

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

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



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



SỐ 07 (479)

Kỳ 1 - Tháng 4/2023

- ❖ BÀN VỀ ĐỒNG THUẬN XÃ HỘI TRONG QUẢN TRỊ NHÀ NƯỚC NHẪM BẢO VỆ QUYỀN CỦA CÁC NHÓM YẾU THỂ
- ❖ THỰC TIỄN ÁP DỤNG PHÁP LUẬT VỀ TRANH CHẤP “BÁN ĐẤT KHÔNG BÁN NHÀ” QUA MỘT SỐ VỤ ÁN
- ❖ NHỮNG VẤN ĐỀ PHÁP LÝ VỀ CHUYỂN ĐỔI SỐ TRONG QUẢN TRỊ NGUỒN NHÂN LỰC CỦA DOANH NGHIỆP TẠI VIỆT NAM

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

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

## Mục lục Số 07/2023

### NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3 Bàn về đồng thuận xã hội trong quản trị nhà nước nhằm bảo vệ quyền của các nhóm yếu thế  
**PGS. TS. Nguyễn Minh Tuấn – ThS. Trần Tuấn Kiệt**

### BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 9 Hoàn thiện các quy định về quyền chuyển quyền sử dụng đất của người sử dụng đất trong Luật Đất đai năm 2013  
**TS. Nguyễn Văn Hợi**

- 14 Hoàn thiện chế định tái định cư khi nhà nước thu hồi đất trong dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi)  
**TS. Trần Vang Phú**

- 22 Thực tiễn áp dụng pháp luật về tranh chấp “bán đất không bán nhà” qua một số vụ án  
**LS. Vũ Văn Đoàn**

### CHÍNH SÁCH

- 33 Những vấn đề pháp lý về chuyển đổi số trong quản trị nguồn nhân lực của doanh nghiệp tại Việt Nam  
**PGS. TS. Nguyễn Thị Thủy – ThS. Đỗ Nguyễn Hữu Tấn**

### THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

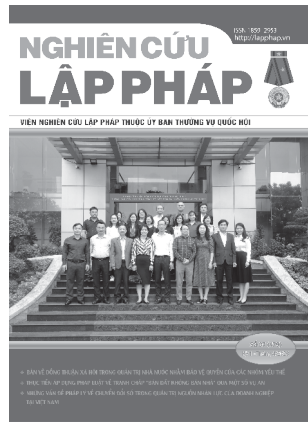
- 42 Bảo đảm thực hiện pháp luật lao động về lao động nữ trong thực tiễn áp dụng và một số kiến nghị  
**ThS. Singha Ngiamchaleun - TS. Lê Văn Đức**

### KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 51 Bộ nguyên tắc Luật Hợp đồng châu Âu quy định về điều kiện có hiệu lực của hợp đồng và một số kinh nghiệm cho Việt Nam  
**TS. Đỗ Hồng Quyền**

### CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG

- 57 Hoàn thiện thể chế về chính quyền đô thị đáp ứng yêu cầu công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước  
**ThS. Nguyễn Thị Hương**



#### HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. Nguyễn Văn Hiến (Chủ tịch)  
GS. TSKH. Đào Trí Úc  
GS. TS. Nguyễn Minh Đức  
TS. Hoàng Xuân Hòa  
TS. Lê Hải Đường  
TS. Lương Minh Tuấn (Thư ký)  
PGS. TS. Trương Hồ Hải  
PGS. TS. Bùi Nguyên Khánh  
PGS. TS. Tô Văn Hòa  
PGS. TS. Vũ Công Giao  
PGS. TS. Ngô Huy Cương  
PGS. TS. Vũ Hồng Anh

#### PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. LƯƠNG MINH TUẤN

#### TRỤ SỞ:

35 NGÕ QUYẾN - HOÀN KIẾM - HÀ NỘI.  
ĐT: 08048376; 024.32121203  
FAX: 0243.2121201  
Email: [nclp@quochoi.vn](mailto:nclp@quochoi.vn)  
Website: <http://lapphap.vn>

#### THIẾT KẾ:

QUÁCH HỮU HÙNG  
DƯƠNG QUANG THỌ

#### GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

#### PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 0243.2121202; 08044732

#### TÀI KHOẢN:

107000943928  
TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP  
NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI CỔ PHẦN  
ĐẠI CHỨNG VIỆT NAM  
(PVCOMBANK), CHI NHÁNH HỘI SỞ CHÍNH  
MÃ SỐ THUẾ: 0101138205  
IN TẠI CÔNG TY TNHH GIẤY VỠ HỒNG ĐIẾP

#### GIÁ: 25.000 ĐỒNG

**Ảnh bìa:** Lãnh đạo, công chức, viên chức Viện Nghiên cứu lập pháp thăm, làm việc tại Tổng Công ty Bảo đảm an toàn hàng hải Miền Bắc.

**Ảnh:** Công Luận

# LEGISLATIVE STUDIES

<http://lapphap.vn>

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

## Legis No 07/2023

### STATE AND LAW

- 3** Discussions of Social Consensus in State Governance for Protection of Rights of the Disadvantaged Groups  
**Prof. Dr. Nguyen Minh Tuan - LL.M. Tran Tuan Kiet**

### DISCUSSION OF BILLS

- 9** Improvements of Provisions on the Right to Transfer of Land Use Rights of Land Users under Law on Land of 2013  
**Dr. Nguyen Van Hoi**

- 14** Improvements of Provisions on Resettlement once Land Acquisition by Government in the draft Law on Land (amendment)  
**Dr. Tran Vang Phu**

- 22** Practical Application of the Legal Regulations on the Dispute related to "Selling Land but not House" through a number of Lawcases  
**Lawyer Vu Van Doan**

### POLICIES

- 33** Legal Matters of Digital Transformation in Human Resource Management of Enterprises in Vietnam  
**Prof. Dr. Nguyen Thi Thuy - LL.M. Do Nguyen Huu Tan**

### LEGAL PRACTICE

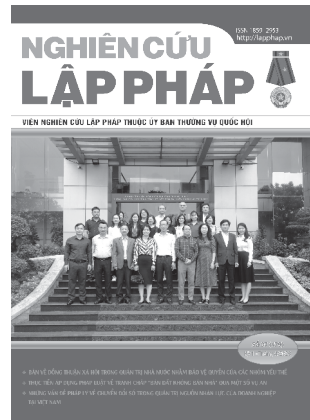
- 42** Assurance the Law Enforcement on Female Employees in Practices and Recommendations  
**LL.M. Singha Ngiamchaleun - Dr. Le Van Duc**

### FOREIGN EXPERIENCE

- 51** The Principles in European Contract Laws on the Validity Conditions of Contract and Lessons learnt for Vietnam  
**Dr. Do Hong Quyen**

### LOCAL GOVERNMENT ADMINISTRATION

- 57** Improvements of Institution of Municipal Administration for Industrialization and Modernization of the Country  
**LL.M. Nguyen Thi Huong**



#### EDITORIAL BOARD:

Dr. Nguyen Van Hien (Chairman)  
Prof. Dr. Dao Tri Uc  
Prof. Dr. Nguyen Minh Duc  
Dr. Hoang Xuan Hoa  
Dr. Le Hai Duong  
Dr. Luong Minh Tuan (Secretary)  
Prof. Dr. Truong Ho Hai  
Prof. Dr. Bui Nguyen Khanh  
Prof. Dr. To Van Hoa  
Prof. Dr. Vu Cong Giao  
Prof. Dr. Ngo Huy Cuong  
Prof. Dr. Vu Hong Anh

#### CHIEF EDITOR IN CHARGE:

DR. LUONG MINH TUAN

#### OFFICE:

35 NGO QUYEN - HOAN KIEM - HA NOI.  
ĐT: 08048376; 024.32121203  
FAX: 0243.2121201  
Email: [nclp@quochoi.vn](mailto:nclp@quochoi.vn)  
Website: <http://lapphap.vn>

#### DESIGN:

QUACH HUU HUNG  
DUONG QUANG THO

#### LISENCE OF PUBLISHPMENT:

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

#### DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202; 08044732

#### ACCOUNT NUMBER:

107000943928  
JOURNAL OF LEGISLATIVE STUDIES  
VIETNAM PUBLIC JOINT STOCK  
COMMERCIAL BANIK  
(PVCOMBANK)  
TAX CODE: 0101138205

PRINTED AT HONG DIEP PAPER COMPANY LIMITED

PRICE: **25.000 VND**

# BÀN VỀ ĐỒNG THUẬN XÃ HỘI TRONG QUẢN TRỊ NHÀ NƯỚC NHẪM BẢO VỆ QUYỀN CỦA CÁC NHÓM YẾU THỂ

Nguyễn Minh Tuấn\*

Trần Tuấn Kiệt\*\*

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

\*\*ThS. Trường Đại học Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.

## Thông tin bài viết

*Từ khóa:* Quản trị nhà nước, đồng thuận xã hội, nhóm yếu thế.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 01/12/2022

Biên tập: 06/03/2023

Duyệt bài: 08/03/2023

## Article Information

*Keywords:* State governance; social consensus; disadvantaged groups.

*Article History:*

Received: 01 Dec. 2022

Edited: 06 Mar. 2023

Approved: 08 Mar. 2023

## Tóm tắt:

Quản trị nhà nước được tiến hành dựa trên sự đồng thuận xã hội - sự đồng thuận của các nhóm có lợi ích, quan điểm và tầm nhìn khác biệt. Tuy nhiên, trong xã hội có những nhóm sở hữu nguồn lực và năng lực thua kém, những nhóm gặp khó khăn trong việc bảo đảm quyền lợi của mình trong các cuộc thương thảo mờ. Vì thế, bảo vệ các nhóm yếu thế là một vấn đề đáng lưu tâm trong nghiên cứu về quản trị nhà nước hiện đại. Trong bài viết này, các tác giả phân tích, làm rõ các cách tiếp cận về đồng thuận xã hội trong quản trị nhà nước, từ đó đưa ra các gợi mở nhằm bảo vệ tốt hơn quyền của các nhóm yếu thế.

## Abstract:

State governance is implemented based on social consensus - the consensus of groups with varying interests, views and visions. However, it is inevitable that there are groups with inferior resources and capabilities, groups that face with difficulty in ensuring their interests in public negotiations. Therefore, protecting such disadvantaged groups is an noticeable topic in modern state governance studies. Within this article, the authors give out an analysis of the approaches about social consensus to find out appropriate suggestions to better protect the rights of disadvantaged groups.

## 1. Đặt vấn đề

Có quan điểm cho rằng xu hướng quản trị nhà nước đã dẫn đến hệ quả là các quyết định được ban hành dựa trên sự đồng thuận của các nhóm xã hội, thay vì sự áp đặt của Nhà nước như trong mô hình quản lý nhà

nước truyền thống<sup>1</sup>. Thậm chí, có quan điểm cho rằng: “*Đồng thuận là một mô hình ra quyết định. Đồng thuận là nền tảng của cả hệ thống quản trị*”<sup>2</sup>. Điều đó cho thấy sự đồng thuận là một nội dung quan trọng trong nghiên cứu lý luận về quản trị nhà nước.

1 Jacques Chevallier, L'Etat post-moderne, 4ème édition, LGDJ, 2014, tr.242. Dẫn theo: Nguyễn Văn Quân, “Một số tác động của quản trị nhà nước hiện đại tới pháp luật”, trong sách Nguyễn Thị Quế Anh, Vũ Công Giao, Nguyễn Hoàng Anh (đồng chủ biên), Một số vấn đề lý luận và kinh nghiệm quốc tế về quản trị công, Nxb. Tư Pháp, 2020, tr.73.

2 Circle Forward, “Consent-based Governance is a Great Choice for Collaborative Networks. Here's why”. Xem: <https://circleforward.us/equity-and-consent-in-collaborative-networks/>, truy cập 20/8/2022.

Sự đồng thuận trong bối cảnh quản trị nhà nước được hiểu là sự đồng thuận xã hội. Điều này được thể hiện trên hai phương diện: (i) trên phương diện triết học, đồng thuận được hiểu là sự nhất trí của đa số các nhóm xã hội khác nhau (ở những mức độ khác nhau) về một vấn đề<sup>3</sup>; và (ii) trên phương diện thực hành, đồng thuận là kết quả của quá trình đàm phán và thỏa thuận có tính xã hội<sup>4</sup>. Tính tập thể của sự đồng thuận được làm nổi bật lên trong cách hiểu này.

Đã có một số tác giả Việt Nam từng đi sâu nghiên cứu khái niệm “đồng thuận” với tư cách là một khái niệm luật học trong lĩnh vực quản trị nhà nước<sup>5,6</sup>: khẳng định đồng thuận xã hội là khái niệm đề cập đến sự nhất trí của “đa số”, là kết quả của quá trình giải quyết xung đột giữa các luồng quan điểm hay nhóm lợi ích; sự đồng thuận xã hội chỉ có thể đạt được khi có nền tảng là các thiết chế xã hội tạo điều kiện cho những cuộc thảo luận công cộng; sự đồng thuận xã hội chỉ có thể được bảo đảm khi những nguyên tắc quản trị tốt khác được thực hiện...

Chính từ đây, có thể thấy một vấn đề lý luận quan trọng phát sinh. Các nhóm xã hội vốn dĩ không chỉ đa dạng về nhu cầu, mong muốn, lợi ích, mà còn đa dạng cả về

nguồn lực, kiến thức, thông tin, năng lực... Sự khác biệt như vậy sẽ tạo thành trong xã hội những nhóm yếu thế: có tiếng nói ít ảnh hưởng đến các nhóm khác hơn và ngược lại, dễ chịu ảnh hưởng bởi các nhóm khác hơn. Có nhiều ví dụ có thể được nêu ra: tầng lớp công nhân làm thuê là yếu thế so với các chủ doanh nghiệp, tầng lớp dân nghèo yếu thế hơn so với nhóm người giàu có, và dễ hiểu nhất là nhóm người thiểu số có ít ảnh hưởng và quyền biểu quyết hơn nhóm người chiếm đa số<sup>7</sup>. Sự chênh lệch này có thể tác động xấu đến quyền lợi của các nhóm yếu thế khi thương lượng, thảo luận với các nhóm khác để đưa ra quyết định công.

## 2. Hai cách tiếp cận về khái niệm đồng thuận trong khoa học quản trị nhà nước

“Quản trị tốt” là một khái niệm với nhiều cách hiểu, định nghĩa khác nhau, nhưng tựu trung lại thì đều được dùng để chỉ những phẩm chất cần có hay những yêu cầu của một nền quản trị nhà nước hiện đại<sup>8</sup>. Theo các tác giả, có hai cách tiếp cận của giới học giả và các tổ chức quốc tế hiện nay có thể được giới thiệu vắn tắt như sau: *Cách thứ nhất*, không ghi nhận minh thị nguyên tắc đồng thuận là một nguyên tắc độc lập chính thức của quản

3 Đâu Công Hiệp, Quản trị công và phát triển bền vững, trong Nguyễn Thị Quế Anh, Vũ Công Giao, Nguyễn Hoàng Anh (đồng chủ biên), sdd, tr. 27.

4 Phạm Thị Hồng Điệp, Vận dụng mô hình “Quản trị nhà nước tốt” ở Việt Nam, Tạp chí Khoa học Đại học Quốc gia Hà Nội – Chuyên san Luật học, 2017, số 33.

5 Đâu Công Hiệp, tldd, tr. 27.

6 Đặng Minh Tuấn, Các nguyên tắc công bằng, bao trùm và định hướng đồng thuận trong quản trị nhà nước tốt và những thuận lợi, thách thức hiện thực hóa ở Việt Nam, in trong Kỷ yếu hội thảo Áp dụng các tiêu chí quản trị nhà nước tốt vào thực tế ở Việt Nam hiện nay, Hà Nội, 2022, tr. 121.

7 Trong pháp luật Việt Nam và hầu hết các nền pháp luật dân chủ trên thế giới, các cuộc biểu quyết tập thể / công cộng đều tuân thủ hai quy tắc: (i) việc biểu quyết được tiến hành theo cách lấy ý kiến của mỗi cá nhân; và (ii) mỗi cá nhân có một “phiếu bầu” có giá trị ngang nhau. Do vậy, về mặt logic nhóm người đông đảo hơn thường có ưu thế trong các cuộc biểu quyết.

8 Xem các định nghĩa quản trị tốt của Cao ủy nhân quyền Liên hợp quốc (LHQ - OHCHR), Chương trình phát triển LHQ (UNDP), Ngân hàng thế giới (WB), Ngân hàng phát triển châu Á (ADB), Hội đồng châu Âu (EC), Quỹ tiền tệ quốc tế (IMF) và Tổ chức Hợp tác và phát triển kinh tế (OECD) trong: Vũ Công Giao, Một số vấn đề lý luận về quản trị tốt”, tại [https://tcnn.vn/news/detail/36119/Mot\\_so\\_van\\_de\\_ly\\_luan\\_n\\_ve\\_quan\\_tri\\_totall.html](https://tcnn.vn/news/detail/36119/Mot_so_van_de_ly_luan_n_ve_quan_tri_totall.html), truy cập ngày 15/11/2022.

trị tốt; *Cách thứ hai*, khẳng định nguyên tắc đồng thuận tồn tại với tư cách là một nguyên tắc độc lập của quản trị tốt, có mối liên hệ chặt chẽ với các nguyên tắc khác. Mỗi cách tiếp cận đưa đến cách tìm kiếm sự đồng thuận khác nhau, và do đó, đưa đến câu trả lời khác nhau.

a) *Nguyên tắc đồng thuận không phải một nguyên tắc độc lập chính thức của quản trị tốt*

Văn phòng Cao ủy LHQ về Nhân quyền (OHCHR) cho rằng quản trị tốt có các yếu tố đặc trưng: (i) minh bạch; (ii) trách nhiệm giải trình; (iii) sự tham gia; và (iv) đáp ứng nhu cầu của người dân<sup>9</sup>. Quan niệm này tập trung vào sự thực hành các quyền chính trị của người dân trong quá trình quản trị. Sự đồng thuận xã hội, nếu có, dường như chỉ là một hệ quả phái sinh có thể kỳ vọng và không được xem như thiết yếu đối với mô hình quản trị.

Tiếp nối quan điểm này, Hội đồng nhân quyền châu Âu (CE) liệt kê 12 nguyên tắc của quản trị tốt với nguyên tắc “Bầu cử công bằng, Đại diện và Tham gia” đứng đầu tiên; trong đó, ý tưởng về sự đồng thuận chỉ được nhắc đến một cách khá khiêm tốn và đơn giản hóa: “...*việc ra quyết định sẽ theo ý chí của đa số, trong khi các quyền lợi của nhóm thiểu số phải được tôn trọng*”<sup>10</sup>. Sự “đồng thuận” dường như được đề cập, nhưng theo một cách đơn giản hóa quá mức thành sự đồng thuận của đa số. Ở đây, sự đồng thuận (thực tế) cũng không phải mối quan tâm hàng đầu; thay

vào đó thì việc bảo đảm nguyên tắc dân chủ gián đơn (quyết định theo đa số) và, qua đó, bảo đảm quyền chính trị của người dân là điều thực sự quan trọng.

Ngân hàng thế giới (WB) có lẽ là tổ chức đầu tiên truyền cảm hứng cho cách tiếp cận này khi đưa ra một định nghĩa về “sự tham gia” từ năm 1996; theo đó thì tham gia (trong quản trị) là một quá trình mà các bên liên quan chia sẻ sự ảnh hưởng và kiểm soát đối với các “sáng kiến phát triển”, cũng như các quyết định cụ thể và các vấn đề liên quan đến các tài nguyên có ảnh hưởng đối với họ<sup>11</sup>. Ở đây, sự tham gia vào quản trị được đồng nhất với một quá trình mà trong đó các cá nhân cũng như các nhóm có cơ hội biểu đạt và chia sẻ công khai các ý kiến của mình. Trên cơ sở những ý kiến đã được đề đạt đó, những chủ thể có thẩm quyền sẽ đưa ra quyết định.

Tác giả Lã Khánh Tùng đã sử dụng thuật ngữ “*quản trị dân chủ*” để khẳng định mối liên hệ giữa các khái niệm “*dân chủ*” và “*quản trị tốt*”, trong đó *sự tham gia rộng rãi của người dân* thuộc các nhóm khác nhau có vai trò như một cầu nối<sup>12</sup>. Tức là, khi quản trị tốt (mà cụ thể là nguyên tắc tham gia) được thực hiện tốt, sự tham gia của người dân vào quản trị được phát huy ở mức tối đa thì quá trình quản trị cũng sẽ thể hiện được tính dân chủ triệt để.

Tóm lại, theo cách tiếp cận này, quản trị nên chú trọng đến việc tạo ra điều kiện thuận lợi và cơ hội để người dân được thể hiện ý kiến, quan điểm của mình một cách

9 OHCHR, “About Good Governance”. Xem: <https://www.ohchr.org/en/good-governance/about-good-governance>, truy cập ngày 26/11/2022.

10 CE, “12 Principles of Good Governance”. Xem: <https://www.coe.int/en/web/good-governance/12-principles>, truy cập ngày 26/4/2022.

11 World Bank (eds), *The World Bank Participation Sourcebook*, World Bank, 1996, p. 3.

12 Lã Khánh Tùng, *Áp dụng nguyên tắc sự tham gia của người dân trong quản trị nhà nước ở Việt Nam hiện nay*, Kỷ yếu hội thảo khoa học “Áp dụng các nguyên tắc quản trị nhà nước tốt vào thực tiễn Việt Nam hiện nay”, Hà Nội, 2022, tr. 48.

đầy đủ, và thông qua đó tiếng nói của họ (có thể) tạo ra tác động ở mức độ nhất định đến các quyết định. Những quyết định sau đó sẽ là kết quả của sự gặp gỡ những luồng quan điểm khác biệt. Theo cách tiếp cận này, *điều thiết yếu là các nhóm yếu thế được tạo điều kiện để thương lượng và đàm phán một cách bình đẳng với các nhóm khác.*

*b) Nguyên tắc đồng thuận là một nguyên tắc độc lập của quản trị tốt*

Cách tiếp cận này được đề xuất đầu tiên bởi Chương trình phát triển LHQ (UNDP), theo đó, nguyên tắc đồng thuận được xếp vào danh sách 8 nguyên tắc trụ cột của quản trị tốt, bên cạnh nguyên tắc tham gia<sup>13</sup>. Cách tiếp cận này sau đó được nhắc lại trong một tài liệu ngắn được trích dẫn khá thường xuyên tại Việt Nam của UNESCAP với cách diễn giải kỹ lưỡng hơn; theo đó, nguyên tắc này gồm ba nội dung chính: (i) các lợi ích khác nhau cần được dung hòa để tìm ra lợi ích chung trong một quá trình đàm phán, thương lượng tập thể; (ii) các lợi ích chung đó cần có tầm nhìn dài hạn về sự phát triển bền vững; và (iii) những kết quả như thế phải là sản phẩm của sự hiểu biết sâu sắc về bối cảnh của toàn thể cộng đồng và từng nhóm xã hội<sup>14</sup>. Với nội dung thứ hai và thứ ba này có thể thấy nguyên tắc đồng thuận đã thiết lập những tiêu chuẩn rõ ràng đối với những ai có thẩm quyền ra quyết định. Theo đó, “sự đồng thuận” chỉ có thể đạt được khi quyết định được đưa ra phải bao hàm các lợi ích chung mang tính phổ quát, có thể được thụ hưởng bởi tất cả các bên liên quan.

Như vậy, *nguyên tắc đồng thuận có nội dung khác biệt với nguyên tắc tham gia.* Nguyên tắc tham gia đặt ra tiêu chuẩn cho quá trình ra quyết định; trong khi đó nguyên tắc đồng thuận đặt ra những tiêu chí về nội dung cho các quyết định. Nhóm học giả Laura Edgar, Claire Marshall và Michael Bassett đã sử dụng lại quan điểm của UNDP theo một cách hơi khác biệt nhưng vẫn mang cùng ý tưởng chính: họ đề xuất rằng quản trị tốt gồm có 5 nguyên tắc, trong đó nguyên tắc thứ nhất “*Chính danh và Tiếng nói*” bao gồm nội dung của hai nguyên tắc tham gia và nguyên tắc đồng thuận, thể hiện tính gắn bó chặt chẽ nhưng vẫn có sự độc lập nhất định giữa hai nguyên tắc này. Nhóm nghiên cứu cũng khẳng định rằng những nội dung liên quan đến sự tham gia và sự đồng thuận phải được thực hiện cùng lúc, và rằng sự tham gia là nền tảng, điều kiện của sự đồng thuận<sup>15</sup>.

Tóm lại, cách tiếp cận thứ hai cho rằng *người dân và các nhóm xã hội không những cần được trao cơ hội cất tiếng nói, mà còn cần phải có biện pháp hữu hiệu để bảo đảm quyền lợi của họ, phản ánh trong quyết sách được ban hành sau đó.* Trên cơ sở những thông tin được cung cấp bởi các bên, một quyết sách mang tính đại diện cho toàn thể cộng đồng, bao hàm một lợi ích chung nhất của cộng đồng (bên cạnh những lợi ích riêng của từng nhóm) sẽ được ban hành. Theo cách này, các nhóm yếu thế chắc chắn sẽ được đảm bảo quyền lợi ở một mức độ tối thiểu nào đó.

13 UNDP, “Governance for sustainable human development: A UNDP policy document”. Xem: <https://digitallibrary.un.org/record/3831662>, truy cập ngày 26/4/2022.

14 UNESCAP, “What is good governance?”. Xem: [https://www.unescap.org/sites/default/files/good\\_governance.pdf](https://www.unescap.org/sites/default/files/good_governance.pdf), truy cập ngày 27/4/2022.

15 Laura Edgar, Claire Marshall, Michael Bassett, “Partnerships: Putting good governance principles in practice”, trong Institute on Governance, 2006. Xem: <https://www.issuelab.org/resources/13902/13902.pdf>, truy cập ngày 15/11/2022.

**3. Đánh giá tổng quát về hai cách tiếp cận**

Tựu trung lại, cách tiếp cận thứ nhất chỉ ra rằng nếu người dân đều đã được tham gia vào tiến trình quản trị thì sẽ có thể đạt đến một quyết định mà người dân sẽ đồng thuận rộng rãi. Các nhóm yếu thế có cơ hội bảo vệ thương lượng với các nhóm xã hội còn lại để đạt được lợi ích tối đa. Trong quá trình đó, *có thể kỳ vọng rằng sẽ đạt được một thỏa thuận tập thể nào đó mà làm hài lòng (ở những mức độ khác nhau) cho tất cả các bên.*

Mặt khác, cách tiếp cận thứ hai cho rằng người dân tham gia tiến trình quản trị mới là bước đầu; sự tham gia đó cung cấp thông tin để xác định được lợi ích nào là lợi ích chung mà tất cả các nhóm đều có thể được thụ hưởng ở mức độ gần như tương đương, và lợi ích đó sẽ được phản ánh vào trong quyết định được ban hành. Cách tiếp cận thứ hai đặt nguyên tắc đồng thuận bên cạnh nguyên tắc tham gia, điều đó ngụ ý rằng sẽ không có sự loại trừ khả năng bất kỳ bên nào cố gắng đạt được kết quả tốt hơn. Ở đây đặt ra yêu cầu về sự tồn tại của một thiết chế vô tư, khách quan và hiểu sâu sắc về bối cảnh cộng đồng cũng như từng nhóm cụ thể để điều phối cuộc thương lượng, và thiết chế này sẽ có tiếng nói quyết định trong việc xác định những lợi ích nào là lợi ích chung. Đặt ra yêu cầu như vậy là bởi nếu các bên tự quyết định đầu là lợi ích chung thì có

nguy cơ sẽ lại rơi vào tình huống nhóm yếu thế vẫn bị áp đặt quan điểm. Theo các tác giả, một thiết chế như vậy trong trường hợp này nên là *một cơ quan quản lý hành chính*, nhằm bảo đảm tính quyền lực nhà nước. Tuy nhiên, một cơ quan quản lý hành chính lại khó bảo đảm sự vô tư và khách quan, nhất là trong các tình huống chính Nhà nước hay doanh nghiệp nhà nước là một bên liên quan. Thông thường, các phẩm chất “vô tư”, “khách quan” thường được gắn với tòa án (tư pháp) hơn là cơ quan quản lý (hành pháp). Tuy nhiên, các tác giả bài viết cho rằng, Tòa án là một thiết chế được xây dựng nhằm giải quyết xung đột và tranh chấp, không phù hợp để tham gia vào thời điểm các bên vẫn còn đang thương lượng. Ngoài ra, Tòa án cũng không có những công cụ cần thiết để theo dõi, điều phối các cuộc thương lượng giữa các nhóm xã hội. Nhóm tác giả cho rằng, chủ thể ban hành quyết định ở đây vẫn phải là một cơ quan quản lý hành chính theo đúng các trình tự pháp luật, bởi lẽ cơ quan quản lý nhà nước vẫn là đầu mối tập trung các thông tin và luồng quan điểm liên quan đến một vấn đề đầy đủ, toàn diện nhất, có thể xác định được mong muốn và khả năng của tất cả các bên để đưa ra quyết định về lợi ích chung hay lợi ích tối thiểu một cách chính xác nhất.

Những ưu điểm và nhược điểm của mỗi cách tiếp cận được trình bày trong bảng sau:

	<b>Cách thứ nhất</b>	<b>Cách thứ hai</b>
<b>Ưu điểm</b>	- Các bên liên quan có cơ hội hoàn toàn ngang nhau trong việc thương lượng để đạt được lợi ích tối đa.	- Các nhóm yếu thế có thể được bảo đảm quyền lợi ở một mức độ tối thiểu – quyền lợi được xác định là chung cho tất cả các bên.
<b>Nhược điểm</b>	- Các nhóm yếu thế có thể là bên chịu thiệt thòi do sự bất cân xứng về địa vị đàm phán với các bên khác.	- Lợi ích chung / tối thiểu đó cần phải được xác định bởi một cơ quan quản lý hành chính.



Từ những phân tích trên, nếu đặt hai cách tiếp cận vào bối cảnh thực tiễn thì có thể nhận thấy rằng:

*Thứ nhất*, để quyền lợi của các nhóm yếu thế được bảo vệ một cách tốt nhất, mỗi cách tiếp cận kể trên đòi hỏi phải được thực hiện với một số điều kiện nhất định để giảm thiểu các nhược điểm và phát huy ưu điểm vốn có.

*Thứ hai*, đối với cách tiếp cận thứ nhất vốn nhấn mạnh việc các nhóm yếu thế có cơ hội đàm phán chủ động, vấn đề đặt ra là phải thu hẹp sự chênh lệch về địa vị đàm phán, cho phép các nhóm này có nhiều khả năng đạt được các kết quả như mong muốn hơn. Điều này đòi hỏi các thiết chế xã hội phi chính thức phát huy vai trò để cung cấp cho các nhóm yếu thế nguồn tài chính, thông tin, kiến thức... nhằm giúp họ tham gia thương lượng với địa vị tốt hơn. Để có được điều kiện tốt như vậy sẽ đòi hỏi phải huy động được nguồn lực rất lớn và sự vào cuộc tích cực, mạnh mẽ và có hiệu quả của các thiết chế phi nhà nước.

*Thứ ba*, đối với cách tiếp cận thứ hai vốn nhấn mạnh việc bảo đảm một lợi ích tối thiểu cho các nhóm yếu thế bất chấp kết quả cụ thể của quá trình thương lượng, vấn đề đặt ra là phải có biện pháp để bảo đảm được sự vô tư, khách quan của cơ quan điều phối. Có nhiều biện pháp có thể được xem xét áp dụng như kiến nghị trực tiếp hoặc kiến nghị lên cấp cao hơn, khiếu nại, khởi kiện hành chính hoặc khởi kiện dân sự... Để thực hiện bất kỳ biện pháp nào kể trên thì cũng đòi hỏi phải có quỹ thời gian để giải quyết theo đúng các trình tự, thủ tục pháp định.

#### 4. Kết luận

Tóm lại, mỗi cách tiếp cận vấn đề nguyên tắc đồng thuận trong quản trị tốt như đã trình bày ở trên đều có những ưu, nhược

điểm khác nhau, đặt ra những thách thức khác nhau cần được giải quyết. Vì vậy, việc lựa chọn cách tiếp cận nào trong việc xây dựng chính sách, pháp luật của một quốc gia sẽ cần phải dựa trên sự cân nhắc kỹ lưỡng về những điều kiện kinh tế, xã hội và các đặc điểm riêng về chính trị, pháp luật của mỗi quốc gia đó.

Ngoài ra, cũng nên lưu ý không có cách tiếp cận nào là hoàn hảo và đối kháng với cách tiếp cận còn lại. Theo quan điểm của các tác giả, điều đó cũng gợi ý rằng một quốc gia có thể vận dụng cùng lúc cả hai cách tiếp cận, hoặc vận dụng mỗi cách tiếp cận cho mỗi vấn đề, lĩnh vực hay tình huống cụ thể một cách linh hoạt, miễn rằng có thể đáp ứng được nhu cầu quản trị quốc gia. Các tác giả đề xuất rằng cách tiếp cận thứ hai tỏ ra phù hợp với những vấn đề có ít nhất một trong các đặc tính (i) *đặc biệt phức tạp, đòi hỏi thông tin và kiến thức sâu rộng*; (ii) *sự chênh lệch về địa vị giữa các nhóm là quá lớn không thể dễ dàng khắc phục bằng sự hỗ trợ của các tổ chức bên ngoài*; và / hoặc (iii) *liên quan đến việc thực thi các chính sách và mục tiêu vĩ mô*, ví dụ: việc quyết định đầu tư các dự án có sử dụng đất nhằm mục đích quốc phòng – an ninh, phát triển kinh tế - xã hội. Mặt khác, cách tiếp cận thứ nhất tỏ ra phù hợp với những vấn đề mà (i) *không quá phức tạp, không đòi hỏi nhiều thông tin hay kiến thức*; (ii) *sự chênh lệch về địa vị giữa các bên không quá lớn*; và / hoặc (iii) *không liên quan nhiều đến việc thực thi các chính sách và mục tiêu vĩ mô*, ví dụ: quyết định mức bồi thường và hỗ trợ tái định cư khi thu hồi đất. Việc xác định các trường hợp nào là phù hợp với mỗi cách tiếp cận cũng sẽ là bài toán cần được nghiên cứu cẩn trọng và kỹ lưỡng trong tương lai ■

# HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH VỀ QUYỀN CHUYỂN QUYỀN SỬ DỤNG ĐẤT CỦA NGƯỜI SỬ DỤNG ĐẤT TRONG LUẬT ĐẤT ĐAI NĂM 2013

**Nguyễn Văn Hợi**

TS. Trường Đại học Luật Hà Nội

## Thông tin bài viết

**Từ khóa:** Dự thảo Luật Đất đai, chuyển quyền, người sử dụng đất

**Lịch sử bài viết:**

Nhận bài: 23/02/2023

Biên tập: 16/03/2023

Duyệt bài: 18/03/2023

## Article Information

**Keywords:** Draft Law on Land, transfer of rights, land users.

**Article History:**

Received: 23 Feb. 2023

Edited: 16 Mar. 2023

Approved: 18 Mar. 2023

## Tóm tắt:

Quyền chuyển quyền sử dụng đất trong Dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi) là nội dung có nhiều điểm mới, nhưng trong đó có những điểm chưa phù hợp so với thực tiễn cũng như với các quy định của pháp luật hiện hành. Trong bài viết này, tác giả tập trung phân tích, chỉ ra những điểm bất cập và đưa ra hướng hoàn thiện các quy định về quyền chuyển quyền sử dụng đất của người sử dụng đất trong Dự thảo Luật Đất đai.

## Abstract:

The right to transfer land use rights in the draft Law on Land (amendment) is a content with several new viewpoints, of which there are a number of these viewpoints that are inconsistent with practical enforcement as well as with the provisions of current law. Within this article, the author focuses on analyzing to find out inadequacies and giving suggestions for further improvements of the regulations on the right to transfer land use rights of the land users in the draft Law on Land.

## 1. Về thuật ngữ “chuyển quyền sử dụng đất”

Khoản 9 Điều 3 của dự thảo Luật Đất đai (Dự thảo) đưa ra định nghĩa như sau: “*Chuyển quyền sử dụng đất là việc chuyển giao quyền sử dụng đất từ người này sang người khác thông qua các hình thức chuyển nhượng, thừa kế, tặng cho quyền sử dụng đất, góp vốn bằng quyền sử dụng đất*”. Theo định nghĩa này thì chuyển quyền sử dụng đất không bao gồm việc “chuyển đổi quyền sử dụng đất” như định nghĩa được đưa ra tại khoản 10 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013. Về sự thay đổi này, tác giả cho rằng cần xem xét bản chất của thuật ngữ “chuyển đổi quyền sử dụng đất” và hiện nay trong

Dự thảo đưa ra định nghĩa về “chuyển đổi quyền sử dụng đất nông nghiệp” tại khoản 7 Điều 3 Dự thảo.

Trong khoa học pháp lý dân sự, chuyển quyền sử dụng đất là việc chuyển giao quyền sử dụng đất từ người này sang người khác thông qua các hình thức chuyển đổi, chuyển nhượng, thừa kế, tặng cho quyền sử dụng đất<sup>1</sup>; chuyển quyền sử dụng đất cũng bao gồm cả chuyển đổi quyền sử dụng đất<sup>2</sup>. Trong đó, chuyển đổi quyền sử dụng đất được nhận diện là một hợp đồng dân sự đặc thù, trong đó các bên chuyển giao quyền sử dụng đất cho nhau theo quy định của pháp luật về đất đai<sup>3</sup>. Sau khi hoàn thiện việc chuyển đổi quyền sử dụng đất, các bên được cấp giấy chứng nhận quyền

1 Xem Vũ Thị Hồng Yến (2016), Giao dịch chuyển quyền sử dụng đất trong mối quan hệ giữa Bộ luật Dân sự với Luật Đất đai, Tạp chí Luật học, số 6, tr. 94-100, 51.

2 Xem thêm Phan Thị Ngọc Dung (2017), Chuyển nhượng quyền sử dụng đất nông nghiệp theo pháp luật Việt Nam, luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr. 13.

3 Trường Đại học Luật Hà Nội (2019), Giáo trình Luật dân sự (tập II), tr. 236-237.

sử dụng đất đối với đất đã chuyển đổi<sup>4</sup>. Như vậy, chuyển đổi quyền sử dụng đất cũng chính là một trường hợp đặc biệt của chuyển quyền sử dụng đất và là hình thức chuyển quyền sử dụng đất đơn giản nhất trong các hình thức chuyển quyền sử dụng đất<sup>5</sup>. Có chăng, điểm khác biệt giữa chuyển đổi quyền sử dụng đất với các trường hợp chuyển quyền sử dụng đất khác đó là mỗi bên trong hợp đồng chuyển đổi quyền sử dụng đất vừa là bên chuyển quyền đối với quyền sử dụng đất của mình, vừa là bên nhận chuyển quyền đối với quyền sử dụng đất của bên kia.

Như vậy, việc tách biệt “chuyển đổi quyền sử dụng đất” ra khỏi thuật ngữ “chuyển quyền sử dụng đất” là không phù hợp. Ban soạn thảo cần cân nhắc đề bổ sung cụm từ “chuyển đổi quyền sử dụng đất” vào khoản 9 Điều 3 Dự thảo.

Ngoài ra, trong các hình thức chuyển quyền sử dụng đất có một hình thức với tên gọi là “thừa kế”. Tuy nhiên, thuật ngữ “thừa kế” được hiểu là việc dịch chuyển tài sản của người đã chết sang cho người còn sống<sup>6</sup> theo di chúc hoặc theo pháp luật. Ngoài ra, thừa kế cũng được tiếp cận dưới góc độ là quyền thừa kế - quyền nhận di sản do người chết để lại<sup>7</sup>. Chính vì vậy, nếu tiếp cận thừa kế là một trong các trường hợp chuyển quyền sử dụng đất thì điều này chỉ đúng khi tiếp cận từ phía người để lại di sản. Tức là chủ sở hữu tài sản trước khi chết có quyền quyết định việc định đoạt tài sản của mình thông qua một trong các hình thức được luật ghi nhận, trong đó có để lại thừa kế. Do đó, để bảo đảm việc hiểu và áp dụng thống nhất thì cần thay đổi cụm từ “thừa kế” thành cụm từ “để lại thừa kế”.

## 2. Về một số quy định chung liên quan đến quyền chuyển quyền sử dụng đất

*Thứ nhất*, khoản 1 Điều 28 Dự thảo quy định rằng: “*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 bằng quyền sử dụng đất theo quy định của Luật này*”. Quy định này không phù hợp, bởi vì việc thực hiện các quyền này không phải chỉ tuân theo quy định của Luật Đất đai mà còn phải tuân theo quy định của các Luật khác có liên quan. Ví dụ, việc chuyển nhượng quyền sử dụng đất phải tuân theo cả quy định của Bộ luật Dân sự (quyền sử dụng đất đang là tài sản thế chấp thì không được phép chuyển nhượng theo quy định tại khoản 8 Điều 320 Bộ luật Dân sự năm 2015); hoặc việc chuyển quyền sử dụng đất thông qua đấu giá phải được thực hiện theo quy định của Luật Đấu giá tài sản;... Ngay chính Điều 4 Dự thảo cũng đã ghi nhận về việc áp dụng Luật Đất đai và các Luật khác có liên quan. Do đó, cần bổ sung thêm cụm từ “*và các Luật khác có liên quan*” vào cuối khoản 1 Điều 28 Dự thảo.

*Thứ hai*, điểm b khoản 2 Điều 28 Dự thảo theo quy định: “*Trường hợp nhóm người sử dụng đất mà quyền sử dụng đất phân chia được theo phân cho từng thành viên trong nhóm, nếu từng thành viên của nhóm muốn thực hiện quyền đối với phần quyền sử dụng đất của mình thì phải thực hiện thủ tục tách thửa theo quy định, làm thủ tục cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất và được thực hiện quyền và nghĩa vụ của người sử dụng đất theo quy định của Luật này*”. Đối chiếu với quy định của Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 có thể thấy rằng nội dung điểm này có liên quan đến một trường hợp cụ thể của định đoạt tài sản chung theo phần tại Điều 218 BLDS năm 2015.

Theo quy định tại khoản 3 Điều 218 BLDS năm 2015 thì khi một chủ sở hữu chung bán phần quyền thì các chủ sở hữu chung khác được quyền ưu tiên mua, nếu hết thời hạn ưu tiên mua mà không có chủ sở hữu chung nào

4 Trường Đại học Luật Hà Nội (2019), Giáo trình Luật dân sự (tập II), tr. 240.

5 Trường Đại học Luật Hà Nội (2019), Giáo trình Luật dân sự (tập II), tr. 236-237.

6 Phạm Văn Tuyết (2002), Bàn về khái niệm thừa kế, Tạp chí Luật học, số 6/2002, tr. 45-47.

7 Trường Đại học Luật Hà Nội (2019), Giáo trình Luật dân sự (tập I), tr. 287-288.

mua thì chủ sở hữu đó được quyền bán cho người khác. Vậy, nếu thành viên của nhóm muốn chuyển nhượng phần quyền sử dụng đất của mình cho các thành viên khác trong nhóm thì có cần thiết phải thực hiện thủ tục tách thửa theo quy định hay không, đặc biệt là trong trường hợp nhóm chỉ có hai thành viên. Rõ ràng, nếu buộc một trong các thành viên muốn chuyển nhượng cho thành viên còn lại phải thực hiện thủ tục tách thửa, làm thủ tục cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, sau đó mới được chuyển nhượng sẽ gây ra phiền hà về thủ tục, gây lãng phí về tài chính cho chính chủ thể và Nhà nước. Do đó, quy định tại khoản này cần phải được điều chỉnh cho phù hợp theo hướng bổ sung cụm từ “*Trường hợp chuyển quyền sử dụng đất cho thành viên trong cùng nhóm thì không phải thực hiện thủ tục tách thửa, không phải làm thủ tục cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất*” vào cuối điểm này.

*Thứ ba*, đoạn hai điểm b khoản 2 Điều 28 Dự thảo quy định: “*Trường hợp quyền sử dụng đất của nhóm người sử dụng đất không phân chia được theo phần thì ủy quyền cho người đại diện để thực hiện quyền và nghĩa vụ của nhóm người sử dụng đất*”. Quy định này đề cập đến một trong các hình thức sở hữu chung được quy định trong BLDS năm 2015, đó là sở hữu chung hợp nhất. Tuy nhiên, theo quy định tại khoản 2 Điều 218 BLDS năm 2015 thì “*Việc định đoạt tài sản chung hợp nhất được thực hiện theo thỏa thuận của các chủ sở hữu chung hoặc theo quy định của pháp luật*”. Theo đó, các đồng chủ sở hữu chung hợp nhất đối với quyền sử dụng đất có thể thỏa thuận cùng thực hiện hoặc ủy quyền cho nhau thực hiện quyền định đoạt và các quyền khác đối với quyền sử dụng đất là tài sản chung. Chính vì vậy, việc ghi nhận một phương thức thực hiện quyền thông qua việc ủy quyền cho người đại diện ở đoạn hai điểm b khoản 2 Điều 28 Dự thảo là không phù hợp, gây ảnh hưởng đến quyền tự định đoạt của

chủ thể trong quan hệ dân sự. Do đó, nội dung đoạn này cần được sửa đổi như sau: “*Trường hợp quyền sử dụng đất của nhóm người sử dụng đất không phân chia được theo phần thì tất cả các thành viên cùng thực hiện hoặc ủy quyền cho người đại diện để thực hiện quyền và nghĩa vụ của nhóm người sử dụng đất*”.

*Thứ tư*, Điều 29 Dự thảo quy định về thời điểm được thực hiện các quyền của người sử dụng đất, song không quy định về thời điểm người sử dụng đất được thực hiện quyền lập di chúc để định đoạt quyền sử dụng đất sau khi chết là thời điểm nào. Theo quy định của BLDS năm 2015 thì quyền sử dụng đất cũng là một trong các loại tài sản được ghi nhận ở dạng quyền tài sản<sup>8</sup>. Thông thường, với trường hợp lập di chúc để lại quyền thừa kế sau khi chết được thực hiện khi đất đã được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, bởi chỉ khi đã được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất thì mới có cơ sở để xác định quyền sử dụng đất đó thuộc sở hữu của người lập di chúc hay không. Tuy nhiên, giấy chứng nhận quyền sử dụng đất cũng không phải là căn cứ duy nhất để xác định quyền của người sử dụng đất. Trong nhiều trường hợp, đối với việc để lại thừa kế theo quy định của pháp luật thì việc người để lại di sản đã được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất hay chưa cũng không ảnh hưởng đến vấn đề thừa kế. Chính vì vậy, thời điểm người sử dụng đất được để lại thừa kế quyền sử dụng đất cũng không nhất thiết là thời điểm được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất. Ban soạn thảo cũng nên cân nhắc đến vấn đề này khi bổ sung quy định về thời điểm được để lại thừa kế quyền sử dụng đất.

### **3. Về điều kiện thực hiện quyền chuyển quyền sử dụng đất**

*Thứ nhất*, về điều kiện phải “*có Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất*”.

Luật hiện hành và Dự thảo đều ghi nhận việc để lại thừa kế quyền sử dụng đất cũng là một trong các trường hợp chuyển quyền sử dụng đất. Tuy nhiên, cũng tương tự với việc

8 Xem Điều 105 và Điều 115 Bộ luật Dân sự năm 2015.

bỏ qua quy định về thời điểm được để lại thừa kế quyền sử dụng đất thì điểm a khoản 1 Điều 49 của Dự thảo cũng bỏ qua quy định về điều kiện được để lại thừa kế quyền sử dụng đất có bắt buộc phải có giấy chứng nhận quyền sử dụng đất hay không. Đây là một trong những nội dung cần được bổ sung vào điểm a khoản 1 Điều 49 Dự thảo. Với những phân tích ở mục 2 nêu trên, tác giả cho rằng đối với trường hợp để lại thừa kế quyền sử dụng đất không nhất thiết phải có Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất nhưng cần phải có đầy đủ căn cứ để khẳng định người để lại thừa kế quyền sử dụng đất đã có đủ điều kiện được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất.

*Thứ hai, về điều kiện “đất không có tranh chấp”.*

Theo quy định tại khoản 50 Điều 3 Dự thảo thì “*Tranh chấp đất đai là tranh chấp về quyền, nghĩa vụ của người sử dụng đất giữa hai hoặc nhiều bên trong quan hệ đất đai*”. Tuy nhiên, ngoài tranh chấp đất đai thì những tranh chấp liên quan đến đất đai (ví dụ tranh chấp giữa các bên phát sinh từ hoạt động thương mại liên quan đến đất đai được đề cập tại khoản 2 Điều 225 Dự thảo) cũng là vấn đề cần phải được giải quyết trước khi người sử dụng đất thực hiện các quyền của người sử dụng đất (bao gồm quyền chuyển nhượng quyền sử dụng đất). Ví dụ, *A chuyển nhượng quyền sử dụng đất là tài sản chung của vợ chồng cho B, B đã làm thủ tục và được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, sau đó vợ của A khởi kiện yêu cầu tuyên bố hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất giữa A và B là vô hiệu, nên trước khi tranh chấp về hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất giữa A và B được giải quyết, B không thể chuyển nhượng quyền sử dụng đất cho người khác*. Như vậy, ngoài điều kiện “*đất không có tranh chấp*”, Ban soạn thảo nên bổ sung thêm nội dung “*không có tranh chấp liên quan đến đất*” vào điểm b khoản 1 Điều 49 Dự thảo, hoặc bổ

sung thêm một điểm chứa đựng nội dung này vào khoản 1 Điều 49 Dự thảo.

*Thứ ba, các điều kiện khác theo quy định của BLDS.*

Ngoài các điều kiện được ghi nhận tại các điều 49 đến Điều 53 của Dự thảo, việc thực hiện các quyền của người sử dụng đất (đặc biệt là quyền chuyển quyền sử dụng đất) cần phải đáp ứng các điều kiện khác như:

(i) Điều kiện về năng lực hành vi dân sự của chủ thể là cá nhân tại thời điểm thực hiện quyền.

Theo quy định tại các điều từ Điều 21 đến Điều 24 BLDS năm 2015 thì cá nhân có đầy đủ năng lực hành vi dân sự được tự mình xác lập, thực hiện các giao dịch về bất động sản (trong đó có giao dịch về quyền sử dụng đất). Cá nhân không có hoặc có năng lực hành vi dân sự không đầy đủ thì không được xác lập hoặc phải có sự đồng ý của người đại diện theo pháp luật khi xác lập các loại giao dịch này.

(ii) Điều kiện đối với quyền sử dụng đất không phải là tài sản bảo đảm.

Khi quyền sử dụng đất đang được dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ thì chủ sở hữu không được định đoạt tài sản đó. Vấn đề này được ghi nhận cụ thể trong các quy định về các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Ví dụ, theo quy định tại khoản 8 Điều 320 BLDS năm 2015, bên thế chấp không được bán, trao đổi, tặng cho tài sản thế chấp trừ trường hợp tài sản đó là hàng hoá luân chuyển trong quá trình sản xuất, kinh doanh theo khoản 4 Điều 321 hoặc được bên nhận thế chấp đồng ý cho bán theo khoản 5 Điều 321 BLDS năm 2015.

(iii) Ngoài các điều kiện trên thì quyền sử dụng đất có thể bị hạn chế chuyển nhượng trong một số trường hợp nhất định. Ví dụ, trường hợp quyền sử dụng đất là đối tượng của hợp đồng chuyển nhượng có thoả thuận chuộc lại thì trong thời gian chờ bên chuyển nhượng chuộc lại, bên nhận chuyển nhượng không được thực hiện các giao dịch định đoạt quyền sử dụng đất đó<sup>9</sup>.

9 Xem thêm Điều 454 BLDS năm 2015.

Với những phân tích trên cho thấy, việc bổ sung các quy định nhằm ghi nhận các điều kiện khác khi thực hiện quyền chuyển quyền sử dụng đất nói riêng, quyền của người sử dụng đất nói chung là cần thiết, bảo đảm sự thống nhất giữa Dự thảo và quy định pháp luật hiện hành. Phương án bổ sung có thể là liệt kê cụ thể các điều kiện hoặc bổ sung một điểm có nội dung “***các điều kiện khác theo quy định của pháp luật về dân sự***”.

*Thứ tư*, một số vấn đề khác cần hoàn thiện.

*Một là*, khoản 3 Điều 49 Dự thảo quy định “*Việc thực hiện quyền của người nhận chuyển quyền sử dụng đất chỉ được Nhà nước bảo hộ khi được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất*”. Quy định này có hai vấn đề không phù hợp, đó là:

(i) Quy định này thực chất đang đề cập đến việc người nhận chuyển nhượng tiếp tục thực hiện các quyền đối với quyền sử dụng đất nhận chuyển nhượng. Việc quy định vấn đề bảo hộ việc tiếp tục chuyển nhượng này là không cần thiết vì thực tế khi họ thực hiện quyền chuyển quyền sử dụng đất mà họ đã nhận chuyển nhượng cũng chính là thực hiện quyền của người sử dụng đất. Trong khi đó, tất cả các vấn đề này đã được ghi nhận ở các quy định khác nhau.

(ii) Điều kiện để người đã nhận chuyển quyền được bảo hộ việc thực hiện quyền là được cấp giấy chứng nhận là không phù hợp, bởi vì mâu thuẫn với chính quy định tại điểm a khoản 1 Điều 49 về các trường hợp không cần có giấy chứng nhận.

*Hai là*, quy định tại khoản 4 Điều 49 là quy định liên quan đến điều kiện để Tổ chức kinh tế được ***nhận chuyển nhượng*** đất nông nghiệp mà không phải là điều kiện “***thực hiện các quyền chuyển đổi, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, thừa kế, tặng cho, thế chấp quyền sử dụng đất; góp vốn bằng quyền sử dụng đất***”. Do đó, việc thiết kết nội dung khoản 4 không phù hợp

với tên gọi Điều 49 cũng như tên gọi của mục 5 chương III.

*Ba là*, thuật ngữ “***điều kiện thực hiện quyền*** chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất” có nghĩa khác với cụm từ “***việc*** chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất”. Do đó, để bảo đảm sự tương thích giữa tên của Điều luật với nội dung thì khoản 5 Điều 49 Dự thảo cần được sửa đổi như sau: “***Điều kiện thực hiện quyền chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất đối với các dự án kinh doanh bất động sản thông qua sàn giao dịch bất động sản tuân theo quy định của pháp luật về kinh doanh bất động sản***”.

*Bốn là*, nội dung khoản 6 Điều 49 quy định về các trường hợp ***không được nhận*** chuyển nhượng, nhận tặng cho quyền sử dụng đất mà không liên quan trực tiếp đến các điều kiện để thực hiện quyền chuyển quyền sử dụng đất. Do đó, nội dung khoản này cần chuyển lên và ghép vào Điều 30 của Dự thảo.

*Năm là*, theo kết cấu của mục 5 chương III Dự thảo thì khoản 1 Điều 49 ghi nhận các điều kiện chung, áp dụng với các trường hợp thực hiện quyền của người sử dụng đất. Trong một số trường hợp cụ thể, có thể phải tuân theo các quy định tại các Điều 50, 51, 52, 53 của Dự thảo. Tuy nhiên, điểm a khoản 3 Điều 53 lại quy định rằng: “*Việc chuyển nhượng quyền sử dụng đất gắn với chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ dự án đầu tư xây dựng kinh doanh nhà ở phải có đủ các điều kiện theo quy định tại khoản 1 Điều 49 của Luật này*” trước khi quy định thêm hai điều kiện riêng biệt. Đây là quy định dẫn chiếu ngược và không cần thiết, bởi vì theo quy định tại khoản 2 Điều 49 Dự thảo thì đương nhiên các quy định tại khoản 1 Điều 49 đã được áp dụng với trường hợp chuyển nhượng quyền sử dụng đất gắn với chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ dự án đầu tư xây dựng kinh doanh nhà ở tại khoản 3 Điều 53. Do đó, điểm a khoản 1 Điều 53 cần được lược bỏ. Tương tự, điểm a khoản 4 Điều 53 cũng cần được lược bỏ với những lý do này ■

## HOÀN THIỆN CHẾ ĐỊNH TÁI ĐỊNH CƯ KHI NHÀ NƯỚC THU HỒI ĐẤT TRONG DỰ THẢO LUẬT ĐẤT ĐAI (SỬA ĐỔI)

Trần Văn Phú

TS. Khoa Luật, Trường Đại học Cần Thơ.

### Thông tin bài viết

**Từ khóa:** Người sử dụng đất, thu hồi đất, tái định cư.

**Lịch sử bài viết:**

Nhận bài: 10/03/2023

Biên tập: 24/03/2023

Duyệt bài: 24/03/2023

### Article Information

**Keywords:** Land user, land acquisition, resettlement.

**Article History:**

Received: 10 Mar. 2023

Edited: 24 Mar. 2023

Approved: 24 Mar. 2023

### Tóm tắt:

Khi Nhà nước thu hồi đất mà người có đất bị thu hồi bị ảnh hưởng chỗ ở hợp pháp thì có thể được xem xét tái định cư. Tuy nhiên, quy định của pháp luật hiện hành lại chưa quy định rõ tiêu chí để xác định đối tượng chủ thể, điều kiện loại đất bị thu hồi, điều kiện khu tái định cư, vấn đề hậu tái định cư... do đó đã gây rất nhiều khó khăn trong việc áp dụng pháp luật trên thực tế. Trong bài viết này, tác giả phân tích những điểm chưa hợp lý trong quy định của pháp luật hiện hành về tái định cư, so sánh với Dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi) và kiến nghị các giải pháp hoàn thiện.

### Abstract:

Once the State proceeds land acquisition and whose land get a negative influence on their lawful residence, they may be considered for resettlement. However, the current legal regulations do not clearly specify the criteria to determine the subjects, the applicable conditions for the type of land acquisition, the applicable conditions of the resettlement area, the post-settlement issues, etc., which cause obstacles in the practical enforcement of the law. Within this article, the author provides an analysis of the inappropriate provisions under the current provisions of the law on resettlement, makes comparison it with the draft Law on Land (amendment) and also gives out a number of recommendations for further improvements.

## 1. Khái niệm về tái định cư

Mặc dù chế định Nhà nước thu hồi đất (THĐ) vì mục đích quốc phòng, an ninh, lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng đã có từ giai đoạn Luật Đất đai năm 1993, nhưng cho đến thời điểm hiện tại vẫn chưa có văn bản quy phạm pháp luật nào (kể cả Luật Đất đai năm 2013 và các văn bản hướng dẫn thi hành luật này) định nghĩa thế nào là “tái định cư” khi Nhà nước THĐ.

Theo Từ điển tiếng Việt: “tái” là *lần thứ*

*hai, lại một lần nữa*, “định cư” là *ở một nơi nhất định để sinh sống, làm ăn*<sup>1</sup>.

Theo thuật ngữ được đưa ra tại Khung chính sách tái định cư (RPF) thì *tái định cư* bao hàm tất cả những thiệt hại trực tiếp về kinh tế và xã hội gây ra bởi việc THĐ và hạn chế sự tiếp cận, cùng với những biện pháp đền bù và sửa chữa. Tái định cư không hạn chế sự di dời về mặt vật chất. Tái định cư có thể tùy thuộc vào từng trường hợp cụ thể, bao gồm: (i) THĐ và các công trình trên đất,

<sup>1</sup> Ngọc Lương (2011), Từ điển Tiếng Việt, Nxb. Thanh Niên, Hà Nội, tr. 581, 206.

bao gồm cả việc kinh doanh, buôn bán; (ii) Sự di dời về mặt vật chất; và (iii) Sự khôi phục kinh tế của những người bị ảnh hưởng nhằm cải thiện hoặc ít nhất là phục hồi thu nhập và mức sống<sup>2</sup>.

Trên cơ sở tổng hợp các quy định nội dung điều chỉnh về vấn đề tái định cư khi Nhà nước THĐ, có thể hiểu: “*Tái định cư khi Nhà nước THĐ được áp dụng khi hộ gia đình, cá nhân, người Việt Nam định cư ở nước ngoài bị THĐ ở hợp pháp mà phải di chuyển chỗ ở và không còn chỗ ở nào khác trên địa bàn cấp xã nơi có đất ở bị thu hồi thì được bố trí tái định cư bằng việc giao đất ở, nhà ở hoặc bằng tiền*”. Tái định cư được hiểu theo nghĩa hẹp là sự bố trí lại chỗ ở mới hoặc tại nơi ở cũ trong trường hợp dự án chỉnh trang đô thị, khu dân cư cho các hộ gia đình, cá nhân bị THĐ mà phải di chuyển chỗ ở.

Ngoài ra, một vấn đề cần lưu ý là tái định cư được chia thành ba trường hợp: *tái định cư, hỗ trợ tái định cư và xét mua nền tái định cư*. *Tái định cư* khi Nhà nước THĐ ở là việc giao đất ở, nhà ở hoặc bằng tiền. *Hỗ trợ tái định cư* được áp dụng trong trường hợp sau khi tiền bồi thường về đất nhỏ hơn giá trị một suất tái định cư tối thiểu thì được hỗ trợ khoản chênh lệch đó<sup>3</sup>. *Xét mua nền tái định cư* được áp dụng trong trường hợp: Nếu gia đình có nhiều thế hệ, nhiều cặp vợ chồng cùng chung sống và đủ điều kiện tách hộ thì những hộ phụ sẽ được xem xét cho mua một nền tái định cư với diện tích tối thiểu<sup>4</sup>. Ngoài ra, để cụ thể hóa quy định tại khoản 4 Điều

6 Nghị định số 47/2014/NĐ-CP quy định về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất (Nghị định số 47/2014/NĐ-CP), các địa phương còn quy định trường hợp khi bị THĐ gắn với nhà ở mà người bị THĐ không đủ điều kiện bồi thường về đất ở và phải di chuyển chỗ ở và không còn chỗ ở nào khác trên địa bàn cấp xã nơi bị THĐ thì hộ gia đình, cá nhân đó được xét mua một nền tái định cư với diện tích tối thiểu<sup>5</sup>.

## **2. Điều kiện tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất theo quy định của pháp luật hiện hành**

Theo quy định tại khoản 1 Điều 6 Nghị định số 47/2014/NĐ-CP, hộ gia đình, cá nhân đang sử dụng đất ở, người Việt Nam định cư ở nước ngoài đang sở hữu nhà ở gắn liền với quyền sử dụng đất (QSDĐ) tại Việt Nam khi Nhà nước THĐ ở mà có Giấy chứng nhận QSDĐ hoặc đủ điều kiện để được cấp Giấy chứng nhận QSDĐ, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất theo quy định của pháp luật về đất đai nếu thuộc trường hợp thu hồi hết đất ở hoặc phần diện tích đất ở còn lại sau thu hồi không đủ điều kiện để ở theo quy định của Ủy ban nhân dân (UBND) cấp tỉnh mà hộ gia đình, cá nhân không còn đất ở, nhà ở nào khác trong địa bàn xã, phường, thị trấn nơi có đất ở thu hồi thì được bồi thường bằng đất ở hoặc nhà ở tái định cư. Nếu hộ gia đình, cá nhân, người Việt Nam định cư ở nước ngoài thuộc các trường hợp nêu trên mà không có nhu cầu bồi thường bằng đất ở hoặc bằng nhà ở tái định cư thì được Nhà nước bồi thường bằng tiền<sup>6</sup>.

2 Ban quản lý trung ương các dự án thủy lợi (CPO): “Khung chính sách tái định cư (RPF)”, Hà Nội, tháng 6-2013, [http://www.agroviet.gov.vn/Lists/appsp01\\_lawdocumentlist/Attachments/111/KhungCS\\_TaiDC.pdf](http://www.agroviet.gov.vn/Lists/appsp01_lawdocumentlist/Attachments/111/KhungCS_TaiDC.pdf), truy cập ngày 12/7/2022.

3 Khoản 1 Điều 22 Nghị định số 47/2014/NĐ-CP.

4 Khoản 2 Điều 6 Nghị định số 47/2014/NĐ-CP.

5 Quy định này có thể được tìm thấy tại nhiều địa phương như: Điều 21 Quyết định số 15/2014/QĐ-UBND của UBND thành phố Cần Thơ; Điều 27 Quy định các nội dung thuộc thẩm quyền của UBND Tp. Hà Nội về bồi thường, hỗ trợ và tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất trên địa bàn Tp. Hà Nội (Ban hành kèm theo Quyết định số 10/2017/QĐ-UBND ngày 29/3/2017 của UBND Tp. Hà Nội)...

6 Khoản 1 và khoản 3 Điều 6 Nghị định số 47/2014/NĐ-CP.



Như vậy, điều kiện để hộ gia đình, cá nhân bị Nhà nước THĐ được giao đất hoặc nhà ở tái định cư phải thỏa mãn những điều kiện sau:

*Một là*, đất bị thu hồi phải là đất ở hợp pháp, nghĩa là trên Giấy chứng nhận QSDĐ phải thể hiện diện tích đất đó là đất ở (ODT hoặc ONT); hoặc thửa đất đó phải đủ điều kiện để được công nhận là đất ở theo quy định của pháp luật về đất đai.

*Hai là*, người bị THĐ phải thuộc trường hợp di chuyển chỗ ở. Song song với điều kiện thứ nhất là đất bị thu hồi phải là đất ở, thì điều kiện này yêu cầu trên thửa đất đó phải có nhà ở, người bị THĐ phải đang sinh sống trên ngôi nhà đó. “Di chuyển chỗ ở” được hiểu rằng, người bị THĐ bị ảnh hưởng luôn cả nhà ở và trên thực tế chỉ khi toàn bộ căn nhà đều bị thiệt hại hoặc không bị thiệt hại toàn bộ, nhưng phần còn lại của căn nhà hoặc thửa đất không còn đủ để ở hoặc không còn đủ diện tích để xây dựng nhà ở theo quy định của pháp luật về xây dựng, buộc phải di chuyển đến địa điểm mới, thì sẽ được xem là thỏa điều kiện “phải di chuyển chỗ ở”.

*Ba là*, người bị THĐ không còn đất ở, nhà ở nào khác trên địa bàn cấp xã nơi có đất bị thu hồi. Điều kiện này được hiểu là hộ gia đình, cá nhân khi bị THĐ thì trên địa bàn cấp xã nơi đang thực hiện dự án THĐ, họ không còn thửa đất ở hoặc căn nhà ở nào khác để di chuyển đến đó. Điều kiện này vẫn đạt được nếu người bị THĐ còn nhà ở hoặc đất ở tại địa phương khác, ngoài đơn vị cấp xã nơi họ đang bị THĐ.

Bên cạnh đó, trường hợp trong hộ gia đình nêu trên có nhiều thế hệ, nhiều cặp vợ chồng cùng chung sống trên một thửa đất ở thu hồi nếu đủ điều kiện để tách thành từng

hộ gia đình riêng theo quy định của pháp luật về cư trú hoặc có nhiều hộ gia đình có chung quyền sử dụng một (01) thửa đất ở bị thu hồi thì UBND cấp tỉnh căn cứ vào quỹ đất ở, nhà ở tái định cư và tình hình thực tế tại địa phương quyết định mức đất ở, nhà ở tái định cư cho từng hộ gia đình<sup>7</sup>.

### 3. Điều kiện tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất trong Dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi)

Theo Điều 107 Dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi)<sup>8</sup> (sau đây viết tắt là Dự thảo Luật), việc bố trí tái định cư cho người có đất ở bị thu hồi mà phải di chuyển chỗ ở được quy định như sau:

*Một là*, hộ gia đình, cá nhân có đất ở, người Việt Nam định cư ở nước ngoài đang sở hữu nhà ở gắn liền với QSDĐ tại Việt Nam khi Nhà nước THĐ đủ điều kiện được bồi thường về đất ở thì được bố trí tái định cư.

Điều kiện bồi thường về đất ở được quy định tại Điều 94 Dự thảo Luật như sau:

(i) Hộ gia đình, cá nhân đang sử dụng đất ở, người Việt Nam định cư ở nước ngoài đang sở hữu nhà ở gắn liền với QSDĐ tại Việt Nam mà có đủ điều kiện được bồi thường quy định tại Điều 90 của Luật này khi Nhà nước THĐ thì được bồi thường bằng đất ở hoặc nhà ở hoặc bằng tiền hoặc bằng đất có mục đích sử dụng khác với loại đất thu hồi nếu người có đất thu hồi có nhu cầu và địa phương có điều kiện về quỹ đất.

(ii) Hộ gia đình, cá nhân khi Nhà nước THĐ gắn liền với nhà ở phải di chuyển chỗ ở mà không đủ điều kiện được bồi thường về đất ở, nếu không có chỗ ở nào khác thì được Nhà nước bố trí tái định cư thông qua hình thức bán, cho thuê, cho thuê mua nhà ở hoặc giao đất ở có thu tiền sử dụng đất và được

<sup>7</sup> Khoản 2 Điều 6 Nghị định số 47/2014/NĐ-CP.

<sup>8</sup> Tác giả sử dụng Dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi) số 4, công bố ngày 05/01/2023 tại <http://duthaoonline.quochoi.vn/Pages/dsduthao/chitietduthao.aspx?id=7415>, truy cập ngày 30/9/2022.

miễn, giảm tiền sử dụng đất, tiền mua nhà ở theo quy định của pháp luật.

*Hai là*, tổ chức làm nhiệm vụ bồi thường, giải phóng mặt bằng được UBND cấp tỉnh, UBND cấp huyện giao trách nhiệm bố trí tái định cư phải thông báo cho người có đất ở thu hồi thuộc đối tượng phải di chuyển chỗ ở về dự kiến phương án bố trí tái định cư và niêm yết công khai ít nhất là 15 ngày tại trụ sở UBND cấp xã, địa điểm sinh hoạt chung của khu dân cư nơi có đất thu hồi và tại nơi tái định cư trước khi cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt phương án bố trí tái định cư. Nội dung thông báo gồm địa điểm, quy mô quỹ đất, quỹ nhà tái định cư, thiết kế, diện tích từng lô đất, căn hộ, giá đất, giá nhà tái định cư; dự kiến bố trí tái định cư cho người có đất thu hồi.

*Ba là*, người có đất ở bị thu hồi để thực hiện dự án đầu tư xây dựng đô thị, chỉnh trang đô thị, dự án nhà ở thì được bố trí tái định cư tại chỗ. Trường hợp THĐ ở để thực hiện các mục đích khác thì được bố trí tái định cư tại chỗ nếu tại khu vực THĐ có quỹ đất, quỹ nhà tái định cư. Ưu tiên vị trí thuận lợi cho hộ gia đình, cá nhân sử dụng đất ở kết hợp với kinh doanh dịch vụ, người có đất thu hồi là người có công với cách mạng. Có cơ chế thưởng đối với người có đất thu hồi bàn giao mặt bằng trước thời hạn.

Ngoài ra, liên quan đến chế định tái định cư Dự thảo Luật còn quy định: (i) Phương án bố trí tái định cư đã được phê duyệt phải được công bố công khai tại trụ sở UBND cấp xã, địa điểm sinh hoạt chung của khu dân cư nơi có đất thu hồi và tại nơi tái định cư; (ii) Giá đất cụ thể tính thu tiền sử dụng đất tại nơi tái định cư, giá bán nhà ở tái định cư do UBND cấp có thẩm quyền quyết định tại thời điểm phê duyệt phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư; (iii) Trường hợp người có đất ở hoặc nhà ở chung cư bị thu hồi được

bố trí tái định cư mà tiền bồi thường về đất ở hoặc nhà ở chung cư không đủ để mua một suất tái định cư tối thiểu thì được Nhà nước hỗ trợ tiền đủ để mua một suất tái định cư tối thiểu.

Như vậy, về điều kiện để được tái định cư thì Dự thảo Luật không có nhiều sự thay đổi so với quy định của pháp luật hiện hành, trong đó có một số nội dung thay đổi quan trọng sau:

*Thứ nhất*, Dự thảo Luật không quy định cụ thể về điều kiện giao đất ở cho hộ gia đình, cá nhân, người Việt Nam định cư ở nước ngoài bị THĐ ở gắn với nhà ở hợp pháp cụ thể như quy định của pháp luật hiện hành. Đồng thời, Dự thảo Luật cũng không quy định việc cho đăng ký xét mua nền tái định cư với diện tích tối thiểu khi THĐ mà trong gia đình có nhiều thế hệ hoặc có nhiều cặp vợ chồng cùng chung sống trên thửa đất bị thu hồi và đủ điều kiện tách hộ như quy định hiện nay của Nghị định số 47/2014/NĐ-CP.

*Thứ hai*, Dự thảo Luật đã quy định rõ và phù hợp hơn so với quy định hiện hành về hỗ trợ trong trường hợp người có đất ở hoặc nhà ở chung cư bị thu hồi được bố trí tái định cư mà tiền bồi thường về đất ở hoặc nhà ở chung cư không đủ để mua một suất tái định cư tối thiểu thì được Nhà nước hỗ trợ tiền đủ để mua một suất tái định cư tối thiểu.

*Thứ ba*, phân định rõ vị trí được tái định cư khi THĐ để sử dụng vào từng mục đích cụ thể. Chẳng hạn như người có đất ở bị thu hồi để thực hiện dự án đầu tư xây dựng đô thị, chỉnh trang đô thị, dự án nhà ở thì được bố trí tái định cư tại chỗ. Trường hợp THĐ ở để thực hiện các mục đích khác thì được bố trí tái định cư tại chỗ nếu tại khu vực THĐ có quỹ đất, quỹ nhà tái định cư. Ưu tiên vị trí thuận lợi cho hộ gia đình, cá nhân sử dụng đất ở kết hợp với kinh doanh dịch

vụ, người có đất thu hồi là người có công với cách mạng. Có cơ chế thưởng đối với người có đất bị thu hồi bàn giao mặt bằng trước thời hạn.

### 4. Bất cập trong quy định của pháp luật về tái định cư

*Thứ nhất, bất cập liên quan đến tái định cư cho người Việt Nam định cư ở nước ngoài.*

Theo khoản 1 và khoản 3 Điều 6 Nghị định số 47/2014/NĐ-CP và cả trong Dự thảo Luật điều chỉnh quy định hộ gia đình, cá nhân đang sử dụng đất ở, *người Việt Nam định cư ở nước ngoài*<sup>9</sup> đang sở hữu nhà ở gắn liền với QSDĐ tại Việt Nam khi Nhà nước THĐ ở mà có Giấy chứng nhận QSDĐ hoặc đủ điều kiện để được cấp Giấy chứng nhận QSDĐ, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất theo quy định của pháp luật về đất đai nếu thuộc trường hợp thu hồi hết đất ở hoặc phần diện tích đất ở còn lại sau thu hồi không đủ điều kiện để ở theo quy định của UBND cấp tỉnh mà hộ gia đình, cá nhân không còn đất ở, nhà ở nào khác trong địa bàn xã, phường, thị trấn nơi có đất ở thu hồi thì được bồi thường bằng đất ở hoặc nhà ở tái định cư. Nếu hộ gia đình, cá nhân, *người Việt Nam định cư ở nước ngoài* thuộc các trường hợp nêu trên mà không có nhu cầu bồi thường bằng đất ở hoặc bằng nhà ở tái định cư thì được Nhà nước bồi thường bằng tiền.

Người Việt Nam định cư ở nước ngoài có thể được sở hữu nhà ở gắn liền với đất ở tại Việt Nam nếu thuộc đối tượng được sở hữu nhà ở tại Việt Nam theo pháp luật về nhà ở<sup>10</sup>. Nhóm đối tượng này có thể sở hữu

nhà ở Việt Nam để thuận tiện cho việc về nước ngắn hạn thăm người thân hoặc đầu tư, kinh doanh hoặc quay về sinh sống lâu dài ở Việt Nam<sup>11</sup>. Như vậy, nhóm đối tượng này hoàn toàn có khả năng bị Nhà nước thu hồi nhà ở gắn liền với đất ở để thực hiện các dự án phục vụ mục đích quốc phòng, an ninh, phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng. Chính vì vậy, Điều 6 Nghị định số 47/2014/NĐ-CP, Điều 94 và Điều 107 Dự thảo Luật đưa người Việt Nam định cư ở nước ngoài vào nhóm đối tượng được tái định cư khi Nhà nước THĐ là hoàn toàn phù hợp với tình hình thực tế hiện nay. Tuy nhiên, pháp luật hiện hành cũng như trong Dự thảo Luật điều chỉnh quy định rằng, trong trường hợp người Việt Nam định cư ở nước ngoài bị THĐ ở gắn với nhà ở hợp pháp tại Việt Nam thì họ sẽ được bồi thường bằng đất ở hoặc nhà ở tái định cư, trong trường hợp họ không có nhu cầu về đất ở, nhà ở thì được bồi thường bằng tiền. Như vậy, một vấn đề được đặt ra là một cá nhân cụ thể nào đó là người Việt Nam định cư ở nước ngoài, khi Nhà nước THĐ thì trường hợp nào sẽ được xét bồi thường bằng đất ở hoặc nhà ở tái định cư trong khi họ được xem là đang cư trú, sinh sống lâu dài ở nước ngoài? Đây là vấn đề mà các quy định của pháp luật hiện hành và cả trong Dự thảo Luật còn chưa làm rõ, chưa phân định được các trường hợp cụ thể để xét điều kiện được giao đất ở, nhà ở tái định cư hoặc hỗ trợ tái định cư, dẫn đến sự lúng túng cho phía cơ quan nhà nước trong việc áp dụng pháp luật và tạo tâm lý không an tâm cho người Việt Nam định cư ở nước

9 Theo định nghĩa tại khoản 3 Điều 3 Luật Quốc tịch năm 2008 (được sửa đổi, bổ sung năm 2014), người Việt Nam định cư ở nước ngoài là công dân Việt Nam và người gốc Việt Nam cư trú, sinh sống lâu dài ở nước ngoài. Như vậy, người Việt Nam định cư ở nước ngoài bao gồm hai nhóm: (i) công dân Việt Nam (tức là những người còn mang quốc tịch Việt Nam); (ii) người gốc Việt Nam định cư ở nước ngoài (là những người hiện không còn mang quốc tịch Việt Nam).

10 Điều 8 Luật Nhà ở năm 2014.

11 Trần Vang Phú, Trần Thụy Quốc Thái (2020), Hoàn thiện quy định của pháp luật về quyền sử dụng đất ở, nhà ở của người Việt Nam định cư ở nước ngoài, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 4 - tháng 02/2020, tr. 38-39.

ngoài khi về Việt Nam sở hữu nhà ở gắn liền với đất ở.

*Thứ hai, về điều kiện “không còn thừa đất ở, nhà ở nào khác trên địa bàn cấp xã nơi có đất bị thu hồi”.*

Đối với quy định này, hiện không có văn bản giải thích cụ thể dẫn đến nhiều cách hiểu và thực hiện khác nhau, tạo sự không thống nhất và không công bằng trong quá trình xét tái định cư. *Cách hiểu thứ nhất:* để xem xét điều kiện “không còn đất ở, nhà ở” thì chỉ kiểm tra đối với chủ hộ, tức là người có tên trên Giấy chứng nhận QSDĐ bị thu hồi mà không kiểm tra điều kiện này đối với tất cả các thành viên của hộ gia đình. Cách làm này tạo được sự thuận lợi cho cơ quan nhà nước khi xét điều kiện tái định cư, nhưng có khả năng dẫn đến tình trạng những thành viên khác trong hộ gia đình vẫn còn đất ở, nhà ở khác, thì việc tái định cư bằng đất ở hoặc nhà ở chung cư cho hộ gia đình này là không thật sự cần thiết, dễ tạo tâm lý lợi dụng chính sách hỗ trợ của Nhà nước về tái định cư, đồng thời tăng thêm gánh nặng cho chính quyền địa phương trong việc tạo lập quỹ đất, quỹ nhà tái định cư. *Cách hiểu thứ hai:* nếu trên Giấy chứng nhận QSDĐ thể hiện người sử dụng đất là cá nhân thì chỉ xét riêng đối với cá nhân đó, nếu là hộ thì xét tất cả thành viên của hộ. Tác giả cho rằng, hiểu và thực hiện theo cách thứ hai sẽ hợp lý hơn. Tuy nhiên, cả hai cách hiểu này và quy định của pháp luật hiện nay cũng như Dự thảo Luật đều chưa giải quyết được một tình huống xảy ra trên thực tế, đó là trong trường hợp xét tái định cư cho chủ hộ hoặc cá nhân bị THĐ, đối tượng này đủ điều kiện để được giao nền tái định cư hoặc hỗ trợ mua nền tái định cư, nhưng trước khi có quyết định giao nền tái định cư thì người này chết. Bởi vì, mục đích của chế định tái định cư là nhằm giúp tạo lập lại chỗ ở cho người bị THĐ,

nhưng hiện nay đối tượng đó đã chết; như vậy, thủ tục này có tiếp tục được thực hiện và người thừa kế hợp pháp của đối tượng này sẽ được nhận suất tái định cư này như một di sản của người chết là nội dung chưa được làm rõ trong Dự thảo Luật.

## **5. Kiến nghị**

Từ những bất cập trong quy định của pháp luật đất đai hiện hành liên quan đến chế định tái định cư và căn cứ vào nội dung về tái định cư trong Dự thảo Luật Đất đai (*sửa đổi*), tác giả kiến nghị một số giải pháp sau:

*Một là,* khoản 1 Điều 94 Dự thảo Luật về điều kiện bồi thường về đất khi Nhà nước THĐ ở cần được sửa đổi theo hướng: hộ gia đình, cá nhân đang sử dụng đất ở, người Việt Nam định cư ở nước ngoài đang sở hữu nhà ở gắn liền với QSDĐ tại Việt Nam mà có đủ điều kiện được bồi thường quy định tại Điều 90 của Luật này khi Nhà nước THĐ thì được bồi thường bằng đất ở hoặc nhà ở hoặc bằng tiền hoặc bằng đất có mục đích sử dụng khác với loại đất thu hồi nếu người có đất bị thu hồi có nhu cầu và địa phương có điều kiện về quỹ đất với điều kiện đối tượng này bị THĐ ở hợp pháp (hoặc đủ điều kiện được công nhận đất ở), có nhà ở hợp pháp trên thửa đất ở bị thu hồi và đây là nơi họ đăng ký hộ khẩu thường trú hoặc tạm trú liên tục từ 12 tháng trở lên tính từ thời điểm có thông báo THĐ. Việc bổ sung quy định cụ thể này sẽ giúp: (i) giải quyết được tình trạng do yếu tố lịch sử để lại về việc người dân xây dựng nhà ở trên đất không phải là đất ở, mà không nhằm mục đích “đón quy hoạch”, “đón dự án”, chẳng hạn như xây dựng nhà trên đất nông nghiệp, xây dựng nhà ven các con sông, kênh, rạch...; (ii) tránh được tình trạng nhận chuyển nhượng đất ở, mua nhà ở trong khu vực có quy hoạch hoặc dự án

để hưởng lợi từ sự chưa rõ ràng trong quy định về tái định cư. Bên cạnh đó, khi xét điều kiện “không còn đất ở, nhà ở nào khác trên địa bàn cấp xã nơi có đất bị thu hồi”, cần thống nhất căn cứ vào thông tin của người sử dụng đất trên Giấy chứng nhận QSDĐ hoặc giấy tờ về QSDĐ khác để thực hiện theo hướng: (i) nếu đất thuộc quyền sử dụng của hộ gia đình, thì xét tất cả các thành viên trong hộ gia đình; (ii) nếu đất là cá nhân thì chỉ xét cá nhân đứng tên trên Giấy chứng nhận QSDĐ, quyền sở hữu nhà. Trong trường hợp, sau khi đã xét xong điều kiện về tái định cư, người được xét đủ điều kiện để được tái định cư, nhưng sau đó người này chết, thì vẫn phải tiếp tục thực hiện việc giao đất ở hoặc nhà ở tái định cư cho người thừa kế hợp pháp của người này, vì đây là quyền lợi chính đáng của họ.

*Hai là*, cần bổ sung thêm một khoản mới tại Điều 94 và Điều 107 Dự thảo Luật để quy định riêng điều kiện bồi thường đất ở và điều kiện bố trí tái định cư cho người Việt Nam định cư ở nước ngoài bị THĐ ở gắn với nhà ở hợp pháp. Cụ thể, chỉ thực hiện việc bồi thường bằng đất ở hoặc nhà ở tái định cư và xét tái định cư cho những người Việt Nam định cư ở nước ngoài nào đã hồi hương và đang thường trú tại Việt Nam, địa chỉ thường trú là căn nhà đang bị THĐ, điều kiện xét giống với hộ gia đình, cá nhân trong nước như đề xuất ở trên. Nếu người Việt Nam định cư ở nước ngoài bị THĐ ở hoặc nhà ở nhưng họ không thường trú ở Việt Nam thì sẽ không được bồi thường bằng đất ở hoặc nhà ở tái định cư mà sẽ nhận bồi thường

bằng tiền, vì trong trường hợp này họ không được xem là “phải di chuyển chỗ ở” và cũng không gặp khó khăn hoặc có nhu cầu cấp thiết về chỗ ở.

*Ba là*, hiện nay vẫn còn xảy ra tình trạng khu tái định cư dù đã giao đất, nhà tái định cư cho người bị THĐ vào ở, nhưng khu tái định cư vẫn chưa được đầu tư hệ thống hạ tầng kỹ thuật<sup>12</sup> và hệ thống hạ tầng xã hội<sup>13</sup> hoàn chỉnh, gây nhiều khó khăn cho người bị THĐ cả về đời sống và sản xuất, làm giảm hiệu quả của chính sách tái định cư. Bên cạnh đó, việc khảo sát xây dựng nhiều khu tái định cư chưa bảo đảm được sự thuận lợi cho người dân trong việc di chuyển, sinh sống và sản xuất. Trong thời gian qua, người bị THĐ đã được bồi thường, hỗ trợ khi Nhà nước THĐ, nhưng nhiều thiệt hại hiện nay vẫn chưa được bồi thường tương xứng với thiệt hại của họ<sup>14</sup>, người bị THĐ đã phải nhượng lại lợi ích cá nhân của mình cho lợi ích công cộng, cho sự phát triển chung của đất nước, xã hội. Mặc dù khoản 2 Điều 89 Dự thảo Luật có quy định nguyên tắc: “*Việc bồi thường khi Nhà nước THĐ phải bảo đảm người có đất bị thu hồi có chỗ ở, đảm bảo thu nhập và điều kiện sống bằng hoặc tốt hơn nơi ở cũ*”, nhưng đây là nguyên tắc bồi thường về đất (trong đó có đất ở), mà không phải nguyên tắc chung trong đầu tư, xây dựng khu tái định cư. Ngoài ra, nguyên tắc bồi thường đất nêu trên là vượt quá phạm vi của việc bồi thường đất, vì trong trường hợp bồi thường đất, chỉ cần đặt ra nguyên tắc là bồi thường tương xứng giá trị đất bị

12 Theo quy định tại khoản 22 Điều 3 Luật Xây dựng năm 2014 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2020 (Luật Xây dựng) thì Hệ thống công trình hạ tầng kỹ thuật gồm công trình giao thông, thông tin liên lạc, cung cấp năng lượng, chiếu sáng công cộng, cấp nước, thu gom và xử lý nước thải, chất thải rắn, nghĩa trang và công trình khác.

13 Theo quy định tại khoản 23 Điều 3 Luật Xây dựng thì Hệ thống công trình hạ tầng xã hội gồm công trình y tế, văn hóa, giáo dục, thể thao, thương mại, dịch vụ công cộng, cây xanh, công viên và công trình khác.

14 Trần Vang Phú (2018), Xác định giá trị bồi thường đối với nhà, công trình xây dựng khi Nhà nước thu hồi đất, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 02/2018, tr. 60-61.

thu hồi, trong trường hợp giao đất ở thì vị trí đất được giao phải có điều kiện về hệ thống hạ tầng bằng hoặc tốt hơn nơi ở cũ, mà việc bồi thường về đất không thể “*đảm bảo thu nhập và điều kiện sống bằng hoặc tốt hơn nơi ở cũ*”. Do đó, tác giả cho rằng, cần bổ sung vào khoản 2 Điều 106 Dự thảo Luật về lập và thực hiện dự án tái định cư quy định “*khu tái định cư phải có hệ thống hạ tầng<sup>15</sup> bằng hoặc tốt hơn nơi ở cũ theo quy định của Chính phủ<sup>16</sup>*”. Ngoài ra, do hiện nay vẫn còn tình trạng khu tái định cư sau khi đã giao đất hoặc nhà ở cho người bị THĐ vào ở nhưng điều kiện hạ tầng của khu tái định cư không bảo đảm về chất lượng<sup>17</sup>, thiếu sự đồng bộ và kết nối với hệ thống hạ tầng xung quanh<sup>18</sup>, do đó cần bổ sung vào Điều 106 Dự thảo Luật một khoản mới với quy định: “*người được bồi thường bằng đất ở, nhà ở tái định cư được kiểm tra về chất lượng của hệ thống hạ tầng trong khu tái định cư trước khi cơ quan có thẩm quyền quyết định giao đất ở hoặc nhà ở tái định cư*”. Việc bổ sung quy định này sẽ giúp bảo đảm được tốt hơn điều kiện sống cho người dân có đất thu hồi đồng thời cũng tăng trách nhiệm của chính quyền địa phương trong việc đầu tư xây dựng các khu tái định cư.

*Bốn là*, cần thiết phải bổ sung quy định mới về hỗ trợ hậu tái định cư. Theo đó, Dự

thảo Luật cần bổ sung quy định sau thời điểm giao đất ở, nhà ở tái định cư, trong thời gian không quá 02 năm, UBND cấp huyện nơi có dự án tái định cư phải khảo sát điều kiện sống và thu nhập của những người dân có đất thu hồi trong khu tái định cư để có những chính sách hỗ trợ cần thiết nhằm giúp họ có được điều kiện sống và làm việc bằng hoặc tốt hơn giai đoạn trước khi bị THĐ. Việc bổ sung quy định mới này sẽ thể hiện sự quan tâm của Đảng và Nhà nước đối với người dân có đất thu hồi, những người đã sẵn sàng nhượng lại lợi ích cá nhân của mình để phục vụ cho lợi ích chung của quốc gia, công cộng.

## **6. Kết luận**

Chính sách về hỗ trợ tái định cư là một chính sách vừa thể hiện sự công bằng, rõ ràng của Nhà nước đối với người bị THĐ, vừa thể hiện tính nhân văn của Đảng và Nhà nước trong việc quan tâm tạo lập chỗ ở ổn định cho người dân có đất bị thu hồi. Chính vì vậy, việc hoàn thiện chế định tái định cư là yêu cầu cấp thiết cả về lý luận và thực tiễn để đạt được mục tiêu tạo lập được chỗ ở ổn định cho người bị THĐ, từ đó họ có thể “*an cư lạc nghiệp*”, song song đó, chế định tái định cư còn giúp cân bằng quyền lợi giữa các bên khi thực hiện các dự án vì lợi ích quốc gia, công cộng ■

15 Hệ thống hạ tầng là thuật ngữ chuyên môn dùng để chỉ chung cho cả 02 nhóm công trình thuộc nhóm Hệ thống công trình hạ tầng kỹ thuật và Hệ thống công trình hạ tầng xã hội. Việc một số tài liệu sử dụng thuật ngữ “*cơ sở hạ tầng*” để chỉ chung cho các công trình hạ tầng kỹ thuật và hạ tầng xã hội (hệ thống cầu, đường, trường, trạm...) là chưa chính xác, vì nội hàm của thuật ngữ “*cơ sở hạ tầng*” được dùng để chỉ toàn bộ những quan hệ sản xuất hợp thành cơ cấu kinh tế của xã hội, trong mối quan hệ biện chứng với “*Kiến trúc thượng tầng*”.

16 Trong trường hợp thu hồi đất ở nông thôn hoặc vùng ven đô thị thì việc đầu tư xây dựng các khu tái định cư có thể dễ dàng bảo đảm được điều kiện về hệ thống hạ tầng của khu tái định cư tốt hơn so với nơi ở cũ của người bị thu hồi đất trước đây. Tuy nhiên, trong trường hợp thu hồi đất để chỉnh trang đô thị, nâng cấp hệ thống giao thông ở nội đô thị thì có nhiều trường hợp người dân đang có chỗ ở, kinh doanh thuận lợi, tiếp giáp với giao đường giao thông lớn, gần các trung tâm mua sắm, khu tiện ích... Vì vậy, nếu quy định cứng nhắc mà không chia ra các trường hợp cụ thể để xử lý thì dễ dẫn đến sự khiếu nại hoặc so bì, kỳ kèo sau này từ phía người bị thu hồi đất.

17 Công Trạng, Chí Điển (2022), Cần Thơ: Cảnh cảnh người dân khu tái định cư 10 năm sống không điện, nước. <https://www.quochoitv.vn/can-tho-cam-can-ngoai-dan-khu-tai-dinh-cu-10-nam-song-khong-dien-nuoc>, truy cập ngày 11/11/2022.

18 Nguyễn Thị Kim Phượng, Đặng Anh Quân (2019), Thực trạng xây dựng và chất lượng khu tái định cư nhìn từ thực tiễn áp dụng pháp luật tại tỉnh Bình Dương, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 1(377)- kỳ 1, tháng 1/2019, tr. 52-58.

## THỰC TIỄN ÁP DỤNG PHÁP LUẬT VỀ TRANH CHẤP “BÁN ĐẤT KHÔNG BÁN NHÀ” QUA MỘT SỐ VỤ ÁN

Vũ Văn Đoàn

Luật sư, Đoàn Luật sư TP. Hồ Chí Minh.

### Thông tin bài viết

*Từ khóa:* Tranh chấp đất đai, quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở, mua bán nhà ở.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 02/11/2022

Biên tập: 14/02/2023

Duyệt bài: 16/02/2023

### Article Information

*Keywords:* Land disputes; land use rights; homeownership; housing sales.

*Article History:*

Received: 02 Nov. 2022

Edited: 14 Feb. 2023

Approved: 16 Feb. 2023

### Tóm tắt:

Trong phạm vi bài viết này, tác giả tập trung phân tích một số vấn đề pháp lý trong thực tiễn về các tranh chấp hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất và mua bán nhà ở, chỉ ra một số bất cập và kiến nghị giải pháp hoàn thiện pháp luật.

### Abstract:

Within the scope of this article, the author provides an analysis of a number of legal matters in practice on contract disputes related to transfer of land use rights and housing sales, also gives out a number of shortcomings and also proposes a number of recommendations for further improvements of the related legal regulations.

## 1. Các quy định của pháp luật về chuyển nhượng quyền sử dụng đất, mua bán nhà ở

Theo quy định của pháp luật, giao dịch mua bán, chuyển nhượng quyền sử dụng đất và nhà ở cần đáp ứng các điều kiện sau: (i) Đối với quyền sử dụng đất: phải có giấy chứng nhận, đất không tranh chấp, không bị kê biên để thi hành án và trong thời hạn sử dụng đất<sup>1</sup>; (ii) Đối với nhà ở: có giấy chứng nhận (trừ các trường hợp mua bán nhà ở hình thành trong tương lai, mua bán nhà ở thuộc sở hữu nhà nước, nhận thừa kế nhà ở<sup>2</sup>...); không thuộc diện tranh chấp,

khiếu nại, khiếu kiện về quyền sở hữu, đang trong thời hạn sở hữu nhà ở đối với trường hợp sở hữu nhà ở có thời hạn; không bị kê biên để thi hành án hoặc không bị kê biên để chấp hành quyết định hành chính đã có hiệu lực pháp luật của cơ quan nhà nước có thẩm quyền (trừ trường hợp mua bán nhà ở hình thành trong tương lai); không thuộc diện đã có quyết định thu hồi đất, có thông báo giải tỏa, phá dỡ nhà ở của cơ quan có thẩm quyền<sup>3</sup>. Về hình thức, thủ tục thực hiện giao dịch, khi thực hiện việc mua bán nhà ở, chuyển nhượng quyền sử dụng đất, các bên

1 Xem khoản 1 Điều 188 Luật Đất đai năm 2013.

2 Khoản 2 Điều 118 Luật Nhà ở năm 2014.

3 Khoản 1 Điều 118 Luật Nhà ở năm 2014.

phải lập hợp đồng mua bán, chuyển nhượng bằng văn bản và hợp đồng phải được công chứng, chứng thực theo quy định<sup>4</sup>.

Về thời điểm chuyển quyền sở hữu nhà ở, khoản 1 Điều 12 Luật Nhà ở năm 2014 quy định “trường hợp mua bán nhà ở mà không thuộc diện quy định tại khoản 3 điều này<sup>5</sup> và trường hợp thuê mua nhà ở thì thời điểm chuyển quyền sở hữu nhà ở là kể từ thời điểm bên mua, bên thuê mua đã thanh toán đủ tiền mua, tiền thuê mua và đã nhận bàn giao nhà ở, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác”. Như vậy, khác với thời điểm chuyển quyền sử dụng đất là “phải đăng ký tại cơ quan đăng ký đất đai và có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký vào sổ địa chính”<sup>6</sup>, bên mua nhà ở sẽ được chuyển quyền sở hữu nhà ở trong hai trường hợp sau: *một là*, đã thanh toán đủ tiền mua nhà và đã nhận bàn giao nhà ở; *hai là*, theo thỏa thuận của các bên<sup>7</sup>. “Trường hợp các bên thỏa thuận thời điểm phát sinh quyền sở hữu nhà ở của bên mua thì pháp luật sẽ công nhận thỏa thuận đó. Ví dụ như các bên thỏa thuận bên mua có quyền sở hữu nhà ở kể từ thời điểm hợp đồng có hiệu lực<sup>8</sup> pháp luật thì kể từ thời điểm đó, quyền sở hữu đối với nhà ở của bên mua đã phát sinh dù các bên chưa thực hiện hợp đồng”<sup>9</sup>.

Tuy nhiên, theo một chuyên gia, quy định về thời điểm chuyển quyền sở hữu nhà ở có bất cập sau: “trường hợp hợp đồng đã có hiệu lực và các bên đã đi đăng ký cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở đó mà bên mua chưa trả đủ tiền hoặc chưa nhận nhà hoặc có thỏa thuận về thời điểm phát sinh quyền sở hữu sau đó thì quyền sở hữu phát sinh kể từ thời điểm nào. Tuy nhiên, Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở là một căn cứ pháp lý quan trọng khẳng định sự công nhận quyền sở hữu của Nhà nước đối với chủ thể có tài sản”<sup>10</sup>. Theo tác giả, trong trường hợp bên mua chưa trả đủ tiền và chưa nhận nhà thì mặc dù bên mua đã được cấp giấy chứng nhận về quyền sở hữu nhà ở cũng không thể coi là bên mua đã có “toàn quyền” sở hữu nhà ở. Bởi vì, các bên chưa hoàn thành nghĩa vụ với nhau, trong tình huống này, bên mua chưa hoàn thành việc trả đủ tiền cho bên bán. Hơn nữa, nghĩa vụ trả tiền là một trong các nghĩa vụ quan trọng nhất trong việc mua bán nhà ở và bản chất của việc mua bán nhà ở là một bên giao tiền (bên mua) và một bên sẽ giao nhà ở cùng các giấy tờ nhà liên quan đến nhà ở (bên bán); sau đó, một trong các bên (thường là bên mua) sẽ thực hiện các thủ tục đăng ký biến động và đóng thuế theo quy định.

4 Khoản 1 Điều 502 Bộ luật Dân sự năm 2015, điểm a khoản 3 Điều 167 Luật Đất đai năm 2013; khoản 1 Điều 120, khoản 1 Điều 122 Luật Nhà ở năm 2014.

5 Khoản 3 Điều 12 Luật Nhà ở năm 2014: “Trường hợp mua bán nhà ở giữa chủ đầu tư dự án xây dựng nhà ở với người mua thì thời điểm chuyển quyền sở hữu nhà ở là kể từ thời điểm bên mua nhận bàn giao nhà ở hoặc kể từ thời điểm bên mua thanh toán đủ tiền mua nhà ở cho chủ đầu tư. Đối với nhà ở thương mại mua của doanh nghiệp kinh doanh bất động sản thì thời điểm chuyển quyền sở hữu được thực hiện theo quy định của pháp luật về kinh doanh bất động sản”.

6 Khoản 3 Điều 188 Luật Đất đai năm 2013: “Việc chuyển đổi, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, thừa kế, tặng cho, thế chấp quyền sử dụng đất, góp vốn bằng quyền sử dụng đất phải đăng ký tại cơ quan đăng ký đất đai và có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký vào sổ địa chính”.

7 Đối với thời điểm chuyển quyền sở hữu nhà ở trong Luật Nhà ở năm 2005, thì thời điểm chuyển quyền được tính từ thời điểm hợp đồng công chứng đối với giao dịch về nhà ở giữa cá nhân với cá nhân hoặc đã giao nhận nhà ở theo thỏa thuận trong hợp đồng đối với giao dịch về nhà ở mà một bên là tổ chức kinh doanh nhà ở hoặc từ thời điểm mở thừa kế trong trường hợp nhận thừa kế nhà ở (khoản 5 Điều 93 Luật Nhà ở năm 2005).

8 Xem thêm khoản 1 Điều 122 Luật Nhà ở năm 2014: “thời điểm có hiệu lực của hợp đồng là thời điểm công chứng, chứng thực hợp đồng”; khoản 1 Điều 5 Luật Công chứng năm 2014: “văn bản công chứng có hiệu lực kể từ ngày được công chứng viên ký và đóng dấu của tổ chức hành nghề công chứng”.

9 Nguyễn Minh Oanh (Chủ biên), Bình luận Luật Nhà ở năm 2014, Nxb. Lao Động, năm 2018, tr. 45.

10 Nguyễn Minh Oanh (Chủ biên), tldd, tr. 46.



### 2. Thực tiễn áp dụng pháp luật về chuyển nhượng quyền sử dụng đất và mua bán nhà ở

#### 2.1 Chuyển nhượng quyền sử dụng đất mà trên đất có nhà chưa hoàn công

Trong thực tiễn xét xử, các bên thực hiện hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất theo đúng quy định, còn đối với nhà ở do chưa đủ điều kiện để tham gia giao dịch, tức nhà ở chưa được hoàn công để được công nhận trong giấy chứng nhận nên việc mua bán nhà ở chưa được thực hiện theo đúng quy định. Tuy nhiên, trong một số trường hợp, Tòa án vẫn công nhận giao dịch đối với nhà và đất khi các bên chỉ ký kết hợp đồng chuyển nhượng đối với quyền sử dụng đất (chỉ có đất). Như tại Bản án số 954/2017/DS-PT ngày 12/10/2017 của Tòa án nhân dân (TAND) Thành phố Hồ Chí Minh, Hội đồng xét xử nhận định (trích):

“[2] Xét yêu cầu kháng cáo của bà N về việc yêu cầu hủy giấy nhận tiền đã được bà T sửa ngày thành 21/12/2012: - Căn cứ lời khai của các bên đương sự có trong hồ sơ vụ án, xác định giữa bà N và bà T có xác lập giao dịch dân sự theo nội dung của giấy nhận tiền vào tháng 09/2012. Cụ thể nội dung chính là bà N đã nhận đủ số tiền của bà T giao là 1.800.000.000 đồng để thanh toán tiền mua nhà tại địa chỉ: đường A, Phường B, quận Q1, Thành phố Hồ Chí Minh. - Giấy nhận tiền được lập hai bản và mỗi bên giữ một bản đã được bà N và bà T cung cấp cho Tòa án (Bút lục P32 và 178). Xét trong suốt quá trình thu thập chứng cứ và giải quyết vụ án thì các bên đều thừa nhận có ký tên và ghi tên hai bên trong giấy nhận tiền này và cho đến nay không có tài liệu hoặc văn bản nào xác định đã hủy bỏ giấy nhận tiền này hoặc thỏa thuận khác liên quan đến giấy nhận tiền nêu trên.

Như vậy, có cơ sở xác định phía bà N đã nhận số tiền 1.800.000.000 đồng của bà T để thanh toán tiền mua nhà tại đường A, Phường B, quận Q1, Thành phố Hồ Chí Minh. Việc sửa chữa ngày và tháng trên giấy nhận tiền không làm thay đổi nội dung của giao dịch vì không có chứng cứ nào khác trực tiếp có liên quan đến giấy nhận tiền này xác định lại nội dung của giao dịch. - Phía bà N kháng cáo cho rằng giấy nhận tiền này đã được hủy bỏ khi hai bên ký kết hợp đồng hủy bỏ hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất ngày 21/12/2012 vì trong hợp đồng có nội dung “tất cả các khoản tiền các bên đã giải quyết xong, không còn ai thắc mắc khiếu nại gì” là đã xác định hủy bỏ giấy nhận tiền ghi tháng 09/2012. Lập luận nêu trên của bà N cũng như người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của bà N là không có cơ sở, bởi lẽ trong hợp đồng nêu trên không ghi cụ thể các khoản tiền gì? Ghi tại đâu? hoặc trên văn bản nào? mà thực tế thì tại hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất được hủy cũng ghi rất rõ việc thanh toán các bên tự thực hiện sau khi ký kết hợp đồng công chứng. Do đó, không có cơ sở cho rằng giấy nhận tiền giữa bà N và bà T đã được hủy bỏ. Ngoài ra, ngay sau khi ký hủy hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất thì cũng trong ngày 21/12/2012 hai bên lại ký hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất ngay. Như vậy có cơ sở xác định phía bà N đã nhận tiền mua bán nhà và chưa trả lại tiền cho bà T và tiếp tục ký hợp đồng mới với bà T. Cấp sơ thẩm đã nhận định đánh giá chứng cứ và bác yêu cầu của bà N về yêu cầu này là có căn cứ nên kháng cáo của bà N đối với yêu cầu hủy giấy nhận tiền là không được chấp nhận.

[3] Xét yêu cầu kháng cáo của bà N về việc yêu cầu hủy toàn bộ Hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất (không có tài

sản gắn liền với đất) số công chứng 035310, quyền P2 TP/CC-SCC/HĐGD, do Phòng Công chứng P, Thành phố Hồ Chí Minh chứng nhận ngày 21/12/2012 ký giữa bà N và bà T: - Xét bà N cho rằng bà T vi phạm nghĩa vụ thanh toán trả tiền theo hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất nêu trên nên yêu cầu hủy hợp đồng. Tuy nhiên, như phân tích đánh giá ở phần nội dung về giấy nhận tiền mua bán nhà thì yêu cầu của bà N hủy giấy nhận tiền là không được chấp nhận, xác định bà N đã nhận 1.800.000.000 đồng của bà T là thực hiện hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất nêu trên nên không có căn cứ xác định bà T vi phạm nghĩa vụ thanh toán tiền để yêu cầu hủy như yêu cầu của bà N. Ngoài ra, trình tự thủ tục giao dịch, ký kết và công chứng đối với hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất nêu trên đều đúng quy định pháp luật nên không có cơ sở chấp nhận yêu cầu của bà N như cấp sơ thẩm nhận định. Hội đồng xét xử phúc thẩm có căn cứ không chấp nhận yêu cầu kháng cáo về phần này của bà N.

[6] Xét yêu cầu kháng cáo của bà N về việc yêu cầu bác toàn bộ yêu cầu phản tố của bị đơn bà T: - Tại cấp sơ thẩm bà T có yêu cầu phản tố yêu cầu bà N phải tiếp tục thực hiện hợp đồng mua bán nhà ở và quyền sử dụng đất ở ngày 21/12/2012 và giao cho bà T căn nhà tại đường A, Phường B, quận Q1, Thành phố Hồ Chí Minh. - Căn cứ giấy nhận tiền có sửa chữa ngày 21/12/2012; căn cứ giấy phép xây dựng P642/GPXD do Ủy ban nhân dân quận Q1 cấp cho bà N ngày 16/11/2011; căn cứ lời khai của bà N tại biên bản hòa giải ngày 11/3/2016; biên bản đối chất ngày 29/9/2016 (Bút lục số 400, 401, 404, 405) xác định giao dịch mua bán nhà đất thực tế giữa bà N với bà T trong tháng 09/2012 và tại hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất ngày 21/12/2012 là mua bán nhà và chuyển

nhượng quyền sử dụng đất. Bởi lẽ, bà N đã xác định tại thời điểm giao dịch mua bán thì đất đã có nhà xây dựng theo giấy phép xây dựng do Ủy ban nhân dân quận Q1 cấp, nhà đất tồn tại đến nay. Như vậy, phía bà N cho rằng chỉ chuyển nhượng quyền sử dụng đất mà không bán nhà là không có căn cứ. Trong vụ án này, tại thời điểm chuyển nhượng nhà đất nêu trên thì các bên đương sự xác định tài sản là căn nhà chưa được nhà nước công nhận do việc xây dựng chưa được hoàn công. Như vậy, việc chuyển nhượng quyền sử dụng đất là hợp pháp mà trên đất có nhà thì không thể cho rằng phía bà N không bán nhà cho bà T. Hiện nay, nhà và đất có diện tích khác với bản vẽ trước đây khi xin cấp giấy chứng nhận, giấy phép xây dựng nhưng không có ai tranh chấp ngoài bà N với bà T về diện tích nhà đất nên yêu cầu phản tố của bà T là có cơ sở và cấp sơ thẩm giải quyết chấp nhận yêu cầu phản tố của bà T là có căn cứ. Việc sau này bà T tiến hành các thủ tục để công nhận về mặt pháp lý đối với nhà đất tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền là nghĩa vụ của bà T. Nội dung này không có tranh chấp nên Tòa án không xem xét giải quyết. Do đó, Hội đồng xét xử cũng không có cơ sở để chấp nhận yêu cầu kháng cáo của bà N đối với yêu cầu bác toàn bộ yêu cầu phản tố của bị đơn bà T”.

**Nhận định:** bà N và bà T có xác lập giao dịch dân sự, theo đó bà T đã đưa và bà N đã nhận đủ số tiền 1.800.000.000 đồng theo Giấy nhận tiền vào tháng 09/2012 (sửa chữa ngày 21/12/2012), mục đích là để thanh toán tiền mua nhà đất tại địa chỉ: đường A, Phường B, quận Q1, Thành phố Hồ Chí Minh. Sau đó, bà N và bà T có xác lập, thực hiện Hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất (không có tài sản gắn liền với đất) số công chứng 035310, quyền P2 TP/CC-SCC/HĐGD, do Phòng Công chứng

P, Thành phố Hồ Chí Minh chứng nhận ngày 21/12/2012. Tại thời điểm xác lập hợp đồng chuyển nhượng, trên đất đã tồn tại căn nhà được xây dựng theo giấy phép xây dựng P642/GPXD do Ủy ban nhân dân quận Q.1 cấp cho bà N ngày 16/11/2011 nhưng chưa được hoàn công để được công nhận quyền sở hữu nhà ở theo quy định.

*a) Về tính pháp lý của việc chuyển nhượng và mua bán nhà đất*

Theo quy định tại điểm a khoản 1 Điều 118 Luật Nhà ở năm 2014 (điểm a khoản 1 Điều 91 Luật Nhà ở năm 2005), giao dịch mua bán nhà ở thì người bán phải “có Giấy chứng nhận theo quy định của pháp luật”, đồng thời khi “mua bán nhà ở phải thực hiện công chứng, chứng thực hợp đồng”<sup>11</sup>. Theo Bản án trên, bà N là chủ sử dụng hợp pháp thửa đất theo giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản gắn liền với đất số BH020326, số vào sổ cấp GCN: CH 00753, do Ủy ban nhân dân quận Q.1 cấp ngày 08/11/2011. Trên thửa đất này đã tồn tại căn nhà 02 tầng được xây dựng theo Giấy phép xây dựng P642/GPXD ngày 16/11/2011 nhưng chưa được hoàn công. Như vậy, theo quy định, tại thời điểm bà N và bà T giao dịch mua bán nhà đất, căn nhà chưa được công nhận trên giấy chứng nhận quyền, do đó sẽ không đủ điều kiện để mua bán theo quy định.

Việc bà N và bà T ký Hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất (không có tài sản gắn liền với đất) số công chứng 035310, quyền P2 TP/CC-SCC/HĐGD, do Phòng Công chứng P, Thành phố Hồ Chí Minh

chứng nhận ngày 21/12/2012, theo quy định thì chỉ xác định các bên có thực hiện việc chuyển nhượng quyền sử dụng đất mà không bao gồm việc mua bán căn nhà trên đất.

*b) Thời điểm chuyển quyền sở hữu nhà ở*

Như đã phân tích, thời điểm chuyển quyền sở hữu nhà ở là thời điểm bên mua thanh toán đủ tiền mua nhà, tức là thanh toán 100% giá trị căn nhà mà các bên đã thoả thuận, đồng thời bên mua được bên bán bàn giao nhà ở. Khi hai điều kiện này xảy ra, thì bên mua sẽ được chuyển quyền sở hữu nhà ở theo quy định của Luật Nhà ở nếu các bên không có thoả thuận nào khác (khoản 1 Điều 12 Luật Nhà ở năm 2014)<sup>12</sup>. Tuy nhiên, ngoài ra theo quy định các bên buộc phải ký kết hợp đồng mua bán nhà ở có công chứng, chứng thực theo quy định.

Toà án nhận định rằng bà T đã thanh toán đủ tiền mua nhà đất là 1.800.000.000 đồng. Tuy nhiên, đối với việc bàn giao nhà ở thì chưa được làm rõ. Theo như lời khai của bà T, sau khi ký hợp đồng chuyển nhượng và đã nhận đủ tiền, Bà N đã giao toàn bộ giấy tờ bản chính của căn nhà cho bà T, đồng thời xin bà T cho ở nhờ vài tháng để tìm chỗ ở mới. Sau đó, bà T tiếp tục cho bà N chậm giao nhà trong một thời gian với lý do là cha bà N mất nên chờ đến khi xả tang thì giao nhà. Trong trường hợp này, nếu có đủ cơ sở xác nhận lời khai của bà T là đúng sự thật thì mặc dù bà N chưa giao nhà cho bà T nhưng cũng có cơ sở xác định rằng, bà N thừa nhận sẽ giao nhà cho bà T trong một khoảng thời gian hợp lý. Vì vậy, yếu tố bên bán bàn giao nhà ở cho bên mua có thể thoả mãn. Tuy

11 Khoản 1 Điều 122 Luật Nhà ở năm 2014, khoản 3 Điều 93 Luật Nhà ở năm 2005.

12 Luật Nhà ở năm 2005 có sự khác biệt về thời điểm chuyển quyền sở hữu so với Luật Nhà ở năm 2014: “quyền sở hữu nhà ở được chuyển cho bên mua, bên nhận tặng cho, bên thuê mua, bên nhận đổi nhà ở kể từ thời điểm hợp đồng được công chứng đối với giao dịch về nhà ở giữa cá nhân với cá nhân hoặc đã giao nhận nhà ở theo thoả thuận trong hợp đồng đối với giao dịch về nhà ở mà một bên là tổ chức kinh doanh nhà ở hoặc từ thời điểm mở thừa kế trong trường hợp nhận thừa kế nhà ở” (khoản 5 Điều 93).

nhiên, do nhà chưa được công nhận, chưa được cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu nên các bên đã không thể thực hiện việc ký hợp đồng mua bán có công chứng chứng thực. Vì vậy, trong trường hợp này, tác giả cho rằng quyền sở hữu căn nhà này vẫn chưa thể được chuyển giao một cách hợp pháp theo quy định của Luật Nhà ở.

*c) Căn cứ công nhận việc chuyển nhượng và mua bán nhà đất*

Theo Bản án, Toà án công nhận việc mua bán nhà đất giữa bà N và bà T “bởi lẽ, bà N đã xác định tại thời điểm giao dịch mua bán thì đất đã có nhà xây dựng theo giấy phép xây dựng do Ủy ban nhân dân quận Q1 cấp, nhà đất tồn tại đến nay. Như vậy, phía bà N cho rằng chỉ chuyển nhượng quyền sử dụng đất mà không bán nhà là không có căn cứ. Trong vụ án này, tại thời điểm chuyển nhượng nhà đất nêu trên thì các bên đương sự xác định tài sản là căn nhà chưa được nhà nước công nhận do việc xây dựng chưa được hoàn công. Như vậy, việc chuyển nhượng quyền sử dụng đất là hợp pháp mà trên đất có nhà thì không thể cho rằng phía bà N không bán nhà cho bà T”. Có thể thấy, có hai căn cứ để Toà án công nhận việc mua bán nhà đất này: *thứ nhất*, tại thời điểm giao dịch thì đất đã có nhà xây dựng theo giấy phép xây dựng được cơ quan có thẩm quyền cấp và nhà đất đã tồn tại đến nay; *thứ hai*, các bên đều xác định căn nhà chưa được hoàn công, chưa được công nhận vì vậy không thể công chứng hợp đồng mua bán.

Theo nhận định trên, dường như Toà án xem trọng ý chí của các bên trong giao dịch mua bán nhà mặc dù căn nhà chưa đủ điều kiện mua bán (căn nhà chưa được hoàn công, công nhận theo quy định) nhưng khi các bên đã tiến hành ký kết hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất, có việc giao nhận tiền trên thực tế, đồng thời có căn cứ

để xác định các bên đều biết thực trạng nhà đất trước khi giao kết hợp đồng. Do đó, Toà án đã công nhận hợp đồng chuyển nhượng và thoả thuận mua bán nhà ở giữa bà N và bà T, đồng thời buộc bà N giao căn nhà cho bà T mặc dù nhà ở chưa đủ điều kiện mua bán. Tác giả cho rằng, một yếu tố khác cũng rất quan trọng đó là căn nhà này đã được cơ quan có thẩm quyền cấp phép xây dựng, điều đó có nghĩa là sự tồn tại của căn nhà này đã được công nhận một phần nào đó (phần xây dựng phù hợp với giấy phép đã được cấp).

Đối với việc hoàn công, thực hiện thủ tục công nhận căn nhà, Toà án nhận định: “Hiện nay, nhà và đất có diện tích khác với bản vẽ trước đây khi xin cấp giấy chứng nhận, giấy phép xây dựng nhưng không có ai tranh chấp ngoài bà N với bà T về diện tích nhà đất nên yêu cầu phản tố của bà T là có cơ sở và cấp sơ thẩm giải quyết chấp nhận yêu cầu phản tố của bà T là có căn cứ. Việc sau này bà T tiến hành các thủ tục để công nhận về mặt pháp lý đối với nhà đất tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền là nghĩa vụ của bà T”. Như vậy, khi bà T được giao căn nhà theo hiện trạng thì việc hoàn công, thực hiện thủ tục công nhận căn nhà là nghĩa vụ của bà T.

Tuy nhiên, không phải lúc nào Toà án cũng công nhận cho bên mua được quyền quản lý, sử dụng nhà ở gắn liền với đất khi các bên ký kết hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất (không có tài sản trên đất), nhưng trên đất có tồn tại nhà ở chưa được hoàn công. Như tại Bản án số 145/2018/DS-PT ngày 20/06/2018 của TAND Cấp cao tại TP. Hồ Chí Minh (trích): “[4] Xét về Hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất được lập có công chứng vào ngày 03/02/2015 thì thể hiện như sau: Tại Điều 1 của Hợp đồng ghi quyền sử dụng đất được chuyển nhượng là quyền sử dụng đất của bên A đối với thửa

đất theo giấy chứng nhận quyền sử dụng đất quyền sở hữu nhà ở và tài sản gắn liền với đất số BT 974928 số vào sổ cấp giấy chứng nhận: CH 01612 do Ủy ban nhân dân huyện C tỉnh Tiền Giang cấp ngày 02/10/2014 cụ thể như sau: - Thừa đất số: 444; - Tờ bản đồ: 28; - Địa chỉ thửa đất: ấp A, xã L, huyện C tỉnh Tiền Giang; - Diện tích: 750 m<sup>2</sup>; - Mục đích sử dụng, thực trạng sử dụng, nguồn gốc sử dụng; - Thanh toán bằng tiền mặt sau khi ra công chứng với giá 220.000.000 đồng (BL 12).

Theo giấy chứng nhận quyền sử dụng đất quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất số BT 974928 thì chỉ xác định quyền sử dụng 750 m<sup>2</sup> đất không xác định nhà ở và công trình khác trên đất. Đồng thời sau khi chuyển nhượng, bà H làm thủ tục đăng ký tại Chi nhánh văn phòng đăng ký đất đai huyện C, Chi nhánh văn phòng xác định chỉ chuyển nhượng quyền sử dụng đất chứ không có tài sản trên đất (BL 53). Theo bà Vương Thị Vĩnh H cho rằng khi chuyển nhượng bà đã thỏa thuận với ông H1, bà T chuyển nhượng cả nhà và đất giá 320.000.000 đồng nhưng khi làm hợp đồng chỉ ghi giá 200.000.000 đồng. Trong hợp đồng không ghi việc chuyển nhượng nhà và tài sản gắn liền với đất vì nhà chưa được cấp quyền sở hữu nhà. Theo lời khai của ông H1, bà T cho rằng lúc đầu là quan hệ vay nợ sau đó thỏa thuận bán đất giá 220.000.000 đồng, không có thỏa thuận bán nhà (ông H1, bà T chỉ nhận số tiền 220.000.000 đồng) không phải 320.000.000 đồng như bà H khai. Ông H1, bà T đồng ý giao đất cho bà H còn nhà thì ông bà sẽ tháo dỡ.

Căn cứ vào Hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất ngày 03/02/2015 thể hiện ông Huỳnh Ngọc H1 và bà Nguyễn Thị Phương Hoài T chuyển nhượng 750 m<sup>2</sup> đất tại thửa số 444 tờ bản đồ số 28 tại ấp

A, xã L, huyện C tỉnh Tiền Giang với giá 220.000.000 đồng, ông H1, bà T không bán tài sản trên đất nên Tòa án cấp sơ thẩm xử cho phép ông H1, bà T và các thành viên trong gia đình được quyền tháo dỡ các công trình xây dựng trên đất trong thời hạn 6 tháng kể từ khi bản án có hiệu lực pháp luật để giao trả lại diện tích đất (theo giấy chứng nhận quyền sử dụng đất mà UBND huyện C đã cấp cho bà Vương Thị Vĩnh H) cho bà H là đúng quy định của pháp luật. Bà Vương Thị Vĩnh H kháng cáo cho rằng khi chuyển nhượng đất thì chuyển nhượng cả nhà nhưng bà H không có chứng cứ chứng minh việc chuyển nhượng nhà nên đơn kháng cáo của bà H không có cơ sở chấp nhận”.

Theo bản án trên thì bà Vương Thị Vĩnh H và ông H1, bà T ký hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất, từ đó bà Vương Thị Vĩnh H cho rằng sau khi ký hợp đồng chuyển nhượng thì bà được quyền sử dụng đất và nhà ở gắn liền với đất. Tuy nhiên, ông H1, bà T không đồng ý và cho rằng chỉ chuyển nhượng quyền sử dụng đất chứ không bán căn nhà trên đất. Tòa án cho rằng, bà Vương Thị Vĩnh H không có chứng cứ chứng minh khi chuyển nhượng quyền sử dụng đất là mua luôn căn nhà nên không chấp nhận yêu cầu của bà Vương Thị Vĩnh H. Đồng thời cho phép ông H1, bà T và những người trong hộ ông H1, bà T được tháo dỡ căn nhà, công trình xây dựng gắn liền với đất trong thời hạn 06 tháng. Kết thúc hạn trên thì ông H1, bà T và các thành viên trong hộ có trách nhiệm giao lại quyền sử dụng đất như trên cho bà Vương Thị Vĩnh H (kể cả các cây trồng trên đất). Có thể thấy, với nhận định trên Hội đồng xét xử thể hiện ý chí là “ngầm cho phép” các bên được phép giao dịch nhà đất (trong đó nhà chưa được cấp giấy chứng nhận về quyền sở hữu) mà không nhất thiết tuyên bố vô hiệu toàn bộ

giao dịch, điều này được thể hiện thông qua nhận định rằng “bà Vương Thị Vĩnh H không có chứng cứ chứng minh khi chuyển nhượng quyền sử dụng đất đồng thời mua luôn căn nhà nên không chấp nhận yêu cầu của bà Vương Thị Vĩnh H”.

Theo tác giả, phương án giải quyết của Toà án là tương đối thuyết phục, bởi có căn cứ xác định rằng ý chí các bên khi xác lập giao dịch chỉ là thực hiện việc chuyển nhượng quyền sử dụng đất, không có thoả thuận mua bán nhà ở gắn liền trên đất (không có chứng cứ chứng minh việc mua nhà ở và công trình gắn liền với đất). Ông H1, bà T cũng đồng ý giao quyền sử dụng đất cho bà H. Ngoài ra, thực tế sau khi thực hiện giao dịch, các bên cũng chưa thực hiện việc bàn giao nhà ở và công trình gắn liền với đất. Hơn nữa, về mặt pháp lý, các bên không thực hiện ký kết hợp đồng mua bán nhà ở mà chỉ ký hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất có công chứng, chứng thực; về mặt thực tiễn, các bên cũng không thực hiện việc giao nhận căn nhà, đây là các yếu tố pháp lý rất quan trọng nhưng các bên không thực hiện.

#### *d) Một vài kiến nghị*

Tác giả cho rằng, để xem xét công nhận hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất (chỉ có đất) và giao nhà ở (chưa hoàn công) cho một bên khi có tranh chấp cần phải xem xét đến các yếu tố sau đây: *thứ nhất*, về ý chí của các bên trong giao dịch (hai bên đồng ý chuyển nhượng quyền sử dụng đất và mua bán nhà ở, hay chỉ là giao dịch về đất hoặc nhà ở); *thứ hai*, về giá trị của đối tượng giao dịch (ở đây có thể chỉ là nhà ở hoặc chỉ có quyền sử dụng đất hoặc bao gồm cả nhà và đất) và đã hoàn thành việc giao nhận đủ tiền; *thứ ba*, tồn tại hay không việc giao nhận nhà đất trên thực tế (ai đang là người quản lý, sử dụng trực tiếp căn nhà) và không có tranh

chấp với bên thứ ba; *thứ tư*, nhà ở có tồn tại hợp pháp hay không? tức là việc xây dựng nhà ở đã được cơ quan có thẩm quyền cấp giấy phép xây dựng hay chủ sử dụng tự ý xây dựng mà chưa được cơ quan có thẩm quyền cho phép; *thứ năm*, sau khi hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất được công chứng chứng thực, các bên đã thực hiện thủ tục đăng ký, biến động theo quy định.

Nếu có căn cứ xác định rằng, ý chí của các bên là giao dịch cả quyền sử dụng đất (đất có mục đích sử dụng là đất phi nông nghiệp dùng để ở) và nhà ở, giá trị đất ở và nhà ở phù hợp với giá trị trên thị trường hoặc theo thoả thuận của các bên, bên mua đã trả đủ tiền và nhận nhà để quản lý sử dụng trên thực tế, đồng thời nhà ở này đã được cơ quan có thẩm quyền cấp giấy phép xây dựng (chưa hoàn công), bên mua đã hoàn thành thủ tục đăng ký biến động về quyền sử dụng đất và được đứng tên trên giấy chứng nhận. Nếu thoả mãn các yếu tố trên, có thể xem xét công nhận hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất và giao nhà cho bên mua; bởi lẽ, *một là*, mặc dù nhà ở chưa đủ điều kiện mua bán nhưng về mặt thực tế bên mua đã nhận nhà, quản lý sử dụng (không có tranh chấp với bên thứ ba), đồng thời đã hoàn thành mọi nghĩa vụ với bên bán (đã hoàn tất việc giao tiền); *hai là*, việc công nhận giúp ổn định các giao dịch dân sự, về mặt thực tế giao dịch đã hoàn thành, bên bán đã nhận được đầy đủ lợi ích của mình (nhận đủ tiền của bên mua), bên mua đã nhận nhà và giao đủ tiền; về mặt xã hội, nếu không công nhận thì sẽ dẫn đến tình trạng một trong các bên lợi dụng và việc giao dịch chỉ là công cụ để một trong các bên để trục lợi mà không muốn hoàn thành giao dịch, từ đó dẫn đến bất ổn các giao dịch dân sự; *ba là*, về nhà ở xét ở khía cạnh nào đó đã được phép tồn tại một cách “hợp pháp”, phù hợp với quy hoạch thông qua việc được

cơ quan có thẩm quyền cấp giấy phép xây dựng. Việc giao nhà ở cho bên mua sau đó thực hiện các thủ tục liên quan để được công nhận cũng phần nào tránh được lãng phí của cải, tài nguyên, nguồn lực của người dân và xã hội.

### ***2.1 Chuyển nhượng quyền sử dụng đất có tồn tại căn nhà trên đất bị vô hiệu do có đối tượng không thể thực hiện***

Tại Bản án số 21/2019/DS-ST ngày 03/05/2019 của TAND Thủ Dầu Một tỉnh Bình Dương: “[3] Quá trình giải giải quyết vụ án, Tòa án tiến hành phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ (bút lục 92) để các đương sự được tiếp cận các tài liệu, chứng cứ của vụ án. Đồng thời, mở phiên đối chất giữa ông Ch, bà M, bà A và ông D để thu thập chứng cứ nhưng ông Ch không đến đối chất, do đó Tòa án lập Biên bản không đối chất được ngày 06/11/2017 (bút lục 282).

Qua thu thập chứng cứ xác định, hộ bà A tại địa chỉ số 11/20 Khu 2, Ấp 1, xã H, thị xã M, tỉnh Sông Bé chỉ có bà A và ông Hoàng Văn D đăng ký và sinh sống từ năm 1985. Ngày 29/6/1993, ông D chuyển hộ khẩu đến địa chỉ số 37/52 Ấp 2, xã A, thị xã M, tỉnh Sông Bé sinh sống. Năm 2003, bà A mới nhận chuyển nhượng diện tích đất 397 m<sup>2</sup> của bà M. Do vậy, có căn cứ xác định Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất số W698637, số vào sổ 00369/QSDĐ/H, ngày 17/02/2003 được UBND thị xã M cấp cho cá nhân bà A. Mặt khác, tại Biên bản lấy lời khai ngày 28/11/2017 của Tòa án đối với ông D (bút lục 163, 164), ông D thừa nhận không biết quyền sử dụng đất bà A chuyển nhượng cho ông Ch là của ai. Ông D chỉ là người làm chứng trong việc chuyển nhượng đất giữa bà A và ông Ch. Bà A thừa nhận chữ ký, chữ viết Lê Ngọc A và dấu lấn tay trong

hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất ngày 07/9/2006 với ông Ch là do bà A viết, ký và lấn tay (bút lục 168). Sự thừa nhận của bà A là tình tiết không cần phải chứng minh quy định tại Điều 92 Bộ luật Tố tụng dân sự. Diện tích đất tranh chấp sau khi đo đạc thực tế là 434,1 m<sup>2</sup> (trong đó diện tích đất sử dụng 394,1 m<sup>2</sup>, diện tích đất chỉ giới đường bộ 40 m<sup>2</sup>). Diện tích nhà tranh chấp là 108,5 m<sup>2</sup> (bao gồm 0,6 m<sup>2</sup> nằm trên chỉ giới xây dựng). Nhà bà K, ông S 79 m<sup>2</sup> (bao gồm 22,2 m<sup>2</sup> nằm trên khoảng lùi xây dựng).

[4] Xét yêu cầu khởi kiện của bà Lê Tuyết M và yêu cầu độc lập của bà Lê Ngọc A, thấy rằng: Tại thời điểm bà A, ông Ch ký kết hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất (ngày 07/9/2006), trên đất đã có căn nhà cấp 4 gắn liền thửa đất. Sự việc này được ông Ch thừa nhận tại Đơn khởi kiện ngày 17/5/2016 (bút lục 02) nên thuộc tình tiết không cần phải chứng minh quy định tại Điều 92 Bộ luật Tố tụng dân sự. Tuy nhiên, ở mục tài sản gắn liền với đất trong Hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất ngày 07/9/2006, ông Ch, bà A không ghi căn nhà trên đất có là có thiếu sót, vì căn nhà và thửa đất là một khối thống nhất, không thể tách rời để chuyển nhượng và mua bán. Căn nhà được xây dựng kiên cố, có diện tích rất lớn 108,5 m<sup>2</sup> được bà A thừa nhận, ông Hoàng Văn D làm chứng do bà M xây dựng để sinh sống cùng bà A. Ông Ch là em ruột bà A, là cậu bà M biết rất rõ quá trình sinh sống, quản lý, sử dụng đất của bà M, bà A và việc hình thành căn nhà nhưng khi ký hợp đồng chuyển nhượng đất với bà A, ông Ch không ghi căn nhà gắn liền với thửa đất, không thông báo cho gia đình bà M biết là nhằm che giấu việc ký kết hợp đồng chuyển nhượng đất với gia đình bà M. Việc không ghi căn nhà gắn liền với thửa đất dẫn đến hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất

giữa bà A và ông Ch có đối tượng không thể thực hiện. Vì vậy, theo quy định tại Điều 411 Bộ luật Dân sự năm 2005 (nay là Điều 408 Bộ luật Dân sự năm 2015), Hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất ngày 07/9/2006 giữa bà A và ông Ch bị vô hiệu ngay từ khi giao kết hợp đồng”.

*a) Đường lối giải quyết của Tòa án*

Trong vụ việc trên, Tòa án căn cứ vào một số lý do sau để tuyên bố hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất vô hiệu ngay từ thời điểm giao kết hợp đồng. *Một là*, nhà và đất là một thể thống nhất không thể tách rời để chuyển nhượng và mua bán, do vậy việc bà A và ông Ch ký kết hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất khi đã biết trên đất có tồn tại căn nhà cấp 4 là không đúng quy định của pháp luật; *hai là*, trên thửa đất đã tồn tại căn nhà cấp 4, được xây dựng kiên cố, có diện tích rất lớn, ông Ch khi nhận chuyển nhượng của bà A đã biết rõ căn nhà hiện tại đang được bà M, bà A quản lý, sinh sống, sử dụng, đồng thời ông Ch cũng biết rõ nguồn gốc hình thành căn nhà nhưng vẫn ký hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất với bà A; *ba là*, việc bà A, ông Ch không ghi căn nhà gắn liền với thửa đất dẫn đến hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất có đối tượng không thể thực hiện được.

Trong một vụ việc khác, Tòa án cho rằng mặc dù trên đất có nhà, nhưng các bên chuyển nhượng quyền sử dụng đất không nêu rõ tình trạng đất là vi phạm khoản 3 Điều 694 Bộ luật dân sự năm 2005, việc

chuyển nhượng quyền sở hữu nhà trong khi không có giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở là không phù hợp với quy định của pháp luật nhà ở về điều kiện giao dịch được quy định tại Điều 91 Luật Nhà ở năm 2005, từ đó tuyên bố hợp đồng vô hiệu do vi phạm điều cấm của pháp luật<sup>13</sup>.

Có thể thấy, cả hai vụ việc nêu trên có điểm chung là các bên chuyển nhượng quyền sử dụng đất (thửa đất đã được cấp giấy chứng nhận), nhưng trên đất có tồn tại căn nhà (chưa được cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu). Vì vậy, các bên chỉ ký kết hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất (chỉ có đất) mà không ký hợp đồng mua bán nhà ở; do đó, Tòa án cho rằng đã vi phạm Bộ luật Dân sự và Luật Nhà ở, từ đó không công nhận hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất (mặc dù hợp đồng đã được công chứng chứng thực theo quy định) và mua bán nhà ở (hình thức thể hiện việc mua bán nhà ở thường là bằng lời nói hoặc giấy tay không có công chứng chứng thực).

*b) Kiến nghị*

Từ các vụ việc đã phân tích, tác giả nhận thấy hiện nay đường lối giải quyết đối với các tranh chấp liên quan đến hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất mà trên đất có tồn tại nhà ở gắn liền với đất (nhà ở tồn tại có thể được cấp giấy phép xây dựng hoặc chưa được cấp giấy phép xây dựng; chủ sở hữu nhà ở chưa thực hiện thủ tục hoàn công, chưa được cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở theo quy định) của Tòa án các cấp chưa có

13 Bản án số 786/2018/DS-PT ngày 28/8/2018 của TAND Thành phố Hồ Chí Minh: “[3] Về hình thức: Hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất số 040635 ngày 27/12/2012 giữa ông Diệp Bùi Chí D, Nguyễn Ngọc G và bà Nguyễn Thái H tại Phòng Công chứng số 2: Hợp đồng có chứng nhận của công chứng nhà nước nên đã tuân thủ về hình thức theo quy định tại Điều 127 Luật Đất đai năm 2003. Tuy nhiên, tại thời điểm ký kết hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất số 040635 ngày 27/12/2012 trên đất đã có nhà nhưng hai bên chỉ lập hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất, không nêu rõ tình trạng đất chuyển nhượng đã có nhà là vi phạm khoản 3 Điều 694 Bộ luật Dân sự 2005, việc chuyển nhượng quyền sở hữu nhà trong khi không có giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở là không phù hợp với quy định của pháp luật nhà ở về điều kiện giao dịch được quy định tại Điều 91 Luật Nhà ở năm 2005 nên hợp đồng này vừa vô hiệu do giả tạo và vừa vô hiệu do vi phạm điều cấm của pháp luật”.



sự đồng nhất. Thông thường, Toà án sẽ giải quyết theo một số đường lối như sau: *thứ nhất*, công nhận hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất, giao nhà ở cho bên mua; *thứ hai*, công nhận hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất và giao nhà cho bên bán; *thứ ba*, có Toà lại cho rằng quyền sử dụng đất và nhà ở là một thể thống nhất không thể tách rời để chuyển nhượng và mua bán riêng biệt nên tuyên bố hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất vô hiệu ngay từ thời điểm giao kết vì có đối tượng không thể thực hiện được, vi phạm điều cấm của pháp luật.

Tác giả cho rằng nhà và đất có thể là một thể thống nhất nhưng không nhất thiết không thể tách rời, trên thực tế hiện nay, rất nhiều căn nhà được tách rời khỏi đất và di chuyển bằng các phương tiện cơ giới hiện đại (nhà thông minh) từ nơi này đến nơi khác phục vụ cho nhu cầu sinh hoạt của mọi người. Trên thế giới và Việt Nam hiện nay, rất nhiều các căn nhà được lắp ghép hoàn thiện và được di chuyển từ nơi lắp ghép tới vị trí thửa đất xác định cho người có nhu cầu sử dụng; hoặc khi chủ sở hữu, sử dụng căn nhà không muốn ở tại vị trí đất trước đó có thể di chuyển căn nhà tới một vị trí, thửa đất khác<sup>14</sup>. Vì vậy, tác giả cho rằng trong một số trường hợp có thể xem xét công nhận hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất mặc dù tại thời điểm chuyển nhượng trên đất có tồn nhà ở (chưa được hoàn công, công nhận quyền sở hữu theo quy định) chứ không nhất thiết phải tuyên bố vô hiệu. Thực tế hiện nay, một số căn nhà mặc dù chưa được cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở nhưng pháp luật vẫn cho phép giao dịch như trường hợp mua bán nhà ở hình thành trong tương lai, tặng cho

nhà tình nghĩa tình thương (những căn nhà này xét ở một góc độ nào đó đã được cơ quan nhà nước cho phép tồn tại và đang trong quá trình hoàn thiện để được cấp giấy chứng nhận về quyền sở hữu)<sup>15</sup>... vì vậy, không có lý do gì để cho rằng nhà và đất là một thể thống nhất không thể tách rời từ đó tuyên vô hiệu việc chuyển nhượng, mua bán khi không đáp ứng đủ một số điều kiện nhất định.

Tuy nhiên, như đã phân tích, để công nhận hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất và giao nhà (chưa có giấy chứng nhận về quyền sở hữu) cho một trong các bên cần phải xem xét kỹ lưỡng một số tiêu chí, yếu tố nhất định như ý chí của các bên, việc giao nhận tiền và giao nhận nhà để quản lý sử dụng, đã hoàn thành thủ tục đăng ký biến động sau khi ký hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất hay chưa? Có che giấu giao dịch nào không? Căn nhà đã được cấp giấy phép xây dựng hay chưa... Nếu việc công nhận hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất và giao nhà là hợp tình và làm cho xã hội tốt đẹp hơn thì mặc dù có thiếu một số yếu tố nhất định theo quy định nhưng việc công nhận hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất vẫn là việc nên làm, việc công nhận như thế sẽ đem lại nhiều lợi ích cho cá nhân nói riêng và xã hội nói chung, giảm thiểu được các giao dịch bị vô hiệu và tranh chấp giữa các bên. Hơn nữa, các quy định của pháp luật nhìn ở một góc độ nhất định thường đi sau các quan hệ xã hội; vì vậy, trong một số trường hợp cần phải xem xét công nhận nếu giao dịch đó đáp ứng được một số tiêu chí nhất định nhằm bảo vệ các quan hệ xã hội mang tính chất tốt đẹp và có ích cho xã hội, cho mọi người ■

14 Trần Dương, Hào hứng với nhà lắp ghép nhanh gọn lẹ, lại rẻ, <https://tuoitre.vn/hao-hung-voi-nha-lap-ghiep-nhanh-gon-le-lai-re-20220909092101776.htm>, truy cập ngày 31/10/2022.

15 Xem khoản 2 Điều 118 Luật Nhà ở năm 2014.

# NHỮNG VẤN ĐỀ PHÁP LÝ VỀ CHUYỂN ĐỔI SỐ TRONG QUẢN TRỊ NGUỒN NHÂN LỰC CỦA DOANH NGHIỆP TẠI VIỆT NAM

Nguyễn Thị Thuỷ\*

Đỗ Nguyễn Hữu Tấn\*\*

\* PGS.TS. Khoa Quản trị, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh

\*\*ThS., Khoa Quản trị, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

## Thông tin bài viết

*Từ khóa:* Chuyển đổi số, quản trị nguồn nhân lực, pháp luật.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 20/02/2023

Biên tập: 12/03/2023

Duyệt bài: 14/03/2023

## Tóm tắt:

Hoạt động chuyển đổi số trong quản trị nguồn nhân lực của doanh nghiệp thực chất là việc sử dụng dữ liệu và những công nghệ mới để tạo ra sự thay đổi căn bản trong quản trị nguồn nhân lực của doanh nghiệp. Chuyển đổi số trong quản trị nguồn nhân lực góp phần phát triển nguồn nhân lực, nâng cao tinh thần hợp tác và gắn bó của nhân viên, thay đổi căn bản hoạt động quản trị, đảm bảo tính hiệu quả của công việc. Chuyển đổi số cũng đặt doanh nghiệp trước những thách thức chưa từng có, đòi hỏi phải có hành lang pháp lý an toàn. Hiện nay, pháp luật Việt Nam đã có nhiều quy định đáp ứng phần nào yêu cầu chuyển đổi số. Tuy nhiên, các quy định hiện hành vẫn còn một số bất cập đòi hỏi cần phải được hoàn thiện. Trong bài viết này, các tác giả tập trung phân tích thực trạng các quy định của pháp luật về chuyển đổi số và đưa ra những kiến nghị liên quan đến cơ chế chính sách và các quy định của pháp luật nhằm tạo điều kiện cho hoạt động chuyển đổi số trong quản trị nguồn nhân lực của doanh nghiệp phát triển tại Việt Nam.

## Article Information

*Keywords:* Digital transformation; human resource management; legislation.

*Article History:*

Received: 20 Feb. 2023

Edited: 12 Mar. 2023

Approved: 14 Mar. 2023

## Abstract:

Digital transformation in human resource management means using data and new technologies to create fundamental changes in human resource management duties. It brings back positive effects in terms of developing human resources, enhancing cooperation and engagement of employees, changing managerial models, and ensuring effectiveness and efficiency. It also puts the firms under tough challenges no longer encountered before. The laws of Vietnam provide several provisions in various legislative aspects to cope with digital transformation, but those still have some shortcomings which should be reviewed for further improvements. Within this article, the authors give out an analysis of the provisions related to digital transformation in human resource management, then gives some recommendations and feedback on the law and policies to ensure the development of digital transformation in human resource management in Vietnam.

## 1. Đặt vấn đề

Cuộc cách mạng công nghiệp (CMCN) lần thứ tư mở ra cơ hội cho các quốc gia và doanh nghiệp phát triển vượt bậc, đồng

thời cũng đặt ra thách thức về khả năng bị tụt hậu nếu không bắt kịp xu hướng phát triển. Theo đó, chuyển đổi số (CĐS) là một xu thế tất yếu, có tác động tích cực đến sự

tăng trưởng GDP, năng suất lao động và cấu trúc nhân sự trong doanh nghiệp<sup>1</sup>. Tính cách mạng về công nghệ dưới tác động của CDS đã làm thay đổi các mô hình kinh doanh<sup>2</sup> truyền thống, đặt các doanh nghiệp trước những thách thức to lớn phải có sự chuyển biến để tồn tại và phát triển<sup>3</sup>. Từ đó, các mô hình kinh doanh mới ra đời sử dụng triệt để mọi nguồn lực xã hội, làm cho năng suất lao động xã hội tăng nhanh và người tiêu dùng có thêm nhiều trải nghiệm. Chính vì vậy, mọi quốc gia và doanh nghiệp đều phải nhanh chóng đề ra các chiến lược CDS phù hợp với tình hình hoạt động của mình.

Bên cạnh đó, đại dịch Covid -19 đã đặt các quốc gia vào một bối cảnh vô cùng đặc biệt, việc phong tỏa xã hội, hình thành các khu cách ly, các chính sách về giãn cách xã hội, hạn chế tụ tập đông người, hạn chế tiếp xúc trực tiếp càng làm cho các phương thức giao tiếp trung gian trở nên linh hoạt và sáng tạo hơn dựa trên các dạng thức công nghệ hiện đại. Do đó, nhiều quốc gia đã đẩy mạnh công cuộc số hoá và ứng dụng công nghệ trong các hoạt động quản trị và điều hành, trong đó có Việt Nam. Ngay từ khi cuộc CMCN lần thứ 4 diễn ra, Đảng và Nhà nước ta đã xác định việc ứng dụng các thành tựu của cuộc CMCN này và CDS là nhiệm vụ trọng tâm, cấp bách. Hàng loạt các chủ trương, chính sách và quy định của Đảng và Nhà nước đã ra đời mở đường cho hoạt động CDS tại Việt Nam phát triển. CDS đặt ra nhiều vấn đề pháp lý mới đòi hỏi các nhà lập pháp phải có sự nhìn nhận nghiêm túc

thực trạng của hệ thống pháp luật hiện hành, từ đó có những thay đổi và điều chỉnh phù hợp. Hiện nay, CDS trong doanh nghiệp diễn ra ở tất cả các khía cạnh hoạt động của doanh nghiệp như quản trị tài chính, quản trị sản xuất, quản trị marketing, quản trị chiến lược và đặc biệt là quản trị nguồn nhân lực (NNL).

Có thể nói, CDS đóng vai trò then chốt và là một nhân tố quyết định sự thành công của quản trị NNL. CDS trong quản trị NNL với việc số hoá dữ liệu và các thành tựu công nghệ trong việc quản trị NNL có thể tạo ra sự thay đổi căn bản và toàn diện trong hoạt động của doanh nghiệp và phát triển NNL. Khi công tác phát triển nguồn nhân viên được chú trọng và nâng cấp, chất lượng đội ngũ nhân viên sẽ được nâng cao, họ chủ động hơn, chia sẻ nhiều hơn và từ đó hình thành kinh nghiệm làm việc cá nhân. Nhờ có công nghệ hiện đại, các nhân viên trong doanh nghiệp có thể giao tiếp với nhau nhiều hơn từ đó nâng cao tinh thần hợp tác và sự tham gia của nhân viên vào các công việc của doanh nghiệp<sup>4</sup>. Ngoài ra, ứng dụng công nghệ vào quản lý nhân sự sẽ mang lại thay đổi toàn diện phương pháp quản trị hiệu quả công việc truyền thống góp phần đánh giá nhân viên chính xác hơn và nâng cao năng suất lao động của họ. Để giúp doanh nghiệp tiếp cận với số hóa và nhằm bảo vệ quyền lợi của các chủ thể khi tham gia hoạt động CDS trong quản trị NNL, pháp luật cần điều chỉnh lĩnh vực này. Việc nghiên cứu những quy định của pháp luật về CDS trong quản

1 Dung, N.T., Tri, N.M., & Minh, L.N. (2021), "Digital transformation meets national development requirements", *Linguistics and Culture Review*, 5(2), p.892-905.

2 Nguyen, S.D. (2020), "Digital transformation in art pedagogical training in vietnam today", *Vietnam Journal of Education*, 4(4), p.69-75.

3 Dung, N.T., Tri, N.M., & Minh, L.N. (2021), "Digital transformation meets national development requirements", *Linguistics and Culture Review*, 5(2), p.892-905.

4 Hunt, C. (2014), "Transforming Talent Management: The Impact of Social and Digital Tech", The Denovati group.

trị NNL tại doanh nghiệp là yêu cầu cần thiết trong thời đại số hóa.

## 2. Bản chất và vai trò của hoạt động chuyển đổi số trong quản trị nguồn nhân lực tại doanh nghiệp

### 2.1. Bản chất của chuyển đổi số trong quản trị nguồn nhân lực

CĐS trong quản trị NNL là sự chuyển đổi trong cách thức hoạt động của việc quản lý NNL, sử dụng dữ liệu để định hướng và giải quyết các vấn đề như: quản lý tiền lương, năng suất lao động, đào tạo và phát triển, khen thưởng và tuyển dụng. Việc CĐS sẽ giúp quản lý lực lượng lao động hiệu quả, do đó sẽ ảnh hưởng tích cực đến kết quả kinh doanh, trải nghiệm tại nơi làm việc và văn hóa tổ chức, đảm bảo tầm nhìn hoàn chỉnh, quản lý lực lượng lao động và kiểm soát toàn bộ các quy trình thiết yếu cho tất cả các kỹ năng.

CĐS trong quản trị NNL tại doanh nghiệp là số hóa các dữ liệu và quy trình chuyên môn nghiệp vụ của doanh nghiệp bằng việc triển khai và áp dụng công nghệ nhằm tự động hóa quy trình nhân sự, tiết kiệm thời gian và chi phí cho doanh nghiệp. Mục tiêu của CĐS trong quản trị NNL là tự động hóa các quy trình, giảm thời gian thực hiện các công việc lặp đi lặp lại và tận dụng tối đa khả năng hiện có của nhân viên. Con người chính là trung tâm của CĐS trong quản trị NNL. Do vậy, để thành công, doanh nghiệp phải xây dựng được văn hóa số. Điều này có nghĩa rằng, con người phải sử dụng được các giải pháp tự động nhằm tăng cường khả năng của chính mình.

CĐS trong quản trị NNL là việc sử dụng

dữ liệu và những công nghệ mới để tạo ra những sự thay đổi căn bản trong hoạt động quản trị NNL bao gồm nhưng không giới hạn các hoạt động quản lý chiến lược NNL, quản lý tài nguyên nhân lực, trách nhiệm xã hội, quản trị tri thức, phát triển tổ chức, tạo nguồn, quản lý dựa theo kết quả, học tập và phát triển, khen thưởng, mối quan hệ với nhân viên, tinh thần và sức khỏe của nhân viên, qua đó tạo ra những giá trị cho doanh nghiệp.

CĐS trong quản trị NNL là sự chuyển đổi trong cách thức hoạt động của việc quản lý NNL, sử dụng dữ liệu để định hướng và giải quyết các vấn đề như: quản lý tiền lương, năng suất lao động, đào tạo và phát triển, khen thưởng và tuyển dụng. Việc CĐS sẽ giúp quản lý lực lượng lao động hiệu quả do đó sẽ ảnh hưởng tích cực kết quả kinh doanh, trải nghiệm tại nơi làm việc và văn hóa tổ chức, đảm bảo tầm nhìn hoàn chỉnh, quản lý lực lượng lao động và kiểm soát toàn bộ các quy trình thiết yếu cho tất cả các kỹ năng.

### 2.2. Vai trò của hoạt động chuyển đổi số trong quản trị nguồn nhân lực

CĐS trong quản trị NNL ứng dụng dữ liệu và những công nghệ mới để quản trị NNL trong doanh nghiệp từ đó có thể tạo ra những sự thay đổi căn bản và toàn diện trong mô hình quản trị NNL và mang lại các giá trị cho nhân viên, doanh nghiệp và rộng hơn là toàn xã hội. Do vậy, CĐS trong quản trị NNL mang lại nhiều vai trò to lớn:

*Thứ nhất*, nâng cao việc sử dụng công nghệ trong bối cảnh toàn cầu hoá có vai trò rất quan trọng trong việc phát triển NNL của doanh nghiệp<sup>5</sup>. Phát triển NNL của doanh

5 Betchoo, N. K. (2016), "Digital Transformation and its impact on Human Resource Management: A Case Analysis of two unrelated businesses in the Mauritian public service", IEEE International Conference on Emerging Technologies and Innovative Business Practices for the Transformation of Societies (EmergiTech), 2016, p.147-152.

nghiệp (Human resource development) bao gồm việc bồi dưỡng và nâng cao năng lực, phát triển sự nghiệp, huấn luyện, xác định nhân sự chủ chốt, phát triển văn hoá tổ chức... Trước đây, công nghệ chỉ đóng vai trò như công cụ hỗ trợ cho việc bồi dưỡng và nâng cao năng lực của nhân viên. Tuy nhiên, CDS với những công nghệ mới hiện đại hơn góp phần phát huy vai trò chủ động của nhân viên trong quá trình này. Nhân viên có thể chia sẻ nhiều hơn quan điểm của mình và hình thành những kinh nghiệm làm việc cá nhân.

*Thứ hai*, CDS trong quản trị NNL thúc đẩy và nâng cao sự giao tiếp, hợp tác và gắn kết không chỉ giữa nhân viên và doanh nghiệp mà còn giữa các nhân viên với nhau<sup>6</sup>. Điều này đóng vai trò vô cùng quan trọng quyết định đến sự tồn tại và phát triển của doanh nghiệp. Thông tin trong doanh nghiệp cần được đảm bảo thông suốt và sự thấu hiểu quyết định phần lớn đến khả năng thực hiện các chiến lược của doanh nghiệp. Sự hợp tác và gắn kết của nhân viên vào trong công việc góp phần nâng cao hiệu quả và hiệu suất của công việc.

*Thứ ba*, CDS góp phần thay đổi căn bản hoạt động quản trị hiệu quả công việc của nhân viên với sự hỗ trợ của công nghệ. Quản lý hiệu quả công việc của nhân viên thông qua văn bản dường như đang lỗi thời, thay vào đó các công ty thực hiện quản lý thông qua các phần mềm hoặc ứng dụng quản lý. Điều này cho phép các cấp quản lý theo dõi và góp ý gần như liên tục với nhân viên để họ biết được các nhiệm vụ đang được thực hiện như thế nào. Điều này góp

phần nâng cao khả năng hoàn thành nhiệm vụ, độ chính xác và giảm thiểu những tình huống bất ngờ.

### **2.3. Những thách thức đối với hoạt động chuyển đổi số trong quản trị nguồn nhân lực**

CDS nói chung và CDS trong quản trị NNL tại doanh nghiệp nói riêng có sự khác biệt khá lớn giữa các ngành/lĩnh vực, đặc biệt các doanh nghiệp vừa và nhỏ dường như khó triển khai hoạt động này. Theo OECD, 96% các doanh nghiệp ở Việt Nam là doanh nghiệp vừa và nhỏ<sup>7</sup>. Với nguồn lực hạn chế, các doanh nghiệp này khó có thể áp dụng đồng bộ các thành tựu công nghệ vào quá trình quản trị doanh nghiệp nói chung và quản trị NNL nói riêng. Điều này là rào cản khá lớn đối với hoạt động CDS trong quản trị NNL tại Việt Nam.

NNL tại Việt Nam am hiểu về CDS còn hạn chế, đặc biệt có sự thiếu hụt đội ngũ chuyên gia về thực hiện các hoạt động CDS. CDS giúp cho việc ứng dụng các thành tựu công nghệ để phân tích, chuyển đổi và tạo ra giá trị cho doanh nghiệp. Chính vì vậy, CDS đòi hỏi một lực lượng chuyên gia am hiểu và có khả năng ứng dụng các công nghệ trên thế giới vào việc vận hành doanh nghiệp. Điều này đặt ra nhu cầu khá lớn về NNL trong bối cảnh chất lượng NNL của Việt Nam chưa tương xứng.

Việc số hoá thông tin và ứng dụng công nghệ trong quản trị NNL với bối cảnh vấn đề an ninh mạng còn chưa sẵn sàng có thể gây ra những tổn thất nghiêm trọng không chỉ cho doanh nghiệp mà còn cho chính nhân viên của công ty. CDS yêu cầu nền

6 Hunt, C. (2014), “Transforming Talent Management: The Impact of Social and Digital Tech”, The Denovati group.

7 OECD (2021), Báo cáo chính sách doanh nghiệp nhỏ và vừa và khởi nghiệp tại Việt Nam: Tổng quan đánh giá và kiến nghị chính sách, tr.3.

tăng công nghệ mạnh, an toàn và đáng tin cậy. Đặt trong bối cảnh hiện nay, an ninh mạng và an toàn thông tin là những vấn đề còn khá mới mẻ tại Việt Nam, mặc dù nhà chức trách đã có một số quy định về vấn đề này. Tuy nhiên, khoảng cách từ pháp luật đến thực tiễn áp dụng còn khá xa. Việc vội vàng ứng dụng công nghệ khi chưa am hiểu những vấn đề có thể phát sinh trong quá trình sử dụng có thể dẫn đến những rủi ro như thông tin bị đánh cắp, bị tiết lộ hoặc hệ thống dữ liệu bị đánh sập... Điều này phần nào làm giảm thiểu niềm tin của các doanh nghiệp và chính bản thân nhân viên vào các hệ thống quản lý.

### 3. Quy định của pháp luật về chuyển đổi số trong hoạt động quản trị nguồn nhân lực và những bất cập còn tồn tại

Xuất phát từ bản chất và vai trò của hoạt động CDS trong quản trị nguồn nhân lực cũng như những thách thức mà doanh nghiệp có thể gặp phải, Đảng và Nhà nước ta đã có những chủ trương, chính sách kịp thời tạo tiền đề để tiến hành luật hoá các quy định nhằm điều chỉnh hoạt động này. Cụ thể, trong thời gian qua, Đảng và Nhà nước đã lãnh đạo, chỉ đạo các cấp, các ngành đẩy mạnh ứng dụng, phát triển khoa học, công nghệ và đổi mới sáng tạo, nghiên cứu nắm bắt, nâng cao năng lực tiếp cận và chủ động tham gia cuộc CMCN lần thứ tư. Bộ Chính trị đã ban hành 02 Nghị quyết quan trọng có liên quan trực tiếp đến hoạt động CDS tại Việt Nam bao gồm: Nghị quyết số 23-NQ/TW ngày 22/3/2018 của Bộ Chính trị về định hướng xây dựng chính sách phát triển công nghiệp quốc gia đến năm 2030,

tầm nhìn đến năm 2045 nhấn mạnh “khai thác triệt để thành tựu của cuộc CMCN lần thứ 4”; và Nghị quyết số 52-NQ/TW ngày 27/9/ 2019 của Bộ Chính trị về một số chủ trương, chính sách chủ động tham gia cuộc CMCN lần thứ tư xác định: “Chủ động, tích cực tham gia cuộc CMCN lần thứ tư là yêu cầu tất yếu khách quan; là nhiệm vụ có ý nghĩa chiến lược đặc biệt quan trọng, vừa cấp bách vừa lâu dài của cả hệ thống chính trị và toàn xã hội...”<sup>8</sup>. Như vậy, hai Nghị quyết này đã xác định việc ứng dụng thành tựu của cuộc CMCN lần thứ 4 là nhiệm vụ vô cùng quan trọng và cấp bách trong giai đoạn sắp đến.

Xét về khía cạnh các quy định của pháp luật điều chỉnh, hiện nay chưa có một văn bản cụ thể nào quy định về CDS trong quản trị nguồn nhân lực mà các quy định của pháp luật trong lĩnh vực này nằm rải rác ở các văn bản quy phạm pháp luật khác.

*Thứ nhất*, về vấn đề quản lý tiền lương, theo Điều 96 Bộ luật Lao động năm 2019 và Điều 54 Nghị định 145/2020/NĐ-CP ngày 14/12/2020 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Bộ luật Lao động về điều kiện lao động và quan hệ lao động:

*“Lương được trả bằng tiền mặt hoặc trả qua tài khoản cá nhân của người lao động (NLD) được mở tại ngân hàng.*

*Trường hợp trả lương qua tài khoản cá nhân của NLD được mở tại ngân hàng thì người sử dụng lao động (NSDLĐ) phải trả các loại phí liên quan đến việc mở tài khoản và chuyển tiền lương”<sup>9</sup>.*

8 Nghị quyết số 52-NQ/TW ngày 27/09/2019 của Bộ chính trị về một số chủ trương, chính sách chủ động tham gia cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư.

9 Khoản 2 Điều 96 Bộ luật Lao động năm 2019.

Như vậy, pháp luật lao động đã ghi nhận và cho phép các doanh nghiệp thực hiện việc trả lương nhân viên thông qua tài khoản cá nhân của NLD mở tại ngân hàng. Doanh nghiệp có thể lựa chọn giữa hình thức trả lương truyền thống bằng tiền mặt hoặc thanh toán qua tài khoản cho nhân viên hàng tháng. Trong trường hợp thực hiện thanh toán tiền lương qua ngân hàng, doanh nghiệp phải chịu hoàn toàn các chi phí phát sinh. Quy định này góp phần giúp doanh nghiệp tiết kiệm thời gian, chi phí và công sức khi không cần phải chuẩn bị các bảng lương và yêu cầu nhân viên trực tiếp đến ký nhận. Ngoài ra, việc trả lương qua tài khoản ngân hàng cũng tạo điều kiện cho các cơ quan quản lý nhà nước thực hiện việc thanh tra, kiểm tra việc trả lương cho nhân viên, thu các loại thuế.

*Thứ hai*, về vấn đề đào tạo và phát triển, pháp luật lao động có những quy định liên quan đến việc đào tạo, bồi dưỡng và nâng cao trình độ của NLD. Như đã đề cập ở trên, NNL trình độ cao có kiến thức về khoa học kỹ thuật đóng vai trò quan trọng quyết định sự thành công trong chiến lược CDS của doanh nghiệp. Vì vậy, việc pháp luật lao động ghi nhận vấn đề này là vô cùng phù hợp. Theo điểm c khoản 2 Điều 6 Bộ luật Lao động năm 2019, NLD có quyền và nghĩa vụ thực hiện việc đào tạo, đào tạo lại, bồi dưỡng nâng cao trình độ, kỹ năng nghề nhằm duy trì, chuyển đổi nghề nghiệp, việc làm cho NLD. Cụ thể hoá cho quy định này, khoản 1 Điều 60 Bộ luật Lao động năm 2019 yêu cầu NSDLĐ phải xây dựng kế hoạch hằng năm và dành kinh phí cho việc đào tạo, bồi dưỡng, nâng cao trình độ, kỹ năng nghề, phát triển kỹ năng nghề cho NLD đang làm việc cho mình; đào tạo cho NLD

trước khi chuyển làm nghề khác cho mình. Ngoài ra, khoản 2 điều này cũng quy định hàng năm, NSDLĐ phải thông báo kết quả đào tạo, bồi dưỡng, nâng cao trình độ, kỹ năng nghề cho cơ quan chuyên môn về lao động thuộc Ủy ban nhân dân cấp tỉnh. Thực chất, pháp luật đã có quy định về quyền và nghĩa vụ đào tạo của NSDLĐ. Doanh nghiệp nếu muốn thực hiện nhanh chóng quá trình CDS nói chung và CDS trong quản trị NNL nói riêng cần phải chủ động và tích cực nâng cao trình độ của đội ngũ nhân viên, đặc biệt các kiến thức liên quan đến công nghệ và ứng dụng công nghệ trong quản lý.

*Thứ ba*, về vấn đề tuyển dụng NLD, pháp luật Việt Nam đã có những quy định nhằm tạo hành lang pháp lý an toàn cho việc giao kết các hợp đồng lao động (HDLĐ) trong bối cảnh CDS. Bộ luật Lao động năm 2019 đã bổ sung thêm quy định về việc HDLĐ có thể được giao kết thông qua phương tiện điện tử dưới hình thức thông điệp dữ liệu theo quy định của pháp luật về giao dịch điện tử (Khoản 1 Điều 14). Xét về nhiều khía cạnh, HDLĐ điện tử có nhiều ưu điểm và mang lại những lợi ích như: giúp rút ngắn thời gian và tiết kiệm chi phí trong việc thiết lập quan hệ lao động giữa các bên; giúp việc lưu trữ, quản lý, báo cáo nhân sự được thuận tiện, nhanh chóng; cắt giảm các thủ tục không cần thiết trong trình tự giao kết HDLĐ truyền thống. Tuy nhiên, bên cạnh mặt tích cực đạt được thì hiện nay phương thức giao kết HDLĐ mới này vẫn tiềm ẩn những khó khăn và rủi ro pháp lý cho các bên tham gia quan hệ lao động. Một là, doanh nghiệp ký kết HDLĐ là chủ thể chịu trách nhiệm lưu trữ các hợp đồng điện tử này và có thể cho phép NLD truy cập thông

qua một hình thức nào đó. Tuy nhiên, trong nhiều trường hợp NLD khó có thể tiếp cận bằng lương hay HĐLĐ do chính mình ký kết vì lý do trực trặc hệ thống hay đơn giản là bên sử dụng lao động hạn chế quyền truy cập. Hai là, tính xác thực và độ chính xác của các HĐLĐ điện tử được NSDLĐ lưu trữ cũng khó đảm bảo vì có thể bị chỉnh sửa hay thay đổi một cách dễ dàng do được lưu trữ trên hệ thống của NSDLĐ. Ba là, vấn đề xác định năng lực của chủ thể tham gia vào quan hệ lao động khó khăn trong điều kiện các hoạt động phỏng vấn, tuyển dụng và giao kết hợp đồng được thực hiện trên nền tảng công nghệ số. Bốn là, vấn đề về xác thực và lưu trữ chữ ký điện tử trong giao kết hợp đồng điện tử cũng cần được quy định một cách cụ thể. Về vấn đề này, thực chất Luật Giao dịch điện tử (Luật số 51/2005/QH11) ban hành ngày 29/11/2005 đã có một số quy định cụ thể. Luật này điều chỉnh các giao dịch điện tử trong hoạt động của các cơ quan nhà nước, hoạt động trong lĩnh vực dân sự, kinh doanh, thương mại và các lĩnh vực khác do pháp luật quy định. Các quy định trong Luật này đã tạo hành lang pháp lý an toàn cho các giao dịch điện tử tại Việt Nam, đặc biệt trong bối cảnh CDS. Có thể kể đến các quy định về chữ ký số và chứng thực chữ ký số; giao kết và thực hiện hợp đồng điện tử; an ninh, an toàn, bảo vệ và bảo mật trong giao dịch điện tử. Tuy nhiên, trong bối cảnh cuộc CMCN lần thứ tư, Luật này dường như chưa đáp ứng kịp trình độ phát triển, đặc biệt nhất là vấn đề định danh điện tử và xác thực điện tử. Hiện nay, chưa có quy định của pháp luật về hai nhóm vấn đề này nên có thể gây ra các rủi ro trong việc thực hiện các giao dịch điện tử.

#### 4. Các kiến nghị hoàn thiện cơ chế chính sách và pháp luật về hoạt động chuyển đổi số trong quản trị nguồn nhân lực tại doanh nghiệp

##### 4.1. Về các cơ chế, chính sách thúc đẩy chuyển đổi số trong quản trị nguồn nhân lực

*Thứ nhất*, trong bối cảnh toàn cầu hoá, quản trị NNL bằng dữ liệu số và các công nghệ hiện đại góp phần gia tăng năng lực cạnh tranh của doanh nghiệp không chỉ trong nước mà còn trên thế giới. Tuy nhiên, sự khác biệt về điều kiện tài chính của các doanh nghiệp Việt Nam có thể là rào cản cho CDS trong lĩnh vực quản trị NNL. Vì vậy, Đảng và Nhà nước cần tiếp tục xác định vấn đề CDS nói chung và CDS trong quản trị NNL nói riêng là nhiệm vụ trọng tâm và cấp bách; có những cơ chế hỗ trợ về mặt chính sách để giúp doanh nghiệp có thể tiếp cận các gói hỗ trợ hay các khoản vay để giúp doanh nghiệp thực hiện mục tiêu số hoá theo tinh thần của Quyết định 1970/QĐ-BTTTT của Bộ Thông tin và Truyền thông ngày 13/12/2021 phê duyệt đề án xác định chỉ số đánh giá mức độ CDS doanh nghiệp và hỗ trợ thúc đẩy doanh nghiệp CDS.

*Thứ hai*, Đảng và Nhà nước cần quan tâm đến việc xây dựng các cơ chế, chính sách để đào tạo và thu hút NNL chất lượng cao có kiến thức chuyên sâu và có khả năng áp dụng các thành tựu khoa học kỹ thuật trong hoạt động quản trị nói chung và quản trị NNL nói riêng. Điều kiện tiên quyết để công cuộc CDS thành công chính là chất lượng của đội ngũ nhân sự. Vậy nên, các cơ quan nhà nước cần có các đề án, chiến lược đào tạo trong dài hạn NNL phục vụ cho hoạt động số hoá và ứng dụng công nghệ trong quản trị NNL.



*Thứ ba*, Đảng và Nhà nước cần có các quy định nhằm bảo đảm nguyên tắc phát triển các nền tảng số có khả năng kết nối hoạt động liên thông theo tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật, có sự liên kết, chia sẻ dữ liệu, tạo được sức mạnh tổng thể và mang lại hiệu quả, tránh việc triển khai trùng lặp, rời rạc. Đồng thời, có các quy định về phối hợp và tổ chức triển khai kế hoạch hành động cụ thể để phát triển từng nền tảng số quốc gia. Với mỗi nền tảng số quốc gia, xác định cụ thể cơ chế phối hợp hành động giữa Bộ Thông tin và Truyền thông và Bộ chủ quản chuyên ngành để thúc đẩy phát triển, hỗ trợ sử dụng các nền tảng số Việt Nam.

#### **4.2. Về hoàn thiện các quy định của pháp luật liên quan đến CDS trong quản trị NNL của doanh nghiệp tại Việt Nam**

*Thứ nhất*, việc quy định về thanh toán tiền lương của doanh nghiệp nên theo hướng bắt buộc doanh nghiệp phải thanh toán tiền lương và các khoản khác cho nhân viên thông qua tài khoản mở tại ngân hàng. Tuy nhiên, việc này nên thực hiện từng bước theo từng giai đoạn để các doanh nghiệp nhỏ và vừa có thể thích ứng phù hợp. Nếu tất cả các doanh nghiệp trả lương cho nhân viên thông qua tài khoản mở tại ngân hàng thì doanh nghiệp sẽ tiết kiệm được thời gian, công sức và chi phí, đồng thời các cơ quan quản lý nhà nước sẽ dễ dàng thanh tra, kiểm tra và thu các loại thuế. Do đó, Nhà nước cần có quy định thực hiện lộ trình bắt buộc các doanh nghiệp phải thực hiện việc trả lương qua tài khoản ngân hàng thay thế hoàn toàn việc trả lương bằng tiền mặt. Cách thức quy định này phù hợp với định hướng của Nhà nước trong việc hạn chế sử dụng tiền mặt trong các giao dịch, hướng đến không dùng tiền mặt trong nhiều giao dịch.

*Thứ hai*, các cơ quan quản lý nhà nước cần tiếp tục xây dựng và hoàn chỉnh các bộ tiêu chí hướng dẫn việc thực hiện CDS trong doanh nghiệp. Việc luật hoá các quy định này là không cần thiết khi việc điều hành doanh nghiệp như thế nào thuộc về quyền của doanh nghiệp. Các cơ quan quản lý nhà nước chỉ cần đưa ra các hướng dẫn và thực hiện việc đánh giá phân loại doanh nghiệp và các doanh nghiệp sẽ phải tự mình thay đổi nếu muốn tồn tại và phát triển. Ngoài ra, việc thẩm định và phân loại mức độ CDS không nên chỉ hoàn toàn căn cứ vào các cơ quan nhà nước mà phải tạo điều kiện cho các chủ thể khác tự xây dựng bộ tiêu chí và tiến hành đánh giá độc lập thì mới đảm bảo tính khách quan và minh bạch.

*Thứ ba*, các quy định của pháp luật về lao động đã xác định quyền và nghĩa vụ của NSDLĐ trong công tác đào tạo và phát triển NNL nói chung. Tuy nhiên, nhằm phục vụ tốt cho nhiệm vụ CDS, các cơ quan quản lý nhà nước cần xây dựng các hướng dẫn và bộ tiêu chí về mức độ đào tạo NLĐ của từng doanh nghiệp.

*Thứ tư*, pháp luật cần tiếp tục hoàn thiện các quy định liên quan đến quá trình tuyển dụng và quản lý NNL, bao gồm:

Một là, hoàn thiện các quy định của pháp luật điều chỉnh về giao kết HĐLĐ điện tử. Đa phần các HĐLĐ được ký kết đều được số hoá và lưu trữ hoặc các doanh nghiệp thực hiện việc ký kết các hợp đồng điện tử với nhân viên theo quy định của pháp luật; do đó, pháp luật về HĐLĐ điện tử cần được hoàn thiện như sau:

(1) Pháp luật cần quy định nghĩa vụ cung cấp thông tin của NSDLĐ cho NLĐ. Một số nội dung có thể lưu ý bao gồm:

hình thức, thời gian, nội dung chính của các thông tin cần phải cung cấp cho NLĐ. Pháp luật cần quy định các chế tài cụ thể trong trường hợp doanh nghiệp vi phạm nghĩa vụ cung cấp thông tin này.

(2) Pháp luật cần quy định rõ ràng về khái niệm, những biểu hiện và chế tài của các hành vi xâm phạm, sửa đổi thông tin trong HĐLĐ điện tử với mục đích trục lợi để các bên giao kết HĐLĐ điện tử có thể nắm rõ và phòng tránh. Theo đó, có thể bổ sung quy định về dấu hiệu của các hành vi nêu trên là việc “truy nhập, sử dụng, tiết lộ, phá hoại trái phép hoặc sửa đổi thông tin trong HĐLĐ điện tử với mục đích trục lợi”.

(3) Bộ luật Lao động cần bổ sung quy định cụ thể để xác định hậu quả pháp lý của HĐLĐ điện tử đối với trường hợp NSDLĐ hoặc NLĐ có hành vi lừa dối hay không trung thực trong quá trình giao kết và thực hiện hợp đồng điện tử để bảo vệ quyền lợi hợp pháp của các bên tham gia vào quan hệ lao động. Vì vậy, nhóm tác giả kiến nghị theo hướng ghi nhận NLĐ và NSDLĐ có quyền yêu cầu đơn phương chấm dứt HĐLĐ điện tử khi đối phương có hành vi lừa dối hoặc không trung thực trong quá trình giao kết và thực hiện hợp đồng.

Hai là, hoàn thiện các quy định liên quan đến giao dịch điện tử. Pháp luật cần bổ sung các quy định về các nội dung liên quan đến định danh điện tử và xác thực điện tử khi thực hiện các giao dịch thanh toán cho NLĐ. Đây là hai vấn đề chưa được Luật Giao dịch điện tử năm 2005 quy định, gây khó khăn cho việc thực hiện các giao dịch của các chủ thể trong quan hệ lao động. Vì vậy, Bộ luật Lao động nên bổ sung điều khoản hướng dẫn cụ thể cách

thức xác định năng lực chủ thể của NLĐ và NSDLĐ. Theo đó, thẻ thông tin cá nhân bao gồm đầy đủ các thông tin của NLĐ và người giao kết HĐLĐ bên phía NSDLĐ về tên, năm sinh, số chứng minh nhân dân hoặc căn cước công dân, giới tính, nghề nghiệp, quê quán, nơi đăng ký thường trú, tình trạng sức khỏe... Ngoài ra, để bảo mật thông tin, các thẻ thông tin cá nhân này cần một mật khẩu để truy cập mà chỉ có chủ nhân của thẻ này và tổ chức cấp thẻ mới biết tương tự như chứng thư điện tử hay chứng thư số do tổ chức cung cấp dịch vụ chứng thực chữ ký điện tử và tổ chức cung cấp dịch vụ chứng thực chữ ký số cấp. Hơn thế nữa, để hạn chế những rủi ro và những tranh chấp phát sinh giả mạo chữ ký điện tử hay mạo danh NSDLĐ để ký kết hợp đồng với mục đích trục lợi, Luật Giao dịch điện tử nên bổ sung vào Điều 23 về nguyên tắc sử dụng chữ ký điện tử quy định theo hướng bắt buộc các giao dịch điện tử có giá trị lớn và quan trọng thì phải sử dụng chữ ký số do tổ chức cung cấp dịch vụ chữ ký số cấp; còn đối với các giao dịch khác thì vẫn tuân theo sự thỏa thuận của các bên.

Việc quy định như vậy sẽ hạn chế được rủi ro cho các chủ thể tham gia HĐLĐ điện tử, bởi chữ ký số là loại chữ ký điện tử an toàn nhất và được sử dụng phổ biến nhất hiện nay, với tính năng “xác nhận người ký thông điệp dữ liệu và xác nhận sự chấp thuận của người đó đối với nội dung thông điệp dữ liệu được ký”, đồng thời “xác định sự toàn vẹn của nội dung thông điệp dữ liệu kể từ khi được ký”. Vì vậy, trong các giao dịch điện tử đặc biệt là giao kết hợp đồng điện tử nếu các bên sử dụng chữ ký số sẽ được đảm bảo an toàn, tính bảo mật cao, từ đó tránh được nhiều rủi ro ■

## BẢO ĐẢM THỰC HIỆN PHÁP LUẬT LAO ĐỘNG VỀ LAO ĐỘNG NỮ TRONG THỰC TIỄN ÁP DỤNG VÀ MỘT SỐ KIẾN NGHỊ

Singha Ngiamchaleun \*

Lê Văn Đức \*\*

\* ThS. Phó Vụ trưởng Vụ Thanh tra Bộ Tư pháp Lào

\*\* TS. Trường Đại học Luật Hà Nội.

### Thông tin bài viết

*Từ khóa:* Người lao động nữ, sử dụng lao động nữ.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 30/11/2022

Biên tập: 14/01/2023

Duyệt bài: 16/01/2023

### Tóm tắt:

Pháp luật về lao động nữ đặt lao động nữ vào một trong những đối tượng trong nhóm lao động đặc thù với nhiều đặc điểm riêng về vật chất, tinh thần và tâm sinh lý. Hiện nay, một số biện pháp pháp lý nhằm bảo đảm thực hiện pháp luật lao động về lao động nữ còn nhiều bất cập. Trên cơ sở phân tích, đánh giá những vấn đề còn bất cập đó, nhóm tác giả bài viết kiến nghị hướng hoàn thiện pháp luật.

### Article Information

*Keywords:* Female employees; employment of female employees.

*Article History:*

Received: 30 Nov. 2022

Edited: 14 Jan. 2023

Approved: 16 Jan. 2023

### Abstract:

Legal regulations on female labourers stipulate female employees in one of the subjects in a category of employees with various specific characteristics in terms of material, mental and psycho-physiology. Currently, a number of legal measures to ensure the enforcement of the labour law on female employees are still inadequate. Based on the analysis and reviews of the inadequacies found, the authors give out a number of suggestions for further improvements of the law related to female employees.

Người lao động (NLĐ) nữ là NLĐ mang giới tính nữ, từ đủ 15 tuổi trở lên, làm việc cho người sử dụng lao động (NSDLĐ) theo thỏa thuận, được trả lương và chịu sự quản lý, điều hành, giám sát của NSDLĐ. Xét về mặt pháp lý, lao động nữ là NLĐ, người làm việc cho NSDLĐ theo thỏa thuận, được trả lương và chịu sự quản lý, điều hành, giám sát của NSDLĐ.

Biện pháp pháp lý chính là cách thức bảo vệ pháp luật bằng việc tổ chức áp dụng và thi hành những luật lệ (chủ yếu bằng việc xét xử của Tòa án) xét dưới góc độ bảo vệ

pháp luật. Hiểu theo nghĩa hẹp, biện pháp pháp lý chính là việc xét xử của Tòa án, tuân theo những thủ tục tố tụng nhất định đối với vụ việc, những vi phạm pháp luật, những tranh chấp kiện tụng của các chủ thể trong đời sống xã hội nhằm bảo vệ pháp luật, cũng như duy trì bảo vệ, bảo đảm công bằng cho các chủ thể tham gia quan hệ pháp luật.

Đảm bảo thực hiện pháp luật lao động bằng biện pháp pháp lý cũng chính là cách thức áp dụng pháp luật lao động để giải quyết các tranh chấp lao động và đảm bảo thực thi pháp luật thông qua hoạt động xét

xử của Tòa án. Biện pháp này tạo điều kiện cho NLD thực hiện các quyền đã được pháp luật thừa nhận và ngăn chặn sự xâm phạm từ phía người sử dụng thông qua cách thức áp dụng pháp luật theo trình tự thủ tục tố tụng, đảm bảo tính thực thi của chính những quy phạm pháp luật do Nhà nước ban hành, mang lại lợi ích chính đáng cho các chủ thể tham gia quan hệ pháp luật đó. Tòa án với vai trò là cơ quan xét xử thực hiện quyền tư pháp có thể giải quyết các tranh chấp lao động và xét xử các tội phạm trong lĩnh vực lao động. Do đặc thù của việc điều chỉnh pháp luật lao động và thực tế giải quyết tranh chấp tại Tòa án thì biện pháp này chủ yếu nhằm bảo vệ quyền lợi của NLD đang bị vi phạm.

## **1. Bảo đảm thực hiện pháp luật về lao động nữ**

### ***1.1. Biện pháp bồi thường thiệt hại***

Bồi thường thiệt hại là hình thức trách nhiệm dân sự nhằm buộc bên có hành vi gây ra thiệt hại phải khắc phục hậu quả bằng cách bù đắp, đền bù tổn thất về vật chất và tinh thần cho bên bị thiệt hại được quy đổi thành tiền. Như vậy, khi NSDLĐ vi phạm quyền lợi của NLD dẫn đến tổn thất về mặt vật chất cũng như tinh thần thì phải bồi thường cho NLD phù hợp với những hậu quả đã gây ra. Ngược lại, NLD nói chung và lao động nữ nói riêng cũng sẽ phải bồi thường những thiệt hại về tài sản do hành vi vi phạm kỷ luật lao động gây ra. Việc buộc lao động nữ phải bồi thường những thiệt hại về tài sản do những hành vi vi phạm kỷ luật không chỉ nhằm đảm bảo quyền sở hữu của NSDLĐ mà còn góp phần vào việc đảm bảo và tăng cường kỷ luật trong các đơn vị sử dụng lao động.

Trên thực tế không phải pháp luật lao động của nước nào cũng quy định về bồi thường thiệt hại theo trách nhiệm vật chất trong luật lao động. Họ cho rằng, bồi thường

thiệt hại theo trách nhiệm vật chất trong luật lao động cũng chính là bồi thường thiệt hại về tài sản. NLD nếu đã gây thiệt hại về tài sản cho NSDLĐ cũng đều có trách nhiệm phải bồi thường theo trách nhiệm bồi thường dân sự. Một số nước vẫn cho rằng cần phải có những quy định riêng về bồi thường thiệt hại tài sản trong luật lao động. Khi tham gia quan hệ lao động, NLD bao giờ cũng được chủ sử dụng giao cho quản lý, sử dụng những tài sản nhất định. Do đó, trong quá trình thực hiện các quyền và nghĩa vụ lao động không thể tránh khỏi việc NLD gây thiệt hại về tài sản cho NSDLĐ. Hơn nữa, NLD gây thiệt hại về tài sản xét trên một khía cạnh nào đó một phần cũng là lỗi của NSDLĐ, bởi NSDLĐ là người có trách nhiệm quản lý, phân công, giao tài sản cho NLD sử dụng, việc NSDLĐ không đánh giá đúng năng lực của NLD, phân công lao động không hợp lý cũng sẽ dẫn đến việc NLD gây thiệt hại về tài sản. Vì thế, cần phải có những quy định riêng về vấn đề bồi thường nhằm đảm bảo quyền lợi cho NLD.

### ***1.2. Biện pháp xử lý vi phạm hành chính***

Vi phạm pháp luật lao động là hiện tượng xã hội xuất hiện trong quá trình lao động. Đó là những hành vi vi phạm quy định của pháp luật lao động. Biểu hiện là việc thực hiện không đúng hoặc không thực hiện những quy định của pháp luật lao động đã được ghi trong Bộ luật Lao động và các văn bản pháp luật lao động khác.

Chủ thể vi phạm pháp luật lao động chủ yếu là NSDLĐ và NLD. Bên cạnh đó, các cá nhân, cơ quan, tổ chức khác; các tổ chức, cá nhân là người nước ngoài cũng có thể là người vi phạm pháp luật lao động. Họ có thể được loại trừ trách nhiệm nếu rơi vào những trường hợp mà pháp luật quy định.

Hình thức biểu hiện của vi phạm pháp

luật lao động gồm nhiều loại cụ thể khác nhau. Song chủ yếu là sự vi phạm các quy định của pháp luật lao động về quan hệ lao động, bao gồm: quy định về tiền lương; thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi; an toàn lao động và vệ sinh lao động.

Biện pháp xử phạt vi phạm pháp luật lao động: Tùy vào tính chất, mức độ của sự vi phạm mà có thể xuất hiện các loại vi phạm khác nhau. Do đó, hành vi vi phạm pháp luật lao động có thể bị xử phạt hành chính; truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc truy cứu các trách nhiệm pháp lý khác. Việc xử phạt vi phạm pháp luật lao động phải tuân theo các quy định về nguyên tắc, thẩm quyền, thời hiệu và các quy định khác liên quan.

Hình thức xử phạt hành chính đối với hành vi vi phạm pháp luật lao động bao gồm: phạt tiền; phạt cảnh cáo; buộc thực hiện biện pháp khắc phục hậu quả (buộc trả lại cho đương sự các loại giấy tờ, bằng cấp, chứng chỉ; buộc trả đủ tiền lương, phụ cấp...).

### **1.3. Biện pháp giải quyết tranh chấp lao động**

Trong nền kinh tế thị trường, sức lao động là hàng hóa, quan hệ giữa NSDLĐ và NLĐ là quan hệ trao đổi sử dụng giá trị sức lao động. Trong mỗi quan hệ này, mục tiêu đạt được lợi ích tối đa luôn là động lực trực tiếp của các bên nên giữa họ khó có thể thống nhất được các quyền và nghĩa vụ trong quá trình thực hiện quan hệ lao động. Do vậy, tranh chấp lao động xảy ra là điều dễ nhận thấy. Lao động nữ được quyền yêu cầu giải quyết tranh chấp khi cho rằng có sự xâm hại đến quyền và lợi ích hợp pháp của mình. Khi xảy ra các tranh chấp lao động giữa cá nhân NLĐ nữ với NSDLĐ thì trước hết các bên phải thương lượng trực tiếp, tự dàn xếp để giải quyết tranh

chấp. Nếu tiến hành thương lượng, hòa giải không thành thì một trong hai bên có quyền khởi kiện tới các cá nhân, cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Tranh chấp lao động gồm hai loại: tranh chấp lao động cá nhân và tập thể. Đa số các tranh chấp lao động xuất phát từ quyền, lợi ích của lao động nữ đưa đến Tòa án là tranh chấp lao động cá nhân. Cũng có một số cuộc đình công trên thực tế diễn ra như là một phản ứng của tập thể NLĐ khi tranh chấp lao động có hành vi nhục mạ, xúc phạm danh dự, nhân phẩm của lao động nữ. Tuy nhiên, đây là những cuộc đình công bất hợp pháp do xuất phát không từ các tranh chấp lao động tập thể về lợi ích.

Ở những nước có truyền thống thực hiện mô hình Nhà nước pháp quyền, việc tìm đến Tòa án để đảm bảo quyền lợi của NLĐ thường rộng mở. Nhiều nước ở Châu Âu có Tòa lao động chuyên trách giải quyết tranh chấp lao động theo yêu cầu của các bên. Trong các hội đồng xét xử án lao động tại đây, mỗi bên đều có đại diện của mình tham gia vào việc ra phán quyết để bảo vệ quyền và lợi ích của bên tranh chấp thuộc giới mình. Nhìn chung, tại các nước này, tất cả các tranh chấp đều có thể kiện ra tòa. Ví dụ: Luật của Anh quy định, mọi tranh chấp lao động, nếu đưa tới nhân viên thương thuyết hòa giải... mà không thỏa thuận được thì đều có quyền khởi kiện ra tòa (trừ khi các bên không thỏa thuận). Ở Thái Lan, Malaysia, Singapore cũng quy định tranh chấp lao động thuộc thẩm quyền của Tòa án<sup>1</sup>.

Thông thường, để được Tòa án thụ lý giải quyết thì quan hệ tranh chấp đó phải còn thời hiệu theo quy định. Thời hiệu khởi kiện vụ án lao động ở các nước được quy định khác nhau, nhưng hầu như đều nhằm

1 TS. Nguyễn Thị Kim Phụng - TS. Nguyễn Hiền Phương (2010), Bảo hiểm xã hội đối với lao động nữ trong pháp luật một số nước Asean và kinh nghiệm cho Việt Nam, Tạp chí Luật học số 2 tr.72.

mục đích đảm bảo sự thuận lợi cho NLD. Ở Anh, vì hợp đồng lao động có thể dài hạn nên không hạn chế về thời gian khiếu nại tiền lương. Điều này đảm bảo rằng nếu vì không muốn ảnh hưởng đến việc làm thì khi nào hợp đồng lao động hết hạn, NLD vẫn có khả năng kiện đòi bồi thường tiền lương.

Đặc thù của luật lao động là bảo vệ NLD nên cũng có sự tác động đến việc áp dụng pháp luật tại Tòa án. Pháp luật hầu hết của các quốc gia trên thế giới đều có nhiều quy định theo hướng có lợi cho NLD kể cả trong trường hợp quốc gia đó đề cao nguyên tắc bình đẳng giữa các bên trong quá trình giải quyết tranh chấp lao động. Việc đặt ra những quy định có lợi cho phía NLD là một tất yếu vì thực chất nó là giải pháp để khắc phục sự mất cân bằng về lợi thế trong quan hệ lao động và tranh chấp lao động. Khi một bên cho rằng quyền lợi của mình bị xâm phạm, hoặc khi xảy ra tranh chấp thì theo pháp luật các bên có quyền áp dụng các biện pháp để bảo vệ quyền lợi của mình. Trong trường hợp này, NSDLĐ có quyền áp dụng các chế tài ngay tại nơi diễn ra quan hệ lao động như kỷ luật, sa thải lao động và yêu cầu giải quyết tranh chấp, nhưng NLD thì chỉ có quyền yêu cầu giải quyết tranh chấp và ngay cả ở quyền này thì không phải lúc nào họ cũng thực hiện được. Vì vậy, biện pháp pháp lý luôn đề cao việc bảo vệ cho NLD, theo đó Tòa án thường tuân thủ nguyên tắc đúng pháp luật theo hướng có lợi hơn cho NLD. Nếu các bên thỏa thuận một quyền lợi nào đó của NLD cao hơn mức luật định thì Tòa án thường căn cứ vào thỏa thuận đó để giải quyết tranh chấp nhưng nếu quyền lợi của NLD thấp hơn mức luật định thì Tòa án phải căn cứ vào các quy định chung để bảo vệ NLD.

Đối với các tranh chấp lao động liên quan tới lao động nữ tức là tranh chấp giữa

người sử dụng và lao động nữ, có thể có sự tham gia của của các tổ chức đại diện, nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các bên. Đặc thù của tranh chấp lao động cá nhân tại Tòa án đòi hỏi thủ tục tố tụng phải có những quy định riêng biệt, vượt ra ngoài khuôn khổ của thủ tục tố tụng dân sự, bởi không chỉ tôn trọng nguyên tắc định đoạt của đương sự mà phải nhanh gọn về thời gian, đảm bảo duy trì sự ổn định của quan hệ lao động nên cần có vai trò hòa giải và trình độ chuyên sâu của Thẩm phán, bên cạnh các kỹ năng nghiệp vụ xét xử phải hiểu biết về quan hệ lao động.

## **2. Thực trạng biện pháp bảo đảm quyền của lao động nữ**

### **2.1. Biện pháp xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực lao động**

Theo quy định tại Nghị định số 12/2022/NĐ-CP quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực lao động, bảo hiểm xã hội, đưa NLD Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng, trong đó riêng với lao động nữ, Nghị định số 12/2022/NĐ-CP có quy định phạt tiền tương ứng với vi phạm. Theo đó: phạt từ 5 – 10 triệu đồng đối với các hành vi sau đây: Không bảo đảm thực hiện bình đẳng giới và các biện pháp thúc đẩy bình đẳng giới theo một trong các trường hợp sau: tuyển dụng; bố trí; sắp xếp việc làm; đào tạo; thời giờ làm việc; thời giờ nghỉ ngơi; tiền lương; các chế độ khác; Không tham khảo ý kiến của lao động nữ hoặc đại diện của họ khi quyết định những vấn đề có liên quan đến quyền và lợi ích của lao động nữ; Sử dụng NLD mang thai từ tháng thứ 07 hoặc từ tháng thứ 06 nếu làm việc ở vùng cao, vùng sâu, vùng xa, biên giới, hải đảo làm thêm giờ hoặc làm việc ban đêm hoặc đi công tác xa. Phạt từ 10 – 20 triệu đồng đối với các hành vi sau đây: Sử dụng NLD đang nuôi con dưới 12 tháng tuổi làm thêm giờ hoặc làm việc ban

đêm hoặc đi công tác xa, trừ trường hợp được NLD đồng ý; Không thực hiện việc chuyển công việc hoặc giảm giờ làm đối với lao động nữ làm nghề, công việc nặng nhọc, độc hại, nguy hiểm hoặc đặc biệt nặng nhọc, độc hại, nguy hiểm hoặc làm nghề, công việc có ảnh hưởng xấu tới chức năng sinh sản và nuôi con khi mang thai mà NLD đã thông báo với NSDLĐ biết theo quy định tại khoản 2 Điều 137 của Bộ luật Lao động, trừ trường hợp hai bên có thỏa thuận khác; Không cho lao động nữ nghỉ 30 phút mỗi ngày trong thời gian hành kinh trừ trường hợp hai bên có thỏa thuận khác; Không cho lao động nữ trong thời gian nuôi con dưới 12 tháng tuổi nghỉ 60 phút mỗi ngày trừ trường hợp hai bên có thỏa thuận khác; Không bảo đảm việc làm cho NLD theo quy định tại Điều 140 của Bộ luật Lao động; Không ưu tiên giao kết hợp đồng lao động mới đối với trường hợp hợp đồng lao động hết hạn trong thời gian lao động nữ mang thai hoặc nuôi con dưới 12 tháng tuổi; Xử lý kỷ luật lao động đối với lao động nữ đang trong thời gian mang thai hoặc nghỉ thai sản theo quy định của pháp luật về bảo hiểm xã hội; xử lý kỷ luật lao động đối với NLD đang nuôi con dưới 12 tháng tuổi; Sa thải hoặc đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động đối với NLD vì lý do kết hôn, mang thai, nghỉ thai sản hoặc nuôi con dưới 12 tháng tuổi (trừ một số trường hợp); Không cung cấp đầy đủ thông tin về tính chất nguy hiểm, nguy cơ, yêu cầu của công việc để NLD lựa chọn và không đảm bảo điều kiện an toàn, vệ sinh lao động cho NLD theo quy định khi sử dụng họ làm công việc thuộc danh mục nghề, công việc có ảnh hưởng xấu tới chức năng sinh sản và nuôi con; Không lắp đặt phòng vắt, trữ sữa mẹ tại nơi làm việc khi sử dụng từ 1.000 NLD nữ trở lên.

### 2.2. Biện pháp giải quyết tranh chấp lao động

Cũng như các chủ thể khác, lao động nữ được đảm bảo quyền nhân thân, quyền tài sản và danh dự tính mạng sức khỏe bằng pháp luật. Với chức năng thực thi pháp luật, Tòa án bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các bên khi có tranh chấp. Lao động nữ có quyền khởi kiện tại Tòa án theo trình tự tố tụng dân sự hoặc được giải quyết bằng tố tụng hình sự.

Trong lao động, Tòa án có thẩm quyền giải quyết những vụ việc phát sinh từ quan hệ lao động do pháp luật lao động điều chỉnh, trừ các yêu cầu về giải quyết đình công. Các vụ việc về lao động thuộc thẩm quyền của Tòa án bao gồm các tranh chấp lao động cá nhân, tranh chấp lao động tập thể và các yêu cầu về lao động. Tại khoản 1 Điều 31 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2011: Tòa án giải quyết các tranh chấp lao động cá nhân giữa NLD với NSDLĐ mà Hội đồng hòa giải lao động cơ sở, hòa giải viên lao động của cơ quan quản lý nhà nước về lao động huyện, quận, thị xã, thành phố trực thuộc tỉnh hòa giải thành nhưng các bên không thực hiện hoặc thực hiện không đúng, hòa giải không thành hoặc không hòa giải trong thời hạn do pháp luật quy định, trừ các tranh chấp sau đây không nhất thiết phải qua hòa giải tại cơ sở: Về xử lý kỷ luật lao động theo hình thức sa thải hoặc trường hợp bị đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động; Về bồi thường thiệt hại giữa NLD và NSDLĐ; Về trợ cấp khi chấm dứt hợp đồng lao động; Giữa người giúp việc gia đình với NSDLĐ; Về bảo hiểm xã hội theo quy định của pháp luật về lao động; Về bồi thường thiệt hại giữa NLD với doanh nghiệp, tổ chức sự nghiệp đưa NLD đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng.

Ngoài ra, thẩm quyền của Tòa án trong việc giải quyết tranh chấp lao động cá nhân còn được quy định tại Điều 187 Bộ luật Lao động năm 2019. Tòa án có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp lao động cá nhân giữa NLD với NSDLĐ trong trường hợp hòa giải viên lao động hòa giải thành công nhưng các bên không thực hiện hoặc thực hiện không đúng, hòa giải không thành hoặc không hòa giải trong thời hạn do pháp luật quy định. Tuy nhiên, với một số tranh chấp lao động cá nhân, Tòa án có thẩm quyền thụ lý giải quyết ngay mà không nhất thiết phải qua hòa giải tại cơ sở, cụ thể: a) Về xử lý kỷ luật lao động theo hình thức sa thải hoặc về trường hợp bị đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động; b) Về bồi thường thiệt hại, trợ cấp khi chấm dứt hợp đồng lao động; c) Giữa người giúp việc gia đình với NSDLĐ; d) Về bảo hiểm xã hội theo quy định của pháp luật về bảo hiểm xã hội, về bảo hiểm y tế theo quy định của pháp luật về bảo hiểm y tế, về bảo hiểm thất nghiệp theo quy định của pháp luật về việc làm, về bảo hiểm tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp theo quy định của pháp luật về an toàn, vệ sinh lao động; đ) Về bồi thường thiệt hại giữa NLD với doanh nghiệp, tổ chức đưa NLD đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng; e) Giữa NLD thuê lại với NSDLĐ thuê lại.

Theo quy định tại khoản 1 Điều 191, Điều 192 và Điều 193 Bộ luật Lao động năm 2019, Tòa án có thẩm quyền giải quyết tranh chấp lao động tập thể về quyền trong trường hợp hòa giải không thành hoặc hết thời hạn hòa giải quy định tại khoản 2 Điều 188 của Bộ luật này mà hòa giải viên lao động không tiến hành hòa giải.

Trên cơ sở các quy định về thẩm quyền, lao động nữ được khởi kiện để yêu cầu Tòa án bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình khi cho rằng quyền và lợi ích bị xâm phạm.

Tuy nhiên, để chứng minh cho yêu cầu của mình là có căn cứ thì người khởi kiện ngoài việc nộp đơn còn phải nộp các tài liệu chứng cứ kèm theo. Trong giải quyết tranh chấp lao động, trước hết NSDLĐ phải chứng minh việc đã bảo đảm việc làm, bảo đảm các điều kiện làm việc theo quy định của pháp luật hay theo thỏa thuận; NLD phải chứng minh là có làm việc; NSDLĐ phải chứng minh là đã trả công và giải quyết đầy đủ các quyền lợi; nếu cho rằng NLD vi phạm các thỏa thuận (kể cả vi phạm chế độ quản lý kỷ luật; nếu áp dụng chế tài xử lý đối với NLD thì NSDLĐ phải chứng minh tính hợp pháp của việc xử lý đó; trong các vụ tranh chấp về kỷ luật sa thải NSDLĐ có trách nhiệm phải chứng minh là NLD đã thực hiện hành vi vi phạm, có lỗi và hành vi vi phạm đó tương ứng với hình thức xử lý kỷ luật đã được quy định trong pháp luật lao động, nội quy lao động. Riêng đối với trường hợp NLD bị sa thải vì lý do tự ý bỏ việc 05 ngày cộng dồn trong thời hạn 30 ngày hoặc 20 ngày cộng dồn trong thời hạn 365 ngày tính từ ngày đầu tiên tự ý bỏ việc mà không có lý do chính đáng, theo quy định tại khoản 4 Điều 125 Bộ luật Lao động năm 2019, ngoài trách nhiệm chứng minh của NSDLĐ về tính hợp pháp của việc áp dụng hình thức sa thải, NLD cũng có trách nhiệm chứng minh, nếu NLD cho rằng họ có đến nơi làm việc.

Là bên yếu thế vốn đã phụ thuộc vào người sử dụng, họ khó có điều kiện để quản lý và thu thập các tài liệu cần thiết nên lao động nữ sẽ gặp khó khăn khi cung cấp các tài liệu chứng cứ để có thể khởi kiện và chứng minh cho yêu cầu của mình. Để khắc phục tình trạng này, Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 đảm bảo quyền thu thập tài liệu chứng cứ để bảo vệ quyền lợi hợp pháp của mình khi chủ sử dụng đơn phương chấm dứt hợp đồng. Tại Điều 91 Bộ luật Tố tụng dân



sự năm 2015 thì đương sự là NLD trong vụ án lao động mà không cung cấp giao nộp được cho Tòa án tài liệu chứng cứ vì do tài liệu chứng cứ đang do NSDLĐ quản lý thì NSDLĐ có trách nhiệm cung cấp, giao nộp tài liệu, chứng cứ đó cho Tòa án. NLD khởi kiện vụ án thuộc trường hợp NSDLĐ không được thực hiện quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động hoặc trường hợp không được xử lý kỷ luật lao động đối với NLD theo quy định của pháp luật về lao động thì nghĩa vụ chứng minh thuộc về NSDLĐ.

Với đặc thù áp dụng trong vụ án lao động nên Hội đồng xét xử phải có Hội thẩm nhân dân là người đã hoặc đang công tác trong tổ chức đại diện tập thể lao động hoặc người có kiến thức về pháp luật lao động. Về nguyên tắc, tổ chức đại diện tập thể lao động là người đại diện theo pháp luật cho tập thể NLD, tham gia tố tụng tại Tòa án khi quyền, lợi ích hợp pháp của tập thể NLD bị xâm phạm; tổ chức đại diện tập thể lao động đại diện cho NLD khởi kiện vụ án lao động, tham gia tố tụng khi được NLD ủy quyền. Trường hợp nhiều NLD có cùng yêu cầu đối với NSDLĐ trong cùng một doanh nghiệp, đơn vị thì họ được ủy quyền cho một đại diện của tổ chức đại diện tập thể lao động thay mặt họ khởi kiện vụ án lao động, tham gia tố tụng tại Tòa án. Đối với vụ việc lao động mà đương sự là NLD nhưng không có người đại diện và Tòa án cũng không chỉ định tổ chức đại diện thì Tòa án chỉ định tổ chức đại diện tập thể lao động đại diện cho NLD đó.

Ưu điểm của biện pháp pháp lý là Tòa án có quyền tự áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời mà không bắt buộc phải có yêu cầu của đương sự khi buộc người sử dụng phải tạm ứng tiền lương, tiền công, tiền bồi thường, trợ cấp tai nạn lao động hoặc bệnh nghề nghiệp cho NLD; tạm đình chỉ sa thải NLD; buộc người có hành vi trái pháp luật

phải thực hiện trước một phần nghĩa vụ bồi thường thiệt hại do tính mạng sức khỏe bị xâm hại. Quy định này tạm thời giải quyết được yêu cầu cấp bách của NLD, ngăn chặn hậu quả nghiêm trọng có thể xảy ra, tránh những thiệt hại không thể khắc phục được hoặc bảo đảm thi hành án. Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 còn bổ sung thêm các biện pháp khẩn cấp tạm thời như: buộc NSDLĐ tạm ứng tiền bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế, bảo hiểm thất nghiệp, chi phí cứu chữa tai nạn lao động, tạm đình chỉ thi hành quyết định đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động... Đây là quy định tiến bộ bảo vệ quyền cho lao động nữ bởi những trường hợp NSDLĐ không được đơn phương chấm dứt hợp đồng thường là lao động nữ mang thai, lao động nữ nghỉ vì lý do kết hôn, bị tai nạn lao động, nuôi con nhỏ... Việc áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời sẽ giúp họ giảm bớt khó khăn, có tiền để trang trải chi phí và lo cuộc sống trong những ngày tạm thời chưa được làm việc.

Đối với hòa giải tranh chấp lao động cá nhân, một số tranh chấp lao động cá nhân phải thông qua thủ tục hòa giải của Hòa giải viên lao động trước khi yêu cầu Tòa án giải quyết theo quy định của Bộ luật Lao động. Tỷ lệ vụ việc tranh chấp về lao động được hòa giải thành đạt 60%. Hòa giải viên lao động mới bước đầu tham gia giải quyết một số tranh chấp lao động cá nhân ở một số tỉnh, thành phố lớn như TP. Hồ Chí Minh, Đồng Nai, Bình Dương (bình quân mỗi Hòa giải viên tham gia giải quyết khoảng 10 vụ/năm).

Hoạt động hòa giải tranh chấp lao động thời gian vừa qua còn đặt ra một số vấn đề cần giải quyết, cụ thể: Vai trò của Hòa giải viên mới chỉ giới hạn trong giải quyết tranh chấp một cách bị động khi được yêu cầu; chưa có nhiệm vụ hỗ trợ hai bên trong doanh nghiệp phát triển quan hệ lao động một cách tích cực, chủ động để phòng ngừa

tranh chấp xảy ra; Yêu cầu chung của thiết chế hòa giải là phải bảo đảm tính độc lập, trung lập, nhưng hiện nay 100% đội ngũ Hòa giải viên hoạt động kiêm nhiệm. Nhiều Hòa giải viên được bổ nhiệm chính là cán bộ của các tổ chức đại diện của chính các bên tranh chấp, không bảo đảm tính khách quan, trung lập, ảnh hưởng đến niềm tin của các bên tranh chấp đối với các Hòa giải viên; Mạng lưới Hòa giải viên mới chỉ quy định bố trí theo từng tỉnh, chưa có sự quản lý, kết nối thống nhất từ trung ương tới địa phương; Chế độ chính sách còn thấp, các hỗ trợ về địa điểm, phương tiện, kinh phí làm việc của địa phương rất hạn chế, không thu hút được nguồn nhân lực tham gia.

Hiện nay, vấn đề lao động nữ bị các công ty, doanh nghiệp vi phạm pháp luật lao động, đặc biệt là vấn đề đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động trái pháp luật vẫn xảy ra thường xuyên. Nhiều NLĐ nữ bị rơi vào tình huống bị doanh nghiệp chấm dứt hợp đồng lao động trái pháp luật, làm ảnh hưởng không nhỏ đến quyền lợi của họ. Nhưng nhờ có các quy định chặt chẽ trong xử lý vi phạm pháp luật lao động với lao động nữ mà NLĐ nữ bảo vệ được quyền lợi hợp pháp của mình.

### **2.3. Biện pháp bồi thường thiệt hại**

Bồi thường thiệt hại là hình thức trách nhiệm dân sự nhằm buộc bên có hành vi gây ra thiệt hại phải khắc phục hậu quả bằng cách bù đắp, đền bù tổn thất về vật chất và tinh thần cho bên bị thiệt hại được quy đổi thành tiền. Điều 13 Bộ luật Dân sự năm 2015 có quy định: “Cá nhân, pháp nhân có quyền dân sự bị xâm phạm được bồi thường toàn bộ thiệt hại, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác hoặc luật có quy định khác”. Như vậy, khi NSDLĐ vi phạm vào quyền lợi của lao động

nữ dẫn đến tổn thất về mặt vật chất cũng như tinh thần thì phải bồi thường cho lao động nữ phù hợp với những hậu quả đã gây ra.

Pháp luật đã có những chế tài đánh trực tiếp vào lợi nhuận của NSDLĐ thông qua biện pháp bồi thường thiệt hại. Để hạn chế trường hợp xảy ra tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp với lao động nữ trong quá trình lao động, pháp luật quy định NSDLĐ có trách nhiệm bồi thường thiệt hại hoặc trợ cấp cho NLĐ nói chung và lao động nữ nói riêng. Theo Điều 38 Luật An toàn, vệ sinh lao động năm 2015 - trách nhiệm của NSDLĐ đối với NLĐ bị tai nạn lao động quy định: Bồi thường cho NLĐ bị tai nạn lao động mà không hoàn toàn do lỗi của chính người này gây ra và cho NLĐ bị bệnh nghề nghiệp với mức như sau: Ít nhất bằng 1,5 tháng tiền lương nếu bị suy giảm từ 5% đến 10% khả năng lao động; sau đó cứ tăng 1% được cộng thêm 0,4 tháng tiền lương nếu bị suy giảm khả năng lao động từ 11% đến 80%; Ít nhất 30 tháng tiền lương cho NLĐ bị suy giảm khả năng lao động từ 81% trở lên hoặc cho thân nhân NLĐ bị chết do tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp; Trợ cấp cho NLĐ bị tai nạn lao động mà do lỗi của chính họ gây ra một khoản tiền ít nhất bằng 40% mức quy định tại khoản 4 Điều này với mức suy giảm khả năng lao động tương ứng<sup>2</sup>. Một vấn đề đặt ra là, pháp luật chưa quy định cụ thể về vấn đề bồi thường hoặc trợ cấp trong trường hợp NLĐ bị bệnh nghề nghiệp nhưng phát sinh từ điều kiện lao động có hại trong thời gian làm việc trước đó. Do đó, gây khó khăn cho cả doanh nghiệp lẫn NLĐ nữ, bởi nếu thực hiện đầy đủ các quyền lợi đối với lao động nữ thì doanh nghiệp bị ảnh hưởng về lợi nhuận, còn nếu thực hiện đầy đủ thì quyền lợi của lao động nữ không được bảo

2 <https://thuvienphapluat.vn/banan/tin-tuc/05-ban-an-ve-tranh-chap-don-phuong-cham-dut-hop-dong-lao-dong-va-boi-thuong-thiet-hai-6241>.

vệ. Trên thực tế, đa số các doanh nghiệp đều không bồi thường thiệt hại cho NLĐ nữ trong trường hợp này.

NSDLĐ nếu có hành vi chấm dứt hợp đồng trái pháp luật, nhất là trong thời gian lao động nữ đang mang thai, sinh con và nuôi con nhỏ, cũng phải bồi thường thiệt hại cho lao động nữ. Theo khoản 1 Điều 41 Bộ luật Lao động năm 2019, trong trường hợp NSDLĐ đơn phương chấm dứt hợp đồng trái pháp luật thì: “Phải nhận NLĐ trở lại làm việc theo hợp đồng lao động đã giao kết; phải trả tiền lương, đóng bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế, bảo hiểm thất nghiệp trong những ngày NLĐ không được làm việc và phải trả thêm cho NLĐ một khoản tiền ít nhất bằng 02 tháng tiền lương theo hợp đồng lao động. Sau khi được nhận lại làm việc, NLĐ hoàn trả cho NSDLĐ các khoản tiền trợ cấp thôi việc, trợ cấp mất việc làm nếu đã nhận của NSDLĐ”. Trong trường hợp lao động nữ không muốn tiếp tục làm việc nữa thì ngoài khoản tiền NSDLĐ phải bồi thường theo quy định thì NSDLĐ còn phải trả thêm trợ cấp thôi việc theo quy định tại Điều 46 Bộ luật Lao động năm 2019: “NSDLĐ có trách nhiệm trả trợ cấp thôi việc cho NLĐ đã làm việc thường xuyên cho mình từ đủ 12 tháng trở lên, mỗi năm làm việc được trợ cấp một nửa tháng tiền lương”. Còn trường hợp NSDLĐ không muốn nhận lại lao động nữ và lao động nữ cũng đồng ý, thì ngoài khoản tiền bồi thường quy định tại khoản 1 Điều này, NSDLĐ phải trả trợ cấp thôi việc theo quy định tại Điều 46 của Bộ luật Lao động năm 2019 và “hai bên thỏa thuận khoản tiền bồi thường thêm nhưng ít nhất phải bằng 02 tháng tiền lương theo hợp đồng”. Hoặc khi lao động nữ sau thời gian thai sản quay về làm việc thì bị mất vị trí, công việc đã giao kết từ trước thì ngoài khoản bồi thường theo quy định, NSDLĐ phải thương lượng để sửa đổi và bổ sung hợp đồng cho lao động nữ.

### 3. Hướng giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật về việc bảo đảm thực hiện pháp luật về lao động nữ

Thứ nhất, hoàn thiện pháp luật về bảo đảm thực hiện quyền của lao động nữ đặt trong mối tương quan về quyền và lợi ích của NSDLĐ và NLĐ nữ, nhằm để tránh sự phân biệt đối xử đối với NLĐ nữ để đảm bảo tối đa hiệu quả của việc bảo vệ quyền của NLĐ nữ. Trong mối quan hệ lao động, có thể khẳng định, quyền của NSDLĐ và NLĐ nữ có sự đối trọng nhau nhưng lại có quan hệ mật thiết với nhau. Do đó, việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của lao động nữ chính là cách giải quyết vấn đề lợi ích một cách hợp lý.

Thứ hai, việc sửa đổi, bổ sung quy định của pháp luật đối với việc bảo đảm thực hiện pháp luật về lao động nữ phù hợp với trình độ nhận thức và nguyện vọng của NLĐ nữ. Và việc ban hành, sửa đổi, bổ sung này cũng phải phù hợp với chủ trương, đường lối chính sách của Đảng và Nhà nước.

Thứ ba, việc ban hành pháp luật về đảm bảo thực hiện pháp luật về lao động nữ cần phải phù hợp với pháp luật lao động quốc tế. Các nguyên tắc, định hướng, định mức chung của ILO, Liên hợp quốc,... về điều kiện lao động, quyền nghĩa vụ và hợp tác đối với các nước thành viên trong quá trình sử dụng lao động, quản lý và tác động tới thị trường lao động đã được nhiều quốc gia thừa nhận và gia nhập. Việt Nam với tư cách là thành viên của ILO và một số điều ước quốc tế khác về lao động, cần có trách nhiệm thực hiện các quy định của tổ chức này về bảo vệ quyền của NLĐ nữ và đồng thời, các quy định của pháp luật lao động về sử dụng lao động nữ mà Việt Nam ban hành cần được sửa đổi, bổ sung cho phù hợp với các tiêu chuẩn lao động quốc tế, nhất là trong xu thế hội nhập kinh tế và toàn cầu hóa ■

# BỘ NGUYÊN TẮC LUẬT HỢP ĐỒNG CHÂU ÂU QUY ĐỊNH VỀ ĐIỀU KIỆN CÓ HIỆU LỰC CỦA HỢP ĐỒNG VÀ MỘT SỐ KINH NGHIỆM CHO VIỆT NAM

**Đỗ Hồng Quyền**

TS. GVC. Phòng Pháp chế và Thanh tra, Trường Đại học Thương mại.

## Thông tin bài viết

*Từ khóa:* PECL, hợp đồng, hiệu lực hợp đồng.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 03/03/2023

Biên tập: 18/03/2023

Duyệt bài: 20/03/2023

## Tóm tắt:

Hợp đồng là một phương tiện quan trọng trong đời sống của con người, giúp con người đáp ứng nhu cầu vật chất và tinh thần của mình thông qua việc trao đổi các sản phẩm, dịch vụ và các lợi ích khác. Nó là một phương thức quan trọng để tổ chức đời sống chung và thúc đẩy kinh tế, xã hội phát triển. Do vậy, hợp đồng và điều kiện có hiệu lực của hợp đồng là những quy định quan trọng trong Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015, có tính chất nền tảng cho các luật chuyên ngành. Các quy định của pháp luật hiện hành về điều kiện có hiệu lực của hợp đồng vẫn còn bộc lộ những hạn chế nhất định. Trong bài viết này, tác giả tập trung phân tích các quy định về điều kiện có hiệu lực của hợp đồng trong Bộ nguyên tắc Luật Hợp đồng châu Âu (viết tắt là PECL) và rút ra một số kinh nghiệm cho Việt Nam.

## Article Information

*Keywords:* PECL; contract; contract conditions of validity.

*Article History:*

Received: 03 Mar. 2023

Edited: 18 Mar. 2023

Approved: 20 Mar. 2023

## Abstract:

Contract is an important means for the human activity, which supports the human to satisfy its material and spiritual needs through the exchange of goods, services and other benefits. Contract is an important method for common life performance and also social-economic developments. Therefore, the regulations on the contract and its contract conditions of validity are important provisions in the Civil Code of 2015, which is the foundation for specialized laws. Through reviews of the applicable law and its practical enforcement, it appears there are a number of shortcomings in the provisions on contract conditions of validity. The following article is to focus on analysis of the provisions on the contract conditions of validity in the Principles of European Contract Law (abbreviated as PECL), from which the author also provides a number of lessons learnt for Vietnam.

## 1. Đặt vấn đề

Chế định hợp đồng là một trong những chế định quan trọng trong BLDS. Trên cơ sở quy định hợp đồng trong BLDS, các văn bản pháp luật chuyên ngành đã có những quy định cụ thể hơn trong từng lĩnh vực như kinh doanh - thương mại, lao động, thương mại điện tử... Ở Việt Nam, ngay từ lần đầu tiên

BLDS được ban hành đã có những quy định cụ thể về hợp đồng, sau đó được kế thừa, sửa đổi, bổ sung bằng BLDS năm 2005 và năm 2015. Hiện nay, các quy định về hợp đồng trong BLDS năm 2015 đã thực sự phát huy được vai trò là nền tảng, “luật chung” điều chỉnh các quan hệ về hợp đồng nói chung và một số hợp đồng thông dụng. Song, quy

định của pháp luật nói chung và pháp luật hợp đồng nói riêng phải dựa trên nền tảng là cơ sở kinh tế xã hội, đảm bảo phù hợp và dự báo trong tương lai. Do vậy, các quy định về hợp đồng nói chung và điều kiện có hiệu lực của hợp đồng nói riêng dù đã qua nhiều lần được bổ sung và thay thế nhưng vẫn còn tồn tại những bất cập và hạn chế nhất định.

Vấn đề hiệu lực của hợp đồng không chỉ được ghi nhận trong các văn bản pháp luật của từng quốc gia mà còn được các văn bản pháp luật quốc tế ghi nhận rất cụ thể như PECL.

### 2. Các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng trong Bộ nguyên tắc Luật Hợp đồng châu Âu

Điều kiện có hiệu lực của hợp đồng là tổng hợp những yêu cầu pháp lý nhằm đảm bảo cho hợp đồng được lập đúng bản chất đích thực của nó. Điều kiện có hiệu lực của hợp đồng là quy định của pháp luật nhằm giới hạn sự tự do thỏa thuận bằng việc đưa ra những yêu cầu tối thiểu buộc các bên giao kết hợp đồng phải tuân thủ để hợp đồng có giá trị hiệu lực pháp lý. Điều kiện có hiệu lực của hợp đồng được đặt ra nhằm bảo đảm quyền và lợi ích của các bên chủ thể giao kết hợp đồng và đồng thời bảo đảm lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền và lợi ích hợp pháp của chủ thể khác. Một hợp đồng chỉ có tính ràng buộc nghĩa vụ đối với các bên chủ thể tham gia khi hợp đồng đó được xác lập hợp pháp và tuân thủ các điều kiện mà pháp luật quy định.

Hiện nay, pháp luật ở một số quốc gia trên thế giới, điển hình là pháp luật ở các quốc gia Liên minh châu Âu cũng có những nhóm quy định về điều kiện có hiệu lực của

hợp đồng. Cụ thể là những quy định về điều kiện bắt buộc để hợp đồng phát sinh hiệu lực. Luật hợp đồng của Pháp chủ yếu được quy định trong BLDS. Theo đó, hợp đồng được thừa nhận là có hiệu lực phải thỏa mãn bốn điều kiện sau đây: (i) các bên tham gia hợp đồng phải hoàn toàn tự nguyện (Điều 1109.22); (ii) các bên giao kết hợp đồng phải là người có năng lực chủ thể (Điều 1123.5); (iii) đối tượng và nội dung của hợp đồng phải được xác định (Điều 1126.30); (iv) mục đích, căn cứ hợp đồng phải hợp pháp (Điều 1131.3)<sup>1</sup>. Ở BLDS Đức thì hợp đồng là sự thỏa thuận của những người có năng lực giao kết hợp đồng. Chính vì thế, hợp đồng sẽ vô hiệu nếu chủ thể giao kết là người không có năng lực giao kết hợp đồng, các bên chủ thể không tự nguyện khi thực hiện giao kết hợp đồng, nội dung của hợp đồng vi phạm pháp luật<sup>2</sup>. Có thể thấy, các quy định về điều kiện có hiệu lực của hợp đồng trong BLDS Pháp và Đức cũng có những điểm tương đồng với các quy định trong BLDS của Việt Nam.

Khác với quy định của các quốc gia trên, hiện nay PECL không có quy định cụ thể về các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng trong một điều luật. Song, qua việc nghiên cứu các quy định của PECL có thể nhận thấy các điều kiện làm phát sinh hiệu lực của hợp đồng bao gồm: (i) Ý chí chịu sự ràng buộc các bên chủ thể tham gia (điều kiện về sự tự nguyện); (ii) Nội dung của sự thỏa thuận chịu sự điều chỉnh của hệ thống pháp luật các quốc gia thành viên và bộ nguyên tắc không điều chỉnh các quy định cụ thể về tính không hợp pháp, vi phạm đạo đức hay chưa đủ năng lực hành vi (nội dung, mục đích và

1 Đại sứ quán Pháp tại Việt Nam (2018), Bản dịch Bộ luật Dân sự Pháp.

2 Điều 104.10, 119.1 và 138 Bộ luật Dân sự Cộng hòa Liên bang Đức, xem tại: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/), truy cập ngày 19/2/2023.

năng lực chủ thể); (iii) Hình thức không phải là điều kiện bắt buộc để hợp đồng phát sinh hiệu lực (hình thức hợp đồng - HTHĐ)<sup>3</sup>.

### **2.1. Điều kiện về ý chí của các bên chủ thể**

Theo quy định tại Điều 2:101 của PECL, tại thời điểm giao kết để hợp đồng có thể được giao kết, các bên đã phải tuân thủ các điều kiện giao kết hợp đồng sau đây:

*“(1) Hợp đồng được giao kết nếu:*

*(a) Các bên có ý định giao kết hợp đồng và chịu sự ràng buộc bởi ý định đó, và*

*(b) Các bên đạt được thỏa thuận mà không cần bất kỳ điều kiện nào khác”.*

Như vậy, trong quan hệ hợp đồng thì tự do, tự nguyện cam kết, thỏa thuận là tiêu chí quan trọng để các chủ thể tiến hành xác lập, thực hiện, chấm dứt quyền, nghĩa vụ được quy định trong hợp đồng của mình. Có thể nói, đây là yêu cầu cơ bản cũng như nguyên tắc hạt nhân mà mọi quan hệ dân sự nói chung hay quan hệ hợp đồng nói riêng đều có. Tự nguyện là một dấu hiệu thuộc yếu tố chủ quan; vì vậy, nếu không thể hiện ra bên ngoài thì sẽ không thể nhận biết được. Khi tham gia xác lập hợp đồng, chủ thể tự do bày tỏ ý chí của mình mà không phải chịu bất cứ tác động nào khiến cho họ thể hiện không đúng hoặc không đầy đủ ý chí của mình. Ngoài ra, cũng theo quy định trên thì hợp đồng được giao kết nếu như các bên đạt được sự thỏa thuận mà không cần bất kỳ một điều kiện nào khác.

### **2.2. Điều kiện về hình thức hợp đồng**

HTHĐ không phải là điều kiện bắt buộc các bên chủ thể tham gia hợp đồng phải tuân

theo khi xác lập thỏa thuận. Khoản 2 Điều 2:101 PECL quy định: *“(2) Hợp đồng không buộc phải giao kết dưới hình thức bằng văn bản cũng như các yêu cầu về hình thức khác. Các bên có thể chứng minh hợp đồng bằng bất kỳ phương tiện nào, kể cả nhân chứng”.* Như vậy theo PECL, hợp đồng có thể được chứng tỏ bởi bất kỳ hình thức, phương tiện nào (any means) kể cả trước người làm chứng. PECL không quy định hình thức cố định cho hợp đồng, mà tôn trọng sự thỏa thuận của các bên về việc lựa chọn phương thức biểu đạt nội dung của sự thỏa thuận giữa các bên chủ thể. Quy định trên xuất phát từ sự khác biệt trong việc quy định về HTHĐ của pháp luật các quốc gia thành viên điển hình.

Tại Điều 1128 BLDS Pháp quy định trường hợp luật yêu cầu hợp đồng phải được ký kết bằng hình thức văn bản thì hợp đồng mới có hiệu lực. Như vậy, có thể có hình thức văn bản là yêu cầu mà hợp đồng phải thỏa mãn để có hiệu lực. HTHĐ cũng không phải là điều kiện bắt buộc áp dụng với mọi hợp đồng, chỉ là điều kiện trong trường hợp nhất định mà pháp luật có quy định *“Hợp đồng trang trọng là hợp đồng phải tuân thủ các hình thức do pháp luật quy định thì mới có hiệu lực”*<sup>4</sup>. Trong các quy định của BLDS Pháp, các nhà làm luật định lượng mức giá trị hợp đồng để ra các quy định về hình thức buộc các bên chủ thể tham gia hợp đồng phải tuân theo. Hay BLDS Đức cũng không có yêu cầu về hình thức đối với hầu hết các trường hợp. Tuy nhiên, đối với một số hợp đồng cụ thể thì pháp luật Đức có đưa ra một số yêu cầu đối với hình thức của hợp đồng, nhằm

3 Xem thêm các quy định về điều kiện có hiệu lực của hợp đồng trong Bộ nguyên tắc Luật hợp đồng châu Âu tại chương 2 về giao kết hợp đồng (Chapter 2: Formation); thẩm quyền đại diện (Chapter 3: Authority of Agents), hiệu lực hợp đồng (Chapter 4: Validity), Chương 6 nội dung và hiệu lực (Chapter 6: Contents and Effects), chương 15 – tính bất hợp pháp (Chapter 15: Illegality), xem tại: [https://www.trans-lex.org/400200/\\_/pecl/](https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/), truy cập ngày 19/2/2023.

4 Điều 1109 Bộ luật Dân sự Pháp.

bảo vệ lợi ích của các bên và đồng thời thể hiện việc các bên chắc chắn về hành động của mình. Theo Điều 125 BLDS Đức: “Một giao dịch pháp lý không tuân thủ hình thức luật định sẽ vô hiệu. Trong trường hợp có nghi ngờ, việc không tuân thủ hình thức được quy định bởi giao dịch pháp lý cũng dẫn đến vô hiệu”. Chẳng hạn, hợp đồng mà qua đó một khoản được hứa hẹn tặng cho có giá trị thì bắt buộc phải lập bằng văn bản có công chứng<sup>5</sup>.

Nhìn chung có thể thấy rằng, quy định của PECL cũng giống với pháp luật một số quốc gia thành viên cho phép các bên được tự do trong việc lựa chọn hình thức của hợp đồng, trừ một số quốc gia quy định hợp đồng bắt buộc phải tuân theo hình thức nhất định. Quy định của PECL hiện nay đang là sự kế thừa nguyên tắc tự do lựa chọn HTHĐ.

### 2.3. Điều kiện về nội dung, mục đích và năng lực chủ thể

Bên cạnh các quy định về năng lực chủ thể, về sự tự nguyện của các bên chủ thể khi tham gia hợp đồng, PECL cũng quy định hợp đồng chỉ phát sinh hiệu lực khi nội dung và mục đích của nó không vi phạm pháp luật, vi phạm đạo đức. Theo quy định của Điều 4:101 của PECL: “Chương này không điều chỉnh các vấn đề hợp đồng vô hiệu do trái pháp luật, trái đạo đức hay chủ thể không có năng lực xác lập hợp đồng”. PECL sẽ không điều chỉnh các trường hợp hợp đồng vô hiệu do nội dung trái pháp luật, trái đạo đức hay chủ thể xác lập hợp đồng không có đủ năng lực. Bởi lẽ, mỗi một hệ thống luật của quốc gia thành viên đã có quy định riêng biệt về điều kiện nội dung, mục đích của hợp đồng; và điều kiện năng lực của chủ thể sẽ có những yếu tố quyết định khác nhau.

Nội dung của hợp đồng là tổng hợp các điều khoản do các bên thỏa thuận, mục đích của hợp đồng là lợi ích vật chất hoặc tinh thần mà các bên hướng tới khi giao kết hợp đồng. Còn năng lực chủ thể là khả năng mà các bên tham gia hợp đồng có khi tham gia xác lập, thực hiện hợp đồng. Quy định này của PECL là phù hợp bởi mỗi một hệ thống pháp luật của quốc gia thành viên EU lại có những truyền thống, học thuyết pháp luật khác nhau điều chỉnh nội dung hợp đồng và có chuẩn mực ứng xử khác nhau; đạo đức là một phạm trù chịu sự ảnh hưởng của văn hóa từng quốc gia thành viên, bên cạnh đó, toàn khối EU chưa có hệ thống pháp luật chung điều chỉnh các vấn đề xã hội phát sinh như nhà ở, đất đai, tài sản... Do đó, PECL không thể điều chỉnh hoặc đưa ra yêu cầu về nội dung mà mục đích của hợp đồng không được vi phạm pháp luật (không có hệ thống pháp luật áp dụng chung) hay trái đạo đức xã hội (đạo đức đa dạng phụ thuộc vào truyền thống văn hóa của mỗi quốc gia). Theo quy định của BLDS Pháp, nội dung của hợp đồng không được vi phạm trật tự công cộng: “Hợp đồng không được trái với trật tự công, dù là thể hiện trên các điều khoản cũng như thông qua mục đích của hợp đồng, dù đã được biết hoặc không được biết bởi tất cả các bên”<sup>6</sup>. Hay BLDS Đức quy định: “Một giao dịch pháp lý vi phạm một điều cấm của pháp luật thì vô hiệu, trừ khi đạo luật đó có quy định khác”<sup>7</sup>, hợp đồng được giao kết muốn có hiệu lực thì không vi phạm điều cấm của luật, nhưng cũng có ghi nhận một số trường hợp ngoại lệ. Ngoài ra, BLDS Đức còn quy định về hợp đồng vô hiệu khi nội dung trái với chính sách công<sup>8</sup>, có tính bóc lột hoặc vi

5 Điều 518 Bộ luật Dân sự Đức.

6 Điều 1162 Bộ luật Dân sự Pháp.

7 Điều 134 Bộ luật Dân sự Đức.

8 Điều 138 Bộ luật Dân sự Đức.

phạm rõ ràng lợi ích của một trong các bên trong hợp đồng<sup>9</sup>...

Về những điều kiện về năng lực chủ thể, PECL cũng không có quy định riêng điều chỉnh mà tuân theo quy định của pháp luật các quốc gia thành viên. Năng lực chủ thể tham gia hợp đồng thường được cấu thành bởi hai yếu tố là năng lực pháp luật dân sự và năng lực hành vi dân sự. Cùng với sự phát triển của lịch sử, pháp luật các quốc gia đều quy định về năng lực pháp luật cho cá nhân. Qua các giai đoạn khác nhau của lịch sử, năng lực pháp luật dân sự được quy định khác nhau với những nội dung ngày càng được mở rộng. Mỗi quốc gia khác nhau sẽ quy định năng lực pháp luật dân sự cho cá nhân một cách khác nhau, điều đó phụ thuộc vào chế độ chính trị, bản chất giai cấp, điều kiện kinh tế - xã hội, sự tác động của phong tục, tập quán... Yếu tố thứ hai cấu thành năng lực chủ thể của các bên tham gia hợp đồng đó là năng lực hành vi dân sự của các nhân. Năng lực hành vi dân sự của cá nhân được hiểu một cách tương đồng trong hệ thống các quốc gia thành viên EU là khả năng tự mình của chủ thể tham gia xác lập, thực hiện các quan hệ pháp luật dân sự. Xem xét một chủ thể đặc biệt là một cá nhân có năng lực hành vi dân sự hay không thường được xác định qua hai yếu tố cấu thành là độ tuổi và khả năng nhận thức làm chủ hành vi. Cũng giống như năng lực pháp luật, mỗi quốc gia có các điều kiện kinh tế, xã hội khác nhau,... nên quy định về năng lực hành vi của cá nhân cũng không giống nhau. Đặc biệt, công dân ở mỗi quốc gia sẽ có những nhóm gen khác nhau và điều này cũng ảnh hưởng đến khả năng nhận thức, làm chủ hành vi ở các độ tuổi khác nhau.

Đây cũng chính là lý do PECL không thể quy định về các mức độ năng lực hành vi dân sự chung cho các chủ thể là cá nhân tham gia hợp đồng.

Theo Điều 1145 BLDS Pháp, mọi cá nhân đều có quyền giao kết hợp đồng, trừ trường hợp không có năng lực theo quy định của pháp luật. Những người không có năng lực giao kết hợp đồng theo quy định của pháp luật bao gồm: i) Người chưa thành niên chưa được công nhận có năng lực hành vi; ii) Người thành niên được bảo hộ theo quy định của pháp luật<sup>10</sup>. Như vậy, để được xác định là có năng lực giao kết hợp đồng thì cá nhân phải là người có năng lực hành vi dân sự đầy đủ. BLDS Pháp cũng ghi nhận quy định liên quan đến năng lực pháp luật của chủ thể giao kết hợp đồng, trừ trường hợp được tòa án cho phép, nghiêm cấm bất kỳ người nào giữ một chức vụ hoặc làm việc trong một nhà dưỡng lão hoặc một cơ sở chữa bệnh tâm thần, mà mua một tài sản hoặc nhận chuyển nhượng một quyền của một người được nhận vào để chăm sóc tại cơ sở ấy hoặc thuê nơi mà người đó ở trước khi được nhận vào cơ sở, nếu không hợp đồng liên quan sẽ bị vô hiệu. Còn đối với BLDS Đức thì chỉ xác định năng lực giao kết hợp đồng dựa trên hai yếu tố là độ tuổi và khả năng nhận thức, làm chủ hành vi mà không dựa trên yếu tố về năng lực pháp luật của chủ thể giao kết hợp đồng<sup>11</sup>.

Như vậy, với vai trò là một bộ nguyên tắc chung về Luật Hợp đồng châu Âu, PECL chỉ đưa ra các quy định mang tính định hướng về các tiêu chí, điều kiện để một hợp đồng phát sinh hiệu lực. Những quy định chịu sự ảnh hưởng của văn hóa, truyền thống và chế độ sở hữu của mỗi quốc gia thì PECL sẽ tôn

9 Điều 138 Bộ luật Dân sự Đức.

10 Điều 1146 Bộ luật Dân sự Pháp.

11 Điều 104 Bộ luật Dân sự Đức.



trọng. Trường hợp hai quốc gia thành viên giao kết hợp đồng với nhau nhưng có quy định không tương đồng thì áp dụng các quy định của pháp luật về xung đột pháp luật của các điều ước quốc tế mà hai quốc gia đều là thành viên.

### 3. Một số kinh nghiệm đối với Việt Nam

Qua nghiên cứu các quy định của Bộ nguyên tắc về Luật Hợp đồng châu Âu cũng như pháp luật một số quốc gia thành viên EU liên quan đến các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng, tác giả nhận thấy một số điểm tiến bộ có thể có giá trị tham khảo trong việc hoàn thiện pháp luật Việt Nam hiện hành về vấn đề này:

BLDS năm 2015 hiện nay đang quy định về điều kiện có hiệu lực của hợp đồng, theo đó hợp đồng chỉ phát sinh hiệu lực khi thỏa mãn các điều kiện về (i) năng lực chủ thể tham gia hợp đồng, (ii) nội dung hợp đồng phải hợp pháp, (iii) chủ thể tham gia hợp đồng phải tự nguyện và các bên được lựa chọn hình thức thể hiện hợp đồng nhưng trong một số trường hợp HTHĐ vẫn phải thực hiện theo yêu cầu của Luật. Quy định này của BLDS năm 2015 và PECL có rất nhiều điểm tương đồng, nhưng quy định của BLDS năm 2015 cụ thể là Điều 117 còn một điểm chưa thực sự phát huy được hiệu quả. Cụ thể là:

- Điểm a khoản 1 Điều 117 BLDS năm 2015 quy định về năng lực chủ thể: “*Chủ thể có năng lực pháp luật dân sự, năng lực hành vi dân sự phù hợp với giao dịch dân sự được xác lập*”. Chủ thể ở đây có thể được hiểu là chủ thể của hợp đồng hoặc chủ thể trực tiếp tham gia vào xác lập, thực hiện hợp đồng. Với quy định không rõ ràng này có thể khiến trong nhiều trường hợp hiểu sai dẫn đến áp dụng sai. Tuy nhiên, theo quan điểm cá nhân thì năng lực pháp luật của hai chủ thể trực tiếp giao kết hợp đồng đều cần đáp ứng yêu

cầu về năng lực pháp luật, còn về năng lực hành vi thì yêu cầu người trực tiếp xác lập hợp đồng đáp ứng điều kiện phù hợp với hợp đồng dân sự. Như vậy, ở đây Bộ luật chỉ quy định chung chung là chủ thể có thể dẫn đến nhiều cách hiểu từ đó dẫn đến việc áp dụng trên thực tế không được chính xác. Chính vì vậy có thể sửa đổi thành “*chủ thể tiến hành xác lập giao dịch*”.

- Điểm c khoản 1 Điều 117 BLDS năm 2015 quy định: “*Mục đích và nội dung của giao dịch dân sự không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội*”. Điều cấm của luật là nội dung cụ thể, rất dễ để xác định nhưng đạo đức xã hội, dù được định nghĩa là chuẩn mực ứng xử được thừa nhận, được tôn trọng bởi cộng đồng, nhưng cho đến nay, đạo đức vẫn chưa được mô tả cụ thể bởi một văn bản ghi nhận. Đạo đức là một phạm trù khá trừu tượng và bất biến, mang tính chủ quan ý chí cá nhân khá nhiều. Chính vì vậy, trên thực tế để xác định đâu là hợp đồng giao kết trái đạo đức xã hội không phải điều đơn giản. PECL là bộ nguyên tắc hợp đồng chung được kỳ vọng trở thành bộ luật hợp đồng chung của Cộng đồng châu Âu, do đó khi PECL được soạn thảo, các nhà khoa học đã cố gắng điều chỉnh những nội dung trong tầm tay, những nội dung thể hiện sự riêng biệt của từng quốc gia thành viên để dành cho pháp luật quốc gia điều chỉnh. Ứng với thực trạng pháp luật Việt Nam, về vai trò của đạo đức với pháp luật nói chung và với hiệu lực hợp đồng nói riêng, theo tác giả, do chuẩn mực đạo đức cũng thay đổi qua các thời kỳ phát triển cũng như sự tiến bộ về nhận thức của con người, tại từng địa phương cũng có những quan niệm khác nhau, chính vì vậy, BLDS năm 2015 cần cụ thể hóa các quy định về đạo đức hoặc chỉ dẫn văn bản điều chỉnh đạo đức thay vì quy định chung chung như hiện nay ■

# HOÀN THIỆN THỂ CHẾ VỀ CHÍNH QUYỀN ĐÔ THỊ ĐÁP ỨNG YÊU CẦU CÔNG NGHIỆP HÓA, HIỆN ĐẠI HÓA ĐẤT NƯỚC<sup>1</sup>

**Nguyễn Thị Hương**

ThS. Phó Vụ trưởng Vụ Công tác đại biểu, Văn phòng Quốc hội.

## Thông tin bài viết

*Từ khóa:* Chính quyền đô thị, chính quyền địa phương, đô thị hóa, hiện đại hóa.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 30/01/2023  
Biên tập: 22/02/2023  
Duyệt bài: 24/02/2023

## Article Information

*Keywords:* Municipal administration; local administration; urbanization; modernization. Article History:

Received: 30 Jan. 2023  
Edited: 22 Feb. 2023  
Approved: 24 Feb. 2023

## Tóm tắt:

Tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII, Đảng ta đã nhấn mạnh chủ trương xây dựng chiến lược, hoàn thiện thể chế phát triển đô thị và kinh tế đô thị làm động lực phát triển từng vùng, địa phương, phát triển đô thị, kinh tế đô thị là mắt xích quan trọng trong quá trình công nghiệp hóa, hiện đại hóa. Vì vậy, cần nâng cao khả năng quản lý, kiểm soát quá trình đô thị hóa, phát triển đô thị vệ tinh, xây dựng đô thị hiện đại, văn minh, đô thị thông minh, đa dạng về loại hình, có bản sắc đặc trưng về kiến trúc, văn hóa ở từng địa phương đã, đang là yêu cầu cấp thiết từ thực tiễn cuộc sống, đặc biệt trong bối cảnh Cách mạng công nghiệp lần thứ tư và hội nhập quốc tế sâu rộng của nước ta hiện nay. Trong bài viết này, tác giả trình bày về đô thị hóa ở Việt Nam và những vấn đề đặt ra; thực tiễn tổ chức và hoạt động của chính quyền đô thị ở Việt Nam thời gian qua, trong đó chỉ ra nguyên nhân của những hạn chế, bất cập; và đưa ra các giải pháp hoàn thiện.

## Abstract:

At the 13th National Congress, our Party emphasized its undertakings of development of strategies, improvement of the institution of urban development and urban economy as a driving force for the development of each region, locality, urban development. Urban economy is an important connection in the process of industrialization and modernization. Therefore, it is necessary to improve the capability to manage and control the process of urbanization, develop satellite cities, and develop modern, civilized, smart cities with various types and identities. The specificity of architecture and culture in each locality has been an urgent requirement from real life, especially in the context of the Fourth Industrial Revolution and our country's deep international integration today. Within this article, the author presents the urbanization in Vietnam and the questions raised; actual organization and operation of urban government in Vietnam time to time, and also points out the causes of shortcomings and inadequacies; and provides a number of recommendations for improvements.

<sup>1</sup> Bài viết này có sử dụng kết quả nghiên cứu của Đề tài cấp bộ “Hoàn thiện pháp luật về tổ chức và hoạt động của chính quyền đô thị ở Việt Nam hiện nay” - Mã số ĐTCB.2021-01 do ThS. Nguyễn Thị Hương làm Chủ nhiệm, Viện Nghiên cứu lập pháp là cơ quan chủ trì.

### 1. Đô thị hóa ở Việt Nam và những vấn đề đặt ra

#### 1.1. Đô thị hóa ở Việt Nam

Theo một số nghiên cứu<sup>2</sup>, đô thị hóa là xu hướng tất yếu của toàn cầu; là quá trình mở rộng và phát triển mạng lưới đô thị và phổ biến lối sống thành thị, tập trung dân cư trên lãnh thổ. Phát triển đô thị khác với đô thị hóa ở chỗ, phát triển đô thị chỉ xét cho từng đô thị riêng biệt, còn đô thị hóa thì xét cho cả mạng lưới đô thị. Có thể nêu những đặc điểm chính của đô thị hóa:

*Một là, dân số tập trung vào các đô thị với tốc độ nhanh chóng.*

Tại Việt Nam, nhìn chung, các đô thị có số dân tăng trưởng trung bình, các đô thị nhỏ có số dân tăng trưởng chậm, riêng hai thành phố lớn là Hà Nội và TP. Hồ Chí Minh có số dân tăng trưởng nhanh. Chỉ tính trong hơn 10 năm gần đây, dân số Hà Nội tính đến tháng 4/2009 là 6.451.909 người<sup>3</sup> và tháng 4/2019 là 8.053.663 người<sup>4</sup>; dân số TP. Hồ Chí Minh tính đến tháng 4/2009 là 7.162.864 người và tính đến tháng 4/2019 là 8.993.082 người. Cả hai thành phố đều có mức tăng dân số khoảng 25% sau 10 năm so với năm 2009. Số lượng dân cư trên đây của hai thành phố chưa tính đến những người sinh hoạt và lao động không chính thức.

*Hai là, sự phát triển các đô thị đã tạo nên các vùng đô thị hóa cao độ.*

Hai vùng đô thị lớn được hình thành và phát triển là Vùng Thủ đô Hà Nội và Vùng

TP. Hồ Chí Minh. Vùng Thủ đô Hà Nội bao gồm TP. Hà Nội và 9 tỉnh lân cận: Hà Nam, Hưng Yên, Hải Dương, Bắc Ninh, Vĩnh Phúc, Hòa Bình, Phú Thọ, Thái Nguyên và Bắc Giang. Tổng diện tích toàn vùng khoảng 24.314,7 km<sup>2</sup> (chiếm 7,3% diện tích tự nhiên toàn quốc), với dân số toàn vùng đến năm 2030 ước tính khoảng 21 - 23 triệu người; trong đó, dân số đô thị khoảng 11,5 - 13,8 triệu người, dân số nông thôn khoảng 9,2 - 9,5 triệu người; khoảng 12 - 13,2 triệu lao động; mức độ đô thị hóa đạt khoảng 55% - 60%<sup>5</sup>. Vùng TP. Hồ Chí Minh bao gồm TP. Hồ Chí Minh và 7 tỉnh lân cận, là Bà Rịa - Vũng Tàu, Bình Dương, Bình Phước, Tây Ninh, Long An, Đồng Nai và Tiền Giang. Tổng diện tích toàn vùng khoảng 30.404 km<sup>2</sup> (chiếm 9,2% diện tích tự nhiên toàn quốc), với dân số toàn vùng đến năm 2030 ước tính khoảng 24 - 25 triệu người; trong đó dân số đô thị khoảng 18 - 19 triệu người, dân số nông thôn khoảng 6 - 7 triệu người; khoảng 18 - 19 triệu lao động; mức độ đô thị hóa khoảng 70% - 75%<sup>6</sup>.

*Ba là, quá trình tập trung hóa dân số vào các thành phố và các khu vực không giống nhau.*

Có thể nhận thấy, số lượng đô thị tăng nhanh và phân bố không đồng đều trên cả nước, chất lượng đô thị giữa các địa phương, vùng miền trong từng loại đô thị còn chênh lệch nhau rất lớn. Mức độ đô thị hóa cũng khác nhau nhiều giữa các vùng; ở vùng Đông Nam Bộ là trên 72%, trong khi ở vùng

2 Xem: Nguyễn Thế Bá, Trần Trọng Hanh, Lê Trọng Bình, Nguyễn Tố Lăng, Quy hoạch xây dựng phát triển đô thị, Nxb. Xây dựng, Hà Nội, 2008, tr. 15; Nguyễn Tố Lăng, Quản lý đô thị ở các nước đang phát triển, Nxb. Xây dựng, Hà Nội, 2016, tr. 5.

3 Ban Chỉ đạo Tổng điều tra dân số và nhà ở Trung ương, Báo cáo kết quả chính thức Tổng điều tra dân số và nhà ở, ngày 1-4-2009.

4 Ban Chỉ đạo Tổng điều tra dân số và nhà ở Trung ương, Tổng điều tra dân số và nhà ở ngày 1-4-2019 - Tổ chức thực hiện và kết quả sơ bộ, Nxb. Thống kê, Hà Nội, 2019.

5 Quyết định số 768/QĐ-TTg, ngày 6-5-2016 của Thủ tướng Chính phủ "Về việc phê duyệt Điều chỉnh quy hoạch xây dựng Vùng Thủ đô Hà Nội đến năm 2030 và tầm nhìn đến năm 2050".

6 Quyết định số 2076/QĐ-TTg, ngày 22-12-2017 của Thủ tướng Chính phủ "Về việc phê duyệt Điều chỉnh Quy hoạch xây dựng Vùng TP. Hồ Chí Minh đến năm 2030 và tầm nhìn đến năm 2050".

trung du và miền núi phía Bắc là dưới 22%<sup>7</sup>. Quy mô đất đai của các đô thị cũng rất khác nhau, trong 25 đô thị lớn nhất nước ta, chỉ có Hà Nội và TP. Hồ Chí Minh là khác biệt.

*Bốn là, quá trình đô thị hóa làm thay đổi tương quan dân số thành thị và nông thôn.*

Đô thị hóa ở Việt Nam chứa đựng đặc trưng sự gia tăng tốc độ cũng như gia tăng diện tích và dân số. Tuy nhiên, những đặc trưng này chủ yếu diễn ra tại hai thành phố lớn là Hà Nội và TP. Hồ Chí Minh; tỷ lệ mở rộng khu vực đô thị của hai thành phố này là 3,8% và 4% hằng năm.

## **1.2. Những vấn đề đặt ra trong quá trình đô thị hóa**

*Thứ nhất, đô thị hóa và sự thay đổi nghề nghiệp.*

Tại Việt Nam, năm 2019 ước tính dân số là 96,48 triệu người. Lao động 15 tuổi trở lên có việc làm năm 2019 là 54,7 triệu người, trong đó lực lượng lao động đang làm việc ở khu vực I khoảng 19 triệu người, chiếm 34,7% tổng số lao động; ở khu vực II khoảng 16,1 triệu người, chiếm 29,4%; ở khu vực III khoảng 19,6 triệu người, chiếm 35,9%<sup>8</sup>. Trong tương lai, nước ta sẽ phải phát triển công nghiệp theo hướng hiện đại tất yếu mở rộng quy mô, phạm vi của khoa học, dịch vụ; đồng thời, khu vực nông thôn cần được công nghiệp hóa với sản xuất nông nghiệp công nghệ cao.

*Thứ hai, đô thị hóa và vấn đề di dân.*

Một trong những nhân tố quan trọng của sự tăng trưởng đô thị hóa là di dân từ nông thôn ra thành thị gắn với các hoạt động kinh tế, như việc làm, sản xuất công nghiệp, trao đổi kinh tế. Ở nước ta, các

khu vực công nghiệp phát triển là các điểm đến thu hút nhất đối với người di cư, nhất là các khu công nghiệp ở vùng Đông Nam Bộ và vùng đồng bằng Sông Hồng. Toàn quốc có 12 tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương có số người nhập cư nhiều hơn số người xuất cư. Trong đó, tỉnh Bình Dương có tỷ suất di cư thuần dương cao nhất (chiếm 200,4%), tiếp theo là tỉnh Bắc Ninh, TP. Hồ Chí Minh và TP. Đà Nẵng với tỷ suất di cư thuần dương lần lượt là 85,3%, 75,9% và 68,4%.<sup>9</sup> Tìm việc hoặc bắt đầu công việc mới hoặc theo gia đình là những lý do di cư chủ yếu. Người di cư thường gặp khó khăn về chỗ ở, có 43% người di cư đang phải sống trong các căn nhà thuê mượn, gấp gần 8 lần tỷ lệ này của người không di cư. Các địa phương có nhiều khu công nghiệp thu hút đông lao động phổ thông là những nơi có tỷ lệ người di cư phải thuê/mượn nhà cao nhất, như các tỉnh Bình Dương (74,5%), Bắc Ninh, Đồng Nai, TP. Cần Thơ. Bên cạnh đó, một số địa phương khác cũng có tỷ lệ này khá cao (từ 40 đến 50%) bao gồm: Thái Nguyên, Hưng Yên, Tây Ninh, Bà Rịa - Vũng Tàu, TP. Hồ Chí Minh và Long An.

*Thứ ba, đô thị hóa với lối sống đô thị.*

Lối sống đô thị có những đặc điểm nhất định. Đó là dân cư đô thị có thể dễ dàng thay đổi môi trường làm việc và nơi ở do tính chất sản xuất công nghiệp; có nhu cầu giao tiếp cao, có sự giao tiếp đa dạng và phức tạp hơn so với dân cư nông thôn. Lối sống đô thị phụ thuộc phần lớn vào dịch vụ công cộng và yêu cầu ngày càng cao của người dân. Nhu cầu văn hóa, giáo dục của người dân

7 Quản lý phát triển đô thị Việt Nam 2008 - 2018, Sdd, tr. 83.

8 Tổng cục Thống kê, Thông cáo báo chí về tình hình kinh tế - xã hội quý IV và năm 2019, Hà Nội, ngày 27-12-2019.

9 Ban Chỉ đạo Tổng điều tra dân số và nhà ở Trung ương, Tổng điều tra dân số và nhà ở, ngày 1-4-2019 - Tổ chức thực hiện và kết quả sơ bộ, Sdd.

đô thị ngày càng tăng. Do đô thị có nhiều cơ quan khoa học, trường đại học, thư viện và những phương tiện thông tin - văn hóa khác nên người dân đô thị có điều kiện nâng cao trình độ, phát huy năng lực sáng tạo và phát triển toàn diện.

*Thứ tư, đô thị hóa với môi trường đô thị.*

Sự tăng trưởng của đô thị tạo ra hàng loạt ảnh hưởng tích cực đến môi trường và con người. Mặt khác, sự tăng trưởng của đô thị làm cho môi trường của hầu hết các thành phố đang bị xấu đi nhanh chóng, ô nhiễm nước và không khí, các chất thải ngày càng tăng, kể cả các chất độc hại...

Quá trình đô thị hóa thường dẫn đến việc hạ tầng đô thị bị quá tải, mất cân bằng sinh thái và sự phát triển kinh tế - xã hội không cân bằng với tăng trưởng dân số, khi việc di cư từ các đô thị nhỏ, vừa và các vùng nông thôn vào các đô thị lớn không có khả năng kiểm soát. Hệ quả là hệ thống kết cấu hạ tầng kỹ thuật và hạ tầng xã hội đô thị xuống cấp nhanh chóng, đặc biệt là vấn đề nhà ở và vệ sinh môi trường ngày càng nan giải và nhiều vấn đề xã hội xuất hiện. Đô thị hóa nếu thiếu kiểm soát sẽ tạo nên sự phát triển giả tạo, gây quá tải trong các đô thị lớn và tình trạng nghèo đói ở đô thị.

## 2. Thực tiễn tổ chức và hoạt động của chính quyền đô thị ở Việt Nam thời gian qua

### 2.1. Thực tiễn về tổ chức đơn vị hành chính lãnh thổ đô thị và quy hoạch đô thị ở Việt Nam

*Thực tiễn về tổ chức đơn vị hành chính lãnh thổ đô thị:* Là bước thứ nhất trong quy trình xây dựng mô hình chính quyền địa phương (CQĐP) nói chung và chính quyền đô thị (CQĐT) nói riêng. Để quản lý đô thị,

cần tổ chức phân chia đơn vị hành chính lãnh thổ đô thị, phân loại đô thị, tổ chức quy hoạch đô thị, từ đó thiết kế mô hình tổ chức CQĐT phù hợp để quản lý đô thị hiệu quả. Tuy nhiên, tổ chức đơn vị hành chính lãnh thổ đô thị nước ta chưa hợp lý, dẫn đến tổ chức CQĐT ở Việt Nam không đáp ứng được nhu cầu quản lý. Thực trạng này thể hiện về mặt pháp lý là các quy định không hợp lý của Luật Tổ chức CQĐP năm 2015 (Luật Tổ chức CQĐP) về tổ chức đơn vị hành chính lãnh thổ. Theo đó, Luật Tổ chức CQĐP phân chia đô thị thành các đơn vị hành chính lãnh thổ tương ứng, bao gồm: Thành phố trực thuộc trung ương, quận, thành phố thuộc tỉnh, thành phố thuộc thành phố, thị xã, thị trấn. Theo đó, Thành phố trực thuộc trung ương được xếp vào loại đặc biệt hoặc đô thị loại I, thành phố thuộc tỉnh, thành phố thuộc thành phố trực thuộc trung ương được phân loại theo tiêu chí đô thị loại I, loại II hoặc loại III; thị xã được phân loại theo tiêu chí đô thị loại III hoặc đô thị loại IV; thị trấn được phân loại theo tiêu chí đô thị loại IV hoặc đô thị loại V<sup>10</sup>.

CQĐT Việt Nam được tổ chức tương ứng với đơn vị hành chính - lãnh thổ tương đương và loại đô thị được xếp tương đương với thứ bậc hành chính của lãnh thổ. Từ đó, CQĐT được tổ chức ở tất cả ba cấp hành chính địa phương một cách cào bằng, cơ học và cấp độ đô thị cũng từ đó được xếp theo thứ bậc hành chính một cách cơ học.

*Về thực trạng quy hoạch đô thị,* là bước thứ hai trong quy trình xây dựng mô hình CQĐP nói chung và CQĐT nói riêng, quy hoạch đô thị cho thấy tầm nhìn, chiến lược phát triển đô thị, từ đó có chính sách tác động đô thị hóa một cách hợp lý.

10 Điều 1 Nghị quyết số 1121/2016/UBTVQH13 về phân loại đô thị.

Quy hoạch đô thị nước ta còn nhiều hạn chế. Tính hành chính - mệnh lệnh vẫn còn đậm nét trong pháp luật về quy hoạch đô thị là một bất cập dẫn đến quy hoạch đô thị Việt Nam chưa đáp ứng nhu cầu phát triển đô thị. Cụ thể, với đô thị, việc quản lý đòi hỏi một quy hoạch chuẩn của đô thị, “là một quá trình kỹ thuật và chính trị, xử lý việc kiểm soát sử dụng đất và thiết kế môi trường đô thị, bao gồm các mạng lưới giao thông, nhằm hướng dẫn và đảm bảo sự phát triển trật tự của các khu định cư và các cộng đồng”<sup>11</sup>. Về kỹ thuật, nó được thể hiện ra bằng bản vẽ. Còn về chính trị, đó chính là quá trình tương tác giữa ba trụ cột chính: thứ nhất là CQĐT, thứ hai là các nhà đầu tư bất động sản, thứ ba là người dân mà có thể do các tổ chức xã hội đại diện. Ở nước ta, quy hoạch đô thị được đánh giá còn mang tính chủ quan, cao bằng, mang tính chất nông thôn và đan xen tính đô thị một cách máy móc<sup>12</sup>; do đó có độ “vênh” giữa quy hoạch đô thị và những gì đã và đang diễn ra trên thực tế<sup>13</sup>.

## **2.2. Thực tiễn tổ chức mô hình chính quyền đô thị ở đô thị**

Mô hình tổ chức CQĐP ở đô thị Việt Nam hiện có hai hạn chế lớn: một là, được tổ chức theo mô hình cấp hành chính tương tự CQĐP ở nông thôn, bao gồm 3 cấp: cấp 1 (tương đương tỉnh) là Thành phố trực thuộc trung ương; cấp 2 (tương đương huyện) là quận, thành phố thuộc tỉnh, thị xã và thành phố thuộc thành phố; cấp 3 (tương đương xã) là phường và thị trấn. Hai là, từ tổ chức bộ máy đến nhiệm vụ, quyền hạn của các cấp CQĐP ở đô

thị là như nhau, khác biệt tuy có nhưng không đáng kể, được chứng minh qua ba nội dung: tổ chức bộ máy của CQĐT; nhiệm vụ, quyền hạn của CQĐT; chính sách phân cấp cho CQĐT.

*Về chính sách phân cấp cho CQĐP các đô thị:* Sau khi Luật Tổ chức CQĐP năm 2015 được ban hành, Chính phủ đã ban hành các văn bản về phân cấp quản lý cho CQĐT, nổi bật như: Nghị quyết số 21/NQ-CP/2016 về phân cấp quản lý nhà nước giữa Chính phủ và Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương; Nghị định số 144/2016/NĐ-CP quy định một số cơ chế đặc thù về đầu tư, tài chính, ngân sách và phân cấp quản lý đối với TP. Đà Nẵng (bãi bỏ Quyết định số 13/2006/QĐ - TTg); Nghị định số 48/2017 quy định một số cơ chế, chính sách tài chính - ngân sách đặc thù đối với TP. Hồ Chí Minh. Tuy nhiên, các quy định hướng về đô thị này có những hạn chế như: *Thứ nhất*, các văn bản nêu trên, về cơ bản vẫn là sự kế thừa các văn bản về phân cấp cho CQĐT trước đây, không có sự vượt bậc đáng kể về nội dung; *Thứ hai*, các cơ chế đặc thù này vẫn chỉ tập trung vào các đô thị lớn là các thành phố trực thuộc trung ương mà bỏ qua các đô thị vừa và nhỏ khác như thành phố thuộc tỉnh, thị xã hay thị trấn. Như vậy, cùng là đô thị nhưng chỉ đô thị loại đặc biệt và loại 1 – tương ứng đơn vị hành chính lãnh thổ là thành phố trực thuộc trung ương mới được hưởng quy chế đặc thù, các đô thị còn lại vẫn áp dụng quy chế chung là không có cơ sở khoa học; *Thứ ba*, một số văn bản đặc thù có tính vượt trội như Nghị định số

11 Dẫn theo Huỳnh Thế Du (2015), Vai trò quan trọng nhất của quy hoạch tại Việt Nam là để huy động nguồn lực, Thời báo Sài Gòn, <https://kienviet.net/2015/07/19/vai-tro-thuc-chat-quan-trong-nhat-cua-quy-hoach-tai-viet-nam-la-de-huy-dong-nguon-luc/>, truy cập ngày 20/12/2021.

12 Trương Minh Dục (2012), Vấn đề quản lý đô thị Việt Nam trong thời kỳ đổi mới, Tạp chí Lý luận chính trị, số 12.

13 Cơ quan Quy hoạch đô thị Lyon và Trung tâm dự báo và nghiên cứu đô thị (PADDI) (2012), Làm thế nào để đô thị ở Việt Nam hiệu quả hơn, Hội thảo “Đô thị hóa bền vững vùng ven ở các thành phố của Việt Nam”, Việt Nam, tr.4.

48/2017/NĐ-CP về cơ chế, chính sách tài chính đặc thù cho TP. Hồ Chí Minh mặc dù thu hút nhiều sự chú ý nhưng với hình thức pháp lý là Nghị định vẫn chưa đủ vững chắc để gọi là cơ chế đặc thù khi đặt nó trong mối quan hệ với Luật Tổ chức CQĐP hay các luật chuyên ngành khác<sup>14</sup>.

### 3. Nguyên nhân của những hạn chế, bất cập

#### 3.1. Nguyên nhân khách quan

- Đất nước ta trong nhiều giai đoạn có chiến tranh, việc thiết lập CQĐP nói chung và CQĐT còn khó khăn, bởi vì: (i) Cần thiết ổn định và tái thiết sau thời gian chiến tranh triền miên, cần sử dụng CQĐP là công cụ phát huy dân chủ và huy động nguồn lực tối đa nhất; (ii) Một trật tự chung và đồng nhất đảm bảo an toàn và hiệu quả trong tổ chức triển khai các chỉ đạo và định hướng; (iii) Đặt mục tiêu trước mắt, căn bản là quan trọng nhất và ưu tiên hàng đầu.

- Thực tiễn về cơ sở hạ tầng (nền tảng kinh tế xã hội): việc tổ chức áp dụng các mô hình sản xuất theo quan điểm cũ “kế hoạch hóa tập trung” được áp dụng cho toàn bộ nền kinh tế đòi hỏi bộ máy quản lý phải “chia nhỏ” và “đồng nhất” mới có thể thực hiện các chỉ thị, kế hoạch “bình quân” của Trung ương. Xã hội đô thị chưa hình thành rõ nét, kinh tế tư nhân không được thừa nhận và ưu tiên phát triển, những đòi hỏi thiết yếu về quản lý đô thị, dân cư đô thị còn hạn chế.

- Thực tiễn về kiến trúc thượng tầng: khả năng tổ chức, thực hiện các chương trình phát triển kinh tế - xã hội của cả cấp Trung ương và địa phương còn thiếu hiệu quả; cơ cấu tổ chức chính quyền thời hậu chiến trước mắt ưu tiên bố trí đủ về số lượng

và ổn định nhân sự tương ứng với yêu cầu “kế hoạch hóa”. Ngoài ra, áp lực về thay đổi cung cách quản lý đô thị và nông thôn là rất nhỏ, nặng về giám sát, quản trị theo “kinh nghiệm”, ít tập trung mục tiêu “kiến tạo, thúc đẩy”.

#### 3.2. Nguyên nhân chủ quan

- Quy định của pháp luật chưa chi tiết, cụ thể, mang nhiều tính định khung và còn dấu ấn tư duy bao cấp của cơ chế quản lý tập trung quan liêu. Sự coi trọng quá mức tính tập quyền của Nhà nước nên đã đưa hầu hết các nhiệm vụ, công việc của địa phương lên cơ quan Trung ương lãnh đạo, chỉ đạo và ra chỉ tiêu kế hoạch. Theo đó, vai trò CQĐP ít được quan tâm và giảm tính chủ động, tự quản địa phương. Tính ‘bình quân chủ nghĩa’ đã làm cho mô hình tổ chức CQĐT không được phân biệt với chính quyền nông thôn.

- Tổ chức CQĐT tại các thành phố trực thuộc Trung ương đã được tổng kết, đánh giá về những bất cập so với yêu cầu thực tiễn quản trị đô thị và đặc biệt là đáp ứng yêu cầu công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước nhưng chưa có cơ sở lý luận vững chắc cho việc xây dựng và hoàn thiện tổ chức CQĐT. Gần đây, Hiến pháp năm 2013 có những bước tiến mới trong hiến định nhưng dường như Luật Tổ chức CQĐP năm 2015 vẫn chưa giải quyết được hết những vấn đề cơ bản cho mô hình tổ chức CQĐP được thiết lập trong thực tế, nên thiếu hệ thống quy phạm pháp luật điều chỉnh nhóm quan hệ xã hội này.

- Mô hình tổ chức chính quyền thực hiện quản trị ở đô thị tại các thành phố trực thuộc Trung ương có cơ cấu công kênh,

14 Lao động online, Nghị định về cơ chế tài chính đặc thù cho TP. HCM vẫn còn nhiều điểm siết lại, <http://laodong.com.vn/thoi-su-xa-hoi/ngghi-dinh-ve-co-che-tai-chinh-dac-thu-cho-tphcm-van-con-nhieu-diem-siet-lai-674054.bld>, truy cập ngày 20/12/2021.

nhiều tầng nấc; chồng chéo chức năng, nhiệm vụ; chức năng thẩm quyền của vị trí lãnh đạo chính quyền, hành chính trong bộ máy chưa rõ nên giảm tính hiệu lực, hiệu quả trong điều hành. Sự cải thiện và đổi mới tổ chức CQĐT đã thực hiện theo đường lối lãnh đạo của Đảng nhưng chưa đáp ứng yêu cầu, nhiệm vụ của thời kỳ công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước.

Nhìn chung, những quy phạm về tổ chức CQĐT hiện hành và tập trung chủ yếu là Hiến pháp năm 2013 và Luật Tổ chức CQĐP năm 2015. Đối chiếu với yêu cầu của công nghiệp hóa, hiện đại hóa và thực tế cuộc sống đô thị, với những quy phạm về đô thị hiện nay đang để lại những khoảng trống cần tiếp tục hoàn thiện trong thời gian tới.

Khung pháp lý, cơ cấu tổ chức và cơ chế vận hành đã được quy định chung cho nhiều cấp, tạo ra một bộ máy chính quyền rập khuôn, theo chiều dọc; chồng chéo chức năng và trùng lẩn theo chiều ngang. Đô thị là một môi trường xã hội thuần nhất trên một đơn vị hành chính lãnh thổ tự nhiên, tính liên thông cao, sự đồng bộ và hướng dịch vụ đã ít thích hợp với mệnh lệnh hành chính. Quan hệ Trung ương - địa phương nói riêng và cơ quan cấp trên - cấp dưới nói chung còn dấu ấn tính bao cấp; cấp dưới chưa chủ động, giảm quá trình giao quyền tự chủ, tự chịu trách nhiệm của CQĐT.

Quy định về tổ chức của Đảng và nguyên tắc lãnh đạo của Đảng với Nhà nước, chính quyền ở các cấp chưa thực sự bám các lý thuyết khoa học tổ chức, còn hiện tượng bao biện, làm thay khiến cho hoạt động của CQĐP thiếu linh hoạt, xuất hiện tâm lý “chờ chỉ đạo” của Đảng và sự ỷ lại vào trách nhiệm của tập thể. Do đó, hoạt động của các cơ quan CQĐP trở thành thụ động, nghiêng về chấp hành, không phát huy được năng lực cá nhân cũng như khó thu

hút nhân tài vào làm việc và cống hiến. Mô hình tổ chức chính quyền chưa tương thích với chức năng quản lý nhà nước ở đô thị. Cơ chế tập thể Ủy ban nhân dân (UBND) và trách nhiệm của Chủ tịch UBND, của các thành viên UBND chưa rõ ràng, cụ thể; do vậy, hạn chế việc huy động được đầy đủ vai trò, trách nhiệm cá nhân; đồng thời dẫn đến tình trạng đùn đẩy cho trách nhiệm chung của tập thể hoặc hợp thức hóa những quyết định cá nhân của người đứng đầu dưới danh nghĩa ý kiến quyết định của tập thể UBND; cơ cấu thành viên UBND còn mang nặng tính hình thức. Vị trí các ủy viên UBND không có quyền hạn và không phát huy được vai trò, trong khi đó, yêu cầu quản lý đô thị phải có cơ chế quản lý nhanh nhạy, kịp thời, dứt khoát. Để đáp ứng yêu cầu công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước, tổ chức CQĐT còn có hàng loạt “khoảng trống” cần nghiên cứu cả phương diện lý luận và thực tiễn để hoàn thiện.

#### **4. Giải pháp hoàn thiện**

*Một là*, khẩn trương thể chế hóa các chủ trương của Đảng về kiện toàn, cơ cấu tổ chức CQĐP, trong đó có CQĐT bằng việc ban hành văn bản quy phạm pháp luật, bảo đảm sự thống nhất trong việc tổ chức thực hiện pháp luật. Thời gian qua, *vấn đề hợp nhất chỉ dừng lại ở chủ trương chung mà chưa được hướng dẫn và thể chế hóa thành các quy phạm pháp luật*, do vậy, dẫn đến tình trạng mỗi một địa phương có những cách thức tiến hành khác nhau do nhận thức không thống nhất. Chẳng hạn, việc thí điểm hợp nhất cơ quan chuyên môn của UBND và cơ quan Đảng được thực hiện hoàn toàn trên cơ sở Nghị quyết số 18-NQ/TW ngày 25/10/2017, Kết luận số 34-KL/TW ngày 07/8/2018 của Bộ Chính trị về thực hiện một số mô hình thí điểm theo Nghị quyết số 18-NQ/TW ngày 25/10/2017 và chỉ đạo của



tính ủy căn cứ vào thực tế của địa phương. Việc “thiếu vắng căn cứ pháp lý và hướng dẫn cụ thể từ cơ quan Trung ương đã dẫn đến những khó khăn, vướng mắc trong quá trình thực hiện và cũng phần nào làm giảm hiệu quả của việc thí điểm hợp nhất trên thực tế”<sup>15</sup>.

*Hai là*, sửa đổi, bổ sung quy định của pháp luật về tổ chức đơn vị hành chính trong Luật Tổ chức CQĐP năm 2019 và các văn bản pháp luật liên quan nhằm xác định rõ vị trí, vai trò của từng cấp đơn vị hành chính ở đô thị, cần có quy định phù hợp hơn về việc tổ chức đơn vị hành chính ở đô thị. Sửa đổi, bổ sung Điều 2, Điều 4 Luật Tổ chức CQĐP năm 2019 để phân biệt “cấp chính quyền” với “cấp của đơn vị hành chính”; xác định rõ những đơn vị hành chính nào được tổ chức “cấp chính quyền” và những đơn vị hành chính nào không được coi là cấp chính quyền. Từ đó, pháp luật cần đa dạng hóa mô hình tổ chức CQĐT, xác định rõ đơn vị hành chính nào được tổ chức đủ hai thiết chế Hội đồng nhân dân (HĐND) và UBND và đơn vị hành chính nào chỉ tổ chức UBND hoặc cơ quan quản lý hành chính. Điều chỉnh lại chức năng, thẩm quyền của HĐND và UBND bảo đảm tính tập trung, thống nhất của chính quyền đô thị. Cơ cấu của CQĐT phải gọn nhẹ, giảm bớt đầu mối trung gian như HĐND ở quận, phường.

*Ba là*, sửa đổi, bổ sung các văn bản quy phạm pháp luật về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của CQĐT như Luật Tổ chức Chính phủ, Luật Tổ chức CQĐP, Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và Hội đồng nhân dân các cấp. Bên cạnh đó, cần sửa đổi, bổ sung các đạo luật chuyên

ngành có liên quan đến cơ cấu, tổ chức, hoạt động của CQĐT như Luật Đất đai, Luật Quy hoạch đô thị, Luật Xây dựng, Luật Đầu tư công... cũng như các nghị định, thông tư của Chính phủ và các bộ, ngành trung ương cho phù hợp với mô hình chính quyền đô thị trong phân cấp quản lý chức năng giữa trung ương và địa phương, giữa UBND thành phố, các sở ngành và quận, phường nhằm hạn chế tình trạng chồng chéo, mâu thuẫn giữa các văn bản để phù hợp với tình hình phát triển đô thị hiện nay. Rà soát, loại bỏ những quy định chồng chéo, bất cập và pháp điển hóa thành văn bản quy phạm pháp luật về tổ chức và hoạt động của CQĐT có giá trị pháp lý cao để có những thay đổi cơ bản, toàn diện, mạnh mẽ, tạo hành lang pháp lý vững chắc cho tổ chức và hoạt động của CQĐT. Tinh thần rà soát, sửa đổi theo hướng trao quyền tự chủ nhiều hơn nữa cho các đô thị, thành phố trực thuộc trung ương trong thu hút các nguồn lực cho phát triển.

*Bốn là*, tổ chức CQĐT cần có sự phân biệt cơ bản với chính quyền nông thôn. Thực trạng tổ chức CQĐP hiện nay đặt ra yêu cầu cần thiết phải làm rõ, phân định rành mạch sự khác biệt giữa đô thị và nông thôn; từ đó xác định cơ cấu tổ chức, chức năng, nhiệm vụ, thẩm quyền, cơ chế hoạt động phù hợp đối với chính quyền ở địa bàn đô thị và chính quyền ở địa bàn nông thôn.

*Năm là*, xác định lộ trình tổng kết việc thực hiện thí điểm mô hình CQĐT đang áp dụng tại 3 thành phố Hà Nội, Đà Nẵng và TP. Hồ Chí Minh để xây dựng mới thể chế về CQĐP theo hướng nghiên cứu áp dụng

15 Phạm Thị Huệ (2021), Bàn về thí điểm hợp nhất cơ quan thanh tra nhà nước và cơ quan kiểm tra đảng, <http://lapphap.vn> ngày 10/3/2021.