

HỘI ĐỒNG GIÁO SƯ NHÀ NƯỚC CỘNG HÒA XÃ HỘI CHỦ NGHĨA VIỆT NAM
Độc lập – Tự do – Hạnh phúc

Số: 18 /QĐ-HĐGSNN

Hà Nội, ngày 30 tháng 6 năm 2020

QUYẾT ĐỊNH

Phê duyệt Danh mục tạp chí khoa học được tính điểm năm 2020

CHỦ TỊCH HỘI ĐỒNG GIÁO SƯ NHÀ NƯỚC

Căn cứ Quyết định số 37/2018/QĐ-TTg ngày 31/8/2018 của Thủ tướng Chính phủ ban hành quy định tiêu chuẩn, thủ tục xét công nhận đạt tiêu chuẩn và bổ nhiệm chức danh giáo sư, phó giáo sư; thủ tục xét hủy bỏ công nhận chức danh và miễn nhiệm chức danh giáo sư, phó giáo sư;

Căn cứ Quyết định số 1814/QĐ-TTg ngày 24/12/2018 của Thủ tướng Chính phủ về việc thành lập Hội đồng Giáo sư nhà nước nhiệm kỳ 2018-2023;

Căn cứ Thông tư số 04/2019/TT-BGDĐT ngày 28/3/2019 ban hành quy chế tổ chức và hoạt động của Hội đồng Giáo sư nhà nước, các Hội đồng Giáo sư ngành, liên ngành và Hội đồng Giáo sư cơ sở, được sửa đổi bổ sung một số điều tại Thông tư số 06/2020/TT-BGDĐT ngày 19/3/2020 của Bộ trưởng Bộ Giáo dục và Đào tạo;

Căn cứ Nghị quyết số 01/2020/NQ-TTHĐGSNN ngày 30/6/2020 của Thường trực Hội đồng Giáo sư nhà nước nhiệm kỳ 2018-2023;

Căn cứ đề xuất của các Hội đồng Giáo sư ngành, liên ngành về Danh mục tạp chí khoa học được tính điểm năm 2020;

Xét đề nghị của Chánh Văn phòng Hội đồng Giáo sư nhà nước,

QUYẾT ĐỊNH:

Điều 1. Phê duyệt Danh mục tạp chí khoa học được tính điểm của 28 Hội đồng Giáo sư ngành, liên ngành năm 2020 (danh mục kèm theo).

Điều 2. Quyết định này có hiệu lực thi hành kể từ ngày ký. Các quy định trước đây trái với Quyết định này đều bãi bỏ.

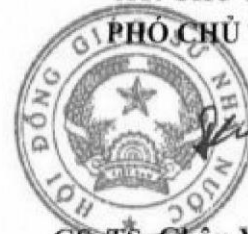
Điều 3. Các Chủ tịch Hội đồng Giáo sư ngành, liên ngành, Chủ tịch Hội đồng Giáo sư cơ sở năm 2020, Chánh Văn phòng Hội đồng Giáo sư nhà nước, Thủ trưởng các cơ sở giáo dục đại học, các tổ chức và cá nhân có liên quan chịu trách nhiệm thi hành Quyết định này./.

Nơi nhận:

- Như điều 3;
- Các Phó Chủ tịch HĐGSNN (để phối hợp);
- Các HĐGS ngành, liên ngành (để thực hiện);
- Các HĐGS cơ sở (để thực hiện);
- Lưu: VP.

KT. CHỦ TỊCH

PHÓ CHỦ TỊCH



GS. TS. Châu Văn Minh

Kèm theo Quyết định số: 18/QĐ-HĐGSNN ngày 30 tháng 6 năm 2020

28.	Sinh hoạt lý luận	0868-3247	Tạp chí	HV Chính trị Quốc gia HCM – Phân viện Đà Nẵng	0 – 0,5
29.	Tài chính	005-56	Tạp chí	Bộ Tài chính	0 – 0,5
30.	Công thương	0866-7756	Tạp chí	Bộ Công thương	0 – 0,5
31.	Thuế Nhà nước	1859-0756	Tạp chí	Tổng cục Thuế	0 – 0,5
32.	Bảo hiểm xã hội	1859-257	Tạp chí	Bảo hiểm xã hội Việt Nam	0 – 0,5
33.	Công an Nhân dân	1859-4409	Tạp chí	Bộ Công an	0 – 0,5
34.	Quốc phòng toàn dân	0866-7527	Tạp chí	Tổng cục Chính trị Quân đội nhân dân Việt Nam	0 – 0,5
35.	Cảnh sát Nhân dân	1859-4220	Tạp chí	Tổng cục Cảnh sát nhân dân, Bộ Công an	0 – 0,5
36.	Tạp chí Nghề Luật	1859-3631	Tạp chí	Học viện Tư pháp, Bộ Tư pháp	0 – 0,5
37.	Khoa học và Công nghệ Việt Nam (B) (tên cũ: Hoạt động Khoa học)	1859-4794	Tạp chí	Bộ Khoa học và Công nghệ	0 – 0,5
38.	Khoa học Kiểm sát	2354-063X	Tạp chí	Trường ĐH Kiểm sát Hà Nội	0 – 0,5
39.	Tạp chí Khoa học Đại học Sài Gòn	1859-3208	Tạp chí	Trường ĐH Sài Gòn	0 – 0,25
40.	Khoa học	0866-8051	Tạp chí	Viện ĐH Mở Hà Nội	0 – 0,25
41.	Khoa học Xã hội và Nhân văn	2354-1172	Tạp chí	Trường ĐH KHXH & NV, ĐHQG Hà Nội	0 – 0,5 từ 2016
42.	Giáo dục và Xã hội	1859-3917	Tạp chí	Hiệp hội các trường ĐH, CĐ Việt Nam	0 – 0,25 từ 2016 0 – 0,5 từ 2017
43.	Khoa học Nội vụ	2354-1113	Tạp chí	Trường ĐH Nội vụ Hà Nội	0 – 0,5 từ 2017
44.	Pháp luật về quyền con người	2615-899X	Tạp chí	Học viện Chính trị Quốc gia HCM	0 – 0,5 từ 2020
45.	Pháp luật và thực tiễn	2525-2666	Tạp chí	Trường ĐH Luật, ĐH Huế	0 – 0,5 từ 2020
46.	Phát triển Khoa học và Công nghệ (Chuyên san Kinh tế-Luật và quản lý)	2588-1051	Tạp chí	Đại học Quốc gia Tp HCM	0 – 0,5 từ 2020

**HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT LAO ĐỘNG ĐÁP ỨNG CAM KẾT LAO ĐỘNG
TRONG HIỆP ĐỊNH ĐỐI TÁC TOÀN DIỆN VÀ TIẾN BỘ XUYÊN
THÁI BÌNH DƯƠNG**

HÀ NGỌC ANH*

Ngày nhận bài: 15/01/2022

Ngày phản biện: 22/01/2022

Ngày đăng bài: 30/03/2022

Tóm tắt:

Hiệp định đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương mà Việt Nam ký kết và phê chuẩn đã, đang và sẽ tiếp tục đặt ra yêu cầu hoàn thiện pháp luật về lao động. Bài viết tập trung phân tích một số cam kết về lao động trong Hiệp định đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương, sự điều chỉnh của pháp luật lao động Việt Nam và những vấn đề đặt ra cần tiếp tục được hoàn thiện nhằm đáp ứng các cam kết về lao động trong Hiệp định đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương.

Từ khóa:

Cam kết lao động, pháp luật lao động Việt Nam

Abstract:

Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership that Vietnam signed and ratified has, is and will continue to set requirements to improve the labor law. The article focuses on analyzing a number of labor commitments in the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership. The adjustment of Vietnam's labor law and the issues raised need to continue to be improved to meet the labor commitments in the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership.

Keywords:

Labor commitments, Vietnam's labor law

1. Đặt vấn đề

Thuật ngữ Hiệp định thương mại tự do “thế hệ mới” là thuật ngữ mới xuất hiện gần đây ở nước ta, nội dung thể hiện mức độ cam kết sâu hơn so với hiệp định thương mại tự

* TS., Học viện Chính trị khu vực III; Email ngocanhv3@gmail.com

• Ghi chú: Tải bài viết toàn văn tại địa chỉ: <http://tapchi.hul.edu.vn>

do¹. Hai hiệp định được coi là “thế hệ mới” mà Việt Nam ký kết và phê chuẩn là Hiệp định đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP) và Hiệp định thương mại tự do Việt Nam – Châu Âu (EVFTA). Bên cạnh cam kết các nước dành cho nhau những ưu đãi về tiếp cận thị trường, cắt giảm tiến tới xóa bỏ rào cản thuế quan và phi thuế quan ở mức độ cao hơn, các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới còn có phạm vi cam kết mở rộng hơn trong các lĩnh vực phi thương mại như môi trường, lao động, phát triển bền vững, quản trị tốt²... Trong đó, CPTPP có nhiều nội dung cam kết về lao động có tác động lớn đến pháp luật lao động Việt Nam.

Bài viết trình bày các cam kết về lao động trong CPTPP, tác động của các cam kết đến pháp luật lao động Việt Nam, sự điều chỉnh các quy định pháp luật về lao động ở nước ta trong thời gian qua, những bất cập trong các quy định pháp luật lao động hiện hành và gợi mở một số định hướng tiếp tục hoàn thiện pháp luật lao động phù hợp với cam kết lao động trong CPTPP. Tiếp cận trên phương diện pháp luật, sử dụng các phương pháp mô tả, phân tích luật học, so sánh pháp luật... Nội dung bài viết được chia thành ba mục: (i) các cam kết lao động trong CPTPP tác động đến pháp luật lao động Việt Nam; (ii) nội luật hóa cam kết lao động trong CPTPP trong pháp luật lao động Việt Nam; (iii) định hướng hoàn thiện pháp luật lao động phù hợp với cam kết lao động trong CPTPP.

2. Các cam kết lao động trong Hiệp định đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương tác động đến pháp luật lao động Việt Nam

Điều 19.3 Chương 19 về Quyền lao động trong CPTPP khẳng định: “*Mỗi Bên sẽ thông qua và duy trì trong các đạo luật và quy định cũng như trong thực hiện các đạo luật và quy định đó ở nước mình, những quyền sau đây như được nêu trong Tuyên bố của ILO: (a) tự do liên kết và công nhận một cách thực chất quyền thương lượng tập thể; (b) chấm dứt mọi hình thức lao động cưỡng bức hoặc ép buộc; (c) loại bỏ một cách hiệu quả lao động trẻ em và cấm các hình thức lao động trẻ em tồi tệ nhất; (d) chấm dứt phân biệt đối xử về việc làm và nghề nghiệp*”³. Theo đó, các thành viên Hiệp định có nghĩa vụ ban hành và thực thi các luật và quy định trong nước nhằm đảm bảo các quyền lao động. Như vậy, kể cả khi các quốc gia thành viên của CPTPP chưa phê chuẩn các Công ước của ILO, vẫn

¹ Theo Trung tâm WTO-VCCI của Việt Nam, hiệp định thương mại tự do (free trade agreement – FTA) là một thỏa thuận giữa hai hoặc nhiều thành viên nhằm loại bỏ các rào cản đối với phần lớn thương mại giữa các thành viên với nhau.

² Nguyễn Thùy Linh, *Hiệp định thương mại tự do thế hệ mới và vấn đề cải cách thể chế kinh tế ở nước ta*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 21, 11/2014.

³<http://cptpp.moit.gov.vn/data/e0593b3b-82bf-4956-9721-88e51bd099e6/userfiles/files/19%20-%20Chuông%20Lao%20dong%20-%20VIE.pdf>

có nghĩa vụ ràng buộc theo CPTPP đảm bảo các quyền lao động này bằng cách thông qua và duy trì các đạo luật và quy định trong nước⁴. Từ cam kết nêu trên có thể khái quát:

i) Các quyền lao động trong CPTPP không phải là nội dung tiêu chuẩn lao động quốc tế mới, mà khẳng định lại các quyền lao động đã được ghi nhận trong Tuyên bố ILO năm 1998 về các nghĩa vụ và quyền cơ bản trong lao động, cũng như trong 04 cấp Công ước cơ bản của ILO gồm: Công ước 87 và công ước 98 về tự do lập hội và thương lượng lao động tập thể; Công ước 29 và công ước 105 về xoá bỏ lao động cưỡng bức và bắt buộc; Công ước 138 và công ước 182 về xoá bỏ lao động trẻ em; Công ước 100 và công ước 111 về xoá bỏ phân biệt đối xử trong việc làm và nghề nghiệp.

ii) Tất cả các nước thành viên của Hiệp định, dù đã phê chuẩn hay chưa phê chuẩn các Công ước cơ bản của ILO, nhưng với tư cách là thành viên của ILO phải có nghĩa vụ tôn trọng, thúc đẩy, thực hiện các nguyên tắc về các quyền lao động cơ bản và nội dung của các Công ước, trong đó bao gồm 4 nhóm quyền lao động nêu trên.

iii) Các quốc gia thành viên CPTPP sẽ thông qua và duy trì trong các đạo luật và quy định, cũng như thực hiện ở nước mình những quyền lao động được nêu trong Tuyên bố của ILO và các Công ước cơ bản của ILO, cụ thể là các quyền lao động được nêu tại Điều 19.3 Chương 19 của CPTPP.

Từ các cam kết về lao động trong CPTPP cho thấy, có nhiều nội dung cam kết tác động đến pháp luật lao động ở Việt Nam như: quyền tự do liên kết và thương lượng tập thể, trong đó có quyền tự do thành lập, hoạt động của các tổ chức đại diện độc lập của người lao động tại doanh nghiệp, cũng như mối quan hệ với tổ chức công đoàn đại diện cho người lao động thuộc Tổng liên đoàn Lao động Việt Nam; vấn đề xoá bỏ mọi hình thức lao động cưỡng bức và bắt buộc như: ngược đãi người lao động, cưỡng bức lao động, quấy rối tình dục tại nơi làm việc...; xoá bỏ lao động trẻ em và cấm các hình thức lao động trẻ em tồi tệ nhất, cũng như sử dụng lao động là người chưa thành niên...; xoá bỏ phân biệt đối xử về việc làm và nghề nghiệp liên quan đến dân tộc, giới tính, độ tuổi, tôn giáo, tín ngưỡng, người khuyết tật hoặc liên quan bản dạng giới, xu hướng tính dục... Sự tác động còn thể hiện qua trách nhiệm của Việt Nam với tư cách là thành viên của ILO trong thực hiện các Công ước liên quan đến lao động mà Việt Nam đã gia phê chuẩn, kể cả các Công ước chưa phê chuẩn nhưng theo cam kết của CPTPP các quốc gia thành viên vẫn có nghĩa vụ đảm bảo thực hiện. Để các cam kết này được thực hiện hiệu quả, đòi hỏi pháp luật lao động Việt Nam cần có sự điều chỉnh các quy định một cách phù hợp.

⁴ Ngô Thị Trang, *Quyền tự do lập hội trong các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới và những thách thức đặt ra cho Việt Nam*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 128, tháng 7 năm 2019, tr. 76-84.

3. Nội luật hóa cam kết lao động trong Hiệp định đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương trong pháp luật lao động Việt Nam

3.1. Về quyền tự do liên kết và thương lượng tập thể

i) *Đối với quyền tự do liên kết*: Đây là một loại quyền đặc biệt, là nhu cầu tự nhiên, mang tính khách quan gắn liền với người lao động. Các chủ thể lao động có quyền tự do liên kết với nhau thành lập những tổ chức của riêng mình, bao hàm cả quyền của tổ chức gắn với quyền tự do thành lập, hoạt động của các tổ chức đại diện cho người lao động và sự bảo vệ chống lại bất kỳ hành vi nào hạn chế những quyền này⁵. Việc chưa phê chuẩn Công ước số 87 về quyền tự do lập hội và bảo vệ tổ chức của Việt Nam không ảnh hưởng đến việc thực thi cam kết của Hiệp định, bởi lẽ, phạm vi công ước này chỉ điều chỉnh quyền của người lao động và người sử dụng lao động được thành lập, gia nhập tổ chức đại diện cho mình nhằm mục đích *thúc đẩy quan hệ lao động* mà không điều chỉnh quyền thành lập các hiệp hội và các hoạt động khác ngoài phạm vi quan hệ lao động. Điều này cũng phù hợp với Điều 2 Tuyên bố ILO năm 1998 và Điều 19.2 Chương 19 của CPTPP⁶. Đối chiếu với Bộ luật Lao động năm 2019, khoản 2 Điều 170 quy định: “*Người lao động trong doanh nghiệp có quyền thành lập, gia nhập và tham gia hoạt động của tổ chức của người lao động tại doanh nghiệp theo quy định...*”. Tại khoản 1 Điều 6 Luật Doanh nghiệp năm 2020 cũng quy định: tại doanh nghiệp còn có tổ chức đại diện người lao động tại cơ sở. Đây là một tổ chức mới, độc lập với tổ chức công đoàn thuộc Tổng liên đoàn Lao động Việt Nam, tổ chức của người lao động tại doanh nghiệp được xác định là tổ chức xã hội đơn thuần⁷, khác với tổ chức công đoàn theo quy định của Hiến pháp năm 2013 và Luật Công đoàn năm 2012 là tổ chức chính trị - xã hội. Tại các doanh nghiệp người lao động có thể thành lập, gia nhập và hoạt động trong 02 loại hình tổ chức đại diện quyền lợi người lao động đó là công đoàn và/hoặc tổ chức của người lao động tại doanh nghiệp, Bộ luật Lao động không cấm người lao động cùng lúc tham gia hai tổ chức này và không hạn chế số lượng tổ chức đại diện người lao động tại doanh nghiệp....Như vậy, cam kết về quyền tự do lập hội và tự do liên kết trong CPTPP về cơ bản đã được pháp luật lao động nước ta nội luật hóa, đã tương thích một phần với Công ước số 87 về quyền tự do lập hội và bảo vệ quyền tổ chức mà Việt Nam chưa phê chuẩn.

⁵ Lê Thương Huyền (2020), *Quyền tự do lập hội ở Việt Nam hiện nay*, Luận án Tiến sỹ luật học, Học viện KHXH, tr. 42, 43

⁶ Hiệp định đối tác toàn diện tiến bộ xuyên Thái Bình Dương, Điều 2, Tuyên bố năm 1998 và Điều 19.3.

⁷ Nguyễn Thị Hồng Nhung, *Tổ chức đại diện người lao động tại doanh nghiệp theo Bộ luật Lao động năm 2019*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 17 (417), tháng 9/2020.

ii) *Đối với quyền thương lượng tập thể*: Điều 65 Bộ luật Lao động năm 2019, khái niệm thương lượng tập thể được quy định đó là “*việc đàm phán, thỏa thuận giữa một bên là một hoặc nhiều tổ chức đại diện người lao động với một bên là một hoặc nhiều người sử dụng lao động hoặc tổ chức đại diện người sử dụng lao động nhằm xác lập điều kiện lao động, quy định về mối quan hệ giữa các bên và xây dựng quan hệ lao động tiến bộ, hài hòa và ổn định*”. Đặc biệt, tháng 6/2020 Quốc hội đã phê chuẩn Công ước số 98 về quyền thương lượng tập thể. Các quy định nêu trên là cơ sở pháp lý quan trọng xác lập chủ thể, nội dung, nguyên tắc, quy trình thương lượng tập thể... tạo hành lang pháp lý để tập thể lao động, đại diện tập thể lao động và người sử dụng thực hiện các cam kết của CPTPP về quyền thương lượng tập thể.

3.2. Về xóa bỏ mọi hình thức lao động cưỡng bức và bắt buộc

Khoản 7, Điều 3 Bộ luật Lao động năm 2019 quy định: “*Cưỡng bức lao động là việc dùng vũ lực, đe dọa dùng vũ lực hoặc các thủ đoạn khác để ép buộc người lao động phải làm việc trái ý muốn của họ*”. Trên cơ sở đó, Điều 8 quy định các hành vi bị nghiêm cấm trong lĩnh vực lao động như: Ngược đãi người lao động, cưỡng bức lao động; quấy rối tình dục tại nơi làm việc; lợi dụng danh nghĩa dạy nghề, tập nghề để trục lợi, bóc lột sức lao động hoặc lôi kéo, dụ dỗ, ép buộc học nghề, người tập nghề vào hoạt động trái pháp luật; sử dụng lao động chưa qua đào tạo hoặc chưa có chứng chỉ nghề quốc gia đối với nghề, công việc phải sử dụng lao động đã được đào tạo hoặc phải có chứng chỉ kỹ năng nghề quốc gia; lôi kéo, dụ dỗ, hứa hẹn, quảng cáo gian dối hoặc thủ đoạn khác để lừa gạt người lao động hoặc để tuyển dụng người lao động với mục đích mua bán người, bóc lột, cưỡng bức lao động hoặc lợi dụng dịch vụ việc làm, hoạt động đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng để thực hiện hành vi trái pháp luật; sử dụng lao động chưa thành niên trái pháp luật. Bên cạnh đó, Điều 17 quy định người sử dụng lao động không được: giữ bản chính giấy tờ tùy thân, văn bằng, chứng chỉ của người lao động; yêu cầu người lao động phải thực hiện biện pháp bảo đảm bằng tiền hoặc tài sản khác cho việc thực hiện hợp đồng lao động; buộc người lao động thực hiện hợp đồng lao động để trả nợ cho người sử dụng lao động. Điều 107 đến Điều 116 còn quy định chi tiết về thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi và quy định riêng đối với nhóm lao động chưa thành niên, lao động nữ, lao động là người khuyết tật, lao động là người cao tuổi phải phù hợp với sức khỏe, độ tuổi, giới tính. Nếu người sử dụng lao động có hành vi cưỡng bức lao động, ngược đãi người lao động mà chưa đến mức truy cứu trách nhiệm hình sự thì có thể bị phạt tiền đến 75.000.000 đồng⁸. Bảo đảm thực hiện các cam kết quốc tế nêu trên, ngày 8/6/2020 Quốc hội khóa 14

⁸ Chính phủ, *Nghị định 28/2020/NĐ-CP ngày 01/3/2020 về xử phạt vi phạm hành chính lĩnh vực lao động, bỏ hiểm xã hội, đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng lao động*.

đã thông qua Nghị quyết gia nhập Công ước số 105 của ILO về Xóa bỏ lao động cưỡng bức, cùng với Công ước số 29 đã được gia nhập vào ngày 29/1/2007 đã tạo cơ sở pháp lý để tiến tới xóa bỏ lao động cưỡng bức theo cam kết của CPTPP.

3.3. Về xóa bỏ lao động trẻ em và cấm các hình thức lao động trẻ em tồi tệ nhất

Bộ luật Lao động năm 2019 có một mục riêng quy định về lao động chưa thành niên, Điều 143 đến 146 quy định độ tuổi, nguyên tắc sử dụng lao động chưa thành niên; sử dụng người chưa đủ 15 tuổi; thời giờ làm việc của người chưa thành niên... Thông tư 09/2020/TT-BLĐTBXH ngày 11/12/2020 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Bộ luật về lao động chưa thành niên đã xác lập danh mục công việc nhẹ mà người từ đủ 13 tuổi đến chưa đủ 15 tuổi được làm; danh mục nghề, công việc người từ đủ 15 tuổi đến chưa đủ 18 tuổi có thể được làm thêm giờ, làm việc vào ban đêm; danh mục công việc, nơi làm việc gây tổn hại đến sự phát triển thể lực, trí lực, nhân cách của người chưa thành niên⁹. Bên cạnh đó còn có quy định, nếu người sử dụng lao động có hành vi giao kết hợp đồng lao động với người lao động từ đủ 15 tuổi đến dưới 18 tuổi mà không có sự đồng ý bằng văn bản của người đại diện theo pháp luật của người lao động; tuyển người dưới 14 tuổi vào học nghề, tập nghề, trừ những nghề, công việc được pháp luật cho phép; sử dụng lao động về lao động chưa thành niên thì có thể bị phạt tiền¹⁰... Điều 228 Bộ luật hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung 2017) còn quy định: Tội vi phạm quy định về sử dụng lao động trẻ em thì bị phạt tiền từ năm triệu đồng đến hai mươi triệu đồng, cải tạo không giam giữ đến hai năm hoặc phạt tù từ ba tháng đến bảy năm¹¹. Đối chiếu với Công ước số 182 về việc cấm và những hành động tức thời để loại bỏ những hình thức lao động trẻ em tồi tệ nhất và Công ước số 138 về độ tuổi tối thiểu trong lao động mà Việt Nam đã phê chuẩn năm 2000 và 2003, có thể thấy, Bộ luật Lao động năm 2019 đã nội luật hóa các cam kết về tuổi lao động tối thiểu không được dưới 15; trẻ em dưới 18 tuổi không được phép làm những công việc nguy hiểm; trẻ em từ 13 đến 15 tuổi có thể làm những việc không ảnh hưởng đến sức khỏe, sự phát triển và việc học hành; cấm sử dụng trẻ em dưới 18 tuổi vào các hình thức lao động trẻ em tồi tệ nhất.

3.4. Về xóa bỏ phân biệt đối xử về việc làm và nghề nghiệp

Nội luật hóa các Công ước quốc tế liên quan đến vấn đề này, khoản 8, Điều 3 Bộ luật Lao động năm 2019 quy định: “*Phân biệt đối xử trong lao động là hành vi phân biệt, loại*

⁹ Bộ lao động thương binh xã hội, *Thông tư 09/2020/TT-BLĐTBXH ngày 11/12/2020 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Bộ luật về lao động chưa thành niên.*

¹⁰ Chính phủ, *Nghị định 28/2020/NĐ-CP ngày 01/3/2020 về xử phạt vi phạm hành chính lĩnh vực lao động, bảo hiểm xã hội, đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng lao động.*

¹¹ Quốc hội, *Bộ luật Hình sự 2015 (sửa đổi, bổ sung 2017)*

trừ hoặc ưu tiên dựa trên chủng tộc, màu da, nguồn gốc quốc gia hoặc nguồn gốc xã hội, dân tộc, giới tính, độ tuổi, tình trạng thai sản, tình trạng hôn nhân, tôn giáo, tín ngưỡng, chính kiến, khuyết tật, trách nhiệm gia đình hoặc trên cơ sở tình trạng nhiễm HIV hoặc vì lý do thành lập, gia nhập và hoạt động công đoàn, tổ chức của người lao động tại doanh nghiệp có tác động làm ảnh hưởng đến bình đẳng về cơ hội việc làm hoặc nghề nghiệp”. Người lao động có quyền làm việc; tự do lựa chọn việc làm, nơi làm việc, nghề nghiệp, học nghề, nâng cao trình độ nghề nghiệp; hưởng lương phù hợp với trình độ, kỹ năng nghề trên cơ sở thỏa thuận với người sử dụng lao động. Ngược lại, người sử dụng lao động có nghĩa vụ tôn trọng danh dự, nhân phẩm của người lao động, việc phân biệt đối xử trong lao động là hành vi bị nghiêm cấm, trong đó có nghiêm cấm phân biệt đối xử đối với người lao động, thành viên ban lãnh đạo của tổ chức đại diện người lao động tại cơ sở vì lý do thành lập, gia nhập hoặc hoạt động tổ chức đại diện người lao động (Điều 175). Ngoài ra, còn quy định phạt tiền đối với hành vi phân biệt đối xử về giới tính, độ tuổi, dân tộc, màu da, thành phần xã hội, tình trạng hôn nhân, tín ngưỡng, tôn giáo, nhiễm HIV, khuyết tật khi tuyển, quản lý lao động¹²... Như vậy, pháp luật lao động đã có các quy định thể hiện đảm bảo sự bình đẳng về cơ hội và chế độ đãi ngộ liên quan đến nghề nghiệp và việc làm. Đặc biệt, phạm vi về phân biệt đối xử trong lao động đã được mở rộng hơn so với trước đây, bao hàm cả nghiêm cấm phân biệt đối xử về nguồn gốc xã hội, phân biệt đối xử về chính kiến. Các quy định này thể hiện việc nội luật hóa tương đối đầy đủ các cam kết về chấm dứt phân biệt đối xử về việc làm và nghề nghiệp trong Công ước số 100 và Công ước số 111 mà Việt Nam đã phê chuẩn vào năm 1997.

4. Định hướng hoàn thiện pháp luật lao động phù hợp với cam kết lao động trong Hiệp định đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương

4.1. Đối với các quy định về quyền tự do lập hội và thương lượng tập thể

Khẩn trương ban hành Nghị định quy định về tổ chức đại diện người lao động và Nghị định quy định về thương lượng tập thể, thỏa ước lao động tập thể. *i) Đối với Nghị định về tổ chức đại diện người lao động*: quy định số lượng tổ chức đại diện người lao động tại doanh nghiệp, đảm bảo số lượng tổ chức đại diện của người lao động trong cùng một doanh nghiệp không quá ít vì sẽ ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của người lao động về thương lượng tập thể; quy định chi tiết Điều 174 Bộ luật Lao động về Điều lệ của tổ chức của người lao động tại doanh nghiệp về tên, biểu tượng, tôn chỉ, mục đích và phạm vi hoạt động, điều kiện, thủ tục gia nhập và ra khỏi tổ chức của người lao động tại

¹² Chính phủ, *Nghị định 28/2020/NĐ-CP ngày 01/3/2020 về xử phạt vi phạm hành chính lĩnh vực lao động, bảo hiểm xã hội, đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng lao động.*

doanh nghiệp; cơ cấu tổ chức, nhiệm kỳ, người đại diện của tổ chức; số lượng tối thiểu thành viên là người lao động làm việc tại doanh nghiệp tại thời điểm đăng ký của tổ chức của người lao động tại doanh nghiệp và số lượng thành viên lãnh đạo của tổ chức đại diện người lao động tại các doanh nghiệp; xác định rõ thân nhân của người sử dụng lao động nếu cũng là người lao động trong doanh nghiệp có được bầu làm thành viên ban lãnh đạo tổ chức đại diện người lao động tại doanh nghiệp không; quy định rõ hồ sơ, thủ tục đăng ký, thu hồi đăng ký...ii) *Đối với Nghị định về thương lượng tập thể, thỏa ước lao động tập thể*: Khoản 1, Điều 68 Bộ luật Lao động năm 2019 quy định: “*Tổ chức đại diện người lao động tại cơ sở có quyền yêu cầu thương lượng tập thể khi đạt tỷ lệ thành viên tối thiểu trên tổng số người lao động trong doanh nghiệp*”. Như vậy, tổ chức đại diện người lao động có quyền yêu cầu thương lượng hay không là dựa trên tỷ lệ thành viên tối thiểu trên tổng số người lao động mà tổ chức đó đại diện trong doanh nghiệp. Cần thấy rằng, số lượng thành viên tối thiểu để thành lập tổ chức đại diện người lao động và số lượng thành viên tối thiểu trên tổng số người lao động để đạt tỷ lệ đại diện cho quyền thương lượng tập thể là hai vấn đề khác nhau¹³. Nghị định cần xác định rõ, tỷ lệ thành viên tối thiểu trên tổng số người lao động là bao nhiêu % để tổ chức đại diện người lao động tại cơ sở có quyền yêu cầu thương lượng tập thể. Theo đó, tỷ lệ này nên được xác định giống như tỷ lệ người lao động khi ký kết thỏa ước lao động tập thể được quy định tại Điều 76 Bộ luật Lao động, cụ thể là Nghị định nên quy định khi có trên 50% người lao động trong doanh nghiệp tán thành thì tổ chức đại diện người lao động tại cơ sở có quyền yêu cầu thương lượng tập thể. Bên cạnh đó, cần quy định nội dung thương lượng tập thể mang tính chuyên sâu theo từng nhóm lĩnh vực như: lương; an toàn, vệ sinh lao động; bảo đảm các điều kiện lao động của doanh nghiệp... và thương lượng tập thể nhóm doanh nghiệp. Bên cạnh đó, cần quy định rõ trình tự, thủ tục Ủy ban nhân dân cấp tỉnh xem xét, quyết định khi cần thay đổi: Chủ tịch Hội đồng thương lượng tập thể, đại diện Ủy ban nhân dân cấp tỉnh; chức năng, kế hoạch, nhiệm vụ, thời gian hoạt động của Hội đồng thương lượng tập thể phù hợp với tình hình thực tế khi Chủ tịch Hội đồng thương lượng tập thể đương nhiệm đề nghị chưa được quy định rõ tại Thông tư 10/2020/TT-BLĐTBXH ngày 12/11/2020 hướng dẫn thi hành một số điều của Bộ luật Lao động.

4.2. Đối với các quy định về xóa bỏ lao động cưỡng bức

Khái niệm cưỡng bức lao động được quy định tại khoản 7 Điều 3 Bộ luật Lao động năm 2019 chưa đảm bảo đầy đủ các tiêu chí về lao động cưỡng bức theo tiêu chuẩn quốc tế

¹³ Nguyễn Thị Hồng Nhung, *Tổ chức đại diện người lao động tại doanh nghiệp theo Bộ luật Lao động năm 2019*, tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 17 (417), tháng 9/2020.

được tại Công ước số 29 của ILO và cần tiếp tục được hoàn thiện, cụ thể là: i) việc xác định cưỡng bức lao động là do không tự nguyện dựa vào việc dùng “vũ lực” hoặc “đe dọa dùng vũ lực” mà chưa đề cập những dạng ép buộc, cưỡng bức khác. Trong khi đó, thuật ngữ “thủ đoạn khác” cũng chưa được giải thích một cách rõ ràng, cần tiếp tục hoàn thiện. Trước hết cần ghi nhận một số dấu hiệu lừa gạt, hạn chế đi lại, bị cô lập, giữ tiền lương, thao túng khoản nợ, đe dọa tố cáo với các cơ quan quản lý di trú là dấu hiệu của “thủ đoạn khác”; xem hành vi nghiêm cấm đối với người sử dụng lao động là “giữ giấy tờ tùy thân của người lao động” quy định tại khoản 3 Điều 165 là “thủ đoạn khác” trong cưỡng bức lao động, điều này là phù hợp với các khuyến nghị của ILO¹⁴. ii) điều chỉnh khái niệm cưỡng bức lao động tại Bộ luật lao động hiện nay, vì khái niệm này chỉ xem là cưỡng bức lao động khi một người phải thực hiện những công việc hợp pháp trái với ý muốn của họ, không bao gồm trường hợp một người phải thực hiện những công việc bất hợp pháp trái ý muốn của họ, trong khi đó Công ước số 29 lao động cưỡng bức không được xác định theo tính chất của công việc (có thể hợp pháp hoặc không hợp pháp theo luật quốc gia) mà theo tính chất của mối quan hệ giữa người thực hiện công việc và người hưởng lợi từ công việc. Ngoài ra, cần xem xét cách tiếp cận khác nhau giữa Công ước số 29 là "lao động cưỡng bức" và Bộ luật Lao động năm 2019 là "cưỡng bức lao động", theo đó, “lao động cưỡng bức” là cụm danh từ theo Công ước số 29 “có nghĩa là mọi công việc hoặc dịch vụ mà một người bị ép buộc phải làm dưới sự đe dọa về bất kỳ hình phạt nào và bản thân người đó không tự nguyện làm”¹⁵, trong khi đó, “cưỡng bức lao động” lại là một cụm động từ xác định về cách thức mà người sử dụng lao động ép buộc người lao động thực hiện công việc nhất định trái với ý muốn của họ. Với quy định hiện nay, pháp luật lao động đang xem hành vi cưỡng bức lao động như là một cách thức dẫn đến hậu quả “lao động cưỡng bức”¹⁶.

4.3. Đối với các quy định về xóa bỏ lao động trẻ em

Điều 1 Luật Trẻ em năm 2016 quy định “trẻ em là người dưới 16 tuổi”, Điều 21 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: “người chưa thành niên là người chưa đủ 18 tuổi”. Theo quy định này người chưa thành niên có nội hàm rộng hơn trẻ em, vì bao gồm trẻ em và người từ đủ 16 tuổi đến chưa đủ 18 tuổi. Bộ luật Lao động 2019, Chương XI, Mục 1, Điều 143 quy định: Lao động chưa thành niên là người chưa đủ 18 tuổi và quy định người từ đủ

¹⁴https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-asia/-ro-bangkok/-ilo-noi/documents/publication/wcms_243517.pdf

¹⁵<https://thuvienphapluat.vn/van-ban/lao-dong-tien-luong/cong-uoc-ve-lao-dong-cuong-buc-1930-269855.aspx>

¹⁶ <https://tks.edu.vn/thong-tin-khoa-hoc/chi-tiet/81/865>

15 tuổi đến chưa đủ 18 tuổi không được làm công việc hoặc làm việc ở nơi làm việc quy định tại Điều 147 của Bộ luật, người từ đủ 13 tuổi đến chưa đủ 15 tuổi chỉ được làm công việc nhẹ theo danh mục do Bộ trưởng Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội ban hành. Theo pháp luật lao động hiện hành, lao động chưa thành niên là người từ 13 tuổi đến dưới 18 tuổi, bao hàm trẻ em theo Luật Trẻ em và người chưa thành niên theo Bộ Luật dân sự. Bên cạnh đó, Công ước về quyền trẻ em năm 1989, Điều 1 quy định: “*Trong phạm vi Công ước này, trẻ em có nghĩa là bất kỳ người nào dưới 18 tuổi, trừ trường hợp pháp luật có thể được áp dụng với trẻ em đó quy định tuổi thành niên sớm hơn*”¹⁷. Như vậy, độ tuổi pháp lý liên quan đến trẻ em và lao động chưa thành niên chưa có quy định thống nhất giữa các văn bản luật và Công ước quốc tế, do vậy, cần có sự điều chỉnh tuổi pháp lý của trẻ em từ dưới 16 tuổi lên dưới 18 tuổi, theo đó, nên quy định trẻ em là người dưới 18 tuổi để có sự thống nhất các quy định trong pháp luật quốc gia và hài hòa với luật pháp quốc tế, khắc phục những khoảng trống trong việc áp dụng các biện pháp xử lý hình sự, dân sự, bảo đảm quyền của nhóm từ người có độ tuổi từ 16 đến dưới 18 tuổi, thực hiện cam kết loại bỏ một cách hiệu quả lao động trẻ em và cấm các hình thức lao động trẻ em tồi tệ nhất trong CPTPP. Các quy định pháp luật về xóa bỏ lao động trẻ em hiện nay được quy định trong nhiều văn bản pháp luật khác nhau, trong thời gian đến ngoài việc hoàn thiện, bổ sung cần tập hợp trong một văn bản quy phạm pháp luật có giá trị pháp lý cao hơn nhằm nâng cao hiệu quả thực hiện. Bên cạnh đó, tiếp tục hoàn thiện pháp luật về phòng ngừa, giảm thiểu lao động trẻ em; quy định cụ thể việc phòng ngừa, phát hiện, hỗ trợ, can thiệp trẻ em lao động trái quy định của pháp luật và trẻ em có nguy cơ trở thành lao động trẻ em, đặc biệt trong lĩnh vực nông nghiệp, tiểu thủ công nghiệp, dịch vụ và trong các chuỗi cung ứng.

4.4. Đối với các quy định về phân biệt đối xử trong lao động

Phân biệt đối xử trong lao động có thể xảy ra với bất cứ đối tượng lao động nào, nhưng thường gặp hơn là nhóm đối tượng dễ bị tổn thương, trong thời gian đến cần hoàn thiện các vấn đề sau: i) Bổ sung vào Điều 8 Bộ luật Lao động năm 2019 về các hành vi bị nghiêm cấm trong lĩnh vực lao động đối với hành vi *phân biệt đối xử trực tiếp hoặc gián tiếp liên quan bản dạng giới, xu hướng tính dục*. Việc bổ sung quy định này sẽ có thêm công cụ pháp lý để bảo vệ quyền của người lao động trong các vụ việc liên quan đến phân biệt đối xử dựa trên xu hướng tính dục, bản dạng giới và thể hiện giới; bổ sung vào Điều 118 Bộ luật Lao động 2019 và khoản 2 Điều 69 Nghị định 145/2020/NĐ-CP về nội quy lao

¹⁷<https://thuvienphapluat.vn/van-ban/Linh-vuc-khac/Cong-uoc-cua-Lien-hop-quoc-ve-quyen-tre-em-233659.aspx>

động quy định không phân biệt đối xử đối với người đồng tính, song tính, chuyển giới, liên giới nhằm cơ sở pháp lý chủ động để người sử dụng lao động và các đồng nghiệp phải tôn trọng sự đa dạng và chống phân biệt đối xử dựa trên xu hướng tính dục, bản dạng giới và thể hiện giới tại nơi làm việc như một nội dung của tôn trọng kỷ luật lao động. ii) Bổ sung quy định hành vi cấm phân biệt đối xử và kỳ thị đối với người khuyết tật ở tất cả các khâu của quá trình lao động; quy định các chính sách ưu đãi hiệu quả hơn cho doanh nghiệp khi nhận người khuyết tật vào làm việc; quy định về ngành nghề ưu tiên cho người khuyết tật khi tuyển dụng; quy định rõ về môi trường làm việc phù hợp cho người khuyết tật để giúp cho người sử dụng lao động chủ động trong việc xây dựng kế hoạch hỗ trợ tốt nhất cho người lao động khuyết tật trong quá trình làm việc; iii) Chuyển quy định trách nhiệm của người sử dụng lao động đối với người bị nhiễm HIV/AIDS tại Điều 14 Luật Phòng, chống nhiễm vi rút gây ra hội chứng suy giảm miễn dịch mắc phải ở người (HIV/AIDS) thành một mục riêng trong Chương XI về những quy định riêng đối với lao động chưa thành niên và một số lao động khác trong Bộ luật Lao động 2019 như lao động là người khuyết tật, lao động là người cao tuổi; iv) làm rõ thêm một số quy định trong việc xử phạt đối với hành vi phân biệt đối xử trong lao động tại khoản 2 Điều 7 Nghị định số 28/2020/NĐ-CP về thể nào là phân biệt vùng miền, phân biệt thành phần xã hội và bổ sung thêm hành vi phân biệt đối với người đồng tính, song tính, chuyển giới, liên giới.

5. Kết luận

Với tư cách là thành viên của ILO và phê chuẩn 7/8 Công ước cơ bản của ILO, Việt Nam có nghĩa vụ tôn trọng, thúc đẩy và thực hiện các tiêu chuẩn lao động trong cam kết của Hiệp định CPTPP về quyền tự do liên kết và thương lượng tập thể; xóa bỏ mọi hình thức lao động cưỡng bức và bắt buộc; xóa bỏ lao động trẻ em và cấm các hình thức lao động trẻ em tồi tệ nhất; xóa bỏ phân biệt đối xử về việc làm và nghề nghiệp. Có thể thấy, pháp luật lao động Việt Nam hiện hành đã nội luật hóa cơ bản đầy đủ, phù hợp các tiêu chuẩn lao động của ILO theo cam kết của Hiệp định. Tuy nhiên, nhìn tổng thể pháp luật lao động Việt Nam hiện nay vẫn tồn tại những bất cập cần tiếp tục được hoàn thiện trên nhiều nội dung. Việc hoàn thiện pháp luật lao động theo cam kết của Hiệp định CPTPP phải đảm bảo sự phù hợp với các quy định của Hiến pháp và pháp luật có liên quan. Bảo đảm tính hệ thống, toàn diện và phù hợp với quan điểm, đường lối, của Đảng về hội nhập quốc tế.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Chính phủ, *Nghị định 28/2020/NĐ-CP ngày 01/3/2020 về xử phạt vi phạm hành chính lĩnh vực lao động, bảo hiểm xã hội, đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng lao động*.

2. Bộ Lao động thương binh xã hội, *Thông tư 09/2020/TT-BLĐTBXH ngày 11/12/2020 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Bộ luật về lao động chưa thành niên*.

3. Quốc hội, *Bộ luật Lao động năm 2019*

4. Quốc hội, *Luật Công đoàn năm 2012*

5. Quốc hội, *Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung 2017)*

6. Lê Thương Huyền (2020), *Quyền tự do lập hội ở Việt Nam hiện nay*, Luận án Tiến sỹ, Học viện KHXH

7. Nguyễn Thùy Linh, (2014), *Hiệp định thương mại tự do thế hệ mới và vấn đề cải cách thể chế kinh tế ở nước ta*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 21.

8. Nguyễn Thị Hồng Nhung (2020), *Tổ chức đại diện người lao động tại doanh nghiệp theo Bộ luật Lao động năm 2019*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 17.

9. Ngô Thị Trang (2019), *Quyền tự do lập hội trong các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới và những thách thức đặt ra cho Việt Nam*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 128.

10. <https://thuvienphapluat.vn/van-ban/Linh-vuc-khac/Cong-uoc-cua-Lien-hop-quoc-ve-quyen-tre-em-233659.aspx>

11. <https://thuvienphapluat.vn/van-ban/lao-dong-tien-luong/cong-uoc-ve-lao-dong-cuong-buc-1930-269855.aspx>

12. <https://tks.edu.vn/thong-tin-khoa-hoc/chi-tiet/81/865>

13. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-asia/-ro-bangkok/-ilo-noi/documents/publication/wcms_243517.pdf

14. <http://cptpp.moit.gov.vn/data/e0593b3b-82bf-4956-9721-88e51bd099e6/userfiles/files/19%20-%20Chuong%20Lao%20dong%20-%20VIE.pdf>

GIỚI HẠN QUYỀN HIẾN ĐỊNH TRONG BỐI CẢNH COVID-19
TẠI VIỆT NAM

NGUYỄN DUY DŨNG*

Ngày nhận bài: 08/02/2022

Ngày phản biện: 20/02/2022

Ngày đăng bài: 30/03/2022

Tóm tắt:

Quyền hiến định là những quyền được Hiến pháp quốc gia ghi nhận và bảo vệ, phản ánh nghĩa vụ của Nhà nước trong việc bảo đảm thực hiện quyền đối với các cá nhân trong xã hội. Tuy nhiên, trong bối cảnh đại dịch Covid-19 đang gây những ảnh hưởng nặng nề đến thế giới và Việt Nam, không chỉ gây thiệt hại về tính mạng, sức khỏe của mỗi cá nhân mà còn đe dọa đến nền kinh tế, chính trị và ổn định xã hội của các quốc gia. Mỗi quốc gia đã có những biện pháp ứng phó với đại dịch khác nhau nhưng những biện pháp này đồng thời làm xuất hiện lo ngại về việc ảnh hưởng đến những quyền hiến định của các thành viên trong xã hội. Vì vậy, trong nội dung bài viết này tác giả tập trung phân tích làm rõ khái niệm về quyền hiến định, giới hạn quyền trên cơ sở đó đưa ra khái niệm “giới hạn quyền hiến định”; phân tích làm rõ thực tiễn giới hạn quyền hiến định tại Việt Nam trong bối cảnh Covid-19; từ đó đưa ra một số giải pháp hoàn thiện cơ sở pháp lý của vấn đề giới hạn quyền hiến định tại Việt Nam.

Từ khóa:

Giới hạn, quyền hiến định, Covid-19, Việt Nam.

Abstract:

Constitutional rights are rights recognized and protected by the Constitution, reflecting the State's obligation to ensure the exercise of rights of individuals in society. However, the Covid-19 pandemic has caused serious impacts to the World and Vietnam, which not only affect the life and health of each individual but also threatens the economy, politics and social stability of nations. Each country has had different response measures within its capabilities. But these epidemic prevention measures at the same time have raised concerns about affecting the constitutional rights of members of society. Therefore, in this scientific writing, the author will focus on analyzing and clarifying the concept of the constitutional rights and the limitations of rights, thereby providing the concept of “the limitations of constitutional rights”; analyzing and clarifying practices of limitations of constitutional rights in the context of Covid-19 in Vietnam, and proposing ideal solutions to complete the legal basis in terms of the limitations of the constitutional rights in Vietnam.

Keywords:

Limits, constitutional rights, Covid-19, Vietnam.

* ThS., Trường Đại học Nguyễn Tất Thành; Email: nddung@ntt.edu.vn

• Ghi chú: Tải bài viết toàn văn tại địa chỉ: <http://tapchi.hul.edu.vn>.

1. Đặt vấn đề

Đại dịch Covid-19 đã và đang gây ra những tác động tiêu cực trên toàn thế giới, ảnh hưởng đến mọi quốc gia, mọi mặt của đời sống xã hội ở mọi thể chế chính trị. Việt Nam cũng chịu những ảnh hưởng nặng nề của đại dịch này, đồng thời đã có những biện pháp phòng, chống dịch bệnh đem lại hiệu quả to lớn. Có thể nói, Việt Nam là một hình mẫu của việc phòng, chống dịch. Tuy nhiên, việc thi hành các biện pháp này cũng đẩy lên những lo ngại nhất định rằng nó có xâm phạm đến quyền hiến định hay không. Thậm chí có ý kiến cho rằng “Toà án Nhân quyền chắc chắn sẽ quá tải bởi các đơn kiện sau cuộc khủng hoảng Covid-19”¹. Hiến pháp năm 2013 của Việt Nam đã ghi nhận quyền hiến định tại Chương 2 - Quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân. Điều này cho thấy sự thay đổi trong tư duy lập pháp của nhà làm luật về quyền hiến định, đó là: (1) Quyền hiến định không phải là sản phẩm ban phát của Nhà nước, mà Nhà nước có nghĩa vụ ghi nhận và bảo vệ; (2) Quyền hiến định không thể tùy tiện bị giới hạn, việc giới hạn quyền hiến định buộc phải tuân theo những nguyên tắc nhất định và chỉ những cơ quan có thẩm quyền trên cơ sở pháp luật được thực hiện công việc này. Chính điều này đặt ra yêu cầu về việc nghiên cứu về giới hạn quyền hiến định trong bối cảnh Covid-19 tại Việt Nam.

2. Giới hạn quyền hiến định là gì

2.1. Quyền hiến định

Trong các thể chế Nhà nước được tổ chức theo nguyên tắc pháp quyền, quyền hiến định được hiểu là những quyền cơ bản của cá nhân được Hiến pháp quy định, mà Nhà nước có nghĩa vụ tôn trọng và bảo vệ bao gồm quyền con người và quyền cơ bản của công dân. Tại Việt Nam, Hiến pháp năm 2013 quy định quyền hiến định tại Chương 2 - Quyền con người, quyền và nghĩa vụ của công dân, theo đó “Ở nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, các quyền con người, quyền công dân về chính trị, dân sự, kinh tế, văn hóa, xã hội được công nhận, tôn trọng, bảo vệ, bảo đảm theo Hiến pháp và pháp luật”². Như vậy, có thể hiểu quyền hiến định bao gồm quyền con người và quyền cơ bản của công dân được Hiến pháp ghi nhận và bảo vệ.

Thứ nhất, về quyền con người: Quyền con người được hiểu là “những đảm bảo pháp lý toàn cầu có tác dụng bảo vệ các cá nhân và các nhóm chống lại những hành động hoặc sự bỏ mặc làm tổn hại đến nhân phẩm, những sự cho phép và sự tự do cơ bản của con

¹ Audrey Lebert (2020), *Covid-19 pandemic and derogation to human rights*, Journal of Law and the Biosciences, Volume 7, Issue 1, p.15.

² Hiến pháp năm 2013, Khoản 1, Điều 14.

người”³. Quyền con người có các đặc tính cơ bản là “vốn có”, “không thể chuyển giao” và “phổ biến”. Đặc tính vốn có được hiểu con người sinh ra là có các quyền này chỉ bởi lý do họ là con người, có nghĩa là các quyền này không phải được ban phát bởi kẻ cai trị. Đặc tính không thể chuyển giao nói lên rằng quyền này không thể rời bỏ con người. Đặc tính phổ biến có nghĩa là mọi người đều có các quyền đó không kể đến quốc tịch, địa vị xã hội, giới tính hay chủng tộc⁴. Hiến pháp năm 2013 ghi nhận quyền con người nhằm xác lập mối liên hệ giữa Nhà nước và cá nhân, cũng như xác định nghĩa vụ bảo đảm thực hiện quyền của Nhà nước đối với các cá nhân.

Thứ hai, về quyền công dân: Quyền công dân là một quyền thể hiện tính chất và mối quan hệ pháp lý đặc biệt giữa Nhà nước đối với một số người nhất định, xác lập dựa trên cơ sở quốc tịch. Theo đó, đây là những quyền được xác lập trong Hiến pháp trên các lĩnh vực chính trị, dân sự, kinh tế, xã hội, văn hoá là cơ sở để thực hiện các quyền cụ thể khác của công dân và là cơ sở chủ yếu để xác định địa vị pháp lý của công dân⁵. Việc ghi nhận quyền công dân trong đạo luật cao nhất của Nhà nước là cách thức xác lập mối liên hệ pháp lý giữa Nhà nước với phần đông dân cư trong xã hội, qua đó công dân được hưởng những quyền, lợi ích tương xứng và gánh vác những nghĩa vụ tối thiểu.

Trên cơ sở quy định trong Hiến pháp năm 2013, có thể chia quyền hiến định thành các nhóm như sau:

Thứ nhất, nhóm quyền hiến định về chính trị thể hiện sự tham gia của người dân vào hoạt động của Nhà nước, cũng như sự tham gia thực hiện quyền lực Nhà nước. Nhóm quyền này bao gồm: quyền bầu cử, ứng cử vào Quốc hội và Hội đồng nhân dân (Điều 27); quyền tham gia quản lý Nhà nước và xã hội, tham gia thảo luận và ý kiến với cơ quan Nhà nước về các vấn đề của cơ sở, địa phương và cả nước (Điều 28); quyền biểu quyết khi Nhà nước tổ chức trưng cầu dân ý (Điều 29); quyền khiếu nại, tố cáo (Điều 30).

Thứ hai, nhóm quyền hiến định về tự do dân chủ và tự do cá nhân. Nhóm quyền này thể hiện sự tôn trọng của Nhà nước đối với tự do của cá nhân, cũng như là một trong những dấu hiệu của thể chế dân chủ. Nhóm quyền này bao gồm: quyền không bị trục xuất, giao nộp cho Nhà nước khác (Điều 17); quyền sống (Điều 19); quyền bất khả xâm phạm về thân thể, được pháp luật bảo hộ về sức khoẻ, danh dự và nhân phẩm; quyền không bị tra tấn, bạo lực, truy bức, nhục hình hay bất kì hình thức đối xử nào khác xâm phạm thân thể,

³ United Nations, UNHCHR (2006), *Frequently Asked Questions on a Human Rights - based Approach to Development Cooperation*, New York and Geneva, p.8.

⁴ Department of Foreign Affairs and Trade (1993), *Human Rights Manual, Australian Government Publishing Service*, Canberra, p.10.

⁵ Đại học Luật Hà Nội (2018), *Giáo trình Luật Hiến pháp Việt Nam*, Nxb Tư pháp, Hà Nội, tr. 207.

sức khỏe, xúc phạm danh dự, nhân phẩm; quyền hiến mô, bộ phận cơ thể người và hiến xác (Điều 20), quyền bất khả xâm phạm về đời sống riêng tư, bí mật cá nhân và bí mật gia đình; quyền bảo vệ danh dự, uy tín của mình; quyền bí mật thư tín, điện thoại, điện tín và các hình thức trao đổi thông tin khác (Điều 21); quyền tự do đi lại và cư trú ở trong nước, quyền ra nước ngoài và từ nước ngoài về nước (Điều 23); quyền tự do tín ngưỡng (Điều 24)...

Thứ ba, nhóm quyền hiến định về kinh tế, xã hội và văn hoá. Nhóm quyền này thể hiện nghĩa vụ đảm bảo chất lượng cuộc sống của Nhà nước đối với các cá nhân trong xã hội. Nhóm quyền này bao gồm: quyền sở hữu (Điều 32); quyền tự do kinh doanh (Điều 33); quyền làm việc, lựa chọn nghề nghiệp, việc làm và nơi làm việc, quyền của người làm công ăn lương (Điều 35); quyền và nghĩa vụ học tập (Điều 39); quyền được hưởng thụ và tiếp cận các giá trị văn hoá, tham gia vào đời sống văn hoá, sử dụng các cơ sở văn hoá (Điều 41).

Từ phân tích nêu trên, có thể hiểu quyền hiến định bao gồm quyền con người và quyền công dân được Hiến pháp ghi nhận, thể hiện nghĩa vụ tôn trọng, bảo vệ và có những biện pháp hỗ trợ các thành viên trong xã hội hưởng thụ đầy đủ các quyền của Nhà nước. Tuy nhiên, quyền hiến định không phải là các quyền tuyệt đối, nên trong một số hoàn cảnh đặc biệt của xã hội, ví dụ như trong bối cảnh đại dịch Covid-19 thì quyền hiến định có thể bị giới hạn nhằm đảm bảo cho xã hội ổn định và phát triển lành mạnh.

2.2. Giới hạn quyền

Giới hạn quyền là một thuật ngữ, có thể tiếp cận dưới nhiều góc độ khác nhau. Dưới góc độ ngữ nghĩa, giới hạn (danh từ) là “phạm vi, mức độ nhất định, không thể hoặc không được phép vượt qua” hoặc (động từ) là “quy định một giới hạn”, hạn chế (động từ) là “giữ lại, ngăn lại trong một giới hạn nhất định, không để cho vượt qua”⁶. Như vậy, về sắc thái ngữ nghĩa có những điểm khác nhau nhưng giữa giới hạn với hạn chế lại có những nét giao thoa hay lồng ghép vào nhau, trong giới hạn có sự hạn chế với một phạm vi, mức độ nhất định và khi hạn chế điều gì đó thì bao giờ cũng chỉ có ý nghĩa trong một giới hạn nhất định, tức là phải vạch ra được ranh giới của nó⁷.

Dưới góc độ pháp lý, theo cách hiểu phổ biến trên thế giới, sự giới hạn đối với một quyền nào đó được hiểu là việc Nhà nước không cho phép các chủ thể thụ hưởng quyền có

⁶ Bùi Tiến Đạt (2015), *Hiến pháp hoá nguyên tắc giới hạn quyền con người: Cần nhưng chưa đủ*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 6/2015, tr.3.

⁷ Bùi Tiến Đạt (2017), *Nguyên tắc giới hạn quyền con người: Ý nghĩa, nhu cầu giải thích và định hướng áp dụng*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, kỳ 1 tháng 10/2017, tr.13.

thể thực hiện quyền đó ở mức độ tuyệt đối (cao nhất)⁸. Đòi hỏi pháp lý là sự tương tác giữa quyền và nghĩa vụ. Để đảm bảo trật tự chung, quyền luôn luôn bị giới hạn và việc giới hạn quyền là cần thiết, có thể nói trật tự công cộng “đảm nhận một chức năng cụ thể là chỉ giới hạn các quyền tự do khi điều này là bắt buộc và chỉ giới hạn quyền một cách tương xứng với điều mà việc bảo vệ quyền khác đòi hỏi”⁹. Như vậy, giới hạn quyền không phải là một hiện tượng cá biệt, để đảm bảo trật tự chung của xã hội Nhà nước luôn đặt ra các quy phạm giới hạn quyền của các chủ thể. Suy cho cùng mục đích của việc giới hạn quyền cũng là để bảo vệ quyền, bởi lẽ “việc giới hạn và hạn chế quyền là những yêu cầu xuất phát từ thực tế cuộc sống mà đã được luật nhân quyền quốc tế ghi nhận, với mục đích chính là để ngăn ngừa sự tùy tiện của các Nhà nước trong việc thực thi quyền con người, chứ không phải là để cung cấp công cụ cho các Nhà nước vi phạm các quyền đó”¹⁰.

Ngoài ra, trong số văn kiện pháp lý quốc tế về quyền con người, cũng đề cập đến vấn đề giới hạn quyền. Tại khoản 2 Điều 29 Tuyên ngôn phổ quát về quyền con người (UDHR) năm 1948 quy định: “Trong việc thực thi các quyền và tự do, mọi người chỉ phải chịu những hạn chế do luật định, nhằm mục tiêu bảo đảm sự thừa nhận, tôn trọng quyền và quyền tự do của những người khác, cũng như nhằm thỏa mãn những đòi hỏi chính đáng về đạo đức, trật tự công cộng, và nền an sinh chung trong một xã hội dân chủ”. Điều này cho thấy, quyền nói chung và quyền hiến định của một cá nhân nói riêng không phải là những quyền tuyệt đối, nó có thể bị giới hạn ở các mức độ khác nhau nhằm đảm bảo quyền của người khác hoặc lợi ích của cộng đồng. Vấn đề này được ghi nhận trong luật nhân quyền quốc tế và cụ thể trong Hiến pháp của các nước dưới các hình thức, mức độ khác nhau. Tuy nhiên, việc hạn chế quyền sẽ bị coi là vi phạm nếu lợi ích đạt được thấp hơn việc giới hạn hoặc có những yếu tố bất hợp lý.

Từ sự phân tích, làm rõ nội dung của quyền hiến định và giới hạn quyền nêu trên có thể rút ra khái niệm giới hạn quyền hiến định như sau: *"giới hạn quyền hiến định là việc pháp luật của một quốc gia có những quy định cho phép hạn chế, giới hạn việc thụ hưởng các quyền hiến định của một cá nhân nhằm hướng tới việc bảo đảm quyền, tự do của cá nhân khác hoặc bảo đảm lợi ích của cộng đồng"*.

⁸ Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Julian Rivers dịch (Oxford: Clarendon Press, 2002), p.47-9

⁹ Pierre Bon (1975), *La police municipale*, Thèse dactylographiée, Bordeaux I, tr. 226.

¹⁰ Vũ Công Giao (2013), *Những tiến bộ và hạn chế trong chế định quyền con người, quyền công dân của Dự thảo 3 Hiến pháp 1992 sửa đổi năm 2013*, Tạp chí Khoa học Đại học Quốc gia Hà Nội (Luật học), số 3/2013, tr.51-61.

3. Giới hạn quyền hiến định trong bối cảnh Covid-19, thực tiễn tại Việt Nam

Trong nội dung này tác giả tập trung phân tích khái quát về những hậu quả nghiêm trọng của đại dịch Covid-19, những biện pháp mà Nhà nước Việt Nam đã áp dụng để phòng, chống dịch, đồng thời làm rõ cơ sở pháp lý, thực tiễn của việc áp dụng các biện pháp này; phân tích, đánh giá hệ quả của những giải pháp “phòng, chống dịch” mà Nhà nước Việt Nam đã áp dụng trên phương diện giới hạn quyền hiến định.

3.1. Hậu quả nghiêm trọng của đại dịch Covid-19

Đại dịch Covid-19 đã gây ra những ảnh hưởng tiêu cực đến mọi mặt của đời sống xã hội; tuy nhiên, tác giả chỉ đề cập đến những hậu quả có mối liên hệ trực tiếp với vấn đề hạn chế quyền hiến định như: an toàn tính mạng, sức khỏe; kinh tế; việc làm của người lao động; giáo dục; các hoạt động văn hoá, tín ngưỡng.

Thứ nhất, về an toàn tính mạng, sức khỏe con người. Đây là hậu quả dễ nhận thấy nhất của đại dịch Covid-19. Theo báo cáo của WHO, tính đến ngày 22/7/2021 toàn thế giới có 191.773.590 người nhiễm Covid-19, trong đó có 4.127.963 người tử vong¹¹. Tại Việt Nam, số ca nhiễm tính đến ngày 22/7/2021 là 71.144 ca nhiễm và đã có 370 ca tử vong¹². Qua số liệu nêu trên có thể thấy đại dịch Covid-19 đã gây ra những thiệt hại nặng nề về nhân mạng và sức khỏe con người.

Thứ hai, về kinh tế. Đại dịch Covid-19 không những gây ra thiệt hại về tính mạng, sức khỏe con người mà còn ảnh hưởng nghiêm trọng đến nền kinh tế thế giới nói chung và Việt Nam nói riêng. Trong thời kì đại dịch, nền kinh tế thế giới đã làm vào khủng hoảng trầm trọng, đây là cuộc khủng hoảng lớn nhất mà thế giới phải đối mặt sau chiến tranh thế giới thứ hai và cuộc Đại suy thoái năm 1930¹³. Ngân hàng thế giới dự báo tỉ lệ tăng trưởng kinh tế của thế giới đều giảm, tỉ lệ doanh nghiệp phá sản tăng ảnh hưởng đến kinh tế toàn cầu và việc làm của người lao động¹⁴. Việt Nam kiểm soát dịch bệnh khá tốt nhưng nền kinh tế vẫn chịu ảnh hưởng nặng nề. Trong năm 2020, Việt Nam có mức tăng trưởng 2.9% tuy nhiên đây là mức tăng trưởng thấp nhất trong giai đoạn 2011-2020¹⁵.

¹¹ WHO Coronavirus (COVID-19) Dashboard, <https://covid19.who.int/>, truy cập ngày 22/7/2021

¹² WHO Coronavirus (COVID-19) Dashboard - VN, <https://covid19.who.int/region/wpro/country/vn>, truy cập ngày 22/7/2021

¹³ The Washinton Post (2020), *IMF says global economic collapse cause by Coronavirus will be ever worse than feared*, <https://www.washingtonpost.com/business/2020/06/24/imf-global-economy-coronavirus/>, truy cập ngày 22/7/2021

¹⁴ Politico (2020), *The Coronavirus economy: How bad will get it?*, <https://www.politico.eu/article/coronavirus-economy-recession-unemployment-disaster/>, truy cập ngày 22/7/2021

¹⁵ The World Bank (2020), *Tổng quan về Việt nam*, <https://www.worldbank.org/vi/country/vietnam/overview>, truy cập ngày 22/7/2021

Thứ ba, về việc làm của người lao động. Sự sụt giảm về kinh tế dẫn đến người lao động mất việc làm hoặc bị tạm dừng công việc, điều này diễn ra trên toàn thế giới nói chung và Việt Nam nói riêng. Trên thế giới, theo báo cáo của ILO số giờ lao động toàn cầu trong năm 2020 sụt giảm 8.8% so với quý 4 năm 2019, có 114 triệu lao động mất việc trong năm 2020 trong đó 73% (khoảng 81 triệu) trở thành người thất nghiệp¹⁶. Tại Việt Nam số người trong độ tuổi lao động thất nghiệp quý I năm 2021 là 1,1 triệu người, sự lây lan dịch bệnh đã làm 19.9% lao động trong các cơ sở sản xuất kinh doanh, 19% lao động trong các doanh nghiệp/hợp tác xã bị giảm thu nhập hoặc giảm giờ làm¹⁷.

Thứ tư, về giáo dục, các hoạt động văn hoá, tín ngưỡng. Có thể thấy đại dịch Covid-19 trên thế giới và tại Việt nam đã làm gián đoạn, đình trệ các hoạt động giáo dục, văn hoá, tín ngưỡng. Khi đại dịch bùng phát toàn bộ trường học đóng cửa, chuyển hình thức sang học trực tuyến, trong một chừng mực nào đó cũng ảnh hưởng đến chất lượng giáo dục. Các hoạt động văn hoá, tín ngưỡng đều bị đình trệ.

Từ sự khái quát nêu trên, có thể thấy những hậu quả nặng nề của đại dịch Covid-19 đến mọi mặt của đời sống xã hội trên thế giới nói chung và Việt Nam nói riêng. Để ngăn chặn, hạn chế những hậu quả này Nhà nước Việt Nam đã có những biện pháp phòng, chống dịch khác nhau.

3.2. Các biện pháp mà Nhà nước Việt Nam đã áp dụng để phòng, chống dịch liên quan đến quyền hiến định

Trước tình hình dịch bệnh Covid-19, Chính phủ đã có những biện pháp mạnh mẽ phòng, chống dịch. Chính phủ đã ban hành liên tiếp các Chỉ thị, áp dụng những biện pháp phòng chống dịch kịp thời¹⁸ và cứng rắn. Qua nghiên cứu nội dung của các văn bản này có thể chỉ ra những biện pháp phòng, chống dịch đã có ảnh hưởng trực tiếp hoặc gián tiếp đến

¹⁶ ILO (2021), *Report: COVID-19 and the world of work (7th edition)*,

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms_767028.pdf, truy cập ngày 22/7/2021

¹⁷ Tổng cục thống kê (2021), *Báo cáo đánh giá tác động của dịch Covid-19 đến tình hình lao động, việc làm quý I -2021*, <https://www.gso.gov.vn/du-lieu-va-so-lieu-thong-ke/2021/04/bao-cao-tac-dong-cua-dich-covid-19-den-tinh-hinh-lao-dong-viec-lam-quy-i-nam-2021/>, truy cập ngày 22/7/2021

¹⁸ Chỉ thị số 05/CT-TTg, ngày 28/01/2020 về việc phòng, chống dịch bệnh viêm đường hô hấp cấp do chủng mới của Virus Corona gây ra; Chỉ thị 06/CT-TTg, ngày 31/01/2020 về việc tăng cường biện pháp phòng, chống trước các diễn biến phức tạp mới của dịch bệnh viêm đường hô hấp cấp do chủng mới của Virus Corona gây ra; Chỉ thị 10/CT-TTg, ngày 25/02/2020 về đẩy mạnh phòng, chống dịch COVID-19; Chỉ thị 11/CT-TTg, ngày 04/3/2020 về nhiệm vụ giải pháp cấp bách tháo gỡ khó khăn cho sản xuất kinh doanh, bảo đảm an sinh xã hội ứng phó với dịch COVID-19; Chỉ thị 13/CT-TTg, ngày 11/3/2020 về việc tiếp tục đẩy mạnh phòng, chống dịch COVID-19; Chỉ thị 15/CT-TTg, ngày 27/3/2020 về quyết liệt thực hiện đợt cao điểm phòng, chống dịch COVID-19; Chỉ thị 16/CT-TTg, ngày 31/3/2020 về thực hiện các biện pháp cấp bách phòng, chống dịch COVID-19; Chỉ thị 05/CT-TTg, ngày 28/02/2021 về một số biện pháp cấp bách phòng, chống dịch COVID-19.

quyền hiến định của các thành viên trong xã hội. Các biện pháp phòng, chống dịch của Việt Nam đa phần là các biện pháp can thiệp không vaccine như giãn cách xã hội, hạn chế đi lại, tụ tập, truy vết.

Thứ nhất, để thực hiện giãn cách xã hội Chính phủ Việt Nam đã thực hiện các biện pháp hạn chế đi lại, xuất nhập cảnh. Chính phủ đã áp dụng biện pháp hạn chế đi lại, tạm dừng hoặc hạn chế các hoạt động vận chuyển hành khách liên tỉnh, nội tỉnh. Đồng thời, hoạt động xuất nhập cảnh cũng bị tạm dừng, hạn chế trong thời gian này. Ngoài ra, Chính phủ yêu cầu người dân không ra khỏi nhà khi không cần thiết theo nội dung Chỉ thị 16. Đồng thời, chính quyền đã mạnh tay xử lý nghiêm những trường hợp vi phạm.

Thứ hai, các hoạt động kinh doanh không thiết yếu (khu vui chơi giải trí, làm đẹp, quán bar, vũ trường, karaoke...) hoặc các cơ sở kinh doanh khác theo quyết định chỉ đạo của Chủ tịch Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương cũng bị tạm dừng hoạt động hoặc hạn chế ở các mức độ khác nhau. Mục đích của việc làm này chủ yếu tránh tụ tập đông người làm lây lan bệnh dịch.

Thứ ba, dừng các hoạt động hội họp, sự kiện văn hoá, hoạt động tín ngưỡng tập trung đông người. Cũng nhằm mục đích hạn chế tiếp xúc, Chính phủ Việt Nam đã có các quy định hạn chế hội họp, tập trung đông người. Việc hạn chế này có các mức độ khác nhau thể hiện qua nội dung của các Chỉ thị của Chính phủ, tại Chỉ thị 15 cơ quan có thẩm quyền đã yêu cầu dừng các hoạt động tập trung trên 20 người tại các địa điểm công cộng nhưng đứng trước tình hình dịch bệnh phức tạp Chỉ thị 19 và đặc biệt là Chỉ thị 16 của Chính phủ đã yêu cầu dừng triệt để các hoạt động lễ hội, nghi lễ tôn giáo, thể thao, sự kiện tập trung đông người. Cùng với việc hạn chế tập trung đông người, các cơ sở giáo dục cũng tạm dừng học tập trực tiếp chuyển sang hình thức học trực tuyến.

Thứ tư, Hoạt động truy vết người nhiễm bệnh, nghi nhiễm. Đây là biện pháp hữu hiệu nhất trong việc xác định các F, để thực hiện việc làm này Chính phủ đã yêu cầu người dân khai báo y tế, trong giai đoạn đầu phòng chống dịch các cơ quan y tế còn công bố lịch trình và kêu gọi người có lịch sử tiếp xúc với bệnh nhân khai báo. Tuy nhiên, việc làm này lại làm danh tính của người bệnh bị công khai gây ảnh hưởng nhất định đến quyền riêng tư của họ.

3.3. Thực tiễn giới hạn quyền hiến định trong bối cảnh đại dịch Covid-19 tại Việt Nam

Nghiên cứu các Chỉ thị của Chính phủ ban hành trong giai đoạn này có thể thấy quyền hiến định đã bị hạn chế ở các mức độ khác nhau như sau:

Thứ nhất, giới hạn quyền tự do đi lại và cư trú ở trong nước, quyền ra nước ngoài và từ nước ngoài về nước. Ngay từ khi dịch bệnh bùng phát trên thế giới và Việt Nam phát

TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT, ĐẠI HỌC HUẾ

hiện ra ca nhiễm đầu tiên¹⁹, Chính phủ đã áp dụng các biện pháp hạn chế đi lại tại các vùng dịch và xuất, nhập cảnh từ nước ngoài vào Việt Nam. Tại Chỉ thị 05/CT-TTg, ngày 28/01/2020 Chính phủ đã tạm dừng các chuyến bay từ Việt Nam đến vùng dịch của Trung Quốc và tất cả các chuyến bay từ vùng dịch đến Việt Nam. Sau đó, tại các Chỉ thị 06/CT-TTg ngày 31/01/2020; Chỉ thị 10/CT-TTg ngày 25/02/2020; Chỉ thị 13/CT-TTg ngày 11/3/2020; đặc biệt là Chỉ thị 15/CT-TTg ngày 27/3/2020 và Chỉ thị 16/CT-TTg ngày 31/3/2020 Việt Nam đã dừng toàn bộ các chuyến bay từ Việt Nam đến các nước và từ các nước đến Việt Nam (trừ các chuyến bay giải cứu công dân Việt Nam mắc kẹt ở nước ngoài), tạm dừng cấp thị thực nhập cảnh vào Việt Nam, đóng cửa toàn bộ các cửa khẩu biên giới, kiểm soát các lối mòn trên đường biên giới với các quốc gia lân cận. Đồng thời, trong nước tạm dừng các phương tiện đi lại giữa vùng dịch các vùng lân cận, hạn chế các phương tiện cá nhân, tạm dừng các phương tiện công cộng, đặc biệt trong đợt cao điểm giãn cách 15 ngày xã hội từ 00 giờ ngày 01/4/2020 theo Chỉ thị 16/CT-TTg ngày 31/3/2020 trên phạm vi toàn quốc, tất cả cá nhân được khuyến cáo hạn chế đi lại chỉ trừ một số trường hợp đặc biệt được phép đi lại như: mua nhu yếu phẩm, dược phẩm và các dịch vụ thiết yếu khác; Các trường hợp khẩn cấp; Làm việc tại các cơ quan, đơn vị Nhà nước, lực lượng vũ trang, cơ quan ngoại giao và tại các cơ sở, dịch vụ thiết yếu khác. Đồng thời, các cơ quan chức năng đã tăng cường xử phạt các trường hợp vi phạm các quy định về hạn chế đi lại²⁰. Có thể thấy các Chỉ thị của Chính phủ đã hạn chế quyền tự do đi lại được hiến định của các cá nhân trong xã hội nhằm phục vụ công tác phòng, chống dịch.

Thứ hai, giới hạn quyền tự do tín ngưỡng; quyền được hưởng thụ và tiếp cận các giá trị văn hoá, tham gia vào đời sống văn hoá, sử dụng các cơ sở văn hoá. Quyền tự do tín ngưỡng được hiểu là các cá nhân được tự do theo hoặc không theo một tôn giáo bất kì, tự do của cá nhân trong việc công khai hoặc bí mật thực hành, thờ phụng, rao giảng, hay tu tập một tôn giáo hay tín ngưỡng bất kì²¹. Tuy nhiên, thực tế cho thấy việc tụ tập đông người thực hành các nghi lễ tín ngưỡng, tôn giáo tại các cơ sở thờ tự, tôn giáo lại dẫn đến nguy cơ rất cao trong việc lây lan bệnh dịch Covid-19²², các cơ quan y tế đã có những

¹⁹ Coleman Justine, *VietNam reports first coronavirus cases*, <https://thehill.com/policy/healthcare/public-global-health/479542-vietnam-reports-first-coronavirus-cases>, truy cập ngày 26/02/2021.

²⁰ Báo Nhân dân (2020), *Xử phạt hành chính nhiều người vi phạm quy định phòng chống dịch*, <https://nhandan.com.vn/tin-tuc-xa-hoi/xu-phat-hanh-chinh-nhieu-nguoi-vi-pham-quy-dinh-phong-chong-dich-636024/>, truy cập ngày 26/02/2021.

²¹ Davis, Derek H, *The Evolution of Religious Liberty as a Universal Human Right*, http://usinfo.state.gov/dd/eng_democracy_dialogues/religion/religion_essay.html, truy cập ngày 26/02/2021

²² Ví dụ: Ca lây nhiễm số 31 (BN31) tại thành phố Daegu, Hàn Quốc thuộc giáp phái Tân Thiên Địa đã lây nhiễm làm cho số ca nhiễm tại Hàn Quốc tăng gấp đôi chỉ sau một đêm, ‘Patient 31’ and South Korea’s

khuyến cáo cho việc hạn chế thực hành các nghi lễ tôn giáo, tín ngưỡng đông người, cũng như các biện pháp bảo đảm an toàn trong bối cảnh Covid-19²³. Chính vì vậy Chính phủ đã yêu cầu "dừng triệt để các nghi lễ tôn giáo, hoạt động có tập trung từ 20 người trở lên tại các cơ sở tôn giáo, tín ngưỡng, thờ tự; dừng tất cả các hoạt động văn hóa, thể thao, giải trí tại các địa điểm công cộng; Dừng các hoạt động hội họp, các sự kiện tập trung trên 20 người trong 1 phòng; không tụ tập từ 10 người trở lên ngoài phạm vi công sở, trường học, bệnh viện; yêu cầu thực hiện khoảng cách tối thiểu 2m giữa người với người tại các địa điểm công cộng"²⁴, điều này đã hạn quyền tự do tín ngưỡng cũng như quyền được hưởng thụ và tiếp cận các giá trị văn hoá, tham gia vào đời sống văn hoá, sử dụng các cơ sở văn hoá của các cá nhân trong xã hội.

Thứ ba, giới hạn quyền tự do kinh doanh, quyền lao động trong một số lĩnh vực nhất định. Trong bối cảnh đại dịch Covid-19 Chính phủ đã tạm dừng việc kinh doanh của một số lĩnh vực nhất định, ví dụ: tạm dừng các chuyến bay quốc tế của các hãng hàng không, hạn chế hoạt động vận tải hành khách trong nước, tạm dừng các hoạt động kinh doanh không thiết yếu như dịch vụ ăn uống, nhà hàng, khách sạn, karaoke, phòng tập gym...²⁵. Như vậy, quyền tự do kinh doanh của người dân đã bị hạn chế trên một số lĩnh vực nhất định. Việc hạn chế quyền tự do kinh doanh dẫn đến hạn chế quyền lao động của người lao động trong nhóm ngành, nghề bị hạn chế kinh doanh²⁶.

Thứ tư, giới hạn quyền học tập của học sinh, sinh viên. Đại dịch Covid-19 đã có những ảnh hưởng rất lớn đến việc thực hiện quyền học tập của học sinh, sinh viên. Theo chỉ dẫn của cơ quan chuyên môn, môi trường học tập là môi trường dễ lây nhiễm, bởi hoạt động tụ tập đông người mang tính chất nguy cơ cao. Bệnh dịch không có sự phân biệt biên giới, dân tộc, giới tính. Đồng thời, công tác bảo vệ trẻ em và các cơ sở giáo dục là đặc biệt quan trọng. Cần có những biện pháp phòng ngừa sự lây lan bệnh dịch Covid-19 trong các

sudden spike in coronavirus cases, <https://www.aljazeera.com/news/2020/3/3/patient-31-and-south-koreas-sudden-spike-in-coronavirus-cases>, truy cập ngày 26/02/2021.

²³ CDC (VietNam), *Considerations for Communicaties of Faith*,

<https://vietnamese.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/community/faith-based.html>, truy cập ngày 26/02/2021.

²⁴ Thủ tướng Chính phủ, Chỉ thị 15/CT-TTg, ngày 27/3/2020 về quyết liệt thực hiện đợt cao điểm phòng chống dịch COVID-19.

²⁵ Thủ tướng Chính phủ, Chỉ thị 16/CT-TTg, ngày 31/3/2020 về các biện pháp cấp bách phòng, chống dịch COVID-19.

²⁶ Theo Công văn số 2601/VPCP-KGVX ngày 03/4/2020 về việc thực hiện chỉ thị số 16/CT-TTg về phòng, chống dịch COVID-19 thì chỉ có người lao động tại ác cơ quan, đơn vị nhà nước, lực lượng vũ trang, cơ quan ngoại giao và các dịch vụ kinh doanh thiết yếu được làm việc tại cơ quan, đơn vị.

cơ sở giáo dục²⁷. Để đảm bảo sức khỏe cho học sinh, sinh viên và cộng đồng, Chính phủ Việt Nam đã phải điều chỉnh lịch học, tạm ngưng việc học trực tiếp trên lớp của học sinh, sinh viên tại từng địa phương²⁸. Nhưng ở các vùng sâu, vùng khó khăn việc học trực tuyến không thể tiến hành do các em không có điều kiện tiếp cận truyền hình hay internet, do đó, quyền học tập đã bị hạn chế²⁹.

Thứ năm, giới hạn quyền riêng tư của bệnh nhân và người nghi nhiễm Covid-19. Trong quá trình thực hiện các biện pháp phòng, chống dịch, quyền riêng tư của các cá nhân bị ảnh hưởng không nhỏ. Bởi vì “bệnh truyền nhiễm thường thể hiện sự phân biệt đối xử, không liên quan đến giai cấp, nhóm hoặc bệnh nhân cụ thể, sự thật, bệnh nhân mắc bệnh truyền nhiễm luôn bị phân biệt đối xử, cũng như kì thị bệnh nhân mắc bệnh truyền nhiễm là một yếu tố mang tính lịch sử”³⁰. Do đó, việc công bố danh tính bệnh nhân hoặc người nghi nhiễm (dưới dạng tên viết tắt hoặc kí hiệu), lịch trình hoạt động, nơi làm việc, nơi ở...³¹ vô hình chung đã làm ảnh hưởng đến quyền riêng tư của người bệnh, biến họ thành đối tượng bị “săn lùng” trên các phương tiện thông tin, mạng xã hội gây ảnh hưởng trực tiếp đến quyền riêng tư của họ, điều này đặt ra những vấn đề cần phải cân nhắc về giới hạn quyền riêng tư trong bối cảnh dịch bệnh Covid-19 nhằm đảm bảo sự cân bằng giữa lợi ích cộng đồng và quyền của mỗi cá nhân.

3.4. Cơ sở pháp lý - thực tiễn của các biện pháp giới hạn quyền hiến định

Các biện pháp phòng chống dịch của Việt Nam đã mang lại hiệu quả to lớn tuy nhiên nó cũng hạn chế quyền hiến định ở các mức độ khác nhau. Cơ sở của việc áp dụng các biện pháp này có thể được lý giải dưới góc độ pháp lý và thực tiễn như sau:

Thứ nhất, về cơ sở pháp lý. Như đã phân tích, trong quy định của pháp luật quốc tế đã có những nội dung về hạn chế quyền. Khoản 2 Điều 29 Tuyên ngôn phổ quát về quyền con người năm 1948 đề cập vấn đề này. Quy định trên đã trở thành “mệnh đề chung về

²⁷ Unicef (2020), *Thông điệp chính và hành động ứng phó nhằm ngăn ngừa và kiểm soát dịch bệnh COVID-19 trong trường học*, <https://www.unicef.org/vietnam/vi/thong-cao-bao-ch%C3%AD/covid-19-ifrc-unicef-và-who-ban-hành-hướng-dẫn-về-bảo-vệ-toàn-cho-trẻ-em-và>, truy cập ngày 04/3/2021.

²⁸ VNexpress (2021), *19 tỉnh, thành điều chỉnh lịch đến trường*, <https://vnexpress.net/19-tinh-thanh-dieu-chinh-lich-den-truong-4237610.html>, truy cập ngày 04/3/2021.

²⁹ Giáo dục Việt Nam (2020), *không thể học trực tuyến, học sinh vùng khó chờ giải pháp của ngành giáo dục*, <https://giaoduc.net.vn/giao-duc-24h/khong-the-hoc-truc-tuyen-hoc-sinh-vung-kho-cho-giai-phap-cua-nganh-giao-duc-post208025.gd>, truy cập ngày 04/3/2021.

³⁰ Woosung Hwang (2020), *COVID-19 in South Korea: Privacy and Discrimination Concerns*, <https://blog.petrieflom.law.harvard.edu/2020/06/09/south-korea-global-responses-covid19/>, truy cập ngày 04/3/2021.

³¹ Báo Người lao động (2020), *Tạm đóng cửa Viện Hàn lâm Khoa học xã hội để khử khuẩn sau ca nhiễm COVID-19 thứ 21*, <https://nld.com.vn/giao-duc-khoa-hoc/tam-dong-cua-vien-han-lam-khoa-hoc-xa-hoi-de-khu-khuan-sau-ca-covid-19-thu-21-20200310235026449.htm>, truy cập ngày 04/3/2021.

giới hạn quyền” trên toàn thế giới³². Kế thừa quy định của Tuyên ngôn phổ quát về quyền con người năm 1948, khoản 1 Điều 4 Công ước Quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966 quy định “Trong thời gian có tình trạng khẩn cấp xảy ra đe dọa sự sống còn của quốc gia và đã được chính thức công bố, các quốc gia thành viên có thể áp dụng những biện pháp hạn chế các quyền nêu ra trong Công ước này, trong chừng mực do nhu cầu khẩn cấp của tình hình, với điều kiện những biện pháp này không trái với những nghĩa vụ khác của quốc gia đó xuất phát từ luật pháp quốc tế và không chứa đựng bất kỳ sự phân biệt đối xử nào về chủng tộc, màu da, giới tính, ngôn ngữ, tôn giáo hoặc nguồn gốc xã hội”³³. Ngoài ra, năm 1984 Ủy ban nhân quyền của Liên hợp quốc đã ban hành Bộ quy tắc Siracusa về các điều khoản giới hạn và phủ định trong Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị³⁴. Theo quy định tại Điều 4 của Bộ quy tắc các quốc gia có thể áp dụng việc giới hạn quyền theo quy định của pháp luật khi xuất hiện các tình huống đe dọa sự tồn tại sống còn của quốc gia, hoặc sự tồn tại của thể chế, sức khỏe cộng đồng, trật tự công cộng, an ninh quốc gia, đạo đức công cộng... Như vậy, dưới góc độ pháp luật quốc tế, những tiêu chuẩn chung về quyền con người, các quốc gia có thể áp dụng các biện pháp hạn chế quyền trong những tình huống nhất định nhằm đảm bảo sự an toàn, phát triển ổn định của xã hội, thúc đẩy lợi ích chung của cộng đồng. Trong bối cảnh Việt Nam hiện nay, đại dịch Covid-19 đang đe dọa sức khỏe cộng đồng một cách trực tiếp, gián tiếp ảnh hưởng đến trật tự công cộng, sự ổn định của thể chế dân chủ thì việc áp dụng các biện pháp giới hạn quyền hiến định của cá nhân là phù hợp với pháp luật quốc tế, tiêu chuẩn chung về quyền con người và bản chất của giới hạn quyền.

Về quy định của pháp luật Việt Nam. Xem xét quy định của pháp luật Việt Nam có thể thấy giới hạn quyền được quy định như một nguyên tắc trong Hiến pháp năm 2013. Khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013 quy định: “Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe cộng đồng”. Đây là quy định mới của Hiến pháp năm 2013 thể hiện sự tiến bộ lớn về tư duy lập pháp, cũng như thái độ tôn trọng quyền con người, quyền công dân của Nhà nước Việt Nam. Từ quy định nêu trên có thể rút ra các vấn đề sau: (1) Nguyên tắc ghi nhận sự tồn tại của sự xung đột lợi

³² Aharon Barak (2012), *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations* (Doron Kalirtr, Cambridge University Press 2012) p. 142-143

³³ International Covenant on Civil and Political Rights,

<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>, truy cập ngày 22/7/2021.

³⁴ Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, <https://www.icj.org/siracusa-principles-on-the-limitation-and-derogation-provisions-in-the-international-covenant-on-civil-and-political-rights/>, truy cập ngày 22/7/2021.

ích trong đời sống xã hội (cá nhân - cộng đồng; cá nhân - cá nhân), để giải quyết xung đột việc giới hạn quyền là cần thiết; (2) Quyền của một cá nhân sẽ bị giới hạn trong những trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khoẻ cộng đồng; (3) Việc giới hạn quyền do luật định. Từ phân tích nêu trên cho thấy việc áp dụng các biện pháp giới hạn quyền hiến định trong giai đoạn hiện nay là nhằm đảm bảo sức khoẻ cộng đồng, hướng tới sự phát triển ổn định của xã hội.

Thứ hai, về cơ sở thực tiễn. Như đã phân tích, đại dịch Covid-19 gây ra những hậu quả trầm trọng về tính mạng, sức khoẻ, kinh tế, lao động....; thậm chí có thể coi đây là một cuộc khủng hoảng mang tính toàn cầu. Do vậy, việc ngăn chặn, hạn chế hậu quả của nó vừa là một yêu cầu cấp bách, vừa là nhiệm vụ nặng nề đối với mọi quốc gia. Thực tiễn đó cho thấy việc áp dụng các biện pháp giới hạn quyền hiến định nhằm phòng, chống dịch là việc làm xuất phát từ thực tiễn xã hội. Xét trên mọi phương diện các biện pháp này cũng nhằm tới việc đảm bảo tính mạng, sức khoẻ cho người dân, sự ổn định của xã hội. Thêm vào đó, Việt Nam không phải là hiện tượng cá biệt trong việc áp dụng các biện pháp giới hạn quyền hiến định trong phòng, chống đại dịch Covid-19. Đây là kịch bản chung của các nước trên thế giới, các quốc gia bị ảnh hưởng của đại dịch đều áp dụng các biện pháp giãn cách xã hội, truy vết bởi vì đây là những biện pháp hữu hiệu nhất phòng, chống sự lây lan.

Từ sự phân tích quy định của pháp luật quốc tế, Hiến pháp năm 2013 và thực tiễn xã hội trong bối cảnh đại dịch Covid-19. Đồng thời, xuất phát từ tính chất, hậu quả trầm trọng của đại dịch Covid-19 thì việc hạn chế quyền hiến định vì lý do bảo vệ lợi ích công cộng là hoàn toàn hợp lý, hợp pháp. Thêm vào đó, xét từ phương diện chức năng quản lý, bảo đảm trật tự xã hội, việc Nhà nước Việt Nam hạn chế một số quyền hiến định cũng hướng tới việc đảm bảo sự phát triển ổn định, bền vững của xã hội, bảo vệ tính mạng, sức khoẻ của các cá nhân trong xã hội.

4. Một số kiến nghị hoàn thiện quy định giới hạn quyền hiến định

Việc giới hạn quyền vì nguyên nhân nào đi nữa cũng cần có những lý giải hợp lý, đồng thời, phải có cơ sở pháp lý vững chắc cho các Quyết định và hành vi của nhà cầm quyền. Trong bối cảnh Covid-19 tại Việt Nam, những quyền hiến định đã bị giới hạn ở các mức độ khác nhau, mặc dù các biện pháp này đã góp phần rất lớn vào thành công của Việt Nam trong phòng, chống dịch nhưng cũng đã có nhiều ý kiến khác nhau và cần có sự nghiên cứu hoàn thiện cơ sở pháp lý, thực tiễn áp dụng.

Thứ nhất, hoàn thiện nguyên tắc hiến định về giới hạn quyền. Việc thực thi các biện pháp giới hạn quyền nhằm đảm bảo cho việc khôi phục quyền của các cá nhân, đảm bảo tình trạng bình thường của xã hội. Tuy nhiên, ở góc độ nguyên tắc hiến định về giới hạn

quyền vẫn có những vấn đề cần phải nghiên cứu hoàn thiện, Hiến pháp năm 2013 cho phép giới hạn quyền hiến định vì những lý do khác nhau. Nhưng, việc sử dụng công thức “theo quy định của luật” thay vì “theo quy định của pháp luật”, vô hình chung đã đặt một tiêu chuẩn quá cao đối với việc giới hạn quyền, làm giảm đi tính linh hoạt trong việc áp dụng nguyên tắc này (trong những tình huống khẩn cấp, cần sự đối phó nhanh chóng, kịp thời), việc quy định quá “hẹp” phạm vi của nguyên tắc dẫn đến tính bất khả thi trong thực tế, không một quốc gia nào chỉ dùng các đạo luật của cơ quan lập pháp để giới hạn quyền, nhất là tại Việt Nam khi việc thi hành các đạo luật còn quá phụ thuộc vào các văn bản hướng dẫn thi hành³⁵. Ngoài ra, công thức “theo quy định của pháp luật” hoàn toàn tương thích với cách diễn đạt của Tuyên ngôn nhân quyền năm 1948³⁶, các Công ước về quyền con người và Hiến pháp của nhiều nước trên thế giới. Do đó, nên chỉnh sửa nguyên tắc giới hạn quyền theo hướng sử dụng công thức “theo quy định của pháp luật”.

Thứ hai, cần sớm xây dựng các “Quy tắc Hiến pháp khẩn cấp” nhằm ngăn chặn việc các quyền hiến định bị giới hạn một cách tùy tiện. Về mặt hình thức pháp lý có thể thấy các Chỉ thị của Chính phủ phục vụ việc phòng, chống Covid-19 tương đối giống việc quy định về tình trạng khẩn cấp (mặc dù về hình thức không tuyên bố tình trạng khẩn cấp). Đó là đặt ra những quy phạm giới hạn những quyền hiến định trong một thời gian nhất định (hay tạm đình chỉ thực hiện quyền - *derogation from rights*) như: cấm đi lại trong một khu vực nhất định hoặc trên phạm vi toàn quốc, tạm dừng các hoạt động tôn giáo, vui chơi giải trí, cấm tụ tập đông người, tạm dừng một số hoạt động kinh doanh... Nhưng Hiến pháp năm 2013 không quy định về việc tạm đình chỉ nghĩa vụ bảo đảm quyền trong trường hợp khẩn cấp do đó dẫn đến chưa tạo được ngoại lệ cho trường hợp này³⁷. Đặc biệt ở những quốc gia như Việt Nam vai trò giải thích Hiến pháp của Tòa án rất hạn chế, việc không quy định trong đạo luật cơ bản về trường hợp ngoại lệ của giới hạn quyền tạo ra khoảng trống về mặt pháp lý, rất dễ dẫn đến việc các quyền hiến định bị giới hạn một cách tùy tiện. Thành công của việc phòng, chống đại dịch Covid-19 của Việt Nam là không thể phủ nhận, nhưng dưới góc độ lập pháp vẫn cần có sự nghiên cứu hoàn thiện về vấn đề giới hạn quyền cũng như thực tiễn áp dụng tại Việt Nam bởi lẽ trong một xã hội dân chủ ở bất kỳ hoàn cảnh nào, quyền lực của Nhà nước luôn bị giới hạn trong trật tự Hiến pháp. Việc xây dựng các “Quy tắc Hiến pháp khẩn cấp” là cách tốt nhất để giảm thiểu rủi ro làm lung lay

³⁵ Bùi Tiến Đạt (2015), *Hiến pháp hoá nguyên tắc giới hạn quyền con người: Cần nhưng chưa đủ*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 6/2015, tr.3.

³⁶ Tuyên ngôn nhân quyền năm 1948 sử dụng các cách diễn đạt “determined by law”, “in accordance with the law” hay “prescribed by law” như một công thức để chỉ quyền có thể bị giới hạn theo quy định của pháp luật.

³⁷ Trương Hồng Quang (2018), *Nhu cầu về giải thích quy định về hạn chế quyền con người, quyền công dân trong Hiến pháp năm 2013*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 03/2018, tr 03-13

nền móng dân chủ và phá hoại các quyền tự do dân sự cơ bản trong xã hội khi xuất hiện tình trạng khẩn cấp³⁸. Xây dựng các “Quy tắc Hiến pháp khẩn cấp” ngoài việc xoá bỏ khoảng trống pháp lý về giới hạn quyền hiến định, còn đảm bảo Nhà nước luôn hoạt động trong khuôn khổ pháp luật, đảm bảo nguyên tắc pháp quyền trong một xã hội dân chủ. Từ đó, các quyền hiến định sẽ được đảm bảo vì suy cho cùng việc hạn chế quyền cũng nhằm tới đảm bảo cho việc thực thi chúng tốt hơn trong tương lai.

Thứ ba, Cần sớm xây dựng công cụ đánh giá tính hợp lý của việc giới hạn quyền và quy trình kiểm soát quyền lực trong những tình huống đặc biệt của xã hội. Giới hạn quyền là việc làm hết sức nhạy cảm, bởi bản thân nó sẽ tác động đến tính dân chủ của thể chế. Do đó, có những tiêu chuẩn nhất định cho việc giới hạn quyền, theo luật pháp quốc tế việc giới hạn quyền sẽ được coi là hợp lý khi thoả mãn những điều kiện sau: (1) nhằm ngăn ngừa sự tùy tiện trong việc áp đặt các giới hạn nên sự giới hạn phải được quy định trong pháp luật; (2) giới hạn đặt ra không được trái với bản chất của các quyền bị giới hạn; (3) chỉ đặt ra hạn chế nếu điều đó là cần thiết trong một xã hội dân chủ và nhằm mục đích thúc đẩy phúc lợi chung của cộng đồng (Các lợi ích chung có thể là: An ninh quốc gia, trật tự công cộng, sức khoẻ cộng đồng, đạo đức cộng đồng, quyền và tự do của người khác)³⁹. Đồng thời, các quốc gia trên thế giới có cơ chế giám sát rất chặt chẽ về việc giới hạn quyền, trong các nền dân chủ phương tây cơ quan lập pháp kiểm soát chặt chẽ quyền quyền lực khẩn cấp và việc áp dụng tình trạng này chỉ mang tính chất tạm thời⁴⁰. Tuy nhiên, hiện nay ở Việt Nam khi mà cơ chế tài phán Hiến pháp còn khá mờ nhạt, chưa xây dựng được những quy trình về kiểm soát quyền lực trong những tình huống đặc biệt của xã hội cũng như thiếu công cụ đánh giá tính hợp lý của việc giới hạn quyền thì đây vẫn là những vấn đề cần phải tiếp tục nghiên cứu và hoàn thiện trong tương lai.

Giới hạn quyền nói chung và giới hạn quyền hiến định nói riêng là vấn đề pháp lý mang tính chất lịch sử và phổ biến. Trong những hoàn cảnh đặc biệt của xã hội việc giới hạn quyền hiến định là cần thiết, vì suy cho cùng giới hạn quyền là để bảo vệ quyền tốt hơn. Tuy nhiên, dù vì lý do gì việc giới hạn quyền cũng cần có những nghiên cứu và cơ sở pháp lý vững chắc nhất là trong bối cảnh Covid-19 tại Việt Nam hiện nay./.

³⁸ Ankerman Bruce (2004), *The Emergency Constitution*, Yale Law Journal Vol.113 Vol.113:1029, pp.1029-1091. Gross Oren (2003), *Chaos and Rule: Should Responses to Violent Crises Always be Constitutional?*, Yale Law Journal, No. 112, p. 1011-1134

³⁹ Lê Văn Tùng - Vũ Công Giao (2014), *ABC về các quyền dân sự chính trị cơ bản* (tài liệu nội bộ), tr.29-30

⁴⁰ Nguyễn Đăng Dung (2020), *Tình trạng khẩn cấp trong hiến pháp và công ước*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 18 (418),

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Quốc hội nước CHXHCN Việt Nam (2013), Hiến pháp năm 2013, ngày 28/11/2013;
2. Thủ tướng Chính phủ (2020), *Chỉ thị 15/CT-TTg, ngày 27/3/2020 về quyết liệt thực hiện đợt cao điểm phòng chống dịch Covid-19*;
3. Thủ tướng Chính phủ (2020), *Chỉ thị 16/CT-TTg, ngày 31/3/2020 về các biện pháp cấp bách phòng, chống dịch Covid-19*;
4. Văn phòng Chính phủ (2020), *Công văn số 2601/VPCP-KGVX ngày 03/4/2020 về việc thực hiện chỉ thị số 16/CT-TTg về phòng, chống dịch Covid-19*;
5. Ankerman Bruce (2004), *The Emergency Constitution*, Yale Law Journal Vol.113 Vol.113:1029;
6. Aharon Barak (2012), *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations* (Doron Kalirtr, Cambridge University Press 2012);
7. Audrey Lebert (2020), *Covid-19 pandemic and derogation to human rights*, Journal of Law and the Biosciences, Volume 7, Issue 1;
8. Bùi Tiến Đạt (2015), *Hiến pháp hoá nguyên tắc giới hạn quyền con người: Cần nhưng chưa đủ*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 6/2015;
9. Bùi Tiến Đạt (2017), *Nguyên tắc giới hạn quyền con người: Ý nghĩa, nhu cầu giải thích và định hướng áp dụng*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, kỳ 1 tháng 10/2017;
10. Báo Nhân dân (2020), *Xử phạt hành chính nhiều người vi phạm quy định phòng chống dịch*, <https://nhandan.com.vn/tin-tuc-xa-hoi/xu-phat-hanh-chinh-nhieu-nguoi-vi-pham-quy-dinh-phong-chong-dich-636024/>;
11. Báo Người lao động (2020), *Tạm đóng cửa Viện Hàn lâm Khoa học xã hội để khử khuẩn sau ca nhiễm COVID-19 thứ 21*, <https://nld.com.vn/giao-duc-khoa-hoc/tam-dong-cua-vien-han-lam-khoa-hoc-xa-hoi-de-khu-khuan-sau-ca-covid-19-thu-21-20200310235026449.htm>;
12. Coleman Justine, *VietNam reports first coronavirus cases*, <https://thehill.com/policy/healthcare/public-global-health/479542-vietnam-reports-first-coronavirus-cases>;
13. CDC (VietNam), *Considerations for Communicaties of Faith*, <https://vietnamese.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/community/faith-based.html>;

14. Davis, Derek H, *The Evolution of Religious Liberty as a Universal Human Right*, http://usinfo.state.gov/dd/eng_democracy_dialogues/religion/religion_essay.html;
15. Department of Foreign Affairs and Trade (1993), *Human Rights Manual*, Australian Government Publishing Service, Canberra;
16. Đại học Luật Hà Nội (2018), *Giáo trình Luật Hiến pháp Việt Nam*, Nxb Tư pháp, Hà Nội;
17. Giáo dục Việt Nam (2020), *Không thể học trực tuyến, học sinh vùng khó chờ giải pháp của ngành giáo dục*, <https://giaoduc.net.vn/giao-duc-24h/khong-the-hoc-truc-tuyen-hoc-sinh-vung-kho-cho-giai-phap-cua-nganh-giao-duc-post208025.gd>
18. Gross Oren (2003), *Chaos and Rule: Should Responses to Violent Crises Always be Constitutional?*, Yale Law Journal, No. 112;
19. International Covenant on Civil and Political Rights, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>;
20. ILO (2021), *Report: COVID-19 and the world of work (7th edition)*, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms_767028.pdf;
21. Lã Văn Tùng, Vũ Công Giao (2014), *ABC về các quyền dân sự chính trị cơ bản* (tài liệu nội bộ);
22. Nguyễn Đăng Dung (2020), Tình trạng khẩn cấp trong hiến pháp và công ước, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 18 (418);
23. Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Julian Rivers dịch (Oxford: Clarendon Press, 2002);
24. ‘Patient 31’ and South Korea’s sudden spike in coronavirus cases, <https://www.aljazeera.com/news/2020/3/3/patient-31-and-south-koreas-sudden-spike-in-coronavirus-cases>;
25. Pierre Bon (1975), *La police municipale, Thèse dactylographiée*, Bordeaux I;
26. Politico (2020), *The Coronavirus economy: How bad will get it?*, <https://www.politico.eu/article/coronavirus-economy-recession-unemployment-disaster/>,
27. Trương Hồng Quang (2018), *Nhu cầu về giải thích quy định về hạn chế quyền con người*, quyền công dân trong Hiến pháp năm 2013, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 03/2018;

28. The Washinton Post (2020), *IMF says global economic collapse cause by Coronavirus will be ever worse than feared*, <https://www.washingtonpost.com/business/2020/06/24/imf-global-economy-coronavirus/>

29. The World Bank (2020), *Tổng quan về Việt Nam*, <https://www.worldbank.org/vi/country/vietnam/overview>

30. Tổng cục thống kê (2021), *Báo cáo đánh giá tác động của dịch Covid-19 đến tình hình lao động, việc làm quý I -2021*, <https://www.gso.gov.vn/du-lieu-va-so-lieu-thong-ke/2021/04/bao-cau-tac-dong-cua-dich-covid-19-den-tinh-hinh-lao-dong-viec-lam-quy-i-nam-2021/>

31. *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, <https://www.icj.org/siracusa-principles-on-the-limitation-and-derogation-provisions-in-the-international-covenant-on-civil-and-political-rights/>

32. United Nations, UNHCHR (2006), *Frequently Asked Questions on a Human Rights - based Approach to Development Cooperation*, NewYork and Geneva;

33. Unicef (2020), *Thông điệp chính và hành động ứng phó nhằm ngăn ngừa và kiểm soát dịch bệnh COVID-19 trong trường học*, <https://www.unicef.org/vietnam/vi/thông-cáo-báo-ch%C3%AD/covid-19-ifrc-unicef-và-who-ban-hành-hướng-dẫn-về-bảo-vệ-toàn-cho-trẻ-em-và;>

34. Vũ Công Giao (2013), *Những tiến bộ và hạn chế trong chế định quyền con người, quyền công dân của Dự thảo 3 Hiến pháp 1992 sửa đổi năm 2013*, Tạp chí Khoa học Đại học Quốc gia Hà Nội (Luật học), số 3/2013;

35. VNexpress (2021), *19 tỉnh, thành điều chỉnh lịch đến trường*, <https://vnexpress.net/19-tinh-thanh-dieu-chinh-lich-den-truong-4237610.html>;

36. Woosung Hwang (2020), *COVID-19 in South Korea: Privacy and Discrimination Concerns*, <https://blog.petrieflom.law.harvard.edu/2020/06/09/south-korea-global-responses-covid19/>;

37. *WHO Coronavirus (COVID-19) Dashboard*, <https://covid19.who.int/>;
<https://covid19.who.int/region/wpro/country/vn>.

CÁC QUY ĐỊNH PHÁP LUẬT VỀ CHỨNG THỰC - MỘT SỐ HẠN CHẾ
VÀ KIẾN NGHỊ SỬA ĐỔI, BỔ SUNG

TRẦN VIỆT DŨNG*

Ngày nhận bài: 20/02/2022

Ngày phản biện: 27/02/2022

Ngày đăng bài: 30/03/2022

Tóm tắt:

Các quy định pháp luật về chứng thực bản sao từ bản chính, chứng thực chữ ký và chứng thực hợp đồng, giao dịch (sau đây gọi là các quy định pháp luật về chứng thực) là hành lang pháp lý quan trọng để các tổ chức, cơ quan nhà nước có thẩm quyền xác nhận tính chính xác, tính hợp pháp của các loại giấy tờ, văn bản hoặc chữ ký của các cá nhân; qua đó góp phần bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các cá nhân, tổ chức có liên quan trong các quan hệ dân sự, kinh tế, lao động, hành chính, ... Tuy nhiên, bên cạnh những ưu điểm, các quy định pháp luật về chứng thực vẫn còn những hạn chế nhất định cần được tiếp tục hoàn thiện. Vì vậy, bài viết này, trên cơ sở phân tích một số hạn chế của các quy định pháp luật về chứng thực, sẽ đề xuất một số kiến nghị sửa đổi, bổ sung các quy định pháp luật về chứng thực để góp phần hoàn thiện pháp luật về chứng thực, từ đó thúc đẩy sự phát triển kinh tế - xã hội.

Từ khóa:

Chứng thực bản sao từ bản chính, chứng thực chữ ký, chứng thực hợp đồng, giao dịch

Abstract:

Legal provisions on authentication of copies from originals, authentication of signatures and certification of contracts, transactions (hereinafter referred to as legal provisions on authentication) are important legal corridors for competent organizations, state agencies to certify the accuracy and legitimacy of papers, documents or signatures of individuals; thereby contributing to protecting the legitimate rights and interests of individuals and organizations involved in civil, economic, labor and administrative relation. However, besides the advantages, the legal provisions on authentication still has certain limitations that need to be further improved. Therefore, this article, on the basis of analyzing some limitations of the legal provisions on authentication, will propose a number of recommendations to amend and supplement the legal provisions on authentication to contribute to improve the law on authentication, thereby promoting socio-economic development.

Keywords:

Authentication of copies from originals, authentication of signatures, authentication of contracts, transactions.

* ThS., Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: dungtv@hul.edu.vn

• Ghi chú: Tài bài viết toàn văn tại địa chỉ: <http://tapchi.hul.edu.vn>.

1. Đặt vấn đề

Nghị định số 23/2015/NĐ-CP ngày 16 tháng 02 năm 2015 của Chính phủ về cấp bản sao từ sổ gốc, chứng thực bản sao từ bản chính, chứng thực chữ ký và chứng thực hợp đồng, giao dịch (sau đây gọi là Nghị định số 23/2015/NĐ-CP) và Thông tư số 01/2020/TT-BTP ngày 03 tháng 3 năm 2020 của Bộ Tư pháp quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Nghị định số 23/2015/NĐ-CP ngày 16 tháng 02 năm 2015 của Chính phủ về cấp bản sao từ sổ gốc, chứng thực bản sao từ bản chính, chứng thực chữ ký và chứng thực hợp đồng, giao dịch (sau đây gọi là Thông tư số 01/2020/TT-BTP) là cơ sở pháp lý quan trọng trong hoạt động chứng thực.

Tuy nhiên, trong quá trình thực hiện, các quy định pháp luật về chứng thực đã bộc lộ một số hạn chế nhất định như sau: i) Việc quy định xuất trình và nộp các giấy tờ tùy thân khi thực hiện chứng thực không còn phù hợp với Luật Căn cước công dân năm 2014; ii) Việc quy định không lưu trữ bản sao khi thực hiện chứng thực bản sao từ bản chính không phù hợp với thực tế; iii) Không có sự thống nhất trong quy định về phạm vi chứng thực chữ ký trên giấy ủy quyền; iv) Không phân biệt sự khác nhau giữa hồ sơ chứng thực chữ ký trong giấy tờ, văn bản bằng tiếng Việt và hồ sơ chứng thực chữ ký trong giấy tờ, văn bản bằng tiếng nước ngoài; v) Không phân biệt sự khác nhau trong hồ sơ chứng thực các hợp đồng, giao dịch cụ thể. Những hạn chế nêu trên đã làm ảnh hưởng tiêu cực đến quá trình thực hiện chứng thực. Chính vì vậy, việc nghiên cứu những hạn chế của các quy định pháp luật về chứng thực và từ đó đưa ra một số kiến nghị sửa đổi, bổ sung các quy định này là rất cần thiết đối với Việt Nam hiện nay.

2. Một số hạn chế của các quy định pháp luật về chứng thực

Thực trạng những hạn chế của các quy định pháp luật về chứng thực được thể hiện cụ thể như sau:

2.1. Việc quy định xuất trình và nộp các giấy tờ tùy thân khi thực hiện chứng thực không còn phù hợp với Luật Căn cước công dân năm 2014

Các khoản 1 Điều 24, khoản 2 Điều 31, khoản 2 Điều 40 Nghị định số 23/2015/NĐ-CP đều có quy định người yêu cầu chứng thực chữ ký; người không phải là cộng tác viên dịch thuật của Phòng Tư pháp mà tự dịch giấy tờ, văn bản phục vụ mục đích cá nhân và có yêu cầu chứng thực chữ ký trên bản dịch; người yêu cầu cấp bản sao có chứng thực từ bản chính hợp đồng, giao dịch đều phải xuất trình bản chính hoặc bản sao có chứng thực Giấy chứng minh nhân dân hoặc Hộ chiếu còn giá trị sử dụng.¹ Khoản 1 Điều 36 Nghị định số

¹ Xem khoản 1 Điều 24, khoản 2 Điều 31, khoản 2 Điều 40 Nghị định số 23/2015/NĐ-CP.

23/2015/NĐ-CP lại quy định người yêu cầu chứng thực nộp 01 (một) bộ hồ sơ yêu cầu chứng thực, trong đó có bản sao Giấy chứng minh nhân dân hoặc Hộ chiếu còn giá trị sử dụng của người yêu cầu chứng thực.²

Việc quy định nêu trên hoàn toàn phù hợp khi Luật Căn cước công dân năm 2014 chưa có hiệu lực pháp luật và công dân chưa có Căn cước công dân. Tuy nhiên hiện nay Luật Căn cước công dân năm 2014 đã có hiệu lực pháp luật, nhiều công dân đã có Căn cước công dân và Giấy chứng minh nhân dân của họ không còn giá trị sử dụng nữa.

Do đó, những quy định của Nghị định số 23/2015/NĐ-CP về xuất trình và nộp các giấy tờ tùy thân khi thực hiện chứng thực không còn phù hợp với Luật Căn cước công dân năm 2014, cần phải được sửa đổi, bổ sung.

2.2. Việc quy định không lưu trữ bản sao khi thực hiện chứng thực bản sao từ bản chính không phù hợp với thực tế

Trước đây Nghị định số 79/2007/NĐ-CP ngày 18 tháng 05 năm 2007 của Chính phủ về cấp bản sao từ sổ gốc, chứng thực bản sao từ bản chính, chứng thực chữ ký (sau đây gọi là Nghị định số 79/2007/NĐ-CP) có quy định việc lưu trữ bản sao khi thực hiện chứng thực bản sao từ bản chính như sau: “*Đối với việc chứng thực bản sao từ bản chính thì cơ quan chứng thực phải lưu một bản sao để làm căn cứ đối chiếu khi cần thiết. Thời hạn lưu trữ bản sao tối thiểu là 2 năm*”³.

Tuy nhiên, hiện nay đoạn 2 khoản 2 Điều 14 Nghị định số 23/2015/NĐ-CP lại quy định “*chứng thực bản sao từ bản chính thì không lưu trữ*”.⁴

Quy định nêu trên của đoạn 2 khoản 2 Điều 14 Nghị định số 23/2015/NĐ-CP không phù hợp với thực tế. Vì thực tế cho thấy rằng, có nhiều trường hợp bản sao đã được chứng thực, nhưng người yêu cầu chứng thực lại có hành vi gian dối, sửa chữa bản sao sau khi đã được chứng thực để thực hiện những hành vi gian dối khác. Việc không lưu trữ bản sao khi tiến hành chứng thực bản sao từ bản chính, đã khiến cơ quan, tổ chức thực hiện chứng thực không có cơ sở để đối chiếu khi có tranh chấp, sai sót xảy ra liên quan đến bản sao đã được chứng thực.⁵

2.3. Không có sự thống nhất trong quy định về phạm vi chứng thực chữ ký trên giấy ủy quyền

² Xem khoản 1 Điều 36 Nghị định số 23/2015/NĐ-CP.

³ Xem khoản 2 Điều 21 Nghị định số 79/2007/NĐ-CP.

⁴ Xem đoạn 2 khoản 2 Điều 14 Nghị định số 23/2015/NĐ-CP.

⁵ Lê Nguyệt (2019), *Còn nhiều khó khăn, vướng mắc trong thực hiện công tác chứng thực*, http://donghy.thainguyen.gov.vn/van-hoa-xahoi/asset_publisher/Pd5HkZs9ZQIG/content/con-nhieu-kho-khan-vuong-mac-trong-thuc-hien-cong-tac-chung-thuc/259513, truy cập ngày 29/9/2021.

Điểm d khoản 4 Điều 24 Nghị định 23/2015/NĐ-CP quy định phạm vi chứng thực chữ ký trên giấy ủy quyền như sau: “*Chứng thực chữ ký trong Giấy ủy quyền đối với trường hợp ủy quyền không có thù lao, không có nghĩa vụ bồi thường của bên được ủy quyền và không liên quan đến việc chuyển quyền sở hữu tài sản, quyền sử dụng bất động sản*”⁶.

Tuy nhiên, theo quy định tại khoản 2 Điều 14 Thông tư 01/2020/TT-BTP của Bộ Tư pháp quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Nghị định 23/2015/NĐ-CP, việc chứng thực chữ ký trên giấy ủy quyền chỉ được thực hiện trong 4 trường hợp sau đây:

“a) Ủy quyền về việc nộp hồ, nhận hồ hồ sơ, giấy tờ, trừ trường hợp pháp luật quy định không được ủy quyền;

b) Ủy quyền nhận hồ lương hưu, bưu phẩm, trợ cấp, phụ cấp;

c) Ủy quyền nhờ trông nom nhà cửa;

d) Ủy quyền của thành viên hộ gia đình để vay vốn tại Ngân hàng chính sách xã hội.”⁷

Đối chiếu những quy định nêu trên, chúng ta nhận thấy không có sự thống nhất trong quy định về phạm vi chứng thực chữ ký trên giấy ủy quyền. Những quy định tại khoản 2 Điều 14 Thông tư 01/2020/TT-BTP đã thu hẹp phạm vi chứng thực chữ ký trên giấy ủy quyền được quy định tại điểm d khoản 4 Điều 24 Nghị định 23/2015/NĐ-CP.

Ngay cả bốn trường hợp cho phép chứng thực chữ ký trên giấy ủy quyền theo quy định tại khoản 2 Điều 14 Thông tư 01/2020/TT-BTP cũng thể hiện nhiều bất cập. Thông tư 01/2020/TT-BTP cho phép chứng thực chữ ký trên giấy ủy quyền nộp hồ, nhận hồ hồ sơ nhưng lại không cho phép chứng thực chữ ký trên giấy ủy quyền rút hồ sơ; cho phép chứng thực chữ ký trên giấy ủy quyền nhờ trông nom nhà cửa nhưng lại không cho phép chứng thực chữ ký trên giấy ủy quyền trông nom tài sản không phải nhà ở; cho phép chứng thực chữ ký trên giấy ủy quyền nhận hộ trợ cấp, phụ cấp, lương hưu nhưng lại không cho phép chứng thực chữ ký trên giấy ủy quyền nhận hộ các khoản cấp dưỡng, lương (không phải lương hưu).⁸

Những quy định tại khoản 2 Điều 14 Thông tư 01/2020/TT-BTP đã gây khó khăn cho người dân khi thực hiện ủy quyền một số công việc đơn giản như ủy quyền rút hồ sơ,

⁶ Xem điểm d khoản 4 Điều 24 Nghị định 23/2015/NĐ-CP.

⁷ Xem khoản 2 Điều 14 Thông tư 01/2020/TT-BTP.

⁸ Phòng Tư pháp thành phố Tam Kỳ, tỉnh Quảng Nam (2020), *Thông tư 01/2020/TT-BTP có làm hạn chế việc ủy quyền của cá nhân?* <http://tuphaptamky.gov.vn/2014/news/Tu-phap/Thong-tu-01-2020-TT-BTP-co-lam-han-che-vec-uy-quyen-cua-ca-nhan-4930.html>, truy cập ngày 29/9/2021.

ủy quyền trông nom tài sản mà không phải nhà ở, ủy quyền nhận hộ các khoản cấp dưỡng... Bởi, “*thay vì trước đây được chứng thực chữ ký trên giấy ủy quyền nay người dân phải tiến hành lập hợp đồng ủy quyền thì mới được công chứng, chứng thực.*”⁹. Trong lúc đó, việc công chứng, chứng thực hợp đồng ủy quyền có thủ tục phức tạp hơn so với việc chứng thực chữ ký trên giấy ủy quyền. Việc công chứng, chứng thực hợp đồng ủy quyền bắt buộc cả hai bên (bên ủy quyền và bên được ủy quyền) phải có mặt tại nơi thực hiện công chứng, chứng thực, trong khi đó việc chứng thực chữ ký trên giấy ủy quyền chỉ cần bên ủy quyền có mặt tại nơi thực hiện chứng thực.

Mặt khác, theo quy định của Điều 5 Nghị định 23/2015/NĐ-CP, việc chứng thực hợp đồng ủy quyền thuộc thẩm quyền của Ủy ban nhân dân cấp xã và Phòng Tư pháp nếu như các hợp đồng ủy quyền đó liên quan đến tài sản là động sản; chỉ thuộc thẩm quyền của Ủy ban nhân dân cấp xã nếu như các hợp đồng ủy quyền đó liên quan đến thực hiện các quyền của người sử dụng đất theo quy định của Luật Đất đai; về nhà ở theo quy định của Luật Nhà ở.¹⁰ Các hợp đồng ủy quyền không thuộc các trường hợp nêu trên thì Ủy ban nhân dân cấp xã và Phòng Tư pháp không thể tiến hành chứng thực và người dân phải đến các tổ chức hành nghề công chứng để yêu cầu công chứng. Trong khi đó, không phải ở địa phương nào cũng có các tổ chức hành nghề công chứng. Chẳng hạn như ở tỉnh Quảng Bình có 8 đơn vị hành chính cấp huyện, nhưng chỉ có 6 tổ chức hành nghề công chứng ở thành phố Đồng Hới, thị xã Ba Đồn, huyện Bố Trạch và huyện Quảng Ninh.¹¹

Như vậy, các quy định tại khoản 2 Điều 14 Thông tư 01/2020/TT-BTP không những thu hẹp phạm vi chứng thực chữ ký trên giấy ủy quyền, mà còn gây nhiều khó khăn cho người dân trong việc ủy quyền.

2.4. Không phân biệt giữa hồ sơ chứng thực chữ ký trong giấy tờ, văn bản bằng tiếng Việt và hồ sơ chứng thực chữ ký trong giấy tờ, văn bản bằng tiếng nước ngoài

Hồ sơ chứng thực chữ ký được quy định tại khoản 1 Điều 24 Nghị định 23/2015/NĐ-CP như sau:

“1. Người yêu cầu chứng thực chữ ký của mình phải xuất trình các giấy tờ sau đây:

⁹ Nguyễn Ngân (2020), *Gỡ vướng về chứng thực chữ ký*, <https://www.daibieunhandan.vn/go-vuong-ve-chung-thuc-chu-ky-znfn6pnf6q-22776>, truy cập ngày 29/9/2021.

¹⁰ Xem Điều 5 Nghị định 23/2015/NĐ-CP.

¹¹ Sở Tư pháp tỉnh Quảng Bình (2021), *Danh sách các tổ chức hành nghề công chứng và công chứng viên đang hành nghề tại các tổ chức hành nghề công chứng trên địa bàn tỉnh Quảng Bình*, <https://stp.quangbinh.gov.vn/3cms/danh-sach-cac-to-chuc-hanh-nghe-cong-chung-va-cong-chung-vien-dang-hanh-nghe-tai-cac-to-chuc-ha.htm>, truy cập ngày 29/9/2021.

a) *Bản chính hoặc bản sao có chứng thực Giấy chứng minh nhân dân hoặc Hộ chiếu còn giá trị sử dụng;*

b) *Giấy tờ, văn bản mà mình sẽ ký.*"¹²

Những quy định nêu trên cho thấy, hồ sơ chứng thực chữ ký các giấy tờ, văn bản là giống nhau, không phân biệt giữa hồ sơ chứng thực chữ ký trong giấy tờ, văn bản bằng tiếng Việt và hồ sơ chứng thực chữ ký trong giấy tờ, văn bản bằng tiếng nước ngoài.

Trong lúc đó, theo quy định tại khoản 4 Điều 22 và khoản 3 Điều 25 Nghị định 23/2015/NĐ-CP, người thực hiện chứng thực không được chứng thực chữ ký nếu bản chính có nội dung trái pháp luật, đạo đức xã hội; tuyên truyền, kích động chiến tranh, chống chế độ xã hội chủ nghĩa Việt Nam; xuyên tạc lịch sử của dân tộc Việt Nam; xúc phạm danh dự, nhân phẩm, uy tín của cá nhân, tổ chức; vi phạm quyền công dân.¹³

Những quy định nêu trên sẽ không phát sinh vướng mắc nếu thực hiện chứng thực chữ ký trong giấy tờ, văn bản bằng tiếng Việt. Còn nếu thực hiện chứng thực chữ ký trong giấy tờ, văn bản bằng tiếng nước ngoài thì sẽ gặp nhiều khó khăn. Bởi, không phải người thực hiện chứng thực nào cũng có thể hiểu được nội dung của các giấy tờ, văn bản bằng tiếng nước ngoài để có thể thực hiện chứng thực theo đúng quy định tại khoản 4 Điều 22 và khoản 3 Điều 25 Nghị định 23/2015/NĐ-CP. Trong trường hợp này, người thực hiện chứng thực có thể yêu cầu người yêu cầu chứng thực nộp thêm bản dịch đã được chứng thực của giấy tờ, văn bản đã nêu. Tuy nhiên yêu cầu này của người thực hiện chứng thực lại mâu thuẫn với quy định về hồ sơ chứng thực chữ ký được quy định tại khoản 1 Điều 24 Nghị định 23/2015/NĐ-CP, theo đó trong hồ sơ yêu cầu chứng thực chữ ký không bao gồm bản dịch của giấy tờ, văn bản bằng tiếng nước ngoài.

Những mâu thuẫn nêu trên cho thấy, những quy định của Nghị định 23/2015/NĐ-CP về hồ sơ chứng thực chữ ký còn có hạn chế, không phân biệt giữa hồ sơ chứng thực chữ ký trong giấy tờ, văn bản bằng tiếng Việt và hồ sơ chứng thực chữ ký trong giấy tờ, văn bản bằng tiếng nước ngoài, gây khó khăn cho hoạt động chứng thực chữ ký.

2.5. Không phân biệt sự khác nhau trong hồ sơ chứng thực các hợp đồng, giao dịch cụ thể

Hồ sơ chứng thực các hợp đồng, giao dịch được quy định tại khoản 1 Điều 36 Nghị định số 23/2015/NĐ-CP như sau:

¹² Xem khoản 1 Điều 24 Nghị định 23/2015/NĐ-CP.

¹³ Xem khoản 4 Điều 22 và khoản 3 Điều 25 Nghị định 23/2015/NĐ-CP.

“1. Người yêu cầu chứng thực nộp 01 (một) bộ hồ sơ yêu cầu chứng thực, gồm các giấy tờ sau đây:

a) Dự thảo hợp đồng, giao dịch;

b) Bản sao Giấy chứng minh nhân dân hoặc Hộ chiếu còn giá trị sử dụng của người yêu cầu chứng thực;

c) Bản sao giấy chứng nhận quyền sở hữu, quyền sử dụng hoặc bản sao giấy tờ thay thế được pháp luật quy định đối với tài sản mà pháp luật quy định phải đăng ký quyền sở hữu, quyền sử dụng trong trường hợp hợp đồng, giao dịch liên quan đến tài sản đó; trừ trường hợp người lập di chúc đang bị cái chết đe dọa đến tính mạng.

Bản sao giấy tờ quy định tại Điểm b và Điểm c của Khoản này được xuất trình kèm bản chính để đối chiếu.”¹⁴

Theo quy định nêu trên, hồ sơ yêu cầu chứng thực các hợp đồng, giao dịch đều giống nhau, không phân biệt sự khác nhau trong hồ sơ yêu cầu chứng thực các hợp đồng, giao dịch cụ thể.

Việc quy định hồ sơ yêu cầu chứng thực các hợp đồng, giao dịch đều giống nhau, không quy định cụ thể từng loại giấy tờ cần phải nộp hoặc xuất trình đối với việc chứng thực các hợp đồng, giao dịch cụ thể có thể gây ra những hậu quả pháp lý liên quan đến những hợp đồng, giao dịch đã được chứng thực. Điển hình như, do pháp luật không quy định trong hồ sơ chứng thực văn bản khai nhận di sản phải có giấy chứng tử hoặc giấy tờ khác chứng minh người để lại di sản đã chết, có thể dẫn đến việc chứng thực văn bản khai nhận di sản khi người được coi là để lại di sản còn chưa chết; Việc chứng thực văn bản thỏa thuận phân chia di sản mà trong hồ sơ không có bản sao di chúc hoặc giấy tờ chứng minh quan hệ nhân thân giữa người để lại di sản và người được hưởng di sản thừa kế,... có thể gây ra những tranh chấp giữa những người được hưởng di sản thừa kế với nhau.

Mặt khác, do không quy định cụ thể từng loại giấy tờ cần phải nộp hoặc xuất trình đối với việc chứng thực các hợp đồng, giao dịch cụ thể còn dẫn tới sự thiếu thống nhất trong hoạt động chứng thực. Theo đó, đối với mỗi loại việc chứng thực hợp đồng, giao dịch giống nhau, người thực hiện chứng thực có thể yêu cầu những loại giấy tờ khác nhau, gây khó khăn cho người yêu cầu chứng thực.

¹⁴ Xem khoản 1 Điều 36 Nghị định số 23/2015/NĐ-CP.

3. Một số kiến nghị sửa đổi, bổ sung các quy định pháp luật về chứng thực

Từ thực trạng những hạn chế của các quy định pháp luật về chứng thực nêu trên, tác giả đề xuất một số kiến nghị sửa đổi, bổ sung các quy định pháp luật về chứng thực như sau:

Thứ nhất, cần sửa đổi, bổ sung quy định xuất trình và nộp các giấy tờ tùy thân khi thực hiện chứng thực

Như đã phân tích ở Mục 2.1, việc quy định xuất trình và nộp các giấy tờ tùy thân khi thực hiện chứng thực tại các khoản 1 Điều 24, khoản 2 Điều 31, khoản 1 Điều 36, khoản 2 Điều 40 Nghị định số 23/2015/NĐ-CP không còn phù hợp khi Luật Căn cước công dân năm 2014 đã có hiệu lực pháp luật, nhiều người dân đã có Căn cước công dân và Giấy chứng minh nhân dân của họ không còn giá trị sử dụng nữa.

Do đó cần sửa đổi, bổ sung các khoản 1 Điều 24, khoản 2 Điều 31, khoản 2 Điều 40 Nghị định số 23/2015/NĐ-CP theo đó người yêu cầu chứng thực chữ ký; người không phải là cộng tác viên dịch thuật của Phòng Tư pháp mà tự dịch giấy tờ, văn bản phục vụ mục đích cá nhân và có yêu cầu chứng thực chữ ký trên bản dịch; người yêu cầu cấp bản sao có chứng thực từ bản chính hợp đồng, giao dịch đều phải xuất trình bản chính hoặc bản sao có chứng thực Căn cước công dân hoặc Giấy chứng minh nhân dân hoặc Hộ chiếu còn giá trị sử dụng; Cần sửa đổi, bổ sung khoản 1 Điều 36 Nghị định số 23/2015/NĐ-CP theo đó người yêu cầu chứng thực phải nộp bản sao có chứng thực Căn cước công dân hoặc Giấy chứng minh nhân dân hoặc Hộ chiếu còn giá trị sử dụng.

Thứ hai, cần phải sửa đổi quy định không lưu trữ bản sao khi thực hiện chứng thực bản sao từ bản chính

Như đã trình bày ở Mục 2.2, việc không lưu trữ bản sao khi thực hiện chứng thực bản sao từ bản chính không phù hợp với thực tế, đã khiến cơ quan, tổ chức thực hiện chứng thực không có cơ sở để đối chiếu khi có tranh chấp, sai sót xảy ra liên quan đến bản sao đã được chứng thực. Do đó, cần phải sửa đổi quy định tại đoạn 2 khoản 2 Điều 14 Nghị định số 23/2015/NĐ-CP, theo đó khi thực hiện chứng thực bản sao từ bản chính phải lưu trữ một bản sao đã được chứng thực tại cơ quan, tổ chức thực hiện chứng thực.

Trên cơ sở xem xét thực tế hoạt động chứng thực bản sao từ bản chính, đồng thời kế thừa quy định của Nghị định số 79/2007/NĐ-CP về việc lưu trữ bản sao khi thực hiện chứng thực bản sao từ bản chính, cần quy định thời hạn lưu trữ bản sao là 2 năm. Việc quy định thời hạn lưu trữ bản sao 2 năm cũng phù hợp với thời hạn lưu trữ giấy tờ, văn bản đã chứng thực chữ ký và chứng thực chữ ký người dịch, được quy định của tại đoạn 1 khoản 2

Điều 14 Nghị định số 23/2015/NĐ-CP. Theo đó “*Đối với việc chứng thực chữ ký và chứng thực chữ ký người dịch, cơ quan, tổ chức thực hiện chứng thực phải lưu một bản giấy tờ, văn bản đã chứng thực; thời hạn lưu trữ là 02 (hai) năm.*”¹⁵

Thứ ba, cần bãi bỏ những quy định tại khoản 2 Điều 14 Thông tư 01/2020/TT-BTP về việc chứng thực chữ ký trên giấy ủy quyền

Như đã trình bày ở Mục 2.3, quy định tại khoản 2 Điều 14 Thông tư 01/2020/TT-BTP vừa thu hẹp phạm vi chứng thực chữ ký trên giấy ủy quyền được quy định tại điểm d khoản 4 Điều 24 Nghị định 23/2015/NĐ-CP, vừa gây khó khăn cho người dân trong việc ủy quyền.

Do đó cần bãi bỏ hoặc sửa đổi những quy định tại khoản 2 Điều 14 Thông tư 01/2020/TT-BTP nhằm bảo đảm sự thống nhất trong việc quy định phạm vi chứng thực chữ ký trên giấy ủy quyền, tạo điều kiện thuận lợi cho người dân trong việc ủy quyền.

Thứ tư, cần bổ sung quy định về hồ sơ chứng thực chữ ký trong giấy tờ, văn bản bằng tiếng nước ngoài

Như đã trình bày ở Mục 2.4, những quy định tại Nghị định 23/2015/NĐ-CP về hồ sơ chứng thực chữ ký còn có hạn chế, không phân biệt giữa hồ sơ chứng thực chữ ký trong giấy tờ, văn bản bằng tiếng Việt và hồ sơ chứng thực chữ ký trong giấy tờ, văn bản bằng tiếng nước ngoài.

Do đó cần bổ sung khoản 1 Điều 24 Nghị định 23/2015/NĐ-CP như sau:

“c) Trong trường hợp chứng thực chữ ký trong giấy tờ, văn bản bằng tiếng nước ngoài, thì người yêu cầu chứng thực chữ ký phải nộp thêm bản dịch của giấy tờ, văn bản mà mình sẽ ký”.

Thứ năm, cần quy định cụ thể các loại giấy tờ cần phải nộp hoặc xuất trình trong hồ sơ chứng thực các hợp đồng, giao dịch cụ thể

Như đã trình bày ở Mục 2.5, hồ sơ chứng thực các hợp đồng, giao dịch được quy định tại khoản 1 Điều 36 Nghị định số 23/2015/NĐ-CP đều giống nhau, không phân biệt sự khác nhau giữa hồ sơ chứng thực các hợp đồng, giao dịch cụ thể. Điều đó có thể gây ra những những hậu quả pháp lý liên quan đối với những hợp đồng, giao dịch đã được chứng thực, đồng thời dẫn tới sự thiếu thống nhất trong hoạt động chứng thực các hợp đồng, giao dịch.

¹⁵ Xem đoạn 1 khoản 2 Điều 14 Nghị định số 23/2015/NĐ-CP.

Do đó cần sửa đổi, bổ sung Nghị định số 23/2015/NĐ-CP, theo đó quy định cụ thể các loại giấy tờ cần phải nộp hoặc xuất trình trong hồ sơ chứng thực các hợp đồng, giao dịch cụ thể.

4. Kết luận

Nghị định số 23/2015/NĐ-CP và Thông tư số 01/2020/TT-BTP là cơ sở pháp lý quan trọng trong hoạt động chứng thực bản sao từ bản chính, chứng thực chữ ký và chứng thực hợp đồng, giao dịch. Tuy nhiên, trong quá trình thực hiện, các quy định pháp luật về chứng thực đã bộc lộ một số hạn chế nhất định làm ảnh hưởng tiêu cực đến quá trình thực hiện chứng thực. Chính vì vậy, việc thực hiện đồng bộ các kiến nghị sửa đổi, bổ sung các quy định pháp luật về chứng thực được nêu ra trong bài viết này có ý nghĩa quan trọng, góp phần hoàn thiện pháp luật về chứng thực; tạo điều kiện thuận lợi cho các tổ chức và cơ quan nhà nước có thẩm quyền thực hiện hoạt động chứng thực; góp phần *bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của các cá nhân, tổ chức và cơ quan nhà nước có liên quan trong các quan hệ dân sự, kinh tế, lao động, hành chính.*

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Chính phủ nước CHXHCN Việt Nam (2007), *Nghị định số 79/2007/NĐ-CP ngày 18 tháng 05 năm 2007 của Chính phủ về cấp bản sao từ sổ gốc, chứng thực bản sao từ bản chính, chứng thực chữ ký.*
2. Chính phủ nước CHXHCN Việt Nam (2015), *Nghị định số 23/2015/NĐ-CP ngày 16 tháng 02 năm 2015 của Chính phủ về cấp bản sao từ sổ gốc, chứng thực bản sao từ bản chính, chứng thực chữ ký và chứng thực hợp đồng, giao dịch.*
3. Bộ Tư pháp (2020), *Thông tư số 01/2020/TT-BTP ngày 03 tháng 3 năm 2020 của Bộ Tư pháp quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Nghị định số 23/2015/NĐ-CP ngày 16 tháng 02 năm 2015 của Chính phủ về cấp bản sao từ sổ gốc, chứng thực bản sao từ bản chính, chứng thực chữ ký và chứng thực hợp đồng, giao dịch.*
4. Nguyễn Ngân (2020), *Gỡ vướng về chứng thực chữ ký*, <https://www.daibieunhandan.vn/go-vuong-ve-chung-thuc-chu-ky-znfn6pnf6q-22776>, truy cập ngày 29/9/2021.
5. Lê Nguyệt (2019), *Còn nhiều khó khăn, vướng mắc trong thực hiện công tác chứng thực*, <http://donghy.thainguyen.gov.vn/vanhoaxahoi/con-nhieu-kho-khan-vuong-mac-trong-thuc-hien-cong-tac-chung-thuc/259513>, truy cập ngày 29/9/2021.
6. Phòng Tư pháp thành phố Tam Kỳ, tỉnh Quảng Nam (2020), *Thông tư 01/2020/TT-BTP có làm hạn chế việc ủy quyền của cá nhân?* <http://tuphaptamky.gov.vn/2014/news/Tu-phap/Thong-tu-01-2020-TT-BTP-co-lam-han-che-viec-uy-quyen-cua-ca-nhan-4930.html>, truy cập ngày 29/9/2021.

7. Quốc hội nước CHXHCN Việt Nam (2014), *Luật Căn cước công dân*.
8. Sở Tư pháp tỉnh Quảng Bình (2021), *Danh sách các tổ chức hành nghề công chứng và công chứng viên đang hành nghề tại các tổ chức hành nghề công chứng trên địa bàn tỉnh Quảng Bình*, <https://stp.quangbinh.gov.vn/3cms/danh-sach-cac-to-chuc-hanh-nghe-cong-chung-va-cong-chung-vien-dang-hanh-nghe-tai-cac-to-chuc-ha.htm>, truy cập ngày 29/9/2021.

DẪN CHIẾU VÀ NGHĨA VỤ CHỨNG MINH ÁP DỤNG PHÁP LUẬT NƯỚC
NGOÀI TRONG TƯ PHÁP QUỐC TẾ VIỆT NAM

NGUYỄN NHƯ HÀ*

BÙI ANH THẮNG**

NGUYỄN TIẾN ĐẠT***

Ngày nhận bài: 25/02/2022

Ngày phản biện: 08/03/2022

Ngày đăng bài: 30/03/2022

Tóm tắt:

Dẫn chiếu pháp luật và áp dụng pháp luật nước ngoài trong giải quyết tranh chấp dân sự có yếu tố nước ngoài được thực hiện ở nhiều quốc gia trên thế giới. Ở Việt Nam, Bộ luật Tố tụng dân sự và Bộ luật Dân sự năm 2015 đã bổ sung các quy định liên quan tới áp dụng pháp luật nước ngoài và nghĩa vụ chứng minh nội dung pháp luật nước ngoài của các bên liên quan. Tuy nhiên, việc thiếu các quy định hướng dẫn chi tiết và hạn chế về kinh nghiệm xét xử đang gây khó khăn cho hoạt động tư pháp ở nước ta.

Từ khóa:

Áp dụng pháp luật nước ngoài, dẫn chiếu pháp luật, nghĩa vụ chứng minh pháp luật nước ngoài.

Abstract:

The choice of law and application of foreign laws in the settlement of civil cases involving foreign elements are being implemented in many countries around the world. The new Civil Procedure Code and Civil Code of 2015 has added some provisions related to the application of foreign laws and the burden to prove the content of foreign laws of the parties involved. However, the lack of detailed instruction regulations and the limitation of trial experiences are making difficult for judicial activities.

Keywords:

Application of foreign law, the choice of law, burden to prove the content of foreign law, private international law.

* TS., Học viện Chính sách và Phát triển, Bộ Kế hoạch và Đầu tư; Email: nhuha.nguyen@hotmail.fr

** ThS., Tòa án cấp cao Hà Nội; Email: buithang.tatc@gmail.com

*** ThS., Học viện Chính sách và Phát triển, Bộ Kế hoạch và Đầu tư; Email: nguyendat.mdce@apd.edu.vn

1. Đặt vấn đề

Nguyên tắc có đi có lại trong luật quốc tế góp phần hình thành cơ chế dẫn chiếu áp dụng pháp luật nước ngoài trong tư pháp quốc tế, là “*điều kiện hết sức cần thiết cho sự phát triển bình thường của các quan hệ mang tính chất dân sự quốc tế*”¹. Cơ sở của hoạt động dẫn chiếu áp dụng pháp luật nước ngoài dựa trên việc mỗi quốc gia lựa chọn cho mình phương thức giải quyết xung đột pháp luật thông qua các quy phạm xung đột, thay vì các quy phạm thực chất. Điều này cũng là xu thế chung của thế giới khi áp dụng quy phạm xung đột đảm bảo quyền lợi chính đáng của các quốc gia trong một chuẩn mực chung được cộng đồng quốc tế thừa nhận với các hệ thuộc luật cơ bản được coi như “tập quán pháp” trong tư pháp quốc tế. Tuy nhiên, mặc dù là xu thế tất yếu trong giải quyết các tranh chấp dân sự có yếu tố nước ngoài, việc dẫn chiếu áp dụng pháp luật nước ngoài phát sinh nhiều khó khăn cho cơ quan xét xử quốc gia, đòi hỏi quá trình chứng minh việc áp dụng pháp luật này phải đủ cơ sở và hợp lý.

Với 16 Hiệp định thương mại tự do đang thực thi và đàm phán, Việt Nam trở thành tâm điểm của mạng lưới khu vực thương mại tự do rộng lớn, chiếm 59% dân số thế giới và 68% thương mại toàn cầu². Trong bối cảnh hội nhập đó, mức độ gia tăng các tranh chấp dân sự - kinh tế và hoạt động tương trợ tư pháp được ghi nhận khi cả năm 2019 - 2020 có tới 141.850 vụ việc dân sự và 14.517 vụ việc kinh doanh thương mại đã xử sơ thẩm; 3.562 hồ sơ yêu cầu ủy thác tư pháp ra nước ngoài và 1.073 hồ sơ yêu cầu ủy thác tư pháp vào Việt Nam³, trong đó có không ít tranh chấp mang yếu tố nước ngoài.

Lịch sử nền tư pháp nước ta không có nhiều (thậm chí có thể nói là chưa có tiền lệ) việc Tòa án Việt Nam áp dụng pháp luật nước ngoài để giải quyết các vụ việc bởi nhiều lí do khác nhau. Điều này xuất phát từ nhiều nguyên nhân cả chủ quan và khách quan, cùng với sự phát triển của nền lập pháp nước nhà, Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 (BLTTDS) đã dự liệu về vấn đề này khi bổ sung một số quy định pháp lý quan trọng liên quan làm tiền đề, định hướng giải quyết. Trong phạm vi bài viết này, chúng tôi tiến hành nghiên cứu

¹ Nguyễn Bá Diễn (2013), *Giáo trình Tư pháp quốc tế*, NXB Đại học Quốc gia Hà Nội, tr. 110.

² Nguồn: Ban Chỉ đạo liên ngành hội nhập quốc tế về kinh tế.

³ Tòa án nhân dân tối cao (2020), *Báo cáo số 01/BC-TA ngày 09/1/2020 tổng kết công tác năm 2019 và nhiệm vụ trọng tâm công tác năm 2020 của các Tòa án*.

về những cơ sở lý luận về dẫn chiếu áp dụng pháp luật nước ngoài và nghĩa vụ chứng minh để nhìn nhận xu hướng điều chỉnh vấn đề này.

2. Một số học thuyết về dẫn chiếu và áp dụng pháp luật nước ngoài

Trước tiên, cần ghi nhận việc dẫn chiếu pháp luật pháp luật các quốc gia đã xuất hiện từ rất sớm trong lịch sử pháp lý. Bằng chứng đầu tiên cho thấy việc áp dụng nguyên tắc nhân thân trong giải quyết xung đột pháp luật (một trong các hệ thuộc cơ bản của tư pháp quốc tế hiện đại) đã ra đời từ thời kỳ La Mã, Giéc-manh cổ đại với các quan hệ pháp lý được điều chỉnh bởi luật lệ bộ tộc nơi họ gắn bó. Quá trình này tiếp tục được mở rộng hơn với sự xuất hiện của *Statuum* (quy chế của mỗi quốc gia thành bang riêng lẻ ở Ý), *Corpus Iuris Civilis* (Bộ luật thị dân pháp của La Mã cổ đại, nền tảng hệ thống dân luật Châu Âu lục địa) và *de Summa Trinitate* (Bộ luật đầu tiên của La Mã cổ đại đề cập tới phạm vi áp dụng của *Statuum* và giải quyết xung đột pháp luật). Sự ra đời của nhiều vương quốc với luật lệ riêng thúc đẩy những đổi mới và mở rộng các hệ thuộc cơ bản dẫn chiếu pháp luật khác nhau, là khởi nguồn của hệ thống Tư pháp quốc tế hiện đại ngày nay.

Áp dụng pháp luật nước ngoài là một nội dung quan trọng của tư pháp quốc tế, được hiểu như một tình huống pháp lý đòi hỏi cơ quan xét xử một quốc gia phải giải thích và áp dụng pháp luật của một quốc gia khác theo viện dẫn của pháp luật quốc gia; quy phạm xung đột hoặc bởi mối quan hệ gần gũi giữa pháp luật và nội dung tranh chấp. Tuy nhiên việc áp dụng pháp luật một quốc gia khác là khó khăn với hệ thống tư pháp sở tại bởi hoạt động này đòi hỏi chuyên môn cao; thủ tục áp dụng đặc thù, do đó tư pháp quốc tế đặt ra nghĩa vụ chứng minh áp dụng pháp luật nước ngoài về tình hợp lý và hợp pháp trong áp dụng, và pháp luật nước ngoài sẽ không đương nhiên được áp dụng.

Hiện nay pháp luật các quốc gia ghi nhận sự tồn tại của 03 nhóm học thuyết về xác định nội dung pháp luật nước ngoài bao gồm: học thuyết chứng cứ (fact doctrine) được áp dụng ở Anh và các quốc gia khối thịnh vượng chung; học thuyết pháp luật (law doctrine) được áp dụng chủ yếu các quốc gia hệ thống luật Châu Âu lục địa; và học thuyết của Hoa Kỳ (US Model) - đây cũng là cơ sở xác định nghĩa vụ chứng minh áp dụng pháp luật nước ngoài⁴. Mỗi học thuyết chứa đựng quan điểm khác nhau về nghĩa vụ chứng minh của các

⁴ Hausmann Rainer (2008), *Pleading and Proof of Foreign Law - a Comparative Analysis*, The European Legal Forum (E) 1-2008, IPR Verlag GmbH Munchen, p. 1-2.

bên khi áp dụng pháp luật nước ngoài, nhưng có điểm chung phổ biến là xu hướng ghi nhận “nghĩa vụ chứng minh chính” thuộc về đương sự.

Học thuyết chứng cứ (fact doctrine) khởi nguồn vào thế kỷ 18 dựa trên việc các tòa án thông luật (courts of common law) mở rộng thẩm quyền xét xử trong tương quan với sự phát triển của các tòa án hàng hải (courts of admiralty). Theo đó, tòa án thông luật tiến hành xét xử cả các vụ việc liên quan tới thương mại hàng hóa được áp dụng luật thương nhân. Tuy nhiên, do không quen thuộc với luật của thương nhân, các tòa thông luật coi luật này là chứng cứ và yêu cầu các đương sự phải nêu ra và chứng minh về nội dung của luật phù hợp để áp dụng⁵. Học thuyết chứng cứ phản ánh quan điểm: luật nước ngoài chỉ được coi như là chứng cứ và do các đương sự phải nêu ra và tự chứng minh. Tòa án không được phép nêu ra và chứng minh luật nước ngoài. Học thuyết chứng cứ được xây dựng bởi thẩm phán Mansfield⁶ vẫn được áp dụng ở Anh và nhiều nước thuộc khối thịnh vượng chung cho đến ngày nay.

Học thuyết pháp luật (law doctrine): xuất phát từ Học thuyết iura novit curia (tòa án biết luật), trong phạm vi lãnh thổ của nơi có tòa án thì luật thành văn là nguồn luật chính, tập quán pháp và các nguồn luật khác (bao gồm cả luật của vùng khác) được coi là nguồn luật bổ trợ. Tòa án chỉ áp dụng pháp luật của vùng khác (hoặc pháp luật nước ngoài) do quy phạm xung đột dẫn chiếu và khi đương sự nêu ra và chứng minh, nếu không chứng minh được, tòa án sẽ áp dụng luật nơi xét xử. Quá trình hình thành học thuyết này cho thấy sự thay đổi quan điểm của các nhà lập pháp và tư pháp các quốc gia Châu Âu lục địa chuyển từ *học thuyết chứng cứ* biến chuyển dần sang *học thuyết pháp luật* vào cuối thế kỷ 20. Ở Đức, G.F. Pucha (1798-1846) và Friedrich Carl V. Savigny (1779-1861) là những học giả đầu tiên phê phán học thuyết chứng cứ, đồng thời đề xuất quan điểm xét xử coi pháp luật nước ngoài có giá trị áp dụng trong xét xử tương tự như pháp luật quốc gia. Quan điểm này tiếp tục được phát triển ở Hà Lan và Pháp thông qua thừa nhận quan điểm tương tự của Tobias Asser (1838-1913); ở Ý chính thức áp dụng vào năm 1995 khi Đạo luật số

⁵ Đỗ Minh Tuấn (2014), *Xác định nội dung pháp luật nước ngoài để giải quyết tranh chấp dân sự quốc tế bởi Tòa án*, Tạp chí kinh tế đối ngoại số 70/2014, tr.26.

⁶ Quan điểm của thẩm phán Mansfield “*Cách để biết luật nước ngoài là thừa nhận chúng được chứng minh như là các chứng cứ ...*”, trích dẫn lại từ Anthony Gray, *Choice of Law: The presumption in the proof of foreign law*, UNSW Law Journal, Volume 31(1), 2008, tr. 136-157, tr. 140.

218 sửa đổi nội dung tư pháp quốc tế trong Bộ luật Dân sự Ý năm 1865 được ban hành. Đối với *học thuyết pháp luật*, một mặt coi pháp luật nước ngoài có giá trị và nội dung được thừa nhận không phải chứng minh, thì tòa án khi xét xử có thể yêu đương trợ tư pháp từ chuyên gia và Bộ Tư pháp.

Học thuyết Hoa Kỳ (US. Model): Từ ngày 1/7/1966, với việc bổ sung Quy tắc 44.1 trong Bộ quy tắc tố tụng dân sự liên bang Hoa Kỳ (Federal Rules of Civil Procedures) năm 1938, Hoa Kỳ chuyển từ học thuyết chứng cứ sang học thuyết riêng, gọi là học thuyết Hoa Kỳ. Theo đó, pháp luật nước ngoài được coi là pháp luật không đồng nghĩa với việc tòa án bắt buộc phải áp dụng pháp luật nước ngoài khi đương sự không khởi xướng (nêu ra). Thông báo việc khởi xướng áp dụng pháp luật nước ngoài cho bên đối tụng là nghĩa vụ bắt buộc. Trong trường hợp không bên đương sự nào khởi xướng áp dụng pháp luật nước ngoài, tòa án suy đoán rằng các bên từ bỏ quyền yêu cầu áp dụng pháp luật nước ngoài. Thực tiễn xét xử tại Hoa Kỳ cho thấy việc áp dụng *học thuyết Hoa Kỳ* trong áp dụng pháp luật nước ngoài là rất mềm dẻo. Tòa án khi xét xử sẽ chủ động thu thập, nghiên cứu, cân nhắc và đánh giá các tham vấn của chuyên gia về pháp luật nước ngoài, và quan trọng hơn là nội dung tranh tụng của các bên. Điều này cho phép tòa án vẫn có thể không áp dụng pháp luật nước ngoài nếu các đánh giá trên cho thấy “chưa rõ ràng, minh triết” cho vụ việc, và dựa vào học thuyết *forum non conveniens* để khước từ việc áp dụng pháp luật nước ngoài⁷.

Các học thuyết trên phản ánh quá trình thừa nhận viện dẫn và áp dụng pháp luật nước ngoài trong giải quyết tranh chấp có yếu tố nước ngoài là một xu hướng không thể đảo ngược, và các quốc gia có quan điểm và lập luận rất khác nhau về sự lựa chọn của mình.

3. Thực tiễn dẫn chiếu và áp dụng pháp luật nước ngoài trong lập pháp và xét xử

Được đánh giá là bộ luật tiến bộ và *đáp ứng xu hướng pháp điển hóa và hài hòa hóa của Tư pháp quốc tế*⁸, với 3 chương 25 điều (từ Điều 663 đến Điều 687) của BLDS năm 2015 có những thay đổi đáng kể so với Phần Bảy BLDS năm 2005 trước đó, đặc biệt

⁷ Học thuyết *forum non conveniens* được áp dụng chủ yếu tại các quốc gia common law, theo đó tòa án có quyền khước từ thụ lý vụ việc nếu nhận định rằng việc xét xử đó không đảm bảo ‘thuận tiện’ và ‘công bằng’.

⁸ Nguyễn Tiến Vinh (2017), *Bộ luật Dân sự 2015 trong xu thế pháp điển hóa và hài hòa hóa Tư pháp quốc tế trên thế giới*, Tạp chí Kinh tế đối ngoại (Trường ĐH Ngoại Thương) số 86 năm 2017, tr.40.

bổ sung Điều 669 về Áp dụng pháp luật của nước có nhiều hệ thống pháp luật; Điều 667 về Áp dụng pháp luật nước ngoài và Điều 670 về Trường hợp không áp dụng pháp luật nước ngoài. Nội dung dẫn chiếu và áp dụng pháp luật nước ngoài được cải biến đáng kể với 03 điểm mới đột phá: (1) Bổ sung quy phạm xung đột và hệ thuộc mới (pháp luật nước có mối quan hệ gần bó nhất / *the closest connection*), (2) Nhấn mạnh quyền lựa chọn pháp luật áp dụng, đồng thời (3) Nêu rõ điều kiện hạn chế, loại trừ ý chí, thỏa thuận lựa chọn pháp luật. Tuy nhiên, BLDS năm 2015 còn bỏ ngỏ một số vấn đề pháp lý trong dẫn chiếu và áp dụng pháp luật nước ngoài, như cách thức xử lý đối với các quy định nội luật loại trừ việc áp dụng pháp luật nước ngoài trên phạm vi lãnh thổ, đáp ứng nguyên tắc áp dụng bắt buộc (*mandatory rules of law*)⁹.

Ở Việt Nam, tại thời điểm thi hành BLTTDS năm 2004, việc áp dụng pháp luật nước ngoài trong các tranh chấp dựa chủ yếu vào các quy phạm xung đột quy định tại Phần 7 Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2005 và hướng dẫn nghĩa vụ chứng minh tại Điều 5 Nghị định số 138/2006/NĐ-CP ngày 15 tháng 11 năm 2006 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành các quy định của Bộ luật Dân sự về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, trong đó ghi nhận nguyên tắc: đương sự có nghĩa vụ chứng minh *mối quan hệ gần bó nhất* của mình về quyền và nghĩa vụ công dân với hệ thống pháp luật của nước được yêu cầu áp dụng, trường hợp không chứng minh được thì pháp luật Việt Nam được áp dụng¹⁰. Như vậy, có thể thấy rằng quan điểm trước đây về nghĩa vụ chứng minh có xu hướng ưu tiên pháp luật Việt Nam, hạn chế áp dụng pháp luật nước ngoài. Quan điểm này có nhiều điểm tương đồng với *học thuyết chứng cứ (fact doctrine)*¹¹.

Điều 481 BLTTDS năm 2015 về Xác định và cung cấp pháp luật nước ngoài để Tòa án áp dụng trong việc giải quyết vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài tiếp tục làm rõ hơn quan điểm kể trên, trong đó nhấn mạnh nguyên tắc mới: trường hợp đương sự lựa chọn áp dụng thì đương sự có nghĩa vụ chứng minh, trường hợp phải áp dụng thì Tòa án mới có nghĩa vụ áp dụng. Điều này thể hiện sự nhất quán trong lựa chọn hệ thống pháp luật

⁹ Lý Văn Anh (2017), *Một số đánh giá về những điểm mới của Bộ luật Dân sự 2015 về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài*, Tạp chí Kinh tế đối ngoại (Trường ĐH Ngoại Thương) số 91 năm 2017, tr.9.

¹⁰ Lưu ý: Quy định này chỉ áp dụng cho các trường hợp sau: (1) Áp dụng pháp luật đối với người có nhiều quốc tịch nước ngoài hoặc không có quốc tịch thuộc trường hợp qui định tại Điều 760 BLDS năm 2005; (2). Áp dụng pháp luật của nước có nhiều hệ thống pháp luật khác nhau.

¹¹ Đỗ Minh Tuấn (2014), *tlđđ*, tr.26.

Châu Âu lục địa, tuy vậy, cũng cần nhìn nhận học thuyết của Hoa Kỳ và của Anh lại nhấn mạnh vai trò “đương sự” từ đó giảm nhẹ nghĩa vụ của tòa án trong hoạt động này.

Trên cơ sở lý luận đó, việc áp dụng pháp luật nước ngoài trong giải quyết tranh chấp phải đảm bảo các nguyên tắc cơ bản: Trước hết, phải đảm bảo *áp dụng toàn bộ hệ thống pháp luật nước ngoài*. Trong một vụ việc tranh chấp, các nội dung cần được hiểu đầy đủ theo pháp luật của một quốc gia duy nhất, không thể tồn tại nhiều cách giải thích khác nhau liên quan tới một tranh chấp. Do vậy, nguyên tắc này cung cấp cho Tòa án cơ sở pháp lý toàn diện và thống nhất khi ra phán quyết cuối cùng. Ngoài ra, áp dụng pháp luật nước ngoài còn phải đảm bảo *nội dung áp dụng pháp luật nước ngoài được hiểu theo đúng cách hiểu của quốc gia nước ngoài đó*¹². Khi Tòa án của mỗi nước áp dụng pháp luật nước ngoài mà áp dụng theo cách hiểu riêng của mình thì sẽ dẫn đến hệ quả là pháp luật nước ngoài không được áp dụng một cách thống nhất, không bảo đảm giá trị của pháp luật. Vì vậy nguyên tắc này ràng buộc Tòa án của các nước dù trong hoàn cảnh, điều kiện nào, ở quốc gia nào thì việc áp dụng một hệ thống pháp luật nào đó phải luôn cho ra một kết quả giống như pháp luật đó được áp dụng tại quốc gia đã ban hành¹³.

4. Nghĩa vụ chứng minh pháp luật nước ngoài

Khi pháp luật nước ngoài được yêu cầu viện dẫn áp dụng, quá trình xét xử đòi hỏi những chủ thể tham gia tố tụng và tiến hành tố tụng phải chứng minh tính hợp pháp, hợp lý của việc áp dụng pháp luật nước ngoài - đây được hiểu là “nghĩa vụ chứng minh pháp luật nước ngoài”, nghĩa vụ này hiện nay đang được thực hiện với 02 quy trình khác biệt về chủ thể thực hiện nghĩa vụ.

Trường hợp nghĩa vụ chứng minh thuộc về các đương sự sẽ đặt ra nếu các bên thỏa thuận thống nhất được áp dụng luật nước ngoài: Trong trường hợp này, đương sự phải hiểu và nhận thức được tính phù hợp của pháp luật nước ngoài trong giải quyết tranh chấp của mình, do vậy nghĩa vụ chứng minh thuộc về đương sự. Về mặt quy trình, các bên sau khi đạt được thỏa thuận áp dụng pháp luật nước ngoài phải cung cấp và bảo đảm tính chính xác của luật nước ngoài cho Tòa án giải quyết. Điều 481 BLTTDS năm 2015 cũng dự liệu

¹² Điều 667 BLDS năm 2015 quy định: “*Trường hợp pháp luật nước ngoài được áp dụng nhưng có cách hiểu khác nhau thì việc áp dụng phải theo sự giải thích của cơ quan có thẩm quyền tại nước đó*”.

¹³ Phùng Hồng Thanh (2021), *Áp dụng pháp luật dân sự nước ngoài tại Việt Nam, so sánh với pháp luật một số quốc gia*, Tạp chí Tòa án nhân dân điện tử, <https://tapchitoaan.vn>, truy cập ngày 22/6/2021.

TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT, ĐẠI HỌC HUẾ

khả năng không đáp ứng được việc cung cấp và đảm bảo tính chính xác của pháp luật nước ngoài do các bên cung cấp nên bổ sung thêm cơ chế “phối hợp cung cấp luật nước ngoài” của các cơ quan tư pháp – hành pháp. Cụ thể, Tòa yêu cầu Bộ Tư pháp; Bộ Ngoại giao; cơ quan đại diện ngoại giao của Việt Nam phối hợp cung cấp luật nước ngoài cho Tòa án giải quyết¹⁴.

Trường hợp nghĩa vụ chứng minh thuộc về Tòa án phát sinh khi việc áp dụng pháp luật nước ngoài không dựa trên thỏa thuận mà dựa trên pháp luật Việt Nam, điều ước quốc tế quy định áp dụng pháp luật nước ngoài. Trong quy trình này, Tòa án là trung tâm có nghĩa vụ đảm bảo việc tìm kiếm pháp luật nước ngoài phù hợp. Để làm được điều này, Tòa án có thể trực tiếp hoặc yêu cầu cơ chế phối hợp từ Bộ Tư pháp; Bộ Ngoại giao hoặc cơ quan đại diện ngoại giao Việt Nam ở nước ngoài cung cấp (theo khoản 2 Điều 481) hoặc yêu cầu chuyên gia pháp luật nước ngoài cung cấp (theo khoản 3 Điều 481).

Nhìn chung trong cả hai trường hợp kể trên đều cho thấy Tòa án phải đóng vai trò trung tâm của hoạt động chứng minh áp dụng pháp luật nước ngoài bởi những lợi thế về tổ chức và phối hợp các cơ quan chuyên môn, đồng thời cũng là chủ thể thấu hiểu và giải thích đúng đắn nhất pháp luật nước ngoài. Việc xây dựng cơ chế phối hợp giữa Tòa án với các cơ quan hành chính tư pháp – ngoại giao là bắt buộc, có sự tương đồng nhất định như cơ chế tương trợ tư pháp dân sự hiện nay, tuy nhiên, nói như vậy không có nghĩa phủ nhận nghĩa vụ chứng minh của đương sự sau khi thỏa thuận áp dụng pháp luật nước ngoài. Pháp luật một số quốc gia như Anh, Pháp, Mỹ có quy định trường hợp mặc dù quy phạm xung đột có dẫn chiếu áp dụng pháp luật nước ngoài nhưng khi xét xử, cơ quan tòa án sẽ không áp dụng nếu các đương sự không chứng minh sự cần thiết áp dụng pháp luật nước ngoài cũng như không đưa ra được những chứng cứ cần thiết để chứng minh điều này.

Con số 3.562 hồ sơ yêu cầu ủy thác tư pháp ra nước ngoài và 1.073 hồ sơ yêu cầu ủy thác tư pháp vào Việt Nam giai đoạn 2019-2020¹⁵, và giai đoạn 2015-2019 chỉ có 109 yêu cầu thông báo thi hành án dân sự có yếu tố nước ngoài của Việt Nam được gửi đi, phản ánh thực tiễn xét xử và thi hành án dân sự có yếu tố nước ngoài khá khó khăn....Thực tế ở Việt Nam cho thấy các Tòa án Việt Nam có xu hướng “không áp dụng pháp luật nước

¹⁴ Khoản 1 Điều 481 BLTTDS năm 2015.

¹⁵ Tòa án nhân dân tối cao (2020), *Báo cáo số 01/BC-TA ngày 09/1/2020 tổng kết công tác năm 2019 và nhiệm vụ trọng tâm công tác năm 2020 của các Tòa án*.

ngoài” do những hạn chế về mức độ am hiểu và năng lực cán bộ xét xử, khả năng tương trợ tư pháp trong quá trình xét xử giữa hệ thống Tòa án Việt Nam và cơ quan thẩm quyền nước ngoài dẫn tới hoạt động chứng minh áp dụng pháp luật nước ngoài ở Việt Nam vẫn chưa có thực tiễn cụ thể. Hiện nay, hướng dẫn quy định về nghĩa vụ chứng minh pháp luật nước ngoài của Tòa án Việt Nam được đề cập trong dự thảo Nghị quyết hướng dẫn giải quyết vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài cụ thể như sau:

- Tòa án Việt Nam có thể lựa chọn một trong các cơ quan, tổ chức, cá nhân có chuyên môn về pháp luật nước ngoài sau đây để cung cấp thông tin về pháp luật nước ngoài: (a) công ty luật nước ngoài được phép hoạt động tại Việt Nam; (b) công ty luật, văn phòng luật sư, luật sư, luật gia trong nước, chuyên gia pháp lý có kiến thức chuyên môn về pháp luật nước ngoài liên quan trực tiếp đến vụ việc dân sự.

- Chi phí cho chuyên gia do các bên đương sự phải chịu¹⁶.

- Đương sự phải dịch gửi cho Tòa án nội dung pháp luật nước ngoài liên quan đến quan hệ pháp luật đó cùng bản dịch ra tiếng Việt có công chứng hoặc chứng thực chữ ký người dịch; trường hợp nội dung pháp luật nước ngoài được cơ quan nước ngoài cấp thì ngoài việc công chứng dịch hoặc chứng thực chữ ký còn phải thực hiện hợp pháp hóa lãnh sự.

Dựa trên các hướng dẫn kể trên có thể thấy nội dung điều chỉnh về nghĩa vụ chứng minh pháp luật nước ngoài của Tòa án còn chưa cụ thể và mới chỉ đề cập tới những vấn đề cơ bản. Cụ thể, pháp luật hiện hành mới điều chỉnh 02 nội dung là: thời điểm nào và chủ thể nào có nghĩa vụ cung cấp pháp luật nước ngoài; và chi phí cho quá trình phối hợp cung cấp pháp luật nước ngoài do chủ thể nào chịu. Còn rất nhiều nội dung khác chưa có hướng dẫn như: phạm vi nội dung pháp luật nước ngoài cần cung cấp; đầu mối cơ quan thẩm quyền nước ngoài về vấn đề này; chủ thể chịu trách nhiệm về tính hợp pháp và chính xác của tài liệu pháp luật nước ngoài; hồ sơ chi tiết và biểu mẫu hướng dẫn...

Nghĩa vụ của đương sự trong áp dụng pháp luật nước ngoài khá đơn giản và dường như không có bất kỳ ràng buộc pháp lý nào đối với chủ thể này khi cung cấp các tài liệu kể trên, điều này đi ngược lại nguyên tắc cơ bản của hoạt động áp dụng pháp luật nước ngoài

¹⁶ Tòa án nhân dân tối cao (2019), *Dự thảo Nghị quyết của Hội đồng thẩm phán Tòa án Nhân dân tối cao về Phần 8 Bộ Luật tố tụng dân sự 2015 về thủ tục giải quyết vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài*.

đó là đương sự phải là chủ thể có trách nhiệm và tích cực trong toàn bộ quy trình áp dụng pháp luật nước ngoài để giải quyết vụ việc của mình. Quy định hướng dẫn kể trên trong dự thảo Nghị quyết cũng không đặt ra bất kỳ tiêu chí nội dung nào cho nguồn tài liệu pháp luật nước ngoài do đương sự cung cấp mà chỉ dừng ở quy định về hình thức “công chứng dịch” và “hợp pháp hóa lãnh sự”, từ đó cho thấy những hướng dẫn này là chưa đủ để cơ quan liên quan thực hiện.

4. Một số đề xuất giải pháp

Tư pháp quốc tế Việt Nam hiện đang trong bước chuyển mạnh mẽ về chất với việc phê chuẩn và nội luật hóa hàng loạt điều ước quốc tế quan trọng về chứng cứ; tổng đạt văn bản. Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam liên quan tới hoạt động chứng minh áp dụng pháp luật nước ngoài vẫn chứa đựng những “điểm nghẽn” cần khắc phục như: quy định chưa hoàn bị; tiêu chí chuyên môn trong cung cấp pháp luật nước ngoài bị bỏ qua; năng lực và kinh nghiệm giải quyết án còn hạn chế...

Để hoạt động áp dụng pháp luật nước ngoài của Tòa án Việt Nam hiệu quả, cần sớm có những thay đổi kịp thời cả về cơ chế lẫn quy phạm điều chỉnh, cụ thể là:

Thứ nhất, tận dụng hệ thống và quy trình tương trợ tư pháp dân sự sẵn có cho hoạt động cung cấp pháp luật nước ngoài.

Trước hết cần sửa đổi nội dung hoạt động tương trợ tư pháp dân sự theo hướng mở rộng nội hàm hoạt động liên quan tới chứng minh pháp luật nước ngoài¹⁷. Cụ thể, bổ sung các loại tài liệu phục vụ hoạt động chứng minh pháp luật nước ngoài tại Điều 10 Luật tương trợ tư pháp năm 2007, đồng thời bổ sung nội dung ủy thác tư pháp trong hoạt động cung cấp thông tin và tài liệu pháp luật nước ngoài bao gồm nhưng không giới hạn các văn bản pháp luật, văn bản pháp quy, văn bản hướng dẫn, văn bản giải thích chính thức, báo cáo nghiên cứu và hướng dẫn nghiệp vụ liên quan tới nội dung pháp luật nước ngoài cần áp dụng.

Đối với thực hiện nghĩa vụ chứng minh pháp luật nước ngoài, cần xem xét hoạt động tương trợ tư pháp dân sự với nội dung chính là quy trình, hồ sơ ủy thác tư pháp ra nước ngoài, trong đó, quy trình ủy thác tư pháp đối với yêu cầu cung cấp pháp luật nước

¹⁷ Như đã đề cập, việc cung cấp thông tin và nội dung pháp luật nước ngoài để Tòa án áp dụng có ý nghĩa rất quan trọng. Hiện nay, trong bối cảnh hoạt động này chưa thể hình thành một cơ chế riêng biệt thì việc bổ sung tài liệu, hồ sơ pháp luật nước ngoài trong phạm vi tương trợ tư pháp dân sự là rất cần thiết.

ngoài do Tòa án nhân dân cấp tỉnh; cấp cao; tối cao có yêu cầu cung cấp pháp luật nước ngoài (trên cơ sở chứng minh thỏa thuận của đương sự hoặc viện dẫn của pháp luật). Đối với tổng đạt giấy tờ, hiện Việt Nam áp dụng 01 kênh ủy thác tư pháp chính, 04 kênh ủy thác tư pháp thay thế (kênh ngoại giao - lãnh sự trực tiếp; kênh lãnh sự gián tiếp; kênh ngoại giao gián tiếp và kênh bưu điện) theo Công ước Tổng đạt giấy tờ¹⁸. Với quy trình sẵn có trên, việc cung cấp pháp luật nước ngoài làm cơ sở áp dụng tại hệ thống tòa án sẽ trở nên dễ dàng và thuận lợi hơn.

Thứ hai, cần xây dựng quy trình đặc thù của chứng minh áp dụng pháp luật nước ngoài theo hướng “tiết giảm quy trình và tăng cường chuyên môn”.

Cơ quan chuyên môn cần nghiên cứu, cân nhắc áp dụng các quy định hợp lý từ học thuyết chứng cứ và học thuyết của Hoa Kỳ trong chứng minh nội dung pháp luật nước ngoài¹⁹. Chúng ta nên xây dựng thí điểm một quy trình tố tụng riêng khi áp dụng pháp luật nước ngoài để đảm bảo sự tham gia của các chuyên gia pháp lý; đại diện cơ quan chuyên môn nước ngoài bởi như đã nêu, để giải quyết một vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài trong đó Tòa án Việt Nam áp dụng pháp luật nước ngoài trong hoạt động xét xử đòi hỏi một quy trình tố tụng khác biệt. Theo đó, ngoài các bước tố tụng thông thường như thụ lý đơn khởi kiện, triệu tập các bên, áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời... thì quy trình tố tụng còn phát sinh thêm nội dung yêu cầu cung cấp pháp luật nước ngoài. Trường hợp yêu cầu cung cấp pháp luật nước ngoài, quá trình tố tụng có thể kéo dài do phải áp dụng tương trợ tư pháp dân sự; trưng cầu ý kiến chuyên gia; tham vấn cơ quan thẩm quyền và chuyên môn của quốc gia đó; Quá trình xét xử có sự tham gia của chuyên gia và cơ quan chuyên môn có thể cũng sẽ khác biệt khi hoàn toàn có thể áp dụng các mô hình giải pháp Tòa án điện tử để hạn chế chi phí cho đương sự.

Quy trình cũng cần xác định rõ trách nhiệm pháp lý khi hoạt động tương trợ phối hợp giữa Tòa án Việt Nam và các cơ quan liên quan không đạt kết quả, xây dựng cơ chế san sẻ trách nhiệm thanh toán có thể được cân nhắc bổ sung để hài hòa lợi ích các bên

¹⁸ Bộ Tư pháp (2018), *Sổ tay hướng dẫn thực hiện tương trợ tư pháp trong lĩnh vực dân sự tại Việt Nam*, tr.35.

¹⁹ Như đã đề cập ở trên, học thuyết Hoa Kỳ cho thấy những ưu việt khi nhấn mạnh nghĩa vụ khởi xướng áp dụng pháp luật nước ngoài của các đương sự hoặc quy phạm xung đột có dẫn chiếu áp dụng, điều này giúp giảm tải đáng kể cho hoạt động xét xử áp dụng pháp luật nước ngoài của hệ thống tòa án.

trong tranh chấp. Ngoài ra, cần thống nhất vai trò của Tòa án nhân dân cấp cao và Tòa án nhân dân cấp tỉnh trong thực hiện hoạt động phối hợp trong yêu cầu cung cấp pháp luật nước ngoài²⁰. Tòa án cũng cần xây dựng và cập nhật thường xuyên danh sách các chuyên gia pháp lý về pháp luật nước ngoài (tương tự như danh sách trọng tài viên; hòa giải viên) để cung cấp cho đương sự lựa chọn hoặc Tòa án chỉ định tham gia quá trình giải quyết vụ việc.

Thứ ba, cần tăng cường hợp tác với các nước trong khu vực về cung cấp pháp luật nước ngoài.

Để xác định nội dung pháp luật nước ngoài, Liên minh Châu Âu xây dựng và thông qua Công ước về Cung cấp thông tin pháp luật nước ngoài năm 1968 (The European Convention on Information on Foreign law 1968), theo đó, bất kỳ một yêu cầu cung cấp thông tin nào cũng phải được khởi xướng từ một cơ quan có thẩm quyền mặc dù yêu cầu đó có thể không xuất phát từ nhu cầu của cơ quan này; Yêu cầu này chỉ có thể được xác lập khi vụ việc có liên quan đã chính thức được tiếp nhận và trong quá trình giải quyết. Điều này được hiểu là trong quá trình giải quyết tranh chấp, bất kỳ chủ thể nào có liên quan cũng có thể phát sinh nhu cầu được cung cấp thông tin về pháp luật nước ngoài nhưng tất cả những nhu cầu đó đều phải được chuyển đến cơ quan có thẩm quyền (cơ quan tiếp nhận) và cơ quan này sẽ thực hiện những công đoạn tiếp theo, các chủ thể khác không có thẩm quyền sẽ không được tự gửi đi những yêu cầu như thế; Yêu cầu này sẽ được chuyển trực tiếp cho cơ quan tiếp nhận của quốc gia nước ngoài.

Nội dung của yêu cầu này phải thể hiện rõ những điểm sau: (i) Chủ thể yêu cầu cung cấp thông tin là ai cũng như tình tiết của vụ việc đang được giải quyết; (ii) Thể hiện ở mức chính xác nhất có thể những thông tin cần cung cấp liên quan đến pháp luật nước ngoài; (iii) Nếu quốc gia nước ngoài nhận được yêu cầu có nhiều hệ thống pháp luật thì cần chỉ rõ cần tìm hiểu thông tin của hệ thống pháp luật nào. Bên cạnh đó, Công ước cũng có những quy định khá rõ ràng cụ thể liên quan đến thời gian, ngôn ngữ và chi phí liên

²⁰ Theo đó, đương sự khi thỏa thuận áp dụng pháp luật nước ngoài cần có đơn yêu cầu gửi cơ quan Tòa án kèm theo căn cứ chứng minh thỏa thuận của các bên về áp dụng pháp luật nước ngoài. Việc lựa chọn chủ thể xác minh nội dung pháp luật nước ngoài cần có thẩm định của Tòa án thụ lý, trường hợp Tòa án phối hợp với Bộ Tư pháp, cơ quan ngoại giao thì cần thiết xây dựng danh mục các đơn vị, tổ chức đủ điều kiện cung cấp thông tin pháp luật nước ngoài và đảm bảo tính chính xác và đúng đắn của thông tin...

quan đến hoạt động cung cấp thông tin pháp luật nước ngoài²¹. Bên cạnh đó, một bộ giải pháp chia sẻ pháp luật trực tuyến đã được Liên minh Châu Âu triển khai nhằm thúc đẩy quá trình thông tin pháp luật giữa các quốc gia trong liên minh, cụ thể: *ELI (European Legislation Identifier)* - một giải pháp trang web điện tử cho phép truy cập trực tiếp luật pháp quốc gia thông qua định danh; và *ECLI (European Case Law Identifier)* cho phép truy cập các án lệ, tình huống pháp lý trên môi trường internet²².

Tham khảo và phân tích mô hình của các nước Liên minh Châu Âu thông qua Công ước về Cung cấp thông tin pháp luật nước ngoài của Liên minh Châu Âu rất có ý nghĩa trong bối cảnh Việt Nam vừa gia nhập Cộng đồng Kinh tế ASEAN. Việt Nam có thể đề xuất với các nước thành viên Cộng đồng xây dựng một Hiệp định về vấn đề cung cấp thông tin pháp luật nước ngoài là giải pháp mang tầm vĩ mô nhưng trong tương lai nếu thực hiện được sẽ mang lại lợi ích rất lớn cho các nước thành viên Cộng đồng. Từ đó, cho phép mở rộng nguồn tư liệu tham vấn trên cơ sở quan hệ hợp tác thông tin giữa các hệ thống tòa án các quốc gia. Trên cơ sở kinh nghiệm về hệ thống thông tin pháp luật và bản án của Liên minh Châu Âu và Cộng đồng Kinh tế ASEAN, hệ thống Tòa án Việt Nam cần cân nhắc bổ sung thêm những nguồn mới như: các nghiên cứu; báo cáo nghiệp vụ ngành; trao đổi kinh nghiệm áp dụng pháp luật do các cơ quan quyền lực công hoặc các tổ chức phi chính phủ uy tín thực hiện.

4. Kết luận

Toàn cầu hóa, hội nhập quốc tế và tự do hóa các hoạt động giao thương là xu hướng không thể đảo ngược trong thế giới hiện nay khiến cho việc áp dụng pháp luật nước ngoài trong các quan hệ dân sự, kinh doanh thương mại là một nhu cầu tất yếu của tất cả các quốc gia, trong đó có Việt Nam. BLTTDS năm 2015 dù có nhiều tiến bộ nhưng vẫn tồn tại một số hạn chế trong kỹ thuật lập pháp, thiếu hướng dẫn chi tiết về tiêu chí chuyên môn đối với tham vấn và cung cấp pháp luật nước ngoài; thiếu cơ chế trách nhiệm và chưa tận dụng được hệ thống quy trình tương trợ tư pháp dân sự.

²¹ Talia Einhorn (2004), *The Ascertainment and Application of Foreign Law in Israeli Courts – Getting the Facts and Fallacies Straight*, tr.109.

²² Hague Conference on Private International Law (2014), *Enhancing access to foreign law and case law - Presentation of solutions by the European Union*, Doc. Prel. No 14 of April 2014, p.3.

Chúng ta cần tiếp tục hoàn thiện các quy phạm tư pháp quốc tế Việt Nam; sửa đổi, bổ sung quy phạm pháp luật tương trợ tư pháp, cập nhật quy trình, thủ tục cung cấp pháp luật nước ngoài; xây dựng bộ tiêu chí chuyên môn về nguồn pháp luật cung cấp và nguồn giải thích pháp luật nước ngoài. Đồng thời, vận dụng kinh nghiệm quốc tế; thí điểm quy trình tố tụng riêng; tăng cường hợp tác khu vực và quốc tế trong xây dựng dữ liệu pháp luật và tăng cường hiệu quả đào tạo và bồi dưỡng cán bộ ngành tư pháp. Nếu thực hiện được những giải pháp trên, “điểm nghẽn” về dẫn chiếu và áp dụng pháp luật nước ngoài ở Việt Nam mới hi vọng giải quyết được triệt để./.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Nguyễn Xuân Bình, Nguyễn Thị Nhung (2018), *Một số khó khăn trong thực tiễn giải quyết vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài theo quy định của BLTTDS 2015*, Tạp chí Tòa án nhân dân điện tử, <https://tapchitoaan.vn>, 2018.
2. Nguyễn Bá Diên (2013), *Giáo trình Tư pháp quốc tế*, NXB Đại học Quốc gia Hà Nội.
3. Bộ Tư pháp (2018), *Sổ tay hướng dẫn thực hiện tương trợ tư pháp trong lĩnh vực dân sự tại Việt Nam*.
4. Hague Conference on Private International Law (2014), *Enhancing access to foreign law and case law - Presentation of solutions by the European Union*, Doc. Prel. No 14 of April 2014.
5. Hausmann Rainer (2008), *Pleading and Proof of foreign law – a Comparative analysis*, The European legal forum (E) 1-2008, 2008 (1-14).
6. Đỗ Minh Tuấn (2014), *Xác định nội dung pháp luật nước ngoài để giải quyết tranh chấp dân sự quốc tế bởi Tòa án*, Tạp chí kinh tế đối ngoại số 70/2014.
7. Talia Einhorn (2004), *The Ascertainment and Application of Foreign Law in Israeli Courts – Getting the Facts and Fallacies Straight*.
8. Phùng Hồng Thanh (2021), *Áp dụng pháp luật dân sự nước ngoài tại Việt Nam, so sánh với pháp luật một số quốc gia*, Tạp chí Tòa án nhân dân điện tử, <https://tapchitoaan.vn>, truy cập ngày 22/6/2021.

9. Tòa án nhân dân tối cao (2019), *Dự thảo Nghị quyết của Hội đồng thẩm phán Tòa án Nhân dân tối cao về Phần 8 Bộ Luật tố tụng dân sự 2015 về thủ tục giải quyết vụ việc dân sự có yếu tố nước.*
10. Tòa án nhân dân tối cao (2020), *Báo cáo số 01/BC-TA ngày 09/1/2020 tổng kết công tác năm 2019 và nhiệm vụ trọng tâm công tác năm 2020 của các Tòa án;*
11. Lý Vân Anh (2017), *Một số đánh giá về những điểm mới của Bộ luật Dân sự 2015 về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài*, Tạp chí Kinh tế đối ngoại (Trường ĐH Ngoại Thương) số 91 năm 2017.
12. Nguyễn Tiến Vinh (2017), *Bộ luật Dân sự 2015 trong xu thế pháp điển hóa và hài hòa hóa Tư pháp quốc tế trên thế giới*, Tạp chí Kinh tế đối ngoại (Trường ĐH Ngoại Thương) số 86 năm 2017.

THẨM QUYỀN ÁP DỤNG BIỆN PHÁP KHẮC PHỤC HẬU QUẢ
TRONG PHÁP LUẬT XỬ PHẠT VI PHẠM HÀNH CHÍNH

NGUYỄN NHẬT KHANH *

NGUYỄN CÔNG TÂY**

Ngày nhận bài: 27/01/2022

Ngày phản biện: 06/02/2022

Ngày đăng bài: 30/03/2022

Tóm tắt:

Xử phạt vi phạm hành chính được xem là một giải pháp hữu hiệu để đấu tranh, phòng chống vi phạm hành chính. Bên cạnh việc áp dụng các hình thức xử phạt để răn đe cá nhân, tổ chức thực hiện vi phạm hành chính, pháp luật còn áp dụng các biện pháp nhất định nhằm khắc phục hậu quả do vi phạm hành chính gây ra. Để việc áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả có tính hợp pháp đòi hỏi chủ thể xử phạt phải có đầy đủ thẩm quyền theo quy định của pháp luật. Bài viết phân tích thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả trong pháp luật xử phạt vi phạm hành chính, chỉ ra một số bất cập và đề xuất kiến nghị hoàn thiện.

Từ khóa:

Thẩm quyền, biện pháp khắc phục hậu quả, vi phạm hành chính, xử phạt vi phạm hành chính.

Abstract:

Sanctioning of administrative violations is seen as an effective solution to fight and prevent administrative violations. In addition to the application of sanctioning forms to deter individuals and organizations from committing administrative violations, the law also applies certain measures to overcome the consequences of administrative violations. In order for the application of remedies, the person who sanctioning must have full competence as prescribed by law. This article analyzes the competence to the application of remedies in the law on handling of administrative violations, pointing out some inadequacies and making some proposals for improvement.

Keywords:

Competence, remedies, administrative violations, sanctioning of administrative violations.

* ThS., NCS, Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh; Email: nnkhanh@hcmulaw.edu.vn

** ThS., Nhà xuất bản Chính trị quốc gia Sự thật – Chi nhánh tại Thành phố Hồ Chí Minh.

• Ghi chú: Tải bài viết toàn văn tại địa chỉ: <http://tapchi.hul.edu.vn>.

1. Đặt vấn đề

Vi phạm hành chính không chỉ xâm phạm trật tự quản lý nhà nước mà còn gây ra những hậu quả nhất định cho xã hội, làm ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức. Do đó, bên cạnh việc áp dụng các hình thức xử phạt để răn đe cá nhân, tổ chức thực hiện vi phạm hành chính, pháp luật còn áp dụng các biện pháp nhất định nhằm khắc phục hậu quả do vi phạm hành chính gây ra¹. Hiện nay, Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (sửa đổi, bổ sung năm 2020) (Sau đây gọi là Luật Xử lý vi phạm hành chính) quy định các biện pháp khắc phục hậu quả tại khoản 1 Điều 28 gồm các biện pháp sau:

- Buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu;
- Buộc phá dỡ công trình, phần công trình xây dựng không có giấy phép hoặc xây dựng không đúng với giấy phép;
- Buộc thực hiện biện pháp khắc phục tình trạng ô nhiễm môi trường, lây lan dịch bệnh;
- Buộc đưa ra khỏi lãnh thổ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam hoặc tái xuất hàng hoá, vật phẩm, phương tiện;
- Buộc tiêu hủy hàng hóa, vật phẩm gây hại cho sức khỏe con người, vật nuôi, cây trồng và môi trường, văn hóa phẩm có nội dung độc hại;
- Buộc cải chính thông tin sai sự thật hoặc gây nhầm lẫn;
- Buộc loại bỏ yếu tố vi phạm trên hàng hoá, bao bì hàng hóa, phương tiện kinh doanh, vật phẩm;
- Buộc thu hồi sản phẩm, hàng hóa không bảo đảm chất lượng;
- Buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính hoặc buộc nộp lại số tiền bằng trị giá tang vật, phương tiện vi phạm hành chính đã bị tiêu thụ, tẩu tán, tiêu hủy trái quy định của pháp luật;
- Các biện pháp khắc phục hậu quả khác do Chính phủ quy định.

Có thể thấy, các biện pháp khắc phục hậu quả không phải là danh sách đóng mà có thể được mở rộng, bổ sung. Sự mở rộng, bổ sung này phụ thuộc vào quyền quyết định của Chính phủ. Quy định này cũng tạo điều kiện thuận lợi cho Chính phủ trong việc chủ động

¹ Cao Vũ Minh, Nguyễn Nhật Khanh (2017), *Về biện pháp khắc phục hậu quả trong xử phạt vi phạm hành chính*, Tạp chí Nhà nước và pháp luật, số 6, tr. 10.

xây dựng và lựa chọn các biện pháp khắc phục hậu quả phù hợp với sự đa dạng của các vi phạm hành chính trong từng lĩnh vực khác nhau².

Trong khi đó, “thẩm quyền” là một thuật ngữ được sử dụng rất phổ biến trong các văn bản quy phạm pháp luật khi đề cập đến chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của một chủ thể. Dưới góc độ lý luận, thẩm quyền là một hệ thống các yếu tố cấu thành bao gồm hai nhóm sau: *i*. Các quyền và nghĩa vụ chung để thực hiện chức năng nhất định mà một chủ thể được trao để giải quyết những vấn đề phát sinh trong hoạt động của mình; *ii*. Những quyền hạn cụ thể để thực hiện các quyền và nghĩa vụ chung nêu trên³.

Trong lĩnh vực hành chính, để khôi phục trật tự quản lý nhà nước đã bị vi phạm hành chính xâm phạm cũng như khắc phục hậu quả do vi phạm hành chính gây ra, pháp luật trao quyền cho một số chủ thể để tác động lên các cá nhân, tổ chức vi phạm hành chính nhằm buộc họ thực hiện những biện pháp do pháp luật quy định. Trong pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính, thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả là một chế định pháp lý bao gồm tổng thể các quy phạm pháp luật quy định quyền và nghĩa vụ của các chức danh cụ thể trong việc áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả đối với cá nhân, tổ chức vi phạm hành chính.

2. Một số đặc trưng của thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả

Thứ nhất, thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả là một bộ phận của thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính.

Luật Xử lý vi phạm hành chính quy định “*Xử phạt vi phạm hành chính là việc người có thẩm quyền xử phạt áp dụng hình thức xử phạt, biện pháp khắc phục hậu quả đối với cá nhân, tổ chức thực hiện hành vi vi phạm hành chính theo quy định của pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính*”⁴. Khi thiết kế quy định về thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính, các nhà làm luật sẽ quy định thành hai nội dung cụ thể là: *i*. Thẩm quyền áp dụng hình thức xử phạt và *ii*. Thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả. Tùy vào tính chất, mức độ nguy hiểm cho xã hội cũng như hậu quả do vi phạm hành chính gây ra, người có thẩm quyền sẽ áp dụng các hình thức xử phạt cũng như biện pháp khắc phục hậu quả theo quy định của pháp luật để xử lý hành vi vi phạm. Do vậy, thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả được xem là một bộ phận của thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính.

² Cao Vũ Minh, Nguyễn Nhật Khanh (2017), *Về biện pháp khắc phục hậu quả trong xử phạt vi phạm hành chính*, Tạp chí Nhà nước và pháp luật, số 6, tr. 11.

³ Nguyễn Cửu Việt (2005), *Cải cách hành chính: về khái niệm thẩm quyền*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 8, tr. 47.

⁴ Khoản 2 Điều 2 Luật Xử lý vi phạm hành chính.

Thứ hai, không phải chủ thể nào có thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính cũng có thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả.

Hiện nay, thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính được Luật Xử lý vi phạm hành chính quy định cho các chức danh cụ thể từ Điều 38 đến Điều 51 gồm Chủ tịch Ủy ban nhân dân các cấp; các chức danh thuộc Công an nhân dân; Bộ đội biên phòng; Cảnh sát biển; Hải quan; Kiểm lâm; Kiểm ngư; cơ quan Thuế; Quản lý thị trường; Ủy ban cạnh tranh quốc gia; Thanh tra; Cảng vụ (hàng hải, hàng không, đường thủy nội địa); Tòa án nhân dân; Kiểm toán nhà nước; cơ quan Thi hành án dân sự; cơ quan đại diện ngoại giao, cơ quan lãnh sự, cơ quan khác được ủy quyền thực hiện chức năng lãnh sự của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam ở nước ngoài⁵. Căn cứ vào chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của mỗi chủ thể mà pháp luật sẽ trao cho họ phạm vi thẩm quyền phù hợp.

Nghiên cứu quy định của Luật Xử lý vi phạm hành chính có thể thấy không phải chủ thể nào có thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính cũng có thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả. Phần lớn chủ thể có thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính sẽ vừa có thẩm quyền áp dụng các hình thức xử phạt, vừa có thẩm quyền áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả. Tuy nhiên, có một số chức danh mặc dù có thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính nhưng chỉ có thẩm quyền áp dụng các hình thức xử phạt mà không có thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả⁶. Chẳng hạn, theo khoản 1 Điều 45 Luật Xử lý vi phạm hành chính, Kiểm soát viên thị trường đang thi hành công vụ chỉ có quyền áp dụng các hình thức xử phạt là cảnh cáo và phạt tiền nhưng không có thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả.

Thứ ba, thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả vẫn được bảo đảm thực hiện ngay cả khi không thể ban hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính.

Điều 65 Luật Xử lý vi phạm hành chính quy định người có thẩm quyền xử phạt sẽ không ra quyết định xử phạt vi phạm hành chính trong những trường hợp sau đây: *i*. Những trường hợp không bị xử phạt (gồm: vi phạm hành chính trong tình thế cấp thiết; vi phạm hành chính do phòng vệ chính đáng; vi phạm hành chính do sự kiện bất ngờ; vi

⁵ Khi ban hành năm 2012, Luật Xử lý vi phạm hành chính quy định thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính cho 185 chức danh. Vào năm 2020, khi sửa đổi Luật Xử lý vi phạm hành chính, Quốc hội đã bãi bỏ thẩm quyền xử phạt của một số chức danh, đồng thời bổ sung thẩm quyền xử phạt cho một số chức danh mới để đáp ứng yêu cầu của thực tiễn quản lý. Sau khi sửa đổi, bổ sung, đạo luật này quy định có 207 chức danh có thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính.

⁶ Các chức danh quy định tại khoản 1 và khoản 2 Điều 39; khoản 1 và khoản 2 Điều 40; khoản 1 và khoản 2 Điều 41; khoản 1 và khoản 2 Điều 42; khoản 1 và khoản 2 Điều 43; khoản 1 Điều 43a; khoản 1 và khoản 2 Điều 44; khoản 1 Điều 45; khoản 1 Điều 47; khoản 1 và khoản 3 Điều 48; khoản 1 Điều 49 Luật Xử lý vi phạm hành chính.

phạm hành chính do sự kiện bất khả kháng; người thực hiện hành vi vi phạm hành chính không có năng lực trách nhiệm hành chính; người thực hiện hành vi vi phạm hành chính chưa đủ tuổi bị xử phạt vi phạm hành chính); *ii*. Không xác định được đối tượng vi phạm hành chính; *iii*. Hết thời hiệu xử phạt vi phạm hành chính hoặc hết thời hạn ra quyết định xử phạt vi phạm hành chính; *iv*. Cá nhân vi phạm hành chính chết, mất tích, tổ chức vi phạm hành chính đã giải thể, phá sản trong thời gian xem xét ra quyết định xử phạt; *v*. Chuyển hồ sơ vụ vi phạm có dấu hiệu tội phạm.

Trừ trường hợp chuyển hồ sơ vụ vi phạm có dấu hiệu tội phạm, các trường hợp còn lại do không ban hành quyết định xử phạt nên người có thẩm quyền sẽ không thể áp dụng một số hình thức xử phạt đối với cá nhân, tổ chức vi phạm hành chính (như cảnh cáo; phạt tiền; tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề có thời hạn hoặc đình chỉ hoạt động có thời hạn; trục xuất)⁷. Tuy nhiên, trong các trường hợp trên, người có thẩm quyền vẫn có thể ban hành quyết định áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả theo quy định của pháp luật⁸. Quy định này nhằm bảo đảm thực hiện nguyên tắc “...*mọi hậu quả do vi phạm hành chính gây ra phải được khắc phục theo đúng quy định của pháp luật*”⁹.

3. Một số bất cập pháp luật về thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả

Thứ nhất, quy định về thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả chưa đáp ứng được yêu cầu của thực tiễn xử phạt vi phạm hành chính, thậm chí làm vô hiệu hóa thẩm quyền xử phạt của một số chức danh.

Khi xử phạt vi phạm hành chính đối với một vi phạm cụ thể đòi hỏi người có thẩm quyền xử phạt phải có thẩm quyền áp dụng đầy đủ các hình thức xử phạt và biện pháp khắc phục hậu quả áp dụng đối với vi phạm hành chính đó, nếu thiếu một trong hai điều kiện trên thì người đó không có thẩm quyền xử phạt. Nghiên cứu hệ thống các quy định pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính có thể nhận thấy quy định về thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả đối với một số chức danh vẫn chưa phù hợp, chưa đáp ứng được yêu cầu của thực tiễn xử phạt, xin dẫn chứng một số trường hợp cụ thể sau:

Đối với Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã, Luật Xử lý vi phạm hành chính quy định chủ thể này chỉ được áp dụng 04 biện pháp khắc phục hậu quả sau: i. Buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu; ii. Buộc phá dỡ công trình, phần công trình xây dựng không có giấy phép hoặc xây dựng không đúng với giấy phép; iii. Buộc thực hiện biện pháp khắc phục

⁷ Hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính vẫn có thể được áp dụng nếu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính thuộc loại cấm tàng trữ, cấm lưu hành hoặc tang vật, phương tiện mà pháp luật có quy định hình thức xử phạt tịch thu.

⁸ Khoản 2 Điều 65 Luật Xử lý vi phạm hành chính.

⁹ Điểm a khoản 1 Điều 3 Luật Xử lý vi phạm hành chính.

tình trạng ô nhiễm môi trường, lây lan dịch bệnh; iv. Buộc tiêu hủy hàng hóa, vật phẩm gây hại cho sức khỏe con người, vật nuôi, cây trồng và môi trường, văn hóa phẩm có nội dung độc hại¹⁰. Trên cơ sở quy định này, khi ban hành Nghị định quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong các lĩnh vực, Chính phủ cũng chỉ được phép quy định thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả đối với Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã trong phạm vi các biện pháp nêu trên.

Trong lĩnh vực đất đai, Nghị định số 91/2019/NĐ-CP quy định Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã chỉ được áp dụng duy nhất một biện pháp khắc phục hậu quả là “*Buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu của đất trước khi vi phạm*”. Vấn đề pháp lý phát sinh là có khá nhiều các vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai thuộc thẩm quyền áp dụng các hình thức xử phạt của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã, song vì không được quy định áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả ngoài biện pháp nêu trên đã làm vô hiệu hóa thẩm quyền xử phạt của chức danh này. Đơn cử, hành vi không đăng ký đất đai quy định tại Điều 17 Nghị định số 91/2019/NĐ-CP có thể bị phạt cảnh cáo hoặc phạt tiền đến 5.000.000 đồng tùy từng trường hợp vi phạm, đồng thời bị áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*Buộc người đang sử dụng đất trong các trường hợp không thực hiện đăng ký đất đai lần đầu, không thực hiện đăng ký biến động đất đai phải làm thủ tục đăng ký đất đai theo quy định*”. Đối chiếu với quy định về thẩm quyền xử phạt trong lĩnh vực đất đai của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã có thể thấy chủ thể này có thể áp dụng các hình thức xử phạt nhưng lại không thể áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả. Do đó, nếu Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã thụ lý giải quyết vi phạm hành chính nêu trên thì sẽ không có thẩm quyền xử phạt mà phải chuyển lên cho cấp trên trực tiếp là Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện¹¹. Như vậy, trong trường hợp này, quy định về biện pháp khắc phục hậu quả “*Buộc người đang sử dụng đất trong các trường hợp không thực hiện đăng ký đất đai lần đầu, không thực hiện đăng ký biến động đất đai phải làm thủ tục đăng ký đất đai theo quy định*” đã gián tiếp làm “vô hiệu hóa” thẩm quyền xử phạt của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã.

Đối với các chức danh ở cấp cơ sở khác, Luật Xử lý vi phạm hành chính quy định Chiến sĩ Công an nhân dân đang thi hành công vụ, Thủ trưởng đơn vị Cảnh sát cơ động cấp đại đội, Trưởng trạm, Đội trưởng của Chiến sĩ Công an nhân dân, Chiến sĩ Bộ đội biên phòng đang thi hành công vụ, Cảnh sát viên Cảnh sát biên đang thi hành công vụ, Tổ

¹⁰ Điểm d khoản 1 Điều 38 Luật Xử lý vi phạm hành chính.

¹¹ Điểm b khoản 4 Điều 52 Luật Xử lý vi phạm hành chính quy định: “*Nếu hình thức, mức xử phạt, trị giá tang vật, phương tiện vi phạm hành chính bị tịch thu, biện pháp khắc phục hậu quả được quy định đối với một trong các hành vi vượt quá thẩm quyền của người xử phạt vi phạm hành chính thì người đó phải chuyển vụ vi phạm đến cấp có thẩm quyền xử phạt*”.

trưởng Tổ nghiệp vụ Cảnh sát biển, Công chức Hải quan đang thi hành công vụ, Đội trưởng, Tổ trưởng thuộc Chi cục Hải quan; Tổ trưởng thuộc Đội Kiểm soát thuộc Cục Hải quan tỉnh, liên tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương; Đội trưởng thuộc Chi cục Kiểm tra sau thông quan... chỉ có thẩm quyền áp dụng hình thức xử phạt mà không có thẩm quyền áp dụng bất cứ biện pháp khắc phục hậu quả nào. Trong khi đó, thực tiễn quản lý nhà nước cho thấy các vi phạm hành chính thường do nhóm chủ thể ở cấp cơ sở trực tiếp phát hiện. Không ít vi phạm hành chính trong các lĩnh vực đều nằm trong phạm vi thẩm quyền áp dụng các hình thức xử phạt của các chức danh này, thế nhưng vì không có thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả nên các chủ thể này không thể tiến hành xử phạt, dẫn đến tình trạng “lãng phí thẩm quyền” khi xử phạt vi phạm hành chính.

Đơn cử, trong lĩnh vực bảo vệ môi trường, Nghị định số 155/2016/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 55/2021/NĐ-CP) quy định hành vi “*vứt, thái, bỏ đầu, mẩu và tàn thuốc lá không đúng nơi quy định tại khu chung cư, thương mại, dịch vụ hoặc nơi công cộng*” sẽ bị phạt tiền từ 100.000 đồng đến 150.000 đồng và áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*Buộc phải thực hiện các biện pháp khắc phục tình trạng ô nhiễm môi trường và báo cáo kết quả đã khắc phục xong hậu quả vi phạm trong thời hạn do người có thẩm quyền xử phạt ấn định trong quyết định xử phạt vi phạm hành chính*”¹². Đây là dạng vi phạm hành chính phổ biến, có mức phạt thấp, biện pháp khắc phục hậu quả có tính chất đơn giản nhưng Chiến sĩ công an nhân dân cũng không thể xử phạt vì không có thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả, dù mức phạt tiền nằm trong phạm vi thẩm quyền của họ.

Bất cập này dẫn đến hệ quả cấp dưới sẽ dồn các vụ vi phạm hành chính lên cấp trên, buộc cấp trên phải “ôm đồm” xử phạt luôn cả những vi phạm vốn dĩ thuộc thẩm quyền của cấp dưới. Đây là phương án đi ngược lại với chủ trương mở rộng thẩm quyền cho cấp dưới, đồng thời cũng đi ngược lại với phân cấp quản lý nhà nước về hoạt động xử phạt và mâu thuẫn với nguyên tắc xác định thẩm quyền xử phạt dựa trên tính chất, mức độ nguy hiểm của hành vi¹³.

Thứ hai, giữa các Nghị định của Chính phủ với Luật Xử lý vi phạm hành chính chưa có sự thống nhất khi quy định về thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả.

¹² Điểm a khoản 1, điểm c khoản 13 Nghị định số 155/2016/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 55/2021/NĐ-CP).

¹³ Nguyễn Cảnh Hợp, Mai Thị Lâm (2015), *Quy định thẩm quyền xử phạt theo tỷ lệ phần trăm có không chế mức trần: Ưu điểm hay hạn chế?*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 6, tr. 23.

Trong lĩnh vực xử phạt vi phạm hành chính, Luật Xử lý vi phạm hành chính được xem là luật chung, điều chỉnh các vấn đề mang tính chất “khung”, trong đó có quy định về thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả. Trên cơ sở đó, Chính phủ sẽ ban hành các Nghị định để quy định về xử phạt vi phạm hành chính cụ thể trong các lĩnh vực quản lý nhà nước. Tuy nhiên, qua khảo sát tác giả nhận thấy vẫn còn tồn tại một số trường hợp chưa có sự thống nhất giữa Luật Xử lý vi phạm hành chính với các Nghị định của Chính phủ khi quy định về thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả. Cụ thể như sau:

Một là, một số Nghị định của Chính phủ đã “*bác bỏ*” thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả của một số chức danh trong Luật Xử lý vi phạm hành chính.

Theo quy định của Luật Xử lý vi phạm hành chính, Giám đốc Công an cấp tỉnh có quyền áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả gồm: *i*. Buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu; *ii*. Buộc thực hiện biện pháp khắc phục tình trạng ô nhiễm môi trường, lây lan dịch bệnh; *iii*. Buộc tiêu hủy hàng hóa, vật phẩm gây hại cho sức khỏe con người, vật nuôi, cây trồng và môi trường, văn hóa phẩm có nội dung độc hại; *iv*. Buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính hoặc buộc nộp lại số tiền bằng trị giá tang vật, phương tiện vi phạm hành chính đã bị tiêu thụ, tẩu tán, tiêu hủy trái quy định của pháp luật; *v*. Các biện pháp khắc phục hậu quả khác do Chính phủ quy định¹⁴. Tuy nhiên, khi quy định thẩm quyền xử phạt của Giám đốc Công an cấp tỉnh, Nghị định số 96/2020/NĐ-CP quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực quản lý, bảo vệ biên giới quốc gia lại không cho phép chức danh này áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*Buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính hoặc buộc nộp lại số tiền bằng trị giá tang vật, phương tiện vi phạm hành chính đã bị tiêu thụ, tẩu tán, tiêu hủy trái quy định của pháp luật*”¹⁵, điều này hoàn toàn không phù hợp với quy định của Luật Xử lý vi phạm hành chính.

Hai là, một số Nghị định của Chính phủ đã “*tự ý mở rộng*” thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả của một số chức danh so với quy định của Luật Xử lý vi phạm hành chính.

Trong lĩnh vực quản lý, bảo vệ biên giới quốc gia, Nghị định số 96/2020/NĐ-CP quy định Tư lệnh Cảnh sát biên Việt Nam có quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả quy định tại khoản 3 Điều 3 Nghị định này trong đó có biện pháp khắc phục hậu quả “*Buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính*”¹⁶. Tương tự, trong lĩnh

¹⁴ Điểm e khoản 5 Điều 39 Luật Xử lý vi phạm hành chính.

¹⁵ Điểm đ khoản 3 Điều 3, điểm e khoản 5 Điều 17 Nghị định số 96/2020/NĐ-CP.

¹⁶ Điểm đ khoản 7 Điều 18 Nghị định số 96/2020/NĐ-CP.

vực tài nguyên nước và khoáng sản, Nghị định số 36/2020/NĐ-CP quy định Trường Công an cấp huyện; Trường phòng Cảnh sát giao thông, Trường phòng Cảnh sát đường thủy, Trường phòng Cảnh sát tội phạm về môi trường; Trường phòng Cảnh sát điều tra tội phạm về tham nhũng, kinh tế, buôn lậu; Trường phòng An ninh kinh tế cũng có quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*Buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính*”¹⁷. Trong khi đó, đối chiếu với thẩm quyền của các chức danh nêu trên trong Luật Xử lý vi phạm hành chính thì hoàn toàn không có thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*Buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính*”¹⁸.

Luật Xử lý vi phạm hành chính quy định Thanh tra viên, người được giao thực hiện nhiệm vụ thanh tra chuyên ngành trong lĩnh vực cạnh tranh đang thi hành công vụ có quyền áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả tại các điểm a, c và đ khoản 1 Điều 28 gồm: *i. Buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu; ii. Buộc thực hiện biện pháp khắc phục tình trạng ô nhiễm môi trường, lây lan dịch bệnh; iii. Buộc tiêu hủy hàng hóa, vật phẩm gây hại cho sức khỏe con người, vật nuôi, cây trồng và môi trường, văn hóa phẩm có nội dung độc hại.* Trong khi đó, Nghị định số 75/2019/NĐ-CP quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực cạnh tranh lại cho phép Thanh tra viên, người được giao thực hiện nhiệm vụ thanh tra chuyên ngành trong lĩnh vực cạnh tranh đang thi hành công vụ có quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*Buộc cung cấp đầy đủ các thông tin, tài liệu*”¹⁹. Tương tự, Nghị định số 119/2020/NĐ-CP quy định xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động báo chí, hoạt động xuất bản quy định Thanh tra viên, người được giao thực hiện nhiệm vụ thanh tra chuyên ngành Thông tin và Truyền thông đang thi hành công vụ có quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*Buộc tiêu thụ sản phẩm báo chí, sản phẩm thông tin có tính chất báo chí, chương trình phát thanh, chương trình truyền hình, xuất bản phẩm vi phạm quy định của pháp luật*”²⁰. Các biện pháp khắc phục hậu quả trong các Nghị định nêu trên do Chính phủ quy định theo điểm k khoản 1 Điều 28 Luật Xử lý vi phạm hành chính, nằm ngoài phạm vi thẩm quyền áp dụng của Thanh tra viên, người được giao thực hiện nhiệm vụ thanh tra chuyên ngành theo quy định của đạo luật này.

¹⁷ Điểm r khoản 3 Điều 4, điểm đ khoản 4 Điều 66 Nghị định số 36/2020/NĐ-CP.

¹⁸ Điểm đ khoản 4 Điều 39, Điểm đ khoản 7 Điều 41 Luật Xử lý vi phạm hành chính.

¹⁹ Điểm d khoản 1 Điều 28 Nghị định số 75/2019/NĐ-CP.

²⁰ Điểm d khoản 1 Điều 33 Nghị định số 119/2020/NĐ-CP.

4. Một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật về thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả

Thứ nhất, Nghị định số 81/2013/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 97/2017/NĐ-CP) quy định việc xây dựng các biện pháp khắc phục hậu quả đối với từng hành vi vi phạm hành chính phải căn cứ vào các yêu cầu sau đây: (i) Phải gây ra hậu quả hoặc có khả năng thực tế gây ra hậu quả; (ii) Đáp ứng yêu cầu khôi phục lại trật tự quản lý hành chính nhà nước do vi phạm hành chính gây ra; (iii) Phải được mô tả rõ ràng, cụ thể để có thể thực hiện được trong thực tiễn và phải bảo đảm tính khả thi²¹. Do đó, để đáp ứng yêu cầu của thực tiễn xử phạt và phát huy giá trị của các biện pháp khắc phục hậu quả đối với hoạt động xử phạt vi phạm hành chính trong các lĩnh vực quản lý nhà nước, thiết nghĩ các nhà làm luật cần xem xét mở rộng thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả cho các chức danh có thẩm quyền ở cơ sở để đáp ứng yêu cầu của thực tiễn quản lý, tăng cường hiệu quả xử phạt và nhanh chóng khắc phục hậu quả do vi phạm hành chính gây ra.

Thứ hai, Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2020) quy định việc xây dựng, ban hành văn bản quy phạm pháp luật phải tuân thủ nguyên tắc: “Bảo đảm tính hợp hiến, tính hợp pháp và tính thống nhất của văn bản quy phạm pháp luật trong hệ thống pháp luật”²². Tính thống nhất của hệ thống pháp luật đòi hỏi phải loại bỏ mâu thuẫn, trùng lặp hay chòng chéo ngay trong bản thân hệ thống, trong mỗi ngành luật, mỗi chế định pháp luật và giữa các quy phạm pháp luật với nhau. Nếu hệ thống pháp luật không thống nhất, giữa các quy phạm pháp luật chứa đựng sự bất cập, mâu thuẫn thì hệ thống ấy không thể tạo ra sự điều chỉnh pháp luật một cách toàn diện, đồng bộ và hiệu quả²³. Do vậy, Chính phủ cần khẩn trương rà soát tất cả Nghị định quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong các lĩnh vực để loại bỏ các quy định chưa phù hợp với Luật Xử lý vi phạm hành chính nhằm bảo đảm sự thống nhất về thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả trong hệ thống pháp luật.

5. Kết luận

Với bản chất là hoạt động thực thi quyền lực nhà nước nên việc áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả phải do các chủ thể có thẩm quyền thực hiện. Điều này bảo đảm tính hợp pháp của việc áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả. Thực tế cho thấy, việc áp dụng

²¹ Khoản 3 Điều 2 Nghị định số 81/2013/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 97/2017/NĐ-CP).

²² Khoản 1 Điều 5 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2020).

²³ Cao Vũ Minh (2017), *Tính thống nhất của Luật Thanh tra năm 2010 và các văn bản pháp luật khác trong hệ thống pháp luật Việt Nam*, Kỷ yếu Hội thảo Tổng kết 6 năm thi hành Luật Thanh tra, tr. 57.

các biện pháp khắc phục hậu quả đã phát huy giá trị trong công tác xử phạt, tạo ra sức răn đe, làm tăng ý thức chấp hành pháp luật của đối tượng vi phạm²⁴. Tuy nhiên, quy định về thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả trong pháp luật xử phạt vi phạm hành chính hiện nay vẫn còn những hạn chế, bất cập nhất định. Do vậy, việc hoàn thiện quy định pháp luật về thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả sẽ có ý nghĩa quan trọng trong việc nâng cao hiệu quả xử phạt vi phạm hành chính trên thực tế./.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Bộ Tư pháp, *Báo cáo số 09/BC-BTP ngày 08/01/2018 tổng kết thi hành Luật Xử lý vi phạm hành chính*.
2. Nguyễn Cảnh Hợp, Mai Thị Lâm (2015), *Quy định thẩm quyền xử phạt theo tỷ lệ phần trăm có khống chế mức trần: Ưu điểm hay hạn chế?*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 6.
3. Cao Vũ Minh, Nguyễn Nhật Khanh (2017), *Về biện pháp khắc phục hậu quả trong xử phạt vi phạm hành chính*, Tạp chí Nhà nước và pháp luật, số 6.
4. Cao Vũ Minh (2017), *Tính thống nhất của Luật Thanh tra năm 2010 và các văn bản pháp luật khác trong hệ thống pháp luật Việt Nam*, Kỷ yếu Hội thảo Tổng kết 6 năm thi hành Luật Thanh tra.
5. Nguyễn Cửu Việt (2005), *Cải cách hành chính: về khái niệm thẩm quyền*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 8.

²⁴ Bộ Tư pháp, *Báo cáo số 09/BC-BTP ngày 08/01/2018 tổng kết thi hành Luật Xử lý vi phạm hành chính*.

LUẬT BAN HÀNH VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT NĂM 2015 VÀ NHỮNG
VẤN ĐỀ ĐẶT RA TỪ THỰC TIỄN

LÊ THỊ HOÀNG MINH*

Ngày nhận bài: 22/01/2022

Ngày phản biện: 05/02/2022

Ngày đăng bài: 30/03/2022

Tóm tắt:

Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 và Nghị định số 34/2016/NĐ-CP quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật (đều được sửa đổi, bổ sung năm 2020) đã và đang là các cơ sở pháp lý cho hoạt động xây dựng, ban hành văn bản quy phạm pháp luật tại Việt Nam. Trên cơ sở phân tích một số vướng mắc, bất cập của quy định pháp luật hiện hành về thẩm quyền, thủ tục, hình thức văn bản định chi thi hành, bãi bỏ văn bản quy phạm pháp luật trái pháp luật; nội hàm khái niệm văn bản quy phạm pháp luật; mốc thời gian để xác định hiệu lực văn bản quy phạm pháp luật của Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân; thời hạn gửi văn bản quy phạm pháp luật để đăng Công báo hoặc niêm yết công khai, bài viết đã đưa ra một số quan điểm để hoàn thiện hơn các quy định pháp luật này.

Từ khóa:

Văn bản quy phạm pháp luật, hiệu lực, xử lý văn bản trái pháp luật, công báo.

Abstract:

The Law on Promulgation of Legal Documents in 2015 and Decree No. 34/2016/ND-CP detailing a number of articles and measures to implement the Law on Promulgation of Legal Documents (both amended and supplemented in 2020) has been the legal basis for the construction and promulgation of legal documents in Vietnam. On the basis of analyzing a number of problems and inadequacies of current legal regulations on (i) competence, procedures and forms of documents on suspension of execution or annulment of illegal documents, (ii) the content of the concept of legal documents, (iii) the timeline for determining the validity of legal documents of the People's Council and the People's Committee, and (iv) deadlines for sending legal documents for publication in the Official Gazette or for public posting, the article provides some views to further improve these legal provisions.

Keywords:

Legal Documents, validity, handle illegal documents, official gazette.

* ThS., Trường Đại học Kinh tế - Đại học Đà Nẵng; Email: minhth@due.edu.vn

• Ghi chú: Tài bài viết toàn văn tại địa chỉ: <http://tapchi.hul.edu.vn>.

1. Đặt vấn đề

Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật được Quốc hội khoá 13 ban hành vào năm 2015 đã tạo cơ sở pháp lý rõ ràng, thống nhất, góp phần nâng cao chất lượng xây dựng và ban hành văn bản quy phạm pháp luật ở nước ta so với trước đây. Qua một thời gian thực hiện, Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 đã tiếp tục được sửa đổi, bổ sung vào năm 2020 để ngày càng hoàn thiện hơn. Đồng thời, Luật này cũng đã được quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành bởi Nghị định số 34/2016/NĐ-CP của Chính phủ và Nghị định này cũng đã được sửa đổi, bổ sung cho phù hợp với sự thay đổi của Luật.

Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 được sửa đổi, bổ sung vào năm 2020 (sau đây gọi tắt là Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 (SĐ,BS)) và Nghị định số 34/2016/NĐ-CP được sửa đổi, bổ sung vào năm 2020 (sau đây gọi tắt là Nghị định số 34/2016/NĐ-CP (SĐ,BS)) không chỉ là cơ sở pháp lý cho việc xây dựng, ban hành văn bản quy phạm pháp luật mà còn là cơ sở để xác định các vấn đề liên quan như: hiệu lực văn bản quy phạm pháp luật; áp dụng văn bản quy phạm pháp luật; giám sát, kiểm tra, xử lý văn bản quy phạm pháp luật; hợp nhất văn bản quy phạm pháp luật; pháp điển hệ thống quy phạm pháp luật; rà soát, hệ thống hoá văn bản quy phạm pháp luật. Những quy định pháp luật hiện hành về cơ bản khá cụ thể, rõ ràng. Tuy nhiên, một số quy định vẫn còn vướng mắc, bất cập hoặc chưa thống nhất, cần tiếp tục được nghiên cứu, làm rõ và khắc phục.

2. Vướng mắc của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2020)

Thứ nhất, quy định về thủ tục, hình thức văn bản bãi bỏ văn bản quy phạm pháp luật trái pháp luật

Theo quy định tại Chương XV Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 về giám sát, kiểm tra, xử lý văn bản quy phạm pháp luật thì một trong các hình thức xử lý văn bản quy phạm pháp luật trái pháp luật là bãi bỏ. Văn bản quy phạm pháp luật bị bãi bỏ thì sẽ hết hiệu lực toàn bộ hoặc một phần theo quy định tại khoản 3 Điều 154 của Luật này. Ngoài ra, khoản 3 Điều 154 cũng đề cập việc bãi bỏ được thực hiện bằng “văn bản” của cơ quan nhà nước có thẩm quyền mà không xác định cụ thể văn bản này thuộc loại văn bản nào.

Hiện nay, theo quy định tại Khoản 4 Điều 146 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật (SĐ, BS) thì việc xây dựng, ban hành văn bản quy phạm pháp luật theo trình tự, thủ tục rút gọn đã được bổ sung thêm trường hợp “bãi bỏ một phần hoặc toàn bộ văn bản quy phạm pháp luật trái pháp luật hoặc không còn phù hợp với tình hình phát triển kinh tế -

xã hội”. Như vậy, với quy định này thì loại văn bản được sử dụng để bãi bỏ văn bản quy phạm pháp luật trái pháp luật là văn bản quy phạm pháp luật và được ban hành theo trình tự, thủ tục rút gọn.

Tuy nhiên, với quy định về loại văn bản bãi bỏ văn bản quy phạm pháp luật là một văn bản quy phạm pháp luật thì cũng dẫn đến một số bất cập, chưa thống nhất giữa các quy định trong Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 (sửa đổi, bổ sung), cụ thể như sau:

Về khái niệm văn bản quy phạm pháp luật: Theo quy định tại Điều 2 thì “Văn bản quy phạm pháp luật là văn bản có chứa quy phạm pháp luật, được ban hành theo đúng thẩm quyền, hình thức, trình tự, thủ tục được quy định trong Luật này”. Mà quy phạm pháp luật được giải thích trong Luật này là “quy tắc xử sự chung, có hiệu lực bắt buộc chung, được áp dụng lặp đi lặp lại nhiều lần”¹. Trong khi đó, nội dung của văn bản bãi bỏ lại không phản ánh được các đặc điểm của quy phạm pháp luật theo khái niệm này.

Về thẩm quyền bãi bỏ văn bản quy phạm pháp luật của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, cấp huyện: Theo quy định tại khoản 3 Điều 167 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 và Điều 120 Nghị định 34/2016/NĐ-CP thì Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, cấp huyện có thẩm quyền bãi bỏ một phần hoặc toàn bộ văn bản quy phạm pháp luật trái pháp luật của Ủy ban nhân dân cấp dưới trực tiếp. Tuy nhiên, theo quy định hiện hành của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật thì Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, cấp huyện không có thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật trong khi văn bản bãi bỏ phải là văn bản quy phạm pháp luật và được ban hành theo trình tự, thủ tục rút gọn. Chính vì vậy, các quy định này hiện nay chưa có sự thống nhất.

Về mẫu văn bản bãi bỏ văn bản quy phạm pháp luật trái pháp luật của Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân: Theo Phụ lục I Nghị định số 34/2016/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung) thì Chính phủ đã ban hành mẫu văn bản quy phạm pháp luật bãi bỏ văn bản quy phạm pháp luật. Trong các mẫu văn bản này thì có mẫu số 42 “Nghị quyết của Hội đồng nhân dân bãi bỏ Nghị quyết/các nghị quyết của Hội đồng nhân dân cùng cấp” và mẫu số 43 “Quyết định của Ủy ban nhân dân bãi bỏ Quyết định/ các quyết định của Ủy ban nhân dân cùng cấp”. Với tên gọi của các mẫu văn bản này thì vô hình trung sẽ dẫn đến cách hiểu là Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân có thẩm quyền bãi bỏ văn bản quy phạm pháp luật của Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân cùng cấp với mình. Trong khi đó theo quy định tại Điều 167 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 thì Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân chỉ có thể tự mình bãi bỏ văn bản quy phạm pháp luật do mình ban hành trái

¹ Khoản 1 Điều 3 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 (sửa đổi, bổ sung)

pháp luật hoặc của Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân cấp dưới theo thẩm quyền. Chính vì vậy, tên gọi của các mẫu văn bản này theo Nghị định số 34/2016/NĐ-CP (SĐ, BS) chưa phù hợp với quy định của Luật và chưa bao quát trường hợp bãi bỏ văn bản quy phạm pháp luật trái pháp luật của Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân cấp dưới.

Thứ hai, quy định về thẩm quyền của Ủy ban nhân dân và Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, cấp huyện trong việc xử lý văn bản trái pháp luật

Hiện nay, Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 và Nghị định số 34/2016/NĐ-CP đang có sự mâu thuẫn về quy định thẩm quyền của Ủy ban nhân dân và Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, cấp huyện trong việc xử lý văn bản quy phạm pháp luật trái pháp luật, cụ thể như sau:

Như đã phân tích ở trên, theo quy định tại khoản 3 Điều 167 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 và khoản 1 Điều 120 Nghị định số 34/2016/NĐ-CP thì Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, cấp huyện có thẩm quyền bãi bỏ một phần hoặc toàn bộ văn bản quy phạm pháp luật trái pháp luật của Ủy ban nhân dân cấp dưới. Tuy nhiên, theo quy định tại khoản 4 Điều 146 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 (SĐ, BS) thì “trường hợp cần bãi bỏ một phần hoặc toàn bộ văn bản quy phạm pháp luật trái pháp luật hoặc không còn phù hợp với tình hình phát triển kinh tế - xã hội” thuộc trường hợp xây dựng, ban hành văn bản quy phạm pháp luật theo trình tự, thủ tục rút gọn. Tuy nhiên, theo quy định hiện hành, thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật không thuộc về Chủ tịch Ủy ban nhân dân, vì vậy Chủ tịch Ủy ban nhân dân không thể ban hành văn bản quy phạm pháp luật để bãi bỏ văn bản quy phạm pháp luật trái pháp luật của Ủy ban nhân dân cấp dưới.

Ngoài ra, theo quy định tại khoản 2 Điều 167 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 thì “Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh đình chỉ việc thi hành nghị quyết trái pháp luật của Hội đồng nhân dân cấp huyện và đề nghị Hội đồng nhân dân cấp tỉnh bãi bỏ. Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện đình chỉ việc thi hành nghị quyết trái pháp luật của Hội đồng nhân dân cấp xã và đề nghị Hội đồng nhân dân cấp huyện bãi bỏ”. Như vậy, theo quy định này thì thẩm quyền đề nghị Hội đồng nhân dân cùng cấp bãi bỏ nghị quyết trái pháp luật của Hội đồng nhân dân cấp dưới thuộc về Chủ tịch Ủy ban nhân dân. Tuy nhiên, theo quy định tại khoản 2 Điều 120 Nghị định số 34/2016/NĐ-CP thì thẩm quyền đề nghị này lại thuộc về Ủy ban nhân dân, cụ thể Chủ tịch Ủy ban nhân dân sẽ “báo cáo Ủy ban nhân dân để đề nghị Hội đồng nhân dân cùng cấp bãi bỏ”. Có thể thấy, quy định về vấn đề này giữa Luật và Nghị định chưa có sự thống nhất, cần được điều chỉnh, sửa đổi.

Thứ ba, quy định về thủ tục, hình thức văn bản đình chỉ thi hành văn bản quy phạm

pháp luật

Theo quy định tại các Điều từ 164 đến 167 và Điều 170 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015, Điều 130 Nghị định số 34/2016/NĐ-CP (SĐ, BS) thì đình chỉ thi hành là một trong các hình thức xử lý văn bản quy phạm pháp luật trái pháp luật. “*Đình chỉ việc thi hành một phần hoặc toàn bộ văn bản trong trường hợp nội dung trái pháp luật ảnh hưởng đến lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân nếu không được bãi bỏ kịp thời*”². Như vậy, biện pháp đình chỉ thi hành được áp dụng trong trường hợp văn bản có dấu hiệu trái pháp luật để xem xét bãi bỏ hoặc kiến nghị cơ quan có thẩm quyền bãi bỏ. Trường hợp có quyết định bãi bỏ thì văn bản hết hiệu lực, nếu không ra quyết định bãi bỏ thì văn bản tiếp tục có hiệu lực.

Tuy nhiên, các quy định hiện hành tại Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 (SĐ, BS) và Nghị định số 34/2016/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung) chỉ mới quy định về thẩm quyền và hệ quả pháp lý khi đình chỉ việc thi hành văn bản mà chưa có quy định về hình thức văn bản và thủ tục ban hành văn bản đình chỉ ngoài quy định về việc đăng Công báo, đưa tin trên các phương tiện thông tin đại chúng tại khoản 3 Điều 153 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 (SĐ,BS). Việc chưa quy định cụ thể về hình thức và thủ tục ban hành văn bản đình chỉ thi hành sẽ dễ dẫn đến sự không thống nhất trong việc áp dụng pháp luật trên thực tiễn.

Thứ tư, quy định thời điểm có hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật do Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân ban hành

Theo quy định tại Khoản 1 Điều 151 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 khi chưa được sửa đổi, bổ sung thì thời điểm có hiệu lực của toàn bộ hoặc một phần văn bản quy phạm pháp luật được quy định tại văn bản đó nhưng “*không sớm hơn 10 ngày kể từ ngày ký ban hành đối với văn bản quy phạm pháp luật của Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh; không sớm hơn 07 ngày kể từ ngày ký ban hành đối với văn bản quy phạm pháp luật của Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân cấp huyện và cấp xã*”. Như vậy, theo quy định này thì mốc thời gian để quy định thời điểm có hiệu lực là ngày Chủ tịch Hội đồng nhân dân ký chứng thực nghị quyết và thời điểm Chủ tịch Ủy ban nhân dân ký ban hành quyết định.

Luật số 63/2020/QH14 Sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật đã điều chỉnh mốc thời gian này thành “*ngày thông qua hoặc ký ban hành*”. Cụ thể “*Thời điểm có hiệu lực toàn bộ hoặc một phần văn bản quy phạm pháp luật*

² Khoản 1 Điều 130 Nghị định số 34/2016/NĐ-CP

được quy định tại văn bản đó nhưng...không sớm hơn 10 ngày kể từ ngày thông qua hoặc ký ban hành đối với văn bản quy phạm pháp luật của Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh; không sớm hơn 07 ngày kể từ ngày thông qua hoặc ký ban hành đối với văn bản quy phạm pháp luật của Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân cấp huyện và cấp xã”³. Với việc bổ sung mốc thời gian “ngày thông qua” để xác định ngày có hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật và việc sử dụng từ “hoặc” trong trường hợp này đã cho thấy Luật đưa ra hai sự lựa chọn để Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân xác định mốc thời gian quy định ngày có hiệu lực của văn bản. Tuy nhiên, theo tác giả, việc đưa ra quy định về sự lựa chọn này là không cần thiết, có thể dẫn đến cách hiểu và sự áp dụng không thống nhất trên thực tế, cho dù thời điểm có hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật được quy định tại văn bản đó.

Ngoài ra, theo quy định hiện hành, thời điểm “thông qua” văn bản quy phạm pháp luật được xác định rõ là ngày mà Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân họp để tiến hành biểu quyết thông qua dự thảo văn bản quy phạm pháp luật. Còn thời điểm Chủ tịch Hội đồng nhân dân ký chứng thực, Chủ tịch Ủy ban nhân dân ký ban hành văn bản quy phạm pháp luật sau khi được thông qua thì chưa được quy định cụ thể. Quy định về thời điểm có hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật tại Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật có thể xem là quy định nguyên tắc để xác định và kiểm tra tính hợp pháp về ngày có hiệu lực được quy định trong các văn bản quy phạm pháp luật cụ thể. Chính vì vậy, với mốc thời gian “ngày ký ban hành” khi chưa được quy định cụ thể nhưng được sử dụng làm mốc thời gian để xác định ngày có hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật sẽ dẫn đến sự chưa rõ ràng trong quy định mang tính nguyên tắc này.

Thứ năm, quy định về thời hạn gửi văn bản đăng Công báo hoặc niêm yết công khai văn bản quy phạm pháp luật

Theo quy định tại khoản 4 Điều 150 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 thì “*Trong thời hạn 03 ngày kể từ ngày công bố hoặc ký ban hành, cơ quan, người có thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật phải gửi văn bản đến cơ quan Công báo để đăng Công báo hoặc niêm yết công khai*”. Với quy định thời hạn là “3 ngày” thì thời hạn này sẽ tính cả là ngày làm việc và ngày nghỉ. Tuy nhiên, theo quy định tại Điều 89 Nghị định số 34/2016/NĐ-CP thì thời hạn này được quy định là “03 ngày làm việc kể từ ngày thông qua hoặc ký ban hành”. Như vậy, giữa Luật và Nghị định hiện nay đang có sự quy định không thống nhất về vấn đề này.

³ Khoản 1 Điều 151 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 (sửa đổi, bổ sung)

3. Một số kiến nghị hoàn thiện quy định pháp luật

Thứ nhất, hoàn thiện khái niệm văn bản quy phạm pháp luật

Với khái niệm văn bản quy phạm pháp luật đang được quy định tại Điều 2 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 thì chỉ giới hạn ở những văn bản có nội dung chứa đựng các quy tắc xử sự chung, có hiệu lực bắt buộc chung, được áp dụng lặp đi lặp lại nhiều lần. Tuy nhiên, qua lần sửa đổi, bổ sung Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật vào năm 2020 thì đã bổ sung thêm một số văn bản cũng được xác định là văn bản quy phạm pháp luật và ban hành theo trình tự, thủ tục rút gọn như văn bản được ban hành trong các trường hợp: bãi bỏ một phần hoặc toàn bộ văn bản quy phạm pháp luật trái pháp luật hoặc không còn phù hợp với tình hình phát triển kinh tế - xã hội; ngưng hiệu lực toàn bộ hoặc một phần của văn bản quy phạm pháp luật để kịp thời bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền, lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân; cần kéo dài thời hạn áp dụng toàn bộ hoặc một phần của văn bản quy phạm pháp luật trong một thời hạn nhất định để giải quyết những vấn đề cấp bách phát sinh trong thực tiễn. Tuy nhiên, có thể thấy nội dung trong các văn bản này không phải là quy tắc xử sự chung được áp dụng lặp đi lặp lại nhiều lần như các văn bản quy phạm pháp luật khác.

Chính vì vậy, khái niệm “văn bản quy phạm pháp luật” cần được xem xét sửa đổi, bổ sung để nội hàm của khái niệm bao quát được các loại văn bản được xác định là văn bản quy phạm pháp luật theo Luật. Theo tác giả, nội hàm của khái niệm “văn bản quy phạm pháp luật” không chỉ là các văn bản có chứa quy phạm pháp luật mà còn là các văn bản liên quan đến việc xử lý, kéo dài thời hạn áp dụng của các văn bản có chứa quy phạm pháp luật nói trên và được ban hành theo đúng thẩm quyền, hình thức, trình tự, thủ tục quy định trong Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật.

Thứ hai, hoàn thiện quy định về thẩm quyền xử lý văn bản quy phạm pháp luật của Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân

Cần điều chỉnh các quy định về thẩm quyền đình chỉ thi hành, bãi bỏ và kiến nghị bãi bỏ văn bản quy phạm pháp luật của Chủ tịch Ủy ban nhân dân đang được quy định tại Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 và Nghị định số 34/2016/NĐ-CP thành thẩm quyền của Ủy ban nhân dân. Bởi vì các văn bản để xử lý văn bản quy phạm pháp luật trái pháp luật cần được ban hành dưới hình thức văn bản quy phạm pháp luật mà Chủ tịch Ủy ban nhân dân thì không có thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật.

Ngoài ra, cần sửa lại tên gọi các biểu mẫu văn bản số 42, 43 tại Phụ lục I Nghị định số 34/2016/NĐ-CP (SĐ, BS) về bãi bỏ văn bản quy phạm pháp luật trái pháp luật của Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân. Cụ thể, tên gọi của mẫu số 42 cần được điều chỉnh thành

“Nghị quyết của Hội đồng nhân dân bãi bỏ Nghị quyết/các Nghị quyết thuộc thẩm quyền xử lý”. Tên gọi của mẫu số 43 cần được điều chỉnh thành “Quyết định của Ủy ban nhân dân bãi bỏ Quyết định/các Quyết định thuộc thẩm quyền xử lý”. Với tên gọi biểu mẫu như vậy đã thể hiện được các biểu mẫu này được sử dụng trong trường hợp Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân bãi bỏ văn bản quy phạm pháp luật do chính mình ban hành hoặc do Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân cấp dưới ban hành.

Thứ ba, quy định rõ về hình thức văn bản, thủ tục ban hành văn bản đình chỉ việc thi hành văn bản quy phạm pháp luật

Pháp luật hiện hành chưa quy định cụ thể hình thức văn bản đình chỉ việc thi hành văn bản quy phạm pháp luật trái pháp luật, chính vì vậy dễ gây nên sự khó hiểu hay áp dụng không thống nhất trên thực tiễn. Hệ quả pháp lý của việc đình chỉ văn bản quy phạm pháp luật là làm ngưng hiệu lực của văn bản và đây cũng là một trong các hình thức xử lý văn bản quy phạm pháp luật có dấu hiệu trái pháp luật. Ngoài ra, trường hợp “*ngưng hiệu lực toàn bộ hoặc một phần văn bản quy phạm pháp luật để kịp thời bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền, lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân*” có hệ quả pháp lý khá tương tự với trường hợp đình chỉ việc thi hành nhưng trường hợp ngưng hiệu lực được quy định rõ hình thức văn bản là văn bản quy phạm pháp luật và được xây dựng, ban hành theo trình tự, thủ tục rút gọn⁴.

Chính vì vậy, theo tác giả, cần quy định rõ hình thức văn bản đình chỉ việc thi hành văn bản quy phạm pháp luật là văn bản quy phạm pháp luật do cơ quan có thẩm quyền ban hành theo trình tự, thủ tục rút gọn.

Thứ tư, quy định thống nhất thời điểm có hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật do Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân ban hành

Có quan điểm cho rằng, quy định về thời điểm có hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật do Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân các cấp ban hành được xác định theo “ngày được ký ban hành” trong Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 khi chưa được sửa đổi, bổ sung là hợp lý và khả thi⁵. Bên cạnh đó, cũng có quan điểm cho rằng cần quy định mốc tính thời điểm có hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật của chính quyền địa phương “không sớm hơn...kể từ ngày văn bản quy phạm pháp luật được thông qua hoặc ký ban hành”⁶. Quan điểm này đã được thể hiện qua nội dung sửa đổi của Luật

⁴Khoản 2 Điều 146 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 (sửa đổi, bổ sung)

⁵<https://tapchitoaan.vn/bai-viet/phap-luat/hieu-luc-phap-ly-cua-van-ban-quy-pham-phap-luat-cua-viet-nam-hien-nay-va-dinh-huong-sua-doi-bo-sung>, truy cập ngày 02/6/2021

⁶ <http://lapphap.vn/Pages/tintuc/tinchitiet.aspx?tintucid=206841>, truy cập ngày 01/6/2021

Sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật.

Tuy nhiên, theo tác giả, thẩm quyền ban hành Nghị quyết, Quyết định thuộc về Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân và đều bằng hình thức biểu quyết thông qua, vì vậy nên quy định thống nhất “ngày thông qua” là mốc thời gian để xác định thời điểm phát sinh hiệu lực của cả hai loại văn bản này. Đồng thời, như đã phân tích, quy định về thời điểm phát sinh hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật tại Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật có thể hiểu là quy định nguyên tắc để xác định và kiểm tra tính hợp pháp về ngày có hiệu lực được quy định tại các văn bản quy phạm pháp luật cụ thể. Chính vì vậy, việc quy định thống nhất “ngày thông qua” sẽ đảm bảo được sự rõ ràng, dễ hiểu, dễ áp dụng hơn trên thực tế.

Qua đó, tác giả kiến nghị sửa đổi quy định tại khoản 1 Điều 151 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 (SĐ,BS) thành: *“Thời điểm có hiệu lực của toàn bộ hoặc một phần văn bản quy phạm pháp luật được quy định tại văn bản đó nhưng không sớm hơn 45 ngày kể từ ngày thông qua hoặc ký ban hành đối với văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan nhà nước ở trung ương; không sớm hơn 10 ngày kể từ ngày thông qua đối với văn bản quy phạm pháp luật của Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh; không sớm hơn 07 ngày kể từ ngày thông qua đối với văn bản quy phạm pháp luật của Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân cấp huyện và cấp xã”*. Đối với văn bản quy phạm pháp luật do cơ quan nhà nước ở trung ương ban hành, việc sử dụng mốc thời gian “thông qua” hoặc “ký ban hành” để xác định thời điểm có hiệu lực của văn bản là phù hợp bởi vì ở trung ương, ngoài các văn bản được ban hành theo hình thức biểu quyết thông qua (như văn bản của Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội, Chính phủ) thì còn có các văn bản do các cá nhân có thẩm quyền ban hành (như văn bản của Chủ tịch nước, Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng...). Còn đối với chính quyền địa phương thì Nghị quyết của Hội đồng nhân dân, Quyết định của Ủy ban nhân dân đều do các cơ quan này ban hành bằng hình thức biểu quyết thông qua nên việc quy định lấy mốc “ngày thông qua” để xác định thời điểm có hiệu lực của văn bản sẽ đảm bảo tính thống nhất, phù hợp.

Thứ năm, sửa đổi quy định về thời hạn gửi văn bản đăng Công báo hoặc niêm yết công khai

Với quy định chưa thống nhất giữa Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 và Nghị định số 34/2016/NĐ-CP về thời hạn gửi văn bản đăng Công báo hoặc niêm yết công khai, tác giả kiến nghị cần sửa đổi quy định này tại Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật theo hướng *“Trong thời hạn 03 ngày làm việc kể từ ngày công bố hoặc ký ban hành, cơ quan, người có thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật phải gửi văn bản đến cơ quan Công báo để đăng Công báo hoặc niêm yết công khai”*. Việc quy

định thời hạn này là “03 ngày làm việc” sẽ phù hợp hơn với thực tiễn hoạt động của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

4. Kết luận

Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật là một trong số các văn bản quy phạm pháp luật có vai trò, ý nghĩa quan trọng trong hệ thống pháp luật nước ta. Bởi lẽ đây không chỉ là cơ sở pháp lý để xây dựng, ban hành các văn bản quy phạm pháp luật khác mà còn là cơ sở mang tính nguyên tắc cho việc áp dụng pháp luật, kiểm tra, xử lý văn bản quy phạm pháp luật trái pháp luật và các vấn đề có liên quan. Chính vì vậy, việc nghiên cứu, phát hiện và kiến nghị hoàn thiện các quy định pháp luật vướng mắc, bất cập luôn là một yêu cầu cấp thiết và cần được thực hiện thường xuyên. Với một số phân tích, kiến nghị trong bài viết này, tác giả hy vọng có thể góp phần hoàn thiện hơn các quy định của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật./.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Chính phủ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (2016), *Nghị định số 34/2016/NĐ-CP ngày 14 tháng 5 năm 2016 quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật.*
2. Chính phủ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (2020), *Nghị định số 154/2020/NĐ-CP ngày 31 tháng 12 năm 2020 sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 34/2016/NĐ-CP ngày 14 tháng 5 năm 2016 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật.*
3. Phạm Vĩnh Hà, *Hiệu lực pháp lý của văn bản quy phạm pháp luật của Việt Nam hiện nay và định hướng sửa đổi, bổ sung*, <https://tapchitoaan.vn/bai-viet/phap-luat/hieu-luc-phap-ly-cua-van-ban-quy-pham-phap-luat-cua-viet-nam-hien-nay-va-dinh-huong-sua-doi-bo-sung>, truy cập ngày 02/6/2021.
4. Nguyễn Văn Hiền, *Nguyên tắc áp dụng pháp luật trong trường hợp các văn bản do cùng một chủ thể ban hành có quy định khác nhau về cùng một vấn đề*, <http://www.lappphap.vn/Pages/TinTuc/210476/Nguyen-tac-ap-dung-phap-luat-trong-truong-hop-cac-van-ban-do-cung-mot-chu-the-ban-hanh-co-quy-dinh-khac-nhau-ve-cung-mot-van-de.html>, truy cập ngày 03/6/2021.
5. Nguyễn Thị Ngọc Mai, *Chế tài đối với văn bản quy phạm pháp luật không hợp pháp của chính quyền địa phương*, <http://www.lappphap.vn/Pages/tintuc/tinchitiet.aspx?tintucid=210523>, truy cập ngày 03/6/2021.

6. Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (2015), *Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật*.

7. Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (2020), *Luật Sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật*.

8. Đỗ Thị Ngọc Thúy, *Một số vấn đề pháp lý về ngưng hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật*, <https://stp.quangbinh.gov.vn/3cms/mot-so-van-de-phap-ly-ve-ngung-hieu-luc-van-ban-quy-pham-phap-luat.htm>, truy cập ngày 03/6/2021.

9. Nguyễn Đăng Phương Truyền, *Hoàn thiện các quy định của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật*, <http://lapphap.vn/Pages/tintuc/tinchitiet.aspx?tintucid=206841>, truy cập ngày 01/6/2021.

**GIẢI TRÌNH TRONG XỬ PHẠT VI PHẠM HÀNH CHÍNH
VÀ NHỮNG NỘI DUNG PHÁP LÝ CẦN HOÀN THIỆN**

CAO VŨ MINH*

Ngày nhận bài: 28/01/2022

Ngày phản biện: 10/02/2022

Ngày đăng bài: 30/03/2022

Tóm tắt:

Giải trình là một quyền quan trọng của người bị xử phạt vi phạm hành chính. Giải trình có tầm quan trọng đặc biệt nhằm bảo đảm khách quan, minh bạch, dân chủ và đúng quy định pháp luật trong xử phạt vi phạm hành chính làm căn cứ cho việc ban hành quyết định xử phạt. Bài viết trên cơ sở phân tích các quy định về giải trình trong quy định về xử phạt vi phạm hành chính hiện hành và đề xuất nhằm hoàn thiện các quy định pháp luật về giải trình trong xử phạt vi phạm hành chính.

Từ khóa:

Giải trình, vi phạm hành chính, xử phạt vi phạm hành chính.

Abstract:

Explanation is an important right of people sanctioned for administrative violations. The explanation is of special importance to help the parties understand each other better so that they can reach consensus when they both look at the content of the sanctioning decision in a more equal and consensual context. This article presents provisions on explanation in the law on sanctioning administrative violations. Then, this article analyzes the legal inadequacies on accountability. On that basis, the author makes suggestions to improve the legal provisions on accountability.

Keywords:

Explanation, administrative violation, sanctioning of an administrative violation.

1. Khái quát về giải trình trong xử phạt vi phạm hành chính

Cưỡng chế hành chính là tổng hợp các biện pháp tác động mang tính bắt buộc nhằm truy cứu trách nhiệm hành chính; phòng ngừa vi phạm pháp luật hoặc trong những trường hợp cần thiết được pháp luật quy định để bảo vệ lợi ích chung của nhà nước, xã hội, cá

* TS., Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh; Email: caovuminh.dhl@gmail.com

• Ghi chú: Tải bài viết toàn văn tại địa chỉ: <http://tapchi.hul.edu.vn>.

nhân, tổ chức¹. Cường chế hành chính bao gồm nhiều biện pháp khác nhau. Dựa vào mục đích và tính chất, cường chế hành chính có thể chia thành bốn nhóm lớn là: *i.* các biện pháp phòng ngừa hành chính; *ii.* các biện pháp ngăn chặn hành chính; *iii.* các biện pháp trách nhiệm hành chính; *iv.* các biện pháp xử lý hành chính².

Theo quy định pháp luật, các biện pháp trách nhiệm hành chính áp dụng đối với cá nhân, tổ chức vi phạm hành chính. Do áp dụng đặc trưng phương pháp điều chỉnh là mệnh lệnh - phục tùng nên trong quá trình áp dụng các biện pháp trách nhiệm hành chính, Nhà nước công khai thừa nhận sự bất bình đẳng giữa người có thẩm quyền xử phạt và cá nhân, tổ chức bị xử phạt. Tuy nhiên, trong bối cảnh xây dựng nhà nước pháp thì việc xử phạt vi phạm hành chính phải bảo đảm quyền của người bị xử phạt, bảo đảm tính nghiêm minh của pháp luật. Nói cách khác, việc xử phạt phải mang ý nghĩa răn đe, trừng trị, giáo dục và quan trọng hơn là quyết định xử phạt đó phải đạt được sự đồng thuận, tâm phục khẩu phục của người bị xử phạt. Với ý nghĩa đó, Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 quy định về quyền giải trình của cá nhân, tổ chức bị xử phạt. Theo đó, trong một số trường hợp, khi cá nhân, tổ chức có yêu cầu về việc giải trình thì người có thẩm quyền xử phạt phải tổ chức phiên giải trình và có trách nhiệm nêu căn cứ pháp lý, tình tiết, chứng cứ liên quan đến hành vi vi phạm, hình thức xử phạt, biện pháp khắc phục hậu quả dự kiến áp dụng đối với hành vi vi phạm.

Quy định về giải trình trong Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 là một điểm mới nhằm bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của người bị xử phạt. Trước khi Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 có hiệu lực thì cá nhân, tổ chức vi phạm muốn giải trình với người có thẩm quyền xử phạt chỉ có thể đi “gián tiếp” qua cánh cổng khiếu nại³. Khi thực hiện quyền khiếu nại quyết định xử phạt vi phạm hành chính thì người khiếu nại mới được đối thoại với người giải quyết khiếu nại và từ đó mới có thể bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của mình. Tuy nhiên, một khi quyết định xử phạt vi phạm hành chính đã được ban hành thì cá nhân, tổ chức mới có quyền khiếu nại và trong nhiều trường hợp thì mặc dù đối thoại đã được thực hiện nhưng cũng không làm thay đổi nội dung quyết định xử phạt. Điều này rất khác biệt so với giải trình vì khi giải trình, quyết định xử phạt vẫn chưa được ban hành. Do đó, kết quả của phiên giải trình có ý nghĩa to lớn trong việc quyết định nội dung của quyết định xử phạt.

¹ Nguyễn Cảnh Hợp (2017), *Giáo trình Luật hành chính Việt Nam*, Nxb. Hồng Đức, tr. 549.

² Nguyễn Cửu Việt (2013), *Giáo trình Luật hành chính Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 472.

³ Điều 30, 39 Luật Khiếu nại năm 2011.

Thông qua giải trình, người có thẩm quyền xử phạt, người bị xử phạt hiểu được tình huống thực tế của người bị xử phạt dẫn đến việc có hành vi vi phạm. Đồng thời, người bị xử phạt cũng hiểu được các quy định pháp luật có liên quan đến vụ vi phạm và quá trình áp dụng pháp luật của người có thẩm quyền xử phạt. Giải trình có tầm quan trọng đặc biệt giúp các bên hiểu nhau hơn để từ đó đạt được sự đồng thuận khi cùng nhìn nhận về nội dung quyết xử phạt. Trên cơ sở đó, các quyết định xử phạt sẽ có tính khả thi và hiệu lực thi hành cao hơn. Tổ chức phiên giải trình cũng là dịp để người có thẩm quyền xử phạt thể hiện bản lĩnh và phẩm chất của mình trước cá nhân, tổ chức bị xử phạt nhằm góp phần củng cố và tăng cường sự đoàn kết trong nhân dân, tránh đối đầu, bất hòa dẫn đến hận thù.

2. Các quy định về giải trình trong pháp luật xử phạt vi phạm hành chính

2.1. Về các trường hợp được quyền giải trình

Trước đây, Điều 61 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 quy định quyền giải trình phát sinh khi người bị xử phạt thuộc một trong các trường hợp sau: *i. bị áp dụng hình thức xử phạt tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề có thời hạn; ii. bị áp dụng hình thức xử phạt đình chỉ hoạt động có thời hạn; iii. bị áp dụng mức phạt tiền tối đa của khung tiền phạt đối với hành vi đó từ 15.000.000 đồng trở lên đối với cá nhân, từ 30.000.000 đồng trở lên đối với tổ chức.*

Đối với trường hợp *i.* và *ii.*, quyền giải trình phát sinh mà không phụ thuộc vào các điều kiện khác như tính chất, mức độ, hậu quả vi phạm, đối tượng vi phạm và tình tiết giảm nhẹ, tình tiết tăng nặng. Nói cách khác, nếu pháp luật quy định hành vi vi phạm bị áp dụng hình thức xử phạt tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề có thời hạn hoặc đình chỉ hoạt động có thời hạn thì người có thẩm quyền phải áp dụng hình thức xử phạt này đối với người vi phạm. Từ đó, người vi phạm dễ dàng nhận thức về việc áp dụng một trong các hình thức xử phạt đối với hành vi vi phạm của mình và đề nghị thực hiện quyền giải trình. Tuy nhiên, đối với trường hợp bị áp dụng hình thức phạt tiền thì việc nhận thức được mình có quyền giải trình hay không lại khá phức tạp.

Với điều khoản “*hành vi vi phạm hành chính mà pháp luật quy định áp dụng mức phạt tiền tối đa của khung tiền phạt đối với hành vi đó từ 15.000.000 đồng trở lên đối với cá nhân, từ 30.000.000 đồng trở lên đối với tổ chức*” thì khi bị xử phạt trên thực tế với mức phạt tiền tối đa của khung tiền phạt, người vi phạm mới phát sinh quyền giải trình. Đơn cử, theo điểm e khoản 1 Điều 13 Nghị định số 98/2020/NĐ-CP ngày 26/08/2020 xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động thương mại, sản xuất, buôn bán hàng giả, hàng cấm và bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng thì hành vi “*buôn bán tem, nhãn, bao bì hàng hóa giả có số lượng từ 3.000 đơn vị đến dưới 5.000 đơn vị*” sẽ bị phạt tiền từ 10.000.000

đồng đến 15.000.000 đồng đối với cá nhân (từ 20.000.000 đồng đến 30.000.000 đồng đối với tổ chức). Như vậy, nếu cá nhân thực hiện hành vi này và có tình tiết tăng nặng thì mới có thể bị áp dụng mức phạt tiền tối đa của khung tiền phạt là 15.000.000 đồng. Lúc này đây, quyền giải trình của người bị xử phạt mới được phát sinh. Trong khi đó, hành vi có mức tiền phạt cao hơn là “*buôn bán tem, nhãn, bao bì hàng hóa giả có số lượng từ 5.000 đơn vị đến dưới 10.000 đơn vị*” nhưng không có tình tiết tăng nặng nên bị áp dụng mức tiền phạt trung bình của khung tiền phạt thì lại không phát sinh quyền giải trình⁴.

Với quy định trên, vô hình trung, Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 đã đặt thêm điều kiện “*hành vi vi phạm bị phạt tiền và phải có tình tiết tăng nặng*” mới phát sinh quyền giải trình. Đây là một quy định không thật sự hợp lý và không tạo ra sự công bằng với những người bị xử phạt mà hành vi vi phạm không có tình tiết tăng nặng. Ngoài ra, quy định trên cũng có điểm bất cập là trước khi người có thẩm quyền ban hành quyết định xử phạt, cá nhân, tổ chức hầu như không thể nhận biết được mình có bị áp dụng mức phạt tiền tối đa của khung tiền phạt là 15.000.000 đồng trở lên (tổ chức là 30.000.000 đồng trở lên) hay không. Do đó, người bị xử phạt không thể thực hiện quyền giải trình. Đến khi nhận biết được vi phạm của mình thuộc trường hợp được giải trình thì họ cũng không thể thực hiện bởi thời hạn thực hiện quyền đã qua. Vì vậy, Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (được sửa đổi, bổ sung năm 2020) đã có những sửa đổi hợp lý hơn. Theo đó, Điều 61 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (được sửa đổi, bổ sung năm 2020) quy định: “*Đối với hành vi vi phạm hành chính mà pháp luật có quy định hình thức xử phạt tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề có thời hạn hoặc đình chỉ hoạt động có thời hạn hoặc quy định mức tối đa của khung tiền phạt đối với hành vi đó từ 15.000.000 đồng trở lên đối với cá nhân, từ 30.000.000 đồng trở lên đối với tổ chức thì cá nhân, tổ chức vi phạm có quyền giải trình trực tiếp hoặc bằng văn bản với người có thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính. Người có thẩm quyền xử phạt có trách nhiệm xem xét ý kiến giải trình của cá nhân, tổ chức vi phạm hành chính để ra quyết định xử phạt, trừ trường hợp cá nhân, tổ chức không yêu cầu giải trình*”.

Với quy định mới này, quyền giải trình phát sinh khi cá nhân, tổ chức vi phạm hành chính thuộc một trong các trường hợp sau: i. *hành vi vi phạm hành chính mà pháp luật có quy định hình thức xử phạt tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề có thời*

⁴ Điểm g khoản 1 Điều 13 Nghị định số 98/2020/NĐ-CP quy định hành vi “*buôn bán tem, nhãn, bao bì hàng hóa giả có số lượng từ 5.000 đơn vị đến dưới 10.000 đơn vị*” sẽ bị “*phạt tiền từ 15.000.000 đồng đến 20.000.000 đồng đối với cá nhân, từ 30.000.000 đồng đến 40.000.000 đồng đối với tổ chức*”. Như vậy, nếu cá nhân thực hiện hành vi này mà không có tình tiết tăng nặng hay giảm nhẹ thì bị áp dụng mức phạt tiền trung bình của khung tiền phạt là 17.500.000 đồng.

hạn; ii. hành vi vi phạm hành chính mà pháp luật có quy định hình thức xử phạt đình chỉ hoạt động có thời hạn; iii. hành vi vi phạm hành chính mà pháp luật có quy định mức tối đa của khung tiền phạt đối với hành vi đó từ 15.000.000 đồng trở lên đối với cá nhân, từ 30.000.000 đồng trở lên đối với tổ chức.

Cần lưu ý, Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (được sửa đổi, bổ sung năm 2020) sửa đổi thuật ngữ “*bị áp dụng*” thành “*có quy định*”. Với sửa đổi này, có thể hiểu, khi cá nhân bị xử phạt đối với hành vi vi phạm mà pháp luật *có quy định* mức tối đa của khung tiền phạt đối với hành vi đó từ 15.000.000 đồng trở lên (tổ chức là 30.000.000 đồng trở lên) thì phát sinh quyền giải trình. Quy định trên rõ ràng khoa học hơn vì người bị xử phạt hoàn toàn có thể nhận thức được quyền giải trình phát sinh trong giai đoạn trước khi ban hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính.

2.2. Về thời hạn và thủ tục giải trình

Theo Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (được sửa đổi, bổ sung năm 2020), người bị xử phạt có quyền lựa chọn cách giải trình bằng văn bản hay giải trình trực tiếp. Đối với trường hợp giải trình trực tiếp, người bị xử phạt phải gửi văn bản yêu cầu được giải trình trực tiếp đến người có thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính trong thời hạn *02 ngày làm việc*, kể từ ngày lập biên bản vi phạm hành chính. Đối với trường hợp giải trình bằng văn bản, người bị xử phạt phải gửi văn bản giải trình cho người có thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính trong thời hạn *05 ngày làm việc*, kể từ ngày lập biên bản vi phạm hành chính. Trường hợp vụ việc có nhiều tình tiết phức tạp thì người có thẩm quyền xử phạt có thể gia hạn nhưng không quá *05 ngày làm việc* theo đề nghị của cá nhân, tổ chức vi phạm. Việc gia hạn của người có thẩm quyền xử phạt phải bằng văn bản.

Người có thẩm quyền xử phạt phải thông báo bằng văn bản cho người vi phạm về thời gian và địa điểm tổ chức phiên giải trình trực tiếp trong thời hạn *05 ngày làm việc*, kể từ ngày nhận được yêu cầu của người vi phạm.

Về thời hạn và thủ tục giải trình, Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (được sửa đổi, bổ sung năm 2020) có hai sửa đổi quan trọng. *Một là*, Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (được sửa đổi, bổ sung năm 2020) đã quy định nhất quán về thời gian để tính thời hạn thực hiện quyền giải trình. Trước đây, việc gửi văn bản đề nghị giải trình trực tiếp được thực hiện trong *02 ngày làm việc* (không bao gồm ngày lễ, ngày nghỉ) kể từ ngày lập biên bản vi phạm hành chính, còn giải trình bằng văn bản thì được thực hiện trong *05 ngày* (bao gồm ngày lễ, ngày nghỉ) kể từ ngày lập biên bản vi phạm hành chính. Cùng quy định về thời hạn gửi yêu cầu giải trình mà việc giải trình trực tiếp lại quy định là *ngày làm việc*, trong khi đó giải trình bằng văn bản lại là *ngày bình thường*. Đây là hai quy định

không có sự nhất quán về tư duy lập pháp. Ngoài ra, quy định không nhất quán này đã dẫn đến những khó khăn trong việc ghi biên bản vi phạm hành chính bởi Mẫu biên bản vi phạm hành chính số 01 ban hành kèm theo Nghị định số 81/2013/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 97/2017/NĐ-CP) áp dụng chung công thức: “*Trong thời hạn... ngày làm việc, người vi phạm có quyền gửi yêu cầu được giải trình trực tiếp hoặc giải trình bằng văn bản*”⁵.

Hiện nay, Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (được sửa đổi, bổ sung năm 2020) đã đồng bộ hóa và quy định cách tính thời hạn để gửi đề nghị giải trình là “*ngày làm việc*” (không bao gồm ngày lễ, ngày nghỉ). Ngoài ra, Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (được sửa đổi, bổ sung năm 2020) quy định việc gia hạn hay tổ chức phiên giải trình cũng được thực hiện theo cách tính là “*ngày làm việc*”. Trên cơ sở này, mẫu biên bản vi phạm hành chính ban hành kèm theo Nghị định số 118/2021/NĐ-CP ngày 23/12/2021 quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Xử lý vi phạm hành chính cũng đã có những điều chỉnh hợp lý về thời hạn thực hiện quyền giải trình là “*trong thời hạn 02 ngày làm việc/ 05 ngày làm việc kể từ ngày lập biên bản này*”⁶. Sửa đổi quan trọng thứ hai là Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (được sửa đổi, bổ sung năm 2020) quy định rõ việc gia hạn của người có thẩm quyền liên quan đến thời hạn gửi văn bản giải trình. Theo đó, việc gia hạn này phải được thực hiện bằng hình thức văn bản.

2.3. Về cách giải quyết trong trường hợp người bị xử phạt không yêu cầu giải trình nhưng trước khi hết thời hạn gửi văn bản giải trình lại có yêu cầu giải trình

Như đã trình bày, giải trình là một quyền quan trọng của người bị xử phạt. Một khi là quyền của người bị xử phạt thì họ có thể từ chối không thực hiện quyền này. Trong trường hợp người bị xử phạt từ chối không thực hiện quyền giải trình - tức không yêu cầu giải trình thì người có thẩm quyền sẽ căn cứ vào biên bản vi phạm hành chính để ra quyết định xử phạt. Một câu hỏi đặt ra là khi lập biên bản vi phạm hành chính thì người bị xử phạt không yêu cầu giải trình nhưng sau đó thay đổi quyết định và có yêu cầu giải trình mà yêu cầu này vẫn trong thời hạn được giải trình thì giải quyết như thế nào? Câu hỏi này không được Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 và các văn bản hướng dẫn thi hành trả lời cụ thể. Từ đó, trên thực tế phát sinh nhiều cách thức xử lý khác nhau.

* *Cách thức xử lý thứ nhất*: có ý kiến cho rằng giải trình tuy là quyền của người bị xử phạt nhưng lại liên quan mật thiết đến việc ra quyết định xử phạt vi phạm hành chính.

⁵ Xem thêm Mẫu biên bản số 01 ban hành kèm theo Nghị định số 81/2013/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 97/2017/NĐ-CP).

⁶ Xem thêm Mẫu biên bản số 01 ban hành kèm theo Nghị định số 118/2021/NĐ-CP ngày 23/12/2021.

Một khi người bị xử phạt không yêu cầu giải trình thì người có thẩm quyền không tiến hành giải trình và tập trung vào việc xem xét các tình tiết, chứng cứ để kịp thời ban hành quyết định xử phạt. Việc từ chối rồi lại yêu cầu giải trình không chỉ ảnh hưởng đến tiến độ giải quyết công việc của các cơ quan nhà nước mà còn có thể dẫn đến sai sót trong nội dung của quyết định xử phạt vi phạm hành chính. Trong nhiều trường hợp, ngay sau khi người bị xử phạt từ chối quyền giải trình thì người có thẩm quyền đã ban hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính. Do đó, ngay cả khi còn thời hạn gửi văn bản giải trình thì người có thẩm quyền cũng không chấp nhận yêu cầu giải trình bởi sự chấp nhận này có thể dẫn đến việc sửa đổi, bổ sung hay hủy bỏ quyết định xử phạt vi phạm hành chính⁷.

* *Cách thức xử lý thứ hai*: ý kiến khác lại cho rằng giải trình là một quyền quan trọng của người bị xử phạt. Quyền này chỉ kết thúc khi hết thời hạn gửi văn bản giải trình mà người bị xử phạt không có yêu cầu giải trình. Do đó, trong thời hạn gửi văn bản giải trình thì người bị xử phạt có quyền yêu cầu giải trình ở bất cứ thời điểm nào. Nói cách khác, trường hợp người bị xử phạt không yêu cầu giải trình nhưng trước khi hết thời hạn gửi văn bản giải trình lại có yêu cầu giải trình thì người có thẩm quyền phải có trách nhiệm tổ chức phiên giải trình⁸.

Hai cách thức xử lý nêu trên đều có những điểm hợp lý nhất định. Tuy nhiên, việc áp dụng pháp luật phải mang tính thống nhất. Chính vì lẽ đó mà câu hỏi trên cần được giải đáp bằng một quy phạm pháp luật chứa đựng quy tắc xử sự chung. Đáp ứng yêu cầu đó, khoản 4 Điều 61 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (được sửa đổi, bổ sung năm 2020) đã quy định rất rõ ràng: “*Trường hợp cá nhân, tổ chức vi phạm hành chính không yêu cầu giải trình nhưng trước khi hết thời hạn lại có yêu cầu giải trình thì người có thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính có trách nhiệm xem xét ý kiến giải trình của cá nhân, tổ chức vi phạm*”.

Với điều khoản trên, có thể hiểu, khi người bị xử phạt không yêu cầu giải trình nhưng trước khi hết thời hạn gửi văn bản giải trình lại có yêu cầu giải trình thì người có thẩm quyền phải xem xét tổ chức giải trình. Quy định rõ ràng này đã xóa bỏ đi những tranh luận miên man không có hồi kết về cách giải quyết trong trường hợp người bị xử phạt không yêu cầu giải trình nhưng trước khi hết thời hạn gửi văn bản giải trình lại có yêu cầu giải trình. Đồng thời, quy định trên cũng thiết lập cách áp dụng pháp luật chính xác, thận

⁷ Báo cáo số 136/BC-UBND của Ủy ban nhân dân tỉnh Quảng Trị ngày 26/7/2018 về công tác thi hành pháp luật xử lý vi phạm hành chính 6 tháng đầu năm 2018.

⁸ Báo cáo tổng kết 5 năm thi hành Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 của Ủy ban nhân dân tỉnh Sóc Trăng theo Quyết định số 582/QĐ-BTP ngày 25/4/2017 của Bộ trưởng Bộ Tư pháp ban hành Kế hoạch tổng kết thi hành Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012.

trọng là người có thẩm quyền phải để hết thời hạn gửi văn bản giải trình thì mới ban hành quyết định xử phạt. Điều này cũng được bảo đảm bởi quy định hợp lý về thời hạn ra quyết định xử phạt vi phạm hành chính là “*Đối với vụ việc mà cá nhân, tổ chức có yêu cầu giải trình thì thời hạn ra quyết định xử phạt là 01 tháng, kể từ ngày lập biên bản vi phạm hành chính*”.

2.4. Về vấn đề quy định chi tiết quyền giải trình trong Nghị định của Chính phủ

Lần đầu tiên trong lịch sử, quyền giải trình của người bị xử phạt được ghi nhận trong Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012. Đây là quy định rất quan trọng để người bị xử phạt bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình trước những hình thức xử phạt có tính cưỡng chế cao như tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề có thời hạn; đình chỉ hoạt động có thời hạn... Giải trình là cơ hội để người bị xử phạt chứng minh mình không vi phạm hành chính, hoặc có vi phạm hành chính nhưng tính chất, mức độ vi phạm không đến mức như đánh giá của người có thẩm quyền xử phạt. Hơn nữa, ngay cả trong trường hợp tính chất, mức độ vi phạm đến mức như đánh giá của người có thẩm quyền xử phạt thì việc cho phép người bị xử phạt có quyền giải trình cũng góp phần hạn chế đến mức thấp nhất những khiếu nại, khởi kiện có thể phát sinh⁹.

Là một quyền quan trọng nhưng giải trình chỉ được quy định một cách trực tiếp trong một điều luật của Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (Điều 61). Các quy định còn lại trong Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 nếu có nhắc đến cũng chỉ mang tính gián tiếp¹⁰. Việc chỉ dành một điều luật để quy định tất cả các nội dung liên quan đến quyền giải trình (bao gồm những trường hợp được giải trình, thời hạn nộp yêu cầu giải trình, thủ tục thực hiện, thẩm quyền thực hiện) là chưa tương xứng với tính chất quan trọng của quyền này. Chính vì vậy, Điều 61 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (được sửa đổi, bổ sung năm 2020) đã bổ sung thêm một khoản mới là khoản 5 với nội dung “*Chính phủ quy định chi tiết Điều này*”.

Từ quy định ủy quyền lập pháp này, Chính phủ ban hành Nghị định số 118/2021/NĐ-CP quy định chi tiết về quyền giải trình. Theo đó, Điều 17 Nghị định số 118/2021/NĐ-CP đã có những quy định cụ thể hơn về giải trình trong xử phạt vi phạm hành chính.

⁹ Nguyễn Cảnh Hợp chủ biên (2017), *Bình luận khoa học Luật Xử lý vi phạm hành chính 2012 (tái bản lần thứ 1)*, Nxb. Hồng Đức, tr. 432.

¹⁰ Đơn cử, Điều 66 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 có quy định về thời hạn ra quyết định xử phạt vi phạm hành chính trong trường hợp vi phạm phát sinh quyền giải trình.

3. Những vấn đề cần tiếp tục hoàn thiện về giải trình trong pháp luật xử phạt vi phạm hành chính

Một là, theo Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (được sửa đổi, bổ sung năm 2020) thì cá nhân sẽ phát sinh quyền giải trình khi hành vi vi phạm mà pháp luật có quy định hình thức xử phạt tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề có thời hạn hoặc đình chỉ hoạt động có thời hạn hoặc quy định mức tối đa của khung tiền phạt đối với hành vi đó từ 15.000.000 đồng trở lên (đối với tổ chức là 30.000.000 đồng trở lên). Việc áp dụng hình thức xử phạt tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề có thời hạn hoặc đình chỉ hoạt động có thời hạn gây thiệt hại lớn về vật chất cho người vi phạm. Tương tự, hình thức phạt tiền hướng đến việc gây thiệt hại về vật chất đối với chủ thể bị xử phạt. Đặc biệt, hành vi vi phạm mà pháp luật có quy định mức tối đa của khung tiền phạt đối với hành vi đó từ 15.000.000 đồng trở lên đối với cá nhân (30.000.000 đồng trở lên đối với tổ chức) được xem là gây thiệt hại lớn về vật chất cho chủ thể vi phạm. Do đó, nhà làm luật quy định quyền giải trình là hợp lý. Tuy nhiên, bất cập phát sinh là Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (được sửa đổi, bổ sung năm 2020) lại không quy định quyền giải trình đối với trường hợp chủ thể vi phạm bị áp dụng hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính. Đây là điều không thật sự hợp lý, ảnh hưởng đến quyền và lợi ích của chủ thể vi phạm bởi hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính được áp dụng cũng nhằm gây thiệt hại về vật chất cho người vi phạm. Thậm chí trong nhiều trường hợp, việc tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính còn gây thiệt hại lớn hơn nhiều lần so với số tiền bị xử phạt (thậm chí là cao hơn mức phạt tiền tối đa là 15.000.000 đồng trở lên đối với cá nhân, 30.000.000 đồng trở lên đối với tổ chức). Chính vì vậy, trong tương lai, Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (được sửa đổi, bổ sung năm 2020) cần được sửa đổi theo hướng thừa nhận quyền giải trình đối với trường hợp chủ thể vi phạm bị áp dụng hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính. Tuy nhiên, nếu quy định cho phép giải trình đối với các tất cả các vi phạm mà pháp luật có quy định hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính thì có thể dẫn đến sự quá tải, gây khó khăn cho công tác xử phạt. Vì vậy, tác giả cho rằng chỉ quy định cho người bị xử phạt có quyền giải trình đối với hành vi vi phạm có quy định hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện mà tang vật, phương tiện có trị giá từ 15.000.000 đồng trở lên đối với cá nhân, từ 30.000.000 đồng trở lên đối với tổ chức. Bổ sung này sẽ tạo ra sự đồng bộ với hành vi vi phạm hành chính mà pháp luật có quy định mức tối đa của khung tiền phạt đối với hành vi đó từ 15.000.000 đồng trở lên đối với cá nhân, từ 30.000.000 đồng trở lên đối với tổ chức. Như vậy, Điều 61 Luật Xử lý vi phạm

hành chính năm 2012 (được sửa đổi, bổ sung năm 2020) có thể được sửa đổi như sau: “Đối với hành vi vi phạm hành chính mà pháp luật có quy định hình thức xử phạt tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề có thời hạn hoặc đình chỉ hoạt động có thời hạn hoặc tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính mà tang vật, phương tiện có trị giá 15.000.000 đồng trở lên đối với cá nhân, 30.000.000 đồng trở lên đối với tổ chức hoặc quy định mức tối đa của khung tiền phạt đối với hành vi đó từ 15.000.000 đồng trở lên đối với cá nhân, từ 30.000.000 đồng trở lên đối với tổ chức thì cá nhân, tổ chức vi phạm có quyền giải trình trực tiếp hoặc bằng văn bản với người có thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính. Người có thẩm quyền xử phạt có trách nhiệm xem xét ý kiến giải trình của cá nhân, tổ chức vi phạm hành chính để ra quyết định xử phạt, trừ trường hợp cá nhân, tổ chức không yêu cầu giải trình”.

Hai là, theo Điều 61 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (sửa đổi, bổ sung năm 2020) thì quyền giải trình của người vi phạm chỉ phát sinh trong ba trường hợp cụ thể. Tuy nhiên, một số nghị định xử phạt vi phạm hành chính trong các lĩnh vực lại tự tiện “khai sinh” thêm những trường hợp người bị xử phạt có quyền giải trình. Cụ thể, Điều 37 Nghị định số 125/2020/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 102/2021/NĐ-CP) xử phạt vi phạm hành chính về thuế, hóa đơn quy định:

“1. Các trường hợp giải trình vi phạm hành chính về thuế, hóa đơn

a) Hành vi vi phạm hành chính về thuế, hóa đơn được phát hiện thông qua công tác thanh tra thuế, kiểm tra thuế hoặc các trường hợp lập biên bản vi phạm hành chính điện tử;

b) Hành vi vi phạm hành chính quy định tại Điều 16, 17, 18; khoản 3 Điều 20; khoản 7 Điều 21; Điều 22 và Điều 28 Nghị định này.

2. Việc giải trình vi phạm hành chính về thuế, hóa đơn thực hiện theo quy định của pháp luật về xử lý vi phạm hành chính”.

Quy định trên có nghĩa bất cứ vi phạm hành chính nào về thời hạn nộp hồ sơ khai thuế mà việc lập biên bản vi phạm hành chính bằng phương thức điện tử thì cũng phát sinh quyền giải trình. Nói cách khác, hành vi “nộp hồ sơ khai thuế quá thời hạn từ 01 ngày đến 05 ngày và có tình tiết giảm nhẹ” bị phạt cảnh cáo mà việc lập biên bản vi phạm hành chính bằng phương thức điện tử thì cũng phát sinh quyền giải trình. Điều này rõ ràng không phù hợp với quy định về các trường hợp được giải trình tại Điều 61 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (sửa đổi, bổ sung năm 2020).

TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT, ĐẠI HỌC HUẾ

Tình trạng nghị định mâu thuẫn luật là điều không thể tiếp tục trong bối cảnh xây dựng nhà nước pháp quyền. Chính vì vậy, Chính phủ cần bãi bỏ quy định về các trường hợp được quyền giải trình trong Nghị định số 125/2020/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 102/2021/NĐ-CP) mà không phù hợp với Điều 61 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (sửa đổi, bổ sung năm 2020). Ngược lại, trong trường hợp nhận thấy sự cần thiết của những trường hợp này thì phải tiến hành sửa đổi và ghi nhận ngay trong Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (sửa đổi, bổ sung năm 2020). Sửa đổi này sẽ bảo đảm tính thống nhất giữa Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (sửa đổi, bổ sung năm 2020) với nghị định quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong các lĩnh vực.

Ba là, như đã trình bày, khoản 5 Điều 61 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (được sửa đổi, bổ sung năm 2020) ủy quyền cho Chính phủ quy định chi tiết về giải trình. Tuy nhiên, quy định tại khoản 2 Điều 17 Nghị định số 118/2021/NĐ-CP lại không phù hợp với các điều khoản của Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (được sửa đổi, bổ sung năm 2020). Cụ thể, khoản 2 Điều 17 Nghị định số 118/2021/NĐ-CP quy định: “Cá nhân, tổ chức vi phạm hành chính không yêu cầu giải trình nhưng trước khi hết thời hạn quy định tại các khoản 2 và 3 Điều 61 Luật Xử lý vi phạm hành chính lại có yêu cầu giải trình, thì người có thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính có trách nhiệm xem xét ý kiến giải trình của cá nhân, tổ chức vi phạm theo thủ tục quy định tại các khoản 2 và 3 Điều 61 Luật Xử lý vi phạm hành chính, trừ trường hợp phải áp dụng ngay biện pháp khắc phục hậu quả buộc tiêu hủy hàng hóa, vật phẩm gây hại cho sức khỏe con người, vật nuôi, cây trồng và môi trường, biện pháp khắc phục tình trạng ô nhiễm môi trường, lây lan dịch, bệnh đối với tang vật vi phạm hành chính là động vật, thực vật sống, hàng hóa, vật phẩm dễ hư hỏng, khó bảo quản hoặc tang vật, phương tiện vi phạm hành chính có nguy cơ hoặc có khả năng gây ô nhiễm môi trường, lây lan dịch, bệnh”.

Qua quy định trên, có thể hiểu, trong trường hợp cần áp dụng ngay một trong các biện pháp khắc phục hậu quả là “*buộc tiêu hủy hàng hóa, vật phẩm gây hại cho sức khỏe con người, vật nuôi, cây trồng và môi trường*” hoặc “*buộc khắc phục tình trạng ô nhiễm môi trường, lây lan dịch bệnh*” thì trước khi hết thời hạn gửi văn bản giải trình mà cá nhân, tổ chức có yêu cầu giải trình, người có thẩm quyền sẽ không xem xét ý kiến giải trình. Quy định này rõ ràng trái với Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (được sửa đổi, bổ sung năm 2020) bởi khoản 4 Điều 61 đạo luật này không đưa ra bất kỳ ngoại lệ nào loại trừ quyền giải trình của người bị xử phạt trước khi hết thời hạn gửi văn bản giải trình. Chính vì vậy, Chính phủ cần bãi bỏ quy định ngoại lệ tại khoản 2 Điều 17 Nghị định số 118/2021/NĐ-CP nhằm bảo đảm cho quyền giải trình của cá nhân, tổ chức không bị hạn

ché trong bất kỳ trường hợp nào miễn sao yêu cầu giải trình được gửi đến chủ thể có thẩm quyền trước khi hết thời hạn thực hiện quyền./.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Luật Khiếu nại năm 2011.
2. Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (sửa đổi, bổ sung năm 2020)
3. Nghị định số 81/2013/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 97/2017/NĐ-CP) quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Xử lý vi phạm hành chính.
4. Nghị định số 98/2020/NĐ-CP quy định xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động thương mại, sản xuất, buôn bán hàng giả, hàng cấm và bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng.
5. Nghị định số 125/2020/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 102/2021/NĐ-CP) quy định xử phạt vi phạm hành chính về thuế, hóa đơn.
6. Nghị định số 118/2021/NĐ-CP quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Xử lý vi phạm hành chính.
7. Báo cáo số 136/BC-UBND của Ủy ban nhân dân tỉnh Quảng Trị ngày 26/7/2018 về công tác thi hành pháp luật xử lý vi phạm hành chính 6 tháng đầu năm 2018.
8. Báo cáo tổng kết 5 năm thi hành Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 của Ủy ban nhân dân tỉnh Sóc Trăng theo Quyết định số 582/QĐ-BTP ngày 25/4/2017 của Bộ trưởng Bộ Tư pháp ban hành Kế hoạch tổng kết thi hành Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012.
9. Nguyễn Cảnh Hợp chủ biên (2017), *Bình luận khoa học Luật Xử lý vi phạm hành chính 2012 (tái bản lần thứ 1)*, Nxb. Hồng Đức.
10. Nguyễn Cảnh Hợp chủ biên (2017), *Giáo trình Luật hành chính Việt Nam*, Nxb. Hồng Đức.
11. Nguyễn Cửu Việt (2013), *Giáo trình Luật hành chính Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội.

**PHÁP LUẬT CỦA LIÊN MINH CHÂU ÂU TRONG KIỂM SOÁT HÀNH VI
LẠM DỤNG VỊ TRÍ THỐNG LĨNH TRÊN NỀN TẢNG TRỰC TUYẾN
VÀ GỢI MỞ CHO VIỆT NAM**

ĐỒNG THỊ HUYỀN NGA*

Ngày nhận bài: 15/01/2022

Ngày phản biện: 25/01/2022

Ngày đăng bài: 30/03/2022

Tóm tắt:

Trên cơ sở giới thiệu các quy định của Liên minh châu Âu và Việt Nam về kiểm soát hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh bao gồm chủ thể thực hiện hành vi, xác định thị trường liên quan và xác định vị trí thống lĩnh, bài viết phân tích những thách thức mà nền tảng trực tuyến đặt ra đối với pháp luật cạnh tranh của hai quốc gia. Bên cạnh đó, bài viết cũng nghiên cứu những kinh nghiệm của Liên minh châu Âu trong bước đầu giải quyết những thách thức của nền tảng trực tuyến nói trên và đưa ra một số gợi mở đối với pháp luật cạnh tranh Việt Nam.

Từ khoá:

Cạnh tranh, lạm dụng, vị trí thống lĩnh, nền tảng trực tuyến, Liên minh châu Âu

Abstract:

On the basis of the introduction of regulations of the European Union and Vietnam on the abuse of dominant position, including the subject of the behaviours, determining the relevant market and dominance, the article analyzes the challenges that online platforms pose to the competition law of the two countries. In addition, the article studies the experience of the European Union in initially solving the challenges of the aforementioned online platform and offers some suggestions for Vietnam's competition law.

Keywords:

Competition, abuse, dominant position, online platform, European Union

* ThS., Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: ngadth@hul.edu.vn

• Ghi chú: Tài bài viết toàn văn tại địa chỉ: <http://tapchi.hul.edu.vn>.

1. Đặt vấn đề

Được mệnh danh là những «gã khổng lồ công nghệ» của thế giới, Google, Facebook, Amazon, Microsoft hay Apple, tính đến năm 2020, có giá trị vốn hóa thị trường từ khoảng 500 tỷ đô la đến khoảng hai nghìn tỷ đô la Mỹ¹ và đồng thời cũng là những doanh nghiệp hiện đang nắm giữ vị trí thống lĩnh trên nền tảng kinh doanh của mình ở phạm vi toàn cầu.² Tuy nhiên, bên cạnh những sự đổi thay tích cực mang lại cho nền kinh tế thế giới và người tiêu dùng, các ông lớn công nghệ này cũng chính là những chủ thể đã và đang thực hiện hàng loạt các hành vi lạm dụng quyền lực của mình trên nền tảng trực tuyến để hạn chế cạnh tranh, bảo vệ vị trí của mình và thu lợi bất chính. Hậu quả hạn chế cạnh tranh của các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh của các doanh nghiệp nói trên là vô cùng nghiêm trọng và không thể chối cãi. Tuy nhiên, việc điều tra và xử lý những hành vi này trên thực tế gặp phải rất nhiều khó khăn mà nguyên nhân chủ yếu chính là bởi những vướng mắc về mặt pháp lý.

Thật vậy, pháp luật cạnh tranh về điều chỉnh các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh ra đời từ khá lâu và được «thiết kế» để phù hợp với tính chất của thị trường truyền thống. Trong khi đó, thị trường vận hành trên nền tảng trực tuyến với những đặc trưng về kỹ thuật và công nghệ, đã sớm khiến cho pháp luật cạnh tranh mất đi khả năng kiểm soát hiệu quả vốn có. Để giải quyết những khó khăn này, Liên minh châu Âu (EU) đã nhanh chóng tiến hành một số các thay đổi cốt lõi hướng đến mục tiêu phù hợp hoá pháp luật cạnh tranh đối với các hành vi phản cạnh tranh diễn ra trên nền tảng trực tuyến, trong đó có pháp luật về kiểm soát các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh. Những bước đi tiên phong này của EU nhận được nhiều sự đồng thuận và ủng hộ của cộng đồng quốc tế. Việt Nam, với tư cách là quốc gia có nền kinh tế kỹ thuật số phát triển nhanh nhất ở Đông Nam Á,³ cần sớm có những bước chuẩn bị và tiến tới hoàn thiện pháp luật cạnh tranh về kiểm soát hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh trên nền tảng trực tuyến trên cơ sở học hỏi kinh nghiệm của EU để

¹ Bursztynsky, Jessica (August 19, 2020), *Apple becomes first U.S. company to reach a \$2 trillion market cap*, *CNBC*, truy cập ngày 15/4/2021;

² Đến năm 2017, Amazon được xác định là doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh trong lĩnh vực thương mại điện tử với 50% tổng doanh số bán hàng trực tuyến toàn cầu thông qua nền tảng này. Apple chia sẻ vị trí thống lĩnh với Google trong lĩnh vực hệ điều hành thiết bị di động: 27% thị phần thuộc về Apple (iOS) và 72% thuộc về Google (Android). Ngoài mạng xã hội, Facebook còn thống trị trên thị trường ứng dụng chia sẻ hình ảnh trực tuyến (Instagram) và nhắn tin trực tuyến (WhatsApp). Google dẫn đầu trong lĩnh vực tìm kiếm trực tuyến (Google Tìm kiếm), chia sẻ video trực tuyến (YouTube) và điều hướng dựa trên bản đồ trực tuyến (Google Maps). Microsoft thống trị thị phần hệ điều hành máy tính để bàn (Microsoft Windows) và phần mềm văn phòng (Microsoft Office).

³ <https://nhandan.com.vn/thong-tin-so/cuoc-dua-thuong-mai-dien-tu-cua-cac-cong-ty-cong-nghe-tai-viet-nam-633836>, truy cập ngày 20/4/2021.

kip thời bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng cũng như thúc đẩy tăng trưởng kinh tế bền vững trong tương lai.

2. Pháp luật về kiểm soát các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh của Liên minh châu Âu và Việt Nam

2.1. Pháp luật của Liên minh châu Âu về kiểm soát hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh

Trụ cột chính trong hệ thống các quy định về kiểm soát hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh của EU được ghi nhận tại Điều 102 về Hiệp ước về Hoạt động của Liên minh Châu Âu (TFEU). Theo đó, về mặt logic, vị trí thống lĩnh không mang tính phản cạnh tranh theo định nghĩa, nhưng một hoặc một số doanh nghiệp có xu hướng hạn chế cạnh tranh một khi có được sức mạnh đáng kể trên thị trường. Điều 102 TFEU quy định rằng bất cứ doanh nghiệp nào lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường nội khối hoặc một phần quan trọng của thị trường nội khối thì sẽ bị cấm vì không tương thích với mục tiêu và tính chất của thị trường nội khối bởi nó tác động đến thương mại giữa các quốc gia thành viên. Các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh được Điều 102 TFEU liệt kê (nhưng không giới hạn), ví dụ như: trực tiếp hoặc gián tiếp áp đặt giá mua hoặc giá bán không công bằng hoặc các điều kiện kinh doanh không công bằng khác; hạn chế sản xuất, thị trường hoặc phát triển kỹ thuật; áp dụng các điều kiện khác nhau đối với các giao dịch như nhau với các bên giao dịch khác, do đó đặt họ vào thế bất lợi trong cạnh tranh; thực hiện việc giao kết hợp đồng nhưng buộc đối tác phải chấp nhận các nghĩa vụ bổ sung mà về bản chất hoặc theo mục đích thương mại, không có mối liên hệ nào với đối tượng của hợp đồng đó.

Quy trình để xác định vị trí thống lĩnh của doanh nghiệp trên thị trường trải qua hai bước⁴ xác định thị trường liên quan và xác định sức mạnh thị trường của doanh nghiệp. Khái niệm và cách thức xác định thị trường liên quan tại EU được quy định tại Thông báo số 97/C 372 /03 của Ủy ban châu Âu (EC). Cụ thể, thị trường liên quan là sự kết hợp của thị trường sản phẩm liên quan và thị trường địa lý liên quan. Thị trường sản phẩm liên quan bao gồm tất cả các sản phẩm và/hoặc dịch vụ được người tiêu dùng coi là có thể thay thế hoặc thay thế được cho nhau do đặc tính của sản phẩm, giá cả và mục đích sử dụng của chúng; thị trường địa lý liên quan bao gồm khu vực mà các doanh nghiệp liên quan tham gia vào việc cung cấp sản phẩm hoặc dịch vụ và trong đó các điều kiện cạnh tranh đủ đồng nhất. Ở bước thứ hai, để đo lường sức mạnh thị trường làm căn cứ xác định sự thống lĩnh, EC sử dụng và đánh giá đồng thời nhiều tiêu chí tùy vào từng trường hợp cụ thể. Theo quan điểm của EC thì phần là tiêu chí hữu ích được sử dụng đầu tiên để đánh giá về cấu

⁴ Richard Whish, David Bailey (2018), *Competition Law*, Oxford University Press, 9th edition, p. 187.

trúc thị trường, vai trò cũng như vị trí của các doanh nghiệp đang hoạt động trên thị trường. Tuy nhiên, EC sẽ không sử dụng đơn thuần vào thị phần mà sẽ giải thích thị phần dựa trên các điều kiện khác của thị trường liên quan, đặc biệt là các động lực của thị trường và mức độ khác biệt của các sản phẩm. Xu hướng hoặc sự phát triển của thị phần theo thời gian cũng có thể được tính đến trong các thị trường đầu thầu hoặc thị trường nhiều biến động.

2.2. Pháp luật Việt Nam về kiểm soát hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh

Hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường (cùng với hành vi lạm dụng vị trí độc quyền) được Luật Cạnh tranh (LCT) 2018 quy định là một trong hai nhóm hành vi hạn chế cạnh tranh khoản 2 Điều 3 LCT 2018 và được hiểu là hành vi của doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường, (vị trí độc quyền) gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh. Tương tự pháp luật cạnh tranh của EU, việc xác định vị trí thống lĩnh theo quy định tại LCT 2018 cần trải qua hai bước, xác định thị trường liên quan và xác định thị phần hoặc sức mạnh thị trường của doanh nghiệp. Thị trường liên quan được hiểu là thị trường của những hàng hóa, dịch vụ có thể thay thế cho nhau về đặc tính, mục đích sử dụng và giá cả trong khu vực địa lý cụ thể có các điều kiện cạnh tranh tương tự và có sự khác biệt đáng kể với các khu vực địa lý lân cận (khoản 7 Điều 3 LCT 2018). Như vậy, pháp luật cạnh tranh Việt Nam cũng xác định thị trường liên quan trên cơ sở xác định thị trường sản phẩm liên quan và thị trường địa lý liên quan. Bên cạnh đó, LCT 2018 cũng sử dụng tiêu chí kép để xác định sức mạnh thị trường của doanh nghiệp trên thị trường liên quan tương tự như cách thức của EU. Một doanh nghiệp chắc chắn được xem là có vị trí thống lĩnh nếu có thị phần từ 30% trở lên trên thị trường liên quan nhưng nếu thị phần của doanh nghiệp dưới 30% thì Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia sẽ tiến hành xem xét các yếu tố được quy định tại Điều 26 LCT 2018. Quy định về cách thức xác định nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh cũng dựa trên cách tiếp cận này khi sử dụng ngưỡng thống lĩnh thông qua mức tổng thị phần của các doanh nghiệp và các tiêu chí tại Điều 26 LCT 2018.

Như vậy, có thể thấy rằng, pháp luật cạnh tranh về kiểm soát hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh của Việt Nam và EU có nhiều nét tương đồng mang tính cốt lõi. Vì vậy, việc học hỏi kinh nghiệm lập pháp của EU trong chế định này là hoàn toàn phù hợp, thuận lợi và có cơ sở vững chắc.

3. Thực trạng lạm dụng vị trí thống lĩnh trên nền tảng trực tuyến và một số thách thức đối với pháp luật kiểm soát các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh trên nền tảng trực tuyến

3.1. Thực trạng lạm dụng vị trí thống lĩnh trên nền tảng trực tuyến

Định nghĩa về nền tảng trực tuyến của EC được xây dựng từ học thuyết kinh tế về nền tảng đa chiều (multi-sides platform) của David Evans (giáo sư Trường Luật Chicago),

Richard Schmalenese (giáo sư Howard W. Johnson Kinh tế và Quản lý, Viện Công nghệ Massachusetts). Học thuyết này khẳng định rằng nền tảng đa chiều là nơi có “a) hai hoặc nhiều nhóm khách hàng, b) những nhóm người này cần có nhau theo một cách nào đó, c) nhưng nhóm người này không thể tự mình nắm bắt được giá trị xuất phát từ sự thu hút lẫn nhau giữa họ; và d) do đó họ phải dựa vào chất xúc tác (nền tảng) để tạo điều kiện cho các giao dịch tạo ra giá trị giữa họ”.⁵ Từ đó, nền tảng trực tuyến được EC định nghĩa là «nơi mà các doanh nghiệp hoạt động trên thị trường hai hoặc đa chiều, sử dụng Internet tạo môi trường cho sự tương tác giữa hai hoặc nhiều nhóm người dùng riêng biệt nhưng phụ thuộc lẫn nhau để tạo ra giá trị cho ít nhất một trong các nhóm”.⁶

Nền tảng trực tuyến với đặc điểm quan trọng là hiệu ứng mạng⁷ thường tạo ra sự tập trung quyền lực thị trường rất lớn và hình thành nên những «người gác cổng» (gatekeeper) trên từng nền tảng trực tuyến với khả năng kiểm soát khả năng tiếp cận thị trường của các doanh nghiệp đối thủ muốn tham gia vào nền tảng trực tuyến của mình và có thể tự mình chọn ra người thắng, kẻ thua trong toàn bộ nền kinh tế. Từ vị trí mà mình có được, các doanh nghiệp thống lĩnh này thường lạm dụng sức mạnh để đặt ra những mức phí mang tính bóc lột, áp đặt các điều khoản hợp đồng bất hợp lý với đối tác. Dạng hành động này có thể dễ dàng quan sát được thông qua hành vi lạm dụng của Apple – doanh nghiệp thống lĩnh kiểm soát hệ điều hành iOS và App Store trên các thiết bị di động. Apple đã liên tục lạm dụng quyền lực của mình để khai thác các nhà phát triển ứng dụng thông qua việc chiếm đoạt thông tin nhạy cảm có tính cạnh tranh và tính giá, thu phí, thu hoa hồng từ các nhà phát triển ứng dụng siêu cạnh tranh trong App Store.⁸

Bên cạnh đó, các doanh nghiệp thống lĩnh còn lạm dụng sức mạnh thị trường để bảo vệ và củng cố vị trí thống lĩnh của mình. Các doanh nghiệp này nắm quyền kiểm soát cơ sở hạ tầng của nền tảng và sử dụng quyền kiểm soát này để khảo sát các doanh nghiệp khác nhằm xác định các đối thủ tiềm năng. Các đối thủ này sau đó bị mua lại, bị sao chép hoặc bị cắt đứt mối đe dọa cạnh tranh. Ví dụ điển hình nhất là hành động mua lại các đối thủ cạnh tranh của mình, bao gồm Diapers.com và Zappos cũng như mua lại các công ty hoạt

⁵ David Evans, Richard Schmalenese (2012), *The Antitrust Analysis of Multi-sided Platform Businesses*, National Bureau of Economic Research, pg. 22.

⁶ Nicolai Van Gorp, Olga Batura (2015), *Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy*, European Parliament's Committee on Economic and Monetary Affairs, p. 7.

⁷ Hiệu ứng mạng được hiểu là «Giá trị của những nền tảng này đối với người tiêu dùng tăng lên theo quy mô của chúng» và do đó các hiệu ứng mạng sẽ luôn tận dụng các nền tảng có số lượng người dùng cao nhất và có giá trị nhất đối với những người dùng khác, xem thêm tại <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52015SC0100>, truy cập ngày 25/4/2021.

⁸ Xem thêm tại <https://www.aa.com.tr/en/europe/eu-accuses-apple-of-breaching-competition-law/2225903>, truy cập ngày 15/6/2021.

động ở các thị trường liên kết, bổ sung dữ liệu khách hàng vào kho dự trữ của mình và tiếp tục củng cố các thị trường của Amazon, một doanh nghiệp thống lĩnh trên thị trường bán lẻ trực tuyến.⁹ Ngoài ra, các doanh nghiệp thống lĩnh này cũng có thể lợi dụng vị trí trung gian của mình trên các nền tảng trực tuyến mà mình nắm giữ để đặt sản phẩm của mình ở thứ tự ưu tiên, định giá trước hoặc các hành vi loại trừ khác mà Google là một ví dụ. Kể từ khi có được vị trí độc quyền trên nền tảng công cụ tìm kiếm chung, Google đã không ngừng tăng số lượng các trang hiển thị kết quả tìm kiếm đi kèm quảng cáo và với nội dung của chính Google nhưng đồng thời lại xoá mờ đi sự khác biệt giữa quảng cáo trả tiền và quảng cáo miễn phí.¹⁰ Điều này đã dẫn đến tình trạng lưu lượng truy cập từ phần còn lại kết quả tìm kiếm bị suy giảm, trong khi các thực thể tìm cách tiếp cận người dùng vẫn phải trả cho Google số tiền cho quảng cáo với mức phí ngày một tăng.

Trước những đặc trưng của nền tảng trực tuyến, không ít các quy định của pháp luật cạnh tranh về kiểm soát các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh không còn phù hợp mà cụ thể nhất và quan trọng nhất chính là các quy định về cách thức xác định thị trường liên quan, vị trí thống lĩnh cũng như tính phản cạnh tranh của hành vi.

3.2. Thách thức đối với pháp luật kiểm soát các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh trên nền tảng trực tuyến

Một là, thách thức trong xác định thị trường liên quan trên nền tảng trực tuyến

Thị trường liên quan được xác định trên hai cơ sở đó là thị trường sản phẩm liên quan và thị trường địa lý liên quan. Việc xác định thị trường sản phẩm liên quan chính là việc xác định khả năng thay thế về đặc tính, về mục đích sử dụng và về giá cả. Hay nói cách khác, các hàng hoá, dịch vụ nhất định sẽ thuộc cùng một thị trường sản phẩm liên quan nếu chúng có khả năng thay thế cho nhau cả về đặc tính, về mục đích sử dụng và về giá cả. Tuy nhiên, đối với các thị trường trực tuyến việc xác định giá cả là điều rất khó khăn bởi nền tảng trực tuyến, với những đặc trưng (như đã đề cập trên đây) đã tạo cơ sở để hình thành nên những *thị trường không giá cả* – một hình thái thị trường đặc biệt. Các thị trường không giá cả (zero-price market) được hiểu là những thị trường mà trong đó không phát sinh các giao dịch tài chính trực tiếp giữa người bán hoặc nhà cung cấp dịch vụ và khách hàng. Ví như trên nền tảng mạng xã hội (Facebook, Instagram, Twitter), người dùng thông thường (users) không phải trả bất cứ chi phí nào để có thể trở thành chủ sở hữu tài

⁹ Lina M. Khan (2017), *Amazon's Antitrust Paradox*, The Yale Law Journal, Volume 126, number 3, p. 780-781.

¹⁰ Robert H. Bork, J. Gregory Sidak (2012), *What does the Chicago School teach about Internet search and the antitrust treatment of Google?*, Journal of Competition Law & Economics, Volume 8, Issue 4, p. 664.

khoản trên các mạnh xã hội này. Tuy nhiên, thị trường không giá cả không đồng nghĩa với thị trường này miễn phí bởi về mặt nguyên tắc các doanh nghiệp một khi đã tham gia thị trường thì luôn chủ đích tìm kiếm lợi nhuận. Các doanh nghiệp trên nền tảng này tìm thấy lợi nhuận khi trao đổi các sản phẩm không có giá cho khách hàng để đổi lấy sự chú ý hoặc thông tin của họ.¹¹ Sự chú ý của người dùng chính là để kích hoạt hiệu ứng mạng, từ hiệu ứng mạng các doanh nghiệp sẽ thu thập được thông tin của người dùng và từ đó thu về được lợi nhuận thông qua hoạt động «bán quảng cáo». Đối với pháp luật cạnh tranh của các quốc gia sử dụng phương pháp SSNIP, trong đó có Việt Nam và EU thì việc giá cả của thị trường bằng không chắc chắn sẽ dẫn đến việc thất bại trong xác định thị trường sản phẩm liên quan nói riêng và thị trường liên quan nói chung.¹²

Một khó khăn khác khi xác định thị trường liên quan đối với hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh trên nền tảng trực tuyến là sự tham gia của nhiều hơn một thị trường liên quan gây ra bởi tính chất đa chiều của các nền tảng này. Một nền tảng trực tuyến có thể có mặt trên nhiều thị trường liên quan phụ thuộc vào mô hình kinh doanh của doanh nghiệp đó và bản thân mỗi thị trường đã có thể mang tính hai chiều phức tạp. Có hai loại thị trường hai chiều, thị trường hai chiều phát sinh giao dịch và không phát sinh giao dịch (transaction and non - transaction markets). Một ví dụ điển hình cho thị trường hai chiều không giao dịch đó dịch vụ công cụ tìm kiếm mà Google là doanh nghiệp thống lĩnh. Việc tìm kiếm trên Google là hoàn toàn miễn phí nhưng Google thu về được lợi nhuận thông qua quảng cáo và việc tìm kiếm thông tin của người dùng thông thường được «tài trợ» bởi các nhà quảng cáo. Tuy nhiên, người dùng tìm kiếm lại không tương tác với nhau và họ cũng không có liên hệ trực tiếp với bên mua quảng cáo của Google và Google – chủ sở hữu nền tảng luôn đóng một vai trò quan trọng trên thị trường của cả hai bên (thị trường tìm kiếm trực tuyến và thị trường quảng cáo trực tuyến). Sự phức tạp này cũng có thể được hình dung khía cạnh khác như sau: Các kênh phát sóng sẽ cạnh tranh trực tiếp với các kênh thông tin truyền thống (báo in, tạp chí in) trong việc thu hút lượt mua quảng cáo nhưng

¹¹ Newman, John M (2015), *Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations*, University of Pennsylvania Law Review, p. 174.

¹² Phương pháp SSNIP (Small but Significant and Non-Transitory Increase in Price - tăng giá nhỏ nhưng có ý nghĩa và phi tạm thời), còn được gọi là phương pháp thử độc quyền giá định. Thử nghiệm SSNIP bắt đầu với một sản phẩm đơn lẻ tức phép xác định thị trường nhỏ nhất có thể và dần dần mở rộng định nghĩa này với các sản phẩm khác (có các đặc tính tương tự) trên cơ sở phân tích khả năng thay thế. Thử nghiệm SSNIP sẽ mở rộng phép xác định về thị trường liên quan với các sản phẩm cho đến khi một nhà độc quyền giá định có thể tăng giá từ 5% đến 10% nhưng vẫn thu về được lợi nhuận. Tức lúc này người dùng cuối không thể hoặc sẽ không phản ứng với sự tăng giá đó bằng cách chuyển sang các sản phẩm hay khu vực thay thế, và các nhà cung cấp từ các sản phẩm/khu vực khác không thể chuyển đổi cơ sở sản xuất để bắt đầu cạnh tranh với nhà độc quyền giá định. Nếu giá bằng 0, mức tăng từ 5% đến 10% của giá vẫn bằng 0 và do đó thử nghiệm sẽ không còn ý nghĩa.

chúng không cạnh tranh với nhau ở khía cạnh thu hút người sử dụng dịch vụ cuối cùng. Như vậy, có thể tồn tại đồng thời ba thị trường liên quan, bao gồm thị trường cho không gian quảng cáo, thị trường kênh phát sóng và thị trường phương tiện in ấn. Chủ sở hữu của một nền tảng có thể nắm giữ vị trí thống lĩnh ở nhiều thị trường hoặc thậm chí tất cả các thị trường nói trên và do đó cần được tính đến khi xác định tổng thể thị trường liên quan.¹³ Thị trường hai chiều không phát sinh giao dịch kết hợp với nền tảng trực tuyến sẽ càng trở nên phức tạp hơn nhiều lần. Các doanh nghiệp số cạnh tranh bằng cách tích hợp nhiều nền tảng và tạo ra sức mạnh tổng hợp bằng cách liên kết chúng thông qua dữ liệu người dùng. Như vậy, rủi ro sẽ xảy ra đối với các cơ quan cạnh tranh khi phân tích các chiều của một nền tảng nhưng lại bỏ qua các mối quan hệ với các thị trường nền tảng khác.

Hai là, thách thức trong xác định vị trí thống lĩnh và tính phân cạnh tranh của hành vi

Có thể khẳng định rằng, việc có được sức mạnh thị trường là điều kiện để có được vị trí thống lĩnh và để đánh giá sức mạnh thị trường của một doanh nghiệp, các chỉ số định lượng mang tính chất «tĩnh» như tỷ lệ tập trung, thị phần, mức giá hoặc tỷ suất lợi nhuận ... Những chỉ số này, hoặc phụ thuộc rất lớn đến việc xác định thị trường liên quan, hoặc không thể xác định chính xác trong nhiều trường hợp khi nền tảng trực tuyến là miễn phí hay phát sinh rất ít doanh thu/lợi nhuận (ví dụ trong mô hình kinh doanh của WhatsApp). Tuy nhiên, điều này không có nghĩa các doanh nghiệp sở hữu mô hình nền tảng trực tuyến này không có sức mạnh thị trường. Theo đó, một tiêu chí thường xuyên được cơ quan cạnh tranh của các quốc gia, trong đó có EU và Việt Nam, sử dụng để đánh giá sức mạnh thị trường của doanh nghiệp, chính là thị phần. Tuy nhiên, việc xác định thị phần trở nên khó khăn trong thị trường trực tuyến ở nhiều khía cạnh. Thứ nhất, việc xác định thị phần hoàn toàn phụ thuộc vào việc xác định thị trường liên quan và việc xác định thị trường liên quan trên nền tảng trực tuyến vốn đã phải đối diện với nhiều thách thức như đã phân tích trên đây. Thứ hai, trên những «chiều» của nền tảng trực tuyến mà trong đó người dùng của nền tảng được miễn phí sử dụng hoặc thu về rất ít doanh thu thì việc đánh giá thị phần cũng không còn chính xác. Ngoài ra, việc sử dụng các tiêu chí mang tính chất cố định khi đánh giá sức mạnh thị trường còn gặp thách thức về sự «lạc hậu» đối với những thị trường năng động và mang tính đổi mới liên tục như thị trường của các nền tảng trực tuyến. Rất nhiều các ví dụ thực tiễn cho thấy các nền tảng trực tuyến nhanh chóng chiếm được vị trí thống lĩnh với đông đảo người dùng nhưng cũng nhanh chóng bị loại thải ra ngoài thị trường như

¹³ Lapo Filistrucchi, Damien Geradin, Eric van Damme, Pauline Affeldt (2013), *Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice*, Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series (No. 09/2013), p. 26-28.

nền tảng Myspace, SoundCloud hay mạng xã hội Google+ của chính «ông lớn» Google. Điều này có thể dẫn đến tình trạng sức mạnh thị trường của các doanh nghiệp có thể bị gián đoạn, bị thay đổi nhanh chóng và do đó việc xác định vị trí thống lĩnh, với những tiêu chí tĩnh, sẽ khó khăn hơn.

Bên cạnh những khó khăn trong đánh giá sức mạnh thị trường thì việc đánh giá tính hạn chế cạnh tranh của hành vi sau khi đã xác định được vị trí thống lĩnh cũng là một vấn đề cần xem xét kỹ càng hơn đối với thị trường trên nền tảng trực tuyến. Một đặc trưng của hành vi lạm dụng vị trí vị trí thống lĩnh nói riêng và các hành vi hạn chế cạnh tranh nói chung đó là các hành vi này luôn phải là những hành vi tác động hoặc có khả năng gây tác động khiến cho cạnh tranh bị loại trừ, bị sai lệch, bị cản trở hoặc suy giảm. Tuy nhiên, do tác động của hiệu ứng mạng dẫn đến hiệu ứng «được ăn cả» (winner-takes-all effects) hoặc sự đổi mới và tính năng động của nền tảng trực tuyến, dẫn đến khó khăn rất lớn trong việc phân biệt giữa hành vi kinh doanh hợp pháp của doanh nghiệp và hành vi phản cạnh tranh của chúng trên nền tảng trực tuyến.¹⁴ Trong thực tiễn vận hành nền tảng trực tuyến, việc các doanh nghiệp tận dụng sức mạnh thị trường A để giành được vị trí trên thị trường B là những hoạt động kinh doanh thường được vận dụng. Ví dụ Facebook tận dụng vị trí thống lĩnh của mình trên nền tảng mạng xã hội để tham gia vào thị trường truyền hình trực tuyến và do đó cố gắng mua lại những công ty khởi nghiệp về truyền hình trực tuyến. Hoạt động này nhìn ở khía cạnh tiêu cực, có thể là việc các doanh nghiệp thống lĩnh đang bảo vệ vị trí thống lĩnh của mình nhưng nếu nhìn ở khía cạnh tích cực, cũng có thể là một cơ hội để thúc đẩy sự đổi mới trong ngành và cũng là một hoạt động kinh doanh thuộc về quyền của doanh nghiệp.

4. Kinh nghiệm của Liên minh châu Âu và gợi mở cho Việt Nam nhằm hoàn thiện pháp luật về kiểm soát các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh trên nền tảng trực tuyến

4.1. Các dự luật về thị trường kỹ thuật số và cách tiếp cận của Liên minh châu Âu

Hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh trên nền tảng trực tuyến nói riêng và các hành vi phản cạnh tranh trên thị trường số nói chung là mối quan tâm hàng đầu của Liên minh châu Âu và do đó, giải quyết vấn đề này cần có các giải pháp mang tính hệ thống ở tầm chính sách bên cạnh từng giải pháp cụ thể cho pháp luật cạnh tranh. Chính vì vậy, vào tháng 12 năm 2020, EC đã đề xuất hai dự luật quan trọng là Dịch vụ kỹ thuật số (DSA) và Thị trường kỹ thuật số (DMA)¹⁵ để nhằm tạo ra một không gian kỹ thuật số rộng mở hơn và an

¹⁴ Olga Batura, Nicolai van Gorp, Pierre Larouche (2015), *Online platforms and the EU Single Market*, House of Lords of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, p. 11.

¹⁵ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package>, truy cập ngày 20/5/2021.

toàn hơn trên toàn bộ lãnh thổ EU. Trước hết, DSA quy định và mô tả các dịch vụ trực tuyến bao gồm các trang web đơn giản đến các dịch vụ cơ sở hạ tầng internet và nền tảng trực tuyến và tập trung chủ yếu vào việc làm rõ trung gian và nền tảng trực tuyến. Trên cơ sở đó, DMA đưa ra một loạt các ràng buộc mang tính hạn chế hành vi các doanh nghiệp được xem là «người gác cổng» của các nền tảng trực tuyến được mô tả trong DSA bằng cách ngăn chặn những doanh nghiệp này lạm dụng sức mạnh thị trường của họ và cho phép những doanh nghiệp mới tham gia thị trường.

Dự luật về Thị trường kỹ thuật số đưa ra các chỉ số định tính và định lượng để xác định «người gác cổng» của doanh nghiệp trên nền tảng trực tuyến và việc sử dụng kết hợp hai dạng tiêu chí trong từng trường hợp là yêu cầu bắt buộc. Các tiêu chí định lượng bao gồm các chỉ số về thị phần, số lượng người dùng bị ảnh hưởng bởi hoạt động của nền tảng, thời gian người dùng dành cho trang web của nền tảng và doanh thu kinh tế hàng năm của nền tảng trực tuyến đó.¹⁶ Một số tiêu chí định tính quan trọng trong xác định «người gác cổng» là khả năng của một nền tảng trực tuyến kiểm soát quyền truy cập hoặc tận dụng vị trí thống trị của nền tảng đó. Bên cạnh đó, DMA cũng liệt kê các hành vi mà những «người gác cổng» không được phép thực hiện, trong đó có các hành vi được xem là đương nhiên trái pháp luật (Điều 5 DMA) và các hành vi cần các đánh giá cụ thể khác (Điều 6 DMA), và các quy định mà những «người gác cổng» phải tuân thủ. Trong trường hợp những «người gác cổng» vi phạm, mức phạt tiền tối đa lên đến 10% tổng doanh thu hàng năm của doanh nghiệp trên phạm vi toàn cầu. Việc thanh toán tiền phạt định kỳ lên đến 5% doanh thu trung bình hàng ngày. Trong trường hợp các doanh nghiệp «gác cổng» này vi phạm có hệ thống các nghĩa vụ DMA, các biện pháp khắc phục bổ sung có thể được áp dụng đối với người giữ cổng sau khi điều tra thị trường. Nếu cần thiết và là phương án cuối cùng, các biện pháp xử lý phi tài chính có thể được áp dụng. Chúng có thể bao gồm các biện pháp khắc phục hậu quả và khôi phục cấu trúc thị trường, ví dụ sự thoái vốn của (hoặc các bộ phận của) một doanh nghiệp hay thậm chí bị cấm hoạt động tạm thời tại thị trường EU nếu các công ty vi phạm nghiêm trọng và tái diễn vi phạm gây nguy hại an ninh của các công dân EU.

4.2. Kinh nghiệm từ Liên minh châu Âu và một số gợi mở cho pháp luật cạnh tranh Việt Nam

Có thể khẳng định rằng EU là một trong những quốc gia đầu tiên trên thế giới có những bước đi tiên phong và thực sự đột phá trong việc tái tổ chức pháp luật cạnh tranh

¹⁶ Tambiama Madiega (2020), *Regulating digital gatekeepers - Background on the future Digital Markets Act*, European Parliamentary Research Service, p. 5.

theo hướng phù hợp hoá với hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh trên nền tảng trực tuyến. Một số khía cạnh trong kinh nghiệm của EU được đề cập sau đây cần được cân nhắc và vận dụng cho pháp luật cạnh tranh của Việt Nam trong tương lai:

Thứ nhất, về mặt cấu trúc: DSA và DMA của EU cho thấy rằng các nhà hoạch định chính sách và các nhà làm luật của EU đã không lựa chọn cách thức sửa đổi trực tiếp pháp luật cạnh tranh hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh (tức Điều 102 TFEU) mà ban hành bổ sung các văn bản riêng để khoả lấp những hạn chế còn tồn tại trong kiểm soát nhóm hành vi này trên nền tảng trực tuyến của pháp luật cạnh tranh. Cách tiếp cận này là phù hợp và đảm bảo được tính thống nhất trong toàn bộ hệ thống bởi việc sửa đổi các quy định truyền thống của pháp luật cạnh tranh để tương thích với các hành vi phản cạnh tranh trên nền tảng trực tuyến sẽ khiến cho sự ổn định vốn có bị phá vỡ và các quy định trước đó sẽ trở nên công kênh hơn. Việc ban hành các văn bản riêng sẽ đảm bảo tính chuyên biệt, rõ ràng và dễ áp dụng hơn. Do đó, pháp luật cạnh tranh Việt Nam hoàn toàn có thể áp dụng cách thức tiếp cận này của EU bằng cách giữ nguyên các quy định nền tảng của LCT 2018 nhưng ban hành các văn bản quy phạm pháp luật dưới luật để hướng dẫn áp dụng pháp luật cạnh tranh trên nền tảng trực tuyến.

Thứ hai, về xác định vị trí thống lĩnh: DMA của EU tuy không trực tiếp khẳng định trong câu chữ nhưng có thể khẳng định rằng về mặt nội dung, dự luật này chính là công cụ mà EU dùng để điều chỉnh hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh trên nền tảng trực tuyến. Trước hết, đối tượng áp dụng của DMA là những «người gác cổng» và các tiêu chí để xác định chính «người gác cổng» chính là các tiêu chí để xác định vị trí thống lĩnh của pháp luật cạnh tranh được điều chỉnh cho phù hợp với nền tảng trực tuyến. Trên thực tế, tồn tại nhiều các nền tảng trực tuyến lớn nhưng rất ít trong số đó có thể trở thành «người gác cổng» nắm khả năng kiểm soát các kênh phân phối chính.¹⁷ Với những lợi thế từ hiệu ứng mạng, vai trò trung gian và khả năng tiếp cận và thu thập lượng thông tin lớn dữ liệu, «người gác cổng» được xem là đang nắm giữ sức mạnh thị trường cũng như vị trí thống lĩnh và do đó có thể gây ra những bất lợi cho cạnh tranh.¹⁸ Cách tiếp cận của EU ở khía cạnh này, tuy còn gặp phải những tranh cãi nhất định nhưng theo đánh giá của tác giả là phù hợp với Việt Nam vì tính dễ áp dụng và đồng thời giải quyết được vấn đề về xác định vị trí thống lĩnh của doanh nghiệp trên nền tảng trực tuyến vốn là thách thức của pháp luật

¹⁷ Tambiama Madiega (2020), *tlđđ*, p.2.

¹⁸ Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye, Heike Schweitzer (2019), *Competition Policy for the digital era*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>, truy cập ngày 14/6/2021.

cạnh tranh. Theo đó, khi quy định các tiêu chí để xác định vị trí thống lĩnh, pháp luật và cơ quan cạnh tranh nên hạn chế sử dụng các tiêu chí truyền thống như thị phần và chuyển trọng tâm sang các tiêu chí như các rào cản gia nhập thị trường, sự sẵn có của các «tuyến» thay thế để tiếp cận người dùng cuối, bao gồm sự hiện diện của các biện pháp nhằm khóa người dùng cuối và mức độ đổi mới trong các công nghệ/dịch vụ chưa được khám phá.

Thứ ba, về các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh trên nền tảng trực tuyến: Tác giả cho rằng, đối với các quy định về hành vi bị cấm của các doanh nghiệp thống lĩnh trên nền tảng trực tuyến cũng là nội dung mà pháp luật cạnh tranh Việt Nam có thể học hỏi từ EU. Điều 102 TFEU chỉ liệt kê rất ít các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh và do đó việc giải thích và áp dụng trên thực tế được giao lại cho EC. Do đó, khi quy định chi tiết các hành vi lạm dụng riêng trên nền tảng trực tuyến, các nhà làm luật của EU cũng cho thấy được thái độ vô cùng cẩn trọng của họ trong việc áp dụng DMA trong khi EU đang sở hữu đội ngũ chuyên gia với chuyên môn rất cao và có nhiều kinh nghiệm trong áp dụng pháp luật cạnh tranh. Việt Nam - một quốc gia có nền kinh tế thị trường và pháp luật cạnh tranh còn tương đối non trẻ cũng cần có những sự cẩn trọng nhất định đối với nền tảng trực tuyến và do vậy nên cân nhắc cách thức quy định này của DMA. Đồng thời, để nâng cao chất lượng áp dụng pháp luật cạnh tranh trên nền tảng trực tuyến, chúng ta cũng cần chuẩn bị nguồn nhân lực chuyên môn hoá cao trong lĩnh vực công nghệ số và nền tảng trực tuyến.

Thứ tư, về xác định thị trường liên quan: Có thể thấy rằng, DMA cũng không có các quy định chi tiết về cách thức xác định thị trường liên quan đối với các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh trên nền tảng trực tuyến. Tuy nhiên, điều này không có nghĩa rằng EU đã «lò» đi một trong những vấn đề cốt lõi của pháp luật cạnh tranh mà trên thực tế EU đã sử dụng một cách tiếp cận hoàn toàn mới. Cụ thể hơn, việc điều chỉnh các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh trên nền tảng trực tuyến sẽ không trải qua bước xác định thị trường liên quan như cách thức truyền thống. Thay vào đó, cơ quan cạnh tranh sẽ xác định trực tiếp các đối thủ cạnh tranh của doanh nghiệp và phân tích hành vi của chúng như cách mà EC đã khẳng định trước đó «*Chúng ta nên ít chú trọng hơn vào phân tích định nghĩa thị trường, và chú trọng hơn vào các lý thuyết về hậu quả của hành vi và xác định các chiến lược chống cạnh tranh của doanh nghiệp*».¹⁹ Theo đó, EC sẽ lấy mô hình kinh doanh của doanh nghiệp đó trên nền tảng trực tuyến làm điểm khởi đầu, tập trung vào làm rõ cách thức một doanh nghiệp trên nền tảng trực tuyến tạo ra lợi nhuận và cách thức mà các doanh

¹⁹ Patakyová, Mária T. (2020), *Competition law in digital era - How to define the relevant market?*, EMAN 2020 Conference Proceedings, p. 176.

ngành khác có thể giành được số lợi nhuận đó. Cách tiếp cận như vậy tích hợp các giai đoạn xác định thị trường và đánh giá sức mạnh thị trường đồng thời cho phép giải thích tốt hơn sự phụ thuộc lẫn nhau giữa nhiều nền tảng và tương tác giữa hành vi của doanh nghiệp và ranh giới thị trường. Trước sự phức tạp của khái niệm thị trường liên quan và cách thức xác định thị trường liên quan, pháp luật cạnh tranh Việt Nam hoàn toàn có thể tham khảo kinh nghiệm trên đây từ EU để đảm bảo sự phù hợp của pháp luật cạnh tranh với thị trường số vừa không phá vỡ cách tiếp cận truyền thống và do đó đảm bảo sự thống nhất và ổn định của pháp luật cạnh tranh.

5. Kết luận

Cuộc cách mạng hoa học công nghệ hiện đại là một xu hướng không thể đảo ngược của nhân loại và sẽ tiếp tục thay đổi sâu sắc đời sống con người nói chung và các hoạt động kinh doanh thương mại nói riêng. Là «bản hiến pháp» của nền kinh tế thị trường với vai trò bảo vệ quy luật vận hành của nền kinh tế, bảo vệ môi trường cạnh tranh cho tất cả các chủ thể kinh doanh và bảo vệ quyền lợi cho người tiêu dùng, pháp luật cạnh tranh cần nhanh chóng thay đổi và thích ứng với các yếu tố mới, các dạng thức hành vi phản cạnh tranh mới, trong đó có hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh trên nền tảng trực tuyến. Với những đề xuất được cân nhắc kỹ lưỡng trong bài nghiên cứu này, tác giả hi vọng rằng pháp luật cạnh tranh Việt Nam sẽ sớm có được những thay đổi trên cơ sở chọn lọc, học hỏi kinh nghiệm từ EU nhằm phát huy tối đa tiềm lực kinh tế của đất nước trong bối cảnh mới.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Commission Staff Working Document (2015), *A Digital Single Market for Europe: Analysis and Evidence*, SWD 100.
2. David Evans, Richard Schmalensee, (2012), *The Antitrust Analysis of Multi-sided Platform Businesses*, National Bureau of Economic Research.
3. Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye, Heike Schweitzer (2019), *Competition Policy for the digital era*, Luxembourg: Publications Office of the European Union.
4. Lapo Filistrucchi, Damien Geradin, Eric van Damme, Pauline Affeldt (2013), *Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice*, Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series (No. 09/2013).
5. Lina M. Khan (2017), *Amazon's Antitrust Paradox*, The Yale Law Journal, Volume 126, number 3.

6. Madiaga, Tambiama (2020), *Regulating digital gatekeepers - Background on the future Digital Markets Act*, European Parliamentary Research Service.

7. Newman, John M (2015), *Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations*, University of Pennsylvania Law Review.

8. Nicolai Van Gorp, Olga Batura (2015). *Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy*. European Parliament's Committee on Economic and Monetary Affairs.

9. Patakyová, Mária T. (2020) Competition law in digital era - How to define the relevant market?, EMAN 2020 Conference Proceedings.

10. Olga Batura, Nicolai van Gorp, Pierre Larouche (2015). *Online platforms and the EU Single Market*, House of Lords of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland.

11. Richard Whish, David Bailey (2018), *Competition Law*, Oxford University Press; 9th edition.

12. Robert H. Bork, J. Gregory Sidak (2012), *What does the Chicago School teach about Internet search and the antitrust treatment of Google?*, Journal of Competition Law & Economics, Volume 8, Issue 4.

**NHẬN DIỆN MỘT SỐ RỦI RO PHÁP LÝ TRONG THỰC TIỄN GIAO DỊCH
KINH DOANH BẤT ĐỘNG SẢN LÀ QUYỀN SỬ DỤNG ĐẤT DƯỚI HÌNH THỨC
“PHÂN LÔ, BÁN NỀN” Ở VIỆT NAM HIỆN NAY**

ĐÀO THỊ NHUNG*

Ngày nhận bài: 06/01/2022

Ngày phản biện: 15/01/2022

Ngày đăng bài: 30/03/2022

Tóm tắt:

Thời gian qua, Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 đã tạo ra cơ chế kinh doanh bất động sản hết sức thông thoáng, đặc biệt đối với loại bất động sản là quyền sử dụng đất, góp phần không nhỏ vào sự phát triển sôi động của thị trường bất động sản. Bài viết phân tích khái niệm quyền sử dụng đất, giao dịch quyền sử dụng đất trong kinh doanh bất động sản và chỉ ra những rủi ro về mặt pháp lý trong các giao dịch từ thực tiễn, nhằm bảo đảm hài hòa giữa lợi ích của khách hàng cũng như nhà đầu tư kinh doanh, giúp cho thị trường bất động sản phát triển lành mạnh, góp phần vào sự ổn định và phát triển chung của kinh tế xã hội.

Từ khóa:

Kinh doanh bất động sản, kinh doanh quyền sử dụng đất, phân lô bán nền, rủi ro pháp lý.

Abstract:

The 2014 Vietnamese Law on Real Estate Business has facilitated the real estate business mechanism, especially when types of real estate are the land-use rights. This has contributed significantly to the vibrant development of the real estate market. This article analyzes the notion of land-use rights, the land-use rights business transactions. The article also examines the legal risks in the real estate transactions in practice. This helps to guarantee the rights of clients and investors, thereby ensure the healthy real estate market development as well as the stability and socio-economic development.

Keywords:

Real estate business, land-use rights business, “divided lots for sale”, legal risks.

* ThS., Trường Đại học Kinh tế, Đại học Đà Nẵng; Email: nhungdt@due.edu.vn

• Ghi chú: Tài bài viết toàn văn tại địa chỉ: <http://tapchi.hul.edu.vn>.

1. Đặt vấn đề

Cùng với sự thay đổi của chính sách pháp luật về đất đai, thời gian qua, pháp luật kinh doanh bất động sản cũng đã được hoàn thiện hơn, phù hợp với cơ chế thị trường và góp phần không nhỏ vào sự phát triển sôi động của thị trường bất động sản. Luật Kinh doanh bất động sản hiện hành đã tạo ra cơ chế kinh doanh bất động sản hết sức thông thoáng, đặc biệt đối với loại bất động sản là quyền sử dụng đất. Các quyền của người sử dụng đất ngày càng được bảo đảm, tạo điều kiện thuận lợi hơn cho các nhà kinh doanh đầu tư vào đất đai. Nhờ đó, thị trường bất động sản đã tăng trưởng khá ấn tượng, nhất là sự tăng nhanh của các dự án “phân lô, bán nền”. Bên cạnh việc mang lại hiệu quả, góp phần tích cực cho phát triển kinh tế - xã hội thì việc kinh doanh quyền sử dụng trong lĩnh vực bất động sản trên thực tế đã nảy sinh những vấn đề bất cập, khách hàng có thể đối mặt với những rủi ro pháp lý nhất định. Nghiên cứu về kinh doanh quyền sử dụng đất theo quy định của pháp luật kinh doanh bất động sản với mục đích xác định khái niệm về kinh doanh quyền sử dụng đất và chỉ ra một số rủi ro pháp lý trong thực tiễn giao dịch kinh doanh quyền sử dụng đất dưới hình thức “phân lô, bán nền”, đề xuất một số kiến nghị, giải pháp nhằm bảo đảm hài hòa lợi ích của người dân cũng như nhà đầu tư kinh doanh, giúp cho thị trường bất động sản phát triển lành mạnh, góp phần vào sự ổn định và phát triển chung của kinh tế xã hội.

2. Khái niệm kinh doanh quyền sử dụng đất và giao dịch quyền sử dụng đất trong kinh doanh bất động sản

2.1 Khái niệm kinh doanh quyền sử dụng đất

Để tìm hiểu khái niệm kinh doanh quyền sử dụng đất, trước hết, chúng ta phải hiểu quyền sử dụng đất là gì. Trên cơ sở hiến định, Luật Đất đai năm 2013 đã xác định rõ: “Đất đai thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước đại diện chủ sở hữu và thống nhất quản lý. Nhà nước trao quyền sử dụng đất cho người sử dụng đất theo quy định của pháp luật”

¹. Người sử dụng đất được Nhà nước giao đất, cho thuê đất, công nhận quyền sử dụng đất, nhận chuyển quyền sử dụng đất, bao gồm: Tổ chức trong nước; hộ gia đình, cá nhân trong nước; cộng đồng dân cư; cơ sở tôn giáo; tổ chức nước ngoài có chức năng ngoại; người Việt Nam định cư ở nước ngoài theo quy định của pháp luật về quốc tịch; doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài. Như vậy, Luật đất đai không đưa ra định nghĩa như thế nào là quyền sử dụng đất. Tuy nhiên, bằng cách quy định như trên, có thể hiểu quyền sử dụng đất là một “quyền phái sinh” từ quyền sở hữu đất đai và có hai chủ thể là đồng sử dụng, đó là Nhà nước và người sử dụng đất. Là đại diện chủ sở hữu đất đai, Nhà nước không trực tiếp

¹ Xem Điều 4, Luật Đất đai năm 2013

TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT, ĐẠI HỌC HUẾ

sử dụng đất mà giao cho người sử dụng đất sử dụng nhưng Nhà nước không mất đi quyền sử dụng đất của mình. Nhà nước thực hiện quyền sử dụng đất bằng phương thức thực hiện các quyền và nghĩa vụ của mình do pháp luật quy định. Còn người sử dụng đất được thực hiện các quyền chuyển đổi, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, thừa kế, tặng cho, thế chấp, góp vốn quyền sử dụng đất theo quy định của pháp luật đất đai. Từ đó, có thể hiểu quyền sử dụng đất đai là quyền khai thác các thuộc tính có ích của đất đai để phục vụ cho các mục đích của chủ thể sử dụng.

Được coi là một dạng “tài sản đặc biệt”, quyền sử dụng đất cũng được phép kinh doanh theo quy định của pháp luật. Tuy nhiên, cơ chế kinh doanh dành cho loại tài sản này cũng khác so với các loại tài sản thông thường khác. Theo quy định của pháp luật hiện hành, cùng với nhà và công trình xây dựng, quyền sử dụng đất được tham gia thị trường bất động sản là các loại đất được phép chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất theo quy định của pháp luật về đất đai thì được phép kinh doanh quyền sử dụng đất. Như vậy, kinh doanh quyền sử dụng đất có thể hiểu là việc đầu tư vốn để thực hiện đầu tư tạo lập quỹ đất có hạ tầng, nhận chuyển nhượng để chuyển nhượng; cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất nhằm mục đích sinh lợi.

2.2. Khái niệm giao dịch quyền sử dụng đất trong kinh doanh bất động sản

Giao dịch quyền sử dụng đất trong kinh doanh bất động sản là hợp đồng hoặc hành vi pháp lý đơn phương làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của các bên đối với quyền sử dụng được phép kinh doanh.

Chủ thể được phép tham gia vào giao dịch kinh doanh bất động sản là quyền sử dụng đất phải đáp ứng đủ các điều kiện mà pháp luật quy định, có thể khái quát thành hai nhóm chủ thể là: chủ đầu tư và khách hàng. Quyền sử dụng đất được phép tham gia vào giao dịch kinh doanh bất động sản lần đầu tiên được ghi nhận cụ thể tại Luật Đất đai năm 2003. Theo đó, đất được tham gia thị trường bất động sản bao gồm: “Đất mà cho phép người sử dụng đất có một trong các quyền chuyển đổi, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, thừa kế, tặng cho quyền sử dụng đất; thế chấp, bảo lãnh, góp vốn bằng quyền sử dụng đất; đất thuê mà trên đó có tài sản được pháp luật cho phép tham gia vào thị trường bất động sản”². Pháp luật hiện hành cho phép kinh doanh quyền sử dụng đất được thực hiện bằng hai phương thức chủ yếu là chuyển nhượng quyền sử dụng đất và cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất. Nguyên tắc giao dịch quyền sử dụng đất trong kinh doanh không những phải

² Xem Điều 61, Điều 62, Điều 106, Luật Đất đai năm 2003

đáp ứng các điều kiện quy định tại Luật Kinh doanh bất động sản³ mà còn phải tuân thủ các quy định của pháp luật đất đai về mục đích sử dụng đất, thời hạn sử dụng đất và đăng ký đất đai.

Theo quy định hiện hành, các trường hợp kinh doanh quyền sử dụng đất có thể khái quát qua ba hình thức: (1) Kinh doanh quyền sử dụng đất trong dự án nhà ở: Bao gồm chuyển nhượng dự án nhà ở và quyền sử dụng đất gắn liền với dự án, và chuyển nhượng quyền sử dụng đất dưới hình thức “phân lô, bán nền”⁴; (2) Kinh doanh quyền sử dụng đất trong khu công nghiệp, khu công nghệ cao, khu kinh tế; (3) Kinh doanh hạ tầng nghĩa trang, nghĩa địa. Trong đó, thị trường kinh doanh quyền sử dụng đất hiện nay chủ yếu tập trung vào hình thức chuyển nhượng quyền sử dụng đất dưới hình thức “phân lô, bán nền”. Đây là hình thức kinh doanh rất được các chủ đầu tư ưa chuộng trong thời gian gần đây, bởi lẽ lợi nhuận lớn cho chủ đầu tư được đảm bảo và cũng bởi lẽ rất nhiều rủi ro được đẩy cho khách hàng nhận chuyển nhượng.

3. Nhận diện một số rủi ro pháp lý trong thực tiễn giao dịch kinh doanh bất động sản là quyền sử dụng đất dưới hình thức “phân lô, bán nền”

Phương thức kinh doanh phổ biến của các công ty kinh doanh dự án đất nền hiện nay là sau khi được cấp Giấy Chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất, thậm chí rất nhiều dự án chưa được cấp Giấy Chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất mà chỉ mới có Quyết định phê duyệt Quy hoạch chi tiết xây dựng tỉ lệ 1/500 thì vừa tiến hành đồng thời việc giải phóng mặt bằng, xây dựng hạ tầng vừa tiến hành “mở bán dự án”. Theo đó, chủ đầu tư (bên bán) sẽ ký kết với bên nhận chuyển nhượng (khách hàng) một hợp đồng, có thể là hợp đồng đặt cọc hoặc hợp đồng góp vốn, hoặc hợp đồng hợp tác kinh doanh, với cam kết là chủ đầu tư sẽ chuyển nhượng lô đất được xác định và khách hàng sẽ đóng số tiền từ 90% đến 95% giá trị lô đất. Sau khoản thời gian trung bình 12 tháng đến 24 tháng, khách hàng sẽ được nhận Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất và nộp đủ số tiền còn lại.

Đây thực chất là phương thức “lách luật” đối với việc chuyển nhượng quyền sử dụng đất khi chưa có Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015, Luật Đất đai năm 2013 và Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014. Như vậy, dưới góc độ pháp lý, nếu tranh chấp

³ Xem Khoản 2, Điều 9, Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014, được sửa đổi bổ sung bởi Luật Đầu tư năm 2020

⁴ Xem Điều 11 Luật Kinh doanh bất động sản 2014; Điều 41 Nghị định 43/2014/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành 1 số điều của Luật Đất đai, được sửa đổi bổ sung bởi Nghị định 148/2020/NĐ-CP

TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT, ĐẠI HỌC HUẾ

xảy ra thì khách hàng sẽ đối mặt với nhiều rủi ro, bởi lẽ, tại thời điểm ký kết hợp đồng, người nhận chuyển nhượng chưa được nhận quyền sử dụng đất mặc dù họ đã trả hơn 90% giá trị lô đất; và dù là hợp đồng đặt cọc hay hợp đồng góp vốn, hợp đồng hợp tác kinh doanh thì khả năng bị thiệt hại cho bên mua là hiện hữu nếu chủ đầu tư thiếu thiện chí. Thực tiễn đó cho thấy những rủi ro mà khách hàng nhận chuyển nhượng có thể gặp phải là:

Một là, rủi ro đối với hợp đồng đặt cọc

Thứ nhất, rủi ro từ “hợp đồng đặt cọc để ký hợp đồng đặt cọc” (thường được gọi là hợp đồng đặt cọc để giữ chỗ). Đặt cọc là một biện pháp nhằm đảm bảo thực hiện nghĩa vụ dân sự của người nhận chuyển nhượng. Khi các bên đã đặt cọc nhưng không thực hiện giao kết, trách nhiệm và hậu quả pháp lý sẽ phát sinh. Trong đó, khi người nhận chuyển nhượng từ chối giao kết hợp đồng đặt cọc sẽ bị mất khoản tiền đặt cọc trước đó. Trên thực tế, trong dự án kinh doanh đất nền, khách hàng thường ký “hợp đồng đặt cọc để ký hợp đồng đặt cọc” với bên môi giới (bên phân phối) mà không phải với chủ đầu tư. Ví dụ như: Dự án kinh doanh đất nền do công ty X làm chủ đầu tư và công ty Y phân phối thì trước hết, khách hàng sẽ ký hợp đồng đặt cọc với Y, sau một thời gian thỏa thuận thì Y mới tiến hành cho khách hàng ký hợp đồng đặt cọc với X. Như vậy, khách hàng sẽ phải ký hai hợp đồng, một hợp đồng với công ty Y và một hợp đồng với công ty X. Trong trường hợp này, sau khi khách hàng đã ký hợp đồng với công ty Y mà X từ chối ký hợp đồng với khách hàng thì ai sẽ chịu trách nhiệm đền cọc cho khách hàng. Theo Điều 66, Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 chỉ quy định về nghĩa vụ hỗ trợ, tư vấn của môi giới mà không có quy định nào bắt buộc môi giới phải chịu trách nhiệm trong trường hợp này. Mặt khác, lợi dụng sự thiếu hiểu biết và cả tin của nhiều khách hàng, nhiều “công ty phân phối ma” sau khi nhận cọc của khách hàng và “biến mất” khiến khách hàng “dở khóc, dở cười”.

Thứ hai, đối với hợp đồng đặt cọc giữa chủ đầu tư với khách hàng.

Trong trường hợp khách hàng đã ký hợp đồng đặt cọc với chủ đầu tư thì vẫn tiềm ẩn những rủi ro nhất định mà khách hàng có thể gặp phải. Mặc dù pháp luật không quy định cụ thể, tuy nhiên trên thực tế, các bên dùng thường chỉ dùng một khoản tiền hoặc tài sản khác có giá trị khoảng 5% đến 30% để đặt cọc. Trong khi phần lớn các dự án kinh doanh đất nền hiện nay thì khách hàng phải thanh toán đến 95% giá trị quyền sử dụng đất để được ký hợp đồng nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất sau khi ký hợp đồng đặt cọc ít nhất là 12 tháng. Có thể nhận thấy rằng đây là hình thức huy động vốn trá hình cho việc “chuyển nhượng quyền sử dụng đất hình thành trong tương lai” vốn không được Luật Kinh doanh bất động sản cho phép. Do đó, sẽ thiếu căn cứ pháp lý để bảo vệ quyền lợi của khách hàng nhận chuyển nhượng nếu chủ đầu tư từ chối giao kết hợp đồng hoặc quá trình triển khai dự

án gặp khó khăn, nhất là đối với những dự án mà mới có chủ trương đầu tư hoặc quy hoạch chi tiết xây dựng tỉ lệ 1/500.

Thứ ba, rủi ro đối với nhận chuyển nhượng “hợp đồng đặt cọc” (thường gọi là bán hợp đồng cọc)

Hiện nay, việc nhận chuyển nhượng hợp đồng đặt cọc diễn ra khá phổ biến đối với khách hàng đầu tư bất động sản theo kiểu “lướt sóng”. Thực tế cho thấy một hợp đồng đặt cọc có thể chuyển nhượng qua nhiều người khác nhau, ví dụ như X ký hợp đồng đặt cọc với Y để nhận chuyển nhượng lô đất, sau đó X đã chuyển nhượng “hợp đồng đặt cọc” này X¹ và có thể là X² hay Xⁿ. Giả sử rằng sau khi X bán cọc cho X¹ nhưng Y không đồng ý ký hợp đồng với X¹ thì Y có vi phạm hợp đồng không? Theo quy định tại Điều 382 của Bộ luật dân sự năm 2015, giả định rằng nếu không có thỏa thuận khác thì Y có quyền từ chối ký kết hợp đồng với X¹. Do đó, quyền lợi của những khách hàng nhận chuyển nhượng hợp đồng đặt cọc như X¹ sẽ bị ảnh hưởng nhất định trong trường hợp X¹ đã thanh toán xong cho X và X “biến mất”.

Hai là, rủi ro đối với hợp đồng góp vốn hay hợp đồng hợp tác kinh doanh

Trên thực tế, nhiều dự án kinh doanh đất nền đã huy động vốn từ khách hàng thông qua hình thức ký hợp đồng góp vốn, (có thể là hợp đồng vay vốn) hoặc hợp đồng hợp tác kinh doanh..., lợi nhuận là ưu tiên nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất của dự án đó. Tuy nhiên, Luật Kinh doanh bất động sản và Luật Nhà ở hiện hành chỉ cho phép huy động vốn từ tiền ứng trước của khách hàng đối với dự án kinh doanh nhà ở. Còn đối với dự án kinh doanh đất nền thì không có quy định, do vậy, khung pháp lý điều chỉnh vấn đề này là Luật Đầu tư năm 2020. Luật đầu tư năm 2020 quy định về hợp đồng hợp tác kinh doanh như sau: “*Hợp đồng hợp tác kinh doanh (sau đây gọi là hợp đồng BCC) là hợp đồng được ký giữa các nhà đầu tư nhằm hợp tác kinh doanh, phân chia lợi nhuận, phân chia sản phẩm theo quy định của pháp luật mà không thành lập tổ chức kinh tế.*”⁵ Theo quy định trên thì hợp đồng hợp tác kinh doanh là việc hợp tác giữa các nhà đầu tư, các doanh nghiệp trong kinh doanh nhằm phân chia lợi nhuận và sản phẩm, không thành lập pháp nhân mới và việc hợp tác này sẽ được triển khai kinh doanh trên một pháp nhân có sẵn của các bên hợp tác kinh doanh.

Xét về bản chất thì những hợp đồng này là những hợp đồng “mua bán đất dự án”, nhưng xét về hình thức pháp lý thì đó hợp đồng góp vốn hay hợp đồng hợp tác đầu tư. Do đó, nếu tranh chấp xảy ra thì căn cứ vào quy định của luật đầu tư để giải quyết. Như vậy, nhà đầu tư cá nhân (khách hàng) sẽ khó yêu cầu chủ đầu tư hoàn trả lại tiền nếu hai bên

⁵ Điều 3 Khoản 14 Luật đầu tư năm 2020

TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT, ĐẠI HỌC HUẾ

không có những điều khoản khác đã thỏa thuận trong hợp đồng. Trong trường hợp này, sự cam kết của chủ đầu tư chỉ có thể đảm bảo bằng uy tín hay sự thiện chí mà không có bất kỳ chế tài nếu chủ đầu tư không thực hiện đúng cam kết.

Ba là, rủi ro đối với hợp đồng chuyển nhượng thông qua người được ủy quyền

Rủi ro mà người nhận chuyển nhượng cũng có thể gặp phải khi ký kết hợp đồng là ký kết hợp đồng chuyển nhượng thông qua người được ủy quyền. Trong thực tiễn, nhiều người nhận chuyển nhượng do thiếu hiểu biết pháp luật đã không tìm hiểu kỹ về người được ủy quyền, đã ký kết hợp đồng với người không có quyền đại diện xác lập hay người đại diện xác lập thực hiện vượt quá phạm vi đại diện. Đối với cả hai trường hợp này, hợp đồng trên đều không làm phát sinh quyền nghĩa vụ của các bên và bị vô hiệu toàn bộ hoặc vô hiệu từng phần. Khi hợp đồng bị vô hiệu thì hai bên sẽ hoàn trả lại cho nhau những gì đã nhận: bên nhận chuyển nhượng trả lại quyền sử dụng đất và bên chuyển nhượng trả lại tiền. Tuy nhiên, giá quyền sử dụng tại thời điểm chuyển nhượng và thời điểm trả lại thường chênh lệch rất lớn. Như vậy, quyền lợi của bên nhận chuyển nhượng chắc chắn sẽ bị ảnh hưởng đáng kể.

Ngoài ra, Luật Kinh doanh bất động sản hiện hành không bắt buộc phải công chứng, chứng thực đối với hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản gắn liền với đất, mà một bên hoặc các bên tham gia giao dịch là tổ chức hoạt động kinh doanh bất động sản. Việc công chứng, chứng thực do các bên thỏa thuận. Tuy nhiên, theo quy định tại Khoản 3 Điều 167 Luật đất đai 2013, hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở phải được lập thành văn bản, có công chứng, chứng thực. Quy định không thống nhất giữa Luật Đất đai và Luật Kinh doanh bất động sản cũng phần nào gây khó khăn cho việc giải quyết tranh chấp mà các tranh chấp thường gặp phải nhất trong giai đoạn ký kết hợp đồng là việc hai bên ký kết hợp đồng mua bán, chuyển nhượng bất động sản bằng hợp đồng nhưng không được công chứng, chứng thực.

4. Một số kiến nghị

Thực tiễn cho thấy rằng khách hàng tham gia giao dịch nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất bằng phương thức "đặt cọc giữ chỗ" trong những dự án kinh doanh đất nền như hiện nay sẽ gặp rất nhiều rủi ro, bởi chưa có khung pháp lý hoàn chỉnh. Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014, được sửa đổi bổ sung bởi Luật Đầu tư năm 2020 cũng chỉ quy định hành vi cấm: “Kinh doanh bất động sản không đủ điều kiện theo quy định và huy động, chiếm dụng vốn trái phép; sử dụng vốn huy động của tổ chức, cá nhân và tiền ứng

trước của bên mua, bên thuê, bên thuê mua bất động sản hình thành trong tương lai không đúng mục đích theo cam kết”⁶.

Nhằm hạn chế thấp nhất những rủi ro pháp lý khi giao dịch bất động sản bằng phương thức thông qua việc "đặt cọc giữ chỗ" tại các dự án kinh doanh đất nền, cần thực hiện một số kiến nghị sau:

4.1. Đối với khách hàng nhận chuyển nhượng

Một là, nắm rõ thông tin và quy định pháp luật trước khi quyết định giao dịch: Cần tìm hiểu kỹ thông tin về dự án, về chủ đầu tư dự án cũng như các quy định của pháp luật trước khi thực hiện các giao dịch để tránh các thiệt hại có thể xảy ra.

Hai là, tuân thủ quy định pháp luật khi tiến hành giao dịch: Khi tham gia giao dịch cần lưu ý về hình thức và số tiền khi tiến hành đặt cọc. Về hình thức hợp đồng đặt cọc, có thể viết tay hoặc đánh máy, có chữ ký của các bên tham gia chuyển nhượng. Ngoài ra, nên có thêm người làm chứng hợp đồng đặt cọc. Nội dung hợp đồng đặt cọc nên thể hiện đầy đủ các nội dung cần thiết như số tiền đặt cọc, quyền và nghĩa vụ của các bên, vấn đề bồi thường thiệt hại, phạt vi phạm nếu không tiến hành giao kết hợp đồng,..nhằm hạn chế phần nào rủi ro phát sinh trong quá trình giao dịch.

4.2. Đối với cơ quan quản lý nhà nước

Một là, nhanh chóng hoàn thiện khung pháp lý cho phương thức đặt cọc giữ chỗ để nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất trong các dự án kinh doanh đất nền để khắc phục lỗ hổng của pháp luật kinh doanh bất động sản hiện nay.

Hai là, nâng cao trách nhiệm trong hoạt động quản lý thị trường bất động sản cũng như thường xuyên giám sát kiểm tra việc phát triển các dự án bất động sản.

Ba là, siết chặt quy định pháp luật về môi giới bất động sản theo hướng nâng cao trách nhiệm của những người hành nghề môi giới bất động sản nhằm hạn chế việc thao túng thị trường của giới môi giới bất động sản.

Bốn là, cơ quan quản lý bất động sản địa phương cần minh bạch thông tin các dự án bất động sản trên địa bàn và kịp thời đưa ra những khuyến nghị rủi ro cho người dân.

Năm là, các cơ quan có thẩm quyền cần đưa ra những giải pháp thật kịp thời, cụ thể, thiết thực khi nhận thấy thị trường bất động sản có biến động; đồng thời, kiên quyết xử lý những trường hợp vi phạm pháp luật kinh doanh bất động sản nhằm bình ổn thị trường bất động sản, đảm bảo hài hòa lợi ích nhà đầu tư, của khách hàng và của Nhà nước.

⁶ Xem Khoản 1 và 5, Điều 8 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014, sửa đổi bổ sung bởi Luật Đầu tư năm 2020; Khoản 8 Điều 6 Luật Nhà năm 2014.

5. Kết luận

Tình trạng giao dịch bất động sản bằng phương thức "đặt cọc giữ chỗ" để mua nhà, nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất "hình thành trong tương lai" đã và đang diễn ra khá phổ biến. Tuy nhiên, phương thức "đặt cọc giữ chỗ" hay góp vốn để được nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất "hình thành trong tương lai" không được quy định rõ trong Luật Đất đai, Luật Nhà ở, Luật Kinh doanh bất động sản. Do vậy, khi tham gia giao dịch nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất tại các dự án đất nền, trước hết khách hàng cần tìm hiểu kỹ thông tin pháp lý về dự án, về uy tín chủ đầu tư dự án cũng như nhận biết những rủi ro pháp lý để hạn chế thấp nhất các thiệt hại có thể xảy ra. Bên cạnh đó, các cơ quan quản lý nhà nước cũng cần nhanh chóng hoàn thiện khung pháp lý cho loại hình giao dịch này. Có như vậy, quyền lợi của nhà đầu tư (cả chủ đầu tư lẫn khách hàng) cũng như lợi ích của Nhà nước mới được đảm bảo hài hòa, góp phần ổn định và phát triển lành mạnh cho thị trường bất động sản.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Quốc hội (2003, 2013), Luật Đất đai.
2. Quốc hội (2014), Luật Nhà ở; Luật Kinh doanh bất động sản.
3. Quốc hội (2020), Luật Đầu tư.
4. Chính phủ (2014, 2020), *Nghị định 43/2014/NĐ-CP về hướng dẫn thi hành Luật Đất đai; Nghị định 148/2020/NĐ-CP sửa đổi bổ sung một số nghị định quy định chi tiết thi hành luật đất đai.*
5. Bộ Xây dựng, *Những hạn chế của Luật Kinh doanh bất động sản*, <https://batdongsan.com.vn>, truy cập tháng 3/2019.
6. Ngô Thị Hồng Ánh, *Pháp luật về chuyển nhượng quyền sử dụng đất của tổ chức kinh tế, bất cập và khuyến nghị*, Tạp chí Công thương, <http://tapchicongthuong.vn>, truy cập tháng 6/2020.
7. Võ Văn Hòa, Lê Minh Hiên, *Hoàn thiện quy định về chủ thể của hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất trong kinh doanh bất động sản*, Tạp chí Tòa án, <http://tapchitoaan.vn>, truy cập tháng 5/2020.
8. Phạm Quang Huy, *Bình luận về hợp đồng chuyển nhượng bất động sản hình thành trong tương lai*, Tạp chí Lập pháp, Trang điện tử <http://lapphap.vn>, truy cập tháng 5/2020.
9. Ngọc Mai, *Luật Kinh doanh bất động sản: Nhiều quy định bất lợi cho dân, doanh nghiệp*, <https://www.tienphong.vn>, truy cập tháng 4/2019.
10. Châu Thị Khánh Vân, *Chủ thể giao dịch quyền sử dụng đất theo quy định của Luật Đất đai*, Tạp chí Lập pháp, Trang điện tử <http://lapphap.vn>, truy cập tháng 5/2020.

**QUYỀN KHỞI KIẾN LẠI KHI VỤ ÁN BỊ ĐÌNH CHỈ DO ĐƯƠNG SỰ
KHÔNG NỘP TẠM ỨNG CHI PHÍ TỔ TỤNG**

LÊ HỒNG SƠN*

Ngày nhận bài: 08/01/2022

Ngày phản biện: 20/01/2022

Ngày đăng bài: 30/03/2022

Tóm tắt:

Thực tiễn xét xử cho thấy, không ít trường hợp đương sự không đóng tạm ứng chi phí tố tụng nên bị Tòa án đình chỉ giải quyết vụ án. Vấn đề là đương sự có quyền khởi kiện lại vụ án trong trường hợp này không? Thực tiễn xét xử hiện nay vẫn có nhiều quan điểm khác nhau, có Tòa án cho phép đương sự khởi kiện lại, có Tòa án không có phép đương sự khởi kiện lại nếu việc khởi kiện vụ án sau không có gì khác với vụ án trước về nguyên đơn, bị đơn và quan hệ pháp luật có tranh chấp. Bài viết phân tích về quyền khởi kiện lại khi vụ án bị đình chỉ do đương sự không nộp tạm ứng chi phí tố tụng từ đó đưa ra một số kiến nghị nhằm hoàn thiện pháp luật về vấn đề này và thống nhất quan điểm trong thực tiễn xét xử.

Từ khóa:

Đình chỉ, quyền khởi kiện lại, chi phí tố tụng.

Abstract:

The practice of trial has experienced that the court suspended many cases because the litigants had not paid the advanced trial fees. The question is whether the litigants have the right to bring such case to court again? There are controversial views in the trial practice, in which some courts allow involved parties to re-file the lawsuits, while the others suspended it unless the re-filed case is different from the previous cases regarding the plaintiff, the defendant, and the disputed legal relations. The article studies the right to re-file a lawsuit when the case is suspended for failing to pay advanced court fees, proposing recommendations to improve the law on this issue and seek for a unanimous agreement in practical trials.

Keywords:

Suspension, right to re-file a lawsuit, court fees.

* ThS. LS., Công ty Luật FDVN – Đoàn Luật sư TP. Đà Nẵng; Email: luatsulehongson@gmail.com.

• Ghi chú: Tài bài viết toàn văn tại địa chỉ: <http://tapchi.hul.edu.vn>.

1. Thực tiễn xét xử về quyền khởi kiện lại khi vụ án bị đình chỉ do đương sự không nộp tạm ứng chi phí tố tụng

Theo quy định tại điểm đ khoản 1 Điều 217 Bộ luật Tố tụng dân sự (BLTTDS) năm 2015 thì trường hợp nguyên đơn không nộp tạm ứng chi phí định giá tài sản và chi phí tố tụng khác (sau đây gọi tắt là chi phí tố tụng) thì Tòa án sẽ ra quyết định đình chỉ giải quyết vụ án. Vấn đề đặt ra là trường hợp này, đương sự có quyền khởi kiện lại vụ án không?

Hiện nay trong thực tiễn xét xử vẫn còn nhiều quan điểm khác nhau về quyền khởi kiện lại khi vụ án bị đình chỉ do đương sự không nộp tạm ứng chi phí tố tụng. Cụ thể:

- *Quan điểm thứ nhất* cho rằng nguyên đơn không có quyền khởi kiện lại khi vụ án bị đình chỉ do không nộp tạm ứng chi phí tố tụng nếu việc khởi kiện vụ án sau không có gì khác với vụ án trước về nguyên đơn, bị đơn và quan hệ pháp luật có tranh chấp. Quan điểm này xuất phát từ việc khoản 1 Điều 218 BLTTDS năm 2015 khi liệt kê các trường hợp được quyền khởi kiện lại đã không có trường hợp vụ án bị đình chỉ do nguyên đơn không nộp tạm ứng chi phí tố tụng theo điểm đ, khoản 1 Điều 217 BLTTDS năm 2015. Tòa án nhân dân tỉnh Tây Ninh đã thể hiện quan điểm này trong một quyết định phúc thẩm vào năm 2017. Cụ thể, trong vụ án này Tòa án nhân dân thành phố Tây Ninh căn cứ theo yêu cầu đo đạc và thẩm định giá tài sản trên đất của nguyên đơn đã ban hành Thông báo nộp tiền tạm ứng chi phí tố tụng. Sau đó, nguyên đơn không nộp tiền tạm ứng chi phí định giá tài sản nên Tòa án nhân dân thành phố Tây Ninh đã căn cứ điểm đ, khoản 1 Điều 217 BLTTDS năm 2015 ra Quyết định đình chỉ giải quyết vụ án và cho đương sự được quyền khởi kiện lại. Khi giải quyết phúc thẩm, Tòa án nhân dân tỉnh Tây Ninh đã nhận định: “Tại Quyết định đình chỉ giải quyết vụ án số 07/2017/QĐST-KDTM ngày 21/6/2017 (BL số 60), Tòa án cấp sơ thẩm tuyên hậu quả của việc đình chỉ giải quyết vụ án: “Người khởi kiện được quyền khởi kiện yêu cầu Tòa án giải quyết lại vụ án theo quy định pháp luật” cũng không đúng theo quy định tại khoản 1 Điều 218 của Bộ luật tố tụng dân sự”¹. Như vậy, Tòa án nhân dân tỉnh Tây Ninh đã căn cứ vào khoản 1 Điều 218 BLTTDS năm 2015 để cho rằng trường hợp này nguyên đơn không được quyền khởi kiện lại vụ án. Tương tự, Tòa án nhân dân tỉnh Bắc Ninh cũng thể hiện quan điểm này trong một quyết định vào năm 2020. Cụ thể: “Mặt khác, Tòa án cấp sơ thẩm căn cứ vào việc anh K không nộp tiền tạm ứng chi phí xem xét thẩm định và định giá để đình chỉ vụ án theo quy định tại điểm đ khoản 1 Điều 217 Bộ luật Tố tụng dân sự nhưng lại xác định hậu quả của việc đình chỉ này

¹ Quyết định giải quyết kháng cáo đối với quyết định đình chỉ giải quyết vụ án số 02/2017/QĐ-PT ngày 22-8-2017 của Tòa án nhân dân tỉnh Tây Ninh.

là các đương sự có quyền khởi kiện lại. Như vậy là không đúng theo quy định tại Điều 218 BLTTDS năm 2015².

Như vậy, với thực tiễn xét xử này, một số Tòa án đã theo hướng nguyên đơn không có quyền khởi kiện lại khi vụ án bị đình chỉ do nguyên đơn không nộp tạm ứng chi phí tố tụng nếu việc khởi kiện vụ án sau không có gì khác với vụ án trước về nguyên đơn, bị đơn và quan hệ pháp luật có tranh chấp.

- *Quan điểm thứ hai* cho rằng nguyên đơn vẫn có quyền khởi kiện lại khi vụ án bị đình chỉ do nguyên đơn không nộp tạm ứng chi phí tố tụng. Cụ thể, trong vụ án tranh chấp di sản thừa kế và yêu cầu hủy giấy chứng nhận quyền sử dụng đất được giải quyết vào năm 2020, Tòa án nhân dân tỉnh Đồng Nai cho rằng nguyên đơn không nộp tạm ứng chi phí tố tụng mà không có lý do nên đã căn cứ quy định tại điểm đ khoản 1 Điều 217 BLTTDS năm 2015 ban hành Quyết định đình chỉ giải quyết vụ án dân sự sơ thẩm số 27/2020/QĐST-DS ngày 25-5-2020 và tuyên hậu quả của việc đình chỉ giải quyết vụ án là nguyên đơn không có quyền khởi kiện lại. Sau đó, nguyên đơn kháng cáo. Khi giải quyết phúc thẩm, Tòa án nhân dân cấp cao tại thành phố Hồ Chí Minh đã nhận định: “Việc ban hành Quyết định đình chỉ giải quyết vụ án dân sự sơ thẩm số 27/2020/QĐST-DS ngày 25-5-2020 của Tòa án nhân dân tỉnh Đồng Nai và không cho đương sự được quyền khởi kiện lại là ảnh hưởng nghiêm trọng đến quyền và lợi ích hợp pháp của bà Mai Hồng H và ông Mai Vĩnh T1³. Tòa án nhân dân cấp cao tại Hà Nội cũng từng có quan điểm tương tự khi giải quyết một vụ án vào năm 2019. Cụ thể, Ông Đoàn T đã có đơn khởi kiện tranh chấp quyền sử dụng thửa đất lâm nghiệp diện tích 0,5ha tại đồi rừng Gò Lá, thôn 11 xã V với ông Đoàn Văn M, vụ án đã được Tòa án nhân dân huyện Đuan Hùng, tỉnh Phú Thọ thụ lý. Tuy nhiên, do ông T không nộp tiền tạm ứng chi phí thẩm định, định giá nên căn cứ quy định tại điểm đ khoản 1 Điều 217, khoản 3 Điều 218, khoản 1 Điều 219, khoản 2 Điều 273 Bộ luật tố tụng dân sự, Tòa án đã nhân dân huyện Đuan Hùng ban hành Quyết định đình chỉ việc giải quyết vụ án số 08/2016/QĐSTDS ngày 29-8-2016. Sau đó, ông T khởi kiện lại vụ án này và có yêu cầu hủy giấy chứng nhận quyền sử dụng đất nên vụ án được chuyển lên Tòa án nhân dân tỉnh Phú Thọ thụ lý, giải quyết. Sau khi thụ lý vụ án, căn cứ vào Điều 48, Điều 217, Điều 218, Điều 219 của BLTTDS năm 2015, ngày 24 tháng 6 năm 2019, Tòa án nhân dân tỉnh Phú Thọ ban hành Quyết định số 11/2019/QĐST-DS đình chỉ

² Quyết định giải quyết kháng cáo đối với quyết định đình chỉ giải quyết vụ án số 05/2020/QĐPT-DS ngày 20-01-2020 của Tòa án nhân dân tỉnh Bắc Ninh.

³ Quyết định giải quyết kháng cáo đối với quyết định đình chỉ giải quyết vụ án số 563/2020/QĐ-PT ngày 26-10-2020 của Tòa án nhân dân cấp cao tại thành phố Hồ Chí Minh.

giải quyết vụ án. Nguyên đơn đã kháng cáo quyết định này. Khi giải quyết phúc thẩm, Tòa án nhân dân cấp cao tại Hà Nội nhận định: “Theo quy định tại Điều 218, điểm đ khoản 1 Điều 217, điểm c khoản 3 Điều 192 Bộ luật Tố tụng dân sự và khoản 1 Điều 7 Nghị quyết số 04/2017/NQHĐTP ngày 05-5-2017 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao, trong trường hợp này, ông Đoàn T có quyền khởi kiện lại. Tòa án nhân dân tỉnh Phú Thọ xác định tranh chấp đã có Quyết định đình chỉ giải quyết vụ án số 08/2016/QĐST-DS ngày 29-8-2016 của Tòa án nhân dân huyện Đoan Hùng có hiệu lực pháp luật nên ông T không có quyền khởi kiện lại vụ án do vụ án sau không có gì khác với vụ án trước về nguyên đơn, bị đơn và quan hệ pháp luật có tranh chấp, là không đúng quy định nêu trên”⁴. Quyết định này của Tòa án nhân dân cấp cao tại Hà Nội từng được Tòa án nhân dân tối cao dự thảo, lấy ý kiến để phát triển thành án lệ⁵. Tuy nhiên, sau đó dự thảo án lệ này đã không được thông qua để phát triển thành án lệ.

Như vậy, khác với thực tiễn xét xử nêu trên, các vụ việc mà chúng tôi vừa trích dẫn đã thể hiện quan điểm nguyên đơn vẫn có quyền khởi kiện lại khi vụ án bị đình chỉ do nguyên đơn không nộp tạm ứng chi phí tố tụng.

2. Bình luận

Việc Tòa án đình chỉ giải quyết vụ án khi nguyên đơn không nộp tạm ứng chi phí định tố tụng là đúng quy định của pháp luật. Bởi lẽ, theo quy định tại điểm đ khoản 1 Điều 217 BLTTDS năm 2015 thì Tòa án đình chỉ giải quyết vụ án nếu “Nguyên đơn không nộp tiền tạm ứng chi phí định giá tài sản và chi phí tố tụng khác theo quy định của Bộ luật này”. Tuy nhiên, BLTTDS năm 2015 dùng từ “và” trong trường hợp này dẫn đến cách hiểu khác nhau. Bởi lẽ nếu dùng từ “và” thì quy định này phải hiểu rằng nguyên đơn vừa không nộp tạm ứng chi phí định giá tài sản vừa không nộp tạm ứng chi phí tố tụng khác thì Tòa án mới đình chỉ giải quyết vụ án. Do đó, quy định nêu trên nên sử dụng từ “hoặc” để nói 02 mệnh đề. Tức là “Nguyên đơn không nộp tiền tạm ứng chi phí định giá tài sản hoặc chi phí tố tụng khác theo quy định của Bộ luật này”. Bên cạnh đó, cần lưu ý Tòa án chỉ đình chỉ giải quyết vụ án khi vụ án đó không có yêu cầu phản tố của bị đơn hoặc yêu cầu độc lập của người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan. Nếu vụ án có yêu cầu phản tố hoặc yêu cầu độc lập thì Tòa án chỉ đình chỉ giải quyết đối với yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn

⁴ Quyết định giải quyết việc kháng cáo đối với quyết định đình chỉ giải quyết vụ án số 14/2019/QĐ-PT ngày 10-10-2019 của Tòa án nhân dân cấp cao tại Hà Nội.

⁵ <https://anle.toaan.gov.vn/webcenter/portal/anle/chitietanleduthao?dDocName=TAND131243> truy cập ngày 17/02/2021.

chứ không đình chỉ giải quyết toàn bộ vụ án, khi đó địa vị tố tụng của các đương sự sẽ thay đổi theo quy định tại Điều 245 BLTTDS năm 2015⁶.

Để xác định đương sự có quyền khởi kiện lại trong trường hợp Tòa án đình chỉ giải quyết vụ án do không nộp tạm ứng chi phí tố tụng, cần đối chiếu quy định về hậu quả của việc đình chỉ giải quyết vụ án tại Điều 218 BLTTDS năm 2015. Theo đó, quyền khởi kiện lại của đương sự được quy định cụ thể tại khoản 1 Điều 218 theo hướng khi có quyết định đình chỉ giải quyết vụ án dân sự, đương sự không có quyền khởi kiện yêu cầu Tòa án giải quyết lại vụ án dân sự đó, nếu việc khởi kiện vụ án sau không có gì khác với vụ án trước về nguyên đơn, bị đơn và quan hệ pháp luật có tranh chấp, trừ trường hợp quy định tại khoản 3 Điều 192, điểm c khoản 1 Điều 217 của Bộ luật này và các trường hợp khác theo quy định của pháp luật.

Như vậy, với quy định này, khi Tòa án đình chỉ giải quyết vụ án, đương sự không có quyền khởi kiện lại vụ án dân sự đó, nếu việc khởi kiện vụ án sau không có gì khác với vụ án trước về nguyên đơn, bị đơn và quan hệ pháp luật có tranh chấp. Trừ 03 trường hợp sau đây:

Trường hợp thứ nhất, trường hợp quy định tại khoản 3 Điều 192 BLTTDS năm 2015. Theo đó, Điều 192 BLTTDS năm 2015 quy định về các trường hợp trả lại đơn khởi kiện và hậu quả pháp lý của việc trả lại đơn khởi kiện. Khoản 3 Điều 192 BLTTDS năm 2015 quy định đương sự có quyền nộp đơn khởi kiện lại trong các trường hợp: (i) Người khởi kiện đã có đủ năng lực hành vi tố tụng dân sự; (ii) Yêu cầu ly hôn, yêu cầu thay đổi nuôi con, thay đổi mức cấp dưỡng, mức bồi thường thiệt hại, yêu cầu thay đổi người quản lý tài sản, thay đổi người quản lý di sản, thay đổi người giám hộ hoặc vụ án đòi tài sản, đòi tài sản cho thuê, cho mượn, đòi nhà, đòi quyền sử dụng đất cho thuê, cho mượn, cho ở nhờ mà trước đó Tòa án chưa chấp nhận yêu cầu mà theo quy định của pháp luật được quyền khởi kiện lại; (iii) Đã có đủ điều kiện khởi kiện và (iv) các trường hợp khác theo quy định của pháp luật.

⁶ Chẳng hạn, theo một quyết định: “Đến khi nguyên đơn không nộp chi phí tố tụng trong thời hạn do Tòa án ấn định, Tòa án cấp sơ thẩm mới đình chỉ giải quyết yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn và đình chỉ luôn cả yêu cầu phản tố của bị đơn, sung công quỹ Nhà nước đối với phần tạm ứng án phí đã nộp là xâm phạm đến quyền và lợi ích hợp pháp của bị đơn. Tài liệu, chứng cứ có trong hồ sơ vụ án không thể hiện bị đơn rút yêu cầu phản tố nên Tòa án cấp sơ thẩm chỉ được đình chỉ giải quyết yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn và thay đổi địa vị tham gia tố tụng bị đơn trở thành nguyên đơn, nguyên đơn trở thành bị đơn theo quy định tại điểm b khoản 2 Điều 217 Bộ luật TTDS. Do vậy, Hội đồng phúc thẩm xét thấy cần chấp nhận kháng cáo của bị đơn, sửa một phần quyết định đình chỉ của Tòa án cấp sơ thẩm theo hướng như phân tích, nhận định trên”. Xem: Quyết định giải quyết việc kháng cáo đối với quyết định đình chỉ giải quyết vụ án số 48/2020/QĐ-PT ngày 07-9-2020 của Tòa án nhân dân thành phố Đà Nẵng.

TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT, ĐẠI HỌC HUẾ

Theo quy định của BLTTDS năm 2015 thì nếu thuộc trường hợp trả lại đơn khởi kiện mà Tòa án đã thụ lý thì phải đình chỉ giải quyết vụ án. Do đó, các trường hợp đương sự được nộp đơn khởi kiện lại quy định tại khoản 3 Điều 192 cũng là các trường hợp được khởi kiện lại khi Tòa án đình chỉ giải quyết vụ án.

Trường hợp thứ hai, trường hợp Tòa án đình chỉ giải quyết vụ án theo quy định tại điểm c khoản 1 Điều 217 BLTTDS năm 2015. Theo đó, điểm c khoản 1 Điều 217 BLTTDS năm 2015 quy định Tòa án đình chỉ giải quyết vụ án trong trường hợp người khởi kiện rút toàn bộ yêu cầu khởi kiện hoặc nguyên đơn đã được triệu tập hợp lệ lần thứ hai mà vẫn vắng mặt, trừ trường hợp họ đề nghị xét xử vắng mặt hoặc vì sự kiện bất khả kháng, trở ngại khách quan. Do đó, nếu vì các lý do nêu trên mà Tòa án đình chỉ giải quyết vụ án thì nguyên đơn vẫn được quyền khởi kiện lại.

Trường hợp thứ ba, các trường hợp khác theo quy định của pháp luật. Đây là quy định dự liệu, theo đó nếu trường hợp pháp luật có quy định đương sự được quyền khởi kiện lại khi vụ án bị đình chỉ thì áp dụng quy định đó. Tuy nhiên, hiện nay qua rà soát các văn bản quy phạm pháp luật có liên quan, chúng tôi chưa thấy quy định nào khác ngoài Điều 218 BLTTDS năm 2015 quy định về các trường hợp được quyền khởi kiện lại khi Tòa án đình chỉ giải quyết vụ án.

Quay lại với vấn đề pháp lý đã đặt ra, khi Tòa án đình chỉ giải quyết vụ án do đương sự không nộp tạm ứng chi phí tố tụng thì họ có quyền khởi kiện lại vụ án không? Như đã phân tích ở trên, chỉ có 03 trường hợp được quyền khởi kiện lại sau khi Tòa án đình chỉ giải quyết vụ án. Đối chiếu từng trường hợp có thể thấy rằng vấn đề pháp lý chúng ta đang đặt ra không thuộc trường hợp thứ nhất và trường hợp thứ hai nêu trên. Nếu theo hướng nguyên đơn được quyền khởi kiện lại, chỉ có thể vận dụng trường hợp thứ ba nêu trên, tức trường hợp khác theo quy định của pháp luật. Trong quyết định của Tòa án nhân dân cấp cao tại thành phố Hồ Chí Minh mà chúng tôi đã trích dẫn, Tòa án chỉ nhận định quyết định đình chỉ giải quyết vụ án dân sự của cấp sơ thẩm số không cho nguyên đơn được quyền khởi kiện lại là ảnh hưởng nghiêm trọng đến quyền và lợi ích hợp pháp của nguyên đơn mà không đưa ra bất kỳ lập luận và cơ sở pháp lý nào để cho rằng nguyên đơn có quyền khởi kiện lại trong trường hợp này. Quyết định của Tòa án nhân dân cấp cao tại Hà Nội đưa ra các căn cứ sau đây để cho rằng nguyên đơn có quyền khởi kiện lại sau khi Tòa án đã đình chỉ vụ án do nguyên đơn không nộp chi phí tố tụng: Điều 218, điểm đ khoản 1 Điều 217, điểm c khoản 3 Điều 192 BLTTDS năm 2015 và khoản 1 Điều 7 Nghị quyết số 04/2017/NQHĐTP ngày 05-5-2017 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao. Tuy nhiên, các căn cứ pháp lý này cũng không thật sự thuyết phục, bởi lẽ:

- Nếu áp dụng Điều 218 BLTTDS năm 2015 thì như chúng tôi đã phân tích, điều luật này không liệt kê trường hợp Tòa án đình chỉ do nguyên đơn không nộp tạm ứng chi phí tố tụng (điểm đ khoản 1 Điều 217 BLTTDS năm 2015) trong các trường hợp đương sự có quyền khởi kiện lại;

- Nếu áp dụng điểm c khoản 3 Điều 192 BLTTDS năm 2015 thì đây là quy định cho trường hợp đương sự có quyền nộp đơn khởi kiện lại khi đã có đủ điều kiện khởi kiện. Tức nếu trước đó đương sự chưa đủ điều kiện khởi kiện và Tòa án đã trả lại đơn khởi kiện hoặc đình chỉ giải quyết vụ án thì đương sự có quyền nộp đơn khởi kiện lại sau khi đã có đủ điều kiện khởi kiện. Việc không nộp tạm ứng chi phí tố tụng không phải là trường hợp đương sự chưa đủ điều kiện khởi kiện;

- Đối chiếu quy định tại khoản 1 Điều 7 Nghị quyết số 04/2017/NQHĐTP ngày 05-5-2017 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao thì điều luật này quy định người khởi kiện có quyền nộp đơn khởi kiện lại vụ án khi thuộc một trong các trường hợp quy định tại khoản 3 Điều 192, điểm c khoản 1 Điều 217 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 và các trường hợp khác mà pháp luật có quy định. Hướng dẫn này của Hội đồng thẩm phán cũng chỉ nhắc lại các trường hợp được quyền khởi kiện lại mà BLTTDS năm 2015 đã quy định, trong đó không có trường hợp được quyền khởi kiện lại sau khi Tòa án đình chỉ do nguyên đơn không nộp tạm ứng chi phí tố tụng.

Từ những phân tích nêu trên, xét trên khía cạnh luật thực định, dường như BLTTDS năm 2015 theo hướng không liệt kê trường hợp Tòa án đình chỉ do nguyên đơn không nộp tạm ứng chi phí tố tụng vào danh sách các trường hợp được quyền khởi kiện lại. Vừa qua, Tòa án nhân dân tối cao có Công văn số 02/2021/TANDTC-PC ngày 02/8/2021 về việc giải đáp một số vướng mắc trong xét xử đã thể hiện rõ quan điểm trong trường hợp này. Cụ thể, theo Tòa án nhân dân tối cao thì trường hợp Tòa án ra quyết định đình chỉ giải quyết vụ án dân sự vì lý do "*Nguyên đơn không nộp tiền tạm ứng chi phí định giá tài sản và chi phí tố tụng khác*" thì nguyên đơn không có quyền khởi kiện lại để yêu cầu Tòa giải quyết tiếp vụ án như đối với trường hợp rút đơn khởi kiện. Quan điểm chính thức này của Tòa án tối cao có lẽ sẽ chấm dứt tình trạng các Tòa án xử lý khác nhau trong việc đương sự có quyền khởi kiện lại hay khi vụ án bị đình chỉ do không đóng tạm ứng chi phí tố tụng.

Tuy nhiên, về mặt thực tiễn nếu chúng ta không cho phép nguyên đơn khởi kiện lại chỉ vì vụ án đã bị đình chỉ do họ không nộp chi phí tố tụng thì không thực sự hợp lý. Bởi lẽ, khi đã khởi kiện, nguyên đơn luôn có mong muốn được Tòa án giải quyết vụ kiện của mình. Tuy nhiên, vì lý do nào đó họ chưa thể đóng tạm ứng chi phí tố tụng, ví dụ chưa có tiền đóng, chưa có điều kiện đóng trong thời gian Tòa án ấn định... mà họ mất luôn quyền

khởi kiện thì quá khắt khe với họ. Trong khi đó, các trường hợp khác như rút đơn khởi kiện hoặc vắng mặt đến lần thứ hai mà không có lý do chính đáng thì vẫn được quyền khởi kiện lại. Thực tiễn xét xử cho thấy có những vụ án mà số tiền tạm ứng chi phí tố tụng rất lớn khiến cho đương sự không thể có điều kiện để đóng. Ví dụ theo một quyết định của Tòa án nhân dân cấp cao tại thành phố Hồ Chí Minh: “Thực hiện Thông báo nộp tạm ứng chi phí tố tụng số 07/TB-TA ngày 07/06/2019 của Tòa án nhân dân tỉnh Ninh Thuận thì đại diện theo ủy quyền của nguyên đơn là ông Trương Nguyễn Thuận B phải nộp tiền tạm ứng chi phí tố tụng trong thời hạn 07 ngày kể từ ngày nhận thông báo là ngày 18/6/2019. Tuy nhiên, hết thời hạn nêu trong thông báo, ông Bình vẫn không nộp tiền tạm ứng chi phí tố tụng theo quy định. Do đó, Tòa án cấp sơ thẩm đình chỉ giải quyết vụ án dân sự theo quy định tại điểm đ khoản 1 Điều 217 Bộ luật tố tụng dân sự là có căn cứ. Đại diện theo ủy quyền của nguyên đơn là ông Trương Nguyễn Thuận B kháng cáo yêu cầu hủy Quyết định đình chỉ giải quyết vụ án dân sự số 12/2019/QĐST-DS ngày 09 tháng 7 năm 2019 của Tòa án nhân dân tỉnh Ninh Thuận với lý do không có số tiền 72.000.000 đồng để nộp chi phí ủy thác tư pháp là lý do không chính đáng”⁷. Thực tế, không phải đương sự nào cũng có 72.000.000 đồng để đóng tạm ứng chi phí tố tụng trong vòng 07 ngày.

3. Đề xuất, kiến nghị

Từ những phân tích nêu trên, chúng tôi cho rằng, hướng giải quyết cho phép nguyên đơn được quyền khởi kiện lại sau khi vụ án bị đình chỉ do họ không đóng tạm ứng chi phí tố tụng mà Tòa án nhân dân cấp cao tại thành phố Hồ Chí Minh và Tòa án nhân dân cấp cao tại Hà Nội đã giải quyết là hoàn toàn thuyết phục về mặt thực tiễn. Tuy nhiên, hướng này lại không phù hợp với quy định của BLTTDS năm 2015. Chúng tôi cho rằng, giải pháp tốt nhất không phải là phát triển các quyết định này thành án lệ như hướng mà Tòa án nhân dân tối cao đã dự định làm. Bởi lẽ, sẽ có nguy cơ án lệ không phù hợp với quy định của BLTTDS. Giải pháp tốt nhất là phải sửa quy định của BLTTDS năm 2015 theo hướng bổ sung vào khoản 1 Điều 218 trường hợp đương sự được quyền khởi kiện lại khi vụ án bị đình chỉ do không nộp tạm ứng chi phí tố tụng. Trong điều kiện chưa sửa đổi, bổ sung BLTTDS được thì Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao có thể ban hành Nghị quyết hướng dẫn trường hợp này theo hướng đương sự có quyền khởi kiện lại. Bởi lẽ, khoản 1 Điều 218 BLTTDS năm 2015 đã quy định: “*Khi có quyết định đình chỉ giải quyết vụ án dân sự, đương sự không có quyền khởi kiện yêu cầu Tòa án giải quyết lại vụ án dân sự đó, nếu việc khởi kiện vụ án sau không có gì khác với vụ án trước về nguyên đơn, bị đơn*

⁷ Quyết định giải quyết kháng cáo đối với quyết định đình chỉ giải quyết vụ án số 178/2020/QĐ-PT ngày 19-6-2020 của Tòa án nhân dân cấp cao tại thành phố Hồ Chí Minh.

và quan hệ pháp luật có tranh chấp, trừ trường hợp quy định tại khoản 3 Điều 192, điểm c khoản 1 Điều 217 của Bộ luật này và các trường hợp khác theo quy định của pháp luật". Như vậy, với việc Hội đồng Thẩm phán có quy định trường hợp này thì được xem là trường hợp pháp luật có quy định khác mà khoản 1 Điều 218 và điểm d khoản 3 Điều 192 BLTTDS năm 2015 đã dự liệu. Việc bổ sung này không làm cho Nghị quyết của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao trái với BLTTDS.

4. Kết luận

Việc khởi kiện luôn gắn liền với quyền lợi về vật chất hoặc tinh thần của các cá nhân, tổ chức. Do đó, việc quy định đương sự vẫn có quyền khởi kiện lại nếu vụ án bị đình chỉ do họ rút đơn khởi kiện hoặc vắng mặt đến lần thứ hai mà không có lý do chính đáng. Trong khi chỉ vì chưa thu xếp được các khoản tiền để đóng tạm ứng chi phí tố tụng mà mất đi quyền khởi kiện thì chưa thực sự thuyết phục về mặt thực tiễn. Do đó, giải pháp sửa đổi, bổ sung các quy định có liên quan để đương sự được quyền khởi kiện lại trong trường hợp vụ án bị đình chỉ do không nộp tạm ứng chi phí tố tụng là điều cần thiết. Trước khi thực hiện các giải pháp này, các đương sự trong trường hợp này nên rút đơn khởi kiện để khi nào có đủ điều kiện đóng tạm ứng chi phí tố tụng thì mới khởi kiện lại. Bởi lẽ BLTTDS năm 2015 đã quy định rất rõ ràng trường hợp vụ án bị đình chỉ do nguyên đơn rút toàn bộ yêu cầu khởi kiện thì họ được trả lại tạm ứng án phí và vẫn được quyền khởi kiện lại. Cuối cùng cần lưu ý rằng theo quy định tại điểm đ khoản 1 Điều 217 BLTTDS năm 2015 trường hợp bị đơn có yêu cầu phản tố, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan có yêu cầu độc lập không nộp tiền tạm ứng chi phí tố tụng thì Tòa án đình chỉ việc giải quyết yêu cầu phản tố của bị đơn, yêu cầu độc lập của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan. Nhưng BLTTDS lại chưa có quy định về hậu quả của việc đình chỉ này, bị đơn và người có quyền lợi nghĩa vụ liên quan có được đưa ra yêu cầu phản tố, yêu cầu độc lập lại hay không (nếu yêu cầu đó được đưa ra trước phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ và hòa giải). Chúng tôi cho rằng, tương tự trường hợp của nguyên đơn, trường hợp này chúng ta cũng nên theo hướng cho bị đơn và người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan được quyền đưa ra yêu cầu phản tố, yêu cầu độc lập lại./.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Quốc hội (2015), Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015, Hà Nội.
2. Quyết định giải quyết kháng cáo đối với quyết định đình chỉ giải quyết vụ án số 02/2017/QĐ-PT ngày 22-8-2017 của Tòa án nhân dân tỉnh Tây Ninh.
3. Quyết định giải quyết kháng cáo đối với quyết định đình chỉ giải quyết vụ án số 05/2020/QĐPT-DS ngày 20-01-2020 của Tòa án nhân dân tỉnh Bắc Ninh.

TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT, ĐẠI HỌC HUẾ

4. Quyết định giải quyết kháng cáo đối với quyết định đình chỉ giải quyết vụ án số 563/2020/QĐ-PT ngày 26-10-2020 của Tòa án nhân dân cấp cao tại thành phố Hồ Chí Minh.
5. Quyết định giải quyết việc kháng cáo đối với quyết định đình chỉ giải quyết vụ án số 14/2019/QĐ-PT ngày 10-10-2019 của Tòa án nhân dân cấp cao tại Hà Nội.
6. Quyết định giải quyết việc kháng cáo đối với quyết định đình chỉ giải quyết vụ án số 48/2020/QĐ-PT ngày 07-9-2020 của Tòa án nhân dân thành phố Đà Nẵng.
7. Quyết định giải quyết kháng cáo đối với quyết định đình chỉ giải quyết vụ án số 178/2020/QĐ-PT ngày 19-6-2020 của Tòa án nhân dân cấp cao tại thành phố Hồ Chí Minh.
8. <https://anle.toaan.gov.vn/webcenter/portal/anle/chitietanleduthao?dDocName=TAND131243>, truy cập ngày 17/02/2021.

HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH PHÁP LUẬT VỀ CHUYỂN MỤC ĐÍCH
SỬ DỤNG ĐẤT ĐỐI VỚI HỘ GIA ĐÌNH, CÁ NHÂN

CHÂU HOÀNG THÂN*

Ngày nhận bài: 08/01/2022

Ngày phản biện: 20/01/2022

Ngày đăng bài: 30/03/2022

Tóm tắt:

Chuyển mục đích sử dụng đất là hoạt động phổ biến của người sử dụng đất nhằm bảo đảm hiệu lực thực thi của quy hoạch sử dụng đất và khai thác tối ưu hiệu quả kinh tế của đất đai. Trong phạm vi bài viết này, tác giả sẽ phân tích và kiến nghị hoàn thiện những quy định pháp luật về chuyển mục đích sử dụng đất đối với hộ gia đình, cá nhân.

Từ khóa:

Chuyển mục đích sử dụng đất, hộ gia đình, cá nhân, mục đích sử dụng đất.

Abstract:

Change of land-use purpose is a common activity of the land users to guarantee the effective execution of land-use planning, and exploit optimally the economic efficiencies of the land. Within the scope of the paper, the author will analyze and provide suggestions to improve the law regulations related to land-use change behaviors in households and individuals.

Keywords:

Change of land-use purpose, households, individuals, land-use purpose.

1. Đặt vấn đề

Chuyển mục đích sử dụng đất nhằm khai thác tối ưu hiệu quả sử dụng đất đai. Nội dung này đã được đề cập từ Luật Đất đai năm 1987 nhưng đến Luật Đất đai năm 2003 thì những quy định về chuyển mục đích sử dụng đất mới được thể hiện toàn diện và cụ thể. Tuy nhiên, đến nay Luật Đất đai vẫn chưa đưa ra khái niệm thế nào là chuyển mục đích sử dụng đất. Căn cứ vào bản chất và quy định pháp luật về chuyển mục đích sử dụng đất, có thể nêu ra khái niệm như sau: “*Chuyển mục đích sử dụng đất là hoạt động của người sử dụng đất nhằm thay đổi mục đích sử dụng hiện tại của thửa đất đã đăng ký trước đó sang*

* ThS. NCS., Trường Đại học Cần Thơ; Email: chthan@ctu.edu.vn.

• Ghi chú: Tài bài viết toàn văn tại địa chỉ: <http://tapchi.hul.edu.vn>.

sử dụng theo mục đích khác phù hợp với quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất theo trình tự, thủ tục do pháp luật quy định". Trong thực tế, với nhiều nguyên nhân khác nhau người sử dụng đất đã tự ý thay đổi mục đích sử dụng đất mà không tuân thủ trình tự, thủ tục quy định và quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất được phê duyệt, đó là hành vi sử dụng đất không đúng mục đích, là hành vi vi phạm pháp luật trong quá trình sử dụng đất. Về biểu hiện, chuyển mục đích sử dụng đất và sử dụng đất không đúng mục đích có sự giống nhau là đều thay đổi mục đích sử dụng hiện tại của thửa đất nhưng bản chất hoàn toàn khác biệt. Chuyển mục đích sử dụng đất có những đặc điểm cơ bản sau:

Một là, chuyển mục đích sử dụng đất là quyền và nghĩa vụ của người sử dụng đất nhằm phát huy tối đa giá trị kinh tế của thửa đất. Đây là đặc điểm cơ bản để phân biệt với hoạt động thay đổi mục đích sử dụng đất của Nhà nước thông qua quyết định quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất. Có thể nói, chuyển mục đích sử dụng đất vừa là quyền vừa là nghĩa vụ của người sử dụng đất bởi khi chuyển mục đích nhằm mang lại hiệu quả cao nhất trong quá trình sử dụng, khai thác giá trị thửa đất; đồng thời, khoản 8 Điều 49 Luật Đất đai năm 2013 quy định trường hợp phải chuyển mục đích khi đất thuộc phạm vi quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất phải chuyển mục đích sử dụng đất cho thấy hoạt động chuyển mục đích sử dụng đất đồng thời cũng là nghĩa vụ của người sử dụng đất.

Hai là, quá trình chuyển mục đích được thực hiện theo trình tự, thủ tục do pháp luật quy định. Hiện nay, với quy định tại Điều 57, Điều 95 Luật Đất đai năm 2013 và Điều 5 Thông tư số 09/2021/TT-BTNMT thì việc chuyển mục đích sử dụng đất phải xin phép và đăng ký hoặc tiến hành thủ tục đăng ký biến động. Đặc điểm này là sự khác biệt cơ bản của hoạt động chuyển mục đích sử dụng đất và hành vi sử dụng đất không đúng mục đích.

Ba là, chuyển mục đích sử dụng đất căn cứ vào quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất. Với nguyên tắc sử dụng đất được quy định tại khoản 1 Điều 6 Luật Đất đai năm 2013: "đúng quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất và đúng mục đích sử dụng đất" và cụ thể tại Điều 52 Luật Đất đai thì kế hoạch sử dụng đất hàng năm cấp huyện được phê duyệt là căn cứ cho phép chuyển mục đích sử dụng đất đã khẳng định tầm quan trọng của quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất trong quá trình chuyển mục đích sử dụng đất. Chất lượng của quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất quyết định tính khả thi và hiệu quả của hoạt động chuyển mục đích sử dụng đất.

Bốn là, giá trị tăng thêm khi chuyển mục đích sử dụng đất được điều tiết thông qua tiền sử dụng đất, tiền thuê đất. Trong một số trường hợp nhất định, việc chuyển mục đích sử dụng đất sẽ làm tăng quyền của người sử dụng đất, tăng hiệu quả khai thác giá trị kinh tế của thửa đất. Nhằm điều tiết phân lợi ích tăng thêm từ việc chuyển mục đích sử dụng

đất, Nhà nước sẽ thu một khoản tiền từ người sử dụng đất mà tùy thuộc vào nguồn gốc đất và hình thức sử dụng đất sau khi chuyển mục đích mà phát sinh nghĩa vụ là tiền sử dụng đất/ tiền thuê đất; cụ thể: Điều 109 Luật Đất đai năm 2013 quy định chỉ các trường hợp chuyển mục đích quy định tại điểm d, đ, e và g khoản 1 Điều 57 Luật Đất đai năm 2013 thì người sử dụng đất phải nộp tiền sử dụng đất, tiền thuê đất.

Vì vậy, một cơ chế pháp lý hoàn chỉnh, phù hợp sẽ mang lại những tác động tích cực đến quá trình chuyển mục đích sử dụng đất và ngược lại, sẽ ảnh hưởng nghiêm trọng đến công tác quản lý đất đai và hiệu quả sử dụng đất. Thực trạng phổ biến của tình trạng tự ý chuyển mục đích sử dụng đất, xây dựng nhà ở trên đất nông nghiệp ở nước ta có hay không từ nguyên nhân do pháp luật đất đai còn nhiều bất cập, quá khó khăn khi chuyển mục đích sử dụng đất. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích, chỉ ra những bất cập và kiến nghị hoàn thiện quy định pháp luật thiết lập hành lang pháp lý toàn diện, chặt chẽ trong hoạt động chuyển mục đích sử dụng đất.

2. Quy định pháp luật về chuyển mục đích sử dụng đất đối với hộ gia đình, cá nhân

2.1. Các trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất

Hiện nay, các trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất được chia thành hai nhóm, gồm: trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất phải xin phép cơ quan có thẩm quyền và trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất không phải xin phép cơ quan có thẩm quyền nhưng phải đăng ký biến động. Cụ thể như sau:

Nhóm thứ nhất: các trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất phải xin phép cơ quan có thẩm quyền

Điều 57 Luật Đất đai năm 2013 quy định bảy trường hợp cụ thể chuyển mục đích sử dụng đất gồm: (i) chuyển đất trồng lúa sang đất trồng cây lâu năm, đất trồng rừng, đất nuôi trồng thủy sản, đất làm muối; (ii) chuyển đất trồng cây hàng năm khác sang đất nuôi trồng thủy sản nước mặn, đất làm muối, đất nuôi trồng thủy sản dưới hình thức ao, hồ, đầm; (iii) chuyển đất rừng đặc dụng, đất rừng phòng hộ, đất rừng sản xuất sang sử dụng vào mục đích khác trong nhóm đất nông nghiệp; (iv) chuyển đất nông nghiệp sang đất phi nông nghiệp; (v) chuyển đất phi nông nghiệp được Nhà nước giao đất không thu tiền sử dụng đất sang đất phi nông nghiệp được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất hoặc thuê đất; (vi) chuyển đất phi nông nghiệp không phải là đất ở sang đất ở; (vii) chuyển đất xây dựng công trình sự nghiệp, đất sử dụng vào mục đích công cộng có mục đích kinh doanh, đất sản xuất, kinh doanh phi nông nghiệp không phải là đất thương mại, dịch vụ sang đất thương mại, dịch vụ; chuyển đất thương mại, dịch vụ, đất xây dựng công trình sự nghiệp sang đất cơ sở sản xuất phi nông nghiệp.

So với quy định về các trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất phải xin phép tại Điều 36 Luật Đất đai năm 2003 thì quy định hiện nay có xu hướng siết chặt các trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất, cụ thể: *một là*, quy định tại điểm a khoản 1 Điều 57 Luật Đất đai năm 2013: “chuyển *đất trồng lúa* sang đất trồng cây lâu năm, đất trồng rừng, đất nuôi trồng thủy sản, đất làm muối”; trong khi đó, điểm a khoản 1 Điều 36 Luật Đất đai năm 2003 trước đây chỉ quy định phải xin phép khi “chuyển *đất trồng lúa nước* sang đất trồng cây lâu năm, đất trồng rừng, đất nuôi trồng thủy sản, đất làm muối”. Sự thay đổi của Luật Đất đai năm 2013 đã mở rộng áp dụng đối với tất cả các loại đất trồng lúa, bao gồm: đất chuyên trồng lúa nước, đất trồng lúa nước còn lại và đất trồng lúa nương.¹ *Hai là*, Luật Đất đai năm 2013 bổ sung thêm hai trường hợp chuyển mục đích phải xin phép tại điểm b, g khoản 1 Điều 57 mà trước đây các trường hợp này thuộc nhóm chuyển mục đích không phải xin phép cơ quan có thẩm quyền.

Nhóm thứ hai: các trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất không phải xin phép cơ quan có thẩm quyền nhưng phải đăng ký biến động

Trước đây, khoản 2 Điều 36 Luật Đất đai năm 2003 quy định theo phương pháp loại trừ đối với các trường hợp này, cụ thể khi chuyển mục đích sử dụng đất mà không thuộc các trường hợp buộc phải xin phép theo quy định tại khoản 1 Điều 36 Luật Đất đai năm 2003 thì sẽ thuộc nhóm chuyển mục đích không cần xin phép nhưng phải đăng ký. Tuy nhiên, Điều 57 Luật Đất đai năm 2013 khi quy định về các trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất đã không hề đề cập đến nhóm này. Điều này đã đặt ra vấn đề là Luật Đất đai năm 2013 chỉ cho phép người sử dụng đất được phép chuyển mục đích khi thuộc các trường hợp tại Điều 57 và buộc phải xin phép, không tồn tại các trường hợp chuyển mục đích không cần xin phép như thời kỳ Luật Đất đai năm 2003. Điều này đã gây ra những bất cập nhất định khi người sử dụng đất thực hiện chuyển mục đích phù hợp với quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất nhưng không thuộc các trường hợp tại Điều 57 Luật Đất đai năm 2013. Nhằm tháo gỡ những khó khăn trên, Thông tư số 02/2015/TT-BTNMT ngày 27/01/2015 quy định chi tiết một số điều của Nghị định số 43/2014/NĐ-CP và Nghị định số 44/2014/NĐ-CP đã quy định về các trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất không cần xin phép nhưng phải đăng ký.² Quy định này được sửa đổi, bổ sung bởi Điều 12 Thông tư

¹ Khoản 1 Điều 8 Thông tư số 27/2018/TT-BTNMT ngày 14/12/2018 quy định về thống kê, kiểm kê đất đai và lập bản đồ hiện trạng sử dụng đất.

² Điều 11 Thông tư số 02/2015/TT-BTNMT quy định về trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất không phải xin phép cơ quan có thẩm quyền nhưng phải đăng ký biến động gồm:

- Chuyển đất trồng cây hàng năm sang xây dựng chuồng trại chăn nuôi gia súc, gia cầm và các loại động vật khác được pháp luật cho phép;
- Chuyển đất ở sang đất phi nông nghiệp không phải là đất ở.

số 33/2017/TT-BTNMT ngày 29/9/2017 quy định chi tiết Nghị định số 01/2017/NĐ-CP. Hiện nay, khoản 2 Điều 5 Thông tư số 09/2021/TT-BTNMT sửa đổi, bổ sung một số điều của các thông tư quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật Đất đai tiếp tục sửa đổi nội dung này, cụ thể bao gồm các trường hợp sau: (i) chuyển đất trồng cây hàng năm sang đất nông nghiệp khác gồm: đất sử dụng để xây dựng nhà kính và các loại nhà khác phục vụ mục đích trồng trọt; đất xây dựng chuồng trại chăn nuôi gia súc, gia cầm và các loại động vật khác được pháp luật cho phép; nuôi trồng thủy sản cho mục đích học tập, nghiên cứu thí nghiệm; (ii) chuyển đất trồng cây hàng năm khác, đất nuôi trồng thủy sản sang trồng cây lâu năm; (iii) chuyển đất trồng cây lâu năm sang đất nuôi trồng thủy sản, đất trồng cây hàng năm; (iv) chuyển đất ở sang đất phi nông nghiệp không phải là đất ở; (v) chuyển đất thương mại, dịch vụ sang các loại đất khác thuộc đất sản xuất, kinh doanh phi nông nghiệp không phải là đất cơ sở sản xuất phi nông nghiệp; chuyển đất sản xuất, kinh doanh phi nông nghiệp không phải là đất thương mại, dịch vụ, đất cơ sở sản xuất phi nông nghiệp sang đất xây dựng công trình sự nghiệp.

Luật Đất đai năm 2013 đã sử dụng phương pháp liệt kê quy định cả hai nhóm trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất thay cho quy định bằng phương pháp loại trừ như khoản 2 Điều 36 Luật Đất đai năm 2003 trước đây. Phương pháp liệt kê tồn tại nhiều hạn chế, bộc lộ sự thiếu sót gây nhiều khó khăn trong áp dụng pháp luật. Quy định không bao quát đầy đủ các trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất, khi phát sinh nhu cầu chuyển mục đích của người sử dụng đất thì không có căn cứ áp dụng, điển hình: chuyển mục đích sử dụng đất trồng lúa sang đất trồng cây hàng năm; chuyển mục đích sử dụng đất trồng cây hàng năm sang đất ương tạo cây giống, con giống và đất trồng hoa, cây cảnh; chuyển mục đích đất trồng cây hàng năm khác sang đất rừng sản xuất. Những trường hợp trên đều không được liệt kê trong các trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất của Điều 57 Luật Đất đai năm 2013 và khoản 2 Điều 5 Thông tư số 09/2021/TT-BTNMT. Điều này không chỉ ảnh hưởng đến quyền chuyển mục đích sử dụng đất của người sử dụng đất mà gây nhiều khó khăn trong thực tiễn xử phạt vi phạm hành chính về hành vi sử dụng đất không đúng mục đích, hủy hoại đất. Bên cạnh đó, quy định các trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất đã cho thấy sự hạn chế về tính toàn diện của Điều 57 Luật Đất đai năm 2013, khi quy định này chỉ quy định về trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất phải xin phép mà không đề cập đến các trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất không phải xin phép. Mặc dù quy định này đã được bổ sung tại Thông tư số 02/2015/TT-BTNMT nhưng vẫn để lại một khoảng trống pháp lý, ảnh hưởng đến quyền chuyển mục đích của người sử dụng đất trong

giai đoạn từ ngày 01/7/2014 đến ngày 27/01/2015. Những khoảng trống quy định về chuyển mục đích sử dụng đất đối với đất trồng lúa sẽ ảnh hưởng nghiêm trọng đến nguyên tắc bảo vệ và phát triển quỹ đất trồng lúa.

2.2. Căn cứ cho phép chuyển mục đích sử dụng đất

Điều 52 Luật Đất đai năm 2013 quy định về căn cứ giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất bao gồm: một là, kế hoạch sử dụng đất hàng năm của cấp huyện đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt. Hai là, nhu cầu sử dụng đất thể hiện trong dự án đầu tư, đơn xin giao đất, thuê đất, chuyển mục đích sử dụng đất.

Với tiêu đề quy định của Điều 52 Luật đất đai năm 2013 “căn cứ...cho phép chuyển mục đích sử dụng đất” cho thấy, căn cứ này chỉ áp dụng đối với các trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất phải xin phép quy định tại khoản 1 Điều 57 Luật Đất đai năm 2013. Vậy, khi người sử dụng đất chuyển mục đích sử dụng đất thuộc các trường hợp không phải xin phép quy định tại khoản 2 Điều 5 Thông tư số 09/2021/TT-BTNMT có cần phù hợp với kế hoạch sử dụng đất hàng năm của cấp huyện đã được phê duyệt hay không? Quan điểm thứ nhất cho rằng, với câu chữ quy định tại Điều 52 Luật Đất đai năm 2013 thì căn cứ đó chỉ áp dụng đối với các trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất phải xin phép và khoản 2 Điều 5 Thông tư số 09/2021/TT-BTNMT không đề cập đến quy định về căn cứ đối với các trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất không phải xin phép nên sẽ không có cơ sở áp dụng quy định tại Điều 52 Luật Đất đai năm 2013 cho các trường hợp này. Việc chuyển mục đích sử dụng đất thuộc các trường hợp tại khoản 2 Điều 5 Thông tư số 09/2021/TT-BTNMT chỉ quy định nghĩa vụ đăng ký biến động nên người sử dụng đất sẽ mặc nhiên được chấp nhận và giải quyết thủ tục đăng ký. Tuy nhiên, quan điểm thứ hai cho rằng, dù không quy định cụ thể về căn cứ chuyển mục đích sử dụng đất đối với các trường hợp không cần xin phép cơ quan có thẩm quyền nhưng không thể cho phép đăng ký biến động ngay cả khi việc chuyển mục đích đó không phù hợp với kế hoạch sử dụng đất hàng năm của cấp huyện đã được phê duyệt. Bởi, theo quy định chung về nguyên tắc sử dụng đất tại Điều 6 Luật Đất đai năm 2013 thì phải sử dụng đất đúng quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất và đúng mục đích sử dụng đất. Vì vậy, áp dụng nguyên tắc sử dụng đất thì việc chuyển mục đích không phải xin phép cơ quan có thẩm quyền vẫn phải bảo đảm phù hợp với kế hoạch sử dụng đất hàng năm của cấp huyện. Với thực trạng pháp luật đất đai ở nước ta hiện nay, chúng tôi cho rằng quan điểm thứ hai là có căn cứ, bảo đảm hiệu quả, hiệu lực của quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất.

Đối với căn cứ thứ hai, dựa vào nhu cầu sử dụng đất để thể hiện cụ thể mức diện tích xin chuyển mục đích sử dụng đất. Theo đó, cơ quan có thẩm quyền sẽ dựa vào nội dung kế

hoạch sử dụng đất hàng năm của cấp huyện đã phê duyệt mà cho phép mức diện tích được chuyển mục đích. Tuy nhiên, nhu cầu về diện tích chuyển mục đích sử dụng đất của người dân bị ảnh hưởng bởi quy định về thủ tục đăng ký khi chuyển mục đích sử dụng đất. Cụ thể, khoản 19 Điều 6 Thông tư số 33/2017/TT-BTNMT quy định: “...trường hợp chuyển mục đích sử dụng một phần thửa đất thì thực hiện tách thửa và cấp Giấy chứng nhận mới cho từng thửa đất mới sau chia tách. Đối với trường hợp thửa đất ở có vườn, ao thì không phải thực hiện thủ tục tách thửa khi chuyển mục đích sử dụng một phần thửa đất, trừ trường hợp người sử dụng đất có nhu cầu tách thửa...”. Như vậy, nếu chuyển mục đích một phần thửa đất thì hầu hết các trường hợp đều phải thực hiện thủ tục tách thửa, khi đó diện tích các thửa đất sau khi chia tách phải thỏa mãn quy định về diện tích tối thiểu tách thửa do UBND (Ủy ban nhân dân) cấp tỉnh quy định. Điều này vô hình chung đã gây ra rất nhiều khó khăn cho hộ gia đình, cá nhân sử dụng đất nhất là trường hợp chuyển từ đất nông nghiệp sang đất phi nông nghiệp. Vì hiện nay, các địa phương quy định về diện tích tối thiểu tách thửa của đất nông nghiệp và đất phi nông nghiệp rất chênh lệch. Vướng mắc nhất khi triển khai quy định này là những trường hợp chuyển mục đích một phần thửa đất từ đất trồng cây lâu năm sang đất ở; đây cũng là trường hợp phổ biến có nhu cầu chuyển mục đích một phần diện tích. Vì khi chuyển mục đích trong trường hợp này thì người sử dụng đất phải nộp tiền sử dụng đất theo quy định tại Điều 109 Luật Đất đai năm 2013 nên người sử dụng đất có hoàn cảnh kinh tế khó khăn thường chỉ có nhu cầu chuyển một phần diện tích (đúng mức diện tích tối thiểu tách thửa đối với đất ở tại địa phương) để xây dựng nhà ở, phần còn lại vẫn giữ nguyên mục đích của loại đất nông nghiệp trước đó. Tuy nhiên, với quy định buộc phải tách thửa khi chuyển mục đích một phần thửa đất nêu trên thì người sử dụng đất chỉ có thể chuyển mục đích một phần khi thửa đất đang sử dụng có diện tích nhỏ nhất = diện tích tối thiểu tách thửa đất nông nghiệp + diện tích tối thiểu tách thửa đất ở, để thỏa mãn điều kiện này thì diện tích thửa đất là không nhỏ. Trường hợp thửa đất nông nghiệp đang sử dụng có diện tích thửa đất nhỏ hơn mức trên thì người sử dụng đất chỉ có hai lựa chọn: *một là*, chuyển mục đích sử dụng toàn bộ diện tích thửa đất – người sử dụng đất sẽ phải nộp một khoản tiền sử dụng đất khá lớn, tăng thêm gánh nặng tài chính; *hai là*, không chuyển mục đích sử dụng đất và đây cũng là một trong những nguyên nhân dẫn đến tình trạng vi phạm sử dụng đất không đúng mục đích.

Quy định này cùng với những thay đổi trong quy định về ghi nợ tiền sử dụng đất tại Nghị định số 79/2019/NĐ-CP đã tạo nên áp lực tài chính rất lớn đối với người sử dụng đất

khi chuyển mục đích sử dụng đất.³ Vì vậy, nhu cầu diện tích chuyển mục đích sử dụng đất của hộ gia đình, cá nhân hiện nay bị chi phối rất lớn bởi quy định về diện tích tối thiểu tách thửa.

2.3. Thẩm quyền cho phép chuyển mục đích sử dụng đất

Điều 59 Luật Đất đai năm 2013 quy định về thẩm quyền cho phép chuyển mục đích sử dụng đất đối với các trường hợp quy định tại khoản 1 Điều 57 Luật Đất đai năm 2013, cụ thể: UBND cấp huyện cho phép hộ gia đình, cá nhân chuyển mục đích sử dụng đất. Sự khác biệt trong quy định về thẩm quyền cho phép chuyển mục đích sử dụng đất so với thời kỳ Luật Đất đai năm 2003 thể hiện tại điểm a khoản 2 Điều 59 Luật Đất đai năm 2013: “trường hợp cho hộ gia đình, cá nhân thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất nông nghiệp để sử dụng vào mục đích thương mại, dịch vụ với diện tích từ 0,5 héc ta trở lên thì phải có văn bản chấp thuận của UBND cấp tỉnh trước khi quyết định”. Quy định trên nhằm kiểm soát chặt chẽ tình trạng chuyển mục đích sử dụng đất đối với nhóm đất nông nghiệp nhằm bảo vệ quỹ đất nông nghiệp, bảo đảm an ninh lương thực. Tuy nhiên, quy định trên đã đặt ra những vấn đề sau: (i) việc quy định văn bản chấp thuận của UBND cấp tỉnh sẽ kéo dài thời gian giải quyết hồ sơ, tạo ra cơ chế xin-cho. Ngoài ra, UBND cấp tỉnh sẽ căn cứ vào đâu để chấp thuận việc chuyển mục đích sử dụng đất. Bởi nếu căn cứ vào quy định tại Điều 52 Luật Đất đai năm 2013 thì UBND cấp huyện sẽ thẩm định và quyết định được mà không cần sự can thiệp của UBND cấp tỉnh; nếu là một căn cứ khác thì điều đó không minh bạch vì chưa được thể hiện ở Điều 52 Luật Đất đai năm 2013. (ii) Văn bản chấp thuận của UBND cấp tỉnh sẽ ảnh hưởng đến tính độc lập, khách quan của UBND cấp huyện trong thực hiện chức năng, nhiệm vụ quản lý; ảnh hưởng đến việc xem xét trách nhiệm khi xảy ra vi phạm. Bên cạnh đó, với quy định điều kiện áp dụng là người sử dụng đất phải chuyển mục đích từ 0,5 ha trở lên thì họ có thể chia nhỏ diện tích chuyển mục đích thành nhiều lần để rút ngắn thời gian, thủ tục và vô hiệu hóa sự kiểm soát nêu trên. Việc kiểm soát nhằm hạn chế tình trạng ô ạt chuyển mục đích sử dụng đất nông nghiệp là cần thiết nhưng bằng sự can thiệp vào thẩm quyền quy định tại điểm a khoản 2 Điều 59 Luật Đất đai năm 2013 là không hiệu quả, không cần thiết.

2.4. Nghĩa vụ tài chính khi chuyển mục đích sử dụng đất đối với hộ gia đình, cá nhân

Nghĩa vụ tài chính khi hộ gia đình, cá nhân chuyển mục đích sử dụng đất được quy định trong Luật Đất đai năm 2013 gồm: (i) *Tiền sử dụng đất, tiền thuê đất* theo quy định tại Điều 109 Luật Đất đai năm 2013, khi chuyển mục đích sử dụng đất thuộc các trường hợp

³ Vì hiện nay, khi chuyển mục đích sử dụng đất người sử dụng đất không được phép ghi nợ tiền sử dụng đất như quy định trước đây tại Điều 16 Nghị định số 45/2014/NĐ-CP quy định về thu tiền sử dụng đất.

quy định tại điểm d, đ, e và g khoản 1 Điều 57 Luật Đất đai năm 2013 thì người sử dụng đất phải nộp tiền sử dụng đất, tiền thuê đất trả một lần cho cả thời gian thuê bằng mức chênh lệch giữa tiền sử dụng đất, tiền thuê đất của loại đất sau khi chuyển mục đích sử dụng đất và tiền sử dụng đất, tiền thuê đất của loại đất trước khi chuyển mục đích sử dụng đất hoặc nộp tiền thuê đất hàng năm theo loại đất sau khi chuyển mục đích sử dụng đất. (ii) *Lệ phí trước bạ*: khi chuyển mục đích sử dụng đất, người sử dụng đất phải thực hiện đăng ký theo quy định tại Điều 95 Luật Đất đai. Mức thu và đơn giá tính lệ phí trước bạ được xác định theo Nghị định số 140/2016/NĐ-CP ngày 10/10/2016 về lệ phí trước bạ và Nghị định số 20/2019/NĐ-CP ngày 21/02/2019 sửa đổi, bổ sung Nghị định số 140/2016/NĐ-CP. (iii) *Phí và lệ phí trong quản lý, sử dụng đất đai*: căn cứ Luật Phí và lệ phí năm 2015, Thông tư số 85/2019/TT-BTC ngày 29/11/2019 hướng dẫn về phí và lệ phí thuộc thẩm quyền quyết định của Hội đồng nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương nên việc thu và mức thu của các khoản phí, lệ phí khi hộ gia đình, cá nhân chuyển mục đích sử dụng đất phụ thuộc vào quy định của từng tỉnh, thành. Các khoản phí và lệ phí khi giải quyết hồ sơ chuyển mục đích sử dụng đất gồm: phí thẩm định hồ sơ cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, lệ phí cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền ở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất. Trường hợp tách thửa khi chuyển mục đích sử dụng đất thì người sử dụng đất phải chi trả chi phí dịch vụ đo đạc theo đơn giá do địa phương quy định.

Nghĩa vụ tài chính phổ biến và điển hình nhất khi hộ gia đình, cá nhân chuyển mục đích sử dụng đất là tiền sử dụng đất, được quy định cụ thể tại khoản 2 Điều 5 Nghị định số 45/2014/NĐ-CP. Theo đó, tiền sử dụng đất khi chuyển mục đích sử dụng đất được xác định dựa vào hai yếu tố cơ bản là: diện tích đất chuyển mục đích sử dụng và giá đất. Giá đất được xác định là chênh lệch giá đất của mục đích sử dụng đất sẽ chuyển mục đích với giá đất của mục đích sử dụng hiện tại của thửa đất. Theo Điều 3 Nghị định số 45/2014/NĐ-CP thì: (i) *giá đất trong Bảng giá đất của UBND cấp tỉnh* ban hành khi chuyển mục đích sử dụng đất đối với diện tích trong hạn mức thì xác định theo; (ii) *giá đất cụ thể theo phương pháp so sánh trực tiếp, chiết trừ, thu nhập, thặng dư* đối với diện tích đất ở vượt hạn mức khi tiền sử dụng đất của thửa đất hoặc khu đất có giá trị (tính theo giá đất trong Bảng giá đất) từ 30 tỷ đồng trở lên đối với các thành phố trực thuộc Trung ương; từ 10 tỷ đồng trở lên đối với các tỉnh miền núi, vùng cao; từ 20 tỷ đồng trở lên đối với các tỉnh còn lại. (iii) *Giá đất cụ thể theo phương pháp hệ số điều chỉnh giá đất* đối với diện tích đất ở vượt hạn mức khi tiền sử dụng đất của thửa đất hoặc khu đất có giá trị (tính theo giá đất trong Bảng giá đất) dưới 30 tỷ đồng đối với các thành phố trực thuộc Trung ương; dưới 10 tỷ đồng đối với các tỉnh miền núi, vùng cao; dưới 20 tỷ đồng đối với các tỉnh còn lại.

Chính sách miễn, giảm tiền sử dụng đất đối với hộ gia đình, cá nhân khi chuyển mục đích sử dụng đất quy định tại Điều 11, Điều 12 Nghị định số 45/2014/NĐ-CP chỉ dành cho một số nhóm đối tượng cụ thể: hộ nghèo, hộ đồng bào dân tộc thiểu số ở vùng có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn, vùng biên giới, hải đảo, vùng đồng bào dân tộc và miền núi; chính sách người có công; hộ gia đình, cá nhân trong các cụm, tuyến dân cư vùng ngập lũ; hộ dân làng chài, dân sống trên sông nước, đầm phá đến các khu tái định cư theo quy hoạch. Những quy định trên vẫn chưa đề cập đến nhóm đối tượng là hộ cận nghèo gặp khó khăn về chỗ ở; hộ nghèo, hộ cận nghèo sinh sống ở những nơi không thuộc vùng có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn; những đối tượng được tặng cho nhà tình nghĩa, nhà tình thương trên đất nông nghiệp tại các khu vực được quy hoạch sử dụng đất ở... Với những khó khăn về tài chính cùng với quy định Nghị định số 79/2019/NĐ-CP không còn áp dụng chính sách ghi nợ tiền sử dụng đất đối với hộ gia đình, cá nhân khi chuyển mục đích sử dụng đất đã gây ra rất nhiều khó khăn cho người sử dụng đất khi chuyển mục đích sử dụng đất. Những ưu đãi về tiền sử dụng đất khi chuyển mục đích sử dụng đất tồn tại nhiều bất cập được phản ánh qua phát biểu của Chủ tịch nước Nguyễn Xuân Phúc khi tiếp xúc cử tri tại thành phố Hồ Chí Minh: *“Nếu thực sự là hộ nghèo có xác nhận của chính quyền địa phương thì nên tạo điều kiện cho bà con làm nhà. Đã không có tiền làm nhà mà còn chịu tiền chuyển đổi mục đích sử dụng đất là không nên. Điều đó cần nghiên cứu”*.⁴ Bên cạnh đó, những hạn chế trong phương pháp định giá đất đã ảnh hưởng nghiêm trọng đến tính công bằng trong xác định tiền sử dụng đất khi chuyển mục đích sử dụng đất. Điển hình, theo Ông Hồ Đức Phớc – nguyên Tổng Kiểm toán nhà nước đã phát biểu: *“các phương pháp khác nhau chênh lệch nhau hàng chục lần giá trị; quy định trong phương pháp định giá đất chứa đựng nhiều yếu tố chủ quan, giả định, không đủ cơ sở xác định giá đất”*.⁵

Những hạn chế trong quy định về trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất, cùng với những bất cập về diện tích chuyển mục đích và những gánh nặng về tài chính, hạn chế trong ưu đãi tiền sử dụng đất khi chuyển mục đích sử dụng đất là nguyên nhân phổ biến của tình trạng tự ý chuyển mục đích sử dụng đất mà không tuân thủ quy định pháp luật.

3. Kiến nghị hoàn thiện quy định pháp luật về chuyển mục đích sử dụng đất đối với hộ gia đình, cá nhân

⁴ Thảo Lê (2021), *Nghèo không có tiền làm nhà mà còn chịu phí chuyển đổi mục đích sử dụng đất là không nên*, Báo Tuổi trẻ, <https://tuoitre.vn/ngheo-khong-co-tien-lam-nha-ma-con-chiu-phi-chuyen-doi-muc-dich-su-dung-dat-la-khong-nen-20210521190215451.htm>, truy cập ngày 01/7/2021.

⁵ Anh Minh (2018), *Kiểm toán lập lỗ hổng, chống thất thoát nguồn lực đất đai*, Báo điện tử Chính phủ, <http://baochinhphu.vn/Kinh-te/Kiem-toan-lap-lo-hong-chong-that-thoat-nguon-luc-dat-dai/354006.vgp>, truy cập ngày 12/9/2019.

Trước thực trạng quy định pháp luật về chuyển mục đích sử dụng đất, chúng tôi có những kiến nghị cụ thể sau:

Một là, khắc phục những hạn chế trong quy định liệt kê các trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất, tạo nên những khoảng trống pháp lý. Cụ thể, Điều 57 Luật Đất đai năm 2013 cần sửa đổi, bổ sung theo hướng quy định chi tiết các trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất phải xin phép; trong đó, cần xác định tất cả các trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất trồng lúa, đất rừng phòng hộ, đất rừng đặc dụng đều thuộc diện phải xin phép. Đồng thời, bổ sung quy định về các trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất không phải xin phép thông qua phương pháp loại trừ, không liệt kê như quy định tại khoản 2 Điều 5 Thông tư số 09/2021/TT-BTNMT; bổ sung quy định về nguyên tắc chuyển mục đích sử dụng đất đối với các trường hợp chuyển mục đích không phải xin phép ngay tại Điều 57 Luật Đất đai năm 2013. Cụ thể, bổ sung khoản 2 Điều 57 Luật Đất đai năm 2013 như sau: “các trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất không thuộc quy định tại khoản 1 Điều này thì người sử dụng đất không phải xin phép cơ quan có thẩm quyền nhưng phải thực hiện thủ tục đăng ký biến động. Việc chuyển mục đích sử dụng đất phải phù hợp với quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất đã được cơ quan có thẩm quyền phê duyệt”.

Hai là, quy định về căn cứ cho phép chuyển mục đích sử dụng đất tại Điều 52 Luật Đất đai năm 2013 áp dụng cho tất cả các trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất. Theo đó, tiêu đề Điều 52 Luật Đất đai năm 2013 cần được sửa đổi là: “Căn cứ giao đất, cho thuê đất, chuyển mục đích sử dụng đất”. Điều này bảo đảm sự phù hợp với nguyên tắc sử dụng đất và rõ ràng căn cứ giải quyết thủ tục đăng ký biến động đối với trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất không phải xin phép.

Ba là, phân cấp triệt để thẩm quyền cho phép chuyển mục đích sử dụng đất. Quy định về thẩm quyền cho phép chuyển mục đích sử dụng đất tại điểm a khoản 2 Điều 59 Luật Đất đai năm 2013 cần xác định theo hướng phân cấp triệt để cho UBND cấp huyện mà không cần văn bản chấp thuận của UBND cấp tỉnh. Chúng tôi cho rằng, khi chất lượng quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất được bảo đảm, xác định rõ khu vực khoanh vùng bảo vệ những loại đất nông nghiệp cần thiết thì UBND cấp huyện hoàn toàn có thể điều phối và xử lý tốt chỉ tiêu chuyển mục đích sử dụng đất. Tuy nhiên, để bảo đảm việc kiểm soát hoạt động chuyển mục đích sử dụng đất và bảo vệ quỹ đất nông nghiệp thì trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất với mức diện tích 0,5 ha trở lên từ đất nông nghiệp sang đất thương mại, dịch vụ thì UBND cấp huyện phải báo cáo ngay với UBND cấp tỉnh.

Bốn là, bảo đảm nhu cầu diện tích chuyển mục đích sử dụng đất của người sử dụng đất. Cụ thể, nghiên cứu sửa đổi quy định tại khoản 19 Điều 6 Thông tư số 33/2017/TT-

BTNMT về việc tách thửa khi chuyển mục đích một phần thửa đất. Theo đó, khi người sử dụng đất chuyển mục đích một phần thửa đất thì không bắt buộc phải tách thửa mà chỉ thực hiện tách thửa khi có yêu cầu. Đồng thời, bổ sung quy định điều kiện đối với phần diện tích xin chuyển mục đích sử dụng đất, cụ thể: phần diện tích chuyển mục đích phải đáp ứng quy định về diện tích tối thiểu tách thửa đối với loại đất xin chuyển mục đích; nếu diện tích chuyển mục đích sử dụng đất nhỏ hơn diện tích tối thiểu tách thửa thì phải nhập thửa với thửa liền kề có cùng mục đích sử dụng với diện tích xin chuyển mục đích.

Năm là, bổ sung quy định ưu đãi về tiền sử dụng đất khi chuyển mục đích sử dụng đất. Điển hình, nhằm tạo điều kiện về chỗ ở cho người dân, Nghị định số 79/2019/NĐ-CP cần quy định bổ sung trường hợp ghi nợ tiền sử dụng đất khi hộ gia đình, cá nhân chuyển mục đích sử dụng đất sang đất ở đối với trường hợp diện tích chuyển trong hạn mức giao đất ở đối với người sử dụng đất chưa có đất ở, nhà ở. Đồng thời, nhằm tạo điều kiện về chỗ ở cho hộ gia đình, cá nhân có hoàn cảnh kinh tế khó khăn, Nghị định số 45/2014/NĐ-CP bổ sung quy định về miễn, giảm tiền sử dụng đất đối với trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất để xây dựng nhà ở đối với diện tích đất ở trong hạn mức giao đất ở đối với hộ cận nghèo; hộ nghèo không chỉ là những hộ sinh sống tại vùng có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn, vùng biên giới, hải đảo, vùng đồng bào dân tộc thiểu số; những hộ gia đình được tặng cho nhà tình nghĩa, nhà tình thương trên đất nông nghiệp trong khu vực quy hoạch cho phép chuyển mục đích sang đất ở. Một quy trình xét duyệt chặt chẽ chính sách ưu đãi tiền sử dụng đất là rất cần thiết để bảo đảm công bằng, không thất thoát ngân sách; trách nhiệm giải trình và minh bạch là những yêu cầu phải được thể hiện cụ thể trong thực hiện chính sách ưu đãi tiền sử dụng đất khi chuyển mục đích sử dụng đất.

4. Kết luận

Hoàn thiện quy định pháp luật về chuyển mục đích sử dụng đất là tiền đề bảo đảm quyền của người sử dụng đất, nâng cao hiệu quả quản lý, sử dụng đất đai; là cơ sở xử lý nghiêm hành vi sử dụng đất không đúng mục đích. Chuyển mục đích sử dụng đất phải gắn kết hiệu quả khai thác giá trị đất đai với lợi ích của người sử dụng đất. Chất lượng quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cùng với trình tự đơn giản, chặt chẽ và sự hợp lý trong điều tiết giá trị tăng thêm là những điều kiện bảo đảm hiệu quả của hoạt động chuyển mục đích sử dụng đất, góp phần nâng cao hiệu lực, hiệu quả của quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất, hạn chế vi phạm pháp luật đất đai./.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Luật Đất đai năm 2013 sửa đổi, bổ sung năm 2018.
2. Nghị định số 45/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 quy định về thu tiền sử dụng đất.
3. Nghị định số 79/2019/NĐ-CP ngày 26/10/2019 sửa đổi Điều 16 Nghị định số 45/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 quy định về thu tiền sử dụng đất.
4. Thông tư số 33/2017/TT-BTNMT ngày 29/9/2017 quy định chi tiết Nghị định số 01/2017/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số Nghị định quy định chi tiết thi hành Luật Đất đai và sửa đổi, bổ sung một số điều của các Thông tư hướng dẫn thi hành Luật Đất đai.
5. Thông tư số 09/2021/TT-BTNMT ngày 30/6/2021 sửa đổi, bổ sung một số điều của các thông tư quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật Đất đai.
6. Anh Minh (2018), *Kiểm toán lấp lỗ hổng, chống thất thoát nguồn lực đất đai*, Báo điện tử Chính phủ, <http://baochinhphu.vn/Kinh-te/Kiem-toan-lap-lo-hong-chong-that-toat-nguon-luc-dat-dai/354006.vgp>, truy cập ngày 01/7/2021.
7. Thảo Lê (2021), *Nghèo không có tiền làm nhà mà còn chịu phí chuyển đổi mục đích sử dụng đất là không nên*, Báo Tuổi trẻ, <https://tuoitre.vn/ngheo-khong-co-tien-lam-nha-ma-con-chiu-phi-chuyen-doi-muc-dich-su-dung-dat-la-khong-nen-20210521190215451.htm>, truy cập ngày 01/7/2021.

PHÁP LUẬT VỀ BẢO HỘ DỮ LIỆU CÁ NHÂN TRONG BỐI CẢNH PHÁT TRIỂN
TRÍ TUỆ NHÂN TẠO VÀ CÁC CÔNG NGHỆ SỐ MỚI NỔI KHÁC

NGUYỄN QUỲNH TRANG*

Ngày nhận bài: 29/01/2022

Ngày phản biện: 09/02/2022

Ngày đăng bài: 30/03/2022

Tóm tắt:

Cuộc cách mạng công nghiệp 4.0 với sự phát triển mạnh mẽ của các công nghệ như trí tuệ nhân tạo, tự động hoá, điện toán lượng tử, thực tế ảo, internet vạn vật... đã thay đổi thế giới và nhận thức của con người. Trong đó, trí tuệ nhân tạo được nhắc đến thường xuyên trên các phương tiện truyền thông đã ảnh hưởng đến hầu hết các ngành, lĩnh vực của đời sống kinh tế - xã hội, nhất là về dữ liệu cá nhân. Bên cạnh những lợi ích mà AI và các công nghệ số khác đem đến chúng ta không thể phủ nhận, vẫn còn tồn tại các vấn đề ảnh hưởng trực tiếp đến cuộc sống của con người, trong đó có quyền riêng tư, dữ liệu cá nhân. Bài viết tìm hiểu về trí tuệ nhân tạo và các công nghệ số mới nổi khác; các quy định của pháp luật về bảo hộ dữ liệu cá nhân như pháp luật Hoa Kỳ, Châu Âu (EU), pháp luật Việt Nam, từ đó đánh giá những lợi ích và rủi ro đối với các quy định bảo hộ dữ liệu cá nhân, đề xuất một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật trong sự phát triển của AI và các công nghệ số.

Từ khoá:

Trí tuệ nhân tạo, dữ liệu cá nhân, pháp luật, bảo hộ

Abstract:

The fourth industrial revolution has flourished with emerging digital technologies like Artificial Intelligence (AI), automation, quantum computing, virtual reality (VR), Internet of Things (IoT), etc that change the world eternally. In there, the most mentioned term in the mass media was AI, which truly influent to almost every area of our social-economic life, especially personal data. It is undeniable that the benefits from AI are magnificent, however, we also need to objectively evaluate the seriousness of personal rights, personal data's violation during AI application in order to build a legal framework regulating the issue in detail. The paper explores the context of developing AI and other emerging digital technologies, benefits and challenges for personal data protection, current laws and proposes some recommendations in the future.

Keywords:

Artificial Intelligence (AI), emerging digital technologies, personal data, law, protection

* ThS., Viện Nhà nước và Pháp luật, Học viện Chính trị quốc gia Hồ Chí Minh;
Email: ngquynhtrang340450@gmail.com.

• Ghi chú: Tải bài viết toàn văn tại địa chỉ: <http://tapchi.hul.edu.vn>.

1. Khái quát về trí tuệ nhân tạo và các công nghệ số mới nổi

1.1. Trí tuệ nhân tạo

Trí tuệ nhân tạo (AI) đang dần trở thành thuật ngữ phổ biến trong công chúng nói chung và các lĩnh vực cụ thể nói riêng với những lợi ích mà nó mang lại cho con người. Người khai sinh ra khái niệm này là Alan Turing trong một nghiên cứu năm 1950¹ đã đưa ra câu hỏi “máy móc có thể suy nghĩ không” và tìm đáp án thông qua một thí nghiệm (ngày nay được gọi là “thí nghiệm Turing”) mà người hỏi sẽ cố gắng phân biệt đâu là câu trả lời của máy tính và đâu là câu trả lời của con người. Từ đó ông định nghĩa: “AI là hệ thống có khả năng hành động như con người”. Stuart Russell và Peter Norvig tiếp tục cho ra đời cuốn sách được ví như giáo trình của mọi học sinh ngành AI², trong đó đào sâu nghiên cứu bốn mục tiêu tiềm năng hay khái niệm của AI, phân biệt hệ thống máy tính dựa trên nền tảng tư duy hợp lý và hành động: Với cách tiếp cận của con người, đó là hệ thống nghĩ như con người, hành động như con người-

Kế thừa những thành quả của các nghiên cứu đi trước, John McCarthy cho rằng AI là khoa học và kỹ thuật chế tạo ra các máy thông minh, nhất là các chương trình máy tính thông minh. Tương tự như nhiệm vụ sử dụng máy tính để hiểu trí tuệ con người, nhưng AI không giới hạn bản thân nó trước những phương thức có thể quan sát bằng cơ chế sinh học thông thường³.

Dưới dạng đơn giản nhất, AI là một lĩnh vực kết hợp giữa khoa học máy tính và tập dữ liệu chuẩn mạnh (robust datasets) nhằm giải quyết vấn đề. Nó còn bao hàm liên ngành học máy (machine learning) và học sâu (deep learning) thường được nhắc đến khi liên kết với AI. Những kỹ thuật này cùng với thuật toán AI tạo ra hệ thống chuyên gia dự đoán hoặc phân loại dựa trên dữ liệu đầu vào⁴.

Để dễ hình dung, có thể kể đến rất nhiều ứng dụng thực tế của hệ thống AI hiện nay như:

- Nhận diện giọng nói: Còn được biết đến là nhận diện giọng nói tự động (ASR), nhận diện giọng nói máy tính, hay dịch từ giọng nói sang văn bản trong đó ứng dụng quá trình xử lý ngôn ngữ tự nhiên (NLP) – một kỹ thuật khó của AI. Nhiều thiết bị di động tích

¹ A. M. Turing (1950), *Computing Machinery and Intelligence*, Mind 49: p.433-460.

² Stuart Russell, Peter Norvig (1994), *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall.

³ John McCarthy (2004), *What is Artificial intelligence?*, Stanford University, Stanford.

⁴ IBM (2019), What is artificial intelligence, <https://www.ibm.com/cloud/learn/what-is-artificial-intelligence>, truy cập ngày 30/6/2021.

hợp nhận diện giọng nói vào phần mềm hệ thống như cho phép tìm kiếm bằng giọng nói (Siri) hoặc cung cấp nhiều khả năng tương tác khi đang gõ văn bản.

- Dịch vụ khách hàng: Robot trò chuyện trực tuyến (online chatbots) đang thay thế con người trong chăm sóc khách hàng, trả lời các câu hỏi thường gặp xung quanh vấn đề như vận chuyển hàng hoá hoặc đưa ra tư vấn đối với từng khách hàng, bán chéo (cross-selling) hoặc gợi ý kích cỡ cho người sử dụng. Chatbots đang thay đổi cách chúng ta nghĩ về sự cam kết của khách hàng thông qua website và các nền tảng mạng xã hội khác. Ví dụ robot trả lời tự động trên các trang web thương mại trực tuyến với Tổng đài trợ lý ảo, ứng dụng tin nhắn như Slack hoặc Facebook Messenger, trong đó các thao tác thường được thực hiện bởi trợ lý ảo và trợ lý giọng nói.

- Thị giác máy tính: Công nghệ AI này cho phép máy tính và hệ thống chuyển hoá thông tin có nghĩa từ các hình ảnh, video kỹ thuật số và các dữ liệu đầu vào trực quan khác, và thực hiện hoạt động khác dựa trên dữ liệu đó. Với các mạng thần kinh xoắn, thị giác máy tính ứng dụng trong gắn thẻ ảnh trên mạng xã hội, chụp X-quang trong y tế, và ô tô tự lái trong công nghiệp ô tô.

- Hệ thống gợi ý: Sử dụng tổng hợp dữ liệu hành vi trong quá khứ, thuật toán AI giúp tìm kiếm các xu hướng dữ liệu nhằm phát triển các bước bán chéo hiệu quả. Nó được dùng để tạo các gợi ý chương trình bổ sung cho khách hàng trong quá trình thanh toán cho các nhà bán lẻ trực tuyến.

- Giao dịch chứng khoán tự động: Được thiết kế để tối ưu hoá danh mục đầu tư chứng khoán, nền tảng giao dịch tần suất cao điều khiển bằng AI có thể tạo ra hàng nghìn, thậm chí hàng triệu giao dịch một ngày mà không cần sự can thiệp của con người.

1.2. Các công nghệ số khác

Cuộc cách mạng công nghiệp 4.0 đã mở ra cách tiếp cận mới chưa từng có đến sự phát triển của kinh tế, văn hoá, xã hội với các công nghệ số mới nổi như tự động hoá, điện toán lượng tử, dữ liệu lớn, thực tế ảo, internet vạn vật...

- Tự động hoá là một thuật ngữ chỉ việc ứng dụng máy móc để hạn chế tối đa sự can thiệp của con người. Tự động hoá góp phần nâng cao hiệu suất, độ tin cậy và tốc độ thực hiện nhiều việc một lúc do con người đảm nhiệm trước đây. Tự động hoá được sử dụng trong nhiều lĩnh vực như sản xuất, vận chuyển, tiện ích, quốc phòng, phương tiện, tính toán và gần nhất là công nghệ thông tin. Ví dụ:

+ Nhà thông minh sử dụng tổ hợp phần cứng và phần mềm công nghệ cho phép điều khiển mọi thiết bị trong nhà một cách tự động mà không cần sự có mặt của con người.

+ Kiểm tra trang web tự động: sắp xếp và tiêu chuẩn hoá website thông qua các thay đổi về thông số cấu hình trong quá trình phát triển.

+ Trung tâm dữ liệu tự động hoá cho phép các chương trình phần mềm thực hiện tính toán khối lượng lớn dữ liệu bao gồm hệ thống hoạt động tự động.

- Điện toán lượng tử là một công nghệ mới nổi có thể tăng sức mạnh máy tính hiện có theo cấp số mũ giúp giải quyết vấn đề mà chúng ta không thể làm được với máy tính thông thường. Công nghệ này sẽ bẻ khoá các phần mềm một cách dễ dàng và phá vỡ các biện pháp bảo mật hiện hành sử dụng dữ liệu mã hoá trong ngân hàng và các ngành công nghiệp khác. Ngoài ra, điện toán lượng tử còn được ứng dụng trong ngành khoa học, giúp trả lời những câu hỏi gây tranh cãi giữa các nhà khoa học suốt nhiều năm qua.

- Big data đã tạo ra sự tích lũy dữ liệu khổng lồ từ nhiều nguồn khác nhau, rất khác với cách thu thập, lưu trữ và phân tích dữ liệu truyền thống. Thông thường, nguồn dữ liệu bao gồm mạng nội bộ, bảng tính, cơ sở dữ liệu, tuy nhiên, ngày nay cả email, tài liệu PDF, ảnh, video, âm thanh, bài đăng trên mạng xã hội, kết quả thu được từ hoạt động và giao dịch của doanh nghiệp trên hàng tỷ trang web cũng nằm trong đó. Các nguồn dữ liệu trên sau đó được phân phối nhưng liên kết với nhau, phụ thuộc lẫn nhau tạo ra một nền tảng để chia sẻ tất cả dữ liệu có liên quan. Điều này khiến big data trở nên thiết yếu, quan trọng và giá trị trong giải quyết vô số vấn đề, tạo ra các cơ hội mới từ việc phân tích dữ liệu⁵.

- Thực tế ảo chỉ sự mô phỏng được tạo ra bởi máy tính trong đó con người có thể tương tác với môi trường 3D nhân tạo khi sử dụng thiết bị điện tử, như kính hoặc găng tay cảm biến. Điều đặc biệt là người dùng có khả năng cảm nhận mọi thứ như thật trong thế giới ảo. Ví dụ đơn giản nhất của thực tế ảo là phim 3D, khi đeo kính 3D, người xem có cảm giác mình là một phần của bộ phim ngay tại chỗ với hình ảnh và âm thanh sống động. Ngoài ra, thực tế ảo còn được áp dụng vào huấn luyện thể thao, bán hàng, du hành vũ trụ, thực hành y khoa⁶...

- Internet vạn vật chỉ việc tăng cường sử dụng các cảm biến để ghi lại sự vật hiện tượng như âm thanh, xúc giác, chuyển động, nhiệt độ, thậm chí cấu tạo hoá học nhằm tự động thu thập dữ liệu về con người, môi trường, đối tượng và chuyển giao những thông tin

⁵ UNESCO IITE and TheNextMinds (2020). *Artificial Intelligence: Media and Information Literacy, Human Rights and Freedom of Expression*.

⁶ Investopedia (2020), *Virtual reality*, <https://www.investopedia.com/terms/v/virtual-reality.asp>, truy cập ngày 30/6/2021.

đó trên internet⁷. Ứng dụng công nghệ này được lý giải bởi các cảm biến ngày càng rẻ và tốt hơn, cũng như kết nối internet và khả năng tính toán tăng lên. Ví dụ về những tiện ích mà internet vạn vật mang lại cho cộng đồng bao gồm:

+ Các thiết bị chăm sóc sức khỏe thông minh có thể giám sát bệnh nhân và cảnh báo cơ quan y tế nếu được yêu cầu.

+ Các cảm biến trong cơ sở hạ tầng về năng lượng và nước cho phép các nhà cung cấp theo dõi và quản lý bảo trì.

+ Các cảm biến trong lòng đất có thể đo lường độ ẩm giúp nông dân quản lý sử dụng nước và cải thiện mùa màng.

2. Quy định của pháp luật về bảo hộ dữ liệu cá nhân

2.1. Quy định của pháp luật một số quốc gia trên thế giới

Thứ nhất, theo pháp luật của châu Âu, cụ thể Điều 4 Quy định chung về bảo vệ dữ liệu của Liên minh châu Âu (GDPR), dữ liệu cá nhân được hiểu là “*bất kỳ thông tin nào liên quan đến việc nhận dạng trực tiếp hay gián tiếp một người hoặc một thực thể tự nhiên như tên, số chứng minh thư/căn cước công dân, nơi ở, mã định danh online hoặc một/một vài yếu tố xác định về hình dáng, gen, tâm thần, hoàn cảnh kinh tế, văn hoá, xã hội của người đó*”⁸.

Khái niệm dữ liệu cá nhân (personal data) của châu Âu rộng hơn khái niệm thông tin cá nhân (personally identifiable information) ở Mỹ theo hướng dẫn của Viện an ninh công nghệ máy tính quốc gia là “*bất cứ thông tin nào được dùng để phân biệt, nhận dạng danh tính của một cá nhân như tên, số an sinh xã hội, thông tin sinh trắc học nói riêng hay kết hợp với các thông tin nhận dạng khác như ngày sinh hoặc nơi sinh*”⁹.

Việc bảo vệ thông tin riêng cũng như thông tin cá nhân là vấn đề nóng không chỉ ở Việt Nam mà còn ở nhiều nước trên thế giới. Hiện nay, có khoảng 40 quốc gia đã ban hành các quy định pháp luật về bảo vệ thông tin cá nhân trên mạng. Trong đó, Liên minh châu Âu là hình mẫu bảo hộ dữ liệu cá nhân với GDPR có tầm ảnh hưởng đến nhiều quốc gia và khu vực, đặc biệt là các tổ chức xử lý bất kỳ dữ liệu cá nhân nào của công dân EU và mức phạt lên đến 20 triệu EUR, cao hơn nữa là 4% doanh thu toàn cầu nếu một doanh nghiệp

⁷ Department of Industry, Science, Energy and Resources, Australia Government, Understanding emerging technologies, <https://www.industry.gov.au/data-and-publications/australias-tech-future/introduction/understanding-emerging-technologies>, truy cập ngày 30/6/2021.

⁸ EU (2016), General Data Protection Regulation, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>, truy cập ngày 1/7/2021.

⁹ National Institute of Standards and Technology, U.S. Department of Commerce, <https://csrc.nist.gov/glossary/term/PII>, truy cập ngày 8/11/2021.

nào đó vi phạm về việc bảo vệ dữ liệu cá nhân (Điều 83 GDPR). Ngày nay, với những quy định quốc tế về kiểm soát an ninh và bảo vệ dữ liệu, tương lai sẽ còn tiếp tục xuất hiện các quy định khắt khe hơn, chế tài mạnh hơn và tổn hại danh tiếng nhiều hơn đối với chủ thể cố tình không tuân thủ.

Thứ hai, theo pháp luật Hoa Kỳ, không có luật chung trên phạm vi liên bang mà chỉ một số bang ban hành quy định bảo vệ thông tin cá nhân như bang Virginia, Colorado, California với Đạo luật quyền riêng tư của người tiêu dùng (CCPA) tôn trọng quyền riêng tư và bảo vệ người tiêu dùng. Điều 105, 110, 115, 120 Phần 3 Đạo luật cho phép các cư dân của bang thiết lập một cách chính xác việc dữ liệu cá nhân của họ được thu thập như thế nào và được sử dụng ra sao. Các bang khác đã có dự thảo luật hoặc đang trong quá trình thông qua bao gồm Ohio, Pennsylvania, New York, New Jersey, North Carolina, Massachusetts¹⁰. Ngoài ra, quy định về bảo vệ thông tin cá nhân còn xuất hiện rải rác ở nhiều đạo luật khác như: Đạo luật về tự do thông tin (FOIA); Đạo luật về sự riêng tư; Đạo luật chính phủ điện tử; Đạo luật Báo cáo Tín dụng Công bằng; Đạo luật Bảo mật truyền thông điện tử...¹¹

2.2. Quy định của pháp luật Việt Nam

2.2.1. Dữ liệu cá nhân

Ở Việt Nam, thuật ngữ “thông tin cá nhân” (TTCN) được sử dụng phổ biến hơn là “dữ liệu cá nhân” mặc dù có nhiều nét tương đồng. Thuật ngữ này xuất hiện rải rác trong các văn bản quy phạm pháp luật như Luật Dược 2005 tại khoản 3 Điều 57: người tham gia thử lâm sàng “*được giữ bí mật về những thông tin cá nhân có liên quan*”; Luật Hàng không dân dụng 2006 tại điểm đ khoản 2 Điều 126: doanh nghiệp kinh doanh hệ thống đặt ghế chỗ bằng máy tính phải “*bảo mật thông tin cá nhân của khách hàng*”; Luật Công nghệ thông tin 2006 tại khoản 1 Điều 21: “*Tổ chức, cá nhân thu thập, xử lý và sử dụng thông tin cá nhân của người khác trên môi trường mạng phải được người đó đồng ý*”, tuy nhiên chưa có định nghĩa chính xác TTCN là gì. Đến khoản 5 Điều 3 Nghị định 64/2007/NĐ-CP về ứng dụng công nghệ thông tin trong hoạt động của cơ quan nhà nước mới quy định TTCN là “*thông tin đủ để xác định chính xác danh tính một cá nhân, bao gồm ít nhất nội dung trong những thông tin sau đây: họ tên, ngày sinh, nghề nghiệp, chức danh, địa chỉ liên hệ, địa chỉ thư điện tử, số điện thoại, số chứng minh nhân dân, số hộ chiếu*”. Tiếp đó,

¹⁰ Iapp (2021), *US State Privacy Legislation Tracker*,

https://iapp.org/media/pdf/resource_center/State_Comp_Privacy_Law_Map.pdf, truy cập ngày 5/7/2021.

¹¹ Lê Thị Thuỳ Trang (2017), *Nghiên cứu một số quy định về bảo vệ thông tin cá nhân trên thế giới và tại Việt Nam*, Trang Thông tin điện tử Cục Tin học hoá, Bộ Thông tin và Truyền thông.

TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT, ĐẠI HỌC HUẾ

khoản 13 Điều 3 Nghị định 52/2013/NĐ-CP về thương mại điện tử cũng định nghĩa TTCN là “các thông tin góp phần định danh một cá nhân cụ thể, bao gồm tên, tuổi, địa chỉ nhà riêng, số điện thoại, thông tin y tế, số tài khoản, thông tin về các giao dịch thanh toán cá nhân và những thông tin khác mà cá nhân mong muốn giữ bí mật”.

Lần đầu tiên thuật ngữ TTCN được quy định trong một văn bản luật cụ thể là “thông tin gắn với việc xác định danh tính của một người cụ thể” theo khoản 15 Điều 3 Luật An toàn thông tin mạng năm 2015 được Quốc hội thông qua ngày 19/11/2015 và có hiệu lực từ ngày 1/7/2016.

Gần đây nhất, Dự thảo Nghị định về bảo vệ dữ liệu cá nhân 2021 được lấy ý kiến rộng rãi cho thấy sự quan tâm của Nhà nước và người dân đến vấn đề này. Theo khoản 1 Điều 2, dữ liệu cá nhân là “dữ liệu về cá nhân hoặc liên quan đến việc xác định hoặc có thể xác định một cá nhân cụ thể”. Dự thảo phân biệt rõ hai loại dữ liệu cá nhân cơ bản và dữ liệu cá nhân nhạy cảm lần lượt tại khoản 2 và khoản 3. Trong đó, Dự thảo liệt kê các loại dữ liệu cá nhân nhạy cảm và định nghĩa một số thuật ngữ nội hàm mang tính thời sự cao như dữ liệu cá nhân về tình trạng giới tính, về tài chính.

Dữ liệu cá nhân cơ bản (khoản 2)	Dữ liệu cá nhân nhạy cảm (khoản 3)
a) Họ, chữ đệm và tên khai sinh, bí danh (nếu có); b) Ngày, tháng, năm sinh; ngày, tháng, năm chết hoặc mất tích; c) Nhóm máu, giới tính; d) Nơi sinh, nơi đăng ký khai sinh, nơi thường trú, nơi ở hiện tại, quê quán, địa chỉ liên hệ, địa chỉ thư điện tử; đ) Trình độ học vấn; e) Dân tộc; g) Quốc tịch;	a) Dữ liệu cá nhân về quan điểm chính trị, tôn giáo; b) Dữ liệu cá nhân về tình trạng sức khỏe là thông tin liên quan đến trạng thái sức khỏe thể chất hoặc tinh thần của chủ thể dữ liệu được thu thập, xác định trong quá trình đăng ký hoặc cung cấp dịch vụ y tế; c) Dữ liệu cá nhân về di truyền là thông tin liên quan đến các đặc điểm di truyền được thừa hưởng hoặc có được của cá nhân; d) Dữ liệu cá nhân về sinh trắc học là thông tin về thuộc tính vật lý, đặc điểm sinh học riêng của mỗi cá nhân; đ) Dữ liệu cá nhân về tình trạng giới tính là thông tin về người được xác định có giới tính nam, nữ, người kết hợp giữa nữ và nam, không phải nữ hoàn toàn hoặc nam toàn, không phải nữ cũng không phải nam hoặc là tình trạng của chủ thể dữ liệu có ý thức về giới tính không phù hợp với

<p>h) Số điện thoại;</p> <p>i) Số chứng minh nhân dân, số hộ chiếu, số căn cước công dân, số giấy phép lái xe, số biển số xe, số mã số thuế cá nhân, số bảo hiểm xã hội;</p> <p>k) Tình trạng hôn nhân;</p> <p>l) Dữ liệu phản ánh hoạt động hoặc lịch sử hoạt động trên không gian mạng.</p>	<p>giới tính được xác định khi sinh;</p> <p>e) Dữ liệu cá nhân về đời sống, xu hướng tình dục;</p> <p>g) Dữ liệu cá nhân về tội phạm, hành vi phạm tội được thu thập, lưu trữ bởi các cơ quan thực thi pháp luật;</p> <p>h) Dữ liệu cá nhân về tài chính là thông tin được sử dụng để xác định tài khoản, thẻ, công cụ thanh toán do tổ chức tài chính cung cấp cho chủ thẻ dữ liệu hoặc thông tin về mối quan hệ giữa tổ chức tài chính, dữ liệu tiền gốc với chủ thẻ dữ liệu, bao gồm cả hồ sơ, tình trạng tài chính, lịch sử tín dụng, mức thu nhập;</p> <p>i) Dữ liệu cá nhân về vị trí là thông tin về vị trí địa lý thực tế của cá nhân ở quá khứ và hiện tại;</p> <p>k) Dữ liệu cá nhân về các mối quan hệ xã hội;</p> <p>l) Dữ liệu cá nhân khác được pháp luật quy định là đặc thù và cần có biện pháp bảo mật cần thiết.</p>
---	--

2.2.2. Bảo hộ dữ liệu cá nhân

Cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư với AI và các công nghệ số đã làm thay đổi nhận thức về các loại tài sản. Rất nhiều loại “tài sản ảo”, tài sản vô hình có thể quy đổi ra thành tiền, thành tài sản thật. Trong xu thế đó, các loại dữ liệu, đặc biệt là dữ liệu cá nhân, trở nên có giá trị và trở thành một loại tài sản phi truyền thống¹². Do vậy, dữ liệu cá nhân rất cần được bảo vệ không chỉ với tư cách là quyền nhân thân đơn thuần mà còn hơn thế nữa.

Bảo hộ dữ liệu cá nhân thường được hiểu là bảo vệ TTCN ở Việt Nam ngày càng trở nên cấp thiết trong bối cảnh phát triển AI và các công nghệ số khác. Nước ta đang trong quá trình chuyển đổi số trên quy mô quốc gia, điều đó đồng nghĩa với hệ thống cơ sở dữ liệu quản lý công dân vô cùng lớn đòi hỏi cập nhật, bổ sung đầu vào liên tục. Hầu hết các ngành, lĩnh vực đều sử dụng dữ liệu cá nhân để xử lý vận hành như: hành chính, y tế, hình sự, hộ tịch, quốc tịch, chứng thực, thương mại điện tử, giáo dục, tài chính, ngân hàng, thuế và hoạt động thuế, công nghệ thông tin, truyền thông... Nếu không được bảo vệ chặt chẽ, nghiêm ngặt trước những kẻ tấn công, tội phạm hay virus, cộng với sự lơ là thiếu thận trọng của bản thân chủ thể dữ liệu thì nguy cơ rò rỉ TTCN hoặc mua bán trái phép rất dễ xảy ra.

¹² Lê Sơn (2021), *Cần coi dữ liệu cá nhân là một loại tài sản phi truyền thống*, <http://baochinhphu.vn/Phap-luat/Can-coi-du-lieu-ca-nhan-la-mot-loai-tai-san-phi-truyen-thong/434039.vgp>, truy cập ngày 4/7/2021.

Bằng chứng là cuối năm 2019, TTCN của 2 triệu khách hàng được cho là của Ngân hàng MSB đã bị đăng tải miễn phí, công khai trên Raidforums (diễn đàn mua bán dữ liệu của các hacker)¹³. Ông lớn Facebook cũng không ngoại lệ, khi TTCN của hơn 533 triệu người dùng ở 106 quốc gia bị đánh cắp từ lỗ hổng bảo mật đã vá năm 2019, rò rỉ trên một diễn đàn tin tặc bao gồm số điện thoại, tên định danh (ID) Facebook, họ tên, nơi ở, ngày sinh, thậm chí tiểu sử và địa chỉ email¹⁴. Trong đó, khoảng 300.000 người Việt là nạn nhân bởi tốc độ phát triển internet cao nhất thế giới, số lượng người dùng mạng xã hội facebook là 58 triệu tài khoản và có 62 triệu tài khoản google. Đi kèm với đó là lượng dữ liệu phát sinh từ hàng chục triệu người dùng cũng tăng lên nhanh chóng. Việc mạo danh, giả danh người dùng để lừa đảo, chiếm đoạt tài sản là hành vi nguy hiểm diễn ra phổ biến trên không gian mạng. Thách thức trước những dịch vụ mới, việc sử dụng, cung cấp TTCN trong thanh toán trực tuyến, thương mại điện tử, trò chơi trực tuyến, kinh doanh tiền ảo, kinh doanh đa cấp qua mạng... đã đặt ra nhiều vấn đề liên quan tới an ninh quốc gia, trật tự an toàn xã hội gây nguy cơ mất an ninh mạng¹⁵. Do đó, phải đảm bảo cho thông tin cá nhân được sử dụng đúng mục đích, phục vụ đắc lực cho xã hội, hạn chế tối đa nguy cơ bị sử dụng, lạm dụng và có cơ chế, chế tài xử lý các hành vi vi phạm.

Dự thảo Nghị định về bảo vệ dữ liệu cá nhân 2021 cũng đưa ra khái niệm bảo vệ dữ liệu cá nhân là “phòng ngừa, phát hiện, ngăn chặn, xử lý hành vi xâm phạm quy định của pháp luật về dữ liệu cá nhân” (khoản 4 Điều 2).

2.2.3. Thực trạng quy định pháp luật Việt Nam

* Những kết quả đạt được:

Những kinh nghiệm của Mỹ, châu Âu và nhiều tổ chức, doanh nghiệp nước ngoài... đã được Việt Nam nghiên cứu, tiếp thu và căn cứ vào tình hình thực tiễn. Pháp luật Việt Nam đã bước đầu quan tâm đến vấn đề bảo hộ dữ liệu cá nhân thể hiện ở một số luật, bộ luật. Bảo vệ TTCN xuất hiện trong Luật Công nghệ thông tin 2006 liên quan đến thu thập, xử lý, sử dụng và chuyển nhượng trên môi trường mạng chứ không quy định các biện pháp bảo vệ TTCN nói chung. Ngoài ra, Luật Bảo vệ người tiêu dùng 2010 cũng có quy định cụ thể đối với bảo vệ thông tin người tiêu dùng và trách nhiệm của các chủ thể liên quan. Một quy định khác về bảo hộ dữ liệu cá nhân là Điều 38 Bộ luật Dân sự 2015 về quyền về đời

¹³ Bích Thủy (2019), *Ngân hàng MSB bị lộ 2 triệu dữ liệu khách hàng*, <http://antoanthongtin.vn/an-toan-thong-tin/ngan-hang-msb-bi-lo-2-trieu-du-lieu-khach-hang-105655>, truy cập ngày 4/7/2021.

¹⁴ Hoàng Linh (2021), *Hơn 533 người dùng Facebook bị rò rỉ dữ liệu cá nhân*, <https://hanoimoi.com.vn/tin-tuc/Oto-xemay/995429/hon-533-trieu-nguoi-dung-facebook-bi-ro-ri-du-lieu-ca-nhan>, truy cập ngày 5/7/2021.

¹⁵ Ngọc Bích (2019), *Nguy hiểm từ việc lọt, lộ thông tin cá nhân trên mạng Internet*, <https://cand.com.vn/Cong-nghe/Nguy-hiem-tu-viec-lot-lo-thong-tin-ca-nhan-tren-mang-Internet-i530219/>, truy cập ngày 5/7/2021.

sống riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình. Cùng với đó là Luật An toàn thông tin mạng 2015 với nguyên tắc bảo vệ TTCN trên mạng (Điều 16), việc thu thập và sử dụng TTCN (Điều 17), việc cập nhật, sửa đổi và hủy bỏ TTCN (Điều 18), yêu cầu bảo đảm an toàn TTCN trên mạng (Điều 19) và trách nhiệm của cơ quan quản lý nhà nước trong bảo vệ TTCN trên mạng (Điều 20)¹⁶.

Phạm vi điều chỉnh của Luật An toàn thông tin mạng chỉ quy định các vấn đề liên quan đến kỹ thuật nhằm đảm bảo thông tin truyền đưa trên mạng được nguyên vẹn, không bị gián đoạn, sửa đổi hoặc phá hoại, được bảo đảm bí mật, nên không điều chỉnh vấn đề liên quan đến nội dung thông tin và thông tin riêng¹⁷. Tuy nhiên, tại Điều 18 đã quy định rõ, chủ thể TTCN có quyền yêu cầu tổ chức, cá nhân xử lý TTCN cập nhật, sửa đổi, hủy TTCN của mình mà tổ chức, cá nhân đó đã thu thập, lưu trữ, hoặc ngừng cung cấp TTCN của mình cho bên thứ ba. Ngay khi nhận được yêu cầu, phía tổ chức, cá nhân xử lý TTCN có trách nhiệm thực hiện và thông báo lại cho chủ thể TTCN hoặc cung cấp quyền tiếp cận để họ tự cập nhật, sửa đổi, hủy bỏ. Luật cũng quy định tổ chức, cá nhân xử lý TTCN phải hủy bỏ TTCN đã được lưu trữ khi đã hoàn thành mục đích sử dụng hoặc hết thời hạn lưu trữ và thông báo cho chủ thể biết. Ngoài ra, cần thiết lập kênh thông tin trực tuyến, xử lý các phản ánh của người dân về các vấn đề bảo vệ TTCN. Một điểm mới của Luật là chỉ rõ trách nhiệm của chính người dùng trong việc bảo vệ TTCN của mình, trên nguyên tắc chung là mỗi người phải có trách nhiệm tự bảo vệ TTCN và tự chịu trách nhiệm khi cung cấp những thông tin đó trên mạng. Về chế tài xử phạt đối với các hành vi phát tán, chia sẻ TTCN, tùy theo mức độ, hành vi thì tổ chức, cá nhân vi phạm sẽ bị xử lý vi phạm hành chính hoặc xử lý trách nhiệm hình sự theo các quy định pháp luật hiện hành.

Đáng chú ý, ngày 09/02/2021, Bộ Công an đã công bố dự thảo Nghị định quy định về bảo vệ dữ liệu cá nhân để lấy ý kiến đóng góp của các cơ quan, tổ chức, cá nhân. Dự thảo Nghị định gồm 06 chương 30 điều, quy định về dữ liệu cá nhân, xử lý dữ liệu cá nhân, biện pháp bảo vệ dữ liệu cá nhân, Ủy ban bảo vệ dữ liệu cá nhân, xử lý vi phạm về dữ liệu cá nhân, trách nhiệm bảo vệ dữ liệu cá nhân của cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan. Đối với việc xử lý dữ liệu cá nhân, Chương II của dự thảo quy định cụ thể quyền của chủ thể dữ liệu liên quan đến tiết lộ; hạn chế tiếp cận dữ liệu cá nhân; xử lý dữ liệu cá nhân sau khi chủ thể dữ liệu chết; xử lý dữ liệu cá nhân trong trường hợp không có sự đồng ý của

¹⁶ Nguyễn Văn Cường (2020), *Thực trạng pháp luật về bảo vệ thông tin cá nhân ở Việt Nam hiện nay và hướng hoàn thiện*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 15 (415), tháng 8/2020.

¹⁷ Công an Trà Vinh (2016), *Quy định pháp luật về việc bảo vệ thông tin cá nhân*, <http://congan.travinh.gov.vn/ch10/93-Quy-dinh-phap-luat-ve-viec-bao-ve-thong-tin-ca-nhan.html>, truy cập ngày 15/7/2021.

chủ thể dữ liệu; thông báo cho chủ thể dữ liệu về việc xử lý dữ liệu cá nhân; xử lý dữ liệu cá nhân phục vụ công tác nghiên cứu khoa học hoặc thống kê; xử lý dữ liệu cá nhân tự động, dữ liệu cá nhân của trẻ em...

Việc xử lý vi phạm quy định bảo vệ dữ liệu cá nhân được áp dụng đối với toàn bộ các tổ chức, doanh nghiệp, cá nhân trong và ngoài nước có hoạt động kinh doanh tại Việt Nam. Điều 22 của dự thảo quy định cụ thể mức xử phạt hành chính đối với những hành vi vi phạm quy định về xử lý dữ liệu cá nhân từ 50.000.000 đồng đến 100.000.000 đồng. Ngoài mức phạt được quy định, trường hợp Bên xử lý dữ liệu cá nhân vi phạm nhiều lần, với hậu quả lớn có thể bị phạt tối đa 5% tổng doanh thu¹⁸.

* Một số hạn chế:

Thực tế, bảo vệ dữ liệu cá nhân ở Việt Nam được quy định tản mát ở nhiều văn bản thuộc các lĩnh vực khác nhau và với các cấp độ khác nhau (Luật, Nghị định, Thông tư liên tịch, Thông tư, thậm chí là Quyết định của Bộ trưởng). Vì vậy, đã dẫn đến tình trạng còn một số văn bản quy phạm pháp luật liên quan đến bảo vệ dữ liệu cá nhân có quy định mâu thuẫn, chông chéo, bất cập hoặc chưa phù hợp với thực tiễn. Điều đó đòi hỏi phải có một đạo luật riêng thống nhất điều chỉnh trực tiếp, cụ thể vấn đề này.

Thứ nhất, chưa thống nhất sử dụng thuật ngữ “dữ liệu cá nhân” hay “thông tin cá nhân” giữa các văn bản quy phạm pháp luật có liên quan (thể hiện cả trong nội dung quy định và trong kỹ thuật lập pháp). Quy định của các luật, nghị định từ trước đến nay đều dùng thuật ngữ TTCN với các cách hiểu rộng, hẹp khác nhau, nhưng Dự thảo Nghị định về bảo vệ dữ liệu cá nhân mới nhất lại sử dụng thuật ngữ “dữ liệu cá nhân”.

Thứ hai, còn thiếu các quy định về trách nhiệm hình sự đối với hành vi xâm phạm quyền được bảo vệ đối với dữ liệu cá nhân. Hiện nay, Bộ luật Hình sự năm 2015 quy định 02 tội danh là: “Tội xâm phạm bí mật hoặc an toàn thư tín, điện thoại, điện tín hoặc hình thức trao đổi thông tin riêng tư khác của người khác” (Điều 159); và “Tội đưa hoặc sử dụng trái phép thông tin mạng máy tính, mạng viễn thông” (Điều 288). Tuy nhiên, cả 2 tội danh này chưa quy định cụ thể, trực tiếp về các hành vi vi phạm pháp luật liên quan tới dữ liệu cá nhân đang diễn ra hiện nay.

Thứ ba, mức xử phạt những hành vi vi phạm quyền với dữ liệu cá nhân còn nhẹ, chưa tương xứng với mức độ nguy hiểm và thiệt hại nặng nề gây ra. Mức phạt tiền nặng nhất đối với vi phạm quyền về sự riêng tư trong pháp luật hành chính của Việt Nam hiện là

¹⁸ Bộ Công an (2021), *Dự thảo Nghị định quy định về bảo vệ dữ liệu cá nhân*.
<http://bocongan.gov.vn/vanban/Pages/van-ban-moi.aspx?ItemID=519>, truy cập ngày 15/7/2021.

70 triệu đồng (Điều 66 Nghị định số 174/2013/NĐ-CP), trong pháp luật hình sự là 200 triệu đồng (Điều 288 Bộ luật Hình sự 2015, sửa đổi, bổ sung năm 2017)¹⁹. Chưa gắn hình phạt với trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm, trong khi thiệt hại sau khi bị xâm phạm còn lớn hơn rất nhiều so với số tiền nêu trên.

3. Tác động của trí tuệ nhân tạo và các công nghệ số tới quy định của pháp luật về bảo hộ dữ liệu cá nhân

3.1. Tác động tích cực

Sự phát triển mạnh mẽ của công nghệ trong thời đại số luôn mang lại lợi ích trực tiếp cho cuộc sống con người, đặc biệt trong lĩnh vực kinh tế - xã hội. Điều này cũng ảnh hưởng đến lối sống, văn hoá, các thói quen hàng ngày của chúng ta như sử dụng thiết bị điện tử để giao tiếp và tham gia tích cực vào mạng xã hội.

AI là một trong số những công nghệ có vai trò quan trọng trong đời sống với việc cắt giảm tối đa thời gian, chi phí thực hiện tác vụ, cho phép hoàn thành đa nhiệm và giảm bớt quá tải cho các nguồn lực hiện có. Việc thu thập, phân tích và xử lý lượng dữ liệu lớn trong thời gian ngắn giúp tối ưu hoá trải nghiệm cá nhân, thiết kế những dịch vụ đáp ứng nhu cầu, sở thích của từng người. Đáng kể nhất trong địa hạt y tế, AI đưa ra chẩn đoán nhanh, chính xác, loại bỏ lỗi thường gặp ở con người trong theo dõi tình hình sức khoẻ, cảnh báo trường hợp nguy kịch và trợ giúp bệnh nhân mọi lúc mọi nơi. Trong kinh doanh, AI có thể đảm nhiệm việc phỏng vấn, tuyển dụng, tìm kiếm, chăm sóc khách hàng thay cho con người. Trong điều tra, AI giúp nhận diện, truy vết tội phạm. Ngoài ra, AI có thể soạn nhạc, giảm tiếng ồn, trở thành thú cưng xoa dịu con người...

Bên cạnh đó, các công nghệ số khác cùng với AI khiến kết nối xã hội trở nên dễ dàng hơn bao giờ hết, con người xích lại gần nhau, xoá bỏ mọi rào cản về ngôn ngữ, văn hoá, khoảng cách địa lý, mở rộng cơ hội học tập, làm việc, đa dạng các hình thức giải trí, thư giãn. Không chỉ các doanh nghiệp mà chính phủ các nước, các tổ chức trên thế giới cũng sử dụng chúng như công cụ hữu hiệu để quản lý và vận hành nội bộ. Việc áp dụng công nghệ số trong lĩnh vực luật pháp nói chung cũng như pháp luật về bảo hộ dữ liệu cá nhân nói riêng mang lại lợi ích không nhỏ khi cơ sở dữ liệu được pháp điển hoá công khai, được mở rộng tiếp cận bởi nhiều đối tượng trong xã hội, bảo đảm quyền được thông tin, quyền tham gia quản lý nhà nước của công dân... Tất cả những công nghệ trên đều ảnh hưởng và

¹⁹ Vũ Công Giao, Lê Trần Như Tuyên (2020), *Bảo vệ quyền đối với dữ liệu cá nhân trong pháp luật quốc tế, pháp luật ở một số quốc gia và giá trị tham khảo cho Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 09 (409), tháng 5/2020.

định hình xã hội ngày nay với sự tiến bộ không ngừng và hứa hẹn nhiều đột phá trong tương lai.

3.2. Tác động tiêu cực và những hạn chế

Tầm ảnh hưởng của AI và các công nghệ số khác là không thể phủ nhận, nhưng đồng thời chúng cũng có những biến thể và hệ quả khôn lường nếu không được kiểm soát đúng mức. Vì vậy, con người nói chung, người sử dụng nói riêng, nhất là các chính phủ, các tổ chức quốc tế, tổ chức phi lợi nhuận cần nhận thức rõ để có sự chuẩn bị đối phó với tình huống phức tạp này trên tất cả khía cạnh trách nhiệm pháp lý, trách nhiệm xã hội và đạo đức.

Đầu tiên, khả năng của công nghệ hiện đại vượt trội hơn nhiều so với con người nên một số lao động sẽ bị mất việc làm. Nhiều nhà máy có thể hoạt động tự động hoàn toàn bằng robot mà không hề có bóng dáng của bất kỳ công nhân nào. Thậm chí, có ý kiến cho rằng tương lai robot thông minh sẽ thay thế và tiêu diệt con người để thống trị thế giới – nghe như một bộ phim viễn tưởng nhưng không phải không có cơ sở xảy ra. Nếu mọi hoạt động của con người, tổ chức ngày càng phụ thuộc vào AI và các công nghệ số tức là dựa vào hệ thống nền tảng máy tính, mạng nội bộ, internet thì một khi hệ thống đó bị hack, toàn bộ hoạt động sẽ đình trệ, mất nhiều thời gian, tiền bạc để khôi phục lại. Về cơ bản, bất kỳ cá nhân hoặc tổ chức nào sử dụng internet đều có thể trở thành mục tiêu của hacker²⁰, trong đó nhóm nguy cơ cao bao gồm người nổi tiếng, tổ chức tài chính, ngân hàng, doanh nghiệp, trang thương mại điện tử, cơ quan chính trị, an ninh...

Tiếp đó, việc lạm dụng các thiết bị điện tử, di động ảnh hưởng nghiêm trọng đến sức khỏe của con người, dễ gây ra bệnh lý cả về thể chất lẫn tinh thần như mất ngủ, đau đầu, mất tập trung, thị lực kém, nghiện game, trầm cảm, chống đối xã hội... Trong bối cảnh thông tin đa chiều, vấn đề an ninh mạng đang đặt ra nhiều thách thức về bảo vệ dữ liệu cá nhân và bí mật đời tư, bảo đảm an toàn cho giao dịch điện tử, quyền sở hữu trí tuệ, tội phạm công nghệ cao. Với những thành tựu khoa học công nghệ ngày càng hiện đại, thông minh, việc AI âm thầm thu thập dữ liệu cá nhân của người dùng qua các ứng dụng, trò chơi trên điện thoại, máy tính bảng, laptop nếu không được kiểm soát chặt chẽ sẽ dẫn đến hậu quả khôn lường. Nhiều trường hợp bị làm phiền liên tục bởi sim rác, số nước ngoài từ quảng cáo, môi giới bất động sản, bảo hiểm đến đòi nợ, vay tiền... Ngoài nguyên nhân do tội phạm cố tình lấy cắp hoặc mua bán thông tin bất hợp pháp, việc người dùng chưa cẩn trọng trong đăng tải công khai một số thông tin cá nhân trên mạng xã hội đã tạo điều kiện cho

²⁰ CyberPolicy (2021), *What type of organizations do hackers target the most*, <https://www.cyberpolicy.com/cybersecurity-education/what-type-of-organizations-do-hackers-target-the-most>, truy cập ngày 1/7/2021.

các ứng dụng này tự động thu thập thông tin, dẫn đến việc lộ lọt thông tin không mong muốn xảy ra.

Trong khi đó, quy định của pháp luật đã có từ trước khi công nghệ ra đời nên cần phải chỉnh sửa, bổ sung để theo kịp sự phát triển của AI và các công nghệ số khác.

4. Giải pháp hoàn thiện pháp luật về bảo hộ dữ liệu cá nhân

Thứ nhất, đẩy nhanh tiến độ tổng hợp ý kiến và thông qua Dự thảo Nghị định về bảo vệ dữ liệu cá nhân 2021, trước khi có thể xây dựng Luật Bảo vệ dữ liệu cá nhân. Đây là một bước đệm để từng bước đưa pháp luật vào cuộc sống, xem xét tính hợp lý của quy định đối với thực tiễn.

Thứ hai, thống nhất sử dụng thuật ngữ “TTCN” thành “dữ liệu cá nhân” ở tất cả các văn bản quy phạm pháp luật.

Thứ ba, bổ sung điều khoản về các tội hình sự liên quan đến hành vi thu thập, sử dụng, khai thác, chuyển nhượng trái phép TTCN gây hậu quả nghiêm trọng hoặc được thực hiện ở quy mô lớn trong Điều 159, Điều 288 Bộ luật Hình sự hiện hành (áp dụng cho cả cá nhân và pháp nhân thương mại có hành vi vi phạm).

Thứ tư, nâng mức phạt tiền đối với các hành vi vi phạm quyền bảo vệ dữ liệu cá nhân tại Điều 22 Dự thảo Nghị định về bảo vệ dữ liệu cá nhân từ 100 triệu lên 200 triệu, có hướng dẫn rõ hơn về bồi thường thiệt hại và trách nhiệm khắc phục hậu quả đối với chủ thể có hành vi vi phạm theo hướng tạo điều kiện thuận lợi cho chủ thể bị xâm hại có thể khởi kiện đòi bồi thường.

Thứ năm, trong trường hợp phát hiện dữ liệu cá nhân bị thu thập, mua bán trái phép, cần trình báo cơ quan chức năng để xác minh, ngăn chặn và xử lý theo quy định của pháp luật. Riêng đối với các tin nhắn, điện thoại, email rác chào mua bảo hiểm, bất động sản, vay tiền..., người dùng có thể chặn số, từ chối nhận quảng cáo thông qua hướng dẫn từ các nhà mạng hoặc sử dụng dịch vụ chủ động đưa ra danh sách đen (blacklist); về phía các đơn vị quảng cáo, bắt buộc phải đăng ký số hotline, tổng đài với Bộ Thông tin và Truyền thông²¹, ngoài ra không được dùng sim rác để tiếp cận khách hàng.

Cuối cùng, chủ thể dữ liệu cần tự giác bảo vệ TTCN của mình trước khi yêu cầu đổi tác, bên thứ ba không làm lộ, lọt ra bên ngoài để tội phạm lợi dụng. Hạn chế công khai TTCN trên mạng xã hội, ứng dụng mua hàng online, trò chơi trực tuyến, truy cập vào wifi miễn phí, các đường dẫn không rõ nguồn gốc trong mail... Ngoài ra, người sử dụng cũng cần lưu ý, hiện có rất nhiều ứng dụng có thể lưu trữ lịch sử di chuyển, cũng như sử dụng trí

²¹ Thế Khiêm (2021), *Quản lý cuộc gọi rác và giải pháp quản lý “Make in Viet Nam” của Viettel*, Tạp chí Thông tin và Truyền thông số 2 tháng 2/2021.

tuệ nhân tạo để biết các hoạt động như tìm kiếm, check-in, mua sắm, thậm chí là nghe lén người dùng. Do đó, chỉ nên chọn vị trí truy cập trên các ứng dụng ở chế độ chỉ hiện thị vị trí khi dùng để tự bảo vệ mình. Bên cạnh đó, người dùng phải sử dụng phần mềm diệt virus, diệt mã độc chuyên dùng, cập nhật thường xuyên để tránh bị mất thông tin quan trọng trong các thiết bị máy tính, điện thoại di động hay các thiết bị cá nhân có kết nối Internet²².

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Ngọc Bích (2019), *Nguy hiểm từ việc lọt, lộ thông tin cá nhân trên mạng Internet*, <https://cand.com.vn/Cong-nghe/Nguy-hiem-tu-viec-lot-lo-thong-tin-ca-nhan-tren-mang-Internet-i530219/> truy cập ngày 5/7/2021.
2. Bộ Công an (2021), Dự thảo *Nghị định quy định về bảo vệ dữ liệu cá nhân*.
3. Công an Trà Vinh (2016), *Quy định pháp luật về việc bảo vệ thông tin cá nhân*, <http://congan.travinh.gov.vn/ch10/93-Quy-dinh-phap-luat-ve-viec-bao-ve-thong-tin-ca-nhan.html> truy cập ngày 15/7/2021.
4. CyberPolicy (2021), *What type of organizations do hackers target the most*, <https://www.cyberpolicy.com/cybersecurity-education/what-type-of-organizations-do-hackers-target-the-most> truy cập ngày 1/7/2021.
5. Nguyễn Văn Cường (2020), *Thực trạng pháp luật về bảo vệ thông tin cá nhân ở Việt Nam hiện nay và hướng hoàn thiện*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 15 (415), tháng 8/2020.
6. Department of Industry, Science, Energy and Resources, Australia Government, *Understanding emerging technologies*, <https://www.industry.gov.au/data-and-publications/australias-tech-future/introduction/understanding-emerging-technologies>, truy cập ngày 30/6/2021.
7. EU (2016), *General Data Protection Regulation*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>, truy cập ngày 1/7/2021.
8. Vũ Công Giao, Lê Trần Như Tuyên (2020), *Bảo vệ quyền đối với dữ liệu cá nhân trong pháp luật quốc tế, pháp luật ở một số quốc gia và giá trị tham khảo cho Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 09 (409), tháng 5/2020.
9. Iapp (2021), *US State Privacy Legislation Tracker*, https://iapp.org/media/pdf/resource_center/State_Comp_Privacy_Law_Map.pdf, truy cập ngày 5/7/2021.

²² <https://cand.com.vn/Cong-nghe/Nguy-hiem-tu-viec-lot-lo-thong-tin-ca-nhan-tren-mang-Internet-i530219/>, truy cập ngày 15/7/2021.

10. IBM (2019), *What is artificial intelligence*, <https://www.ibm.com/cloud/learn/what-is-artificial-intelligence>, truy cập ngày 30/6/2021.
11. Investopedia (2020), *Virtual reality*, <https://www.investopedia.com/terms/v/virtual-reality.asp>, truy cập ngày 30/6/2021.
12. Thế Khiêm (2021), *Quản lý cuộc gọi rác và giải pháp quản lý “Make in Viet Nam” của Viettel*, Tạp chí Thông tin và Truyền thông số 2 tháng 2/2021.
13. Hoàng Linh (2021), *Hơn 533 người dùng Facebook bị rò rỉ dữ liệu cá nhân*, <https://hanoimoi.com.vn/tin-tuc/Oto-xemay/995429/hon-533-trieu-nguoi-dung-facebook-bi-ro-ri-du-lieu-ca-nhan> truy cập ngày 5/7/2021.
14. McCarthy (2004), *What is Artificial intelligence?*, Stanford University, Stanford.
15. National Institute of Standards and Technology, U.S. Department of Commerce, <https://csrc.nist.gov/glossary/term/PII> truy cập ngày 8/11/2021.
16. Stuart Russell, Peter Norvig (1994), *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall.
17. Lê Sơn (2021), *Cần coi dữ liệu cá nhân là một loại tài sản phi truyền thống*, <http://baochinhphu.vn/Phap-luat/Can-coi-du-lieu-ca-nhan-la-mot-loai-tai-san-phi-truyen-thong/434039.vgp>, truy cập ngày 4/7/2021.
18. Bích Thủy (2019), *Ngân hàng MSB bị lộ 2 triệu dữ liệu khách hàng*, <http://antoanthongtin.vn/an-toan-thong-tin/ngan-hang-msb-bi-lo-2-trieu-du-lieu-khach-hang-105655>, truy cập ngày 4/7/2021.
19. Lê Thị Thùy Trang (2017), *Nghiên cứu một số quy định về bảo vệ thông tin cá nhân trên thế giới và tại Việt Nam*, Trang Thông tin điện tử Cục Tin học hoá, Bộ Thông tin và Truyền thông.
20. A. M. Turing (1950), *Computing Machinery and Intelligence*, *Mind* 49: 433-460.
21. UNESCO IITE and TheNextMinds (2020). *Artificial Intelligence: Media and Information Literacy, Human Rights and Freedom of Expression*.