xác lập, thực hiện quyền, nghĩa vụ dân sự, không bên nào được lừa dối bên nào”. Điều 3(2) BLDS năm 2015 đã lược bớt đoạn “không bên nào được lừa dối bên nào” ra khỏi nguyên tắc thiện chí: “Cá nhân, pháp nhân phải xác lập, thực hiện, chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự của mình một cách thiện chí, trung thực”.

Theo Ngô Huy Cương, nguyên tắc thiện chí ở BLDS năm 2005 nhấn mạnh về

34 Ngô Huy Cương, tldd, tr. 30.

35 Ngô Huy Cương, tldd, tr. 33–34.

yếu tố phi lừa dối của sự thiện chí, tức là cách thức hành xử chứ không nhấn mạnh vào động cơ hay mục đích của hành vi. Ông cũng đưa ra nhận xét mà có thể áp dụng cho cả quy định mới của BLDS năm 2015 về nguyên tắc thiện chí rằng, nguyên tắc này chưa đủ lớn khi không đề cập tới thiện chí trong giải quyết tranh chấp và trong một số trường hợp đặc biệt khác³⁶. Sự bổ sung thêm vào nguyên tắc rằng giai đoạn chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự, các bên cũng phải tuân thủ nghĩa vụ thiện chí có thể coi là một nỗ lực khái quát hóa thiện chí cho tất cả các giai đoạn của một hợp đồng, nhưng không nhắc đến thiện chí trong việc giải quyết tranh chấp mà bao gồm nhiều phương thức khác nhau từ thương lượng, hòa giải đặc biệt cần sự thiện chí, đến trọng tài, tòa án thì vẫn còn thiếu sót.

Vì nội hàm của thuật ngữ “thiện chí” không rõ ràng, cần phải giải nghĩa trong những trường hợp cụ thể nên việc xác định nội dung của nguyên tắc thiện chí cần phải được giao cho tòa án. Ngày nay các tòa án ở Hoa Kỳ có khuynh hướng tiếp cận học thuyết về sự thiện chí theo hai khía cạnh về sự công bằng và khía cạnh kinh tế học³⁷. Tương đồng như vậy, Vũ Văn Mẫu nhận xét rằng, một sự thi hành thành ý không thể trái với sự công bằng. Còn về mặt kinh tế, khi sự thi hành quá thiệt cho trái chủ và quá lợi cho người thụ trái thì bị coi là không thành ý³⁸.

Trong lĩnh vực luật hợp đồng, đặc biệt là ở giai đoạn giao kết, nguyên tắc thiện chí được giải thích gần gũi với nguyên tắc tự

do ý chí, có nghĩa là việc xác lập hợp đồng và các điều kiện của nó phụ thuộc vào ý chí của các bên³⁹. Trong giai đoạn thực hiện hợp đồng, nguyên tắc này có thể không gắn với ý chí của các bên lúc đầu mà lại gắn với sự công bằng về lợi ích giữa các bên⁴⁰. Hoặc với việc chấp nhận sự thực hiện chủ yếu chứ không phải thực hiện đúng và đầy đủ các nghĩa vụ của hợp đồng, thiện chí là sự thông cảm cho những thiếu sót khi thực hiện nghĩa vụ của đối phương⁴¹. Đặc biệt sự vận dụng nguyên tắc này trong một số hoàn cảnh đặc thù có thể coi là tạo ra ngoại lệ cho nguyên tắc hiệu lực ràng buộc của hợp đồng, đó là trong trường hợp thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi (hardship)⁴².

BLDS năm 2005 có nguyên tắc riêng về thực hiện hợp đồng, Điều 412 khoản 1 cho thấy nguyên tắc thực hiện đúng và đủ nghĩa vụ hợp đồng là quan trọng nhất và được ưu tiên hàng đầu so với hai nguyên tắc thực hiện trung thực, tin cậy (mà ở đây không xuất hiện thuật ngữ “thiện chí”) và nguyên tắc tôn trọng quyền và lợi ích hợp pháp của chủ thể khác: “Thực hiện đúng hợp đồng, đúng đối tượng, chất lượng, số lượng, chủng loại, thời hạn, phương thức và các thoả thuận khác”. Có lẽ với sự bãi bỏ nguyên tắc riêng của chế định hợp đồng, áp dụng một cách toàn diện nguyên tắc thiện chí cùng với sự công nhận trường hợp không cần phải thực hiện đúng những nghĩa vụ đã cam kết khi có hoàn cảnh thay đổi, BLDS Việt Nam đã có những chuyển biến trong quy tắc thực hiện nghĩa vụ.

36 Ngô Huy Cương, *tlđd*, tr. 156.

37 Emily Houh, *The Doctrine of Good Faith in Contract Law: A (Nearly) Empty Vessel?*, *Utah Law Review*, Vol. 2005, p. 1, 2005, 1-2. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=622982 truy cập 29/07/2018

38 Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam Dân Luật lược Khảo - Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, tr. 250.

39 Ngô Huy Cương, *Giáo trình Luật hợp đồng (phần chung)*, tr. 155.

40 Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam Dân Luật lược Khảo - Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, tr. 250.

41 Ngô Huy Cương, *Giáo trình Luật hợp đồng (phần chung)*, tr. 374.

42 Nguyễn Anh Thư, “Đề xuất sửa đổi, bổ sung qui định liên quan đến nguyên tắc thiện chí trong Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 2005”, *Tạp chí Khoa học ĐHQGHN: Luật học* 30, số p.h 3 (2014): tr. 61-72.

2.4 Nguyên tắc áp dụng tập quán

Nguyên tắc này trong khoa học pháp lý được một số học giả đề cập như là một trong những nguyên tắc cơ bản của pháp luật hợp đồng nói riêng và pháp luật dân sự nói chung⁴³. Một nền pháp luật theo hệ thống dân luật thường có hai nguồn cơ bản là luật thành văn và tập quán pháp. BLDS Việt Nam đặt thứ tự ưu tiên áp dụng của tập quán chỉ sau thỏa thuận của các bên và luật thành văn. Tập quán đóng vai trò quan trọng trong việc bổ khuyết những khoảng trống hay giải thích những vấn đề chưa rõ ràng của hợp đồng, nếu pháp luật thực định cũng không có giải pháp cho vấn đề đó.

Định nghĩa về tập quán trong BLDS 2015 (Điều 5 khoản 1) nêu ra ba đặc điểm chính yếu của tập quán, đó là có nội dung rõ ràng đủ để xác định quyền và nghĩa vụ của chủ thể, được hình thành và lặp đi lặp lại nhiều lần trong thời gian dài và được mọi người cùng thừa nhận như là những quy tắc ràng buộc. Hai điều kiện để áp dụng tập quán (Điều 5 khoản 2) là: (1) thiếu vắng giải pháp cho vấn đề pháp lý từ các nguồn gốc nghĩa vụ có tính ưu tiên cao hơn là sự thỏa thuận và quy định pháp luật; (2) tập quán không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự. Có lẽ chính vì yếu tố (2) nên nhà làm luật Việt Nam đã không xếp quy định áp dụng tập quán vào những nguyên tắc cơ bản của Bộ luật hay của pháp luật dân sự nói chung.

Quy định chung về áp dụng tập quán tuy đã được công nhận từ lâu nhưng vấn đề chính yếu của nguyên tắc này là cụ thể hóa nó. Sự áp dụng tập quán có đặc điểm khác biệt đặc thù với các áp dụng các nguồn pháp

luật khác như luật và án lệ, bởi lẽ nó không “thành văn” cả về nghĩa pháp lý và nghĩa thông dụng. Tập quán có khi không được ghi nhận trong một văn bản nào cả mà chỉ là một quy tắc được nhiều người ngầm định tuân thủ. Trong một tranh chấp cần viện đến tập quán tất yếu sẽ xuất hiện vấn đề chứng minh tập quán. Như vậy cần có những quy định chi tiết để hướng dẫn các tòa án trong việc đánh giá tính xác thực của những quy phạm được các bên viện dẫn xem chúng có đáp ứng đủ điều kiện của một tập quán hay không, bên nào có nghĩa vụ chứng minh tập quán, v.v..

Trong thực tế, đôi khi có những tập quán mà các bên viện dẫn trái ngược nhau. Khi không có những khảo cứu đầy đủ về tập quán thì việc áp dụng và chứng minh tập quán gặp nhiều khó khăn. Các tòa án ở Việt Nam còn gặp nhiều vướng mắc và chưa có sự thống nhất cao trong việc công nhận và áp dụng tập quán⁴⁴. Điều này đòi hỏi chúng ta cần sớm ban hành danh mục tập quán. Trong thời kỳ Pháp thuộc, Hội đồng khảo sát tục - lệ đã sưu tầm và giải đáp trên 300 vấn đề về tập quán, làm cơ sở cho các tòa án thời đó áp dụng tập quán khi xét xử nếu không có quy định của pháp luật⁴⁵. Hiện nay chúng ta mới chỉ có kế hoạch xây dựng danh mục tập quán trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình theo Nghị định số 32/2002/NĐ-CP. Cần mở rộng phạm vi khảo cứu để có thể áp dụng tập quán rộng rãi hơn nữa trong các tranh chấp, bù đắp cho những thiếu hụt trong pháp luật thành văn■

43 Ngô Huy Cương, Giáo trình Luật hợp đồng (phần chung), tr. 159.

Lê Nguyễn Gia Thiện và Lê Nguyễn Gia Phúc, Những nguyên tắc cơ bản của các BLDS trên thế giới và kinh nghiệm cho Việt Nam, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, Số 13, Tháng 7 2014

44 Vụ Hợp tác Quốc tế, Tòa án nhân dân tối cao, “Tập quán pháp - thực trạng ở Việt Nam và một số đề xuất nhằm nâng cao hiệu quả áp dụng tập quán pháp ở Việt Nam”, 2013, tr. 57.

45 Vụ Hợp tác Quốc tế, Tòa án nhân dân tối cao, tr. 41.

LUẬT CẢNH SÁT BIỂN NĂM 2018 – BƯỚC PHÁT TRIỂN MỚI CỦA LỰC LƯỢNG CHẤP PHÁP BIỂN VIỆT NAM

Nguyễn Hồng Thao*

* PGS. TS. Đại học Quốc gia Hà Nội

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Luật Cảnh sát biển Việt Nam, thẩm quyền cảnh sát biển, nhiệm vụ cảnh sát biển

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 27/12/2018

Biên tập : 05/01/2019

Duyệt bài : 21/01/2019

Article Information:

Keywords: The Coast Guard Law; authority of Coast Guard; tasks of Coast Guard

Article History:

Received : 27 Dec. 2018

Edited : 05 Jan. 2019

Approved : 21 Jan. 2019

Tóm tắt:

Luật Cảnh sát biển năm 2018 sẽ có hiệu lực vào tháng 7 năm 2019 xác định lực lượng Cảnh sát biển Việt Nam là lực lượng nòng cốt, chuyên trách, chịu trách nhiệm quản lý an ninh, trật tự và an toàn, đảm bảo tuân thủ luật pháp Việt Nam và các quy định quốc tế mà Việt Nam đã ký hoặc tham gia, tại các vùng biển và trên thềm lục địa của Việt Nam. Bài viết phân tích các chức năng và quyền của Cảnh sát biển Việt Nam trong việc thực hiện nhiệm vụ bảo vệ chủ quyền, quyền chủ quyền và quyền tài phán quốc gia, môi trường, cuộc sống và tài sản của các cá nhân và pháp nhân trên biển và tiến hành hợp tác quốc tế với các cơ quan thực thi pháp luật hàng hải của các nước khác với mục đích duy trì hòa bình, ổn định, an ninh, an toàn và trật tự cho Biển Đông.

Abstract

The Coast Guard Law of 2018 coming into enforcement in July 2019, defines the Vietnam Coast Guard as the core, full-time force with its tasks for security, stability and safety, compliance ensurance of Vietnamese laws and international regulations that Vietnam has signed or acceded in coastal areas and on Vietnam's continental shelf. This article provides analysis of the functions and rights of the Vietnam Coast Guard in fulfilling the tasks of protecting the sovereignty, the sovereignty right and national jurisdiction, the environment, living activities and property of individuals and legal entities on the sea and in conducting the international cooperation with maritime law enforcement agencies of other countries with the aim of peaceful stability, security, safety and proper performance in South China Sea.

Luật Cảnh sát biển Việt Nam năm 2018 sẽ có hiệu lực từ 1/7/2019. Đây là lần thứ ba Việt Nam sửa đổi luật và quy định về Cảnh sát biển nhằm nâng cao năng lực hàng hải của mình trước các mối đe dọa và thách thức mới¹.

Bộ Tư lệnh Cảnh sát biển Việt Nam được thành lập năm 1998 dưới cái tên Cảnh sát biển Việt Nam, là một bộ phận của Hải quân Việt Nam. Năm 2014, được đổi tên thành Bộ Tư lệnh Cảnh sát biển Việt Nam và được xác định vị thế nâng cao là một lực lượng vũ trang dưới sự chỉ huy chung của Bộ Quốc phòng và Hải quân Việt Nam. Các hoạt động của Cảnh sát biển tuân theo Pháp lệnh Cảnh sát biển năm 2008, hiện nay là Luật Cảnh sát biển năm 2018.

Theo quy định của Điều 3 Luật Cảnh sát biển năm 2018, Cảnh sát biển Việt Nam là một lực lượng nòng cốt của Nhà nước, chuyên trách và chịu trách nhiệm quản lý an ninh, trật tự, an toàn, đảm bảo tuân thủ pháp luật Việt Nam và các điều ước quốc tế có liên quan mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia, trong khu vực biển và trên thềm lục địa của nước Cộng hoà XHCN Việt Nam.

Khi thực hiện nhiệm vụ của mình, Cảnh sát biển có quyền nổ súng đối với các tàu và phương tiện trên biển, trừ các tàu của cơ quan đại diện ngoại giao và lãnh sự, tàu chở người và con tin (Điều 14). Tuy nhiên, quyền này bị giới hạn trong một số trường hợp khi:

- người có hành vi vi phạm sử dụng vũ khí chống lại, sử dụng các biện pháp khác đe dọa trực tiếp đến tính mạng và an ninh phương tiện của Cảnh sát biển;

- Cảnh sát biển biết rõ tàu thuyền do người bị truy đuổi điều khiển cố ý trốn thoát;

- Cảnh sát biển biết rõ tàu thuyền chở người bị truy đuổi hoặc vũ khí bất hợp pháp, thuốc nổ, tài liệu bất hợp pháp, bí mật nhà nước, ma túy, báu vật quốc gia cố ý trốn thoát;

- Khi tàu thuyền có đối tượng đã thực hiện hành vi cướp biển hoặc cướp vũ trang cố ý định trốn thoát.

Cần thiết nhắc lại rằng, việc sử dụng súng có thể mang lại hậu quả nghiêm trọng. Vì vậy, nổ súng trên biển cần phải bị hạn chế. Cảnh sát biển chỉ nổ súng trong trường hợp khẩn cấp, sau khi ra lệnh dừng lại bằng tín hiệu, hành động và âm thanh, hoặc nổ súng cảnh báo trước và nghiêm túc chấp hành lệnh của cơ quan có thẩm quyền.

Cảnh sát biển có thẩm quyền hoạt động trong tất cả các vùng biển Việt Nam từ nội thủy, lãnh hải đến các giới hạn ngoài của vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa Việt Nam để đảm bảo an ninh, trật tự và an toàn cũng như duy trì thực thi pháp luật trên biển và bảo vệ chủ quyền quốc gia, quyền chủ quyền và quyền tài phán của Việt Nam. Cảnh sát biển có thể tiến hành kiểm tra và kiểm soát để bảo vệ chủ quyền, bảo vệ tài nguyên, ngăn chặn và chống ô nhiễm môi trường; bảo vệ an ninh, trật tự và an toàn; phát hiện, ngăn chặn và chống buôn người, vận chuyển trái phép và buôn bán ma túy, cướp biển và các vi phạm khác. Thẩm quyền của Cảnh sát biển Việt Nam được Luật Cảnh sát biển năm 2018 mở rộng hơn so với Pháp

1 [PrashanthParameswaran, Why Vietnam's New Coast Guard Law Matters](https://thediplomat.com/2018/04/vietnam-coast-guard-in-the-spotlight-with-new-law/)
<https://thediplomat.com/2018/04/vietnam-coast-guard-in-the-spotlight-with-new-law/>

lệnh Cảnh sát biển năm 1998 và 2008. Cảnh sát biển Việt Nam được mở rộng phạm vi hoạt động cả vào nội thủy và biển cả trong trường hợp tồn tại biển cả trong Biển Đông theo tinh thần của phán quyết của Tòa Trọng tài quốc tế về vụ kiện của Philippines đối với Trung Quốc năm 2016. Cảnh sát biển Việt Nam có chức năng kép, vừa là thành phần quan trọng của lực lượng vũ trang nhân dân bảo vệ chủ quyền, an ninh quốc gia, vừa làm chức năng cảnh sát giữ gìn an ninh, trật tự, môi trường biển và tìm kiếm cứu nạn. Trong khi thực hiện các nhiệm vụ của mình, Cảnh sát biển có trách nhiệm hợp tác với chính quyền địa phương, lực lượng quân đội, lực lượng hải quân, Bộ đội Biên phòng, Công an, lực lượng kiểm ngư Việt Nam, lực lượng dân quân, lực lượng kiểm soát chuyên nghiệp (thuế quan, vệ sinh, kiểm dịch) và các lực lượng khác. Cảnh sát biển chịu trách nhiệm chính trong việc quản lý các hành động một cách thống nhất, hiệu quả và linh hoạt để giải quyết sự cố kịp thời và giúp đỡ lẫn nhau trong việc thực hiện nhiệm vụ và nghĩa vụ của các lực lượng trên biển theo quy định của pháp luật. Trong cùng một vùng biển, khi vi phạm liên quan đến nhiệm vụ, trách nhiệm và thẩm quyền của nhiều tổ chức, cơ quan, lực lượng khác nhau, nguyên tắc “phát hiện vi phạm trước, xử lý trước” sẽ được áp dụng theo thẩm quyền của pháp luật. Trong trường hợp tổ chức, cơ quan không có thẩm quyền thì phải giao nộp hồ sơ, người bị truy bắt, bằng chứng, tàu, phương tiện vi phạm pháp luật, quy định cho tổ chức, cơ quan, lực lượng có thẩm quyền. Tổ chức, cơ quan và lực lượng tiếp nhận có trách nhiệm thông báo kết quả điều tra và xử lý cho cơ quan chuyển giao.

Cảnh sát biển có trách nhiệm hợp tác quốc tế trong việc đảm bảo an ninh, trật tự, hòa bình và ổn định trong các khu vực biển quốc tế và khu vực (Điều 19) trên cơ sở tuân thủ luật pháp Việt Nam và các điều ước quốc tế có liên quan mà Việt Nam là một bên, tôn trọng các nguyên tắc cơ bản của luật pháp quốc tế, bảo đảm độc lập, chủ quyền quốc gia, quyền chủ quyền, quyền tài phán, lợi ích quốc gia, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cơ quan, cá nhân trên biển.

Cảnh sát biển có quyền thực hiện hợp tác quốc tế, được quy định tại Điều 20 như sau:

- Phòng, chống cướp biển, cướp có vũ trang chống lại tàu thuyền;

- Phòng, chống tội phạm ma túy, mua bán người, mua bán vũ khí trái phép, khủng bố, hoạt động xuất cảnh, nhập cảnh bất hợp pháp, buôn bán, vận chuyển hàng hóa trái phép qua biên giới, khai thác hải sản bất hợp pháp và tội phạm, vi phạm pháp luật khác trên biển;

- Phòng, chống ô nhiễm và phòng ngừa, ứng phó, khắc phục sự cố môi trường biển; kiểm soát bảo tồn các nguồn tài nguyên biển; bảo vệ đa dạng sinh học và hệ sinh thái biển; phòng, chống, cảnh báo thiên tai; hỗ trợ nhân đạo, ứng phó thảm họa; tìm kiếm, cứu hộ, cứu nạn trên biển trong phạm vi chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của Cảnh sát biển Việt Nam;

- Đào tạo, bồi dưỡng, tập huấn nghiệp vụ, trao đổi kinh nghiệm, chuyển giao trang bị, khoa học và công nghệ để tăng cường năng lực của Cảnh sát biển Việt Nam;

- Các nội dung hợp tác quốc tế khác theo quy định của pháp luật Việt Nam, điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa XHCN Việt

Nam là thành viên và thỏa thuận quốc tế có liên quan đến Cảnh sát biển Việt Nam.

Như vậy, Cảnh sát biển Việt Nam được thành lập nhằm đáp ứng nhu cầu phát triển kinh tế - xã hội, an ninh, quốc phòng của đất nước. Lực lượng Cảnh sát biển Việt Nam sẽ thúc đẩy hợp tác quốc tế với các cơ quan chấp pháp trên biển khác trong khu vực tuân thủ luật pháp quốc tế, đặc biệt là Công ước của Liên hiệp quốc về Luật Biển năm 1982. Sự hợp tác của các cơ quan chấp pháp trong khu vực sẽ giúp tăng cường lòng tin lẫn nhau trong xây dựng trật tự khu vực dựa trên luật pháp nhằm mục đích duy trì hòa bình, ổn định, an ninh và an toàn cho các vùng biển và đại dương trong khu vực.

Những năm qua, Cảnh sát biển Việt Nam đã tham gia vào một số thỏa thuận hợp tác với lực lượng bảo vệ bờ biển của các quốc gia khác như Mỹ, Nhật, Hàn Quốc và Malaysia. Mỹ đã cung cấp cho Việt Nam 6 tàu Cảnh sát biển dạng 45-foot Metal Shark-built vào tháng 5/2017. Tàu Cảnh sát biển Nhật Bản đã thăm cảng Tiên Sa, Đà Nẵng tháng 7/2018 và Nhật cũng giúp Việt Nam 6 tàu Cảnh sát biển đã qua sử dụng vào năm 2011. Các tàu Cảnh sát biển của Ấn Độ và Hàn Quốc thăm Việt Nam và Cảnh sát biển Việt Nam cũng có chuyến thăm đáp lễ và phối hợp tập trận chung với Cảnh sát biển Ấn Độ tháng 10/2018. Cảnh sát biển Việt Nam đã có sáng kiến tổ chức Diễn đàn Cảnh sát biển ASEAN năm 2014. Tại cuộc họp lần thứ 23 của ARF² tại Lào vào ngày 26/7/2016, Việt Nam là tác giả của sáng kiến “tăng cường hợp tác giữa các cơ quan

chấp pháp trên biển nhằm thúc đẩy lòng tin, và tăng cường năng lực và sự phối hợp, từ đó giải quyết hiệu quả hơn với những thách thức an ninh biển phổ biến và những thách thức biển khác”³. Cảnh sát biển là thành viên tích cực của Hiệp định Hợp tác khu vực về chống cướp biển và cướp vũ trang trên tàu ở Châu Á (ReCAAP) và bên liên lạc (focal point) tổ chức các cuộc họp hàng năm của các Cơ quan Bảo vệ bờ biển Châu Á (HACGAM). Vào tháng 1 năm 2018, Việt Nam đã tổ chức thành công “Hội thảo ARF về tăng cường hợp tác chấp pháp biển trong khu vực” tại Nha Trang với sự tham gia của các quan chức chính phủ và các học giả đến từ 22 quốc gia và tổ chức quốc tế.

Luật Cảnh sát biển năm 2018 với những quy định cụ thể về chức năng, nhiệm vụ của Cảnh sát biển đã thể hiện rõ vị trí cảnh sát biển Việt Nam là lực lượng chuyên trách của Nhà nước, mang tính đa ngành, đa lĩnh vực, thể hiện đúng quan điểm của Đảng, phù hợp với chức năng, nhiệm vụ của cảnh sát biển các quốc gia trên thế giới hiện nay. Luật Cảnh sát biển năm 2018 là một công cụ sắc bén để bảo vệ chủ quyền, quyền chủ quyền, quyền tài phán quốc gia trong vùng biển Việt Nam, phòng ngừa, phát hiện, đấu tranh và xử lý cơ quan, tổ chức, cá nhân vi phạm quy định của pháp luật về chủ quyền, quyền chủ quyền, quyền tài phán quốc gia trong vùng biển của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam ■

2 ARF: ASEAN Regional Forum - Diễn đàn Khu vực ASEAN

3 ARF statement on cooperation among maritime law enforcement agencies 2016, <https://english.vietnamnet.vn/fms/government/161225/arf-statement-on-cooperation-among-maritime-law-enforcement-agencies.html>

KHAI THÁC CHUNG VÀ NHỮNG KHUYẾN CÁO VỀ KHAI THÁC CHUNG TRÊN KHU VỰC BIỂN ĐÔNG

Hoàng Việt*

* Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: khai thác chung, gác tranh chấp cùng khai thác, biển Đông

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 11/12/2018

Biên tập : 27/12/2018

Duyệt bài : 05/01/2019

Article Infomation:

Keywords: joint exploitation; dispute pending, joint exploitation; South China Sea

Article History:

Received : 11 Dec. 2018

Edited : 27 Dec. 2018

Approved : 05 Jan. 2019

Tóm tắt:

Khai thác chung đã được quy định trong Công ước Luật Biển năm 1982 cũng như trong thực tiễn quốc tế. Những năm gần đây, các quốc gia đã có nhiều nỗ lực tìm kiếm các phương án để khai thác chung tại khu vực tranh chấp trên biển Đông, trong đó Trung Quốc đã đề xuất phương án “gác tranh chấp, cùng khai thác”. Và có quốc gia đã ký kết bản ghi nhớ về khai thác chung trên khu vực biển Đông với Trung Quốc. Vì vậy, việc tìm hiểu và đánh giá khả năng thực hiện, nêu ra các cảnh báo về khai thác chung giữa các quốc gia là cần thiết.

Abstract

Joint exploitation has been defined in the of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 1982 as well as in international practice. In recent years, the nations have made great efforts to find options for joint exploitation in the disputed area in the South China Sea, for which China has proposed a plan known as "dispute pending, joint exploitation". And, nations have signed a memorandum on joint exploitation in the South China Sea with China. Therefore, it is necessary to understand and evaluate the possibility for implementation, to find out warnings about joint exploitation among the nations.

Truyền thông thế giới cho biết, trong chuyến thăm của Chủ tịch Trung Quốc Tập Cận Bình tới Philippines gần đây, hai bên đã ký kết 29 thỏa thuận, trong đó có một bản ghi nhớ (MOU) về khai thác chung trên khu vực biển Đông¹. Trong khi đó, biển Đông

vốn là khu vực có nhiều tranh chấp phức tạp, luôn tiềm ẩn nhiều nguy cơ xung đột. Vì vậy, khai thác chung luôn là vấn đề mà nhiều quốc gia trong khu vực cùng quan tâm, vì có thể dẫn tới những thay đổi nhất định trên khu vực biển Đông.

1 <https://www.philstar.com/headlines/2018/11/21/1870458/philippines-china-sign-mou-joint-gas-oil-development>

1. Quan niệm về khai thác chung

Hiện nay chưa có một quan niệm thống nhất về khai thác chung. Nhưng có một quan niệm về khai thác chung đã được nhiều nhà khoa học sử dụng, đó là quan niệm do Giáo sư người Đức - Rainer Lagoni đưa ra. Theo đó, “khai thác chung là sự hợp tác giữa hai quốc gia về việc thăm dò hoặc khai thác các trầm tích, các vùng hoặc các khu vực chứa các tài nguyên không sinh vật mà các vùng hoặc khu vực đó vắt ngang đường biên giới hoặc nằm trên các khu vực có những yêu sách chồng lấn”². Học giả Thomas A. Mensah thì cho rằng: “Các khu vực khai thác chung được xác định hoặc bởi vì các bên rất khó khăn hoặc không thể cùng nhất trí với nhau về một đường biên giới chung giữa họ hay là bởi vì có một nguồn tài nguyên nằm vắt ngang đường biên giới đã được thống nhất, theo đó, mỗi bên không thể tự mình khai thác hiệu quả và công bằng nguồn tài nguyên đó được”³.

Như vậy, theo quan điểm của Rainer Lagoni và Thomas A. Mensah, có thể thấy việc áp dụng khai thác chung có thể diễn ra trong hai trường hợp sau:

Thứ nhất, khi có một nguồn tài nguyên nằm vắt ngang biên giới biển của các quốc gia liên quan. Trong trường hợp này, do các quốc gia liên quan, mặc dù đã phân định biên giới biển, nhưng vẫn cần thỏa thuận về việc thăm dò, khai thác các tài nguyên trong khu vực

đó. Đặc biệt là các tài nguyên năng lượng, bởi vì các trầm tích có thể chạy cắt ngang đường biên giới biển của các quốc gia.

Thứ hai, khi nguồn tài nguyên nằm trong khu vực chồng lấn các yêu sách giữa các quốc gia ven biển và chưa thể phân định được. Trong trường hợp này, vì nhiều lý do, các quốc gia liên quan muốn cùng nhau phát triển nguồn tài nguyên tại khu vực chồng lấn các yêu sách đó. Khai thác chung trong trường hợp này là một hình thức của dàn xếp tạm thời khi mà khu vực tranh chấp vẫn chưa thể phân định.

Thực tiễn về khai thác chung cũng rất phong phú, các loại hình khai thác chung cũng rất đa dạng. Chỉ tính riêng về phạm vi địa lý, đã có nhiều cách xây dựng khai thác chung khác nhau. Có thể là thiết lập một khu vực chung⁴, hoặc một khu vực khai thác chung với phân khu nhỏ⁵, hay là một khu vực phức hợp trong đó gồm nhiều khu vực nhỏ là các khu vực hợp tác khai thác chung giữa các quốc gia liên quan, các khu vực hợp tác này tùy thuộc vào loại hình hợp tác mà các bên thỏa thuận⁶. Trong việc thăm dò và khai thác tài nguyên dầu mỏ và khí đốt có rất nhiều hình thức hợp tác, từ đơn giản đến phức tạp. Tuy nhiên, các thỏa thuận khai thác chung thường tồn tại dưới các hình thức: (1) Một quốc gia đứng ra thực hiện khai thác chung; (2) Một liên doanh đứng ra khai thác; (3) Một cơ quan sẽ được các bên trao thẩm quyền để tiến hành khai thác.

-
- 2 Rainer Lagoni, Report on Joint Development of Non-living Resources in the Exclusive Economic Zone, I.L.A. Report of the Sixty-Third Conference, p. 509, at pp. 511–512 (1988), quoted in Mensah, Joint Development Zones as an Alternative Dispute Settlement Approach in Maritime Boundary Delimitation, in Rainer Lagoni and Daniel Vignes, Maritime Delimitation, p. 143, at p. 146 (Nijhoff, 2006).
 - 3 Thomas A. Mensah, “Joint Development Zones as an Alternative Dispute Settlement Approach in Maritime Boundary Delimitation”, in Maritime Delimitation, ed. Rainer Lagoni and Daniel Vignes (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006), p. 147
 - 4 Examples are Iran-Sharjah and Saudi Arabia and Sudan. See Vicuna, “Regional cooperation in nonliving resources.”
 - 5 The Ems-Dollard 1960 Treaty between Germany and Netherlands where a joint development zone in Ems Estuary is divided by a provisional line into two subzones for each country. See Vicuna, “Regional cooperation in nonliving resources.”
 - 6 Australia and Indonesia have zone of cooperation divided into three areas depending on the type of arrangement/activity. See Vicuna, “Regional cooperation in nonliving resources.”

Hình thức một quốc gia đứng ra khai thác⁷: Mặc dù có ít nhất hai quốc gia liên quan đến việc khai thác chung nhưng chỉ giao cho một quốc gia đứng ra thực hiện việc này, quốc gia còn lại sẽ được chia sẻ lợi nhuận từ việc khai thác tài nguyên đó, sau khi trừ đi chi phí khai thác mà quốc gia thực hiện khai thác đã bỏ ra. Nhiều thỏa thuận khai thác chung ban đầu trên thế giới đã được thực hiện theo hình thức này⁸. Trong mô hình này, các quốc gia liên quan phải từ bỏ một phần trong các quyền của mình, để giao cho một quốc gia duy nhất quản lý nguồn tài nguyên đó. Các thỏa thuận khai thác chung theo mô hình này chủ yếu được thực hiện đối với các vùng đáy biển chồng lấn. Ở ASEAN, thỏa thuận giữa Malaysia - Brunei năm 2009 là theo mô hình này⁹.

Hình thức thứ hai là liên doanh khai thác chung. Đây là mô hình được ưa chuộng nhất hiện nay. Mô hình này đòi hỏi các bên liên quan thành lập ra một liên doanh khai thác. Thành viên của liên doanh có thể là các công ty dầu khí quốc doanh của quốc gia đó, hoặc các công ty dầu khí đại diện cho các quốc gia tham gia khai thác chung.

Mô hình liên doanh khai thác này lại có hai dạng thức. Dạng thức thứ nhất là các bên thiết lập một liên doanh khai thác trên nguồn tài nguyên mà các bên cùng chia sẻ. Dạng thức thứ hai là các bên thiết lập một thỏa thuận để cho một công ty liên doanh điều hành việc khai thác một nguồn tài nguyên nằm vắt ngang biên giới biển đã được phân định trước đây của hai quốc gia. Dạng thức

thứ hai này được các quốc gia khu vực biển Bắc thực hiện¹⁰.

Hình thức thứ ba trong thỏa thuận khai thác chung phức tạp hơn và đòi hỏi các bên hợp tác ở mức độ cao hơn hai phương thức kia. Các bên liên quan sẽ chọn một cơ quan có thẩm quyền chung hoặc là một Ủy ban như một pháp nhân độc lập, Ủy ban này sẽ đại diện cho các quốc gia tham gia khai thác chung, có các thẩm quyền ủy trị cần thiết để phát triển khu vực khai thác chung đã được xác định rõ¹¹. Thỏa thuận năm 1979 và thỏa thuận năm 1990 giữa Malaysia - Thái Lan thuộc hình thức này¹².

2. Cơ sở pháp lý cho việc khai thác chung

Khoản 3 Điều 74 và Điều 83 Công ước Luật Biển năm 1982 (UNCLOS) quy định: “Trong khi chờ ký kết thỏa thuận ở khoản 1, các quốc gia hữu quan, trên tinh thần hiểu biết và hợp tác, làm hết sức mình để đi đến các dàn xếp tạm thời có tính chất thực tiễn và để không phương hại hay cản trở việc ký kết các thỏa thuận dứt khoát trong giai đoạn quá độ này. Các dàn xếp tạm thời không phương hại đến việc hoạch định cuối cùng”... Đây chính cơ sở pháp lý của Công ước trong việc tiến hành hợp tác khai thác chung trong khi chờ phân định.

Theo quy định trên, có ba yếu tố mà các quốc gia liên quan phải thực hiện:

Thứ nhất, các quốc gia phải làm hết sức mình để đi đến các dàn xếp tạm thời có tính chất thực tiễn. Quy định này mang

7 David Ong, „Implications of recent Southeast Asian State practice for the international law on offshore joint development”, in Beckman, et al, eds, Beyond Territorial Disputes in the South China Sea: Legal Framework for the Joint Development of Hydrocarbon Resources (Edward Elgar Publishing, 2013), at 192-193.

8 Robert Beckman and Leonardo Bernard, Framework For The Joint Development Of Hydrocarbon Resources, Center for International Law, National University of Singapore, p. 20, at <https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2010/08/BECKMAN-AND-BERNARD-FRAMEWORK-FOR-THE-JOINT-DEVELOPMENT-OF-HYDROCARBON-RESOURCES.pdf>

9 <https://www.kln.gov.my/archive/content.php?t=7&articleId=735675>; <https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/353834688.pdf>

10 Robert Beckman and Leonardo Bernard, Ibid, p. 21

11 Robert Beckman and Leonardo Bernard, Ibid, p. 21

12 Robert Beckman and Leonardo Bernard, Ibid, p. 21

hàm ý các bên có nghĩa vụ “đàm phán trên nguyên tắc thiện chí”¹³;

Thứ hai, các quốc gia phải thực hiện “thương lượng bằng phương cách hòa hoãn để sao cho các bên cùng đi tới các dàn xếp tạm thời”¹⁴. Trong suốt quá trình đàm phán, thương lượng, các bên có nghĩa vụ không được phá hoại hay cản trở việc đi đến một thỏa thuận cuối cùng về phân định biển. Nghĩa vụ này đã được các Tòa án quốc tế giải thích là nghĩa vụ này phản ánh tình trạng cân bằng mỏng manh giữa ngăn ngừa các hành vi đơn phương có thể xâm hại tới các quyền của bên kia, và trong thời điểm đó, không được ngăn trở bên kia có những hành động phát triển kinh tế tại khu vực biển tranh chấp trong suốt thời gian tranh chấp. Tòa án quốc tế đã khẳng định “Bất kỳ những hành động nào của một bên gây ra những tổn hại không thể bù đắp cho bên kia trong quá trình thương lượng để đi tới một thỏa thuận phân định cuối cùng”¹⁵ là vi phạm tới nghĩa vụ này, và sự khác biệt được tạo ra bởi các hành động này để dẫn tới một sự thay đổi vật lý lâu dài, ví dụ như việc khai thác các mỏ dầu hoặc khí hoặc các hành vi thăm dò địa chấn”¹⁶. Trong vụ *Guyana v. Suriname*, Tòa đã phán quyết việc khoan thăm dò trên vùng biển đang tranh chấp là đã vi phạm đến nghĩa vụ làm hết sức mình không gây phương hại hay cản trở đến việc hoạch định cuối cùng bởi vì các hành động đó có thể tạo ra sự thay đổi vật lý đến môi trường biển và làm thay đổi tình trạng đã có sẵn (*status quo*)¹⁷.

Thứ ba, “các dàn xếp tạm thời có tính chất thực tiễn này không ảnh hưởng đến việc phân định biển cuối cùng”¹⁸.

3. Chính sách “gác tranh chấp, cùng khai thác” của Trung Quốc

Chính sách “gác tranh chấp, cùng khai thác” của Trung Quốc được Đặng Tiểu Bình đưa ra lần đầu tại Tokyo tháng 10 năm 1982¹⁹. Đây là một phương án được Trung Quốc đưa ra với quan điểm cùng hợp tác khai thác chung tại khu vực biển Đông.

Chính sách này được phía Trung Quốc diễn giải: “Khái niệm “gác tranh chấp cùng khai thác” bao gồm 4 nội dung:

1. Chủ quyền lãnh thổ là thuộc Trung Quốc;
2. Khi điều kiện cần thiết không xuất hiện để giải quyết toàn diện tranh chấp lãnh thổ, việc thảo luận vấn đề chủ quyền lãnh thổ sẽ tạm gác sang bên cạnh. Việc gác lại tranh chấp chủ quyền lãnh thổ không có nghĩa là từ bỏ chủ quyền. Đó chỉ là tạm gác tranh chấp trong một thời gian;
3. Lãnh thổ tranh chấp có thể được cùng khai thác;
4. Mục đích của cùng khai thác là duy trì sự hiểu biết lẫn nhau thông qua sự hợp tác và tạo ra các điều kiện cho việc giải quyết quyền sở hữu lãnh thổ”²⁰.

13 *Guyana/Suriname Arbitration*, UN Law of the Sea Annex VII Arb Trib, award on 17 September 2007, at para 461, online: Permanent Court of Arbitration <<http://www.pca-cpa.org/upload/files/Guyana-Suriname%20Award.pdf>>;

14 *Guyana/Suriname*, *Ibid*, at paras 471-478.

15 Ranier Lagoni, *Interim Measures Pending Maritime Delimitation Agreements*” (1984) 78 AJIL 345, at 366.

16 *Guyana/Suriname Arbitration*, para. 467.

17 *Guyana/Suriname Arbitration*, para. 480.

18 *Guyana/Suriname Arbitration*, para. 461.

19 ‘Set Aside Dispute and Pursue Joint Development’, 17 November 2000, online: Ministry of Foreign Affairs of the People’s Republic of China. https://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/ziliao_665539/3602_665543/3604_665547/t18023.shtml

20 ‘Set Aside Dispute and Pursue Joint Development’, 17 November 2000, online: Ministry of Foreign Affairs of the People’s Republic of China

Phân tích chính sách này của Trung Quốc cho thấy, mặc dù Trung Quốc đề nghị khai thác chung, nhưng mặt khác Trung Quốc vẫn khẳng định khu vực khai thác chung “chủ quyền lãnh thổ là thuộc Trung Quốc”. Trên biển Đông, dù rất muốn khai thác chung, nhưng Trung Quốc vẫn duy trì yêu sách “đường lưỡi bò” chiếm gần 80% biển Đông và chủ quyền đối với hai quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa cùng với hai khu vực khác là Pratas và Macclesfield mà Trung Quốc gọi là quần đảo Đông Sa và quần đảo Trung Sa²¹.

Quan trọng hơn, phần lớn các khu vực mà Trung Quốc đề nghị khai thác chung đều nằm trên khu vực thuộc vùng đặc quyền kinh tế hoặc thềm lục địa hiển nhiên thuộc quyền chủ quyền của nước khác.

Thời gian gần đây, Trung Quốc đã luôn gây sức ép để thực hiện “gác tranh chấp, cùng khai thác”, đặc biệt là đối với Việt Nam và Philippines. Chỉ cần một trong hai nước (hoặc Việt Nam hoặc Philippines) chấp nhận “gác tranh chấp, cùng khai thác” là Trung Quốc sẽ đạt được thành công bước đầu. Dựa trên thành công bước đầu đó, Trung Quốc sẽ dùng sức mạnh để ép các quốc gia còn lại phải thực hiện theo²². Và như vậy, nguy cơ các quốc gia tranh chấp trực tiếp với Trung Quốc tại khu vực biển Đông sẽ phải “khai thác chung” với các nguồn tài nguyên nằm trong vùng đặc quyền kinh tế hoặc thềm lục địa của chính mình, mà tại các khu vực đó, theo UNCLOS, các quốc gia đó sẽ có đặc quyền thăm dò, khai thác các nguồn tài nguyên mà không phải chia sẻ cho bất cứ ai.

“Nếu không cảnh giác và tinh táo trong khi phát biểu, đàm phán, thỏa thuận với Trung Quốc thì dễ mắc cạm bẫy của Bắc Kinh. Từ đó, họ sẽ khai thác những sơ hở.

Đường “lưỡi bò” chiếm trên 80% diện tích Biển Đông do Trung Quốc tự vạch ra xuất phát từ tham vọng độc chiếm Biển Đông, không dựa vào bất cứ một quy định nào của Công ước Liên hiệp quốc về Luật Biển 1982. Mặc dù Trung Quốc chính thức công bố, yêu sách này cũng sẽ không bao giờ được coi là một yêu sách hợp lý, có căn cứ khoa học để xem xét áp dụng giải pháp tạm thời “hợp tác khai thác chung” trong vùng chồng lấn được tạo bởi con đường “hoang tưởng” này.

Thực chất, ngoài khu vực Trường Sa, các khu vực Trung Quốc muốn “cùng khai thác” với các nước liên quan đều là các khu vực nằm trong phạm vi vùng đặc quyền về kinh tế, thềm lục địa hợp pháp của các nước có tiềm năng dầu khí và không có tranh chấp. Do vậy, đề xuất “gác tranh chấp, cùng khai thác” này của Trung Quốc không thể chấp nhận được, chí ít là về nguyên tắc”.

TS. Trần Công Trục “Gác tranh chấp, cùng khai thác' trên Biển Đông đang trở thành hiện thực?” Báo Giáo dục Việt Nam ngày 23/05/2017.

4. Quy định về khai thác chung trong luật pháp Philippines

Vấn đề khai thác chung được quy định trong Hiến pháp năm 1987 của Philippines và một số văn bản luật khác. Điều XII, khoản 2 của Hiến pháp năm 1987 quy định: “Tất cả đất đai, tài nguyên nước, khoáng sản, mỏ than, dầu mỏ và khí đốt... và các tài nguyên thiên nhiên khác thuộc sở hữu của

21 Mặc dù Trung Quốc gọi Macclesfield Bank là quần đảo Trung Sa, nhưng bãi này luôn chìm dưới mực nước biển, nên theo luật biển quốc tế, nó không thể được coi là quần đảo.

22 <https://www.voanews.com/a/if-brunei-takes-china-energy-deal-neighbors-may-follow/4690627.html>

Nhà nước... Việc thăm dò, phát triển và sử dụng các nguồn tài nguyên thiên nhiên này phải đặt dưới sự kiểm soát hoàn toàn và sự giám sát đầy đủ của Nhà nước. Nhà nước có thể đảm nhận trực tiếp việc thực hiện các hành động này hoặc có thể đưa vào các sản phẩm hợp tác chung, liên doanh hoặc thỏa thuận chia sẻ sản phẩm với các công dân Philippines, hoặc hợp tác, liên kết với ít nhất 60% số vốn thuộc sở hữu của các công dân...

Tổng thống có thể đi đến các thỏa thuận với các tập đoàn nước ngoài liên quan đến các vấn đề về công nghệ hoặc trợ giúp về tài chính cho các dự án thăm dò, phát triển và sử dụng quy mô lớn đối với các tài nguyên khoáng sản, dầu mỏ và khí đốt tuân theo các quy định của luật pháp²³.

Theo quy định này của Hiến pháp năm 1987, Chính phủ Philippines có thể thực hiện việc thăm dò, phát triển, sử dụng tài nguyên dầu khí theo các hình thức sau:

(1) Tự mình trực tiếp thực hiện;

(2) Bằng các cách: (i) sản phẩm chung; (ii) liên doanh; (iii) thỏa thuận phân chia sản phẩm với các công dân Philippines hoặc các tập đoàn, với tối thiểu 60% số vốn thuộc sở hữu của các công dân đó;

(3) Chấp nhận việc khai thác tài nguyên thiên nhiên ở quy mô nhỏ sẽ ưu tiên cho các công dân Philippines nếu luật pháp cho phép;

(4) Đối với việc thăm dò, phát triển và sử dụng khoáng sản, dầu mỏ và khí đốt ở quy mô lớn, Tổng thống có thể đi đến các thỏa thuận với các tập đoàn nước ngoài để hỗ trợ về công nghệ hoặc tài chính theo các quy định cụ thể của luật pháp liên quan²⁴.

Dựa trên quy định của Hiến pháp, Nghị viện Philippines đã ban hành Đạo luật Cộng hòa số 7492 hay còn gọi là Đạo luật

khai thác của Philippines năm 1995²⁵, trong đó quy định về việc thăm dò, phát triển, sử dụng và thực hiện quá trình khai thác các tài nguyên khoáng sản. Trước khi Hiến pháp 1987 được ban hành, Tổng thống Marcos đã ban hành Sắc lệnh số 87 kèm theo “Đạo luật thăm dò và phát triển dầu mỏ năm 1972”. Ngoài ra, nội dung này còn được giải thích bởi Tòa án Tối cao thông qua một số án lệ liên quan, điển hình là án lệ La Bugal B’laan²⁶. Theo án lệ này, quyết định khai thác dầu mỏ, khí đốt và các khoáng sản phải tuân thủ các yêu cầu sau:

(1) Hợp đồng dịch vụ (khai thác dầu khí) phải được soạn thảo tuân thủ các luật chung, thiết lập các tiêu chuẩn hay điều khoản mẫu, các điều kiện và các yêu cầu, có thể đi tới sự thống nhất các điều khoản, tránh việc đưa các điều khoản bất lợi cho đất nước;

(2) Tổng thống sẽ đại diện cho chính phủ ký kết các thỏa thuận, nhưng trước khi trình Tổng thống ký, các văn bản đó cần phải được rà soát nhiều lần ở những cấp khác nhau để đảm bảo tuân thủ pháp luật và vượt qua được sự thẩm tra của công chúng;

(3) Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày thỏa thuận có hiệu lực, Tổng thống phải có trách nhiệm trình lên Nghị viện, để cơ quan này có thể kiểm tra lại thỏa thuận và can thiệp vào bằng sự kháng nghị, nếu thấy cần thiết²⁷.

5. Khai thác chung giữa Philippines - Trung Quốc trên biển Đông: Liệu có thực hiện được?

Đầu năm 2018, truyền thông Philippines cho biết, Manila và Bắc Kinh dự định sẽ khai thác chung tại hai khu vực, lô SC 57 và SC 72²⁸. Theo lời Bộ trưởng Năng lượng của Philippines, lô SC 57 nằm hoàn toàn trong lãnh thổ của Philippines và không

23 <http://hrlibrary.umn.edu/research/Philippines/PHILIPPINE%20CONSTITUTION.pdf>

24 La Bugal B’laan Tribal Association, 445 SCRA at 100-01

25 http://www.mgb.gov.ph/images/stories/RA_7942.pdf

26 La Bugal B’laan Tribal Association, at <http://sc.judiciary.gov.ph/jurisprudence/2004/jan2004/127882.htm>

27 La Bugal B’laan Tribal Association, 445 SCRA at 125

28 <https://www.rappler.com/nation/197258-malacanang-areas-joint-exploration-china>

có tranh chấp với phía Trung Quốc tại khu vực này²⁹.

Theo quy định của pháp luật Philippines, lô SC 57 không thể là đối tượng để thực hiện việc khai thác chung, vì hoàn toàn nằm trong vùng đặc quyền kinh tế của Philippines và không có tranh chấp với bất cứ quốc gia nào.

Còn lô SC 72 hay còn gọi là Lô GSEC101, Philippines khẳng định “Lô GSEC 101 nằm hoàn toàn trong vùng đặc quyền kinh tế 200 hải lý của Philippines”³⁰. Tuy nhiên, Trung Quốc cho rằng “Trung Quốc có toàn bộ chủ quyền, quyền chủ quyền và quyền tài phán đối với Trường Sa và các vùng nước kế cận. Cái gọi là Lô GSEC101 thuộc về vùng biển của quần đảo Nam Sa của Trung Quốc”³¹. Trong Phán quyết vụ Philippines kiện Trung Quốc, Tòa Trọng tài đã khẳng định lô SC 72 và một số lô khác: “đều nằm trong khu vực mà chỉ Philippines mới có quyền sở hữu các quyền lợi biển tại các vùng biển được quy định bởi UNCLOS. Các khu vực liên quan này tạo thành vùng đặc quyền kinh tế và thêm lục địa cho Philippines”³².

Như vậy, nếu Philippines quyết định sẽ khai thác chung tại Lô SC 72, Philippines sẽ tự tước bỏ lợi ích của mình mà Tòa trọng tài đã xác định. Thêm nữa, việc khai thác chung tại Lô SC 72 sẽ có thể vi phạm Hiến pháp 1987. Philippines là một quốc gia áp dụng “tam quyền phân lập” trong cấu trúc nhà nước. Chính vì vậy, việc đánh giá quyết định khai thác chung tại Lô SC 72 có vi hiến hay không sẽ thuộc thẩm quyền của Tòa án Tối cao Philippines. Quyền Chánh án Tòa án Tối cao Philippines Antonio Carpio đã tuyên bố trên báo chí rằng, khai thác chung tại khu

vực này là vi hiến³³. Vì vậy, khả năng thực hiện được khai thác chung giữa Philippines và Trung Quốc tại khu vực này vẫn còn là xa vời.

6. Một số khuyến cáo

Khai thác chung tại các vùng biển tranh chấp hoặc tại các nguồn tài nguyên nằm trên vùng biển thuộc hai quốc gia đã được thực hiện từ khá lâu trên thế giới. Thực tiễn quốc tế gần đây chứng minh rằng, biện pháp khai thác chung có thể đem lại những lợi ích to lớn trong việc khai thác và phân chia nguồn tài nguyên giữa các quốc gia liên quan với nhau. Tuy nhiên, việc khai thác chung phải đáp ứng được các yêu cầu sau:

1. Khai thác chung phải được thực hiện trong một khu vực chồng lấn hoặc khi một nguồn tài nguyên nằm tại vùng biển thuộc hai quốc gia khác nhau, được xác định rõ ràng, phù hợp với luật pháp quốc tế.

2. Cơ chế, phương thức hợp tác khai thác chung phải dựa trên cơ sở luật pháp quốc tế. Tranh chấp biển Đông là một trong những tranh chấp phức tạp nhất thế giới, vì thế không có một mô hình nào hay phương thức hợp tác chung duy nhất nào có thể áp dụng thành công ở biển Đông. Trong đó, điều quan trọng là hợp tác khai thác chung phải đảm bảo phân chia lợi ích của các bên một cách bình đẳng.

3. Việc khai thác chung này không làm ảnh hưởng đến quá trình đàm phán cũng như yêu sách chủ quyền của mỗi bên. Các bên liên quan có thể đi tới một thỏa thuận về khai thác chung và thỏa thuận này không phương hại đến lập trường, quá trình đàm phán cũng như giải pháp cuối cùng là phân định vùng biển chồng lấn giữa các bên ■

29 <https://news.abs-cbn.com/news/09/27/17/ph-china-set-bilateral-meeting-for-joint-development-in-west-ph-sea>

30 Note Verbale from the Department of Foreign Affairs of the Republic of the Philippines to the Embassy of the People's Republic of China in Manila, No. 110885 (4 Apr. 2011), p. 2.

31 Note Verbale from the Embassy of the People's Republic of China in Manila to the Department of Foreign Affairs of the Republic of the Philippines, No. (10)PG-047 (22 Feb. 2010), p. 1.

32 Award of Arbitral Tribunal under Annex VII to UNCLOS between The Philippines and China, 2016, para. 697

33 <https://www.philstar.com/headlines/2018/11/27/1872058/antonio-carpio-joint-exploration-exploitation-west-philippine-sea-unconstitutional>

NHỮNG YÊU CẦU ĐẶT RA KHI XÂY DỰNG LUẬT VỀ TỔ CHỨC THI HÀNH PHÁP LUẬT

Nguyễn Minh Phương*

Vũ Thị Thu Hằng**

* PGS. TS. Trường Đại học Nội vụ Hà Nội

** TS. Trường Đại học Nội vụ Hà Nội

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Thi hành pháp luật; ban hành pháp luật; bảo vệ pháp luật; hệ thống pháp luật

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 24/07/2018

Biên tập : 07/08/2018

Duyệt bài : 14/08/2018

Article Infomation:

Keywords: Law enforcement; law issuance; legal protection; law system

Article History:

Received : 24 Jul. 2018

Edited : 07 Aug. 2018

Approved : 14 Aug. 2018

Tóm tắt:

Nghị quyết Đại hội Đảng lần thứ XII tiếp tục đặt mục tiêu đẩy mạnh việc hoàn thiện pháp luật gắn với tổ chức thi hành pháp luật. Xây dựng Luật về Tổ chức thi hành pháp luật theo hướng phát triển năng lực thực thi pháp luật của các chủ thể tổ chức thi hành pháp luật là một trong những giải pháp góp phần hoàn thiện thể chế về thực thi pháp luật nói chung, pháp luật công vụ nói riêng.

Abstract

The Resolution of the 12th Section Party continues an aim at boosting the completion of the law making associated with law enforcement. Development of the Law on Arrangement of Law Enforcement in the direction of building of law enforcement capacity of law enforcement entities as one of the solutions for institutional improvements of the law enforcement mechanism in general, civil laws in particular.

1. Sự cần thiết xây dựng Luật về Tổ chức thi hành pháp luật

Nghị quyết số 48-NQ/TW của Bộ Chính trị khoá IX về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020 đã nêu rõ một trong những nhiệm vụ quan trọng hàng đầu của Đảng và Nhà nước là phải nâng cao năng lực, hiệu quả thi hành pháp luật (THPL); đổi mới căn bản cơ chế

xây dựng và thực hiện pháp luật, phát huy vai trò và hiệu lực của pháp luật để góp phần quản lý xã hội, giữ vững ổn định chính trị, phát triển kinh tế, hội nhập quốc tế, xây dựng Nhà nước trong sạch, vững mạnh.

Sau gần 15 năm thực hiện Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật, công tác xây dựng và tổ chức THPL đã đạt được những kết quả nhất định. Hệ thống pháp luật ngày càng hoàn thiện, cơ bản thể

chế hoá kịp thời các chủ trương, đường lối của Đảng, cụ thể hoá các quy định của Hiến pháp. Quy trình xây dựng văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) có nhiều đổi mới, tạo chuyển biến tích cực cả về chất lượng văn bản và kỹ thuật lập pháp. Công tác tổ chức THPL được mở rộng. Việc ban hành văn bản quy định chi tiết, hướng dẫn thi hành luật, pháp lệnh kịp thời hơn; công tác giám sát, kiểm tra, xử lý văn bản pháp luật bước đầu có chuyển biến tích cực; công tác phổ biến, tuyên truyền, giáo dục pháp luật, trợ giúp pháp lý được triển khai đồng bộ hơn với nhiều hình thức phong phú đã góp phần nâng cao nhận thức, ý thức tôn trọng và chấp hành pháp luật trong cán bộ, đảng viên và Nhân dân.

Thực tế cho thấy, công tác tổ chức THPL còn nhiều bất cập, hạn chế. Tình trạng nợ đọng văn bản quy định chi tiết, hướng dẫn thi hành còn khá phổ biến; công tác rà soát, hệ thống hóa và pháp điển hóa chưa được triển khai hiệu quả; đội ngũ cán bộ, công chức làm công tác xây dựng pháp luật chưa đáp ứng yêu cầu nhiệm vụ; cơ chế phân công, phối hợp giữa các cơ quan trong xây dựng và tổ chức THPL chưa đồng bộ, có lúc còn phân tán, có nơi còn cục bộ. Cơ chế để Nhân dân tích cực tham gia vào các hoạt động xây dựng pháp luật và giám sát THPL chưa được phát huy¹. Do vậy, Nghị quyết Đại hội Đảng lần thứ XII tiếp tục đặt mục tiêu đẩy mạnh việc hoàn thiện pháp luật gắn với tổ chức THPL²; bảo đảm pháp luật vừa là công cụ để Nhà nước quản lý xã hội, vừa là công cụ để Nhân dân kiểm tra, giám sát quyền lực nhà nước.

Quyết định số 242/QĐ-TTg ngày

26/02/2018 của Thủ tướng Chính phủ phê duyệt đề án “Đổi mới, nâng cao hiệu quả công tác tổ chức THPL” giai đoạn 2018-2020 đề ra nhiệm vụ: “Nghiên cứu, xây dựng đề xuất chính sách phục vụ việc lập hồ sơ trình Chính phủ đề nghị xây dựng Luật về Tổ chức THPL”. Đây là một trong những nhiệm vụ nhằm góp phần hoàn thiện thể chế về tổ chức thi hành và theo dõi THPL.

Nội hàm khái niệm THPL là tổ chức thực hiện và kiểm tra, giám sát việc thi hành Hiến pháp và pháp luật; giải quyết khiếu nại, tố cáo và kiến nghị của công dân; ban hành văn bản pháp luật, kế hoạch triển khai thực hiện; phổ biến, giáo dục pháp luật; thanh tra, kiểm tra, giám sát việc thực hiện pháp luật. Tuy nhiên, những quy định về trách nhiệm, thẩm quyền, nội dung tổ chức THPL chỉ đạt được hiệu quả nếu các chủ thể có thẩm quyền, trách nhiệm tổ chức THPL có năng lực thực thi pháp luật. Do vậy, xây dựng Luật Tổ chức THPL cần hướng tới phát triển năng lực thực thi pháp luật của các chủ thể tổ chức THPL trên các phương diện: 1) quy định về trách nhiệm đánh giá và phản ứng chính sách của các cơ quan, tổ chức, cán bộ, công chức trong THPL; 2) quy định cơ chế phối hợp giữa cơ quan ban hành pháp luật, cơ quan tổ chức THPL và cơ quan bảo vệ pháp luật; 3) quy định trách nhiệm giải trình của các chủ thể tổ chức THPL; 4) hình thành cơ chế pháp lý xem xét, xử lý đối với những vi phạm trong quá trình tổ chức THPL.

Điều này đặc biệt có ý nghĩa trong hoàn thiện thể chế góp phần nâng cao năng lực thực thi pháp luật công vụ. Bởi lẽ, khi hoạt động công vụ được hiểu theo nghĩa rộng là hoạt động mang tính quyền lực -

1 Kết luận số 01-KL/TW, ngày 04/4/2016 của Bộ Chính trị về việc tiếp tục thực hiện Nghị quyết số 48-NQ/TW của Bộ Chính trị khóa IX về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020

2 Đảng Cộng sản Việt Nam (2016), Văn kiện Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ XII, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 173 – 176.

pháp lý được thực thi bởi đội ngũ cán bộ, công chức nhà nước hoặc những người khác được Nhà nước trao quyền nhằm thực hiện các chức năng, nhiệm vụ của Nhà nước trong quá trình quản lý các hoạt động của đời sống xã hội thì pháp luật về công vụ là toàn bộ hệ thống pháp luật; đội ngũ thực thi pháp luật công vụ chính là các chủ thể tổ chức THPL. Do vậy, Luật Tổ chức THPL là một trong những cơ chế bảo đảm cho việc nâng cao năng lực thực thi pháp luật công vụ, hiệu quả thực thi pháp luật công vụ trong giai đoạn hiện nay.

2. Một số yêu cầu cơ bản của Luật Tổ chức thi hành pháp luật

Thứ nhất, quy định nghĩa vụ và trách nhiệm của các cơ quan, tổ chức, cán bộ, công chức trong đánh giá và phản ứng chính sách khi THPL.

Nghị định số 34/2016/NĐ-CP ngày 14/5/2016 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Ban hành VBQPPL đã có các quy định về xây dựng nội dung của chính sách, đánh giá tác động của chính sách, phương pháp đánh giá tác động của chính sách. Tuy nhiên, đây chủ yếu là những quy định về chính sách trong xây dựng VBQPPL. Trong khi đó, cơ chế đánh giá tác động của chính sách trong VBQPPL cần được thực hiện và bảo đảm tính kết nối trong cả ba giai đoạn: đề xuất ban hành, soạn thảo và tổ chức thực hiện.

Trong thực thi pháp luật về công vụ, đánh giá chính sách là nhiệm vụ rất quan trọng của các chủ thể thực thi pháp luật công vụ. Sau nhiều năm thực hiện cải cách nền hành chính nhà nước, nhiều chính sách đẩy mạnh cải cách chế độ công vụ, công chức cần phải được đánh giá như: chính sách giảm quy mô công vụ, tinh giản biên chế;

chính sách đối với người có tài năng; chính sách đánh giá công chức; chính sách tiền lương, bảo hiểm xã hội... Đây là hệ thống các chính sách được đề ra trong triển khai thực thi Luật Cán bộ, công chức năm 2008, Nghị quyết 30c/NQ-CP ngày 08/11/2011 của Chính phủ ban hành Chương trình tổng thể cải cách hành chính nhà nước giai đoạn 2011 - 2020, Quyết định số 1557/QĐ-TTg ngày 18/10/2012 của Thủ tướng Chính phủ phê duyệt Đề án “Đẩy mạnh cải cách chế độ công vụ, công chức” giai đoạn 2012 - 2015. Tuy nhiên, những chính sách này chưa được tổng kết và đánh giá cụ thể làm cơ sở cho việc xây dựng các chính sách công vụ trong giai đoạn tiếp theo.

Theo quy định của Nghị định số 59/2012/NĐ-CP ngày 23/7/2012 của Chính phủ quy định về theo dõi tình hình THPL, trong quá trình theo dõi THPL, các bộ, cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc Chính phủ, Ủy ban nhân dân các cấp theo dõi tình hình THPL phải xem xét, đánh giá trên ba nội dung cơ bản: 1) Tình hình ban hành văn bản quy định chi tiết thi hành VBQPPL; 2) Tình hình bảo đảm các điều kiện cho THPL; (3) Tình hình tuân thủ pháp luật³. Mặc dù khi xem xét, đánh giá tình hình văn bản quy định chi tiết thi hành VBQPPL, Nghị định số 59/2012/NĐ-CP đã đặt ra yêu cầu về nội dung đánh giá bao gồm: tính kịp thời, đầy đủ của việc ban hành văn bản quy định chi tiết; tính thống nhất, đồng bộ; tính khả thi của văn bản⁴, tuy nhiên, Nghị định chưa quy định trách nhiệm đánh giá tính khả thi chính sách của văn bản pháp luật. Theo chúng tôi, cần phân biệt nhiệm vụ đánh giá tính khả thi của văn bản và tính khả thi của chính sách. Một chính sách có thể rất khả thi nhưng do kỹ thuật chuyển tải chính sách trong văn bản

3 Điều 7 Nghị định 59/2012/NĐ-CP ngày 23/7/2012 về theo dõi tình hình THPL.

4 Điều 8 Nghị định 59/2012/NĐ-CP ngày 23/7/2012 về theo dõi tình hình THPL.

pháp luật chưa đáp ứng yêu cầu dẫn đến hiệu lực, hiệu quả của văn bản thấp hoặc ngược lại, văn bản được bảo đảm hiệu lực thi hành nhưng chính sách chưa phù hợp, chưa đáp ứng yêu cầu của cuộc sống. Do vậy, Luật Tổ chức THPL cần quan tâm đến biện pháp nâng cao năng lực thực thi pháp luật thông qua những quy định cụ thể về trách nhiệm đánh giá chính sách của các chủ thể tổ chức thực thi.

Những quy định của Luật Tổ chức THPL phải thúc đẩy năng lực thu thập thông tin, năng lực phân tích thông tin và đưa ra sự đánh giá. Năng lực thu thập thông tin, phân tích thông tin là những năng lực quan trọng nhất giúp các chủ thể thực thi pháp luật hoàn thành việc nâng cao năng lực đánh giá thực thi pháp luật. Đây cũng chính là những giải pháp mang tính nền tảng cho việc nâng cao năng lực đề xuất và xây dựng chính sách của Chính phủ trong thực thi pháp luật nói chung và pháp luật về công vụ nói riêng.

Năng lực đánh giá chính sách và năng lực phản ứng chính sách luôn là những yêu cầu cần thiết mang tính song hành trong tổ chức THPL. Đề án “Đổi mới, nâng cao hiệu quả công tác tổ chức THPL” giai đoạn 2018 - 2022 đã đặt ra yêu cầu về việc xác lập quy trình tiếp nhận, xử lý kiến nghị, phản ánh của cơ quan, tổ chức, cá nhân về tình hình THPL một cách thống nhất từ trung ương đến địa phương. Do vậy, Luật Tổ chức THPL cần dành một chương quy định về quy trình tiếp nhận, xử lý kiến nghị, phản ánh của cơ quan, tổ chức, cá nhân về tình hình THPL bởi đây là cơ chế rất quan trọng giúp thực hiện quyền hiến định của Nhân dân (quyền tham gia quản lý nhà nước và xã hội, tham gia thảo luận và kiến nghị với cơ quan nhà nước về các vấn đề của cơ sở, địa phương và cả nước) và là một cơ chế để Nhân dân kiểm soát quyền lực nhà nước. Cơ chế tiếp nhận, xử lý kiến nghị, phản ánh của cơ quan, tổ chức, cá nhân về tình

hình THPL phải công khai, minh bạch. Luật Tổ chức THPL phải quy định rõ quy trình tiếp nhận kiến nghị, phản ánh về tình hình THPL; quy trình xử lý kiến nghị, phản hồi ý kiến; những yêu cầu trong năng lực, hành vi của cán bộ, công chức khi thực thi công vụ và đặc biệt là phải quan tâm đến việc quy định trách nhiệm của Bộ trưởng, người đứng đầu các cơ quan trong việc xử lý theo thẩm quyền các phản ánh, kiến nghị của cơ quan, tổ chức, cá nhân và quy chế phối hợp giữa Bộ, cơ quan ngang Bộ trong phản ứng chính sách, tổ chức THPL đối với những vụ việc có tính chất phức tạp, liên ngành. Đồng thời qua đó gắn kết những yêu cầu, phản ánh, kiến nghị về THPL với quá trình xây dựng, hoàn thiện pháp luật.

Thứ hai, quy định cơ chế phối hợp giữa cơ quan ban hành pháp luật, cơ quan tổ chức THPL và cơ quan bảo vệ pháp luật.

Thước đo hiệu lực, hiệu quả của công tác thực thi pháp luật bao gồm nhiều tiêu chí khác nhau như: chất lượng VBQPPL, kết quả tác động của văn bản đến các quan hệ xã hội được điều chỉnh, chi phí trong hoạt động xây dựng, ban hành, tổ chức và giám sát thực hiện. Do vậy, cơ chế phối hợp giữa cơ quan ban hành, cơ quan tổ chức THPL và cơ quan bảo vệ pháp luật có vai trò rất quan trọng nhằm bảo đảm hiệu lực của pháp luật. Mục tiêu của hoạt động tổ chức thực thi pháp luật là phải đo lường, đánh giá được tác động của văn bản pháp luật trên cả hai mặt: tích cực và tiêu cực; những thuận lợi, khó khăn trong quá trình tổ chức thực thi pháp luật, để từ đó sớm có những đề xuất với cơ quan ban hành pháp luật điều chỉnh chính sách, pháp luật kịp thời.

Trong thực thi pháp luật về công vụ, cần xây dựng cơ chế phối hợp giữa Quốc hội và Chính phủ theo hướng kết quả hoạt động giám sát của Quốc hội đối với hoạt động tổ chức THPL về công vụ là cơ sở để

thẩm định, thẩm tra những chính sách công vụ mới do Chính phủ trình. Tiêu chí xem xét trạng thái của các quan hệ xã hội trước và sau khi có sự điều chỉnh của hệ thống pháp luật về công vụ phải được coi là tiêu chí quan trọng nhất khi đo lường tính hiệu lực, hiệu quả của hoạt động ban hành pháp luật về công vụ. Do đó, báo cáo về kết quả giám sát thực hiện pháp luật công vụ cần phải xem xét được được tiến hành thẩm tra kỹ lưỡng để trở thành cơ sở quan trọng cho hoạt động xây dựng và ban hành pháp luật công vụ. Thêm vào đó, cần nghiên cứu vai trò, cơ chế phối hợp của Tòa án trong việc đề nghị xem xét tính hợp pháp, tính hợp lý của các VBQPPL khi quy định của các VBQPPL đó được áp dụng để giải quyết các vụ việc cụ thể tại Tòa án, trên cơ sở đề nghị của Tòa án với tư cách là chủ thể có thẩm quyền tổ chức THPL, Quốc hội thực hiện quyền giám sát tối cao. Như vậy, Luật Tổ chức THPL cần ghi nhận quyền kiến nghị giám sát của các chủ thể tổ chức THPL trong mối tương quan với Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và Hội đồng nhân dân (HĐND) năm 2015.

Thứ ba, quy định rõ trách nhiệm giải trình của các chủ thể tổ chức THPL làm cơ sở cho cơ chế giải trình của các chủ thể THPL trên mọi lĩnh vực, trong đó có pháp luật về công vụ.

Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và HĐND năm 2015 đã có những quy định về cơ chế giải trình trước Quốc hội, trong đó có cơ chế giải trình tại Hội đồng Dân tộc và các Ủy ban của Quốc hội. Theo đó, Hội đồng Dân tộc, Ủy ban của Quốc hội có quyền yêu cầu thành viên Chính phủ giải trình về những vấn đề thuộc lĩnh vực Hội đồng Dân tộc, Ủy ban của Quốc hội phụ trách. Sau phiên giải trình, Hội đồng Dân tộc, Ủy ban của Quốc hội xem xét, thông qua kết luận về

vấn đề được giải trình. Cơ quan, cá nhân có liên quan có trách nhiệm thực hiện kết luận của Hội đồng Dân tộc, Ủy ban của Quốc hội; trường hợp không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ thì Hội đồng Dân tộc, Ủy ban của Quốc hội báo cáo Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH) xem xét, quyết định⁵

Tuy nhiên, cơ chế giải trình trước Quốc hội và các cơ quan của Quốc hội là cơ chế giải trình trong hoạt động giám sát tối cao của Quốc hội. Luật Tổ chức THPL cần xây dựng cơ chế giải trình tổ chức thực thi pháp luật trong hoạt động giám sát của Nhân dân; cơ chế phản hồi ý kiến đóng góp của Nhân dân đối với hoạt động tổ chức THPL của Chính phủ, các bộ, ngành và chính quyền địa phương.

Theo quy định của Hiến pháp năm 2013, Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015, Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ phải thực hiện chế độ báo cáo trước Nhân dân về những vấn đề quan trọng thuộc trách nhiệm quản lý. Tổ chức THPL là một trong những nhiệm vụ rất quan trọng của quyền hành pháp. Khi thực hiện quyền hành pháp, Chính phủ cần có cơ chế giải trình trước Nhân dân nhằm bảo đảm sự kiểm soát của Nhân dân đối với hoạt động của các cơ quan tổ chức THPL. Nội dung giải trình phải tập trung làm rõ tình hình ban hành văn bản quy định chi tiết thi hành VBQPPL (tính kịp thời, thống nhất, đồng bộ); tình hình tuân thủ pháp luật của các chủ thể tổ chức thi hành và các đối tượng thi hành; đánh giá về tính khả thi của các VBQPPL được tổ chức thi hành; các giải pháp khắc phục tình trạng vi phạm pháp luật trong công tác tổ chức thi hành. Trên cơ sở đó, xây dựng quy trình để Nhân dân có thể thực hiện được quyền bãi nhiệm đại biểu Quốc hội đã được Hiến pháp quy định.

5 Điều 43 Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và HĐND năm 2015.

Thứ tư, quy định khung tiêu chí đánh giá năng lực thực thi pháp luật về công vụ của đội ngũ cán bộ, công chức

Để thực hiện mục tiêu đến năm 2025 xây dựng được đội ngũ cán bộ các cấp đáp ứng tiêu chuẩn chức danh, vị trí việc làm và khung năng lực theo quy định, một trong năm đột phá phải thực hiện là đổi mới công tác đánh giá theo hướng: xuyên suốt, liên tục, đa chiều, theo tiêu chí cụ thể, bằng sản phẩm, thông qua khảo sát, công khai kết quả và so sánh với chức danh tương đương. Đây chính là định hướng quan trọng cho việc xây dựng bộ tiêu chí đánh giá cán bộ, công chức nói chung và cán bộ, công chức thực thi pháp luật công vụ nói riêng trong giai đoạn từ năm 2020 đến năm 2030.

Căn cứ tiêu chuẩn chức vụ, chức danh, tiêu chuẩn ngạch công chức, chức vụ lãnh đạo, quản lý của đội ngũ cán bộ, công chức làm công tác tổ chức thi hành và theo dõi THPL, Luật Tổ chức THPL có thể xác định những tiêu chí cơ bản trong đánh giá năng lực tổ chức thi hành và theo dõi THPL để các cơ quan, tổ chức quản lý, sử dụng cán bộ, công chức xây dựng tiêu chí cụ thể để đánh giá năng lực tổ chức THPL của cán bộ, công chức. Trên cơ sở đó, Bộ Nội vụ xây dựng tiêu chí cụ thể đánh giá năng lực tổ chức THPL công vụ của cán bộ, công chức trên 04 lĩnh vực cơ bản: 1) Năng lực đánh giá chính và phản ứng chính sách về công vụ; 2) Năng lực soạn thảo văn bản pháp luật điều chỉnh quan hệ công vụ bảo đảm tính hợp hiến, hợp pháp; 3) Trách nhiệm giải trình; 4) Năng lực rà soát, kiểm tra, đánh giá tình hình THPL công vụ. Từ đó, bổ sung các tiêu chí đánh giá năng lực tổ chức THPL công vụ của đội ngũ cán bộ, công chức được giao nhiệm vụ tổ chức và theo dõi THPL công vụ.

Xây dựng tiêu chí cụ thể đánh giá năng lực thực thi pháp luật công vụ của đội ngũ cán bộ, công chức sẽ là một trong những giải pháp

góp phần thực hiện nhiệm vụ trọng tâm về đổi mới công tác đánh giá cán bộ, công chức; nâng cao chất lượng nguồn nhân lực trong tổ chức THPL; thông qua đó nghiên cứu, xây dựng các tiêu chí cụ thể, định lượng để xác định được mức độ thực thi pháp luật, cũng như đánh giá được chính xác, toàn diện hiệu quả, tác động của VBQPPL trong thực tiễn.

Thứ năm, quy định cơ chế pháp lý xem xét, xử lý đối với những vi phạm trong quá trình tổ chức THPL.

Cơ chế xem xét, xử lý vi phạm pháp luật trong quá trình tổ chức THPL được tiếp cận điều chỉnh ở hai góc độ: xử lý vi phạm pháp luật đối với chủ thể tổ chức THPL và xử lý vi phạm pháp luật đối với những hành vi phạm được phát hiện trong quá trình quản lý, tổ chức THPL.

Đối với cơ chế xử lý vi phạm đối với chủ thể tổ chức THPL, Luật Tổ chức THPL cần quy định cụ thể các nhiệm vụ, quyền hạn tổ chức THPL của Chính phủ và chính quyền địa phương các cấp làm cơ sở cho việc xem xét, đánh giá hành vi vi phạm pháp luật của các chủ thể. Đồng thời xác định rõ cơ chế xử lý vi phạm đối với từng hành vi đó (thông qua hậu quả pháp lý trong hoạt động giám sát tối cao của Quốc hội hay hoạt động tài phán hành chính).

Theo quy định của pháp luật hiện hành, Chính phủ có trách nhiệm ban hành kịp thời và đầy đủ các văn bản pháp luật để thi hành Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết của UBTVQH, lệnh, quyết định của Chủ tịch nước và để thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn được giao; bảo đảm tính hợp hiến, hợp pháp và tính thống nhất trong các VBQPPL của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ và của chính quyền địa phương; kiểm tra việc thi hành các văn bản đó và xử lý các văn bản trái Hiến pháp và pháp luật; tổng hợp đánh giá tình hình thi

hành Hiến pháp, pháp luật và báo cáo Quốc hội, UBTWQH, Chủ tịch nước theo quy định của pháp luật⁶. Chính quyền địa phương ở các cấp đơn vị hành chính có trách nhiệm tổ chức và bảo đảm việc thi hành Hiến pháp và pháp luật trên địa bàn⁷.

Trong quá trình thực thi nhiệm vụ tổ chức thi hành Hiến pháp và pháp luật, cơ chế xem xét, đánh giá hành vi của các chủ thể tổ chức THPL chủ yếu được thực hiện thông qua cơ chế giám sát của Quốc hội và HĐND với các hình thức như: xem xét báo cáo hoạt động, chất vấn và yêu cầu trả lời chất vấn, xem xét đình chỉ, bãi bỏ văn bản trái Hiến pháp, luật, pháp lệnh, thành lập Ủy ban lâm thời điều tra, tổ chức đoàn giám sát... Kết quả của hoạt động giám sát sẽ đánh giá cụ thể về kết quả thực hiện nhiệm vụ; trách nhiệm của chủ thể tổ chức THPL, các vấn đề còn tồn tại, biện pháp giải quyết. Từ đó Quốc hội và HĐND sẽ yêu cầu chủ thể tổ chức THPL tiếp tục thực hiện các kết luận giám sát. Tuy nhiên, Luật Hoạt động

giám sát của Quốc hội và HĐND chưa thực sự xây dựng được cơ chế kết nối giữa hậu quả pháp lý của hoạt động giám sát với cơ chế bỏ phiếu tín nhiệm đối với đối tượng giám sát.

Luật Tổ chức THPL cần phải tính đến cơ chế này. Hoàn thiện thể chế về tổ chức THPL không chỉ dừng lại ở nhiệm vụ quy định rõ ràng về trách nhiệm, thẩm quyền, nội dung tổ chức THPL mà cần tiếp tục hoàn thiện mạnh mẽ cơ chế xử lý vi phạm trong quá trình tổ chức THPL, đặc biệt xác định rõ trách nhiệm và chế độ tín nhiệm đối với người đứng đầu các ngành, lĩnh vực và địa phương để góp phần khắc phục những hạn chế về năng lực tổ chức THPL của các cơ quan, tổ chức, cá nhân.

Ngoài ra, Luật Tổ chức THPL cần hình thành cơ chế pháp lý để Chính phủ thực hiện quyền yêu cầu xem xét, xử lý bằng thủ tục tư pháp đối với mọi vi phạm nghiêm trọng được phát hiện trong quá trình quản lý, tổ chức THPL.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Bộ Chính trị (2016), Kết luận số 01-KL/TW ngày 04/4/2016 của Bộ Chính trị về việc tiếp tục thực hiện Nghị quyết số 48-NQ/TW của Bộ Chính trị khóa IX về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020
2. Bộ Tư pháp (2018), Báo cáo số 01/BC-BTP ngày 02/01/2018 về Tổng kết công tác tư pháp năm 2017 và phương hướng, nhiệm vụ, giải pháp công tác năm 2008.
3. Chính phủ (2012), Nghị định số 59/2012/NĐ-CP ngày 23/7/2012 về theo dõi tình hình THPL.
4. Đảng Cộng sản Việt Nam (2016), Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ XII, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội.
5. Quốc hội (2015), Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và HĐND năm 2015.
6. Thủ tướng Chính phủ (2012); Quyết định số 1557/QĐ-TTg ngày 18/10/2012 phê duyệt Đề án “Đẩy mạnh cải cách chế độ công vụ, công chức”.
7. Thủ tướng Chính phủ (2016); Quyết định số 225/QĐ-TTg ngày 04/02/2016 phê duyệt kế hoạch cải cách hành chính nhà nước giai đoạn 2016 – 2020.
8. Thủ tướng Chính phủ (2018), Quyết định số 242/QĐ-TTg ngày 26/02/2018 phê duyệt đề án “Đổi mới, nâng cao hiệu quả công tác tổ chức THPL” giai đoạn 2018-2020.

6 Điều 6 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015.

7 Điều 17, 24, 31 Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015.

CHỦ THỂ GIAO DỊCH QUYỀN SỬ DỤNG ĐẤT THEO QUY ĐỊNH CỦA LUẬT ĐẤT ĐAI

Châu Thị Khánh Vân*

** TS. Phó Trưởng khoa Luật kinh tế, Trường Đại học Kinh tế - Luật TP. Hồ Chí Minh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: quyền sử dụng đất, giao dịch quyền sử dụng đất, chủ thể giao dịch quyền sử dụng đất

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 20/09/2018

Biên tập : 05/10/2018

Duyệt bài : 12/10/2018

Article Information:

Keywords: land use rights, land use rights transaction, transaction participants in the land use rights

Article History:

Received : 20 Sep. 2018

Edited : 05 Oct. 2018

Approved : 12 Oct. 2018

Tóm tắt:

Tại Việt Nam, không cho phép giao dịch đối với đất, mà chỉ được giao dịch với quyền sử dụng đất. Do vậy, quyền sử dụng đất có ý nghĩa lớn đối với chủ thể sử dụng đất và sự phát triển của thị trường bất động sản. Tuy nhiên, các quy định của Luật Đất đai năm 2013 về chủ thể giao dịch quyền sử dụng đất còn có một số bất cập cần được tiếp tục hoàn thiện.

Abstract

In Vietnam, land transactions are not permitted, only transactions of land use rights are applicable. Hence, land use rights provides an essential significance to the land users and plays an important role for developments of the real estate market. However, the provisions under the Law on Land of 2013 on the transaction participants of land use rights do appear shortcomings that need to be further improved.

1. Quy định pháp luật về chủ thể giao dịch quyền sử dụng đất

Giao dịch quyền sử dụng đất (QSDĐ) là hợp đồng hoặc hành vi pháp lý đơn phương làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của các bên đối với QSDĐ. Các loại hình giao dịch QSDĐ bao gồm: chuyển đổi, chuyển nhượng, tặng cho, thừa kế, góp vốn, thế chấp, cho thuê (cho thuê lại). Theo quy định của Luật Đất đai năm 2013 (Luật Đất đai), bên chuyển đổi, bên chuyển nhượng,

bên tặng cho, bên thừa kế, bên góp vốn bằng QSDĐ, bên thế chấp, bên cho thuê (bên cho thuê lại) QSDĐ (gọi chung là bên tiến hành giao dịch QSDĐ) và bên nhận chuyển đổi, bên nhận chuyển nhượng, bên nhận tặng cho, bên nhận thừa kế, bên nhận góp vốn bằng QSDĐ, bên nhận thế chấp, bên thuê (bên thuê lại) (gọi chung là bên tham gia giao dịch) chỉ có quyền giao dịch và tiến hành giao dịch khi đáp ứng các điều kiện sau:

Đối với bên tiến hành giao dịch**- Phải là chủ thể sử dụng đất (SDĐ)**

Về nguyên tắc, để có quyền giao dịch QSDĐ, bên tiến hành giao dịch, trước hết, phải là chủ thể SDĐ¹. Tư cách chủ thể của bên tiến hành giao dịch phải được cơ quan nhà nước có thẩm quyền xác nhận thông qua giấy chứng nhận QSDĐ. Chính vì vậy, khi quy định về thời điểm và điều kiện và tiến hành giao dịch QSDĐ, Luật Đất đai buộc bên tiến hành phải có giấy chứng nhận QSDĐ². Trong một số trường hợp, Luật Đất đai cho phép người không phải là chủ thể SDĐ được phép tiến hành giao dịch. Những người không phải là chủ thể SDĐ vẫn có quyền giao dịch bao gồm: người thuê lại đất của chủ đầu tư thuê đất của Nhà nước để xây dựng kết cấu hạ tầng trong khu công nghiệp, cụm công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao, khu kinh tế (chủ đầu tư kết cấu hạ tầng) có quyền thực hiện tất cả các giao dịch, trừ giao dịch chuyển đổi, để thừa kế. Nếu thuê lại đất trả tiền thuê lại đất hàng năm có quyền cho thuê lại QSDĐ; người không có QSDĐ tại Việt Nam, nhưng được tặng cho, để thừa kế QSDĐ có quyền tặng cho, chuyển nhượng QSDĐ. Trường hợp này, do bên tiến hành giao dịch không phải là chủ thể SDĐ nên không được cấp giấy chứng nhận. Do vậy, các đối tượng này có quyền tiến hành giao dịch mà không cần giấy chứng nhận quyền sử dụng, trừ trường hợp người thuê lại đất của chủ đầu tư đầu tư kết cấu hạ tầng trong khu công nghiệp, cụm công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao, khu kinh tế³. Trong các trường hợp vừa

nêu, bên tiến hành giao dịch chỉ cần giấy chứng nhận QSDĐ mang tên bên tặng cho (đối với trường hợp tặng cho), giấy tờ chứng minh quyền thừa kế (đối với trường hợp thừa kế). Trong các trường hợp khác, người không phải là chủ thể SDĐ chỉ có quyền tiến hành giao dịch QSDĐ khi được chủ sở hữu cho phép.

- Phải được Luật Đất đai cho phép giao dịch

Theo quy định của Luật Đất đai, những chủ thể được phép giao dịch QSDĐ bao gồm: hộ gia đình, cá nhân trong nước, tổ chức kinh tế, tổ chức sự nghiệp công lập tự chủ tài chính, người Việt Nam định cư ở nước ngoài, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài. Các chủ thể này có quyền giao dịch khi SDĐ theo các hình thức: được Nhà nước giao đất có thu tiền SDĐ, mà không được miễn tiền SDĐ, trừ trường hợp được miễn tiền SDĐ để thực hiện dự án kinh doanh nhà ở; thuê đất trả tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê mà không được miễn tiền thuê đất, trừ trường hợp được miễn tiền thuê đất để thực hiện dự án kinh doanh nhà ở; thuê đất trả tiền cho nhiều năm mà tiền đã trả cho thời hạn thuê còn lại ít nhất là 5 năm; công nhận QSDĐ như giao đất có thu tiền SDĐ mà không được miễn tiền SDĐ; nhận chuyển QSDĐ. Đối với người thuê lại đất của chủ đầu tư kết cấu hạ tầng trong khu công nghiệp, cụm công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao, khu kinh tế thì phải trả tiền thuê đất một lần và bên cho thuê lại phải SDĐ theo hình thức trả tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê. Trong

1 Chủ thể SDĐ theo quy định tại Điều 5 Luật Đất đai năm 2013 là người được Nhà nước giao đất, người được Nhà nước cho thuê đất, người được Nhà nước công nhận QSDĐ, người nhận chuyển QSDĐ từ người SDĐ khác thông qua các hình thức như nhận chuyển đổi, nhận chuyển nhượng, nhận tặng cho, nhận thừa kế, nhận góp vốn bằng QSDĐ.

2 Khoản 1 Điều 168 và Điểm a Khoản 1 Điều 188 Luật Đất đai năm 2013.

3 Do trường hợp này được cấp giấy chứng nhận QSDĐ theo quy định tại điểm e Khoản 1 Điều 99 Luật Đất đai năm 2013.

trường hợp bên cho thuê lại trả tiền thuê đất hàng năm thì bên thuê lại ngoài điều kiện phải trả tiền thuê một lần còn phải đáp ứng điều kiện: thuê lại đất trước ngày 01/7/2014 (trước ngày Luật Đất đai có hiệu lực)⁴ và bên cho thuê lại (chủ đầu tư kết cấu hạ tầng trong các khu vực này) đã nộp đủ tiền thuê đất vào ngân sách nhà nước.

Các chủ thể nêu trên có quyền giao dịch QSDĐ thông qua các hình thức: chuyển nhượng, tặng cho, cho thuê (cho thuê lại), thế chấp, góp vốn bằng QSDĐ. Đối với giao dịch tặng cho QSDĐ, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài chỉ có quyền tặng cho QSDĐ trong trường hợp QSDĐ được hình thành do nhà đầu tư nước ngoài mua cổ phần của doanh nghiệp Việt Nam mà bên Việt Nam chiếm tỉ lệ cổ phần chi phối hay thuê lại QSDĐ và trả tiền thuê lại một lần cho cả thời gian thuê trong khu công nghiệp, cụm công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao, khu kinh tế. Người Việt Nam định cư ở nước ngoài có quyền tặng cho trong các trường hợp được Nhà nước giao đất; nhận chuyển nhượng QSDĐ, thuê lại QSDĐ của chủ đầu tư kết cấu hạ tầng trong khu công nghiệp, cụm công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao. Đối với giao dịch chuyển đổi QSDĐ, chỉ có hộ gia đình, cá nhân trong nước mới có quyền này. Giao dịch thừa kế, đương nhiên, chỉ có cá nhân (cá nhân trong nước, cá nhân là người Việt Nam định cư ở nước ngoài) mới có quyền để thừa kế QSDĐ. Giao dịch chuyển đổi chỉ áp dụng cho chủ thể SDD là hộ gia đình, cá nhân trong nước SDD theo, trừ trường hợp các đối tượng này

SDD theo hình thức thuê đất của Nhà nước.

Bằng phương pháp loại trừ, có thể nhận thấy, các chủ thể SDD không có quyền giao dịch QSDĐ là các chủ thể SDD theo các hình thức: thuê đất trả tiền hàng năm; thuê đất trả tiền nhiều năm mà tiền đã trả cho thời hạn thuê còn lại ít hơn 5 năm; giao đất không thu tiền SDD; công nhận QSDĐ như giao đất không thu tiền SDD, trừ hộ gia đình, cá nhân trong nước⁵; giao đất có thu tiền SDD mà được miễn tiền SDD, trừ hộ gia đình, cá nhân trong nước và chủ đầu tư dự án kinh doanh nhà ở. Đối với giao dịch tặng cho, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, người Việt Nam định cư ở nước ngoài không có quyền tặng khi QSDĐ được hình thành do thuê đất của Nhà nước, ngay cả khi đã trả tiền thuê đất một lần và không được miễn tiền thuê đất. Riêng đối với doanh nghiệp 100% vốn đầu tư nước ngoài và doanh nghiệp liên doanh không có quyền tặng cho ngay cả khi QSDĐ có được do Nhà nước giao đất có thu tiền và không được miễn tiền SDD⁶.

- Không bị hạn chế quyền định đoạt

Để tiến hành giao dịch QSDĐ, bên tiến hành giao dịch ngoài việc đáp ứng các điều kiện nêu trên, cần phải không bị hạn chế quyền định đoạt. Quyền định đoạt của bên tiến hành giao dịch bị hạn chế trong các trường hợp do pháp luật quy định hoặc (và) do thỏa thuận. Theo quy định tại điểm c khoản 1 Điều 188, Điều 192, Điều 194 Luật Đất đai, các trường hợp bị hạn chế quyền định đoạt bao gồm: các chủ thể bị kê biên

4 Khác với Luật Đất đai năm 2003, Luật Đất đai năm 2013 không cho phép người thuê đất của Nhà nước trả tiền hàng năm lấy tiền thuê lại đất một lần.

5 Theo quy định tại khoản 1 Điều 179 Luật Đất đai năm 2013, hộ gia đình, cá nhân trong nước được Nhà nước giao đất nông nghiệp không thu tiền SDD trong hạn mức có quyền giao dịch QSDĐ.

6 Khoản 4 Điều 174 và khoản 4 Điều 179 Luật Đất đai năm 2013.

QSDĐ để bảo đảm thi hành án⁷; hộ gia đình, cá nhân SDD trong phân khu bảo vệ nghiêm ngặt, phân khu phục hồi sinh thái thuộc rừng đặc dụng, rừng phòng hộ⁸; hộ gia đình, cá nhân là dân tộc thiểu số SDD do Nhà nước giao đất theo chính sách hỗ trợ của Nhà nước⁹; bên tiến hành giao dịch là chủ đầu tư dự án đầu tư xây dựng kinh doanh nhà ở; dự án đầu tư xây dựng kết cấu hạ tầng¹⁰.

Ngoài trường hợp này, tuy Luật Đất đai không đề cập đến, nhưng thực tiễn xét xử cho thấy, chủ thể SDD còn bị hạn chế quyền định đoạt theo quy định chung của Bộ luật Dân sự và các văn bản pháp luật liên quan, cụ thể: trong trường hợp QSDĐ bị thế chấp, mà không có thỏa thuận về việc chuyển quyền hoặc các bên có thỏa thuận về việc không được cho thuê, cho thuê lại, thế chấp QSDĐ¹¹.

Bên tham gia giao dịch

- Phải là người được phép tham gia giao dịch

Theo quy định tại Điều 169 Luật Đất đai, người được phép tham gia vào giao dịch bao gồm: hộ gia đình, cá nhân trong nước, cộng đồng dân cư, tổ chức kinh tế, người Việt Nam định cư ở nước ngoài, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài. Tuy nhiên, trong các chủ thể này, chỉ có hộ gia đình, cá nhân trong nước có quyền tham gia vào giao dịch nhận chuyển đổi QSDĐ, nhưng

không có quyền nhận góp vốn. Cộng đồng dân cư chỉ có quyền tham gia vào giao dịch tặng cho và thừa kế QSDĐ. Quyền nhận thế chấp QSDĐ chỉ áp dụng cho tổ chức tín dụng, tổ chức kinh tế và cá nhân trong nước. Quyền nhận tặng cho không áp dụng cho tổ chức kinh tế. Quyền nhận tặng cho, quyền nhận thừa kế và quyền nhận chuyển nhượng QSDĐ không áp dụng doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, người Việt Nam định cư ở nước ngoài không có quyền sở hữu nhà ở tại Việt Nam và người Việt Nam định cư ở nước ngoài đầu tư trong khu công nghiệp, khu chế xuất, cụm công nghiệp, khu kinh tế, khu công nghệ cao.

- Không bị hạn chế quyền tham gia giao dịch

Luật Đất đai quy định một số hạn chế đối với người có quyền tham gia vào giao dịch. Theo đó, hộ gia đình, cá nhân trong nước chỉ có quyền tham gia vào giao dịch chuyển đổi QSDĐ nông nghiệp và đất phải nằm trong cùng xã, phường, thị trấn. Hộ gia đình, cá nhân trong nước không trực tiếp sản xuất nông nghiệp, tổ chức kinh tế không có quyền nhận chuyển nhượng, nhận tặng cho đất trồng lúa; hộ gia đình, cá nhân không sinh sống trong khu vực rừng phòng hộ, rừng đặc dụng, tổ chức kinh tế không có quyền nhận tặng cho, nhận chuyển nhượng QSDĐ trong các khu vực này. Người Việt

7 Theo quy định tại Điểm c Khoản 1 Điều 188, chủ thể bị kê biên QSDĐ không có quyền tiến hành giao dịch QSDĐ bị kê biên).

8 Theo quy định tại khoản 1, 2 Điều 192 Luật Đất đai năm 2013, các chủ thể này không có quyền chuyển nhượng, tặng cho QSDĐ nếu bên nhận chuyển nhượng, bên nhận tặng cho là người không sinh sống trong các khu vực này.

9 Theo quy định tại khoản 3 Điều 192 Luật Đất đai năm 2013, khi chưa đủ 10 năm kể từ khi được giao đất, chủ thể này không được tiến hành chuyển nhượng, tặng cho QSDĐ.

10 Theo quy định tại Điều 194 Luật Đất đai năm 2013, chủ thể này chỉ được chuyển nhượng QSDĐ khi đã hoàn thành đầu tư kết cấu hạ tầng trên đất, trừ trường hợp chuyển nhượng QSDĐ gắn với chuyển nhượng dự án. Trường hợp chuyển nhượng QSDĐ gắn với chuyển nhượng dự án thì chỉ cần xây dựng xong các công trình hạ tầng kỹ thuật tương ứng theo tiến độ ghi trong dự án đã được phê duyệt.

11 Điều 321 Bộ luật Dân sự năm 2015; QSDĐ bị áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời để đảm bảo thi hành án (phong tỏa, tạm dừng việc đăng ký, tạm giữ giấy tờ, kê biên).

Nam định cư ở nước ngoài chỉ có quyền nhận chuyển nhượng, nhận tặng cho QSDĐ ở gắn liền với nhà ở, trừ trường hợp đất nằm trong các dự án phát triển nhà ở. Đối với các loại đất khác thì chỉ được nhận chuyển nhượng QSDĐ trong khu công nghiệp, cụm công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao, khu kinh tế. Tổ chức kinh tế không phải là tổ chức tín dụng, cá nhân trong nước chỉ có quyền nhận thế chấp QSDĐ của hộ gia đình, cá nhân trong nước khác. Người không đủ điều kiện nhận chuyển nhượng dự án bất động sản không có quyền giao dịch QSDĐ trong dự án đầu tư xây dựng nhà, công trình xây dựng, mà không gắn với các giao dịch nhà, công trình xây dựng, trừ trường hợp dự án được phép phân lô, bán nền.

Ngoài các điều kiện nêu trên, mặc dù cũng không được Luật Đất đai đề cập đến, nhưng bên tiến hành và bên tham gia giao dịch đương nhiên phải đáp ứng các điều kiện về năng lực của chủ thể theo quy định của Bộ luật Dân sự.

2. Những hạn chế trong quy định pháp luật về chủ thể giao dịch quyền sử dụng đất, kiến nghị hoàn thiện

Thứ nhất, quy định không cho phép chủ thể thuê đất của Nhà nước trả tiền thuê đất hàng năm có quyền giao dịch QSDĐ.

Theo quy định của Luật Đất đai¹², chủ thể SDD theo hình thức thuê đất trả tiền thuê đất hàng năm không có quyền giao dịch QSDĐ, trừ trường hợp thuê đất trong khu công nghiệp, cụm công nghiệp, khu chế xuất, làng nghề, khu kinh tế, khu công nghệ cao¹³ là chưa hợp lý. Xét về tổng thể, người thuê đất của Nhà nước trả tiền thuê đất hàng

năm phải thực hiện các nghĩa vụ như người thuê đất của Nhà nước trả tiền một lần cho cả thời gian thuê, thậm chí số tiền phải trả có thể cao hơn so với thuê đất trả tiền thuê đất một lần. Bên cạnh đó, thuê đất trả tiền thuê đất một lần có thể gây thiệt hại cho ngân sách nếu không tính chính xác được sự mất giá của đồng tiền do lạm phát. Chính vì vậy, các nước khi cho thuê bất động sản hạn chế mức tối đa sử dụng hình thức thuê đất trả tiền thuê một lần. Thực tế, khi xem xét các giao dịch cho thuê QSDĐ trên thị trường ở nước ta, các tổ chức, cá nhân là chủ thể SDD thường sử dụng hình thức cho thuê QSDĐ trả tiền thuê hàng năm hoặc tối đa là 5 năm.

Mặt khác, xét cả về lý luận và thực tế, quy định này chưa hợp lý và không khả thi vì những lý do sau:

i) về mặt lý luận, việc tách bạch giá bất động sản trên đất và đất là không thể thực hiện được.

ii) do không thể tách bạch giữa giá bất động sản trên đất và đất nên cũng không thể đưa ra quy định kiểm soát việc tính giá bất động sản trên đất nói riêng và việc tuân thủ việc thực hiện quy định không được chuyển nhượng hay thực hiện bất cứ giao dịch nào đối với QSDĐ thuê của Nhà nước trả tiền thuê đất hàng năm.

iii) mặc dù Luật Đất đai cấm không được giao dịch đối với đất thuê của Nhà nước trả tiền hàng năm, nhưng lại cho phép bên mua bất động sản trên đất này được phép trở thành chủ thể QSDĐ. Như vậy, thực chất của giao dịch này chính là giao dịch mua bán bất động sản trên đất và chuyển nhượng QSDĐ.

12 Xem Điều 175, 178, 179, 183, 185, 187 Luật Đất đai năm 2013.

13 Trường hợp này theo quy định tại khoản 2 Điều 149 Luật Đất đai năm 2013 có quyền duy nhất là quyền cho thuê lại QSDĐ sau khi đã đầu tư kết cấu hạ tầng.

iv) vì những lý do trên, thực tiễn, giá bán bất động sản trên đất thuê luôn bao gồm cả giá trị QSDĐ (giá chuyển nhượng QSDĐ), thậm chí ngay cả đối với người muốn tuân thủ quy định này.

v) việc không cho phép giao dịch đối với QSDĐ thuê trả tiền hàng năm làm tăng thủ tục hành chính, dẫn đến tăng chi phí giao dịch, nhất là đối với bên mua bất động sản, gây thiệt hại cho Nhà nước¹⁴.

Từ những phân tích, chúng tôi cho rằng, cần sửa đổi Luật Đất đai theo hướng, cho phép cả người thuê đất của Nhà nước trả tiền thuê hàng năm có quyền giao dịch đối với QSDĐ như trường hợp thuê đất trả tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê. Trong trường hợp Nhà nước muốn thu hút người SDD theo phương thức trả tiền một lần thì có thể dùng các phương thức hợp lý và khả thi hơn, ví dụ như sử dụng biện pháp thuế hay tài chính.

- *Quy định về tổ chức kinh tế nhận thừa kế QSDĐ*

Trong các trường hợp có quyền giao dịch QSDĐ, Luật Đất đai không đề cập đến trường hợp tổ chức kinh tế được Nhà nước công nhận QSDĐ như giao đất có thu tiền SDD và nhận thừa kế QSDĐ. Đối với trường hợp tổ chức kinh tế được công nhận QSDĐ, do trên giấy chứng nhận QSDĐ ghi là giao đất nên có thể hiểu vì sao Luật Đất đai không đưa trường hợp này vào các trường hợp chủ thể có quyền giao dịch.

Đối với trường hợp tổ chức kinh tế nhận thừa kế QSDĐ theo quy định tại Điều 169 Luật Đất đai thì việc Luật Đất đai không đề cập đến quyền giao dịch của tổ chức kinh tế trong trường hợp này là điều khó lý giải và không hợp lý vì về nguyên tắc, người nhận thừa kế QSDĐ với tư cách là bên nhận chuyển nhượng QSDĐ phải có toàn bộ quyền và nghĩa vụ của người chuyển quyền, trong đó

có quyền giao dịch. Do bên để thừa kế có quyền để thừa kế, nghĩa là bên để thừa kế phải có quyền giao dịch. Vì vậy, cần bổ sung trường hợp tổ chức kinh tế SDD nhận thừa kế vào các trường hợp có quyền giao dịch QSDĐ.

- *Quy định doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài bị hạn chế quyền giao dịch do bị hạn chế khả năng xác lập QSDĐ*

Như trên đã đề cập, về nguyên tắc, phải là chủ thể SDD. Theo quy định của Luật Đất đai, có bốn phương thức xác lập QSDĐ: nhận giao đất từ Nhà nước, thuê đất của Nhà nước và nhận chuyển nhượng QSDĐ từ người SDD. Tuy nhiên, người Việt Nam định cư ở nước ngoài và nhất là doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài không có quyền sử dụng tất cả các phương thức này để xác lập QSDĐ. Người Việt Nam định cư ở nước ngoài, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài chỉ có quyền xác lập QSDĐ thông qua việc thuê đất, giao đất của Nhà nước. Như vậy, phương thức xác lập QSDĐ của doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài chủ yếu thông qua thị trường sơ cấp (trực tiếp từ Nhà nước). Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài xác lập QSDĐ thông qua thị trường thứ cấp rất hạn chế. Qua thị trường thứ cấp, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài chỉ có quyền xác lập QSDĐ thông qua việc nhận góp vốn bằng QSDĐ. Tuy nhiên, trong số các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài chỉ có doanh nghiệp liên doanh có quyền sử dụng phương thức này. Người Việt Nam định cư ở nước ngoài cũng chỉ có quyền nhận chuyển nhượng QSDĐ trong khu công nghiệp, cụm công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao và khu kinh tế để thực hiện dự án đầu tư. Ngoài khu vực này, người Việt Nam định cư ở nước ngoài chỉ có quyền nhận chuyển nhượng QSDĐ gắn với nhà ở khi mua bán nhà ở hoặc QSDĐ ở trong các dự án phát triển nhà ở để ở. Việc

14 Xem thủ tục cho thuê đối với bên mua tài sản.

hạn chế các phương thức xác lập QSDĐ dẫn đến việc hạn chế quyền giao dịch QSDĐ của các chủ thể này. Quy định này rõ ràng làm giảm khả năng thu hút vốn đầu tư của nước ngoài vào nước ta. Do vậy, theo chúng tôi, cần sửa đổi Điều 169 Luật Đất đai theo hướng mở rộng quyền xác lập QSDĐ của các chủ thể và chỉ nên hạn chế quyền xác lập QSDĐ của các đối tượng này vì lý do an ninh, quốc phòng hoặc đảm bảo an toàn lương thực.

- *Quy định cho phép một số đối tượng không phải là chủ thể SĐĐ có quyền giao dịch QSDĐ*

Luật Đất đai cho phép người thuê lại QSDĐ của chủ thể SĐĐ có quyền giao dịch mà không cần sự đồng ý của chủ thể SĐĐ¹⁵. Việc cho phép người không phải là chủ thể QSDĐ có quyền định đoạt QSDĐ là nhằm thu hút vốn đầu tư vào việc SĐĐ vào các khu vực này. Mặc dù đây là quy định được kế thừa từ Luật Đất đai năm 2003, tuy nhiên, việc đặt ra quy định này rõ ràng vừa trái với bản chất của giao dịch thuê vì bản chất của giao dịch cho thuê (cho thuê lại) là không chuyển QSDĐ. Nghĩa là bên cho thuê vẫn là chủ thể SĐĐ. Bên thuê lại QSDĐ chỉ có quyền khai thác, SĐĐ và không có quyền định đoạt QSDĐ nếu không được bên cho thuê lại đồng ý. Mặt khác, kể cả trong trường hợp bên cho thuê lại đồng ý, bên thuê lại cũng không có quyền chuyển QSDĐ, thế chấp QSDĐ nhân danh bên thuê lại. Tuy nhiên, Luật Đất đai lại cho phép bên thuê lại nếu đã trả tiền thuê một lần cho bên cho thuê lại có quyền chuyển QSDĐ, thế chấp QSDĐ nhân danh chính bên thuê lại. Như vậy, về bản chất, đây là loại giao dịch chuyển quyền có đền bù, cụ thể là giao dịch chuyển nhượng. Về nguyên tắc, bên thuê lại đất không thể có nhiều hơn quyền của bên

cho thuê lại. Tuy nhiên, nếu theo nguyên tắc này, bên cho thuê lại khó thu hút được người thuê lại, nhất là người thuê lại trả tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê. Vì vậy, để mở rộng quyền cho bên thuê lại đã trả tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê lại và cũng giúp cho bên cho thuê lại sử dụng được phương thức cho thuê lại lấy tiền một lần từ bên thuê lại, Luật Đất đai cho phép bên thuê lại được quyền giao dịch QSDĐ nếu đã trả tiền thuê đất một lần cho bên cho thuê lại. Đối với trường hợp bên cho thuê lại có quyền chuyển nhượng QSDĐ thì quy định này là không hợp lý và không cần thiết, bởi vì, nếu người có QSDĐ cho thuê lại quyền sử dụng nhưng lại bị mất quyền định đoạt đối với QSDĐ, nhưng tiền nhận được là tiền thuê lại mà không phải tiền chuyển nhượng (tiền chuyển nhượng đương nhiên phải cao hơn tiền thuê) thì người này hiển nhiên sẽ không chọn phương thức này mà sẽ chọn phương thức chuyển nhượng QSDĐ. Như vậy, việc cho phép bên thuê lại QSDĐ có quyền giao dịch như một chủ thể SĐĐ chỉ có ý nghĩa trong trường hợp bên cho thuê lại không có quyền chuyển QSDĐ, nhưng được phép cho thuê lại theo phương thức lấy tiền một lần cho cả thời gian cho thuê lại. Tuy vậy, Luật Đất đai năm 2013 đã bỏ quy định cho phép người thuê đất của Nhà nước trả tiền thuê hàng năm trong các khu vực nêu trên có quyền cho thuê lại đất và lấy tiền thuê đất một lần cho cả thời gian cho thuê lại. Việc bỏ quy định này là hoàn toàn hợp lý, bởi lẽ ngoài các lý do như kể trên thì quy định này còn dẫn đến việc rất khó xử lý đối với QSDĐ khi bên cho thuê không thực hiện nghĩa vụ tài chính đối với Nhà nước. Có lẽ vì vậy mà Luật Đất đai năm 2013 phải đưa ra quy định không cho phép bên thuê lại QSDĐ có quyền định đoạt QSDĐ khi bên cho thuê lại chưa nộp tiền thuê đất cho Nhà

15 Điểm a khoản 3 Điều 149 Luật Đất đai năm 2013 quy định: Người thuê lại đất của chủ đầu tư kết cấu hạ tầng trong khu công nghiệp, cụm công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao, khu kinh tế có quyền chuyển nhượng, cho thuê lại, thế chấp, góp vốn và các quyền giao dịch khác như của tổ chức kinh tế quy định tại Điều 174 Luật Đất đai năm 2013.

nước, nhưng quy định này đáng tiếc lại là quy định không hợp lý vì không thể bắt bên thuê lại chịu trách nhiệm cho nghĩa vụ của người khác. Vì vậy, ý nghĩa của việc đặt ra quy định này không còn.

Để khắc phục các hạn chế nêu trên, theo chúng tôi, cần chỉnh sửa Điều 149 Luật Đất đai năm 2013 theo hướng loại bỏ các quy định về việc cho phép bên thuê lại QSDĐ có quyền định đoạt QSDĐ khi đã trả tiền thuê một lần cho bên cho thuê lại. Thay vào đó, cho phép bên cho thuê lại nói chung và chủ đầu tư xây dựng kết cấu hạ tầng trong khu công nghiệp, cụm công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao nói riêng SDĐ theo hình thức thuê đất của Nhà nước trả tiền thuê đất hàng năm có quyền chuyển nhượng QSDĐ và các giao dịch khác như một chủ thể SDĐ. Trong trường hợp cần khuyến khích người SDĐ theo hình thức thuê đất trả tiền thuê một lần cho cả thời gian thuê, có thể sử dụng các biện pháp tài chính, thuế...

- Quy định bắt buộc mọi trường hợp để lại thừa kế QSDĐ đều phải có giấy chứng nhận QSDĐ

Giấy chứng nhận quyền sở hữu tài sản nói chung và QSDĐ nói riêng chỉ là điều kiện về thủ tục nhằm chứng minh người giao dịch là chủ sở hữu tài sản. Đối với các giao dịch thông thường, bên tiến hành giao dịch tự chịu trách nhiệm về việc đảm bảo tư cách chủ thể của mình. Pháp luật chỉ can thiệp vào vấn đề này khi có nguy cơ xảy ra rủi ro lớn, hậu quả khó khắc phục, ảnh hưởng đến quyền lợi chính đáng của các bên giao dịch và bên liên quan, nhất là ảnh hưởng đến lợi ích công và bên yếu thế. Tuy nhiên, theo chúng tôi, do việc để thừa kế là hành vi pháp lý đơn phương của người để lại thừa kế và hiệu lực của giao dịch này chỉ phát sinh khi người để thừa kế chết. Vì vậy, tại thời điểm để thừa kế, người để thừa kế còn sống nên chưa thể phát sinh quyền lợi và nghĩa vụ của người nhận thừa kế và các bên liên quan đối với QSDĐ. Do đó, không thể phát sinh hậu quả pháp lý tiêu cực cho người khác. Nếu như việc để lại

thừa kế QSDĐ khi chưa có giấy chứng nhận QSDĐ không gây ảnh hưởng đến quyền lợi chính đáng của người khác thì rõ ràng việc không cho phép người chưa có giấy chứng nhận QSDĐ không có quyền lập di chúc để lại thừa kế làm cho ý chí của người SDĐ không thể thực hiện được.

Vì vậy, chúng tôi cho rằng, quy định bắt buộc phải có giấy chứng nhận QSDĐ đối với giao dịch thừa kế QSDĐ là chưa hợp lý. Tuy nhiên, do việc công chứng hiện nay không chỉ có ý nghĩa như bằng chứng, mà còn có ý nghĩa về tính hợp pháp. Vì vậy, việc công chứng chỉ nên cho phép đối với trường hợp chưa có giấy chứng nhận QSDĐ, nhưng có đủ điều kiện để được cấp giấy chứng nhận QSDĐ. Đối với các trường hợp chỉ xác nhận ý chí của người để thừa kế thì không cần điều kiện này.

- Quy định về các chủ thể không có quyền giao dịch QSDĐ

Luật Đất đai năm 2013 chỉ có một điều luật quy định trực tiếp về các chủ thể không có quyền giao dịch QSDĐ tại điểm b, khoản 1 Điều 181. Tuy nhiên, có thể nhận thấy, không phải chỉ có các chủ thể được quy định tại điều luật này mới không có quyền giao dịch QSDĐ. Ngoài chủ thể này còn có các chủ thể khác không có quyền giao dịch trong mọi trường hợp như: tổ chức nước ngoài có chức năng ngoại giao; tổ chức sự nghiệp công lập chưa tự chủ tài chính, cơ quan nhà nước và các tổ chức trong nước khác mà không phải là tổ chức kinh tế, tổ chức sự nghiệp công lập tự chủ tài chính. Vì vậy, Luật Đất đai cần quy định cụ thể, rõ ràng về các chủ thể không có quyền giao dịch QSDĐ ■

ĐIỂM NHẤN PHÁT TRIỂN KINH TẾ VIỆT NAM SAU HAI NĂM ĐẠI HỘI ĐẢNG TOÀN QUỐC KHÓA XII

Nguyễn Minh Phong*
Nguyễn Trần Minh Trí**

* TS. Phó Vụ trưởng, Phó Ban tuyên truyền lý luận Báo Nhân dân

** ThS. Viện Kinh tế và Chính trị thế giới - Viện Hàn lâm KHXH Việt Nam

Thông tin bài viết:

Từ khóa: kinh tế, xã hội, phát triển,
Chính phủ, doanh nghiệp

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 27/11/2018

Biên tập : 10/12/2018

Duyệt bài : 17/12/2018

Article Information:

Keywords: economics; society;
developments; Government; enterprise

Article History:

Received : 27 Nov. 2018

Edited : 10 Dec. 2018

Approved : 17 Dec. 2018

Tóm tắt:

Đã nửa chặng đường (2016-2020) thực hiện nghị quyết Đại hội XII về phát triển kinh tế, có thể thấy, đất nước ta có nhiều thay đổi tích cực, với nhiều chỉ tiêu kinh tế của cả nhiệm kỳ đã được hoàn thành. Thành công đó là nhờ sự nỗ lực vào cuộc chung của toàn hệ thống chính trị, cộng đồng doanh nghiệp và các tầng lớp nhân dân.

Abstract

It is on the half way (2016-2020) of enforcement of the Resolution of the 12th Section Party on economic developments. It can be seen that our country has reached a number of positive changes, with completion of several economic targets of the whole period. The said success is due to the efforts of the whole political system, the enterprise community and the whole people.

1. Kinh tế vĩ mô ổn định, tăng trưởng nhanh và đồng đều, hai năm liên tiếp đạt và vượt các chỉ tiêu kế hoạch đề ra

Ở trong nước, theo Báo cáo báo cáo của Chính phủ về tình hình thực hiện Nghị quyết của Quốc hội về kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội năm 2018, kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội năm 2019, về tổng thể, năm 2018 tiếp tục là năm thứ hai liên tiếp Việt Nam có thể hoàn thành toàn bộ 12 chỉ tiêu kế hoạch cả năm đề ra, với 8 chỉ tiêu hoàn

thành vượt mức. Tốc độ tăng trưởng ước đạt trên 6,7%, quy mô GDP khoảng 240,5 tỷ đô la Mỹ; cơ cấu kinh tế chuyển dịch tích cực; tỷ trọng khu vực nông nghiệp giảm mạnh từ 17,4% năm 2015 xuống 14,8% năm 2018; tỷ trọng các khu vực công nghiệp, dịch vụ tăng từ 82,6% lên 85,2%, vượt mục tiêu đề ra vào năm 2020 là 85%. Thu ngân sách nhà nước (NSNN) ước cả năm vượt 3% dự toán và bội chi ngân sách ở mức 3,67% GDP; nợ công khoảng 61,4% GDP. Xuất khẩu ước

tăng 11,2% và xuất siêu hơn 3 tỷ đô la Mỹ. Giải ngân vốn FDI ước đạt 18 tỷ USD, tăng 2,8% so với năm 2017. Tổng vốn đầu tư phát triển toàn xã hội ước đạt 34% GDP. Dự trữ ngoại hối nhà nước đạt 67 tỷ USD vào tháng 6 năm 2018. Tỷ lệ nợ xấu nội khối còn 2,18%. Mức tăng trưởng tín dụng của nền kinh tế đạt 9,52%, thấp hơn mức tăng 11,02% của năm 2017 trong khi GDP tăng cao hơn, điều này cho thấy hiệu quả đầu tư xã hội đang được cải thiện, giảm bớt phụ thuộc vào vốn đầu tư.

Trong năm 2018, có khoảng 130 nghìn doanh nghiệp đăng ký mới và khoảng gần 21,2 nghìn hợp tác xã và 61 liên hiệp hợp tác xã, trong đó có 13 nghìn hợp tác xã hoạt động trong lĩnh vực nông nghiệp, thu hút 6,4 triệu thành viên tham gia.

Cả nước đã phê duyệt phương án cơ cấu lại 51 tổ chức tín dụng và tăng cường kiểm tra, giám sát thực hiện; tỷ lệ nợ xấu giảm còn khoảng 2%. Tiến trình cổ phần hóa doanh nghiệp nhà nước (DNNN) dù chậm, nhưng thực chất hơn, với việc bán cổ phần lần đầu 20 doanh nghiệp thu về 20,3 nghìn tỷ đồng; thoái vốn thu về 7,9 nghìn tỷ đồng; tập trung khắc phục hạn chế, bất cập; xử lý nghiêm các sai phạm, thu hồi tài sản nhà nước; thành lập, đưa vào hoạt động Ủy ban Quản lý vốn nhà nước tại doanh nghiệp.

Cả nước tạo việc làm cho trên 1,62 triệu lượt người, trong đó đưa trên 126 nghìn lao động đi làm việc ở nước ngoài. Tỷ trọng lao động trong nông nghiệp giảm còn 38,2% (mục tiêu đến 2020 là dưới 40%). Tỷ lệ thất nghiệp khu vực thành thị giảm còn 3,14% (mục tiêu năm 2020 là dưới 4%). Tỷ lệ tham gia bảo hiểm xã hội trong độ tuổi lao động đạt 30,2%; tỷ lệ bao phủ bảo hiểm y tế ước đạt 86,9%, vượt chỉ tiêu đề ra (85,2%); gần 40% số xã và 55 huyện trên cả nước đạt

chuẩn nông thôn mới; tỷ lệ hộ nghèo còn 5,2 - 5,7%, giảm 1 - 1,5% (riêng các huyện nghèo giảm trên 4%).

2. Môi trường đầu tư kinh doanh được cải thiện mạnh mẽ

Năm 2017, Việt Nam cũng thăng hạng vượt trội trong nhiều chỉ số xếp hạng quốc tế về môi trường và kết quả kinh doanh. Việt Nam đứng ở vị trí 68/190 quốc gia/nền kinh tế, tức tăng 14 bậc so với năm 2016 (riêng chỉ số tiếp cận điện năng tăng tới 32 bậc so với năm 2016 và tăng 92 bậc so với năm 2013) trong Bảng xếp hạng chỉ số môi trường kinh doanh của Ngân hàng Thế giới (WB) năm 2017 và tăng 23 bậc so với năm 2015. Trong Báo cáo Năng lực cạnh tranh toàn cầu năm 2018 (The Global Competitiveness Report 2018) mà Diễn đàn Kinh tế Thế giới (WEF) vừa công bố, Việt Nam đứng vị trí thứ 77 trên tổng số 140 quốc gia và vùng lãnh thổ trong bảng xếp hạng. Năm nay, 5 vị trí dẫn đầu bảng xếp hạng lần lượt là Mỹ, Singapore, Đức, Thụy Sĩ, Nhật Bản. Với vị trí xếp hạng này, Việt Nam đã tụt 3 bậc so với năm trước (năm trước Việt Nam xếp thứ 74/135). Tuy nhiên, tính theo thang điểm 0-100 điểm của bảng xếp hạng năm nay, Việt Nam đạt 58,1 điểm, tăng nhẹ so với mức 57,9 điểm vào năm 2017. Chỉ số đổi mới sáng tạo năm 2017 của Việt Nam tăng 12 bậc so với năm trước (tăng 29 bậc so với năm 2013) và điều chỉnh Chỉ số phát triển quốc gia, vùng lãnh thổ... Hệ thống ngân hàng Việt Nam cũng mới được Tổ chức xếp hạng tín nhiệm Moody's (Moody's Investors Service) nâng mức đánh giá triển vọng từ “ổn định” lên “tích cực” trên cơ sở đánh giá nền kinh tế vĩ mô của Việt Nam đang trên đà ổn định, cán cân thanh toán và vị thế đối ngoại được cải thiện, môi trường hoạt động của khu vực ngân hàng dần bình ổn.

Theo Báo cáo năm 2017 của Phòng Thương mại Mỹ (AmCham), Việt Nam đang trở nên nổi bật với các cải thiện về môi trường kinh doanh, 36% doanh nghiệp Mỹ được khảo sát dự định sẽ mở rộng kinh doanh tại Việt Nam, cao hơn so với 21% ở Thái Lan, 19% của Malaysia. Khảo sát của Tổ chức Xúc tiến thương mại Nhật Bản (Jetro) năm 2017 cũng khẳng định, Việt Nam tiếp tục là địa điểm đầu tư quan trọng của doanh nghiệp Nhật Bản; trên 66% doanh nghiệp được khảo sát cho biết có xu hướng “mở rộng hoạt động kinh doanh” tại Việt Nam.

Đồng thời, Việt Nam được Trung tâm Nghiên cứu Pew xếp hạng đứng đầu thế giới về đánh giá tích cực sự thay đổi cuộc sống trong nửa thế kỷ qua, với 88% người Việt được khảo sát cho rằng, cuộc sống hôm nay tốt đẹp hơn 50 năm trước, cao hơn con số tương ứng của Ấn Độ (69%), Hàn Quốc (68%) và Nhật Bản (65%), Philippines (43%) và mức trung bình 54% của châu Âu, đặc biệt là so với con số chưa tới 37% ở Mỹ... Việt Nam cũng được Viện Nghiên cứu Kinh tế và Hòa bình Australia xếp vị trí an toàn số một trong Bản báo cáo Chỉ số khủng bố toàn cầu (GTI) công bố cuối tháng 11/2017. Việt Nam xếp thứ 11/67 quốc gia đáng sống đối với người nước ngoài và đã có những tiến bộ vượt bậc trong các chỉ số về môi trường làm việc, khả năng ổn định và hòa nhập, theo kết quả của cuộc khảo sát trực tuyến Expat Insider 2016, được thực hiện bởi InterNations, mạng lưới cộng đồng những người sinh sống và làm việc ở nước ngoài lớn nhất thế giới, công bố trong quý 1/2017.

Theo Báo cáo của Chính phủ, ước đến cuối năm 2018, cả nước đã cắt giảm, đơn giản hóa 61% điều kiện kinh doanh và 60% thủ tục kiểm tra chuyên ngành hàng hóa xuất

nhập khẩu. Việt Nam được Tổ chức Oxfam (Anh) xếp thứ 12/157 thế giới về mức giảm thuế thu nhập doanh nghiệp và nhóm 10 quốc gia khu vực Đông Á - Thái Bình Dương cam kết mạnh mẽ nhất cải cách chính sách thuế.

Công tác phòng, chống tham nhũng, lãng phí, tiêu cực tiếp tục được đẩy mạnh, đạt được nhiều kết quả cụ thể, rõ rệt. Hoạt động đối ngoại và hội nhập quốc tế được đẩy mạnh và mở rộng, góp phần nâng cao uy tín và vị thế của nước ta trên trường quốc tế.

Nhiều tổ chức quốc tế cũng khẳng định triển vọng kinh tế tích cực của Việt Nam. WB dự báo GDP năm 2018 theo giá so sánh của Việt Nam tăng 6,8% (cao hơn đáng kể so với dự báo 6,5% do chính tổ chức này đưa ra hồi tháng 4/2018) và sẽ đạt mức 6,6% trong năm 2019 và 6,5% trong năm 2020. Lạm phát vẫn xoay quanh chỉ tiêu 4% của Chính phủ; cân đối tài khoản vãng lai ước tính sẽ tiếp tục thặng dư trong ngắn hạn, nhưng mức độ thặng dư sẽ giảm dần từ năm 2019 do thâm hụt tăng lên ở tài khoản thu nhập và dịch vụ; Nợ công sẽ được kiểm chế trong mức trần. Còn Ngân hàng Standard Chartered cho rằng, GDP năm 2018 của Việt Nam sẽ tăng 7% và năm 2019 tăng đạt 6,9%. Việt Nam sẽ thu hút FDI 17 tỷ USD mỗi năm giai đoạn 2018-2020; tỷ giá USD/VND có thể lên 23.400 đồng vào cuối năm 2018, và sẽ mất giá nhẹ trong đầu năm 2019, trước khi tăng giá nhẹ so với đồng USD vào cuối 2019 nhờ sự hỗ trợ của các yếu tố tích cực ở cả trong lẫn ngoài nước.

Đồng thời, trong năm 2018 cũng chứng kiến sự gia tăng sức ép lạm phát gắn với biến động tỷ giá, lãi suất, xu hướng tăng giá dầu thô trên thị trường quốc tế và yêu cầu thực hiện lộ trình giá thị trường đối với điện, dịch vụ giáo dục, y tế... Sản xuất kinh doanh nhiều lĩnh vực sẽ còn khó khăn. Khu vực

doanh nghiệp trong nước có sự chậm lại về số đăng ký mới và tăng nhanh số dừng hoạt động. Nếu so sánh về tỷ lệ, thì cứ 5 doanh nghiệp đăng ký mới, lại có 3-4 doanh nghiệp dừng hoạt động hoặc phá sản; tức số doanh nghiệp “tăng ròng” trong cộng đồng doanh nghiệp không nhiều và mục tiêu hướng tới 1 triệu doanh nghiệp vào năm 2020 là khó khả thi. Điều này cho thấy, khu vực doanh nghiệp đang gặp khó khăn và cũng đang có sự lúng túng trong định hướng kinh doanh.

Cơ cấu lại ngành, lĩnh vực ở một số nơi còn lúng túng, chưa đồng bộ, chưa gắn với thị trường. Du lịch tuy có bước phát triển nhanh nhưng còn bất cập. Năng suất lao động, năng lực cạnh tranh; tỷ lệ nội địa hóa của nhiều ngành, lĩnh vực còn thấp. Phát triển thương mại trong nước còn những hạn chế. Công tác lập, quản lý quy hoạch còn bất cập, nhất là trong việc thực hiện các quy hoạch sử dụng đất, xây dựng, đô thị. Buôn lậu, gian lận thương mại vẫn diễn biến phức tạp. Việt Nam vẫn đang bị EU giơ thẻ vàng cho ngành thủy sản và Mỹ áp thuế chống bán phá giá khá cao cho cá tra...

Về tổng thể, đến cuối năm 2018, cả nước đã đạt và vượt các chỉ tiêu kế hoạch cả năm 2018, cũng như đạt 11 chỉ tiêu kế hoạch 5 năm 2016 - 2020 mà Nghị quyết Đại hội Đảng XII và Nghị quyết của Quốc hội đã đề ra; góp phần quan trọng trong việc củng cố niềm tin, tạo không khí phấn khởi trong toàn xã hội, được các tổ chức quốc tế đánh giá cao. *Cơ cấu kinh tế* đang có sự chuyển dịch sâu sắc hơn theo hướng phát triển công nghiệp phụ trợ và tham gia chuỗi cung ứng quốc tế, trước hết với các nước thành viên tham gia FTA với Việt Nam. *Các nhóm hàng chủ lực xuất khẩu* của Việt Nam ngày càng đa dạng hơn; các ngành du lịch, nông nghiệp, thủy, hải sản tiếp tục tăng trưởng thuận lợi. Nhóm

ngành dệt may, giày dép và gạo có khả năng cạnh tranh nhờ giảm hàng rào thuế quan và mua được nguyên liệu giá rẻ, giúp giảm chi phí sản xuất. Các doanh nghiệp cũng có thêm cơ hội tham gia đấu thầu mua sắm công. *Quá trình tái cơ cấu* các doanh nghiệp nhà nước và các ngân hàng thương mại đang được đẩy mạnh hơn. *Các hoạt động M&A* cũng được thúc đẩy cả bề rộng và bề sâu, nhất là trong lĩnh vực bất động sản; sản xuất và kinh doanh hàng tiêu dùng; ngân hàng và cả dệt may, chế tạo cơ khí... *Thị trường các hàng tiêu dùng* sẽ có cải thiện với cơ cấu hàng hóa phong phú hơn, giá rẻ hơn và chất lượng từng bước được cải thiện. Hàng công nghệ thông tin tiếp tục đa dạng hóa và giảm giá nhanh do cạnh tranh và sự phát triển khoa học công nghệ. *Thị trường xuất khẩu lao động* tiếp tục tăng mạnh và là một trọng tâm cải thiện việc làm và an sinh xã hội cho các vùng, đối tượng liên quan. *Thị trường bất động sản* từng bước hình thành một chu kỳ tăng trưởng mới về quy mô, tốc độ, cân bằng và hiệu quả hơn, với tiêu điểm là phân khúc nhà ở xã hội và các căn hộ chung cư, mặt bằng kinh doanh giá hợp lý, ở vị trí thuận lợi, đủ cơ sở hạ tầng và dịch vụ xã hội, được tiêu thụ theo phương thức cho thuê, “thuê-mua” và “mua-cho thuê” và được quản lý bởi các công ty ủy thác, khai thác chuyên nghiệp có trách nhiệm cao. *Khu vực có vốn đầu tư nước ngoài* tiếp tục đóng vai trò là động lực quan trọng của tăng trưởng kinh tế, nhất là xuất khẩu.

Những thành công trên là kết quả của bản lĩnh và trí tuệ Việt Nam, với những nỗ lực, sự chuyên động và đổi mới toàn diện cả trong nhận thức, chỉ đạo và hành động quyết liệt, sự vào cuộc của toàn hệ thống chính trị, cộng đồng doanh nghiệp, nhân dân cả nước trên hành trình vượt qua chính mình và được quốc tế công nhận.

Đặc biệt, những kết quả trên đây cũng là minh chứng đậm nét cho những nỗ lực của Việt Nam trong quá trình tham gia và khai thác các cơ hội, cũng như thực hiện các hoạt động hoàn thiện thể chế kinh tế và hỗ trợ doanh nghiệp, cải thiện môi trường đầu tư theo yêu cầu nội dung và lộ trình các cam kết hội nhập trong khuôn khổ các FTA thế hệ mới.

3. Tiếp tục hội nhập kinh tế quốc tế sâu và đồng bộ hơn

Trong hơn hai năm qua, quá trình hội nhập quốc tế của Việt Nam tiếp tục được đẩy mạnh, với việc cùng ASEAN ký Hiệp định Thương mại tự do với Hồng Kông và đặc biệt là ký và thông qua CPTPP.

CPTPP tức TPP-11 được coi là Hiệp định Thương mại tự do lớn thứ ba thế giới hiện nay, với tổng dân số 500 triệu người, tổng GDP vượt trên 10.000 tỷ USD, chiếm khoảng 13,5% GDP toàn cầu và khoảng 14% tổng thương mại thế giới. Đây là Hiệp định có những tiêu chuẩn cao, tham vọng, toàn diện và cân bằng với mục tiêu thúc đẩy tăng trưởng kinh tế, hỗ trợ tạo ra và duy trì việc làm; tăng cường đổi mới, năng suất và sức cạnh tranh; nâng cao mức sống; giảm đói nghèo ở các nước ký kết; đồng thời thúc đẩy quản lý hiệu quả, minh bạch, bảo vệ người lao động, bảo vệ môi trường. CPTPP là kết quả sự nỗ lực vượt qua chính mình của 11 thành viên TPP, khẳng định xu hướng tiếp tục của tự do hóa thương mại đầu tư quốc tế sau khi Mỹ tuyên bố rút lui khỏi TPP và gia tăng các động thái bảo hộ, gây nên nhiều quan ngại và sự phản đối trên thế giới và ngay trong lòng nước Mỹ. CPTPP gửi đi thông điệp mạnh mẽ về sự cấp thiết và quyết tâm thúc đẩy tăng trưởng kinh tế, tạo công ăn việc làm, tạo thuận lợi cho phát triển thương mại và tăng cường hợp tác kinh tế giữa các nước

trong khu vực châu Á - Thái Bình Dương. CPTPP khi có hiệu lực sẽ thúc đẩy xu hướng hợp tác trong khu vực châu Á - Thái Bình Dương; đem lại lợi ích cho tất cả các nước tham gia. Mục tiêu cuối cùng là mở cửa thương mại và hội nhập cho toàn khu vực. Thực thi CPTPP từ 31/12/2018 sẽ cho phép giảm mức thuế trung bình Việt Nam đang chịu khi xuất khẩu sang các nước CPTPP từ khoảng 1,7% về khoảng 0,2% trong vòng 5-7 năm tới và cho phép Việt Nam tăng thêm từ 1-3% GDP vào năm 2030; thúc đẩy xuất khẩu hàng hóa sang các thị trường lớn như Nhật Bản, Australia, Canada, Mexico cũng như thu hút đầu tư nước ngoài vào các ngành, lĩnh vực mà Việt Nam đang có nhu cầu phát triển. Đồng thời, thúc đẩy cải cách thể chế trong nước, tạo môi trường đầu tư - kinh doanh thông thoáng, minh bạch. Đây mới là các lợi ích mang tính lâu dài và đã được minh chứng trong thời gian Việt Nam tham gia đàm phán TPP.

Hiện Việt Nam đã cùng ASEAN hình thành Cộng đồng kinh tế ASEAN (AEC) vào cuối năm 2015; Kết thúc đàm phán EVFTA Việt Nam với EU từ 2016 và triển vọng sẽ được ký, thông qua năm 2019; Việt Nam cũng đang đàm phán 6 FTA khác, như EFTA (bao gồm 4 nước là Thụy Sĩ, Na Uy, Liechtenstein và Ai-xơ-len); FTA với Đài Loan; FTA với Thổ Nhĩ Kỳ và FTA với Ixraen (khởi động từ đầu tháng 12/2015)... Khả năng đến cuối năm 2019 sẽ kết thúc đàm phán Hiệp định Đối tác kinh tế khu vực toàn diện (RCEP). RCEP được xem là Hiệp định thương mại mở rộng của 10 nước ASEAN với 6 đối tác đã ký FTA là Trung Quốc, Ấn Độ, Nhật Bản, Hàn Quốc, Australia và New Zealand, với hơn 3 tỷ dân, 29% giá trị thương mại và 26% giá trị FDI và 30% GDP toàn cầu (tức quy mô kinh tế gấp đôi CPTPP).

Việt Nam tiếp tục vận động và được nhiều nước công nhận là nền kinh tế thị trường (theo Bộ Ngoại giao là 72 nước, tính đến tháng 10/2018). Đồng thời, số các đối tác chiến lược và đối tác toàn diện cũng tiếp tục tăng, với 12 đối tác chiến lược toàn diện và 16 đối tác chiến lược.

Đầu tư trực tiếp của Việt Nam ra nước ngoài tiếp tục tăng trong hơn hai năm qua; Theo Tổng cục Thống kê, chỉ trong 9 tháng đầu năm 2018, đã có 99 dự án mới, với tổng vốn là 286 triệu USD; 23 dự án điều chỉnh vốn với số vốn tăng thêm là 44,9 triệu USD; có 30 quốc gia, vùng lãnh thổ nhận đầu tư của Việt Nam, trong đó Cộng hòa Dân chủ Nhân dân Lào là nước dẫn đầu với 95,2 triệu USD, chiếm 28,8% tổng vốn đầu tư...

4. Nhiều cơ hội và thách thức mới

Năm 2019, cùng với sự phát triển tiếp tục của công nghệ, nền kinh tế thế giới có thể tăng trưởng chậm lại cả trên phạm vi toàn cầu cũng như ở các nước phát triển nhất, như Mỹ, Trung Quốc, Nhật Bản...; đồng thời, đang tiềm ẩn nhiều khó khăn, thách thức cả về thương mại, tài chính, tiền tệ và an ninh phi truyền thống, biến đổi khí hậu, thiên tai, dịch bệnh...

Năm 2019, Việt Nam sẽ tiếp cận những cơ hội và thách thức mới từ nhiều hiệp định thương mại tự do thế hệ mới (như CPTPP, FTA với EU...), với yêu cầu cao hơn và phải thực hiện đầy đủ các cam kết quốc tế, cả về thuế quan, mở cửa thị trường, sở hữu trí tuệ... mà không còn được hưởng các ưu đãi đặc thù cho giai đoạn chuyển đổi như trước.

Kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội năm 2019 đã được Quốc hội thông qua trong phiên họp ngày 8/11/2018; theo đó, 12 chỉ tiêu chủ yếu được đề ra là: tổng sản phẩm trong nước (GDP) tăng 6,6% - 6,8%; tốc độ

tăng giá tiêu dùng (CPI) khoảng 4%; tổng kim ngạch xuất khẩu tăng 7% - 8%; tỷ lệ nhập siêu so với tổng kim ngạch xuất khẩu dưới 3%; tổng vốn đầu tư phát triển toàn xã hội khoảng 33% - 34% GDP; tỷ lệ hộ nghèo (theo chuẩn nghèo tiếp cận đa chiều) giảm 1% - 1,5%, riêng các huyện nghèo giảm 4%; tỷ lệ thất nghiệp ở khu vực thành thị dưới 4%; tỷ lệ lao động qua đào tạo đạt 60% - 62%, trong đó tỷ lệ lao động qua đào tạo có văn bằng, chứng chỉ đạt 24% - 24,5%; số giường bệnh/một vạn dân (không tính giường ở Trạm y tế xã) đạt 27 giường; tỷ lệ dân số tham gia bảo hiểm y tế đạt 88,1%; tỷ lệ khu công nghiệp, khu chế xuất đang hoạt động có hệ thống xử lý nước thải tập trung đạt tiêu chuẩn môi trường 89%; tỷ lệ che phủ rừng đạt 41,85%; phần đầu thu hút trên 18 triệu lượt khách quốc tế; tăng trưởng khu vực dịch vụ đạt 7,5%...

Năm 2019 và tiếp theo, như Nghị quyết phiên họp định kỳ tháng 10 và tháng 11/2018 của Chính phủ chỉ rõ, Việt Nam tiếp tục tập trung cải thiện môi trường đầu tư, kinh doanh, thúc đẩy tăng trưởng kinh tế; tạo chuyển biến thực chất hơn trong thực hiện các đột phá chiến lược, cơ cấu lại nền kinh tế gắn với đổi mới mô hình tăng trưởng; đẩy mạnh đổi mới sáng tạo, ứng dụng khoa học, công nghệ tiên tiến và tận dụng có hiệu quả cuộc Cách mạng công nghiệp lần thứ tư; hướng tới ổn định kinh tế vĩ mô, kiểm soát lạm phát, nâng cao năng suất, chất lượng, hiệu quả, tính tự chủ và sức cạnh tranh của nền kinh tế; tăng cường quản lý tài nguyên, bảo vệ môi trường, phòng, chống thiên tai, ứng phó với biến đổi khí hậu; đẩy mạnh cải cách hành chính, cải cách tư pháp, tinh gọn bộ máy, tinh giản biên chế; cơ cấu lại đội ngũ công chức, viên chức, nâng cao hiệu lực, hiệu quả chỉ đạo điều hành và thực thi pháp

luật; quyết liệt phòng, chống tham nhũng; thực hành tiết kiệm, chống lãng phí; củng cố quốc phòng, an ninh; bảo đảm trật tự, an toàn xã hội; nâng cao hiệu quả công tác đối ngoại và hội nhập quốc tế.

Để đạt được các yêu cầu đó, cả nước cần coi trọng củng cố nền tảng vĩ mô, kiểm soát lạm phát, cải thiện mạnh mẽ môi trường đầu tư kinh doanh, nâng cao năng lực cạnh tranh, phấn đấu sớm vào nhóm các nước dẫn đầu ASEAN, hướng đến tiêu chuẩn của các nước phát triển (OECD). Thu hút đầu tư nước ngoài có chọn lọc, ưu tiên sử dụng công nghệ cao, thân thiện môi trường, tiềm năng đóng góp, lan tỏa, gắn với phát triển công nghiệp hỗ trợ. Tập trung rà soát, hoàn thiện các cơ chế chính sách tạo đột phá mạnh mẽ hơn nữa, bảo hộ quyền tài sản, thí điểm các mô hình kinh doanh mới, hiệu quả, nhất là những ngành, lĩnh vực ứng dụng công nghệ cao, đáp ứng yêu cầu Cách mạng công nghiệp lần thứ tư. Phát triển mạnh các thị trường vốn, chứng khoán, bất động sản, lao động và nhân lực chất lượng cao, khoa học công nghệ; có cơ chế huy động, phân bổ và sử dụng hiệu quả hơn các nguồn lực; Cơ cấu lại đầu tư công thực chất hơn, nâng cao hiệu quả sử dụng vốn. Quyết liệt đổi mới đơn vị sự nghiệp công lập. Đẩy mạnh cơ cấu lại nông nghiệp gắn với xây dựng nông thôn mới, phát triển nông nghiệp công nghệ cao, chế biến nông sản, liên kết chuỗi giá trị, bảo đảm đầu ra, ổn định và tăng thu nhập cho người dân. Phát triển hiệu quả, bền vững với tầm nhìn dài hạn kinh tế rừng, kinh tế biển. Phát triển mạnh công nghiệp chế biến, chế tạo, phục vụ nông nghiệp, công nghiệp hỗ trợ, công nghệ thông tin; khuyến khích ứng dụng công nghệ cao, loại bỏ công nghệ lạc hậu. Nâng cao chất lượng, đa dạng hóa sản phẩm, đẩy mạnh quảng bá, xây dựng thương

hiệu du lịch; mở rộng áp dụng thị thực điện tử và đơn phương miễn thị thực cho một số địa bàn trọng điểm; thúc đẩy và nâng cao hiệu quả cơ chế điều phối vùng; phát huy mạnh mẽ vai trò của các vùng kinh tế trọng điểm, các trung tâm kinh tế, thành phố lớn. Tiếp tục đổi mới chính sách, pháp luật về đất đai. Nâng cao hiệu quả sử dụng, khắc phục tình trạng lãng phí các nguồn lực đất đai, tài nguyên, khoáng sản. Giải quyết hài hòa mối quan hệ giữa phát triển kinh tế và bảo vệ môi trường; huy động và sử dụng hiệu quả các nguồn lực cho bảo vệ môi trường, phòng chống thiên tai, ứng phó biến đổi khí hậu. Cải cách mạnh mẽ thủ tục hành chính; tăng cường công tác thanh tra, giải quyết khiếu nại, tố cáo; quyết liệt phòng chống tham nhũng, lãng phí; đẩy mạnh công tác thông tin truyền thông, tạo đồng thuận xã hội, tạo niềm tin và khát vọng dân tộc; phòng ngừa, ứng phó, khắc phục kịp thời các sự cố mất an toàn thông tin, an ninh mạng; làm tốt công tác dân vận, phát huy vai trò của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, các đoàn thể quần chúng, góp phần tạo đồng thuận xã hội, củng cố khối đại đoàn kết toàn dân tộc.

Thực tế cho thấy, Việt Nam đang trên đà phát triển, với những cải thiện tích cực về môi trường đầu tư và cơ sở hạ tầng; quy mô và chất lượng dân số, kiểm soát lạm phát và mức nghèo; tăng dự trữ ngoại hối và xuất khẩu, đầu tư tư nhân và thu hút vốn nước ngoài... Là một nước có thu nhập tầm trung và đang trong quá trình chuyển đổi cơ chế, hiện đại hóa cơ cấu kinh tế, Việt Nam có những thách thức riêng, trước hết liên quan đến phát huy tinh thần khởi nghiệp doanh nghiệp, nâng cao tính cạnh tranh và năng lực đổi mới sáng tạo cả vĩ mô và vi mô.

Cơ hội và thách thức mới trong bối cảnh CN 4.0 đòi hỏi phát huy tinh thần

doanh nghiệp. Đó là tinh thần dũng cảm, quyết tâm và ý chí làm giàu có tổ chức cho mình và cộng đồng, trên cơ sở tuân thủ pháp luật quốc gia và quốc tế, tự trọng, tự tôn, tự hào dân tộc và đề cao trách nhiệm xã hội; sự chủ động và linh hoạt trong phản ứng hiệu quả với những biến động thị trường và chính sách; xây dựng và củng cố sự gắn kết cộng đồng, phát triển các chuỗi liên kết và cung ứng giá trị quốc gia và quốc tế; tiếp cận 4.0 là dựa trên niềm tin, sự sáng tạo mà không đánh mất bản sắc; xử lý hài hòa các lợi ích và các khác biệt văn hóa trong kinh doanh, đáp ứng yêu cầu phát triển bền vững cả trong phạm vi quốc gia và khu vực...

Đặc biệt, tinh thần doanh nghiệp thể hiện tập trung ở sự dám nghĩ, đầu tư thông minh và nâng cao năng suất và chất lượng, giảm giá thành sản phẩm trên cơ sở coi trọng thu hút, đãi ngộ, trọng dụng nhân tài, nâng cao năng lực đổi mới, sáng tạo, ứng dụng công nghệ, thiết bị sản xuất và quản trị doanh nghiệp tiên tiến. Tinh thần doanh nghiệp không chỉ đòi hỏi sự chủ động, tự giác và tự thân của cộng đồng và từng doanh nghiệp, mà còn cần được hun đúc, tôn vinh, chia sẻ và hỗ trợ từ cả hệ thống chính trị và xã hội; Theo đó, Chính phủ cần đột phá mạnh mẽ hơn về tư duy và thể chế; tập trung “kiến tạo” môi trường thuận lợi cho doanh nghiệp phát triển, lấy sự hài lòng của doanh nghiệp, người dân làm thước đo hiệu quả; đổi mới nền giáo dục và đào tạo nghề quốc

gia theo hướng thông minh và đi trước một bước, bảo đảm người lao động được chuẩn bị tốt các kỹ năng và phẩm chất cần thiết để hòa nhập và tái hòa nhập thị trường lao động xã hội; phát triển thị trường công nghệ, cơ sở hạ tầng và các dịch vụ hỗ trợ doanh nghiệp, nhất là thị trường tài chính đầu tư cho phát triển nghiên cứu, sáng chế và thuận lợi trong thương mại hóa ý tưởng kinh doanh và sáng tạo, đề tinh thần cởi mở, sự hứng khởi và niềm tin của các doanh nghiệp, các nhà đầu tư, người dân lan tỏa trong xã hội và thị trường Việt Nam.

Thúc đẩy tinh thần doanh nghiệp trong bối cảnh CN 4.0 là thúc đẩy quá trình kiến tạo và đổi mới, đột phá về công nghệ, ý tưởng và chính sách, phát huy các lợi thế và tận dụng các cơ hội, thích ứng với các thách thức mới, dũng cảm lựa chọn các định hướng mới và khai thác hiệu quả các động lực mới, ngày càng nhận thức rõ hơn về tương lai; không ngừng chủ động, sáng tạo và hoàn thiện mình để trở thành “Doanh nghiệp Thông minh” của “Quốc gia Thông minh” trên hành trình xây dựng một đất nước Việt Nam “dân giàu, nước mạnh, dân chủ, công bằng, văn minh”; góp phần xây dựng cộng đồng kinh tế - doanh nghiệp ASEAN tự cường, sáng tạo, ngày càng lớn mạnh, phồn vinh - đối tác lựa chọn hấp dẫn và đầy tiềm năng của những doanh nghiệp toàn cầu...■

TÀI LIỆU THAM KHẢO:

- 1- Báo cáo báo cáo của Chính phủ về tình hình thực hiện Nghị quyết của Quốc hội về kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội năm 2018, kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội năm 2019; Báo cáo giữa kỳ về kế hoạch phát triển kinh tế 5 năm 2016-2020 tại Kỳ họp thứ 6 Quốc hội khóa 14;
- 2- Báo cáo thống kê tình hình kinh tế - xã hội định kỳ hàng tháng của Tổng cục Thống kê các năm 2016, 2017, 2018;
- 3- Nghị quyết các phiên họp thường kỳ của Chính phủ hàng tháng trong các năm 2016, 2017, 2018.

BIẾN ĐỘNG TỶ GIÁ TRUNG TÂM THEO MÔ HÌNH RID VÀ ARIMA - DỰ BÁO VÀ KHUYẾN NGHỊ

Đặng Ngọc Biên*

* Đại học Kinh tế Quốc dân

Thông tin bài viết:

Từ khóa: tỷ giá trung tâm, dự báo tỷ giá, cung tiền tệ, mô hình RID, mô hình ARIMA

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 04/01/2019

Biên tập : 09/01/2019

Duyệt bài : 14/01/2019

Article Infomation:

Keywords: central exchange rate; exchange rate prediction; money supply; RID Model; ARIMA Model

Article History:

Received : 04 Jan. 2019

Edited : 09 Jan. 2019

Approved : 14 Jan. 2019

Tóm tắt:

Mô hình Chênh lệch lãi suất thực (mô hình RID) được sử dụng để xác định các nhân tố tác động để biến động của tỷ giá hối đoái, so sánh mức độ ảnh hưởng của các nhân tố theo mô hình ở một số nước châu Á có quan hệ kinh tế gần giống với Việt Nam. Sau đó, công cụ phân tích thống kê tính toán các kết quả, so sánh và mô hình Tự hồi quy tích hợp Trung bình trượt (mô hình ARIMA) được sử dụng để dự báo các chỉ số tương lai của các nhân tố quan trọng nhất là tỷ giá trung tâm và mức cung tiền của Việt Nam cho năm 2019.

Abstract

The Real Interest Differential (RID) Model is used to determine the factors that may influence the exchange rate fluctuations, to compare the influence of model factors in some Asian countries that have economic relations similar to Vietnam. Then, the statistical analysis tool is used to calculate the results and to generate the comparisons and the Autoregressive Integrated Moving Average (ARIMA) Model is used to predict future indicators of the important factors, especially the central exchange rate and the money supply of Vietnam in 2019.

Ngày 31/12/2015, Ngân hàng Nhà nước Việt Nam (NHNN) đã ban hành Quyết định số 2730/QĐ-NHNN về việc công bố tỷ giá trung tâm của đồng Việt Nam với đô la Mỹ, tỷ giá tính chéo của đồng Việt Nam với một số ngoại tệ khác. Tỷ giá trung tâm của đồng Việt Nam với đô la Mỹ được xác định trên cơ sở tham chiếu diễn biến tỷ giá bình quân gia quyền trên thị trường ngoại tệ liên ngân hàng, diễn

biến tỷ giá trên thị trường quốc tế của một số đồng tiền của các nước có quan hệ thương mại, vay, trả nợ, đầu tư lớn với Việt Nam, các cân đối kinh tế vĩ mô, tiền tệ và mục tiêu chính sách tiền tệ.

Tỷ giá trung tâm được NHNN chính thức áp dụng ngay đầu năm 2016 theo cơ chế linh hoạt, được xác định dựa trên cung, cầu ngoại tệ trên thị trường và giá trị của đồng

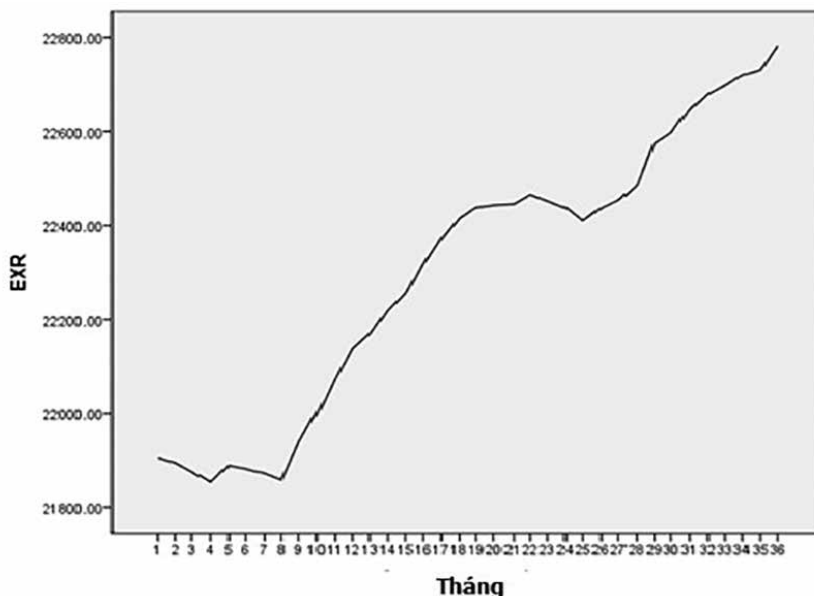
nội tệ so với 8 đồng tiền tham chiếu¹. Đây cũng là lần đầu tiên NHNN áp dụng cơ chế điều hành tỷ giá mới. Theo đó, NHNN thực hiện công bố tỷ giá trung tâm biến động linh hoạt hàng ngày theo sát diễn biến thị trường trong, ngoài nước và phù hợp với mục tiêu chính sách tiền tệ, góp phần hạn chế các cú sốc bên ngoài và giảm tâm lý nắm giữ ngoại tệ, hỗ trợ cho sự ổn định của tỷ giá và thị trường ngoại tệ.

Sau 01 năm áp dụng, theo đánh giá của Nhóm nghiên cứu của Viện nghiên cứu Kinh tế và Chính sách, Trường Đại học Kinh tế thuộc Đại học Quốc gia Hà Nội (VEPR), cơ chế tỷ giá trung tâm linh hoạt đã giúp tỷ giá hối đoái của Việt Nam có một năm tương đối ổn định, hạn chế ảnh hưởng của các cú sốc lớn bên ngoài. Trong năm 2016, tỷ giá tham chiếu cuối năm chỉ tăng 1,18% so với đầu năm 2016, ở ngưỡng 22.154 VND/USD. Đồng thời, biên độ dao động cũng chỉ dưới ±1,5% trong suốt năm.

Ủy ban Giám sát Tài chính quốc gia nhận định, thị trường ngoại hối khá ổn định trong suốt cả năm 2016, duy chỉ có biến động nhẹ vào cuối năm do yếu tố mùa vụ và ảnh hưởng tâm lý của việc USD tăng giá trên thị trường thế giới sau kết quả bầu Tổng thống Hoa Kỳ. Thực tế cho thấy, biến động tỷ giá trong năm 2016 chủ yếu diễn ra trong Quý IV (xem Hình 1), sau hai sự kiện chính trị, kinh tế lớn tại Hoa Kỳ cuối năm 2016².

Sau 3 năm áp dụng, giai đoạn 2016-2018, tỷ giá trung tâm được NHNN công bố ngày 28/12/2018 ở mức 22.825 đồng/Đô la Mỹ, là mức cao nhất trong năm 2018. So với đầu năm 2018, mức tăng của tỷ giá trung tâm VND/USD là 400 đồng, tương đương 1,78%, hoàn thành mục tiêu kiểm soát tỷ giá tăng không quá 2% do NHNN đã đặt ra từ đầu năm, đánh dấu một năm tiếp tục điều hành thị trường ngoại hối thành công, dù đã có những thời điểm thị trường chịu không ít áp lực và có những nghi ngờ nhà điều hành sẽ khó "ghìm cương" tỷ giá.

Hình 1: Biến động tỷ giá trung tâm của Việt Nam giai đoạn 2016 - 2018



EXR = Tỷ giá trung tâm (VND/USD)

Nguồn: NHNN

1 Gồm: USD, Bath, Euro, CNY, Đôla Singapore, Yen Nhật, Won Hàn Quốc, đồng tiền của Đài Loan.
 2 Cuộc bầu cử Tổng thống tại Hoa Kỳ và quyết định tăng lãi suất của Cục Dự trữ Liên bang (Fed) đã làm cho USD mạnh lên so với hầu hết các đồng tiền lớn khác.

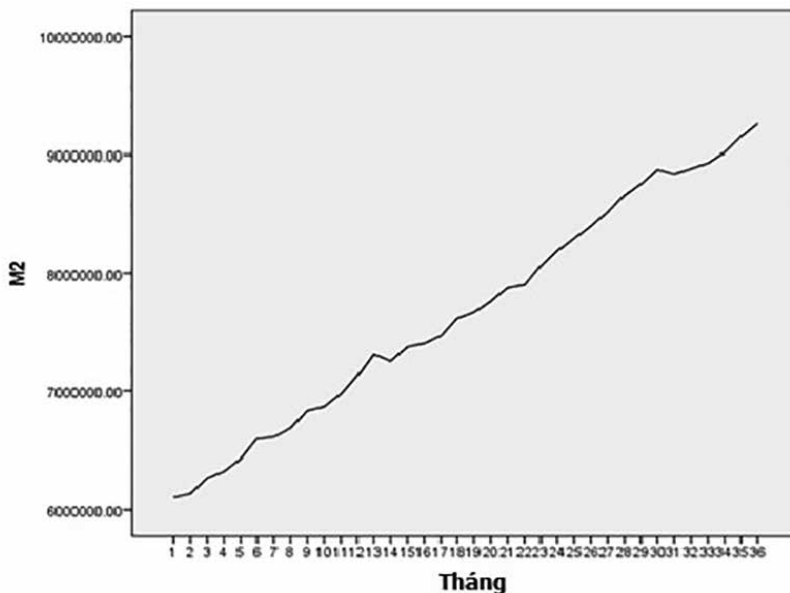
Nếu so với mức tăng 1,2% trong cả hai năm gần nhất là 2016 và 2017, thì mức tăng 1,78% trong năm 2018 là cao hơn. Tuy nhiên, điều này là cần thiết trong bối cảnh các đồng nội tệ của các quốc gia khác đã bị phá giá khá mạnh so với USD khiến tiền đồng Việt Nam bị tăng giá so với các ngoại tệ khác, gây áp lực lên năng lực cạnh tranh của hàng xuất khẩu Việt Nam.

Trong những năm qua, theo các chuyên gia ngân hàng và Ủy ban Giám sát Tài chính Quốc gia (NFSC), NHNN thường xuyên sử dụng linh hoạt các công cụ tiền tệ vĩ mô để điều tiết nguồn cung tiền nhằm ổn định chính sách tiền tệ. Cụ thể, NHNN sẽ bơm tiền đồng ra thị trường khi cần, thông qua mua ngoại tệ và sử dụng công cụ tín phiếu, phát hành để hút bớt tiền về, như một trong những biện pháp trung hòa tác động

bớt tiền về, trung hòa lượng tiền đưa ra mua ngoại tệ. Hoạt động hút về này kéo dài cho đến trung tuần tháng 4 năm 2018, cho đến khi liên tiếp xuất hiện những phiên không có khối lượng trúng thầu và lượng bơm ròng nguồn cung tiền trở lại thị trường.

Nhìn chung, lượng tiền bơm vào thị trường của NHNN vẫn lớn hơn lượng tiền hút ra để đảm bảo ổn định lãi suất tương đối phù hợp cho hoạt động sản xuất kinh doanh. Theo báo cáo do Ủy ban Giám sát Tài chính Quốc gia (NFSC) công bố, trong 6 tháng đầu năm 2018, thanh khoản của hệ thống tổ chức tín dụng tương đối dồi dào do được hỗ trợ từ việc NHNN mua được lượng lớn ngoại tệ và cung ứng tiền ròng khoảng gần 210 nghìn tỷ đồng từ đầu năm. Biến động về cung tiền của Việt Nam được thể hiện trong

Hình 2: Biến động cung ứng tiền của Việt Nam giai đoạn 2016 - 2018



M2 = cung tiền (tỷ đồng)

Nguồn: NHNN

của nguồn tiền đưa ra mua ngoại tệ. Chẳng hạn, từ cuối 2017 đầu 2018, NHNN liên tục mua vào lượng ngoại tệ lớn. Song song, nhà điều hành này cũng đã liên tục và chủ yếu sử dụng công cụ phát hành tín phiếu để hút

Hình 2 dưới đây.

Tỷ giá hối đoái là một trong những yếu tố quan trọng nhất, quyết định đến tình trạng kinh tế của một quốc gia. Tỷ giá hối đoái đóng một vai trò quan trọng đối với

quan hệ thương mại, đây là vấn đề hầu hết các nền kinh tế thị trường tự do trên thế giới đều hết sức quan tâm. Nếu đồng tiền của quốc gia nào đó mạnh lên, hàng hóa xuất khẩu của quốc gia này ra nước ngoài sẽ trở nên đắt đỏ hơn và hàng hóa nhập khẩu sẽ rẻ hơn. Ngược lại, đồng tiền yếu hơn làm cho hàng hóa xuất khẩu của quốc gia rẻ hơn và nhập khẩu đắt hơn ở thị trường nước ngoài. Khi tỷ giá hối đoái tăng cao, cán cân thương mại của một nước thường giảm đi và, khi tỷ giá hối đoái thấp hơn, cán cân thương mại sẽ tăng. Ngoài ra, tỷ giá hối đoái cũng có tầm ảnh hưởng với quy mô nhỏ hơn như ảnh hưởng đến lợi suất thực của các danh mục đầu tư, lợi nhuận của các doanh nghiệp.

Sự biến động của tỷ giá hối đoái chịu ảnh hưởng từ một số yếu tố tác động gây nên. Có nhiều yếu tố quyết định tỷ giá hối đoái, đều liên quan đến mối quan hệ thương mại giữa hai quốc gia, có tính tương đối và được thể hiện như sự so sánh giữa đồng tiền của hai quốc gia. Các yếu tố chính tác động đến tỷ giá hối đoái gồm: chênh lệch lạm phát giữa hai quốc gia; chênh lệch lãi suất; thâm hụt tài khoản vãng lai; nợ công của quốc gia; tỷ lệ trao đổi thương mại giữa hai quốc gia; mức độ ổn định chính trị và hiệu quả của nền kinh tế (giá trị sản lượng); nguồn cung của tiền tệ (cung tiền).

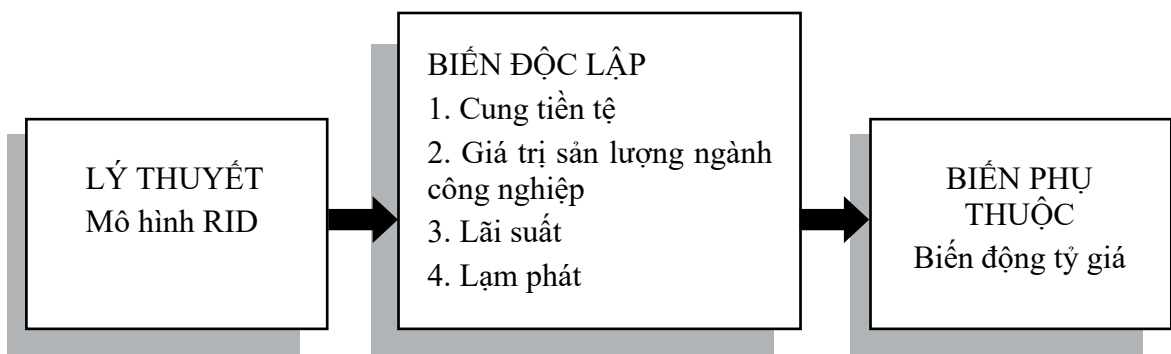
Do tầm quan trọng của tỷ giá hối đoái đối với nền kinh tế, biến động của tỷ giá luôn nhận được sự quan tâm của công chúng. Biến

động tỷ giá và dự báo tỷ giá là vấn đề quan tâm nghiên cứu, xem xét của Chính phủ, cộng đồng doanh nghiệp, các nhà đầu tư, các nhà hoạch định chính sách, các chuyên gia nghiên cứu và người dân. Để xác định và đánh giá tác động của các nhân tố ảnh hưởng đến tỷ giá hối đoái, có nhiều trường phái lý thuyết và các nghiên cứu đưa ra các cách tiếp cận khác nhau. Phương pháp tiếp cận tiền tệ với mô hình Chênh lệch lãi suất thực (Real Interest Differential - RID) được phát triển bởi Jeffrey A. Frankel từ năm 1979, được áp dụng rộng rãi khắp thế giới bởi khả năng dự báo biến động tỷ giá hối đoái với biên độ lớn. Mặc dù có những hạn chế về sau nhưng với nghiên cứu gần đây của Peterson (Peterson, 2005) cho thấy RID vẫn rất hiệu quả trong việc lý giải các biến động của tỷ giá ở một số góc độ nhất định.

Trong mô hình RID, biến động tỷ giá được cho là bị ảnh hưởng bởi cung tiền, sản lượng ngành công nghiệp, lãi suất và lạm phát. Trong các biến số đó, lãi suất và lạm phát thường được xem là yếu tố chuẩn quyết định tới biến động tỷ giá.

Giá ngoại tệ được đo bằng đồng nội tệ là một trong nhiều mức giá của nền kinh tế sẽ tăng trong dài hạn nếu cung tiền tệ tăng lên. Hay nói cách khác là đồng nội tệ sẽ mất giá trong dài hạn so với đồng ngoại tệ. Ngược lại, cung tiền giảm sẽ gây ra sự tăng giá tương ứng trong dài hạn của đồng nội tệ so với ngoại tệ³.

Hình 3: Mô hình Chênh lệch lãi suất thực (RID)



3 Krugman P. R. and M. Obstfeld (2006). International Economics; Theory and Policy.

Đối với lạm phát, một nước có tỷ lệ lạm phát thấp chứng tỏ giá trị đồng nội tệ tăng lên và sức mua tăng so với các đồng tiền của các nước khác. Những nước có tỷ lệ lạm phát cao thường có mức lãi suất cao hơn. Lãi suất lại được xác định bởi cung cầu vốn trên thị trường tín dụng. Lãi suất cao hấp dẫn người dư vốn và họ sẵn lòng cho vay hơn so với các nước khác. Sẽ xuất hiện dòng vốn ròng từ nước ngoài chảy vào và khiến tỷ giá tiếp tục tăng. Tuy nhiên, tác động của lãi suất cao sẽ được giảm thiểu, nếu lạm phát ở nước này cao hơn đáng kể so với các nước khác, hoặc nếu xuất hiện các nhân tố ngoại lai khiến đồng nội tệ giảm giá⁴.

Giá trị sản lượng công nghiệp trong nước nếu tăng lên sẽ làm tăng nhu cầu đồng nội tệ, đồng nội tệ tăng giá và tỷ giá sẽ sụt giảm trong dài hạn. Theo thuyết ngang giá sức mua (Purchasing Power Parity - PPP), đồng nội tệ được định giá cao hơn so với ngoại tệ. Ngược lại, sản lượng công nghiệp của nước ngoài tăng lên sẽ làm tăng nhu cầu ngoại tệ, dẫn đến sự tăng lên của tỷ giá trong dài hạn.

Patosa, Jerson & Tan Cruz, Agustina (2012) đã sử dụng mô hình RID để nghiên

cứ biến động tỷ giá hối đoái của một số nước châu Á. Kết quả cho thấy rằng, tỷ giá hối đoái của các quốc gia đều chịu ảnh hưởng bởi các nhân tố mà RID đề xuất tuy có sự khác biệt về mức độ ảnh hưởng của từng nhân tố tùy thuộc vào điều kiện cụ thể mỗi nước. Kết quả nghiên cứu cho thấy, không phải tất cả các biến số trong mô hình RID đều có ảnh hưởng đáng kể sự biến động của tỷ giá hối đoái. Tầm quan trọng của các biến số ở mỗi quốc gia khác nhau là khác nhau. Giá trị sản lượng ngành công nghiệp có ảnh hưởng đáng kể đến tỷ giá ở tất cả các nước. Còn ba biến số: cung tiền, lãi suất và lạm phát có phần khác nhau. Đối với Trung Quốc và Malaysia, các biến số quan trọng là sản lượng công nghiệp và lạm phát. Thái Lan là sản lượng công nghiệp và lãi suất. Singapore là cung tiền và sản lượng công nghiệp. Riêng Philippines, ba biến số có ảnh hưởng đáng kể cho biến động tỷ giá và đó là cung tiền, sản lượng công nghiệp và lạm phát.

Như vậy, mỗi quốc gia phải đặt mục tiêu khác nhau trong việc xử lý các nhân tố (biến số) để kiểm soát biến động tỷ giá hối đoái. Ở Philippines, nhà hoạch định chính sách phải tập trung vào các biến cung tiền,

Bảng 1: Tổng hợp các nhân tố ảnh hưởng chính đến tỷ giá hối đoái của các quốc gia

Nhân tố	Philippines	Trung Quốc	Malaysia	Thái Lan	Singapore	Việt Nam
Cung tiền	-0,392*	0,437 ^{ns}	-0,035 ^{ns}	-0,342 ^{ns}	0,379*	0,954*
Giá trị sản lượng CN	-0,479*	-0,635*	-0,615*	-0,834*	-0,125*	f
Lạm phát	0,329*	0,267*	0,742*	-0,146 ^{ns}	0,282 ^{ns}	f
Lãi suất	0,706 ^{ns}	0,014 ^{ns}	-0,018 ^{ns}	0,123*	-0,039 ^{ns}	0,098 ^{ns}
Hệ số điều chỉnh R ²	60.79	68.50	65.39	34.19	78.67	93.80

* = Tác động đáng kể

ns = Tác động không đáng kể

f = Nhân tố bị loại

Nguồn: Patosa, Jerson & Tan Cruz, Agustina. (2012) và tác giả tổng hợp

4 Alexandra Twin, (2018). 6 factors that influence exchange rates.

sản xuất công nghiệp và lạm phát. Ở Trung Quốc và Malaysia, chính phủ phải chú ý đến sản xuất công nghiệp và tỷ lệ lạm phát, trong khi Thái Lan phải tập trung vào sản xuất công nghiệp và lãi suất. Singapore phải theo dõi cung tiền và sản xuất công nghiệp.

Đối với Việt Nam, sử dụng số liệu tổng hợp từ các nguồn NHNN, Tổng cục Thống kê, Ngân hàng Phát triển châu Á (ADB), chúng tôi áp dụng mô hình RID để tìm hiểu liệu chính sách tỷ giá có mối liên hệ với các biến số của mô hình và phản ánh sự tương tự của kết quả như các nước trong khu vực hay không với thời gian tính 1/2016 đến 12/2018 và được mô tả tại Bảng 2 dưới đây.

Các biến số được mã hóa bao gồm: tỷ giá trung tâm - EXR, cung tiền - M2, sản

lượng không đáng kể. Các nhân tố còn lại gồm IND (sản lượng ngành công nghiệp), CPI (chỉ số giá cả) dường như không có ý nghĩa nhiều đối với tỷ giá trung tâm. Phương trình hồi quy như sau:

$$Y_{(EXR)} = 19965,385 + 296,283M2 + 21,112INT$$

Phương trình hồi quy trên cho đáp án rằng, khi cung tiền tăng 1 triệu tỷ đồng và lãi suất tăng 1% thì tỷ giá trung tâm VND/USD sẽ tăng 317,395 đồng.

Vì tỷ giá và cung tiền có tương quan rất mạnh và là chuỗi theo thời gian, Khashei & Bijari (2011) cho rằng mô hình Tự hồi quy tích hợp Trung bình trượt (Autoregressive Integrated Moving Average - ARIMA) rất phù hợp đối với những quan hệ tuyến tính giữa dữ liệu hiện tại và dữ liệu quá khứ.

Bảng 2: Tác động của các nhân tố tới biến động của tỷ giá hối đoái

Model	Unstandardized Coefficients (Hệ số hồi quy chưa chuẩn hóa)		Standardized Coefficients (Hệ số hồi quy chuẩn hóa)	t	Sig.	Collinearity Statistics (Thống kê cộng tuyến)	
	B	Std. Error (Sai số chuẩn)	Beta			Tolerance (Dung sai)	VIF
Hệ số chặn (Constant)	19965,385	110,793		180,205	0,000		
M2	296,283	13,750	0,954	21,547	0,000	0,915	1,092
INT	21,112	9,915	0,098	2,129	0,041	0,843	1,186
IND	0,000	0,000	0,049	1,090	0,284	0,871	1,149
CPI	-20,697	40,325	-0,023	-0,513	0,611	0,883	1,133

a. Dependent Variable: EXR

lượng ngành công nghiệp - IND, lãi suất - INT, chỉ số giá cả - CPI. Sử dụng công cụ SPSS 22 được kết quả như sau:

Kết quả hồi quy cho thấy, chỉ có biến M2 (cung tiền) và INT (lãi suất) là có ý nghĩa đối với biến phụ thuộc EXR (tỷ giá trung tâm). Biến M2 là có tương quan với tỷ giá trung tâm rất mạnh, còn biến INT ảnh

Với dữ liệu sẵn có, có thể sử dụng mô hình ARIMA để dự báo biến động cho năm 2019.

Đây là hai chuỗi không dừng nên lấy sai phân bậc 1, kết quả ta được chuỗi dừng. Kết quả chạy mô hình ARIMA (p,1,q) ta được kết quả dự báo tỷ giá và mức cung tiền cho 12 tháng năm 2019 theo Bảng 3 dưới đây:

Bảng 3: Dự báo biến động của tỷ giá trung tâm và cung tiền M2 năm 2019

	Tháng 1	Tháng 2	Tháng 3	Tháng 4	Tháng 5	Tháng 6	Tháng 7	Tháng 8	Tháng 9	Tháng 10	Tháng 11	Tháng 12
Tỷ giá	22812.54	22848.35	22874.67	22903.25	22929.42	22954.67	22979.55	23004.30	23028.99	23053.66	23078.32	23102.98
UCL	22871.37	22949.88	23023.23	23090.95	23154.25	23213.02	23268.16	23320.49	23370.62	23418.99	23465.91	23511.63
LCL	22753.70	22746.82	22726.10	22715.54	22704.59	22696.31	22690.95	22688.11	22687.36	22688.33	22690.73	22694.33
Cung tiền (triệu tỷ đồng)	9,340,000	9,430,000	9,520,000	9,610,000	9,700,000	9,790,000	9,880,000	9,970,000	10,100,000	10,200,000	10,200,000	10,300,000
UCL	9,460,000	9,570,000	9,690,000	9,800,000	9,910,000	10,000,000	10,100,000	10,200,000	10,300,000	10,400,000	10,500,000	10,600,000
LCL	9,230,000	9,290,000	9,360,000	9,430,000	9,500,000	9,570,000	9,650,000	9,720,000	9,800,000	9,880,000	9,950,000	10,000,000

UCL = giới hạn trên

LCL = giới hạn dưới

Như vậy, theo kết quả dự báo theo mô hình ARIMA tại Bảng 3 ở trên, tỷ giá trung tâm VND/USD của Việt Nam đến tháng 12/2019 sẽ là 23.102,98. Tỷ giá trung tâm sẽ không vượt quá 23.511,63 và sẽ không dưới mức 22.694,33. Tương tự cung tiền của Việt Nam sẽ cuối tháng 12/2019 được dự báo ở mức 10.300.000 triệu tỷ đồng. Cung tiền cuối tháng 12/2019 sẽ không quá 10.600.000 triệu tỷ đồng và không thấp hơn 10.000.000 triệu tỷ đồng. Dự báo biến động tỷ giá trung tâm và cung tiền của Việt Nam trong năm 2019 được diễn đạt trực quan hơn tại Hình 4 và Hình 5 dưới đây:

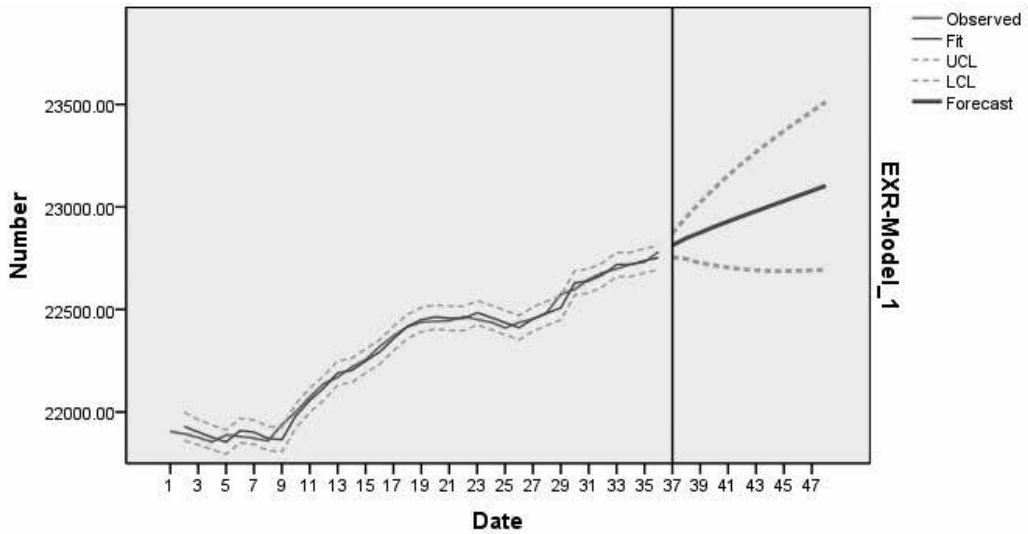
Kết luận và khuyến nghị:

Qua nghiên cứu thực tiễn và áp dụng hai mô hình phân tích và dự báo, có thể thấy rằng, biến động của tỷ giá hối đoái ở Việt Nam chịu ảnh hưởng bởi mức cung tiền tệ và lãi suất là chủ yếu. Các nhân tố giá trị sản lượng ngành công nghiệp và lạm phát ít có tác động đến tỷ giá, điều này có thể được giải thích bởi giá trị sản lượng công nghiệp hiện vẫn chưa chiếm tỷ trọng cao trong kết cấu của GDP, đồng thời lạm phát được duy trì ở mức độ ổn định trong những năm gần đây.

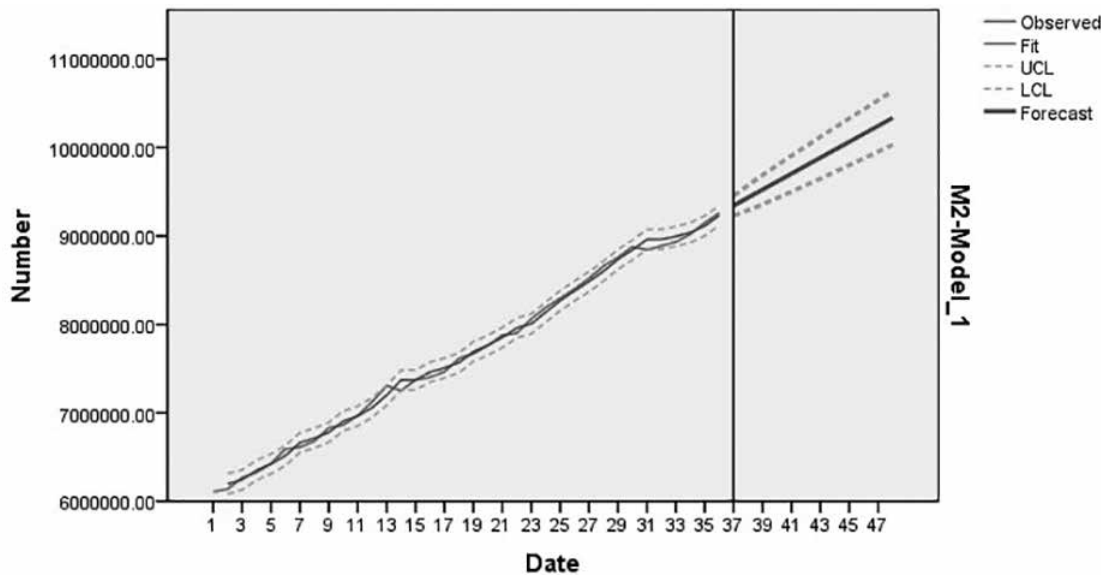
Theo kết quả dự báo, tỷ giá hối đoái và mức cung ứng tiền sẽ gia tăng với mức độ ổn định, ít có khả năng gây tác động đột ngột đến các mặt hoạt động khác của nền kinh tế. Tuy nhiên, NHNN và các nhà hoạch định chính sách cần đặc biệt lưu tâm đến chính sách tiền tệ với hai công cụ là cung tiền và lãi suất trong năm 2019, bởi chúng tác động hết sức đáng kể đến tỷ giá hối đoái. NHNN cần tiếp tục sử dụng công cụ của mình để tác động vào cung tiền một cách linh hoạt và kiểm soát lãi suất ở mức ổn định. Trong dài hạn, tỷ giá quay trở lại tác động đến nhiều biến số kinh tế vĩ mô khác.

Trên thực tế có nhiều nhân tố khác có thể có tác động đến tỷ giá như các hành vi điều hành chính sách tiền tệ của NHNN, chính sách tài khóa của Chính phủ thông qua Bộ Tài chính, cán cân thanh toán, sức hấp dẫn đầu tư đối với nhà đầu tư nước ngoài, dự trữ ngoại hối, nợ nước ngoài, giá trị sản lượng nông nghiệp và dịch vụ, các yếu tố chính trị xã hội,...

Hình 4: Dự báo biến động tỷ giá trung tâm trong năm 2019 theo mô hình ARIMA



Hình 5: Dự báo biến động cung tiền trong năm 2019 theo mô hình ARIMA



TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Alexandra Twin, (2018). 6 factors that influence exchange rates.
2. Patosa, Jerson & Tan Cruz, Agustina. (2012). Factors affecting exchange rate movements in selected Asian countries.
3. Peterson, A. (2005). Identifying the Determinants of Exchange Rate Movements.
4. Khashei & Bijari, (2011). A novel hybridization of artificial neural networks and ARIMA.
5. Krugman P. R. and M. Obstfeld (2006). International Economics; Theory and Policy. Seventh Edition. Pearson International Edition.
6. <https://www.adb.org>
7. <https://www.gso.gov.vn>
8. <https://www.sbv.gov.vn>

CHÍNH SÁCH AN SINH XÃ HỘI ĐỐI VỚI XU HƯỚNG GIÀ HÓA DÂN SỐ Ở VIỆT NAM

Giang Thanh Long*

Đỗ Thị Thu**

* PGS. TS. Viện trưởng Viện Chính sách Công và Quản lý, ĐH Kinh tế Quốc dân

** Giảng viên, Học viện Ngân hàng; Nghiên cứu sinh, ĐH Kinh tế Quốc dân

Thông tin bài viết:

Từ khóa: an sinh xã hội, già hóa dân số, quá độ dân số

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 16/01/2019

Biên tập : 22/01/2019

Duyệt bài : 23/01/2019

Article Information:

Keywords: social security, population aging, population transition.

Article History:

Received : 16 Jan. 2019

Edited : 22 Jan. 2019

Approved : 23 Jan. 2019

Tóm tắt:

Già hóa dân số là một thành tựu xã hội to lớn của nhân loại và của mỗi quốc gia trong nỗ lực kéo dài tuổi thọ của con người. Tuy nhiên, già hoá dân số sẽ làm cho gánh nặng kinh tế - xã hội trở nên nghiêm trọng nếu quốc gia không có những bước chuẩn bị và thực hiện các chiến lược, chính sách thích ứng. Việt Nam sẽ bước vào giai đoạn già hóa dân số với tốc độ cao trong khi thời gian chuẩn bị thích ứng không còn nhiều. Do vậy, cần phải hoạch định các chiến lược, chính sách thực tế, xác đáng để thích ứng.

Abstract

Population aging is a great social achievement of mankind and of every country in an effort to extend the life of people. However, population aging will make the socio-economic burden serious if any country does not take proper steps to develop and adopt adaptive strategies and policies. Vietnam will enter a period of high population aging while adaptive preparation time is not much. Therefore, it is necessary to plan realistic, appropriate strategies and policies for adaption.

1. Già hóa dân số ở Việt Nam

Việt Nam đang trong giai đoạn “quá độ dân số” với hai xu hướng dân số diễn ra cùng lúc là “cơ cấu dân số vàng” và “dân số già hóa”. Xu hướng đầu thể hiện số lượng và tỷ lệ dân số trong độ tuổi lao động tăng lên, trong khi xu hướng sau thể hiện số lượng và tỷ lệ người cao tuổi (NCT) tăng lên. Già

hóa dân số ở Việt Nam là kết quả của hai xu hướng dân số nổi bật trong ba thập kỷ gần đây, đó là tỷ suất sinh giảm và tuổi thọ tăng. Kết quả là dân số trẻ em có xu hướng giảm, dân số trong độ tuổi lao động tăng và dân số cao tuổi tăng.

Theo UNFPA (2011), một nước sẽ

bước vào giai đoạn “bắt đầu già” khi dân số cao tuổi¹ chiếm 10% tổng dân số và giai đoạn “già” khi dân số cao tuổi chiếm 20% tổng dân số. Với định nghĩa này, các dự báo dân số của Tổng cục Thống kê (TCTK, 2016) cho giai đoạn 2014-2049 cho thấy dân số Việt Nam chính thức bước vào giai đoạn “bắt đầu già hóa” từ trước năm 2014 và chỉ khoảng 20 năm để dân số Việt Nam sẽ bước vào giai đoạn “già” (Giang Thanh Long, 2018); Đây là một khoảng thời gian rất ngắn so với nhiều nền kinh tế phát triển khác bởi các nước này phải mất vài chục năm, thậm chí cả thế kỷ, để thay đổi như vậy. Về số lượng NCT, Việt Nam hiện có khoảng 10,1 triệu người, trong đó số người từ 80 tuổi trở lên là khoảng 2 triệu người. Với cùng dự báo dân số, tỉ số phụ thuộc dân số (tính bằng số người từ 60 tuổi trở lên so với số người trong độ tuổi lao động 15-59) được dự báo tăng gấp hơn ba lần, từ 14% năm 2014 lên 43% năm 2049. Tỷ lệ NCT chính thức vượt tỷ lệ trẻ em (từ 0-14 tuổi) vào năm 2040.

Già hóa dân số ở Việt Nam được minh họa bằng các tháp dân số năm 2018 và năm 2040 tại Hình 1 dưới đây.

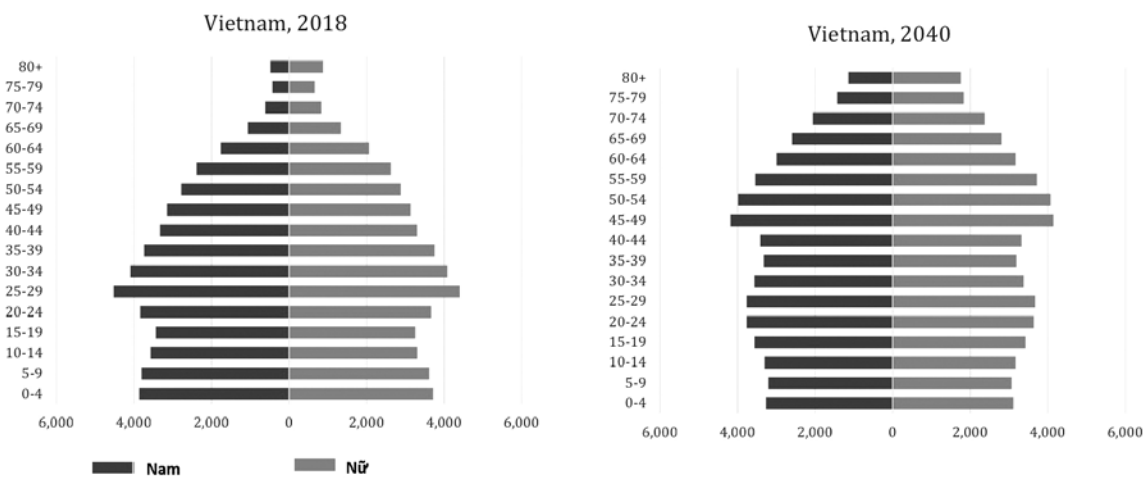
Quá trình già hóa dân số ở Việt Nam có một số đặc trưng như sau:

Thứ nhất, dân số cao tuổi ở Việt Nam có xu hướng “già ở nhóm già nhất”, tức là tỷ lệ NCT ở nhóm lớn tuổi nhất (từ 80 trở lên) đã và đang tăng lên nhanh chóng;

Thứ hai, tỷ số giữa phụ nữ cao tuổi và nam giới cao tuổi tăng mạnh khi xét theo từng lứa tuổi (UNFPA, 2011; TW Hội LHPN Việt Nam, 2012). Trong nhân khẩu học, hiện tượng này được gọi là “nữ hóa dân số cao tuổi”. Tính toán của các tác giả từ Điều tra mức sống hộ gia đình (VHLSS) 2016 cho thấy tỷ số giữa số phụ nữ cao tuổi với số nam giới cao tuổi theo các nhóm tuổi 60-69; 70-79 và 80 trở lên tương ứng là 128/100; 141/100 và 183/100. Dự báo dân số của TCTK (2016) cũng cho kết quả tương tự trong các năm dự báo.

Thứ ba, “già hóa” dân số không đồng đều giữa các tỉnh và vùng. Một số địa phương có tốc độ già hóa nhanh do tỷ suất sinh thấp hoặc do dân số trẻ di cư, trong khi một số địa phương lại có tốc độ già hóa chậm do tỷ suất sinh và tỷ lệ trẻ em còn cao và rất cao.

Hình 1: Tháp dân số Việt Nam, năm 2018 và năm 2040



Nguồn: Các tác giả tự minh họa bằng số liệu của Tổng cục Thống kê (2016)

1 Theo Luật NCT số 39/2009/QH12, NCT được quy định là công dân Việt Nam từ đủ 60 tuổi trở lên.

2. Già hoá dân số đối với vấn đề chính sách an sinh xã hội

Già hóa dân số là một trong những nguyên nhân dẫn đến sự biến đổi nhân khẩu lớn nhất trên thế giới hiện nay. Sự chuyển đổi nhân khẩu học do già hóa dân số đang và sẽ tạo ra những tác động lớn đến các hoạt động của đời sống kinh tế - xã hội của mỗi dân tộc, quốc gia. Theo Tổ chức Y tế Thế giới (WHO, 2015), trung bình cứ một giây có hai người bước vào tuổi 60 (tức là trở thành NCT); mỗi năm thế giới có thêm khoảng 58 triệu NCT; và đến năm 2050 thì cứ 5 người thì có một NCT². Giống như vấn đề gia tăng dân số, xu hướng già hóa dân số cũng gây ra một số thách thức đối với tăng trưởng kinh tế, phát triển hạ tầng kỹ thuật, hạ tầng xã hội và các dịch vụ an sinh xã hội liên quan. Bên cạnh đó, một số nghiên cứu cho thấy, già hóa dân số có tác động mạnh đến mối quan hệ gia đình, lối sống, hệ thống an sinh xã hội, đặc biệt là hệ thống hưu trí quốc gia.

Tốc độ “già hóa dân số” nhanh sẽ tác động tới nhiều lĩnh vực đời sống xã hội như hệ thống dịch vụ chăm sóc sức khỏe, hệ thống an sinh xã hội, việc làm, tuổi nghỉ hưu, quan hệ gia đình, tâm lý, lối sống... đặt ra yêu cầu, thách thức là cần phải xây dựng một xã hội thích ứng với giai đoạn “già hóa dân số” của đất nước. Chúng ta cũng nhận thức chưa đầy đủ về việc đảm bảo quyền và khả năng tiếp cận, thụ hưởng chăm sóc sức khỏe, an sinh xã hội, an toàn và môi trường thân thiện với NCT. Theo một số chuyên gia của Ngân hàng Thế giới (Ronald Lee, Andrew Mason và Daniel Cotlear, 2010) thì già hóa dân số sẽ gây nên nhiều tác động kinh tế, xã hội sâu rộng. Nó sẽ ảnh hưởng lên thị trường lao động và mang lại nhiều thách thức đối với các nhà hoạch định chính sách, doanh nghiệp và toàn bộ người dân nói chung.

Ở nước ta, vấn đề thách thức đang đặt ra là dù chính thức bước vào giai đoạn già hóa dân số từ năm 2011, nhưng tốc độ già hóa nhanh trong bối cảnh vẫn là một nước có mức thu nhập trung bình thấp. Phân tích thực trạng, dự báo về quá trình già hóa dân số và NCT sẽ cung cấp những luận cứ quan trọng cho việc đề xuất các chính sách, chương trình thực hiện mục tiêu “già hóa thành công”, đó là mục tiêu đảm bảo an sinh xã hội (nhằm đảm bảo thu nhập cho NCT thông qua lao động và hưởng hưu trí), dịch vụ chăm sóc NCT phát triển (nhằm đảm bảo dân số cao tuổi khỏe mạnh, tỷ lệ tàn tật, thương tật và đau ốm thấp) và hoạt động cộng đồng, xã hội phong phú (nhằm khuyến khích NCT chủ động tham gia các hoạt động xã hội, đóng góp cho cộng đồng và xã hội). Do đó, các vấn đề liên quan đến già hóa dân số được coi trọng trong Chiến lược Phát triển Kinh tế Xã hội của Việt Nam trong thập kỷ tới cũng như Kế hoạch Phát triển Kinh tế Xã hội giai đoạn 2011-2015.³ Vấn đề này cũng được đề cập đến trong nhiều chiến lược quốc gia khác nhau, ví dụ, Chiến lược Dân số và Sức khỏe Sinh sản, các chiến lược và chính sách của một số lĩnh vực khác.

Già hóa dân số là thách thức nhưng cũng là cơ hội đối với mỗi quốc gia. Ví dụ, đối với việc chăm sóc NCT, tất cả các vấn đề từ giáo dục, đào tạo, an sinh, xã hội, y tế, kinh tế... đều cần có những chương trình phát triển riêng. Nhiều vấn đề liên quan đến NCT sẽ phải được giải quyết như thiết kế và xây dựng nhà ở, đường sá, các phương tiện hỗ trợ người già, đào tạo điều dưỡng viên, bác sĩ... để phục vụ đối tượng này. Đây cũng là cơ hội để các doanh nghiệp có thể nghiên cứu và phát triển những lĩnh vực để phục vụ nhu cầu cho NCT. Do đó, một khía cạnh nhất định, NCT, cũng là đối tượng góp phần phát triển kinh tế - xã hội.

2 Báo cáo tại Hội thảo quốc tế thích ứng với già hóa dân số tại Hà Nội ngày 17/7/2017.

3 Điều 5, Mục III, Nghị quyết số 10/2011/QH13 ngày 08 tháng 11 năm 2011 của Quốc hội khoá 13.

Hiện nay, Chính phủ đã và đang tiếp tục nghiên cứu xây dựng chính sách chăm sóc sức khỏe dài hạn. Tuy nhiên, Việt Nam sẽ phải đối mặt với nhiều thách thức về kinh tế khi triển khai chính sách này, nhất là khi phần lớn NCT luôn có ít nhất một bệnh mạn tính trở lên và điều kiện kinh tế khá khó khăn. Vì thế, thích ứng với già hóa dân số, là một công việc nhiều thách thức đòi hỏi sự tham gia của các ngành, các cấp.

Trong thời gian qua, Bộ Y tế đã ban hành Đề án chăm sóc sức khỏe NCT với nhìn nhận một cách toàn diện, tăng cường chăm sóc NCT ngay tại cộng đồng. Nếu chỉ dựa vào bệnh viện hay nhà dưỡng lão chi phí sẽ cao và tốn kém hơn. Người Việt Nam có văn hóa gia đình, là việc các thế hệ cùng chung sống trong một gia đình được thế giới đánh giá là nét văn hóa tốt, là điểm mạnh để tiến hành tốt công tác chăm sóc sức khỏe cho NCT tại cộng đồng. Bộ Y tế cũng đang triển khai mô hình chăm sóc NCT tại cộng đồng và khuyến khích các doanh nghiệp và tư nhân cùng tham gia.

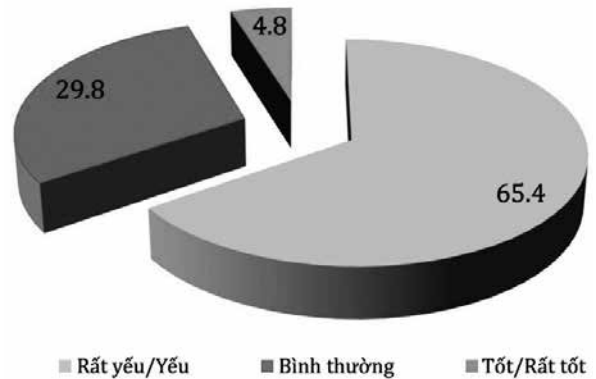
Một số cuộc hội thảo khoa học cũng đã được Bộ Y tế phối hợp với các tổ chức quốc tế thực hiện để các nhà hoạch định chính sách, nhà quản lý, cộng đồng doanh nghiệp, các chuyên gia và nhà khoa học và các đối tác cùng nhau chia sẻ, thảo luận về thực trạng, thách thức của già hóa dân số. Các chuyên gia cũng chia sẻ các kinh nghiệm, mô hình, sáng kiến hay trong phát triển kinh tế, xây dựng hệ thống an sinh xã hội, chăm sóc xã hội và chăm sóc y tế trong bối cảnh già hóa dân số để Việt Nam học tập.

Già hóa dân số đang đặt ra cho Việt Nam một số vấn đề về chính sách an sinh xã hội dưới đây:

1. *Già hoá dân số đối với vấn đề sức khỏe, chăm sóc sức khỏe và chăm sóc dài hạn cho NCT:* Theo thống kê của Liên hợp quốc (2018)⁴, tuổi thọ trung bình của nam

giới và nữ giới ở Việt Nam tương ứng là 72 và 81 - những con số ấn tượng trong điều kiện một nước có thu nhập trung bình. Tuy nhiên, tuổi thọ khỏe mạnh của Việt Nam lại khá thấp khi so sánh với các nước có cùng chỉ số tuổi thọ khi sinh (như Thái Lan, Malaysia). Tỷ lệ NCT tự đánh giá sức khỏe tốt hoặc rất tốt còn thấp (chỉ khoảng 5%), trong khi có tới hơn 65% cho rằng có sức khỏe yếu và rất yếu (TW Hội LHPN Việt Nam, 2012) - Hình 2. Gần 44% NCT có nhiều hơn một bệnh mạn tính và có sự khác biệt rõ rệt về độ tuổi (càng già càng nhiều bệnh), giới (phụ nữ có nhiều bệnh hơn nam giới), khu vực (NCT nông thôn có tỷ lệ mắc bệnh mạn tính cao hơn NCT thành thị)... (Dũng và Long, 2016). Hệ thống các cơ sở chăm sóc sức khỏe cho NCT đã có những biến chuyển tích cực nhưng chưa thể theo kịp nhu cầu KCB của NCT. Các vấn đề liên quan tới nhân lực, cơ sở vật chất phục vụ dịch vụ lão khoa... còn cần phải cải thiện (Bộ Y tế và Nhóm đối tác y tế, 2018).

Hình 2: Tình trạng sức khỏe do NCT tự đánh giá (%)



Nguồn: *Điều tra về NCT Việt Nam (VNAS) năm 2011*

Cùng lúc đó, NCT Việt Nam cũng đối mặt với tình trạng khó khăn trong thực hiện các công việc hàng ngày (ADLs – activities

4 Nguồn: <https://danso.org/viet-nam/>, tiếp cận ngày 10/1/2019

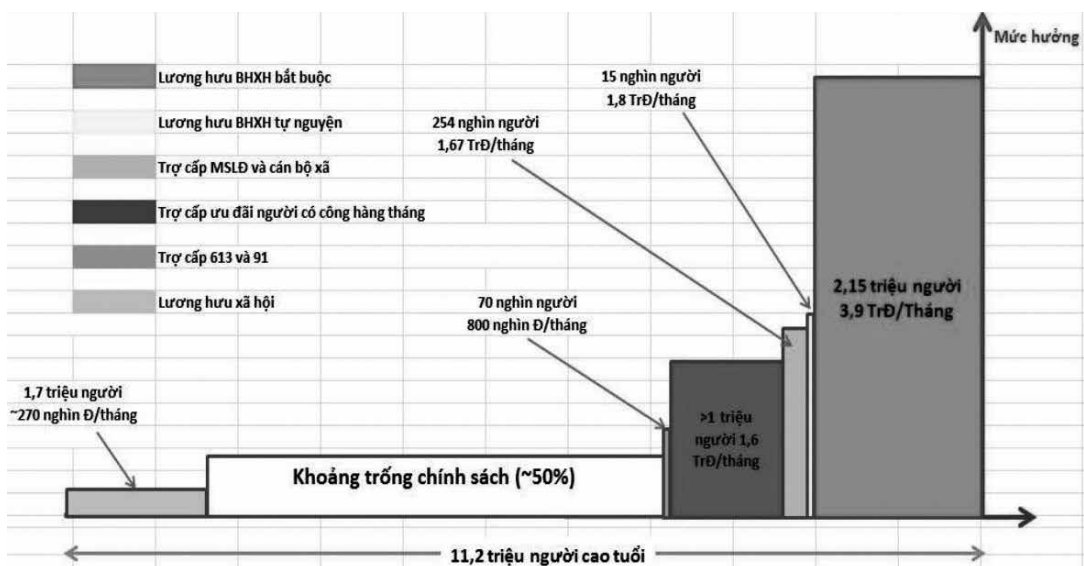
of daily living). Tỷ lệ NCT đối mặt với việc khó khăn có sự khác biệt lớn theo nhóm tuổi và giới tính. Điều này đòi hỏi phải có sự chăm sóc thường xuyên của gia đình, cộng đồng hoặc cơ sở chăm sóc. Một thách thức không nhỏ là gia đình NCT đang chuyển nhanh từ gia đình truyền thống nhiều thế hệ sang gia đình hạt nhân, trong đó tỷ lệ hộ gia đình chỉ có vợ chồng NCT sống với nhau ngày càng tăng lên và dẫn tới tình trạng người già chăm sóc người già. Xét theo khía cạnh giới, tỷ lệ phụ nữ cao tuổi sống một mình, góa chồng cao hơn nhiều tỷ lệ nam giới sống một mình, góa vợ. Sự rủi ro về sức khỏe thể chất cũng như tinh thần và khả năng tự chăm sóc ngày càng giảm đòi hỏi phải có hệ thống chăm sóc dài hạn rộng rãi, tốt thì mới đảm bảo chất lượng cuộc sống của NCT.

2. *Già hoá dân số đối với vấn đề chế độ hưu trí và trợ cấp cho NCT:* Tỷ lệ NCT đang hưởng hưu và trợ cấp xã hội tăng lên nhưng vẫn còn thấp. Tỷ lệ “nhóm giữa mất tích” (missing middle) (tức là NCT không phải giàu, cũng không phải nghèo không được hưởng bất kỳ khoản hưu trí hoặc trợ cấp nào) chiếm gần 50% NCT (Vụ BHXH,

Bộ LĐ-TB&XH, 2017) (Hình 3). Mức hưởng trợ cấp còn thấp và chậm điều chỉnh nên sức mua của khoản trợ cấp giảm đi theo thời gian. Tổng lương hưu và trợ cấp của NCT chỉ chiếm tỷ lệ nhỏ so với tổng thu nhập của hộ gia đình cao tuổi.

Do chính sách an sinh xã hội vẫn còn những khoảng trống, tình trạng người lao động rút khỏi hệ thống an sinh xã hội gia tăng trong thời gian gần đây khiến NCT mất cơ hội có lương hưu khi tới độ tuổi quy định. Theo Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội, số lượng người lao động làm thủ tục bảo hiểm xã hội (BHXH) hưởng chính sách trợ cấp một lần đang gia tăng. Những năm gần đây, theo báo cáo thống kê của Cơ quan BHXH Việt Nam, bình quân mỗi năm có khoảng hơn 600.000 người làm thủ tục BHXH một lần. Có nhiều nguyên nhân dẫn đến tình trạng này, trong đó phải kể đến điều kiện để được hưởng BHXH một lần quá rộng rãi (chỉ cần nghỉ việc một năm không tiếp tục tham gia BHXH). Mặt khác, điều kiện tối thiểu về thời gian đóng BHXH để được hưởng lương hưu khá dài (20 năm), làm nản lòng một số bộ phận người lao động. Bên cạnh đó, tâm lý của người Việt Nam là “trẻ

Hình 3: Độ bao phủ của hưu trí đối với NCT



Nguồn: Vụ BHXH, Bộ LĐ-TB&XH (2017)

cây cha, già cây con” vẫn còn nặng nề, chưa hình thành văn hóa đóng - hưởng để tự bảo đảm an sinh khi về già. Đời sống người lao động nói chung còn khó khăn, nhiều người lao động mong muốn có một khoản chi tiêu trước mắt (như khám, chữa bệnh, xây nhà...).

Theo kết quả báo cáo nghiên cứu do Tổ chức Dịch vụ hưu trí toàn cầu Ernst&Young phối hợp thực hiện với BHXH Việt Nam mới đây, BHXH đang gặp nhiều thách thức trước bối cảnh già hóa dân số tại Việt Nam. Mức độ cam kết tham gia của người sử dụng lao động với chế độ hưu trí nói riêng hay chính sách BHXH nói chung của Việt Nam còn thấp; tuổi nghỉ hưu thấp nên tỷ lệ hưởng lương hưu ở mức tối đa cao và dài. Hiện nay, số người được hưởng lương hưu mới có khoảng gần 2,3 triệu; số tiền tuyệt đối đóng vào quỹ BHXH không cao do tiền lương làm căn cứ đóng BHXH chỉ chiếm khoảng 60% thu nhập thực tế. Theo BHXH Việt Nam, 70% NCT không có tích lũy vật chất; 2,3% gặp khó khăn, thiếu thốn; trên 70% NCT vẫn tự lao động kiếm sống cùng với sự hỗ trợ của con cháu và gia đình và chỉ có hơn 25,5% sống bằng lương hưu hay trợ cấp xã hội.

Về trợ cấp xã hội, trợ cấp cho NCT được thực hiện theo quy định tại Nghị định số 136/2013/NĐ-CP với mức trợ cấp thấp nhất là 270.000 đồng/tháng. Mức trợ cấp tối thiểu này mới chỉ bằng 45% chuẩn nghèo chung (lương thực) và bằng khoảng 22% chuẩn nghèo phi lương thực. Cùng với sự trượt giá của đồng tiền trong thời gian qua, sức mua của khoản trợ cấp đối với NCT bị giảm đáng kể trong những năm qua: nghiên cứu của Bộ LĐ-TB&XH và UNDP (2015) cho thấy sức mua của khoản trợ cấp xã hội cho NCT đã từ năm 2007 đến năm 2014 đã giảm hơn 25%.

3. Già hóa dân số, lực lượng lao động và việc làm của NCT: Thực tế ở một số nước có dân số già và rất già (như Nhật Bản, Hàn Quốc, Đức, Thái Lan...) cho thấy lực lượng lao động của các nước này giảm sút mạnh do

già hóa quá nhanh và dù có lao động nhập cư nhưng cũng không đáp ứng được các yêu cầu về chuyên môn, kỹ thuật. Vì lý do này mà việc duy trì lao động của NCT là một chính sách đạt nhiều mục đích, trong đó có duy trì thu nhập cho NCT, đảm bảo sự năng động về mặt thể chất và trí lực cho NCT để tránh những nguy cơ với các bệnh liên quan tới sa sút trí tuệ... Ở Việt Nam, tính toán của các tác giả từ số liệu VHLSS năm 2016 cho thấy gần 55% NCT vẫn đang làm việc nhưng hầu hết là trong các hoạt động sản xuất nông, lâm, ngư nghiệp – những hoạt động nhìn chung có mức thu nhập còn thấp và bấp bênh. Tỷ lệ hoạt động kinh tế giảm rõ rệt theo độ tuổi. NCT ở nông thôn tham gia hoạt động kinh tế nhiều hơn đáng kể so với NCT ở thành thị. Chính sách tuổi hưu, chính sách dành cho lao động cao tuổi... cần phải được cải thiện để thu hút lực lượng lao động cao tuổi trong nền kinh tế, đảm bảo quyền lao động... là những thách thức không nhỏ với Việt Nam trong bối cảnh “cơ cấu dân số vàng” với lực lượng lao động tiếp tục tăng trong thời gian tới, trong khi “già hóa dân số” khiến lực lượng lao động ngày càng già đi.

3. Một số đề xuất cải cách và xây dựng chính sách thích ứng già hoá dân số

Từ những phân tích trên, để đạt được “già hóa thành công”, chúng tôi đề xuất một số khuyến nghị liên quan đến cải cách và xây dựng chính sách thích ứng như sau:

Thứ nhất, nâng cao ý thức và hiểu biết của các nhà quản lý, hoạch định chính sách cũng như của toàn bộ cộng đồng về những thách thức của già hóa dân số và đời sống của NCT. Thực tế cho thấy, khi thực hiện thay đổi chính sách nào, chúng ta cần nâng cao nhận thức của các nhà hoạch định chính sách và toàn xã hội về vấn đề đó. Do vậy, nếu vấn đề già hóa dân số và thực trạng dân số cao tuổi không được đánh giá, quan tâm sâu sắc thì sẽ không có sự thay đổi các chính sách hiện có hoặc đề xuất xây dựng chính sách mới phù hợp với xu hướng già hóa và thực trạng dân số cao tuổi. Những thách thức

mà các quốc gia có dân số già và rất già như Nhật Bản, các nước Châu Âu (như Ý, Đan Mạch, Phần Lan...) là những bài học thực tiễn cho Việt Nam, đó là cần phải chuẩn bị ngay các chính sách, chương trình hướng tới một dân số già nhưng phù hợp với điều kiện phát triển kinh tế còn thấp.

Thứ hai, cần giải quyết đồng bộ các chính sách tăng trưởng, phát triển kinh tế và đảm bảo an sinh xã hội nhằm đảm bảo và cải thiện thu nhập của NCT từ lao động và hưu trí. Theo đó, phát triển kinh tế phải gắn liền với các mục tiêu xã hội và phải được coi là chiến lược quan trọng hàng đầu. Để làm được điều này, chúng ta phải tận dụng tốt cơ hội “dân số vàng” ngay từ hiện tại, điều này sẽ giúp dân số già ở nước ta có thu nhập và sức khỏe tốt trong tương lai. Nguồn thu nhập ổn định nhất của NCT chính là tiền lương hưu được hưởng từ việc họ đã đóng góp trong suốt thời gian làm việc. Do đó, cần phải cải cách hệ thống hưu trí theo một lộ trình nhất định nhằm đảm bảo sự công bằng, ổn định, phát triển quỹ và phù hợp với tình hình phát triển thị trường tài chính. Ngoài việc đảm bảo mối quan hệ đóng - hưởng sát thực hơn thì việc chuyển đổi cơ chế hoạt động của hệ thống hưu trí sẽ góp phần cải thiện cân bằng quỹ hưu trí một cách đáng kể, đặc biệt việc đầu tư quỹ hưu trí được chú trọng và có hiệu quả hơn. Các loại hình bảo hiểm cũng cần được đa dạng nhằm tăng cường khả năng tiếp cận của các nhóm dân số, đặc biệt chú trọng đến mở rộng hệ thống bảo hiểm tự nguyện với thiết kế linh hoạt, phù hợp với khả năng đóng góp và chi trả của đối tượng và có khả năng liên thông với các loại hình bảo hiểm khác. Nghị quyết số 28-NQ/TW ngày 23/5/2018 của Hội nghị lần thứ VII Ban Chấp hành Trung ương Khóa XII về cải cách chính sách bảo hiểm xã hội cũng đã thể hiện rõ quan điểm đổi mới là “Phát triển hệ thống chính sách bảo hiểm xã hội linh hoạt, đa dạng, đa tầng, hiện đại, hội nhập quốc tế; huy động các nguồn lực xã hội theo truyền thống tương thân tương ái của dân tộc; hướng tới bao phủ toàn dân theo lộ

trình phù hợp với điều kiện phát triển kinh tế - xã hội; kết hợp hài hòa các nguyên tắc đóng - hưởng; công bằng, bình đẳng; chia sẻ và bền vững.”

Bên cạnh đó, Chính phủ cần triển khai các chương trình thu hút NCT tham gia hoạt động kinh tế, đặc biệt với các ngành, lĩnh vực mà đào tạo thông qua thực hành là chủ yếu nhằm tiết kiệm được một nguồn lực lớn cho đào tạo.

Trợ cấp xã hội cho nhóm NCT có điều kiện khó khăn cũng cần được mở rộng và tiến tới một hệ thống phổ cập cho mọi NCT, đặc biệt, cần chú trọng hỗ trợ NCT ở nông thôn, vùng sâu, vùng xa và phụ nữ cao tuổi. Mức hưởng và cách thức trợ cấp cần được xem xét cho phù hợp với điều kiện sống và sức khỏe của NCT. Việc xác định đối tượng cần phải cải cách để tránh sai sót trong lập hồ sơ và phê duyệt đối tượng được hưởng.

Thứ ba, tăng cường chăm sóc sức khỏe, xây dựng và mở rộng các dịch vụ chăm sóc NCT với sự tham gia tích cực, chủ động của mọi thành phần xã hội và nâng cao năng lực quốc gia về chăm sóc NCT. Trong đó, công tác truyền thông giáo dục sức khỏe và nâng cao nhận thức, ý thức về sức khỏe cho mọi lứa tuổi để chuẩn bị cho một tuổi già khỏe mạnh, tránh bệnh tật, thương tật và tàn phế. Bộ Y tế cần chú trọng đến việc quản lý và kiểm soát các bệnh mạn tính (đặc biệt như tim mạch, tăng huyết áp, thoái khớp, tiểu đường, ung thư...) cùng với việc ứng dụng các kỹ thuật mới trong chẩn đoán và điều trị sớm, điều trị lâu dài các bệnh mạn tính; cần tạo ra môi trường sống thân thiện cho NCT. Đặc biệt, phải có một chương trình mục tiêu quốc gia toàn diện về chăm sóc NCT mà trong đó cần xác định một số mục tiêu lượng hoá được và có tính đặc trưng giới để cải thiện tình trạng sức khỏe NCT, giảm thiểu các bệnh mạn tính, tàn phế và tử vong khi bước vào tuổi già. Bên cạnh đó, xây dựng và củng cố mạng lưới chăm sóc dài hạn cho NCT, trong đó chăm sóc tại nhà và cộng đồng cần được chú trọng.

Thứ tư, tăng cường vai trò của các tổ chức chính trị - xã hội, chính trị - xã hội - nghề nghiệp trong việc xây dựng, vận động và thực hiện chính sách cho già hóa dân số và NCT. Các hoạt động vận động gia đình, cộng đồng và toàn xã hội tham gia chăm sóc NCT cần được thúc đẩy và nhân rộng; cần kết hợp với các cơ quan chuyên môn trong nghiên cứu và đề xuất việc đa dạng hóa cách thức, mô hình tổ chức cuộc sống cho NCT như sống cùng con cháu, sống tại nhà dưỡng lão hoặc tại các cơ sở chăm sóc NCT tại cộng đồng... Tổ chức các hoạt động cộng đồng cho NCT một cách thường xuyên nhằm nâng cao hiểu biết và đóng góp ý kiến của NCT với các chính sách của nhà nước cũng như đời sống của cộng đồng.

Thứ năm, cần phải xây dựng được cơ sở dữ liệu có tính đại diện quốc gia và thực hiện các nghiên cứu toàn diện về dân số cao tuổi. Đây sẽ là những đầu vào quan trọng cho việc đề xuất các chính sách, chương trình can thiệp thiết thực, có trọng tâm và hiệu quả; cần khắc phục sự kết nối lỏng lẻo giữa nghiên cứu và chính sách vì đây là điểm yếu nhất khi bàn đến già hóa dân số và dân số cao tuổi ở Việt Nam và là một nguyên nhân khiến cho việc bàn luận các chính sách cho NCT vẫn còn hời hợt và hầu hết NCT được xem là gánh nặng cần phải giải quyết thay vì coi họ là những người có đóng góp lớn cho nền kinh tế và gia đình thông qua các hoạt động kinh tế và xã hội■

TÀI LIỆU THAM KHẢO:

1. UNFPA (Quỹ Dân số Liên hợp quốc). 2011. “Già hóa dân số và NCT ở Việt Nam: Thực trạng, dự báo và một số khuyến nghị chính sách”. Hà Nội: Quỹ Dân số LHQ.
2. Bộ Y tế và Nhóm đối tác y tế. 2018. “Báo cáo chung tổng quan ngành Y tế 2016: Hướng tới già hóa khỏe mạnh”. Hà Nội: Nhà xuất bản Y học.
3. Le Duc Dung and Giang Thanh Long. 2016. “Gender differences in prevalence and associated factors of multi-morbidity among older persons in Vietnam”, International Journal on Ageing in Developing Countries, 1(2): 113-132.
4. TW Hội LHPN Việt Nam. 2012. “Điều tra về NCT Việt Nam 2011: Những kết quả chủ yếu”. Hà Nội: NXB Phụ nữ.
5. Tổng cục Thống kê. 2016. “Dự báo dân số Việt Nam, giai đoạn 2014-2049”. Hà Nội: Tổng cục Thống kê.
6. WHO (Tổ chức Y tế Thế giới). 2015. “World Report on Ageing and Health 2015”. Geneva: WHO.
7. WHO. 2018. “Global Health Observatory (GHO) Data – Life Expectancy”. Truy cập https://www.who.int/gho/mortality_burden_disease/life_tables/situation_trends/en/ ngày 30/11/2018
8. Ronald Lee, Andrew Mason và Daniel Cotlear. 2010. “Some Economic Consequences of Global Aging – A Discussion Note for the World Bank”. Washington D.C: World Bank.
9. Vụ BHXH, Bộ LĐ-TB&XH. 2017. “Tình hình thực hiện BHXH ở Việt Nam”. Báo cáo trong Hội thảo Bộ LĐ-TB&XH và Tổ chức Lao động Quốc tế (ILO) về tình hình bao phủ hệ thống BHXH ở Việt Nam, tháng 11/2017.
10. Bộ LĐ-TB&XH và UNDP. 2015. “Báo cáo hỗ trợ kỹ thuật cho Đề án đổi mới hệ thống trợ giúp xã hội”. Dự án Đổi mới hệ thống trợ giúp xã hội (SAP).
11. Giang Thanh Long. 2018. “Aging and Pension Reforms in Vietnam”. Bài giảng cho khóa học The Pension Electives Course tại Trung tâm Đào tạo Quốc tế của Tổ chức Lao động Quốc tế (ITCILO), ngày 20/9/2018 ở Turin, Ý.

MỘT SỐ BẤT CẬP TRONG QUY ĐỊNH VỀ CHẤM DỨT HỢP ĐỒNG THEO PHÁP LUẬT DÂN SỰ VIỆT NAM

Hồ Thị Vân Anh*

* TS. Khoa Luật Dân sự Đại học Luật - Đại học Huế.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Bộ luật Dân sự, chấm dứt hợp đồng

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 12/04/2018

Biên tập : 23/04/2018

Duyệt bài : 26/04/2018

Article Information:

Keywords: Civil Code; contract termination

Article History:

Received : 12 Apr. 2018

Edited : 23 Apr. 2018

Approved : 26 Apr. 2018

Tóm tắt:

Hợp đồng dân sự cũng trải qua các giai đoạn phát sinh, phát triển và chấm dứt. Tuy nhiên, khác với các sự vật, hiện tượng khác, hợp đồng dân sự bao giờ cũng được phát sinh từ những hành vi có ý thức của các chủ thể. Vì vậy, các sự kiện làm chấm dứt một hợp đồng dân sự không phải là các biến sinh do sự vận động của tự nhiên mà đó là những sự kiện được xuất hiện từ hành vi có thức của các chủ thể hoặc do pháp luật quy định.

Abstract

Civil contracts normally go through stages of preparation, development and termination. However, unlike other things and phenomena, the civil contracts are always derived from conscious acts of subjects. Therefore, the events that lead to termination of a civil contract are not variations due to the movement of nature but those that arise from the conscious behavior of subjects or by the applicable law.

1. Quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 về chấm dứt hợp đồng

Chấm dứt hợp đồng khi hợp đồng đã được hoàn thành

Khi các bên tham gia hợp đồng đã thực hiện toàn bộ nội dung của nghĩa vụ và mỗi bên đều đã đáp ứng được quyền dân sự của mình thì hợp đồng được coi là hoàn thành. Hay nói cách khác, hợp đồng được coi là đã hoàn thành khi các bên trong hợp đồng đã thực hiện đúng và đủ những nghĩa vụ theo hợp đồng. Vậy, thế nào là thực hiện đúng và

thực hiện đủ nghĩa vụ theo hợp đồng?

Trên thực tế, nếu một bên trong hợp đồng dù chưa thực hiện xong toàn bộ hợp đồng nhưng cũng đã thực hiện xong một phần đáng kể công việc và nghĩa vụ trong hợp đồng thì người này có quyền yêu cầu bên kia thanh toán tương ứng với phần nghĩa vụ đã thực hiện xong hay không? Và lúc này, hợp đồng có được coi là chấm dứt do hợp đồng đã hoàn thành hay không. Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 vẫn chưa có quy định cụ thể cho những trường hợp này.

Chấm dứt hợp đồng khi hợp đồng bị hủy bỏ, bị đơn phương chấm dứt thực hiện

- Các căn cứ hủy bỏ hợp đồng được quy định tại Điều 423, Điều 424, Điều 425, Điều 426 của BLDS 2015. Thực tế cho thấy đã phát sinh những vấn đề như sau:

Một là, trong quá trình thực hiện hợp đồng, hợp đồng có thể bị chấm dứt hoặc bị hủy bỏ, tuy nhiên, hậu quả pháp lý của việc hủy bỏ hợp đồng sẽ trở nên rất bất lợi cho bên vi phạm, bởi lẽ khi hợp đồng bị hủy bỏ, hợp đồng có thể không có hiệu lực toàn bộ hoặc một phần. Tuy nhiên với hợp đồng được coi là không có hiệu lực một phần nếu trong hợp đồng có thỏa thuận về phạt vi phạm, thỏa thuận về bồi thường thiệt hại cũng như thỏa thuận về giải quyết tranh chấp¹. Quy định này cho thấy chỉ một sự vi phạm nhưng có thể xảy ra nhiều hậu quả như: hợp đồng bị hủy bỏ, bên vi phạm bị phạt vi phạm, bên vi phạm phải bồi thường thiệt hại và những thỏa thuận về giải quyết tranh chấp. Việc quy định hậu quả của hủy bỏ hợp đồng như vậy còn chưa phù hợp vì nó khiến bên vi phạm dù nặng hay nhẹ cũng phải chịu quá nhiều hậu quả. Điều này không phù hợp với nguyên tắc bình đẳng được quy định tại Điều 3 BLDS 2015, đồng thời cũng không phù hợp với lẽ công bằng mà các quan hệ dân sự đều hướng tới.

Hai là, BLDS 2015 đã bao hàm một số điều khoản về chấm dứt, hủy bỏ hợp đồng nhưng chưa đầy đủ. Trong pháp luật nhiều nước trên thế giới², bên cạnh phần điều chỉnh cho phép chấm dứt, hủy bỏ hợp đồng khi một bên không thực hiện đúng hợp đồng, còn chứa đựng những điều khoản quy định một cách bao quát những trường hợp được hủy bỏ hợp đồng khi một bên không được thực hiện đúng hợp đồng. Cách điều chỉnh này sẽ cho phép hủy bỏ, chấm dứt

hợp đồng khi các quy phạm điều chỉnh hợp đồng thông dụng không đầy đủ hoặc khi hợp đồng không phải là hợp đồng thông dụng mà phần riêng có đề cập³. Vì vậy, trên thực tế có nhiều trường hợp có hành vi vi phạm có thể dẫn đến hậu quả chấm dứt hợp đồng nhưng lại không được quy định trong BLDS 2015, cụ thể như sau:

Theo quy định của khoản 1 Điều 428 BLDS 2015, hành vi đơn phương chấm dứt hợp đồng được thừa nhận trong ba trường hợp: (1) Bên kia vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ trong hợp đồng; (2) Xảy ra điều kiện mà các bên đã thỏa thuận trước; (3) Xảy ra điều kiện do pháp luật quy định. Các hành vi đơn phương chấm dứt hợp đồng nằm ngoài ba trường hợp này bị coi là hành vi vi phạm hợp đồng và bên vi phạm sẽ phải chịu trách nhiệm pháp lý theo quy định của pháp luật. Như vậy, theo quy định này, một bên có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng và không phải bồi thường thiệt hại khi bên kia vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ trong hợp đồng hoặc các bên có thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định. Thông thường, theo nguyên tắc chung thực hiện hợp đồng thì hành vi đơn phương chấm dứt hợp đồng không phải là hành vi hợp pháp và bị coi là vi phạm hợp đồng. Tuy nhiên, trong những trường hợp nhất định, để bảo vệ quyền lợi của một bên nào đó (chủ yếu là bên bị vi phạm), pháp luật quy định quyền được đơn phương chấm dứt hợp đồng của bên đó.

Theo quy định, bên đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng phải thông báo ngay cho bên kia biết về việc chấm dứt hợp đồng, nếu không thông báo mà gây thiệt hại thì phải bồi thường. Khi hợp đồng bị đơn phương chấm dứt thực hiện thì hợp đồng chấm dứt kể từ thời điểm bên kia nhận được

1 PGS.TS. Nguyễn Văn Cừ, PGS.TS. Trần Thị Huệ, Bình luận khoa học BLDS 2015 của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, Nxb. Công an nhân dân, 2017, tr. 639.
 2 PGS.TS. Đỗ Văn Đại, Luật Hợp đồng Việt Nam - Bản án và bình luận bản án, tập 2, Nxb. Chính trị Quốc gia, 2014, tr. 591.
 3 PGS.TS. Đỗ Văn Đại, Luật Hợp đồng Việt Nam - Bản án và bình luận bản án, Sdd, tr. 591.

thông báo chấm dứt. Đây chính là điểm khác biệt giữa hủy bỏ hợp đồng và đơn phương chấm dứt hợp đồng. Trên thực tế, quy định này vẫn phát sinh những vướng mắc sau:

Thứ nhất, khoản 1 Điều 428 BLDS 2015 quy định quyền này có được: “... nếu các bên có thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định”. Quy định đó ngắn gọn và hợp lý nhưng chưa trả lời đến trường hợp các bên không thỏa thuận nêu rõ các điều kiện để một bên có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng.

Thứ hai, BLDS 2015 chưa quy định về trường hợp đơn phương chấm dứt hợp đồng với các loại hợp đồng như: hợp đồng mua bán tài sản, hợp đồng vay tài sản, hợp đồng mượn tài sản, hợp đồng hợp tác...

Thứ ba, khoản 2 Điều 428 BLDS 2015 quy định: “Bên đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng phải thông báo ngay cho bên kia biết về việc chấm dứt hợp đồng, nếu không thông báo mà gây thiệt hại thì phải bồi thường”. Tuy nhiên, BLDS 2015 chưa quy định rõ một số vấn đề có liên quan như: thời gian thông báo, nội dung thông báo và trong thời hạn thông báo chấm dứt hợp đồng thì các bên có thực hiện tiếp nghĩa vụ của hợp đồng hay không.

Thứ tư, BLDS 2015 chưa quy định rõ căn cứ xác lập trách nhiệm bồi thường, cách thức xác định trách nhiệm bồi thường và mức bồi thường thiệt hại khi các bên đương phương chấm dứt thực hiện hợp đồng.

Hợp đồng chấm dứt do hoàn cảnh thay đổi cơ bản

Khoản 1 Điều 420 BLDS 2015 đã đưa ra 5 điều kiện áp dụng quy định về hoàn cảnh thay đổi. Và khi có đủ 5 điều kiện đó mà các bên thỏa thuận không thành công về việc sửa đổi hợp đồng, một trong các bên có

quyền yêu cầu Tòa án chấm dứt hợp đồng tại một thời điểm xác định. Đây là quy định mới nên có một số vấn đề cần được trao đổi như sau:

- Theo quy định của điểm c khoản 1 Điều 420 BLDS 2015, thì “hoàn cảnh thay đổi lớn đến mức nếu như các bên biết trước thì hợp đồng đã không được giao kết hoặc được giao kết nhưng với nội dung hoàn toàn khác”. Quy định này cần được hướng dẫn cụ thể, bởi đây là điều kiện trung tâm để xác định sự thay đổi cơ bản của hoàn cảnh.

- Khoản 3 Điều 420 BLDS 2015 quy định, trường hợp các bên không thể thỏa thuận về việc sửa đổi hợp đồng trong một thời hạn hợp lý, thì một trong các bên có thể yêu cầu tòa án sửa đổi hoặc chấm dứt hợp đồng. Tuy nhiên, “Tòa án chỉ được quyết định việc sửa đổi hợp đồng trong trường hợp việc chấm dứt hợp đồng sẽ gây thiệt hại lớn hơn so với các chi phí để thực hiện hợp đồng nếu được sửa đổi”. Ở đây cần làm rõ khái niệm “thiệt hại” và “các chi phí để thực hiện hợp đồng”. Cụ thể, thiệt hại mà việc chấm dứt hợp đồng gây ra cho bên nào sẽ được sử dụng để so sánh với các chi phí để thực hiện hợp đồng? Thậm chí là có tính toán đến chi phí, lợi ích của người thứ ba hay không?

Hậu quả pháp lý của chấm dứt hợp đồng

“Hậu quả”⁴, hiểu theo nghĩa thông thường, là kết quả không hay về sau⁵. Hậu quả của việc chấm dứt hợp đồng là những kết quả không hay mà một bên hoặc các bên tham gia hợp đồng phải gánh chịu khi hợp đồng bị chấm dứt. Hợp đồng bị chấm dứt, có thể dẫn đến nhiều hậu quả khác nhau, trong đó đáng chú ý, có ý nghĩa quan trọng và tất yếu đối với các bên là hậu quả pháp lý. Hợp đồng bị chấm dứt, sẽ dẫn đến những tác động nhất định đến quyền và

4 Trong tiếng Anh, từ “effect” thường được sử dụng để chỉ hậu quả pháp lý của việc hủy bỏ hợp đồng.

5 Viện Ngôn ngữ học, Từ điển tiếng Việt, Nxb Đà Nẵng, 2006, tr.431.

nghĩa vụ của các bên tham gia hợp đồng. Chính vì thế, để bảo vệ quyền lợi cho các bên khi hợp đồng bị chấm dứt, pháp luật cần có quy định về hậu quả của việc chấm dứt hợp đồng.

Điều 427 BLDS 2015 quy định “Khi hợp đồng bị hủy bỏ thì hợp đồng không có hiệu lực từ thời điểm giao kết, các bên không thực hiện nghĩa vụ đã thỏa thuận, trừ thỏa thuận về phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại và thỏa thuận về giải quyết tranh chấp. Bên đã thực hiện nghĩa vụ có quyền yêu cầu bên kia thanh toán phần nghĩa vụ đã thực hiện”.

Quy định nói trên của BLDS năm 2015 là một trong những điểm mới, tiến bộ hơn so với BLDS 2005, nhưng so sánh với pháp luật một số quốc gia hay một số văn bản quốc tế⁶ cho thấy, phạm vi thỏa thuận còn hiệu lực như là hệ quả của việc hợp đồng bị hủy bỏ quy định tại khoản 1 Điều 427 mang tính “đóng”, thiếu sự linh hoạt, chưa có giải pháp khi hợp đồng bị hủy bỏ đối với bên thứ ba⁷.

Bên cạnh đó, BLDS 2015 chưa quy định hoàn trả những gì đã nhận như là điều kiện hủy bỏ hợp đồng mà thay vào đó quy định hậu quả của việc hủy bỏ hợp đồng là hoàn trả những gì đã nhận. Điều này, dẫn tới tình huống khi hợp đồng bị hủy bỏ nhưng các bên không thể hoàn trả cho nhau những gì đã nhận. Khi đó, sự bình đẳng về lợi ích của các bên khó có thể được đảm bảo.

BLDS 2015 vẫn giữ nguyên quy định của BLDS 2005 về nghĩa vụ hoàn trả bằng hiện vật, nếu không hoàn trả được bằng hiện vật thì được trị giá thành tiền để hoàn trả. Tuy nhiên, Bộ luật không quy định rõ việc hoàn trả có bao gồm những hoa lợi, lợi tức mà bên kia nhận được từ việc thực hiện hợp đồng bị hủy bỏ, đặc biệt khi đối tượng phải hoàn lại là một khoản tiền thì vấn đề lãi suất sẽ được giải quyết như thế nào?

Phạt vi phạm hợp đồng

Trong các hình thức trách nhiệm dân sự khi chấm dứt hợp đồng thì phạt vi phạm hợp đồng, bồi thường thiệt hại hợp đồng là những hình thức trách nhiệm thông dụng nhất. Đây là hình thức trách nhiệm dân sự cho các bên thỏa thuận ghi trong hợp đồng, nhằm buộc bên có hành vi gây ra thiệt hại phải khắc phục hậu quả bằng cách đền bù tổn thất cho bên bị thiệt hại. Trên thực tế giao kết hợp đồng dân sự hiện nay, hầu hết đều có thỏa thuận vi phạm hợp đồng; bồi thường thiệt hại do chấm dứt hợp đồng, hoặc các biện pháp này được thỏa thuận kèm theo với biện pháp chấm dứt hợp đồng.

Điều 418 BLDS 2015, quy định về phạt vi phạm. Nghiên cứu nội dung quy định này có thể hiểu, không có giới hạn về mức phạt vi phạm trong dân sự khi chấm dứt hợp

6 Chẳng hạn, Điều 6:721 BLDS Hà Lan quy định “hủy bỏ hợp đồng miễn trừ các bên khỏi nghĩa vụ hợp đồng. Cơ sở pháp lý cho việc thực hiện nghĩa vụ vẫn còn hiệu lực cho đến khi nghĩa vụ đã được thực hiện nhưng các bên có nghĩa vụ hủy bỏ những gì đã nhận bởi hiệu lực của hợp đồng bị hủy bỏ. Hay hủy hợp đồng “không ảnh hưởng đến quyền của bên thứ ba có thiện chí”... Nếu nợ có bảo đảm thì khoản nợ đó không rút khỏi hợp đồng hoặc việc bảo đảm”, “chấm dứt quyền và nghĩa vụ hợp đồng không ảnh hưởng tới giá trị của các điều khoản liên quan đến thanh quyết toán”. Các dự thảo BIDS (sửa đổi) trước tại Kỳ họp thứ 8, 9 cũng tồn tại quy định tương tự nhưng tiếc rằng những quy định đó đã không được thông qua trong BLDS năm 2015.

Công ước Viên, bên cạnh quy định việc hủy hợp đồng giải phóng các bên khỏi thực hiện nghĩa vụ hợp đồng trừ nghĩa vụ bồi thường thiệt hại, thỏa thuận về giải quyết tranh, Công ước còn quy định các bên phải thực hiện các quyền và nghĩa vụ phát sinh từ việc hủy hợp đồng. Tương tự, Điều 7.3.5 PICC quy định “2) Chấm dứt hợp đồng không loại trừ quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại cho việc không thực hiện; 3) Chấm dứt hợp đồng không ảnh hưởng tới các điều khoản hợp đồng về giải quyết tranh chấp hay tới mọi điều khoản khác có hiệu lực kể cả trong trường hợp hủy hợp đồng” hay khoản 2 Điều 9:305 PECL quy định “chấm dứt hợp đồng không ảnh hưởng đến bất kỳ quy định hợp đồng nào để giải quyết tranh chấp hoặc bất kỳ quy định nào khác để thực hiện sau khi hợp đồng bị chấm dứt.

7 TS. Võ Sỹ Mạnh, Hậu quả của việc hủy bỏ hợp đồng theo BLDS 2015, Tạp chí Kinh tế đối ngoại, Số 86, 2017.

đồng, các bên có thể thỏa thuận chỉ bị phạt vi phạm mà không phải bồi thường thiệt hại. Nếu trong trường hợp có thỏa thuận phạt vi phạm, nhưng không đề cập việc vẫn phải bồi thường thiệt hại thì bên vi phạm sẽ không phải bồi thường thiệt hại.

Theo quy định tại Điều 418 BLDS 2015, các bên có thể thỏa thuận về việc bên vi phạm nghĩa vụ chỉ phải chịu phạt vi phạm mà không phải bồi thường thiệt hại hoặc vừa phải chịu phạt vi phạm vừa phải bồi thường thiệt hại. Các bên có thể thỏa thuận trước về việc bồi thường thiệt hại cũng như xác định trước trong hợp đồng một mức bồi thường cụ thể bằng tiền. Tuy nhiên, khác với phạt vi phạm là chỉ được áp dụng nếu như các bên có thỏa thuận trước về phạt vi phạm, đối với bồi thường thiệt hại, cho dù các bên có thỏa thuận về vấn đề bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng hay không, thì khi xảy ra thiệt hại, bên gây thiệt hại vẫn phải bồi thường theo quy định của pháp luật. Trách nhiệm bồi thường thiệt hại nhằm tới mục đích quan trọng nhất là bồi hoàn, bù đắp, khôi phục lợi ích vật chất bị thiệt hại cho bên bị vi phạm. Như vậy, bồi thường thiệt hại là chế tài quan trọng và cơ bản nhất nhằm bảo đảm lợi ích cho các bên khi hợp đồng bị vi phạm, tạo ra khả năng đảm bảo lợi ích một cách tối đa cho mọi bên có liên quan trong quan hệ hợp đồng. Chính vì thế, chế tài này được áp dụng cho hầu hết các hành vi làm chấm dứt hợp đồng.

Điều 13 BLDS 2015 quy định: “Cá nhân, pháp nhân có quyền dân sự bị xâm phạm được bồi thường toàn bộ thiệt hại, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác hoặc luật có quy định khác”. Điều 360 BLDS 2015 quy định về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ: “Trường hợp có thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ gây ra thì bên có nghĩa vụ phải bồi thường toàn bộ thiệt hại, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật có quy định khác”.

Quy định này được hiểu: Bên vi phạm nghĩa vụ làm chấm dứt hợp đồng, mà hành vi vi phạm gây thiệt hại cho bên khi, thì phải có trách nhiệm bồi thường thiệt hại. Trừ khi các bên có thỏa thuận khác, hoặc luật có quy định khác.

Theo khoản 1 Điều 419 BLDS 2015, thiệt hại được bồi thường do vi phạm nghĩa vụ theo hợp đồng được xác định theo quy định tại khoản 2 Điều 419; Điều 13 và Điều 360 BLDS 2015. Trong khi đó, Điều 13 và Điều 360 BLDS 2015 chỉ nêu nguyên tắc chung là nếu một bên gây thiệt hại cho một bên khác thì phải bồi thường cho bên này toàn bộ thiệt hại, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hay luật có quy định khác. Khoản 2 Điều 419 BLDS 2015 chỉ đề cập thiệt hại là lợi ích mà lẽ ra người có quyền (bên bị vi phạm) sẽ được hưởng do hợp đồng mang lại và các chi phí phát sinh do không hoàn thành nghĩa vụ làm chấm dứt hợp đồng mà không trùng lặp với mức bồi thường thiệt hại cho lợi ích mà hợp đồng mang lại. Theo chúng tôi, rất khó để xác định được các loại thiệt hại mà bên bị vi phạm có thể yêu cầu bồi thường từ các quy định này. Vì vậy, để áp dụng những quy định này trên thực tế, cần ban hành hướng dẫn làm cơ sở thống nhất về nhận thức và áp dụng khi cơ quan nhà nước có thẩm quyền giải quyết tranh chấp liên quan đến nội dung này.

Bên cạnh đó, Điều 362 BLDS 2015 quy định: “Bên có quyền phải áp dụng các biện pháp cần thiết, hợp lý để thiệt hại không xảy ra hoặc hạn chế thiệt hại cho mình”. Nghiên cứu nội dung quy định này có thể thấy sự bất lợi dành cho bên có quyền và nếu áp dụng trong thực tế sẽ không khả thi. Bởi theo quy định, bên có quyền phải có nghĩa vụ áp dụng các biện pháp cần thiết, hợp lý để thiệt hại không xảy ra. Nội dung này có thể bị bên vi phạm chấm dứt hợp đồng sẽ lợi dụng, dẫn tới việc bên bị vi phạm có thể sẽ không nhận được khoản tiền bồi thường thiệt hại nào cả.

Hợp đồng bị chấm dứt, hủy bỏ có thể có những tác động, ảnh hưởng nhất định đến quyền nhân thân của các bên có liên quan như quyền được bảo vệ nhân phẩm, danh dự, uy tín; quyền về đời sống riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình... BLDS 2015 quy định “việc giải quyết hậu quả của việc hủy bỏ hợp đồng liên quan đến quyền nhân thân do BLDS hoặc luật khác có liên quan quy định”. Đây có thể nói là quy định khá mới của BLDS 2015 trong hệ thống pháp luật dân sự Việt Nam. Tuy nhiên, do chưa có văn bản hướng dẫn cụ thể nên vấn đề này vẫn rất khó thực thi.

2. Một số đề xuất kiến nghị

Từ những phân tích nêu trên, chúng tôi đề xuất một số kiến nghị sau:

- Cần bổ sung quy định về chấm dứt hợp đồng đối với một số hợp đồng dân sự thông dụng khác và một số hợp đồng dân sự không thông dụng. Ví dụ: hợp đồng mua bán tài sản, hợp đồng vay tài sản, hợp đồng vận chuyển tài sản, hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất. Cần cụ thể hóa về chấm dứt hợp đồng dân sự tại các luật có liên quan đến hợp đồng dân sự như: Luật Nhà ở, Luật Các tổ chức tín dụng... và các Nghị định hướng dẫn thi hành. Nội dung của các văn bản pháp luật về cùng một vấn đề phải không chồng chéo, mâu thuẫn với nhau.

- Cần nghiên cứu ban hành hướng dẫn quy định giới hạn trần mức phạt vi phạm khi chấm dứt hợp đồng.

- Cần hướng dẫn, chấp nhận thỏa thuận của các bên về một mức bồi thường thiệt hại cố định khi chấm dứt hợp đồng ngay thời điểm ký kết hợp đồng, đó có thể là một khoản tiền nhất định hoặc là một cách tính thiệt hại được dự liệu trước.

- Cần ban hành văn bản hướng dẫn thực hiện Điều 420 theo hướng hạn chế tối đa việc lợi dụng điều khoản này làm chấm dứt hợp đồng. Các chủ thể áp dụng pháp luật chỉ được áp dụng trong các trường hợp thật sự ngoại lệ, hiếm hoi mà sự thay đổi cơ bản của hoàn cảnh làm ảnh hưởng nghiêm trọng đến việc tiếp tục.

- Cần quy định rõ các căn cứ xác lập, xác định mức bồi thường, trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong trường hợp chấm dứt hợp đồng làm phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại.

- Cần bổ sung thêm các quy định tính khoản lãi trong hợp đồng vay tài sản khi xử lý hậu quả pháp lý chấm dứt, hủy bỏ hợp đồng vay tài sản.

- Cần quy định hướng dẫn áp dụng giải quyết hậu quả việc chấm dứt, hủy bỏ hợp đồng liên quan đến quyền nhân thân ■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. PGS. TS. Nguyễn Văn Cừ, PGS.TS. Trần Thị Huệ (2017), *Bình luận khoa học BLDS 2015 của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam*, Nxb. Công an nhân dân.
2. PGS.TS. Đỗ Văn Đại (2014), *Luật Hợp đồng Việt Nam - Bản án và bình luận bản án*, tập 2, Nxb. Chính trị Quốc gia.
3. TS. Võ Sỹ Mạnh (2017), *Hậu quả của việc hủy bỏ hợp đồng theo BLDS 2015*, Tạp chí Kinh tế đối ngoại, Số 86.
4. Th.S Đặng Thị Hồng Tuyền (2016), *Chấm dứt hợp đồng trong pháp luật dân sự Việt Nam*, Kỷ yếu hội thảo khoa học: *Những nội dung sửa đổi BLDS của Cộng hòa Pháp về nghĩa vụ và hợp đồng* do Trường Đại học Luật Hà Nội tổ chức.
5. Trường Đại học Luật Hà Nội (2017), *Giáo trình Luật Dân sự*, tập 2, Nxb. Công an nhân dân.

XỬ LÝ VI PHẠM ĐỐI VỚI CÁC THỎA THUẬN HẠN CHẾ CẠNH TRANH

Trần Việt Dũng*
Phạm Hoài Huấn**

* PGS. TS. Trường Đại học Luật, TP. Hồ Chí Minh

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

Thông tin bài viết:

Từ khóa: thoả thuận hạn chế cạnh tranh, cartel, xử lý vi phạm, chính sách khoan hồng.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 21/12/2018

Biên tập : 05/01/2019

Duyệt bài : 12/01/2019

Article Information:

Keywords: competition restriction agreement; cartel, handling violations, leniency policy.

Article History:

Received : 21 Dec. 2018

Edited : 05 Jan. 2019

Approved : 12 Jan. 2019

1. Xử lý vi phạm về thoả thuận hạn chế cạnh tranh tại Việt Nam

Với tính chất là một trong những hành vi gây ra nhiều hệ quả xấu cho môi trường

Tóm tắt:

Các thoả thuận hạn chế cạnh tranh có thể gây nên những tổn hại lớn đến quyền lợi của người tiêu dùng và/hoặc của các doanh nghiệp khác trên thị trường liên quan. Để việc kiểm soát các thoả thuận này có hiệu quả, cần phải sử dụng đồng bộ nhiều biện pháp, trong đó các biện pháp xử lý vi phạm luôn đóng vai trò quan trọng. Vấn đề đặt ra là, xử lý các vi phạm pháp luật về kiểm soát có thể sử dụng những công cụ nào và xác định mối tương quan giữa các biện pháp này, để thiết kế cách thức kiểm soát phù hợp với bối cảnh của Việt Nam.

Abstract

Agreements leading to competition restriction may cause great harms to the interests of consumers and/or other businesses in the relevant market. In order for control of those agreements in a effective manner, it is necessary to use multiple measures, of which the measures to handle violations always play an important role. The problem is, what tools can be used to deal with violations of the control law and determine the correlation among these measures, to design the appropriate control method in the Vietnamese context.

cạnh tranh và quyền lợi người dùng, các thoả thuận hạn chế cạnh tranh (HCCT) tại Việt Nam xét về mặt lý thuyết luôn bị xử lý rất nghiêm khắc¹. Theo Điều 117 Luật Cạnh tranh năm 2004, các thoả thuận HCCT có

1 World Bank & OECD, “A framework for the design and implementation of competition law and policy”, tr. 24, nguồn tại: <http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/aframeworkforthedesignandimplementationofcompetitionlawand-policy.htm>, truy cập ngày 16/12/2018

thể bị xử phạt theo một trong hai hình thức: (i) Cảnh cáo và (ii) Phạt tiền. Mức phạt tiền đối với các thoả thuận này có thể *tối đa đến 10% tổng doanh thu của tổ chức, cá nhân vi phạm trong năm tài chính trước năm thực hiện hành vi vi phạm*². Trên cơ sở đó, theo quy định của Nghị định số 71/2014/NĐ-CP, khi xử lý hành vi thoả thuận sử dụng giá đề HCCT, cơ quan xử lý vụ việc cần thiết phải tuân thủ 3 nội dung:

Thứ nhất, mức phạt đối với hành vi không được vượt quá 10% tổng doanh thu trong năm tài chính trước năm thực hiện hành vi vi phạm;

Thứ hai, tỷ lệ phần trăm trong mức phạt áp dụng đối với doanh nghiệp vi phạm không phải luôn xác định như nhau mà sẽ mang tính cá biệt hóa dựa vào thời gian mà mỗi doanh nghiệp tham gia vào thoả thuận. Cụ thể, là tỷ lệ phần trăm doanh thu bán ra hoặc doanh số mua vào của hàng hóa, dịch vụ liên quan đến hành vi vi phạm trong thời gian thực hiện hành vi vi phạm của từng doanh nghiệp vi phạm.

Thứ ba, các tình tiết tăng nặng hoặc giảm nhẹ được lượng hóa thành các con số cụ thể để xác định mức phạt. Theo đó, mỗi tình tiết giảm nhẹ, tình tiết tăng nặng quy định tại Điều 85 của Nghị định số 116/2005/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Cạnh tranh, mức tiền phạt xác định theo quy định tại khoản 1 Điều này được điều chỉnh giảm hoặc tăng tương ứng 15%.

Trong tương quan so sánh với pháp luật cạnh tranh của EU, cách tiếp cận của Nghị định số 71/2014/NĐ-CP khá tương đồng. Pháp luật cạnh tranh EU cũng quy định mức phạt tối đa lên đến 10% tổng doanh thu của doanh nghiệp, nhưng họ có rất nhiều tiêu chí để giảm nhẹ mức phạt này. Theo đó, có 3 yếu tố cơ bản để lượng hoá mức phạt tiền đối với các vi phạm các quy

định kiểm soát các thoả thuận HCCT mà EU quy định là lợi ích thu được từ thoả thuận HCCT, các tình tiết tăng nặng, giảm nhẹ, các tình tiết khác³. Mặc dù các tiêu chí để lượng hoá mức phạt tiền và tỷ trọng của các tiêu chí có sự khác biệt, nhưng xét về nguyên lý, Nghị định số 71/2014/NĐ-CP cũng tiếp cận giống như pháp luật của EU.

Theo quy định của khoản 5 Điều 4 Nghị định số 71/2014/NĐ-CP, “đối với mỗi tình tiết giảm nhẹ, tình tiết tăng nặng quy định tại Điều 85 của Nghị định số 116/2005/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Cạnh tranh, mức tiền phạt... được điều chỉnh giảm hoặc tăng tương ứng 15%”. Tuy nhiên, trong tương quan so sánh với pháp luật của các nước khác, có hai điểm mà Nghị định số 71/2014/NĐ-CP chưa xử lý thoả đáng khi quy định nguyên tắc để lượng hoá mức phạt tiền đối với các vi phạm pháp luật kiểm soát thoả thuận HCCT.

Thứ nhất, pháp luật Nhật Bản có cách tiếp cận hợp lý hơn khi phân loại các doanh nghiệp theo quy mô, lĩnh vực hoạt động để có mức phạt phù hợp. Theo đó, mức phạt đối với các doanh nghiệp sản xuất lớn có thể dao động từ 6% - 10%, các doanh nghiệp vừa và nhỏ là 3% - 4%, các nhà phân phối từ 1% - 2%, các nhà bán lẻ thì dao động trong khoảng 1% - 1,2%⁴. Logic tiếp cận là dựa trên khả năng tác động đến cạnh tranh của doanh nghiệp tham gia các thoả thuận HCCT. Các doanh nghiệp vừa và nhỏ, khả năng gây HCCT sẽ thấp hơn so với các doanh nghiệp lớn. Do đó, mức phạt đối với các đối tượng này cũng sẽ khác nhau;

Thứ hai, Nghị định số 71/2014/NĐ-CP chưa đề cập đến khả năng nộp phạt của doanh nghiệp vi phạm các quy định về kiểm soát các thoả thuận HCCT. Theo quy định của pháp luật cạnh tranh của EU thì các doanh nghiệp vi phạm nhưng không có khả

2 Khoản 1 Điều 118 Luật Cạnh tranh năm 2004.

3 European Commission, “Fines for breaking EU Competition Law”, nguồn: http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/factsheet_fines_en.pdf, truy cập ngày 06/10/2018.

4 UNCTAD, tidd (12), tr. 73.

năng nộp phạt sẽ được cân nhắc để giảm mức phạt⁵.

Theo quy định của khoản 2 Điều 110 Luật Cạnh tranh năm 2018, các thoả thuận HCCT cũng sẽ bị xử phạt theo một trong hai hình thức là cảnh cáo hoặc phạt tiền. Tuy nhiên, việc phạt tiền trong Luật Cạnh tranh năm 2018 có sự khác biệt so với quy định của Luật Cạnh tranh năm 2004. Theo quy định của khoản 1 Điều 111 Luật Cạnh tranh năm 2018, mức phạt tiền tối đa đối với hành vi vi phạm quy định về thoả thuận HCCT là 10% tổng doanh thu của doanh nghiệp có hành vi vi phạm trên thị trường liên quan trong năm tài chính liền kề trước năm thực hiện hành vi vi phạm, nhưng thấp hơn mức phạt tiền thấp nhất đối với các hành vi vi phạm được quy định trong Bộ luật Hình sự (BLHS).

Như vậy, ngoài mức tối đa 10% tổng doanh thu của năm liền kề trước đó, các thoả thuận HCCT còn bị khống chế ở mức thấp hơn mức phạt tiền thấp nhất đối với các hành vi vi phạm được quy định trong BLHS. Theo quy định của khoản 4 Điều 217 BLHS năm 2015 được sửa đổi bổ sung năm 2017, các pháp nhân thương mại vi phạm các quy định về cạnh tranh sẽ chịu một trong các hình thức chế tài sau đây:

a) Phạm tội thuộc trường hợp quy định tại khoản 1 Điều này, thì bị phạt tiền từ 1.000.000.000 đồng đến 3.000.000.000 đồng;

b) Phạm tội thuộc trường hợp quy định tại khoản 2 Điều này, thì bị phạt tiền từ 3.000.000.000 đồng đến 5.000.000.000 đồng hoặc đình chỉ hoạt động có thời hạn từ 06 tháng đến 02 năm;

c) Pháp nhân thương mại còn có thể bị phạt tiền từ 100.000.000 đồng đến 500.000.000 đồng, cấm kinh doanh, hoạt động trong một số lĩnh vực nhất định hoặc cấm huy động vốn từ 01 năm đến 03 năm.

Có thể tóm tắt mức phạt tiền đối với các TTSDG để HCCT mà BLHS quy định như sau:

Khung hình phạt tiền	Mức thấp nhất
1.000.000.000 - 5.000.000.000	1.000.000.000
3.000.000.000 - 5.000.000.000	3.000.000.000
100.000.000 - 500.000.000	100.000.000

Trên cơ sở phân tích ở trên đây, mức phạt tiền tối đa mà các doanh nghiệp khi thực hiện các TTSDG để HCCT được giới hạn ở mức trần tối đa là 3.000.000.000 đồng. Nếu doanh nghiệp đáp ứng các điều kiện của điểm a và điểm c khoản 4 Điều 217 BLHS thì mức trần này còn được giới hạn ở mức thấp hơn, lần lượt là 1.000.000.000 đồng hoặc 100.000.000 đồng. Như vậy, trong tương quan so sánh với Luật Cạnh tranh năm 2004, mức phạt tiền được áp dụng đối với các TTSDG để HCCT xét về mặt lý thuyết là thấp hơn nhiều. Để bù đắp cho mức giảm của khung phạt tiền, ngoài các hình thức phạt bổ sung được quy định trong Luật Cạnh tranh năm 2018, BLHS cũng đã có bổ sung hai điểm quan trọng sau đây:

Thứ nhất, đối với các pháp nhân thương mại, ngoài hình phạt tiền thì các doanh nghiệp tham gia vào các TTSDG để HCCT còn có thể phải đối diện với việc phải đình chỉ hoạt động có thời hạn từ 06 tháng đến 02 năm (điểm b khoản 4 Điều 217 BLHS) hoặc bị cấm kinh doanh, hoạt động trong một số lĩnh vực nhất định hoặc cấm huy động vốn từ 01 năm đến 03 năm (điểm c khoản 4 Điều 217 BLHS).

5 European Commission, “Fines for breaking EU Competition Law”, nguồn tại: http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/factsheet_fines_en.pdf, truy cập ngày 06/10/2018.

Thứ hai, đối với các cá nhân có liên quan, mà chủ yếu là người quản lý doanh nghiệp trong các TTSDG để HCCT, theo quy định của BLHS cũng có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự. Theo đó, các cá nhân này có thể bị phạt tiền cao nhất đến 3.000.000.000 đồng, bị phạt tù cao nhất đến 5 năm và các hình phạt bổ sung như cấm đảm nhiệm chức vụ hoặc hành nghề trong một khoảng thời gian nhất định (khoản 1, khoản 2, khoản 3 Điều 217 BLHS).

2. Một số hạn chế của Luật Cạnh tranh năm 2018

Phân tích quy định xử lý vi phạm về thoả thuận HCCT cho thấy, Luật Cạnh tranh năm 2018 vẫn còn một số hạn chế cần được tiếp tục hoàn thiện sau đây:

Thứ nhất, mức phạt tiền đối với các vi phạm.

Theo báo cáo của Công ty cổ phần Báo cáo Đánh giá Việt Nam, năm 2017, mức doanh thu của 5 ngành có doanh thu lớn nhất Việt Nam dao động từ 500.000 tỷ đến hơn 900.000 tỷ đồng⁶. Nếu đối chiếu với quy định của Luật Cạnh tranh 2018 về mức phạt đối với các vi phạm cho thấy, mức này không đủ để tạo nên sự răn đe. Mức phạt đối với các thoả thuận HCCT nó không chỉ mang ý nghĩa trừng phạt các hành vi vi phạm pháp luật mà quan trọng hơn nó còn thể hiện tính răn đe của pháp luật đối với các vi phạm tiềm năng. Thực tế, nếu một công ty có thể xác định trước số tiền phạt sẽ được áp dụng đối với bất kỳ hành vi vi phạm nào đó, thì có thể đưa ra quyết định hợp lý về việc có tham gia vào cartel hay không⁷.

Nhìn chung, các nước trên thế giới khi xác định mức phạt đối với các thoả thuận

HCCT nói chung và TTSDG để HCCT nói riêng luôn dựa vào doanh thu của các doanh nghiệp chứ không xác định mức phạt bằng một số tiền cụ thể như quy định của Luật Cạnh tranh năm 2018 và BLHS năm 2015. Tuy nhiên, tùy vào các yếu tố liên quan khác, pháp luật các nước có thể có những quy định khác nhau liên quan đến mức doanh thu mà doanh nghiệp thu được trong quá trình tiến hành các thoả thuận HCCT bị cấm. Bởi lẽ, một doanh nghiệp có thể hoạt động trong nhiều lĩnh vực và doanh nghiệp này chỉ tham gia các thoả thuận HCCT trong một ngành nghề nào đó. Việc cơ quan cạnh tranh xử phạt mà không quan tâm đến khía cạnh này, trong nhiều trường hợp, sẽ là bất công đối với doanh nghiệp. Chính vì lẽ đó, khái niệm “sản phẩm có liên quan” được pháp luật các nước sử dụng như là một yếu tố hỗ trợ cho việc xác định tổng doanh thu của doanh nghiệp vi phạm. Ngoài yếu tố “sản phẩm có liên quan”, pháp luật cạnh tranh các nước còn sử dụng yếu tố giá trị bán hàng có liên quan đến vi phạm hoặc khối lượng thương mại bị ảnh hưởng làm cơ sở để xác định mức doanh thu của doanh nghiệp. Khi đã xác định được doanh thu của doanh nghiệp có liên quan, việc xác định mức phạt luôn được các doanh nghiệp xác định dựa vào tỷ lệ phần trăm nhất định. Thông thường, mức phạt sẽ được ấn định tối đa là 10% tổng doanh của hàng hoá, dịch vụ có liên quan trong khoảng thời gian mà doanh nghiệp tiến hành các thoả thuận HCCT. Thông thường, xuất phát điểm để xác định tiền phạt sẽ là một tỷ lệ phần trăm của phép tính này. Lý do cơ bản đằng sau tỷ lệ phần trăm được chọn thường là một tíc số cho lợi nhuận vượt quá mà các doanh nghiệp thoả thuận HCCT đạt được⁸.

6 Công ty Cổ phần Báo cáo Đánh giá Việt Nam, “Bảng xếp hạng VNR500”, nguồn tại: <http://vietnamreport.net/Cong-bo-Bang-xep-hang-VNR500-%E2%80%93-Top-500-Doanh-nghiep-lon-nhat-Viet-Nam-nam-2017-7504-1006.html>, truy cập ngày 20/8/2018

7 International Competition Network (2017), “Setting of fines for cartels in ICN jurisdictions”, tr. 15, nguồn tại: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1127.pdf>, truy cập ngày 22/10/2018

8 International Competition Network, “Setting of fines for cartels in ICN jurisdictions”, nguồn tại: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1127.pdf>, truy cập ngày 22/10/2018

Xét ở góc độ này, rõ ràng Nghị định số 71/2014/NĐ-CP đã thực hiện rất tốt vai trò của mình trong việc xác định các tiêu chí để lượng hoá mức phạt đối với các hành vi HCCT nói chung và thoả thuận HCCT nói riêng. Theo quy định của khoản 1 Điều 4 Nghị định số 71/2014/NĐ-CP, “tiền phạt đối với hành vi vi phạm quy định về kiểm soát hành vi HCCT được xác định theo tỷ lệ phần trăm doanh thu bán ra hoặc doanh số mua vào của hàng hóa, dịch vụ liên quan đến hành vi vi phạm trong thời gian thực hiện hành vi vi phạm của từng doanh nghiệp vi phạm”. Như vậy, quy định này cũng coi yếu tố hàng hoá, dịch vụ liên quan và thời gian thực hiện hành vi vi phạm làm tiêu chí để xác định mức doanh thu của doanh nghiệp, qua đó tạo cơ sở để xác định mức phạt đối với doanh nghiệp vi phạm.

Thứ hai, tương quan giữa các biện pháp xử lý vi phạm.

So sánh với pháp luật cạnh tranh Hoa Kỳ, với các vi phạm về kiểm soát các thoả thuận HCCT, đối tượng vi phạm sẽ bị phạt khoản tiền lên đến 100.000.000 USD đối với doanh nghiệp, 1.000.000 USD đối với cá nhân cùng với hình phạt tù lên đến 10 năm⁹. Đồng thời doanh nghiệp còn phải bồi thường gấp 3 lần thiệt hại khi các cá nhân hoặc các bên có liên quan khởi kiện yêu cầu bồi thường¹⁰. Trong khi đó, ở các quốc gia khác như Nhật Bản, Canada, Pháp... thì biện pháp phạt tiền mang tính hành chính sẽ lên đến mức 10% tổng doanh thu của năm liền kề trước đó. Ngoài ra, có thể phạt tiền bằng pháp luật hình sự và áp dụng bồi thường trong các vụ kiện dân sự.

Như vậy, cách tiếp cận về xử lý vi phạm trong pháp luật cạnh tranh của Hoa Kỳ và các nước có sự khác biệt. Trong khi pháp luật cạnh tranh các nước Nhật Bản, Canada, Pháp quy định mức phạt 10% doanh thu của

năm liền kề, thì pháp luật cạnh tranh Hoa Kỳ ấn định mức phạt tiền ở mức 100.000.000 USD đối với doanh nghiệp nhưng họ lại chú trọng đến việc bồi thường các tổn thất mà người dùng và các bên liên quan phải gánh chịu thông qua việc thừa nhận mức bồi thường gấp 3 lần thiệt hại thực tế.

Phân tích trên cho thấy, dù doanh nghiệp phải nộp phạt lên đến 10% tổng doanh thu của năm liền kề vào ngân sách nhà nước hay phải bồi thường gấp 3 lần thiệt hại thực tế cho các bên liên quan thì xét đến cùng, doanh nghiệp cũng phải trả giá về tài chính rất nặng nề cho các vi phạm quy định của pháp luật về kiểm soát các thoả thuận HCCT.

Trong khi đó, mặc dù Luật Cạnh tranh năm 2018 đã bổ sung quy định về việc truy cứu trách nhiệm hình sự đối với các vi phạm về kiểm soát thoả thuận HCCT, nhưng Luật chưa xác định được cách tiếp cận hợp lý khi xử lý mối quan hệ giữa việc xử phạt hành chính và phạt tiền trong pháp luật hình sự khi kiểm soát các thoả thuận HCCT. Hệ quả là, nếu kết hợp cả quy định của Luật Cạnh tranh năm 2018 và BLHS năm 2015 sẽ cho ra tổng số mức phạt tiền hành chính và mức phạt tiền trong pháp luật hình sự là khá thấp. Điều này không đảm bảo tính răn đe và trừng phạt đối với các thoả thuận HCCT.

Thứ ba, chính sách khoan hồng.

Luật Cạnh tranh năm 2018 đã bổ sung chính sách khoan hồng vào pháp luật cạnh tranh, qua đó tạo nên một công cụ hữu hiệu để chống lại các thoả thuận HCCT. Chính sách khoan hồng cho phép Nhà nước miễn trừ trách nhiệm đối với bên tham gia thoả thuận HCCT nhưng chủ động khai báo, cung cấp thông tin, tài liệu hay chứng cứ chứng minh hành vi thoả thuận và có sự hợp tác với cơ quan điều tra trong suốt quá trình

9 U.S. FTC, “The Antitrust Laws”, nguồn tại: <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-anti-trust-laws/antitrust-laws>, truy cập ngày 6/12/2018

10 UNCTAD, “Appropriate sanctions and remedies”, nguồn tại: https://unctad.org/en/Docs/trbpbconf7d5_en.pdf, truy cập ngày 6/12/2018

điều tra. Đây là một công cụ hữu hiệu để cơ quan cạnh tranh phát hiện và xử lý các thỏa thuận HCCT trong tương lai, khi Luật Cạnh tranh có hiệu lực¹¹. Tuy nhiên, xét tổng thể, chính sách này vẫn còn điểm chưa hợp lý. Theo quy định của Điều 112 Luật Cạnh tranh năm 2018, chính sách khoan hồng chỉ áp dụng đối với doanh nghiệp mà không áp dụng đối với cá nhân. Điều này tạo nên hạn chế không đáng có cho việc phát huy vai trò của chính sách khoan hồng. Trong bối cảnh của môi trường kinh doanh Việt Nam, tính liên kết “buôn có bạn, bán có phường” cao sẽ ngăn cản các doanh nghiệp tố cáo nhau. Chính vì lẽ đó, việc có được chứng cứ từ những người quản lý doanh nghiệp, xét về mặt logic, là một nhu cầu có thật.

3. Một số kiến nghị đối với biện pháp chế tài

Có thể thấy rằng, Luật Cạnh tranh năm 2018 đã đem lại những đột phá trong cách tiếp cận vấn đề quản lý hành vi thỏa thuận HCCT. Tuy nhiên, để đạt được mục tiêu đề ra, pháp luật cạnh tranh vẫn cần phải được tiếp tục hoàn thiện và cân nhắc những giải pháp mang tính hiệu quả cao để kiểm soát những hành vi thỏa thuận HCCT có tác động tiêu cực tới sự phát triển của thị trường và lợi ích của người tiêu dùng. Căn cứ trên những phân tích về các biện pháp chế tài và kinh nghiệm quốc tế, chúng tôi cho rằng, Nhà nước cần tập trung nâng cao hơn nữa khung hình phạt đối với các hành vi thỏa thuận HCCT cũng như hoàn thiện hơn cơ chế khoan hồng để phá vỡ thỏa thuận ngầm của các cartel.

Thứ nhất, nâng cao mức phạt đối với vi phạm.

Trong tương quan với quy định của Luật Cạnh tranh năm 2018, mức phạt quy định trong Điều 217 BLHS năm 2015 áp dụng đối với các thỏa thuận HCCT là quá thấp. Vì vậy, cần phải sửa đổi quy định về mức phạt đối với các thỏa thuận HCCT. Theo đó, có thể áp dụng một trong hai phương án.

- Phương án thứ nhất, sửa khoản 1 Điều 111 Luật Cạnh tranh năm 2018. Cụ thể: “Mức phạt tiền tối đa đối với hành vi vi phạm quy định về thỏa thuận HCCT, lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, lạm dụng vị trí độc quyền là 10% tổng doanh thu của doanh nghiệp có hành vi vi phạm trên thị trường liên quan trong năm tài chính liền kề trước năm thực hiện hành vi vi phạm”.

- Phương án thứ hai, sửa Điều 217 BLHS theo hướng hoặc loại bỏ các quy định về mức phạt tiền đối với hành vi vi phạm hoặc trong trường hợp dẫn chiếu ngược trở lại quy định mức phạt tiền trong Luật Cạnh tranh năm 2018.

Theo chúng tôi, phương án thứ nhất có ưu thế hơn. Bởi lẽ, mức phạt tiền là một trong các quy định quan trọng trong việc kiểm soát các thỏa thuận HCCT. Xét về khía cạnh thực tiễn lập pháp Việt Nam, các cơ quan có thẩm quyền trong việc thực thi pháp luật sẽ là cơ quan được giao nhiệm vụ làm dự thảo luật hoặc sẽ là cơ quan tham gia sâu vào quá trình xây dựng hoặc sửa đổi luật. Nhìn từ góc độ đó, việc sửa đổi Luật Cạnh tranh năm 2018 sẽ khả thi và hiệu quả hơn so với việc sửa đổi BLHS. Đồng thời, để lượng hoá mức phạt đối với các thỏa thuận HCCT, cần có những hướng dẫn thi hành. Nếu lựa chọn phương án 2, khâu hướng dẫn thi hành sẽ khó khăn hơn.

Thứ hai, chính sách khoan hồng.

Như trên đã phân tích, việc chính sách khoan hồng không áp dụng đối với cá nhân là một bất cập. Để gia tăng khả năng thành công trong các vụ việc về thỏa thuận HCCT, nên bổ sung việc áp dụng chính sách khoan hồng đối với các cá nhân có liên quan. Vì vậy, cần sửa đổi Điều 112 Luật Cạnh tranh năm 2018 theo hướng: “cá nhân có liên quan đến việc hình thành, thúc đẩy, thực hiện các thỏa thuận HCCT nếu thỏa mãn các điều kiện tại khoản 3 Điều này có thể được miễn truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc giảm hình phạt” ■

11 Luật Cạnh tranh được Quốc hội ban hành ngày 12/6/2018 và có hiệu lực ngày từ ngày 01/7/2019.

QUY ĐỊNH VỀ XUẤT NHẬP CẢNH, CƯ TRÚ VÀ LAO ĐỘNG CỦA NGƯỜI LAO ĐỘNG NƯỚC NGOÀI Ở MỘT SỐ QUỐC GIA VÙNG VỊNH VÀ NHỮNG GỢI MỞ CHO VIỆT NAM

Nguyễn Thị Kim Cúc*
Mai Văn Thắng**

* Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh

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

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Vùng Vịnh, lao động nước ngoài, xuất nhập cảnh, cư trú, pháp luật

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 03/09/2018

Biên tập : 20/09/2018

Duyệt bài : 25/09/2018

Article Information:

Keywords: Gulf countries; foreign workers; immigration; residence; law.

Article History:

Received : 03 Sep. 2018

Edited : 20 Sep. 2018

Approved : 25 Sep. 2018

Tóm tắt:

Xuất nhập cảnh, cư trú và lao động của người lao động nước ngoài có ảnh hưởng không nhỏ đến sự phát triển kinh tế, xã hội, văn hóa của mỗi quốc gia. Bên cạnh những tác động tích cực thúc đẩy đầu tư, hợp tác kinh doanh, mở ra cơ hội nâng cao trình độ nguồn nhân lực, tiếp cận với nền khoa học công nghệ phát triển, chuyển giao tri thức, giao lưu văn hóa..., những hoạt động đó cũng phát sinh không ít hệ quả tiêu cực về chính trị, an ninh, kinh tế, văn hóa, xã hội của nước sở tại. Tham khảo quy định pháp luật đối với việc nhập cư, cư trú, lao động của người lao động nước ngoài ở các quốc gia vùng Vịnh mà điển hình là Qatar và UAE sẽ có giá trị tham khảo cho Việt Nam và cộng đồng khu vực trong bối cảnh hiện nay.

Abstract

Immigration, residence and employment of the foreign workers provide a significant impacts on the economic, social and cultural developments of each country. In addition to the positive impacts on boosting investment and business cooperation, opening up opportunities to improve the qualifications of the human resources, accessing to the development of science and technology, knowledge transfer, cultural exchange etc., these activities also generate a number of negative impacts on politics, security, economics, culture and society of the host country. It is valuable for Vietnam to review and get reference from the legal regulations on immigration, residence, and employment of foreign workers in Gulf countries, for example Qatar and the UAE and the regional community under the current context.

1. Những quy định cơ bản của các quốc gia trong Hội đồng Hợp tác vùng Vịnh về xuất nhập cảnh, cư trú và lao động của người lao động nước ngoài

Hội đồng Hợp tác các nước Ả rập vùng Vịnh (hay còn gọi là Hội đồng Hợp tác vùng Vịnh), được thành lập từ năm 1981,

là một liên minh chính trị và kinh tế của tất cả các quốc gia Ả rập ở khu vực Vịnh Ba Tư, ngoại trừ Iraq¹. Theo một báo cáo của Trung tâm nghiên cứu Al Jazeera tại Qatar, các quốc gia vùng Vịnh đứng đầu thế giới về số lượng người lao động (NLĐ) nước ngoài được tuyển dụng² và tổng số lao động nước ngoài chiếm hơn một nửa tổng dân số của các quốc gia vùng Vịnh cộng lại, ngoại trừ Arab Saudi³. Lực lượng lao động nước ngoài ở các quốc gia này có nguồn gốc từ tất cả các quốc gia trên thế giới, nhưng chủ yếu đến từ Tây Nam Á, Đông Nam Á và Nam Á⁴ với trình độ nhận thức, văn hóa, sắc tộc nhiều khác biệt với cư dân bản địa và phần lớn làm việc trong lĩnh vực xây dựng, dịch vụ với mức lương thấp. Người nước ngoài sinh sống, làm việc tại vùng Vịnh hầu như không có cơ hội được cấp thẻ thường trú hay nhập quốc tịch, trừ khi kết hôn với công dân các quốc gia này. Trước tình trạng tỷ lệ lao động nước ngoài luôn ở mức rất cao, các quốc gia trong Hội đồng Hợp tác vùng Vịnh đã xây dựng một hệ thống pháp luật, chính sách phù hợp để quản lý lao động nước ngoài hiệu quả, giải quyết bài toán kinh tế, giữ vững hệ thống an sinh xã hội, bảo vệ bản sắc văn hóa, chính trị, truyền thống của dân tộc.

1.1 Những quy định chung của khu vực về xuất nhập cảnh, cư trú và lao động của NLĐ nước ngoài

Hoạt động xuất nhập cảnh, cư trú và lao động của NLĐ nước ngoài tại các quốc gia trong Hội đồng Hợp tác vùng Vịnh được điều chỉnh bởi cơ chế Kafala⁵. Ở một số quốc gia trong khu vực vùng Vịnh, như Qatar, cơ chế này được cụ thể hóa bằng Luật Tài trợ (Sponsorship Law), còn ở các quốc gia khác, như Kuwait, cơ chế Kafala được thể hiện thông qua các quy định cụ thể trong luật về cư trú hay nhập cư.

Kafala vốn là một hệ thống kiểm soát và trong bối cảnh dịch chuyển lao động như hiện nay, cơ chế này là cách thức để các chính phủ quản lý lao động nước ngoài, trao trách nhiệm giám sát họ cho các cá nhân và pháp nhân có liên quan. Hệ thống này cung cấp cho người sử dụng lao động (NSDLĐ) bộ các công cụ pháp lý để quản lý NLĐ của mình. Cụ thể, nếu không được phép của NSDLĐ, NLĐ không thể thay đổi công việc, nghỉ việc hay rời khỏi quốc gia sở tại. Nếu NLĐ tự ý nghỉ việc mà không được phép của NSDLĐ, NSDLĐ có quyền hủy thị thực cư trú của NLĐ và NLĐ ngay lập tức trở thành người cư trú bất hợp pháp. Sau khi bị hủy thị thực cư trú, về nguyên tắc, NLĐ phải lập tức rời khỏi quốc gia sở tại. Mọi hoạt động của cơ chế Kafala sẽ được giám sát

1 <https://www.globalsecurity.org/military/world/gulf/gcc.htm>, truy cập ngày 20/12/2017

2 Theo số liệu năm 2014 là 17 triệu người. Nguồn: <https://www.dailysabah.com/business/2016/01/28/gulf-countries-employ-highest-number-of-foreign-workers>, truy cập ngày 20/12/2017

3 <https://www.dailysabah.com/business/2016/01/28/gulf-countries-employ-highest-number-of-foreign-workers>, truy cập ngày 20/12/2017

4 Ai Cập, Syria, Jordan, Li-băng, Pakistan, Ấn Độ, Philippines, Bangladesh, Indonesia và Sri Lanka là những quốc gia có công dân đến làm việc tại khu vực vùng Vịnh cao nhất.

Nguồn: <https://www.dailysabah.com/business/2016/01/28/gulf-countries-employ-highest-number-of-foreign-workers>, truy cập ngày 31/08/2018

5 Kafala có nguồn gốc xuất phát từ tiếng Ả rập, có nghĩa là tài trợ. Nguồn gốc của chính sách này bắt nguồn từ nghề khai thác, bắt ngọc trai truyền thống Vịnh Ba Tư từ xa xưa.

bởi Bộ Nội vụ của mỗi quốc gia trong Hội đồng Hợp tác vùng Vịnh⁶. Theo Azfar Khan, chuyên gia về Di trú của Văn phòng Tổ chức Lao động thế giới phụ trách các quốc gia Ả rập, cơ chế Kafala khi mới ra đời được đánh giá là một hệ thống tốt khi trao trách nhiệm “chăm sóc” người nước ngoài cho các công dân của quốc gia sở tại⁷.

Mặc dù các quốc gia trong Hội đồng Hợp tác vùng Vịnh đều áp dụng cơ chế Kafala và các quy định pháp luật tạo nên cơ chế Kafala ở các quốc gia này là giống nhau, nhưng có một số khác biệt đáng chú ý là: trong số sáu quốc gia trong Hội đồng, Qatar và Arab Saudi là hai quốc gia vùng Vịnh yêu cầu NLD nhập cư phải có giấy cho phép xuất cảnh trước khi rời khỏi quốc gia sở tại⁸. Như vậy, khi NLD muốn rời khỏi Qatar và Arab Saudi, họ phải yêu cầu NSDLĐ cấp cho loại giấy này, bất kể họ đang làm việc ở vị trí nào, là công nhân lao động hay giám đốc điều hành. Trong trường hợp tranh chấp lao động đang xảy ra, NSDLĐ có quyền từ chối cấp loại giấy cho phép trên. Ở các nước khác, NSDLĐ có thể tiến hành một số hoạt động nhằm ngăn cản việc NLD do mình bảo trợ rời khỏi quốc gia sở tại mà không được sự cho phép của mình. Nếu NSDLĐ thông báo cho chính phủ về việc NLD đã bỏ trốn hay nghỉ việc mà chưa được sự cho phép của NSDLĐ thì NLD có thể sẽ bị truy cứu trách nhiệm hình sự. Chỉ riêng năm 2014, tại Kuwait, có khoảng 12.000 trường hợp

lao động nước ngoài bỏ trốn⁹. Ngay khi cơ quan có thẩm quyền nhận được thông báo của NSDLĐ về vấn đề này, toàn bộ thị thực cư trú của những trường hợp lao động bỏ trốn sẽ bị hủy. Như vậy, những NLD này sẽ không thể rời khỏi quốc gia sở tại cho đến khi NSDLĐ rút đơn khiếu nại, đồng thời phải có sự can thiệp của cơ quan đại diện ngoại giao của quốc gia mà NLD là công dân và có sự đồng ý của NSDLĐ. Ở Bahrain, NLD có thể thay đổi công việc mà không cần sự cho phép của NSDLĐ sau một năm làm việc. Ở UAE, NLD nước ngoài chỉ có thể tìm cho mình một NSDLĐ mới mà không cần sự cho phép của NSDLĐ cũ nếu họ nhận được sự cho phép đặc biệt từ Bộ Lao động khi đáp ứng được một số điều kiện nhất định, ví dụ như chứng minh được rằng NSDLĐ đã vi phạm hợp đồng hoặc chứng minh được rằng NSDLĐ đã đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động. Ngoài một số trường hợp ngoại lệ trên, NLD chỉ có thể thay đổi công việc nếu được sự đồng ý của NSDLĐ và trong nhiều trường hợp việc đồng ý này phải được chứng minh thông qua “giấy chứng nhận không phản đối” (no objection certificate). Ngoài Bahrain và UAE, ở các nước khác trong khu vực, NLD không thể thay đổi công việc của mình nếu không có sự cho phép của NSDLĐ, bất kể thời gian làm việc là ngắn hay dài. Cách duy nhất để NLD có thể thay đổi công việc là nhận được sự chấp thuận đặc biệt từ Bộ Nội vụ hoặc trong một số trường hợp có thể kiện lên Tòa án¹⁰.

6 <https://www.ilo.org/dyn/migpractice/docs/132/PB2.pdf>, truy cập ngày 31/08/2018

7 <https://www.thenational.ae/world/mena/some-domestic-workers-work-up-to-100-hours-a-week-1.276987>, truy cập ngày 21/12/2017

8 <https://www.migrant-rights.org/2015/03/understanding-kafala-an-archaic-law-at-cross-purposes-with-modern-development/>, truy cập ngày 22/12/2017

9 <http://news.kuwaittimes.net/kshr-slams-absconding-reports-no-transfer-of-commercial-visit-visas/>, truy cập ngày 22/12/2017

10 <https://www.migrant-rights.org/2015/03/understanding-kafala-an-archaic-law-at-cross-purposes-with-modern-development/>, truy cập ngày 22/12/2017

1.2 Những quy định của pháp luật Qatar về xuất nhập cảnh, cư trú và lao động của NLD nước ngoài

Cũng như các quốc gia trong khu vực, Qatar đã áp dụng cơ chế Kafala. Theo đó, lao động nước ngoài phải có nhà bảo trợ (kafeel) nếu muốn làm việc tại Qatar. Mọi hoạt động xuất nhập cảnh, cư trú, lao động của người nước ngoài tại Qatar sẽ chịu sự giám sát của người bảo trợ (NSDLĐ). Khi NSDLĐ không còn bảo trợ cho NLD nữa, họ sẽ không còn cơ hội được tiếp tục cư trú, lao động tại Qatar.

Mối quan hệ giữa NSDLĐ và NLD ở Qatar chủ yếu do Luật Lao động Qatar năm 2004 điều chỉnh. Liên quan đến hợp đồng lao động, Luật Lao động Qatar quy định tất cả hợp đồng và các tài liệu liên quan phải được soạn thảo bằng tiếng Ả rập. Các văn bản này có thể được dịch sang các ngôn ngữ khác nhưng khi tranh chấp xảy ra, hợp đồng bằng tiếng Ả rập sẽ là căn cứ ưu tiên xem xét. Hợp đồng lao động phải được soạn thành 03 bản, một bản NSDLĐ giữ, một bản NLD giữ và một bản được gửi tới Bộ Lao động. Hợp đồng lao động phải nêu rõ mối quan hệ giữa hai bên và gồm các nội dung bắt buộc như tên, nơi làm việc của NSDLĐ, các thông tin cơ bản về NLD (trình độ, bằng cấp, quốc tịch, nghề nghiệp, nơi cư trú), thời hạn của hợp đồng gồm chính xác ngày bắt đầu và ngày kết thúc công việc, bản chất, loại hình công việc và nơi ký kết hợp đồng, mức lương, phương thức thanh toán và ngày thanh toán lương định kỳ¹¹. Luật Lao động Qatar năm 2004 được sửa đổi, bổ sung bởi

Luật số 03 ban hành ngày 04/02/2014 với nội dung liên quan đến các trường hợp miễn trừ không thuộc sự điều chỉnh của Luật Lao động Qatar, và việc mở rộng các trường hợp giao dịch sẽ chịu mức phí theo quy định của Hội đồng Bộ trưởng.

Là một quốc gia sử dụng cơ chế Kafala, Qatar đã nội luật hóa cơ chế này bằng Luật số 04 năm 2009 liên quan đến vấn đề xuất nhập cảnh của người nước ngoài, việc cư trú và bảo trợ họ (gọi tắt là Luật Bảo trợ 2009). Luật này đưa ra những điều kiện mà người nước ngoài cần đáp ứng để có thể nhập cảnh vào và xuất cảnh từ Qatar, những điều kiện tiên quyết để một người nước ngoài được coi là cư trú hợp pháp trên lãnh thổ Qatar, các quy định về bảo trợ người nước ngoài, những tiêu chí nhằm xác định những công việc không thuộc danh mục buộc phải bảo trợ, những hình thức xử phạt nếu vi phạm pháp luật và đưa ra các cách thức để giải quyết các mâu thuẫn, xung đột phát sinh¹². Năm 2015, Quốc vương Qatar đã ban hành Luật số 21 quy định chi tiết các vấn đề xuất nhập cảnh, cư trú của người nước ngoài tại Qatar để thay thế Luật Bảo trợ 2009. Như vậy, hiện nay hệ thống pháp luật liên quan đến NLD nước ngoài chủ yếu là: Luật Lao động 2004 (sửa đổi, bổ sung năm 2014) và Luật số 21 quy định chi tiết các vấn đề xuất nhập cảnh, cư trú của người nước ngoài tại Qatar năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017). Đây là hai văn bản chứa đựng các quy định chi tiết liên quan đến các hoạt động của lao động nước ngoài tại Qatar, là cơ sở pháp lý để hoạt động quản lý lao động nước ngoài tại Qatar được vận hành hiệu quả.

11 Xem Luật Lao động Qatar 2004, Nguồn: <https://qatarlaborlaw.com/qatar-labor-law/>, truy cập ngày 31/08/2018.

12 Xem Luật Bảo trợ Qatar 2009

Nguồn: http://gulfmigration.eu/database/legal_module/Qatar/National%20Legal%20Framework/Residence/1.2%20Law%20on%20Entry%20Exit%20Residence%20Sponsorship%204_2009_EN.pdf, truy cập 31/08/2018)

Điểm đáng lưu ý của pháp luật Qatar về lĩnh vực này nằm ở những thay đổi gần đây. Những điểm thay đổi quan trọng trong Luật số 21 năm 2015 so với Luật Bảo trợ 2009 là việc Luật này đã chi tiết hóa các quy định và nâng cao trách nhiệm báo cáo của NSDLĐ. Cụ thể, NSDLĐ phải:

1) Cung cấp một hợp đồng lao động với những điều khoản rõ ràng, cụ thể, dựa trên thỏa thuận của hai bên để NLD có thể dễ dàng xin thị thực lao động nhập cảnh vào Qatar tại cơ quan có thẩm quyền;

2) Có nghĩa vụ thông báo tới các cơ quan có thẩm quyền về hoạt động xuất cảnh của NLD. Thời gian thông báo tối thiểu là 03 ngày trước ngày xuất cảnh;

3) Phải tuân thủ các thủ tục về việc cấp giấy phép cư trú và gia hạn giấy phép cư trú cho NLD. Thời gian để tiến hành các thủ tục gia hạn giấy phép cư trú tối đa là 90 ngày kể từ ngày giấy phép đó hết hạn;

4) Có trách nhiệm phối hợp với các cơ quan có thẩm quyền trong việc đốc thúc NLD hoàn tất các thủ tục về giấy phép cư trú. Trong vòng 30 ngày kể từ ngày NLD nhập cảnh vào lãnh thổ Qatar, NSDLĐ phải yêu cầu NLD đến gặp các cơ quan có thẩm quyền để hoàn tất các thủ tục về giấy phép;

5) Chủ động giúp đỡ NLD nữ trong việc tiến hành các thủ tục để khai sinh cho con của họ. Trong vòng 60 ngày kể từ khi đưa trẻ chào đời, NSDLĐ phải nộp đơn yêu cầu tới các cơ quan có thẩm quyền yêu cầu xác nhận về sự hiện diện của đứa trẻ trên lãnh thổ Qatar. Điều này sẽ giúp các cơ quan quản lý lao động nước ngoài cập nhật được số lượng lao động nước ngoài hiện đang cư

trú trên lãnh thổ Qatar để có những cơ chế quản lý hiệu quả;

6) Có nghĩa vụ thông báo cho cơ quan có thẩm quyền trong vòng 14 ngày kể từ ngày NLD không còn làm việc cho NSDLĐ nữa hoặc kể từ ngày người đó rời khỏi Qatar sau khi đã thu hồi giấy phép cư trú;

7) Phải nộp một khoản tiền ở ngân hàng để đảm bảo những nghĩa vụ của mình đối với lao động nước ngoài và Bộ Nội vụ Qatar nếu có sử dụng lao động nước ngoài. Quy định này nhằm hạn chế việc NSDLĐ nước ngoài lạm dụng quyền hạn của mình đối xử không đúng với lao động nước ngoài cũng như không hoàn thành nghĩa vụ thông báo đối với các cơ quan nhà nước có thẩm quyền¹³.

Ngoài ra, so với cơ chế Kafala và Luật 2009, Luật số 21 còn bao hàm nhiều quy định mới liên quan đến NLD nước ngoài. Có thể kể đến:

1) lao động nước ngoài chỉ được nhập cảnh vào hoặc xuất cảnh từ Qatar nếu người đó có hộ chiếu hoặc giấy thông hành hợp lệ và thị thực nhập cảnh do cơ quan có thẩm quyền cấp có ghi rõ mục đích nhập cảnh là đến để làm việc;

2) lao động nước ngoài phải thông báo cho cơ quan có thẩm quyền về bất kỳ chuyến đi nào rời khỏi Qatar của mình trước ngày xuất cảnh ít nhất 03 ngày. Nếu chuyến đi gặp phải sự phản đối không chính đáng của cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc NSDLĐ thì NLD có quyền khiếu nại lên Ủy ban phụ trách hoạt động xuất nhập cảnh của người nước ngoài;

3) lao động nước ngoài có quyền

13 Chi tiết xem các Điều từ Điều 4 đến Điều 20, Luật số 21, năm 2015 quy định chi tiết các vấn đề xuất nhập cảnh, cư trú của người nước ngoài tại Qatar.

được giữ lại hộ chiếu hoặc giấy thông hành, không bắt buộc phải đưa NSDLĐ giữ. Hộ chiếu hoặc giấy thông hành sẽ được cơ quan phụ trách hoạt động cấp giấy phép cư trú giữ lại để làm thủ tục cấp giấy phép cư trú cho lao động nước ngoài. Sau khi hoàn tất thủ tục, hộ chiếu sẽ được chuyển lại về cho NLD. Nếu NSDLĐ giữ các loại giấy tờ này, NSDLĐ phải cam kết với NLD bằng văn bản là sẽ đưa lại cho NLD khi họ yêu cầu. Trường hợp NSDLĐ cố tình giữ trái phép hộ chiếu hay giấy thông hành của NLD sẽ bị phạt tới 25.000 QR;

4) lao động nước ngoài có quyền chuyển sang làm việc cho một NSDLĐ khác trước khi kết thúc hợp đồng với NSDLĐ cũ nếu được sự chấp thuận của NSDLĐ cũ, cơ quan nhà nước có thẩm quyền phụ trách vấn đề này và Bộ Lao động và các vấn đề xã hội Qatar. Trong trường hợp NSDLĐ cũ không đồng ý và được sự đồng ý của cơ quan nhà nước có thẩm quyền phụ trách vấn đề này và Bộ Lao động và các vấn đề xã hội Qatar, lao động nước ngoài sẽ chờ đến khi kết thúc thời hạn hợp đồng đối với hợp đồng có thời hạn và sau khi làm việc được 05 năm đối với hợp đồng không xác định thời hạn. Trong trường hợp NSDLĐ cũ chết hoặc pháp nhân đó không còn tồn tại về mặt pháp lý vì bất kỳ lý do nào thì với sự đồng ý của cơ quan có thẩm quyền và Bộ Lao động và các vấn đề xã hội, NLD có thể chuyển sang làm việc cho NSDLĐ khác¹⁴. Nếu NSDLĐ cũ tự động cho phép NLD sang làm việc cho

người khác mà không được sự chấp thuận từ phía cơ quan nhà nước thì sẽ chịu mức phạt 50.000 QR và ngồi tù đến 3 năm.

1.3 Những quy định của pháp luật UAE về xuất nhập cảnh, cư trú và lao động của NLD nước ngoài

UAE là quốc gia có nền kinh tế phát triển, giàu có trong khu vực với số lượng lao động nước ngoài chiếm tới 90%¹⁵ trên tổng số lao động cả nước¹⁶.

Liên quan đến hoạt động xuất nhập cảnh, cư trú của người nước ngoài tại UAE, Luật Di trú 1973 (Immigration Law/Luật Liên bang số 06) và các văn bản hướng dẫn thi hành quy định khá chi tiết. Luật này được sửa đổi, bổ sung bởi Luật Liên bang số 13 năm 1996 liên quan đến hoạt động nhập cảnh và cư trú của người nước ngoài với nhiều sửa đổi về trục xuất, xử phạt quốc gia khi có vi phạm về cư trú, lao động. Về nguyên tắc, người nước ngoài khi nhập cảnh vào UAE cần có hộ chiếu còn thời hạn, giấy tờ tài liệu liên quan đến chuyến đi và thị thực nhập cảnh hợp lệ. Trước khi hết thời hạn cho phép lưu trú, người nước ngoài phải rời khỏi UAE, trừ khi họ có giấy phép cư trú. Đối với những công dân đến từ 30 quốc gia, vùng lãnh thổ thuộc danh sách miễn thị thực, họ được phép ở lại UAE không quá 30 ngày kể từ ngày nhập cảnh, trừ khi có giấy phép cư trú. Trong trường hợp người nước ngoài cố tình vi phạm, nhập cảnh bất hợp pháp vào UAE, họ sẽ phải đối mặt với hình phạt tù tới

14 Xem Điều 2 đến Điều 21 Luật số 21 năm 2015 quy định chi tiết các vấn đề xuất nhập cảnh, cư trú của người nước ngoài tại Qatar.

15 Theo báo cáo của Tổng liên đoàn Lao động quốc tế: ‘Hidden faces of the Gulf miracle’ (2011), International Trade Union Congress, Brussels, Belgium, có với 1,75 triệu người Ấn Độ, 1,25 triệu người Pakistan, 500.000 người Bangladesh, 1 triệu người đến từ các quốc gia châu Á khác và 500.000 người đến từ châu Âu và châu Phi: Xem: http://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/VS_QatarEN_final.pdf.

16 Sonmez, S.; Apostolopoulos, Y.; Tran, D.; Rentrop, S. “Human rights and health disparities for migrant workers in the UAE”, Health and Human Rights: An International Journal, North America, 13 7 12 2011.

thiếu một tháng và/hoặc nộp một khoản phạt trị giá tối thiểu 10.000 Dirhams. Sau khi thực hiện xong án phạt, người nước ngoài vi phạm sẽ bị trục xuất khỏi lãnh thổ UAE¹⁷.

Về lĩnh vực quan hệ lao động hiện có Luật Liên bang số 08 năm 1980 (Luật Lao động 1980). Luật này được sửa đổi, bổ sung nhiều lần và lần cuối là năm 1999. Luật quy định tiêu chuẩn tối thiểu về quyền và lợi ích của NLĐ được NSDLĐ đảm bảo, cũng như nghĩa vụ của NLĐ khi làm việc trên lãnh thổ UAE. Trong trường hợp hai bên không tuân thủ các nghĩa vụ của mình theo quy định của pháp luật, vụ việc sẽ được đưa lên giải quyết tại Tòa án. Trước khi Tòa án chấp nhận hồ sơ vụ kiện, NLĐ và NSDLĐ phải thực hiện hoạt động hòa giải. Nếu hai bên tuy đã cố gắng giải quyết trực tiếp với nhau nhưng không thành công, vụ việc sẽ tiếp tục được đưa tới Bộ Lao động và Bộ này sẽ đưa ra khuyến nghị để giải quyết mâu thuẫn. Trường hợp tranh chấp vẫn không được giải quyết, vụ việc sẽ được chuyển tới Tòa lao động.

Liên quan đến hợp đồng sử dụng lao động nước ngoài, pháp luật UAE quy định phải được lập bằng văn bản với những nội dung bắt buộc bao gồm tiền lương hoặc tiền công NSDLĐ phải trả, ngày ký hợp đồng, ngày hợp đồng có hiệu lực, bản chất của hợp đồng (là hợp đồng giới hạn hay không giới hạn), tính chất công việc, thời hạn của hợp đồng, nơi làm việc. Về cơ bản, Bộ Lao động đã soạn thảo mẫu hợp đồng lao động bằng tiếng Anh và tiếng Ả rập, NSDLĐ và NLĐ chỉ cần điền các thông tin liên quan. Ngoài ra, NLĐ và NSDLĐ có thể soạn thảo

hợp đồng lao động riêng của mình với điều kiện ngôn ngữ sử dụng là tiếng Ả rập và các điều khoản trong hợp đồng không trái với các quy định của pháp luật. Theo quy định, thông thường, thời gian làm việc là 8 giờ một ngày hoặc 48 giờ một tuần, còn đối với một số ngành nghề, thời gian làm việc có thể tăng lên 9 giờ một ngày sau khi được Bộ Y tế phê duyệt. Các cơ quan chính phủ không bị điều chỉnh bởi luật lao động và hoạt động 7 giờ mỗi ngày.

Một điểm nổi bật trong hệ thống pháp luật lao động UAE là hệ thống bảo đảm tiền lương (Wage Protection System). Hệ thống này ra đời vào ngày 20/07/2009 bởi Nghị định số 788 của Chính phủ quy định về vấn đề bảo đảm tiền lương nhằm giải quyết vấn đề nợ lương của NSDLĐ. Kể từ khi hệ thống này đi vào hoạt động, hơn 2,9 triệu lao động cùng với 205.000 doanh nghiệp trên tổng số 250.000 doanh nghiệp đang hoạt động trên lãnh thổ UAE đã tham gia hệ thống này. Theo ước tính, hơn 52 triệu AED (khoảng 677,75 triệu USD) tiền lương đã được truy lĩnh nhờ có hệ thống bảo đảm tiền lương. NLĐ đã được trả lương đúng hạn, đúng số tiền đã nêu trong hợp đồng lao động¹⁸.

2. Một số gợi mở cho Việt Nam

Ở nước ta, tính đến tháng 5/2016, trên cả nước có khoảng hơn 82.500 lao động là người nước ngoài đang làm việc¹⁹. Số lượng lao động nước ngoài tăng, công tác quản lý người nước ngoài đến cư trú, sinh sống và làm việc càng phức tạp. Rất nhiều địa bàn trên cả nước xảy ra trường hợp doanh nghiệp còn chậm trễ và chưa chú trọng trong công

17 Xem Luật Liên bang số 06 về hoạt động nhập cảnh và cư trú 1973.

Nguồn: <http://www.refworld.org/pdfid/3fb9fab24.pdf>, truy cập 31/08/2018.

18 <https://uaelaborlaw.com/#an-overview-of-federal-law-no-8-of-1980>, truy cập 24/08/2018.

19 <http://laodongthudo.vn/hon-825-nghin-lao-dong-nuoc-ngoai-dang-lam-viec-tai-viet-nam-38831.html>, truy cập 9/11/2017.

tác làm thủ tục xin cấp giấy phép lao động cho lao động là người nước ngoài làm việc tại đơn vị mình. Một số doanh nghiệp lợi dụng quy định của pháp luật còn chưa chặt chẽ để lách luật, đưa lao động làm việc dưới 03 tháng và luân phiên thay lao động khiến công tác quản lý lao động nước ngoài gặp khó khăn²⁰. Thậm chí, có nhiều địa phương không biết có sự hiện diện của số lượng lớn NLD nước ngoài cư trú, làm việc tại địa phương mình. Cũng không ít trường hợp người nước ngoài lao động, cung ứng dịch vụ nhưng không được kiểm soát chặt chẽ, gây phương hại đến trật tự xã hội, an ninh chính trị và chính sách kinh tế... Điều này càng đặc biệt quan trọng hơn trong bối cảnh liên kết khu vực, chính sách mở cửa, hội nhập đang diễn ra rất mạnh mẽ như hiện nay.

Trên cơ sở những kinh nghiệm của các quốc gia vùng Vịnh, chúng tôi đưa ra một số khuyến nghị sau:

1) Cần xây dựng hệ thống pháp luật, chính sách đồng bộ giữa quản lý lao động nước ngoài với quản lý nhập cư, cư trú và hệ thống hành chính hiện đại để bảo đảm vận hành một cách thống nhất, đồng bộ và chính xác.

2) Cần có cơ chế linh hoạt, phân tầng mục tiêu quản lý đối với từng nhóm đối tượng NLD nước ngoài. NLD chân tay, làm việc trong các vị trí việc làm cần số lượng đông, trình độ thấp cần được quản lý chặt chẽ. Trong trường hợp này cơ chế của Qatar và UAE rất phù hợp, hiệu quả.

3) Liên quan đến một số quy định cụ

thể. Chúng tôi cho rằng, cần *sửa đổi quy định liên quan đến nghĩa vụ báo cáo tình hình sử dụng lao động, đặc biệt báo cáo định kỳ số lao động là người nước ngoài tại các doanh nghiệp*. Tại mục d, khoản 2 Điều 6 Bộ luật Lao động 2012 quy định về nghĩa vụ của doanh nghiệp “khai trình việc sử dụng lao động trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày bắt đầu hoạt động và định kỳ báo cáo tình hình thay đổi về lao động trong quá trình hoạt động với cơ quan quản lý nhà nước về lao động ở địa phương”. Theo đó, định kỳ 06 tháng, NSDLĐ phải báo cáo tình hình thay đổi về lao động làm việc cho doanh nghiệp của mình cho cơ quan quản lý có thẩm quyền²¹. Có thể thấy, 06 tháng là một khoảng thời gian chưa hợp lý, bởi các doanh nghiệp đã lợi dụng quy định này để đưa lao động vào làm việc trong thời hạn dưới 03 tháng theo dạng thị thực du lịch. Thiết nghĩ trong bối cảnh công nghệ thông tin hiện nay, thời hạn 02 tháng để báo cáo là phù hợp. Ngoài ra, cần có cơ chế xử lý nghiêm khắc đối với những doanh nghiệp không thực hiện đúng hạn và đúng quy định. Theo quy định hiện hành, mức phạt đối với NSDLĐ nếu không thực hiện nghĩa vụ báo cáo định kỳ là phạt cảnh cáo hoặc phạt tiền từ 500.000 đồng đến 1.000.000 đồng²². Mức phạt này trên thực tế không hiệu quả, chưa tương xứng khiến doanh nghiệp thường không thực hiện nghiêm công tác báo cáo trong việc quản lý lao động.

4) Để nắm bắt được chính xác và

20 http://baobacninh.com.vn/news_detail/96798/tang-cuong-quan-ly-lao-dong-nuoc-ngoai.html, truy cập ngày 9/11/2017

21 Điều 8, Nghị định số 03/2014/NĐ-CP của Chính phủ ngày 16/01/2014 quy định chi tiết thi hành một số điều của Bộ luật Lao động về việc làm.

22 Mục b, khoản 1, Điều 25, Nghị định số 95/2013/NĐ-CP của Chính phủ ngày 22/08/2013 quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực lao động, bảo hiểm xã hội, đưa NLD Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng.

kịp thời thông tin, đặc biệt đảm bảo được lao động vào Việt Nam là có nguồn gốc rõ ràng và tránh tình trạng lao động trái phép, pháp luật Việt Nam cần *sửa đổi mức phạt đối với các hành vi của NSDLĐ trong hoạt động tuyển dụng lao động*. Thực tế cho thấy, việc số lượng cũng như chất lượng lao động phụ thuộc phần lớn vào ý thức của NSDLĐ trong công tác tuyển dụng, bởi pháp luật Việt Nam đã trao quyền tuyển dụng lao động cho NSDLĐ có thể thực hiện công tác này một cách trực tiếp hoặc thông qua các tổ chức dịch vụ việc làm²³. Đây là một quyền năng lớn và giai đoạn tuyển dụng lao động sẽ ảnh hưởng rất nhiều tới quá trình quản lý lao động sau này, tuy nhiên khi người sử dụng có vi phạm các quy định về trình tự, thủ tục, hồ sơ tuyển dụng lao động theo quy định thì chỉ bị phạt cảnh cáo hoặc phạt tiền từ 500.000 đồng đến 1.000.000 đồng²⁴. Rõ ràng, pháp luật Việt Nam về quản lý lao động nước ngoài đang còn quá mềm dẻo, tạo kẽ hở cho các doanh nghiệp, người nước ngoài trục lợi.

5) Để nâng cao trách nhiệm của NSDLĐ trong công tác quản lý NLĐ, cần yêu cầu NSDLĐ phải *nộp một khoản tiền thích hợp nhằm bảo đảm nghĩa vụ của mình tại ngân hàng*. Hiện nay, pháp luật Việt Nam chỉ dự trù tới việc NSDLĐ có thể sử dụng các biện pháp bảo đảm bằng tiền hoặc tài sản để đảm bảo NLĐ sẽ thực hiện hợp đồng lao động, từ đó đưa ra quy định cấm điều này²⁵ nhưng chưa chú ý đến vai trò của NSDLĐ trong công tác quản lý NLĐ cũng như tính đến khả năng NSDLĐ sẽ không thực hiện

đúng và đầy đủ các nghĩa vụ của mình theo quy định. Do vậy, pháp luật Việt Nam cần bổ sung quy định về khoản tiền bảo đảm nghĩa vụ từ phía NSDLĐ. Quy định này sẽ khiến NSDLĐ sẽ có ý thức và trách nhiệm hơn trong việc phối hợp với các cơ quan nhà nước có thẩm quyền để quản lý NLĐ hiệu quả.

6) Bên cạnh những biện pháp mang tính cưỡng chế, mục tiêu quan trọng nhất để công tác quản lý lao động nước ngoài có hiệu quả là việc nâng cao nhận thức, ý thức tự giác chấp hành quy định của pháp luật từ phía các doanh nghiệp và NLĐ, bởi lẽ đa số các trường hợp khiến công tác quản lý lao động nước ngoài gặp khó khăn đều xuất phát từ hai chủ thể tham gia quan hệ lao động này. Đẩy mạnh công tác tuyên truyền, phổ biến để doanh nghiệp trong nước và lao động nước ngoài hiểu rõ được những lợi ích nếu hợp tác và phối hợp tốt với các cơ quan nhà nước trong công tác quản lý lao động nước ngoài.

7) Trong bối cảnh liên kết khu vực ngày càng mạnh mẽ, thị trường lao động ngày càng tự do với các quốc gia khu vực ASEAN, để quản lý được lao động nước ngoài hiệu quả, thiết nghĩ Việt Nam cần có những kiến nghị để Hiệp hội hoàn thiện cơ chế quản lý lao động nước ngoài chung mang tầm khu vực nhằm bảo vệ NLĐ các quốc gia trong khối, phòng ngừa những hệ lụy tiêu cực hoặc việc lạm dụng từ các quốc gia bên ngoài ASEAN■

23 Điều 11, Bộ luật Lao động năm 2012.

24 Mục c, khoản 1 Điều 25 Nghị định số 95/2013/NĐ-CP của Chính phủ ngày 22/08/2013 quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực lao động, bảo hiểm xã hội, đưa NLĐ Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng.

25 Khoản 2, Điều 20 Bộ luật Lao động năm 2012.

ĐỊNH HƯỚNG CHỦ ĐỀ VIẾT BÀI ĐĂNG TẢI TRÊN TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP NĂM 2019

1. Chuyên mục Nhà nước và pháp luật

Năm 2019, là năm thứ tư của nhiệm kỳ Quốc hội khóa XIV, cũng là năm có ý nghĩa rất quan trọng, góp phần thực hiện thắng lợi Nghị quyết Đại hội XII của Đảng và Kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội 5 năm 2016-2020; chuẩn bị Đại hội XIII của Đảng, có rất nhiều nhiệm vụ đặt ra đối với Quốc hội nước ta. Vì vậy, bên cạnh các đề tài truyền thống, trong năm 2019 Tạp chí sẽ chú trọng đăng tải các bài viết về đổi mới tổ chức hoạt động của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội và đại biểu Quốc hội theo định hướng xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của Nhân dân, do Nhân dân và vì Nhân dân. Trong đó, đặt trọng tâm vào các bài viết liên quan đến hoạt động của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội, các cơ quan của Ủy ban thường vụ Quốc hội và đại biểu Quốc hội.

Tạp chí hoan nghênh các bài viết về tổ chức và hoạt động của các cơ quan nhà nước

thực hiện quyền hành pháp, quyền tư pháp.

Tạp chí tiếp tục đăng tải các bài viết bình luận về Hiến pháp năm 2013 nhằm giới thiệu, tuyên truyền những giá trị tiên bộ của bản Hiến pháp; các bài viết cụ thể hóa các Nghị quyết của Đảng, hoàn thiện tổ chức, bộ máy Nhà nước; bàn về các chức năng của Quốc hội; về thể chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, bảo đảm quốc phòng, an ninh, trật tự, an toàn xã hội, quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân, phòng, chống vi phạm pháp luật, tham nhũng, lãng phí, đáp ứng yêu cầu phát triển bền vững của đất nước, phục vụ lợi ích của Nhân dân; các bài viết về cải cách tư pháp, cải cách hành chính; về vấn đề xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật.

2. Chuyên mục Bàn về dự án luật

Trong năm 2019, Tạp chí sẽ chú trọng đăng tải các bài nghiên cứu, góp ý liên quan đến nội dung các dự án luật quan trọng được

dự kiến trong Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh năm 2019 của Quốc hội như: Bộ luật Lao động; Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Đất đai; Luật Giáo dục (sửa đổi); Luật Phòng, chống tác hại của rượu, bia; Luật Quản lý thuế (sửa đổi); Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Đầu tư và Luật Doanh nghiệp; Luật Khám bệnh, chữa bệnh (sửa đổi); Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật; Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Thuế bảo vệ môi trường...

3. Chuyên mục Thực tiễn pháp luật

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

4. Chuyên mục Chính sách

Xuất phát từ các nhiệm vụ phát triển kinh tế xã hội mà nghị quyết của Quốc hội đã đề ra, Tạp chí tập trung vào các vấn đề về hoàn thiện các chính sách liên quan đến chính sách trong hoạt động lập pháp, yêu cầu hội nhập quốc tế, phát triển kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, chống tham nhũng, lãng phí và phòng, chống tội phạm; Chính sách gắn với phát triển bền vững, tăng trưởng với công bằng xã hội và chống lạm

phát, đảm bảo việc làm, an sinh xã hội. Coi trọng các bài viết đề xuất các giải pháp và kiến nghị hoàn thiện các cơ chế, chính sách trong các lĩnh vực kinh tế - dân sự, lao động, văn hoá giáo dục, khoa học công nghệ, y tế và xóa đói giảm nghèo, việc thực hiện tái cấu trúc nền kinh tế, doanh nghiệp nhà nước và hệ thống ngân hàng theo Nghị quyết số 142/2016/QH13 của Quốc hội về Kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội 5 năm 2016-2020.

5. Chuyên mục Kinh nghiệm quốc tế

Năm 2019, Tạp chí tiếp tục tập trung vào các vấn đề pháp luật quốc tế liên quan đến những kinh nghiệm xây dựng hiến pháp, lập pháp và tổ chức bộ máy nhà nước của các nước để tham khảo, vận dụng vào tình hình thực tiễn Việt Nam; các thiết chế về bảo vệ quyền của tổ chức, cá nhân trong quá trình hội nhập quốc tế; Các cơ chế quốc tế về phòng, chống tội phạm; Những vấn đề liên quan đến bảo vệ chủ quyền quốc gia; Bảo vệ an ninh, chủ quyền lãnh thổ trên biển; Các vấn đề về ASEAN và đặc biệt là các chủ đề thiết thực phục vụ các dự án luật trong Chương trình xây dựng Luật, pháp lệnh năm 2019 của Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội.

DẦU GỘI CAO CẤP
RICARDO

SHAMPOO
for **MEN**



KHÍ CHẤT PHÁI MẠNH