

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

VĂN PHÒNG QUỐC HỘI

Số 8(169) / Tháng 4/2010



DIỄN ĐÀN VỀ NHÀ NƯỚC, PHÁP LUẬT, CHÍNH SÁCH

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Mục lục

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 5** Bài học về sự lãnh đạo, chỉ đạo chiến lược sáng suốt của Đảng và Bác Hồ trong sự nghiệp đấu tranh giải phóng dân tộc, thống nhất tổ quốc

TS. Nguyễn Huy Hiệu

- 10** Vai trò của các ủy ban của Quốc hội trong bảo đảm tính thống nhất của hệ thống pháp luật

Lê Việt Trường

- 14** Về “cây ghép” pháp luật

ThS. Phạm Trọng Nghĩa

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 22** Về yếu tố ưng thuận của hợp đồng (kỳ 2)

TS. Ngô Huy Cương

- 29** Hoàn thiện chế độ pháp lý về sở hữu bất động sản trong khung cảnh hội nhập

TS. Nguyễn Ngọc Điện

- 40** Thực hiện chế độ hai cấp xét xử - cơ chế bảo vệ quyền con người trong tố tụng dân sự

TS. Nguyễn Quang Hiền

CHÍNH SÁCH

- 45** Tuyên truyền chính sách, pháp luật về công tác cấp, đổi giấy chứng nhận quyền sử dụng đất ghi tên một người sang ghi tên vợ và chồng

TS. Nguyễn Quang Tuyến

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 51** Hoàn thiện quy định của Bộ luật Hình sự năm 1999 về các tội xâm phạm nhân phẩm, danh dự của con người

TS. Đỗ Đức Hồng Hà

- 56** Xây dựng khái niệm nhãn hiệu trong Luật Sở hữu trí tuệ

ThS. Đàm Thị Diễm Hạnh

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 60** Một số phương pháp giải thích pháp luật ở Pháp

ThS. Phạm Thị Duyên Thảo

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. TRẦN ĐÌNH ĐÀN (CHỦ TỊCH)
TS. NGUYỄN SĨ DŨNG (PHÓ CHỦ TỊCH)
GS. TSKH. ĐÀO TRỌNG THI
GS. TS. TRẦN NGỌC ĐƯỜNG
PGS. TS. ĐÌNH VĂN NHẢ
PGS. TS. TRẦN ĐÌNH NHẢ
PGS. TS. PHAN TRUNG LÝ
PGS. TS. ĐẶNG VĂN THANH
TS. DƯƠNG NGỌC NGƯU
TS. NGÔ ĐỨC MẠNH
TS. PHẠM VĂN HÙNG

TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP:

ThS. NGUYỄN QUANG MINH

TRỤ SỞ:

27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI
ĐT: 080-48486/ 44078
FAX: 080-48486
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

THIẾT KẾ:

NGUYỄN ANH VŨ

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

Số 117/GP-NGÀY 30-3-2001
CỦA BỘ VH TT

PHÁT HÀNH:

HÀ NỘI: 080-43364
TP. HỒ CHÍ MINH: 080-83558

TÀI KHOẢN:

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

IN TẠI CÔNG TY CP IN KHKT

GIÁ: 12.500 ĐỒNG

Ảnh bìa: Thành phố Hồ Chí Minh đón chào ngày kỷ niệm 35 năm thống nhất đất nước.
Tác giả: Thành Giang

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Legis 4/2010

STATE AND LAW

- 5** Lessons on the strategic leadership of the Party and Uncle Ho in the struggles for national liberation and reunification
Dr. Nguyen Huy Hieu
- 10** The role of National Assembly' committees to ensure uniformity of the legal system
Le Viet Cuong
- 14** On the "transplantation" in law
LL.M. Pham Trong Nghia

DISCUSSION OF BILLS

- 22** Consent in the contract (Part II)
Dr. Ngo Huy Cuong
- 29** Perfecting the legal regime of property ownership in the context of integration
Dr. Nguyen Ngoc Dien
- 40** Perform two-level trial mode - defense mechanisms of human rights in civil procedures
Dr. Nguyen Quang Hien

POLICIES

- 45** Propagate policy and law on the grant, renewal certificates of land use rights registered to the name of husband and wife
Dr. Nguyen Quang Tuyen

LEGAL PRACTICE

- 51** Perfecting the provisions of the Criminal Code in 1999 on charges of infringement of human dignity and honor of human
Dr. Do Duc Hong Ha
- 56** Building up mark concept in Intellectual Property Law
LL.M. Dam Thi Diem Hanh

FOREIGN EXPERIENCE

- 60** A number of law explanation methods in France
LL.M. Pham Thi Duyen Thao

EDITORIAL:

Dr. TRAN DINH DAN (Chairman)
Dr. NGUYEN SI DUNG (Vice Chairman)
Prof. Dr. DAO TRONG THI
Prof. Dr. TRAN NGOC DUONG
Prof. Dr. DINH VAN NHA
Prof. Dr. TRAN DINH NHA
Prof. Dr. PHAN TRUNG LY
Prof. Dr. DANG VAN THANH
Dr. DUONG NGOC NGUU
Dr. NGO DUC MANH
Dr. PHAM VAN HUNG

EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

VICE EDITOR-IN-CHIEF:

LL.M. NGUYEN QUANG MINH

OFFICE:

27A VONG THI - TAY HO - HA NOI
ĐT: 080-48486/ 44078
FAX: 080-48486
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

DESIGN:

NGUYEN ANH VU

LICENSE OF PUBLISMENT:

N^o 117/GP-DATE 30-3-2001
MINISTRY OF CULTURE AND
INFORMATION

DISTRIBUTION:

HA NOI: 080-43364
HO CHI MINH CITY: 080-83558

ACCOUNT NUMBER:

0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED IN SCIENCE TECHNOLOGY
PRINTING COMPANY

Price: 12,500 VND

KỶ NIỆM 35 NĂM GIẢI PHÓNG MIỀN NAM, THỐNG NHẤT ĐẤT NƯỚC (30/4/1975 - 30/4/2010)

BÀI HỌC VỀ SỰ LÃNH ĐẠO, CHỈ ĐẠO CHIẾN LƯỢC SÁNG SUỐT CỦA ĐẢNG VÀ BÁC HỒ TRONG SỰ NGHIỆP ĐẤU TRANH GIẢI PHÓNG DÂN TỘC, THỐNG NHẤT TỔ QUỐC

■ NGUYỄN HUY HIỆU *

C hiến dịch Hồ Chí Minh lịch sử đã kết thúc thắng lợi cuộc kháng chiến chống Mỹ, cứu nước vĩ đại của dân tộc Việt Nam. Đánh giá về sự kiện lịch sử trọng đại này, Báo cáo Chính trị của Ban Chấp hành Trung ương Đảng ta tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ IV (12-1976) đã khẳng định: “Năm tháng sẽ trôi qua, nhưng thắng lợi của nhân dân ta trong sự nghiệp kháng chiến chống Mỹ, cứu nước mãi mãi được ghi vào lịch sử dân tộc ta như một trong những trang chói lọi nhất, một biểu tượng sáng ngời về sự toàn thắng của chủ nghĩa anh hùng cách mạng và trí tuệ con người, đi vào lịch sử thế giới như một chiến công vĩ đại của thế kỷ XX, một sự kiện có tầm quan trọng quốc tế to lớn và có tính thời đại sâu sắc”¹.

Có được thắng lợi này, một trong những nguyên nhân, đồng thời cũng là bài học sâu sắc nhất, là sự lãnh đạo, chỉ đạo chiến lược sáng suốt của Đảng ta và Chủ tịch Hồ Chí Minh trong sự nghiệp đấu tranh giải phóng dân tộc, thống nhất đất nước. Từ thực tiễn cuộc kháng chiến chống Mỹ, cứu nước vĩ đại của dân tộc

Việt Nam, chúng ta có thể rút ra mấy bài học cơ bản sau:

Bài học thứ nhất: Đảng và Chủ tịch Hồ Chí Minh đã sớm nhận rõ và đánh giá đúng kẻ thù, có chủ trương, đường lối phù hợp với từng thời điểm lịch sử cụ thể, lãnh đạo cách mạng đánh bại kẻ địch từng bước, tiến lên giành thắng lợi hoàn toàn

Ngay từ trước khi Hiệp định Giơ-ne-vơ (21/7/1954) về chấm dứt chiến tranh và lập lại hòa bình ở Đông Dương được ký kết, tại Hội nghị Ban Chấp hành Trung ương Đảng lần thứ 6 (từ 15 đến 18/7/1954), Trung ương Đảng và Chủ tịch Hồ Chí Minh đã nhận định: Đế quốc Mỹ là một trở lực chính ngăn cản việc lập lại hòa bình ở Đông Dương và đang trở thành kẻ thù trực tiếp của nhân dân Đông Dương và nhân dân Việt Nam. Thực tiễn đã diễn ra đúng như vậy. Với dã tâm chiếm Đông Dương, dùng Đông Dương làm bàn đạp mở rộng chiến tranh xâm lược, đế quốc Mỹ đã hất cẳng Pháp, nhảy vào miền Nam, dựng lên chính quyền tay sai Ngô Đình Diệm, thực hiện chính sách “tố cộng, diệt cộng”, thẳng tay đàn áp phong trào cách

(*) *Viện sĩ, TS, Thượng tướng, Ủy viên Trung ương Đảng, Thứ trưởng Bộ Quốc phòng.*

(1) *Đảng Cộng sản Việt Nam - Báo cáo Chính trị của Ban Chấp hành Trung ương Đảng tại Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ IV. Nxb. Sự thật, H. 1977.*

mạng ở miền Nam. Chỉ tính từ tháng 7/1955 đến tháng 2/1956, Mỹ - Diệm đã giết hại, giam cầm 93.362 cán bộ, đảng viên. Giữa năm 1956, chúng tuyên bố từ chối Hiệp thương Tổng tuyển cử theo quy định của Hiệp định Giơ-ne-vơ và công khai hô hào “lấp sông Bến Hải” để “Bắc tiến”. Những hoạt động của Mỹ ở miền Nam nước ta đã bộc lộ rõ dã tâm của chúng muốn biến miền Nam thành thuộc địa và căn cứ quân sự của Mỹ để chuẩn bị chiến tranh xâm lược mới nhằm đánh chiếm cả miền Bắc Việt Nam, đề bẹp phong trào giải phóng dân tộc và ngăn chặn sự phát triển của chủ nghĩa xã hội (CNXH) - mà chúng gọi là “làn sóng đỏ” - ở khu vực Đông Nam Á.

Phân tích tình hình trên, *nhận rõ kẻ thù*, Hội nghị lần thứ 15 (năm 1959) của Ban Chấp hành Trung ương Đảng (khóa II) chỉ rõ: Mỹ - Diệm chẳng những là kẻ thù của nhân dân miền Nam đang bị chúng thống trị mà còn là kẻ thù của cả dân tộc Việt Nam, của nhân dân miền Bắc đã được giải phóng. Trong Diễn văn khai mạc Đại hội lần thứ III của Đảng, Chủ tịch Hồ Chí Minh nói: “Nhân dân ta từng chịu đau khổ vì bọn đế quốc và ngày nay còn bị bọn Mỹ - Diệm chia cắt đất nước, giày xéo miền Nam. Ngày nào mà chưa đuổi được đế quốc Mỹ ra khỏi miền Nam nước ta, chưa giải phóng miền Nam khỏi ách thống trị tàn bạo của Mỹ - Diệm thì nhân dân ta vẫn chưa thể ăn ngon ngủ yên”. Cùng với việc sớm nhận diện rõ kẻ thù, nhất là âm mưu, thủ đoạn, chính sách cơ bản của chúng đối với nước ta, Đảng ta và Chủ tịch Hồ Chí Minh còn hết sức sáng suốt, dựa trên cơ sở quan điểm cách mạng, khoa học, *đánh giá đúng tương quan lực lượng địch - ta*, từ đó có chủ trương, quyết sách phù hợp với từng thời điểm lịch sử cụ thể, đánh bại địch từng bước, tiến lên giành thắng lợi hoàn toàn.

Với quan điểm xem xét khoa học, biện chứng và cách mạng, Đảng ta đã căn cứ vào tổng thể các yếu tố và khẳng định: Mỹ và tay sai có quân đông nhưng không có cơ sở chính



Đại đội trưởng Nguyễn Huy Hiệu (ngoài cùng bên trái) và đồng đội tại Cam Lộ, Quảng Trị (tháng 4 năm 1970).

trị sâu rộng và vững chắc, tuy quân sự chúng còn mạnh, nhưng chính trị của chúng lại rất yếu mà yếu nhất là ở nông thôn. Từ nhận định này, Đảng ta xác định: “Con đường phát triển cơ bản của cách mạng Việt Nam ở miền Nam là khởi nghĩa giành chính quyền về tay nhân dân”. Với chủ trương đúng đắn đó, phong trào Đồng Khởi ở miền Nam Việt Nam đã nổ ra và nhanh chóng phát triển thành cao trào, khởi nghĩa từng phần và giành thắng lợi, đưa cách mạng miền Nam vượt qua thử thách sống còn, chuyển từ thế giữ gìn lực lượng sang thế tiến công. Đây là sự mở đầu cuộc kháng chiến chống Mỹ, cứu nước rất độc đáo, sáng tạo của Đảng ta.

Khi Mỹ tiến hành *chiến tranh đặc biệt*, Đảng ta và Chủ tịch Hồ Chí Minh chủ trương chỉ đạo phá áp chiến lược, giành quyền làm chủ của quần chúng ở nông thôn; phát triển nhanh các lực lượng quân sự và kết hợp đẩy mạnh đấu tranh chính trị với đấu tranh vũ trang; thực hiện đánh địch bằng *hai chân* (chính trị, vũ trang), *ba mũi* (chính trị, quân sự, binh vận), trên cả *ba vùng* chiến lược (rừng núi, nông thôn đồng bằng, đô thị). Chiến tranh nhân dân ở miền Nam từ đó từng bước phát triển đến đỉnh cao.

Từ năm 1965, khi đế quốc Mỹ ồ ạt đưa quân vào miền Nam, thực hiện chiến lược *chiến tranh cục bộ*, trong một số người đã xuất hiện tư tưởng “sợ Mỹ”, hoặc đánh giá quá cao về sức mạnh của đế quốc Mỹ, tỏ ra thiếu lòng tin

vào thắng lợi của sự nghiệp cách mạng. Nhưng Đảng ta sáng suốt nhận định: Mỹ là một đội quân mạnh nhưng vào miền Nam không phải trong thế mạnh, mà trong thế yếu, thế bị động. Chỗ yếu cơ bản nhất của chúng vẫn là về chính trị. Còn về phía ta, lúc này không chỉ đã mạnh về chính trị mà cả về quân sự. Đây là cơ sở để Đảng ta hạ quyết tâm đánh Mỹ và thắng Mỹ. Nghị quyết Hội nghị Trung ương lần thứ 12 của Đảng (12/1965) đã đề ra nhiệm vụ “Động viên lực lượng cả nước kiên quyết đánh bại cuộc chiến tranh xâm lược của đế quốc Mỹ trong bất cứ tình huống nào”. Ở miền Nam, Đảng ta đã chỉ đạo kiên quyết giữ vững thế chiến lược tiến công, đánh Mỹ, diệt ngụy, nhất là sau khi đập tan hai cuộc phản công chiến lược mùa khô 1965-1966 và 1966-1967, ta càng đẩy chúng vào thế bị động. Ở miền Bắc, quân và dân ta đã đánh thắng hai cuộc chiến tranh phá hoại bằng không quân của đế quốc Mỹ, đặc biệt là trận “Điện Biên Phủ trên không” tại Hà Nội, Hải Phòng, kiên quyết bảo vệ công cuộc xây dựng CNXH và chỉ viện tích cực cho tiền tuyến lớn miền Nam. Như vậy, so sánh lực lượng giữa ta và địch phải xem xét cả quân sự và chính trị, cả số lượng và chất lượng, cả lực lượng và thế trận, cả ở chiến trường nước ta và tình hình chính trị nước Mỹ, cũng như tính năng động chủ quan trong điều hành chiến tranh của đôi bên. Thực tế đã chứng minh, quan điểm đánh giá so sánh lực lượng của Đảng ta là hoàn toàn chính xác.

Sau Hiệp định Pa-ri (1/1973), quân Mỹ và chư hầu buộc phải rút khỏi miền Nam, cục diện chiến trường, so sánh lực lượng giữa ta và địch có sự thay đổi lớn. Vấn đề đặt ra lúc này là liệu quân ngụy có thể thay thế quân Mỹ, quân chư hầu và liệu Mỹ có khả năng can thiệp trở lại không? Trước tình hình bọn ngụy tay sai được Mỹ tiếp sức tiến hành các chiến dịch “tràn ngập lãnh thổ”, lấn chiếm lại nhiều vùng giải phóng của ta, Trung ương Đảng đã ra Nghị quyết 21 (7/1973) chỉ đạo cách mạng miền Nam kiên quyết phản công, giữ vững vùng giải phóng, tạo

thế, tạo lực, tạo thời cơ và đón thời cơ để tiến lên giành thắng lợi quyết định. Với chiến thắng Thượng Đức (7/1974), ta khẳng định, chủ lực ta hơn hẳn chủ lực ngụy. Đến chiến thắng Phước Long (1/1975), Đảng ta có cơ sở kết luận ít có khả năng Mỹ can thiệp trở lại và có can thiệp cũng không cứu vãn được tình hình. Tình thế phát triển mau lẹ, Đảng ta đã nhạy bén nắm bắt tình hình, đánh giá đúng sự so sánh lực lượng địch - ta trong từng thời điểm cụ thể, kịp thời đề ra và điều chỉnh kế hoạch giải phóng miền Nam cho phù hợp, từ 2 năm theo xác định ban đầu rút xuống còn trong năm 1975 và cuối cùng là trước mùa mưa, bằng cuộc Tổng tiến công và nổi dậy mùa Xuân 1975, mở đầu là trận then chốt Buôn Ma Thuột và kết thúc bằng chiến dịch Hồ Chí Minh lịch sử, giành thắng lợi hoàn toàn trong vòng chưa đầy hai tháng.

Bài học thứ hai: Đảng và Chủ tịch Hồ Chí Minh giải quyết tốt mối quan hệ giữa hai nhiệm vụ chiến lược xây dựng miền Bắc và đấu tranh giải phóng miền Nam

Từ tháng 7/1954, Đảng ta đã xác định phải xây dựng miền Bắc thành căn cứ địa cách mạng của cả nước. Tại Hội nghị Ban Chấp hành Trung ương lần thứ 7 (3/1955), nhiệm vụ của hai miền được xác định rõ hơn: “Miền Bắc có vai trò quyết định nhất đối với toàn bộ sự nghiệp giải phóng miền Nam, thống nhất nước nhà; miền Nam có vai trò quyết định trực tiếp trong việc đánh đổ ách thống trị của đế quốc Mỹ và bẻ lũ tay sai để giải phóng miền Nam, thống nhất nước nhà, hoàn thành cách mạng dân tộc dân chủ nhân dân”. Đến Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ III của Đảng (9/1960), vị trí của cách mạng mỗi miền được Đảng tiếp tục khẳng định: “Tiên hành cuộc cách mạng XHCN ở miền Bắc là nhiệm vụ quyết định nhất đối với sự nghiệp phát triển của toàn bộ cách mạng Việt Nam, đối với sự nghiệp thống nhất nước nhà”. Còn “đồng bào ta ở miền Nam có nhiệm vụ trực tiếp đánh đổ ách thống trị của đế quốc Mỹ và bọn tay sai của chúng để giải phóng miền Nam”². Đồng thời cũng là “theo yêu cầu của cả nước, góp

(2) Đảng Cộng sản Việt Nam - Báo cáo chính trị Ban Chấp hành Trung ương tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ IV. Nxb. Sự thật, H. 1977, tr. 289.

phần bảo vệ miền Bắc và tạo điều kiện thuận lợi cho miền Bắc xây dựng CNXH”. Thực tế đã chứng minh, sự gắn bó của cách mạng hai miền đã tạo sức mạnh vô địch trên toàn đất nước. Đường Hồ Chí Minh chẳng những là tuyến vận tải chiến lược mà còn là một căn cứ hậu phương, một chiến trường, một biểu tượng nổi bật của ý chí Việt Nam “xẻ dọc Trường Sơn đi cứu nước”. “Miền Bắc đã dốc vào chiến tranh giữ nước và cứu nước toàn bộ sức mạnh của chế độ XHCN và hoàn thành một cách xuất sắc nghĩa vụ căn cứ địa cách mạng của cả nước”³. Còn nhân dân miền Nam dưới sự lãnh đạo trực tiếp của Trung ương Cục đã thể hiện vai trò quyết định trực tiếp trong việc đánh đổ đế quốc Mỹ và bè lũ tay sai, thực hiện sáng tạo đường lối cách mạng của Đảng trong cuộc chiến đấu kiên cường, dẻo dai, vượt qua mọi thử thách ác liệt, sáng tạo ra nhiều cách đánh đầy uy lực như đồng khởi, vành đai diệt Mỹ, đánh địch bằng hai chân, ba mũi, ba vùng... xứng đáng là Thành đồng của Tổ quốc.

Bài học thứ ba: Giữ vững độc lập, tự chủ, đồng thời thực hiện đường lối đối ngoại mềm dẻo tranh thủ sự đồng tình ủng hộ của các nước trên thế giới, phát huy sức mạnh dân tộc và sức mạnh thời đại

Chúng ta tiến hành cuộc kháng chiến chống Mỹ, cứu nước trong bối cảnh quốc tế phức tạp, vừa có nhiều thuận lợi, nhưng cũng không ít khó khăn, nhất là sự bất hòa, thậm chí có cả khuynh hướng thỏa hiệp vô nguyên tắc. Kẻ thù của chúng ta là một đế quốc có tiềm lực vật chất, vũ khí, kỹ thuật đứng hàng đầu thế giới. Chúng âm mưu xâm chiếm miền Nam tiến tới xâm chiếm cả Việt Nam; đồng thời thực hiện chia rẽ Bắc - Nam, chia rẽ phe XHCN. Cuộc đọ sức giữa nhân dân Việt Nam và đế quốc Mỹ xâm lược trở thành “cuộc đọ đũa lịch sử”, cuộc đọ sức điển hình và vô cùng quyết liệt giữa cách mạng và phản cách mạng. Trong bối cảnh đó, Đảng ta đã luôn nêu cao tính độc lập, tự chủ trong việc hoạch định đường lối kháng chiến chống Mỹ, cứu nước của mình. Đường lối đó phản

ánh đúng nguyện vọng và ý chí quyết tâm của nhân dân ta, dân tộc ta, phù hợp với điều kiện, hoàn cảnh đất nước, con người Việt Nam và xu thế tiến bộ của nhân loại, tạo sự đoàn kết nhất trí, phát huy sức mạnh của cả dân tộc, đồng thời tranh thủ sự giúp đỡ của các nước XHCN anh em và sự ủng hộ của nhân dân yêu chuộng hòa bình trên thế giới, tạo sức mạnh tổng hợp để đánh Mỹ và thắng Mỹ. Do đó, một mặt chúng ta tập trung phát triển tiềm lực của chính mình, mặt khác thực hiện đường lối đối ngoại đúng đắn, tranh thủ được sự đồng tình ủng hộ của các nước trên thế giới, mà trước hết là sự đồng tình ủng hộ và đoàn kết hiệp đồng chiến đấu của hai nước Lào và Cam-pu-chia, sự giúp đỡ quý báu của các nước XHCN, nhất là Liên Xô, Trung Quốc, Cu Ba... Về vấn đề này, Chủ tịch Hồ Chí Minh là người có tầm nhìn chiến lược sâu rộng, sắc sảo, sáng tạo lớn. Từ 1956, Người đã viết trên báo Sự thật của Liên Xô: “Trong tình hình quốc tế hiện nay, những đặc điểm dân tộc và những điều kiện riêng biệt ở từng nước ngày càng trở thành nhân tố quan trọng trong việc vạch ra chính sách của mỗi Đảng Cộng sản... và những vấn đề được đề ra cho đảng này hoặc đảng khác tuyệt nhiên không phải là việc riêng của mỗi đảng mà có quan hệ thiết thân đến toàn bộ giai cấp vô sản quốc tế”. Với tầm nhìn chiến lược ấy, Người giải thích với bạn bè quốc tế rằng: “Việc dân tộc Việt Nam phải vạch ra những phương pháp và biện pháp riêng của mình để chống âm mưu của đế quốc Mỹ và chính quyền tay sai hòng vĩnh viễn chia cắt đất nước cũng như để quá độ dần dần lên CNXH là điều thật rõ ràng, nhưng lúc này thì sự đoàn kết thực sự của phe XHCN và của các dân tộc yêu chuộng hòa bình trên thế giới đối với chúng tôi cũng cần thiết không kém gì hồi kháng chiến chống Pháp”⁴.

Đảng ta đặc biệt coi trọng độc lập, tự chủ trong xác định chủ trương, đường lối của mình, đồng thời cũng nhấn mạnh tăng cường đoàn kết quốc tế. Nghị quyết Hội nghị Ban Chấp hành Trung ương lần thứ 21 (7/1973) đã khẳng định:

(3) Nghiên cứu văn kiện Đảng về chống Mỹ, cứu nước, Nxb. Sự thật, H. 1986, tr. 325.

(4) Nghị quyết Hội nghị Trung ương lần thứ 12 (12/1965).

“Nhờ thực hiện đoàn kết quốc tế đến mức cao nhất và giữ vững độc lập tự chủ trong đường lối, chủ trương, chính sách của mình, khi tình hình thế giới thuận lợi cũng như lúc khó khăn, phức tạp, chúng ta đã được các nước XHCN anh em, phong trào cộng sản và công nhân quốc tế, phong trào độc lập dân tộc và nhân dân toàn thế giới, kể cả nhân dân tiến bộ Mỹ ủng hộ và giúp đỡ, trong đó sự giúp đỡ của các nước XHCN là cực kỳ quan trọng”. Để tăng cường đoàn kết quốc tế, Đảng ta chủ trương tranh thủ mọi lực lượng có thể tranh thủ, tận dụng mọi nhân tố tích cực có thể tận dụng được, hoan nghênh mọi sáng kiến vì hòa bình, kiên quyết một cách có nguyên tắc, đồng thời khôn khéo, mềm dẻo, kiên trì thuyết phục nhằm hạn chế những nhân tố tiêu cực trong quan hệ quốc tế.

Độc lập, tự chủ gắn liền với sự sáng tạo trong việc định ra và chỉ đạo thực hiện đường lối của Đảng ta, đó cũng là nguồn gốc sức mạnh của cách mạng Việt Nam. Chiến dịch Hồ Chí Minh lịch sử đã kết thúc toàn thắng quá trình “đánh cho Mỹ cút, đánh cho ngụy nhào” của dân tộc ta dưới sự lãnh đạo của Đảng. Từ thắng lợi vĩ đại của sự nghiệp giải phóng miền Nam, thống nhất đất nước, chúng ta có cơ sở để phát huy cao độ tiềm lực của cả nước, thực hiện đại đoàn kết 54 dân tộc anh em trong một Nhà nước của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân, dưới sự lãnh đạo của Đảng, khắc phục mọi khó khăn, thoát ra khỏi khủng hoảng kinh tế - xã hội, bảo vệ Tổ quốc và làm tròn nghĩa vụ quốc tế, thực hiện đường lối đổi mới, đưa đất nước phát triển mạnh mẽ và toàn diện, đẩy mạnh công nghiệp hóa, hiện đại hóa theo định hướng XHCN. Bên cạnh những cơ hội lớn, chúng ta phải đối mặt với những thách thức không nhỏ. Những nguy cơ mà Đảng ta đã chỉ ra đến nay vẫn tồn tại và diễn biến phức tạp. Trong bối cảnh đó, việc không ngừng củng cố và tăng cường sự lãnh đạo của Đảng là yếu tố quyết định của mọi thắng lợi. Những bài học về chỉ đạo chiến lược đúng đắn và sắc bén của Đảng ta trong suốt 30 năm chiến tranh giải phóng và bảo vệ Tổ quốc cho đến nay vẫn còn nguyên giá trị trong sự nghiệp xây dựng và bảo vệ vững chắc Tổ quốc

Việt Nam XHCN của toàn Đảng, toàn dân và toàn quân ta.

Để làm tốt cả hai nhiệm vụ chiến lược này, nhất là trong tình hình quốc tế phức tạp hiện nay, đòi hỏi chúng ta phải có nỗ lực rất lớn. Phải giữ vững ổn định về chính trị, tăng cường xây dựng lực lượng vũ trang nhân dân, xây dựng nền quốc phòng toàn dân gắn với nền an ninh nhân dân, kết hợp chặt chẽ kinh tế với quốc phòng, quốc phòng với an ninh và đối ngoại, tập trung nâng cao chất lượng tổng hợp, sức mạnh chiến đấu của các lực lượng vũ trang nhân dân, quân đội nhân dân... theo tinh thần Nghị quyết Trung ương 8 (khóa IX) của Đảng về chiến lược bảo vệ Tổ quốc trong tình hình mới. Đồng thời phải tập trung đẩy mạnh phát triển kinh tế - xã hội bằng cả nội lực và hợp tác quốc tế trên nguyên tắc tôn trọng độc lập, chủ quyền, toàn vẹn lãnh thổ, bình đẳng cùng có lợi, đa phương hóa, đa dạng hóa quan hệ, xóa bỏ thành kiến, hòa hợp dân tộc, hướng tới tương lai, chủ động hội nhập kinh tế quốc tế toàn diện.

Sau 35 năm chiến thắng của Chiến dịch Hồ Chí Minh lịch sử, ngày nay đất nước ta đã đạt được những thành tựu rất quan trọng, nhất là những thành tựu sau hơn 20 năm thực hiện đường lối đổi mới của Đảng, trên các mặt kinh tế, chính trị, văn hóa, xã hội, quốc phòng, an ninh, đối ngoại, v.v., làm thay đổi bộ mặt của đất nước và cuộc sống của nhân dân, nâng cao vị thế và uy tín của nước ta trên trường quốc tế trong thời kỳ mới. Sức mạnh tổng hợp của đất nước được tăng cường, tạo điều kiện củng cố vững chắc độc lập dân tộc và bảo vệ tổ quốc Việt Nam XHCN. Quân và dân ta dưới sự lãnh đạo của Đảng, phát huy những thành quả cách mạng đã đạt được, kiên định mục tiêu độc lập dân tộc gắn liền với CNXH; tiếp tục phấn đấu thực hiện thắng lợi đường lối đổi mới toàn diện, hướng tới mục tiêu “dân giàu, nước mạnh, xã hội công bằng, dân chủ, văn minh”, hoàn thành xuất sắc nhiệm vụ mà Đại hội Đảng lần thứ X xác định và chuẩn bị tốt mọi mặt cho Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI của Đảng thành công rực rỡ. ■

VAI TRÒ CỦA CÁC ỦY BAN CỦA QUỐC HỘI TRONG BẢO ĐẢM TÍNH THỐNG NHẤT CỦA HỆ THỐNG PHÁP LUẬT

■ LÊ VIỆT TRƯỜNG *

Hiện nay, Ủy ban Thường vụ Quốc hội (UBTVQH) đang chỉ đạo các cơ quan của Quốc hội đánh giá kết quả triển khai Kế hoạch số 900 ngày 21/3/2007 của UBTVQH về thực hiện Nghị quyết số 48 của Bộ Chính trị “Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến 2010, định hướng đến năm 2020”. Bài viết phân tích vai trò của các Ủy ban của Quốc hội trong bảo đảm tính thống nhất của hệ thống pháp luật, và một số giải pháp cho thời gian tới.

Theo quy định của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật (Luật BHVBQPPL), tính thống nhất của một dự án luật, pháp lệnh với hệ thống pháp luật hiện hành do Ủy ban Pháp luật và các Ủy ban của Quốc hội - được giao nhiệm vụ chủ trì thẩm tra - đảm nhiệm. Tính thống nhất của hệ thống pháp luật được xác định là một trong bốn nội dung cơ bản cần phải có của Báo cáo thẩm tra. Như vậy, tính thống nhất của hệ thống pháp luật rất quan trọng và là một yêu cầu bắt buộc mà các chủ thể có thẩm quyền theo quy định của pháp luật phải thực hiện. Thiếu sự thống nhất của hệ thống pháp luật chắc chắn sẽ dẫn đến sự chông chéo, mâu thuẫn, làm giảm hiệu lực, hiệu quả quản lý của Nhà nước, làm xói mòn lòng tin của nhân dân vào tính “khuôn vàng thước ngọc” của hệ thống pháp luật.

1. Thực trạng và tình hình thực hiện nhiệm vụ bảo đảm tính thống nhất của hệ thống pháp luật của các Ủy ban của Quốc hội

Tính thống nhất của hệ thống pháp luật, theo chúng tôi, có thể quy về hai mặt: thống nhất về hình thức của văn bản và thống nhất về nội dung của văn bản.

a) Tính thống nhất về hình thức của văn bản quy phạm pháp luật

Trong nhiều năm qua, tính thống nhất về hình thức của văn bản quy phạm pháp luật là vấn đề nổi cộm trong hoạt động lập pháp của Quốc hội. Do không có những quy định thống nhất về hình thức thể hiện của văn bản quy phạm pháp luật, cho nên, các dự án được trình ra Quốc hội có những điểm khác nhau từ lời nói đầu, bố cục, đến phân chia chương, mục, điều, khoản, điểm, hoặc cỡ chữ, giãn dòng, viết hoa,

(*) Ủy viên thường trực Ủy ban Quốc phòng và An ninh

sử dụng tiếng nước ngoài...

Trong điều kiện đó, cơ quan soạn thảo và cơ quan chủ trì thẩm tra đã cố gắng chính lý một bước, Ủy ban Pháp luật chính lý tiếp dự án luật trước khi trình Quốc hội. Tuy nhiên trong nhiều trường hợp, cơ quan soạn thảo, cơ quan thẩm tra và Ủy ban Pháp luật - mặc dù chưa thỏa mãn - nhưng không có căn cứ để bác bỏ hay chấp nhận ý kiến của nhau, dẫn đến dự án luật được trình ra Quốc hội không bảo đảm sự thống nhất về hình thức và kỹ thuật văn bản buộc đại biểu Quốc hội - các nhà chính trị - lẽ ra chỉ tập trung bàn về nội dung chính sách vĩ mô lại phải dành nhiều thời gian tham gia vào câu chữ đến nỗi cử tri và dư luận xã hội phải lên tiếng đề nghị Quốc hội khắc phục tình trạng “làm văn tập thể”.

Trước tình hình đó, cuối nhiệm kỳ Quốc hội khóa XI, UBTVQH đã xem xét và ban hành Quy định về kỹ thuật trình bày văn bản quy phạm pháp luật. Có thể nói, đây là một bước tiến mới quan trọng trong việc bảo đảm tính thống nhất của hệ thống pháp luật về mặt hình thức văn bản. Từ nay, các Ủy ban của Quốc hội rất thuận lợi trong việc chính lý dự án luật, pháp lệnh theo một quy định thống nhất. Như vậy, vấn đề bảo đảm tính thống nhất của hệ thống pháp luật về mặt hình thức văn bản từ nay trở đi đã được giải quyết một cách cơ bản.

b) Tính thống nhất về nội dung của văn bản quy phạm pháp luật

Trong những năm đổi mới vừa qua, hệ thống pháp luật của Nhà nước ta không ngừng được sửa đổi, bổ sung và hoàn thiện. Tuy nhiên, do nhu cầu xây dựng pháp luật rất lớn, trong điều kiện thời gian vật chất và kinh nghiệm lập pháp còn hạn chế, nên hệ thống pháp luật hiện hành đang bộc lộ nhiều mặt bất cập, trong đó đáng quan tâm nhất là sự chông chéo, mâu thuẫn, thậm chí trái ngược nhau giữa nội dung được quy định của các văn bản quy phạm pháp luật - ngay trong một lĩnh vực cũng như trong các lĩnh vực khác nhau. Nguyên nhân cơ bản và trực tiếp dẫn đến chất lượng bảo đảm tính thống nhất của hệ thống pháp luật còn hạn chế là do khâu tổ chức thực hiện quy định của Luật

BHVBQPPL chưa tốt. Hay nói cách khác là các cơ quan của Quốc hội được giao nhiệm vụ này chưa phối hợp chặt chẽ và chưa thực hiện đầy đủ trách nhiệm của mình. Điều này được minh chứng qua một số dẫn chứng cụ thể, như Luật Giao thông đường bộ (GTĐB) năm 2001 quy định “Hoạt động kinh doanh vận tải khách đường bộ bằng ô tô là hoạt động kinh doanh có điều kiện” nhưng Luật Doanh nghiệp lại không xét đến yêu cầu này của Luật GTĐB và vì được ban hành sau Luật GTĐB nên văn bản sau mặc nhiên phủ định quy định cùng điều chỉnh một vấn đề của văn bản trước. Điều này đã dẫn đến tình trạng lộn xộn trong vận tải khách liên tỉnh và đường dài tuyến Bắc - Nam. Các doanh nghiệp nhỏ chỉ tuân theo quy định của Luật Doanh nghiệp (các điều kiện thành lập doanh nghiệp rất đơn giản), bất chấp điều kiện theo quy định của Luật GTĐB về bảo đảm an toàn cho khách. Họ thành lập doanh nghiệp, mua xe, thuê người lái, thuê bến xe và khoán cho lái xe muốn chạy xe thế nào tùy ý, miễn sao thu được nhiều lợi nhuận. Một số vụ tai nạn thương tâm do xe khách gây ra trong thời gian qua đã cảnh báo về sự thiếu thống nhất trong hệ thống pháp luật là một trong những nguyên nhân gây ra tai nạn giao thông nghiêm trọng làm chết và bị thương nhiều người (nhược điểm này đã được khắc phục trong Luật GTĐB năm 2008). Hoặc khi UBTVQH tiến hành giám sát việc thi hành pháp luật về khiếu nại, tố cáo mới phát hiện ra giữa Luật Khiếu nại tố cáo, Luật Đất đai và Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án hành chính có những quy định không thống nhất về quyền của người khiếu nại đối với quyết định giải quyết khiếu nại lần hai, khiến các cơ quan rất lúng túng trong thực thi pháp luật.

Bảo đảm tính thống nhất của hệ thống pháp luật là vấn đề rất quan trọng nhưng để làm tốt không hề đơn giản, nó đòi hỏi phải đặt toàn bộ quy định của dự án luật chuẩn bị trình Quốc hội, dự án pháp lệnh chuẩn bị trình UBTVQH trong mối liên hệ với quy định của Hiến pháp, các luật, pháp lệnh có trong hệ thống pháp luật hiện hành, từ đó so sánh, cân nhắc loại bỏ những quy định chông chéo, mâu thuẫn hoặc

trái với quy định của văn bản đang có hiệu lực pháp luật. Đây là công việc đòi hỏi về thời gian, sự thận trọng, công phu, nhưng trên thực tế hiện nay, nó chỉ được thực hiện bởi một hoặc một số cá nhân trong Thường trực các Ủy ban và trong điều kiện thời gian lại quá hạn hẹp (văn bản gửi sang Quốc hội thường chậm so với quy định của pháp luật). Sẽ là rất tốt nếu cơ quan của Quốc hội được giao nhiệm vụ bảo đảm tính thống nhất của hệ thống pháp luật như Ủy ban Pháp luật phải có văn bản xác nhận và chịu trách nhiệm trước Quốc hội, UBTVQH về tính thống nhất của mỗi

dự án luật, pháp lệnh với hệ thống pháp luật hiện hành khi được trình thông qua, tương tự như cơ quan đăng kiểm của ngành giao thông khi dán tem đăng kiểm lên phương tiện xe cơ giới là

phải chịu trách nhiệm về sự xác nhận đó. Trên thực tế hiện nay, do hạn chế về nhân lực và thời gian, Ủy ban Pháp luật thường chỉ cử đại diện của mình đến dự hội nghị thẩm tra dự án do Ủy ban chủ trì thẩm tra mời để phát biểu ý kiến và ý kiến đó được xem như là “bảo đảm tính thống nhất của dự án luật, pháp lệnh với hệ thống pháp luật”. Vì vậy, vẫn còn tồn tại những hạn chế về bảo đảm tính thống nhất của hệ thống pháp luật như thường thấy cũng là điều dễ hiểu.

2. Một số giải pháp, kiến nghị

Trong điều kiện cụ thể của Quốc hội nước ta, với 70% đại biểu hoạt động kiêm nhiệm, thời gian dành cho xem xét, thông qua mỗi dự án luật có hạn, thì trách nhiệm bảo đảm tính thống nhất của hệ thống pháp luật phụ thuộc

vào chất lượng và hiệu quả hoạt động của các cơ quan của Quốc hội (Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban), trong đó Ủy ban Pháp luật, đóng vai trò nòng cốt.

Việc *bảo đảm tính thống nhất về hình thức của dự án luật, pháp lệnh* đã có quy định của UBTVQH về kỹ thuật trình bày dự án luật, pháp lệnh, nghị quyết. Do đó, trong thời gian tới, các cơ quan của Quốc hội được giao nhiệm vụ thẩm tra các dự án luật, pháp lệnh cần thực hiện tốt những quy định này, đồng thời, trong quá trình thực hiện tiếp tục nghiên cứu đề xuất giải pháp

tiếp tục hoàn thiện những quy định đó.

Đối với việc *bảo đảm tính thống nhất về nội dung của dự án luật, pháp lệnh*, từ thực tế hoạt động của các Ủy ban của Quốc hội nước ta trong thời gian qua và quy định của

Bảo đảm tính thống nhất của hệ thống pháp luật là vấn đề rất quan trọng nhưng để làm tốt không hề đơn giản, nó đòi hỏi phải đặt toàn bộ quy định của dự án luật chuẩn bị trình Quốc hội, dự án pháp lệnh chuẩn bị trình UBTVQH trong mối liên hệ với quy định của Hiến pháp, các luật, pháp lệnh có trong hệ thống pháp luật hiện hành, từ đó so sánh, cân nhắc loại bỏ những quy định chồng chéo, mâu thuẫn hoặc trái với quy định của văn bản đang có hiệu lực pháp luật

Luật BHVBQPPL mới được Quốc hội thông qua, có hiệu lực ngày 1/1/2009, xin nêu một số giải pháp:

Một là, cần tăng cường tính chuyên nghiệp của Thường trực Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban về bảo đảm tính thống nhất của hệ thống pháp luật thông qua việc lựa chọn đại biểu Quốc hội bố trí vào Thường trực Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban, đặc biệt chú ý chọn người có chuyên môn phù hợp, có hiểu biết về pháp luật và tuổi đời đủ để tham gia từ hai khóa Quốc hội trở lên. Riêng Ủy ban Pháp luật, cần có số lượng thành viên hợp lý, với chất lượng cao và hoạt động chuyên trách 100%.

Hai là, về trách nhiệm bảo đảm tính thống nhất về nội dung của các dự án luật, dự án pháp lệnh với hệ thống pháp luật hiện hành như quy

định tại Luật BHVBQPPL nhìn chung là phù hợp với đặc điểm và điều kiện cụ thể của Quốc hội nước ta. Tuy nhiên, để khắc phục những hạn chế trong triển khai thực hiện, cần cải tiến cách thức tiến hành xem xét vấn đề này đối với mỗi dự án luật, pháp lệnh. Cụ thể là trong báo cáo thẩm tra, Ủy ban chủ trì thẩm tra cần thể hiện rõ ý kiến của mình về tính thống nhất của dự án với hệ thống pháp luật hiện hành và chuyển toàn bộ dự án gồm tờ trình, dự thảo luật (pháp lệnh) và báo cáo thẩm tra để Ủy ban Pháp luật xem xét tính thống nhất của dự án với hệ thống pháp luật. Ủy ban Pháp luật có trách nhiệm xem xét và thể hiện chính kiến của mình

Trong điều kiện cụ thể của Quốc hội nước ta, với 70% đại biểu hoạt động kiêm nhiệm, thời gian dành cho xem xét, thông qua mỗi dự án luật có hạn, thì trách nhiệm bảo đảm tính thống nhất của hệ thống pháp luật phụ thuộc vào chất lượng và hiệu quả hoạt động của các cơ quan của Quốc hội (Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban), trong đó Ủy ban Pháp luật, đóng vai trò nòng cốt

bằng văn bản, kể cả trường hợp đồng ý hoàn toàn với ý kiến của Ủy ban chủ trì thẩm tra.

Ba là, cần xiết chặt kỷ cương trong việc chấp hành thời gian trình dự án nhằm bảo đảm cho cơ quan thẩm tra có đủ điều kiện triển khai đúng và có chất lượng toàn bộ các công việc theo trình tự, thủ tục thẩm tra đã được pháp luật quy định. Đồng thời các Ủy ban của Quốc hội nên “duy lý” hơn “duy tình” trước những đề nghị có tính cục bộ của cơ quan trình dự án. Thực tế cho thấy, sự “duy tình” đối với việc cho phép hình thành các quỹ trong nhiều dự án luật, pháp lệnh đã làm ảnh hưởng không nhỏ đến nguyên tắc “ngân sách nhà nước là thống nhất”.

Bốn là, đi đôi với nâng cao chất lượng thẩm tra các dự án luật, pháp lệnh (tiền kiểm), các Ủy ban của Quốc hội cần làm tốt nhiệm vụ, quyền

hạn của mình về giám sát ban hành văn bản quy phạm pháp luật của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, các cơ quan hữu quan (hậu kiểm) để phát hiện sự thiếu thống nhất giữa các văn bản có liên quan.

Năm là, phát huy tốt nhất sự phối hợp, hỗ trợ của các cơ quan, tổ chức hữu quan, đặc biệt là Viện Nghiên cứu lập pháp của UBTVQH. Ngoài việc sử dụng các kết quả nghiên cứu của Viện theo chức năng, nhiệm vụ được giao, để nâng cao chất lượng hoạt động thẩm tra, các Ủy ban của Quốc hội rất cần có những ý kiến, kiến nghị hoặc nhận xét, đánh giá của xã hội liên quan đến tính thống

nhất của hệ thống pháp luật trong lĩnh vực mình phụ trách đã được đăng tải trên các phương tiện thông tin đại chúng, đặc biệt là các báo, tạp chí như Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp là một ví dụ. Hiện nay, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp của Văn phòng Quốc hội là một ấn phẩm rất có giá trị. Mở bất kỳ cuốn tạp chí nào đều có thể bắt gặp những ý kiến, kiến nghị của tác giả liên quan đến tính thống nhất của hệ thống pháp luật, nhưng rất tiếc, việc sử dụng kho chất xám này còn nhiều hạn chế¹. Vì vậy, nên chăng Viện Nghiên cứu Lập pháp có thể tổ chức một bộ phận với chức năng “màng lọc” có nhiệm vụ tập hợp, tổng hợp, sàng lọc và phân loại theo đơn đặt hàng của các Ủy ban tất cả các ý kiến, kiến nghị hoặc ý kiến thể hiện sự không đồng

(Xem tiếp trang 21)

(1) Chỉ xin dẫn một vài bài viết trong một vài số của Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp để minh họa cho nhận định này, đó là: “Cần sửa đổi, bổ sung gì cho Luật Đất đai” của tác giả Đặng Hùng Võ (số 11 tháng 6-2009); “Bàn về sửa đổi các quy định chung về hợp đồng của Bộ luật Dân sự năm 2005” của tác giả Ngô Huy Cương (Số 16 tháng 8-2009); “Hoàn thiện pháp luật về bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp” của tác giả Nguyễn Thái Mai (số 19 tháng 10-2009); “Khắc phục những xung đột và lỗ hổng trong pháp luật” của tác giả Nguyễn Minh Đức (số 24 tháng 12-2009)...

VỀ “CÂY GHÉP” PHÁP LUẬT

■ PHẠM TRỌNG NGHĨA *

Việc nghiên cứu, học hỏi và áp dụng những quy định pháp luật quốc tế và nước ngoài phù hợp với hoàn cảnh Việt Nam (nhiều người gọi là “tiếp nhận pháp luật”) đã trở thành một nguyên tắc chung trong quá trình xây dựng pháp luật ở Việt Nam¹. Tuy nhiên, các công trình nghiên cứu về việc áp dụng những quy định pháp luật quốc tế và nước ngoài lại chưa nhiều. Trong số đó, có công trình nghiên cứu đề cập đến việc “tiếp nhận” pháp luật nói chung², đồng thời cũng có công trình nghiên cứu về việc “tiếp nhận” từng lĩnh vực luật riêng lẻ³. Góp phần bổ sung thêm thông tin cho độc giả về vấn đề “tiếp nhận” pháp luật (theo chúng tôi, nên gọi là “cây ghép” pháp luật – GPL), bài viết này có mục tiêu làm rõ hơn đặc điểm của GPL, nêu lên những quan điểm khác nhau về GPL trên thế giới, xác định những điều kiện cần thiết để có được sự thành công trong GPL, qua đó đề xuất một số nội dung cần được tiếp tục nghiên cứu trong điều kiện Việt Nam hiện nay.

1. Thuật ngữ và đặc điểm của “cây ghép” pháp luật

Khi nghiên cứu đến việc áp dụng quy phạm pháp luật của nước ngoài tại nước sở tại, có rất nhiều thuật ngữ khác nhau và có liên quan được sử dụng như: (i) “legal transfer”⁴ - chuyển giao pháp luật; (ii) “legal borrowing”⁵ - vay mượn pháp luật; (iii) “legal harmonisation”⁶ - hài hòa hóa pháp luật hay (iv) “legal adaptation”⁷ - thích nghi pháp luật. Tuy nhiên, mỗi thuật ngữ nêu trên thể hiện một khía cạnh, một góc độ hay một cách tiếp cận khác nhau của GPL.

Trong khoa học pháp lý, thuật ngữ “legal transplant” lần đầu tiên được sử dụng vào năm 1974 trong hai nghiên cứu độc lập của Alan Watson⁸ và của Kahn Freund⁹. Theo đó thì

“legal transplant” là việc đưa quy định pháp luật từ một quốc gia này sang áp dụng tại một quốc gia khác¹⁰, hay đây là quá trình mà luật và các chế định pháp lý được xây dựng ở một quốc gia sau đó được chấp nhận và thực hiện ở một quốc gia khác¹¹. Ở Việt Nam, việc áp dụng pháp luật nước ngoài trong quá trình xây dựng pháp luật trong nước - legal transplant (trong tiếng Anh) thường được các học giả gọi là “tiếp nhận” pháp luật¹². Theo quan điểm của chúng tôi, quá trình này nên gọi là “GPL”. Bởi lẽ, việc “đem” một quy định của pháp luật nước ngoài vào áp dụng tại Việt Nam là một quá trình, có sự tham gia của bên cho, bên nhận và bên thứ ba, trong khi đó, thuật ngữ “tiếp nhận” pháp luật chưa thể hiện được toàn bộ quá trình

(*) Nghiên cứu sinh Luật học, ĐH Brunel (Vương quốc Anh)

này. “Tiếp nhận” mới chỉ thể hiện cách nhìn của bên nhận chứ chưa thể hiện được quá trình cho nhận, chưa thể hiện được mối liên hệ với pháp luật của quốc gia gốc (bên cho), và vai trò của bên thứ ba tham gia vào quá trình chuyển giao này.

Việc áp dụng pháp luật nước ngoài tại một quốc gia khác có những đặc điểm giống như cấy ghép trong y học và có những nét đặc trưng khác với việc lắp ghép trong cơ học. Trong y học, chúng ta thường nói đến việc ghép thận, gan, tim... từ người này sang người khác; trong cơ học chúng ta nói đến việc lắp ghép bánh xe, hộp số, chế hòa khí... từ một chiếc xe ô tô này sang một chiếc xe ô tô khác. Hai quá trình này có cùng chung một mục đích là “chuyển giao” một bộ phận nhất định từ “bên cho” để đưa vào “bên nhận”. Sau quá trình này, bộ phận được chuyển giao sẽ vẫn tiếp tục thực hiện chức năng giống với chức năng mà trước đó nó đã thực hiện ở bên cho. Tuy vậy, điểm khác nhau giữa hai quá trình này lại rất lớn. Nếu như trong việc lắp ghép một hộp số từ xe ô tô A sang xe ô tô B, yêu cầu cần thiết, quan trọng nhất chỉ là chỉ số kỹ thuật của bộ phận cần lắp ghép, nếu chỉ số kỹ thuật phù hợp thì việc lắp

ghép chắc chắn sẽ thành công. Còn ngược lại, trong y học, bên cạnh các tiêu chuẩn về bên cho và bên nhận trước khi cấy ghép, các bác sĩ phải quan tâm nhiều hơn đến sự thích nghi của bộ phận được cấy ghép tại cơ thể bên nhận sau khi được cấy ghép. Sự thành công trong cấy ghép y học chỉ đạt được khi bộ phận mới được cấy ghép phải hoạt động bình thường, thích nghi trong mối liên hệ gắn bó với các bộ phận khác của cơ thể người.

Vì vậy, theo chúng tôi việc áp dụng các quy định pháp luật của nước ngoài tại một quốc gia nhất định - thuật ngữ “legal transplant” trong tiếng Anh - nên được gọi là *cấy ghép pháp luật*.

2. Nhu cầu và khả năng của “cấy ghép” pháp luật

Nhu cầu CGPL

CGPL có thể xuất phát từ sự cưỡng bức, cũng có thể là xuất phát từ sự tự nguyện của một quốc gia. Chính vì vậy, nhu cầu CGPL của một quốc gia, trong đó có Việt Nam, có lẽ cũng xuất phát từ hai nguồn khác nhau: (i) đòi hỏi từ thực tiễn của quốc gia đó; và (ii) sức ép từ bên ngoài.

-
- (1) Có thể dễ dàng tìm thấy nguyên tắc này trong phần lớn các Tờ trình dự án, dự thảo luật, pháp lệnh.
- (2) Đào Trí Úc; Lê Minh Thông. 1999, “Sự tiếp nhận các giá trị pháp lý phương Đông và phương Tây đối với sự phát triển các tư tưởng pháp lý Việt Nam”, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, số 5, trang 3 - 16; Phạm Duy Nghĩa. 2002, “Tiếp nhận pháp luật nước ngoài: Thời cơ và thách thức cho nghiên cứu lập pháp”, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp*, số 5, trang 50-57.
- (3) Dương Thanh Mai 1998, “Việc tiếp nhận luật mẫu UNCITRAL về trọng tài thương mại Quốc tế ở một số nước và việc xây dựng Dự thảo Pháp lệnh Trọng tài của Việt Nam”, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, số 8(124), trang 3-13; Bùi Xuân Hải. 2006, “Tiếp nhận pháp luật nước ngoài: Lý thuyết và thực tiễn trong pháp luật công ty của Việt Nam”, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp*, số 7, trang 23 - 29 ; Nguyễn Đức Lam, “Tiếp nhận pháp luật nước ngoài: nhìn từ ví dụ Luật Công ty của Nhật và Luật Doanh nghiệp của Việt Nam (phần 1+2)”, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp*, số 18(155), trang 10 - 15 + số 19(156), trang 23 - 30.
- (4) Rachel Wheeler. 2000, “Legal Transfer and the Legitimation of Law: Implications of Farm Family Property Provisions in Albanian Legislation - Working Paper no 39”, *Wisconsin: University of Wisconsin-Madison*.
- (5) Xem James Nolan. 2009, *Legal Accents, Legal Borrowing the International Problem - Solving Court Movement*. Princeton: Princeton University Press; Galinou, Eirini Elefthenia. 2004, “Legal Borrowing: Why Some Legal Transplants Take Root and Others Fail”. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 25, p. 39 và Nicholson Bradley. 1994, “Legal borrowing and the origins of slave law in the British colonies”. *American Journal of Legal History*, Vol 38, trang , 38 - 54.
- (6) Wiener Jarrod, “International legal harmonisation: peace, prosperity, and democracy” trong Nagel, Stuart (ed). 2002, *Multinational Policy towards Peace, Prosperity, and Democracy*. Devon: Rowman Littlefield, trang 245 -267.
- (7) David Nelken, “Towards a Sociology of Legal Adaption” in David Nelken; Johannes Feest (ed). 2001, *Adapting Legal Cultures*. Oregon: Hart Publishing, Oregon, trang 7-54.
- (8) Alan Watson. 1974. *Legal Transplant: An Atrang roach to Comparative Law*. 2nd edn (1993). Athens: University of Georgia Press
- (9) Kahn Freund. 1974, “On Use and Misuses of Comparative Law”, *The Modern Law Review*, Vol. 37, no. 1, trang 1-27.
- (10) Alan Watson. 1976, “Legal Transplan and Law Reform” *Law Quarterly Review*, Vol 92, trang 79 - 84.
- (11) Frederick Schauer. 2000, *The Politics and Incentives of Legal Transplantation - Working paper No. 44*, MA: Centre for International Decvelopment at Harvard University trang 1.
- (12) Xem chú thích số 2, 3.

Càng tham gia sâu vào quá trình hội nhập, Việt Nam càng phải đối mặt với nhiều thách thức về chính trị, pháp luật và kinh tế¹³. Để cải cách (trọng tâm là cải cách kinh tế) cần thiết phải xây dựng một hệ thống pháp luật đồng bộ và hoàn chỉnh, một hệ thống pháp luật hoàn thiện là cơ sở cho việc cải cách kinh tế thành công¹⁴. Khi tham gia vào quá trình toàn cầu hóa, tại Việt Nam cũng xuất hiện nhiều vấn đề mới có tính chất khu vực và toàn cầu như buôn bán người, khủng bố, bảo vệ sở hữu trí tuệ, lao động di cư... Trong khi đó, đối với những quốc gia đã tham gia vào quá trình hội nhập trước Việt Nam, họ đã xây dựng được cơ sở pháp lý tương đối hữu hiệu để điều chỉnh những vấn đề này. Do vậy, trong quá trình hoàn thiện pháp luật, có lẽ sẽ thông minh và hiệu quả hơn nếu như chúng ta học hỏi những quy định đã được ban hành từ những quốc gia khác để điều chỉnh cùng một vấn đề, thay vì phải loay hoay “phát minh” ra những quy phạm pháp luật mới trong điều kiện hạn chế cả về nhân lực, vật lực và thời gian.

Trong bối cảnh toàn cầu hóa, sự phát triển mạnh mẽ của thông tin truyền thông, đô thị hóa, sự di chuyển của nguồn vốn, dịch vụ và lao động đã thu nhỏ sự khác biệt giữa các khu vực và giữa các quốc gia trên phạm vi toàn thế giới. Chúng ta đang sống trong cộng đồng toàn cầu (*global community*), có quy định chung để các cá thể, các thành viên trong cộng đồng có thể “chung sống” cùng với nhau¹⁵. Thực tiễn này đòi hỏi phải có những quy định pháp luật chung, hài hòa với nhau trong phạm vi khu vực và trên toàn thế giới. Sự xích lại gần nhau hơn giữa các

quốc gia, một mặt xóa bỏ những cản trở đối với việc CGPL, mặt khác đòi hỏi các quốc gia phải tự “thay đổi” mình để có thể giao lưu, hòa nhập tốt hơn với các quốc gia khác trong khu vực và trên thế giới¹⁶. Bên cạnh đó, các thiết chế tài chính quốc tế như Quỹ tiền tệ quốc tế (IMF), Ngân hàng thế giới (WB) và Ngân hàng phát triển châu Á (ADB) thường đưa ra các yêu cầu đối với những quốc gia vay vốn, trong đó có các yêu cầu về việc ban hành các quy định pháp luật về thương mại tương tự như mô hình pháp luật thương mại của phương Tây. Cụ thể như IMF đã yêu cầu một số quốc gia như Hàn Quốc, Indonesia phải cải cách pháp luật để nhận được khoản vay của IMF sau cuộc khủng hoảng tài chính tiền tệ châu Á năm 1997¹⁷. Tương tự như vậy, các tổ chức đa phương, ví dụ như Tổ chức Thương mại quốc tế (WTO), Diễn đàn hợp tác kinh tế châu Á Thái Bình Dương (APEC) theo đuổi mục tiêu hài hòa hóa pháp luật, trong đó chú trọng đến việc chuyên hóa các quy định của pháp luật Tây Phương (đặc biệt là của Hoa Kỳ) làm cơ sở, hình mẫu cho pháp luật toàn cầu¹⁸.

Khả năng CGPL

Chúng tôi đồng ý với sự phân loại ra ba nhóm quan điểm cơ bản liên quan đến khả năng CGPL¹⁹. Tuy nhiên cần nhấn mạnh rằng, sự khác biệt trong các quan điểm này là do sự khác biệt trong cách nhìn nhận về mối quan hệ của pháp luật với bối cảnh “sống” của nó như điều kiện chính trị, kinh tế, văn hóa, xã hội...

Nhóm quan điểm thứ nhất cho rằng, việc CGPL là không thể. Hơn 200 năm trước, Montesquieu khẳng định “pháp luật không thể vượt qua được biên giới về văn hóa”.

(13) Uwe Schmidt, 2004, “Vietnam’s Integration into the Global Economy: Achievements and Challenges”. *Asia Europe Journal*. Vol 2, trang 63 - 83.

(14) Loukas Mistelis. 2000. “Regulatory Aspects: Globalisation, harmonisation, Legal Transplants, and Law Reform – Some Fundamental Observations”. *International Lawyer*, Vol 34 (No 3), trang 1055- 1069.

(15) Joseph Stiglitz. 2002, *Globalisation and Its Discontent*. London: Norton Bill Freund at xv.

(16) Đây cũng là lập luận của thuyết đồng nhất/hội tụ (*Theory of Convergence*). Những người theo học thuyết này cho rằng dưới tác động của toàn cầu hóa và quốc tế hóa, các quốc gia phải xóa bỏ mọi rào cản và tiến gần đến nhau hơn, hòa nhập và đồng nhất với nhau hơn.

(17) Jeremy Kingsley. 2004, “Legal Transplantation: Is this What the Doctor Ordered and Are the Blood Types Compatible? The Atrnglication of Interdisciplinary Research to Law Reform in Developing World - The Case Study of Corporate Governance in Indonesia”, *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol. 21, no. 2, trang 493-534.

(18) John Gillespie. 2001, “Globalisation And Legal Transplantation: Lessons From The Past”, *Deakin Law Review*, Vol. 6, trang 286-311.

(19) Xem Bùi Ngọc Hải, Nguyễn Đức Lam chú thích số 3.



Montesquieu cho rằng, pháp luật là sự biểu hiện của giá trị tinh thần quốc gia, giá trị đó gắn chặt và không thể tách rời bối cảnh địa lý, tập quán truyền thống và chính trị của mỗi quốc gia riêng biệt. Theo quan điểm của ông thì việc CGPL có tính nguy hiểm cao độ (*grand hasard*), bởi lẽ mục đích của CGPL là nhằm thay đổi được những phong tục, tập quán truyền thống của nước tiếp nhận²⁰. Quan điểm của Montesquieu được một số học giả ghi nhận và tiếp tục khẳng định trong thời gian gần đây. Những người ủng hộ quan điểm này cho rằng, việc CGPL là không thể thực hiện được vì các quy tắc pháp luật không thể “đi lại” được (*rules can not travel*)²¹. Theo họ, việc CGPL sẽ có hậu quả không lường trước được bởi lẽ cơ chế có tác động đến quy phạm được điều chỉnh đã thay đổi. Họ cho rằng, khi một nguyên tắc pháp luật của quốc gia này được áp dụng ở quốc gia

khác, đó không phải là sự cấy ghép các quy định pháp luật, mà quy định đó đóng vai trò như chất kích hoạt (*irritants*) cơ bản dẫn đến hàng loạt các sự kiện mới và không được dự báo trước²². Những người phản đối CGPL còn cho rằng, CGPL là một hình thức của sự áp đặt thuộc địa, đi ngược lại với nguyên tắc quản trị quốc gia dân chủ, độc lập. CGPL can thiệp vào lãnh thổ của quốc gia bên nhận và mâu thuẫn với chủ trương tự quyết của quá trình cải cách bởi vì những quy tắc được cấy ghép không có nguồn gốc từ trong nước mà được áp đặt từ bên ngoài.

Nhóm quan điểm thứ hai cho rằng, CGPL là việc dễ dàng và quá trình phát triển của pháp luật trên thế giới chính là quá trình CGPL. Đại diện tiêu biểu nhất của quan điểm này là Alan Watson²³. Watson cho rằng, pháp luật có tính chất tự quyết định cao, có đời sống riêng của

(20) Baron de Montesquieu. *The Spirit of Laws*, trong Anne Cohler; Basia Carolyn Miller; Harold Samuel Stone (eds). 1989, Cambridge Texts in the History of Political Thought. Cambridge: Cambridge UP trang 8.

(21) Pierre Legrand, “What “Legal Transplant”?” in David Nelken; Johannes Feest (ed). 2001, *Adapting Legal Cultures*. Oregon: Hart Publishing, Orego, trang 55-69; Pierre Legrand, 1997, “The Impossibility of Legal Transplant”. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol 4, trang 111 - 124.

(22) Gunther Teubner. 1998, “Legal irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences”. *Modern Law Review*, Vol 61, trang 11-32.

(23) Xem Alan Watson. 1974. *Legal Transplant: An Atrang roach to Comparative Law*. 2nd edn (1993). Athens: University of Georgia Press.

nó, pháp luật không có mối liên hệ chặt chẽ với điều kiện xã hội. Theo Watson, sự phát triển của pháp luật phần lớn dựa vào sự CGPL. Việc CGPL không phải xuất phát từ nguyên nhân các quy phạm pháp luật là kết quả của cấu trúc xã hội và có thể phát triển mà không cần mẫu hình nào để học tập, mà ngược lại, việc pháp luật phát triển là vì những nhà làm luật có kiến thức về pháp luật nước ngoài và họ quan sát được những ý tưởng, tinh thần ẩn sau các quy phạm pháp luật nước ngoài đó. Watson cho rằng, CGPL xuất hiện cùng với sự ra đời của pháp luật và CGPL là điều không thể tránh khỏi. Theo lý thuyết của Watson, một quy tắc pháp luật được cấy ghép, chỉ đơn giản bởi vì đó là một ý tưởng tốt²⁴.

Nhóm quan điểm thứ ba cho rằng việc CGPL có thể xảy ra, tuy nhiên cần phải đáp ứng những điều kiện nhất định, và không phải mọi quy phạm pháp luật đều có thể cấy ghép được. Đại diện cho quan điểm này là Kahn Freund. Freud cho rằng, pháp luật có mối liên hệ chặt chẽ với nơi nó được sản sinh và không nên tách rời pháp luật ra khỏi mục đích và môi trường của nó. Việc CGPL là có thể xảy ra, tuy nhiên việc CGPL có thành công hay không lại phụ thuộc vào nhiều yếu tố khác nhau²⁵. Các quy phạm pháp luật gắn chặt với điều kiện kinh tế, chính trị xã hội nhất định của mỗi quốc gia. Tuy nhiên, sự gắn bó đó có mức độ khác nhau. Trong hệ thống các quy phạm pháp luật, có những quy phạm gắn bó quá chặt chẽ với hoàn cảnh của một quốc gia, thể hiện đặc trưng riêng của quốc gia đó - những quy định này sẽ không thể cấy ghép được. Đồng thời có những quy định mà mức độ gắn bó thấp hơn, không phải là quy định thể hiện đặc trưng của quốc gia, không quá gắn chặt với điều kiện hoàn cảnh cụ thể của quốc gia - quy định này có thể cấy ghép được.

Chúng tôi cho rằng, trong hệ thống các quy

phạm pháp luật, có những quy phạm pháp luật cơ bản - những quy phạm này là giá trị chung của nhân loại - hoàn toàn có thể cấy ghép từ quốc gia này sang quốc gia khác.

Thực tiễn cuộc sống đã chứng minh điều trái ngược với dự báo của Montesquieu và những người phản đối khả năng CGPL. Mặc dù vẫn còn nhiều ý kiến khác nhau về hiệu quả của CGPL, trong thời gian 200 năm vừa qua đã có 3 giai đoạn CGPL lớn diễn ra trên thế giới. Giai đoạn thứ nhất xảy ra trong thời kỳ của chủ nghĩa đế quốc (1890 - 1914) khi mà pháp luật của Pháp được tiếp nhận trên khắp châu Âu, đồng thời pháp luật châu Âu (đặc biệt là của Pháp và của Anh) được “xuất khẩu” đến các nước châu Mỹ La tinh, châu Á và châu Phi. Giai đoạn thứ hai là sau Chiến tranh thế giới lần thứ II, rất nhiều quốc gia mới giành được độc lập đã “vay mượn” các quy định pháp luật của Liên Xô và phương Tây. Trong giai đoạn này, quá trình CGPL xuất hiện với tư cách là hệ quả của sự cấy ghép về mặt chính trị. Giai đoạn thứ ba là sau khi Liên Xô và hệ thống các nước xã hội chủ nghĩa ở Đông Âu sụp đổ, kết thúc chiến tranh lạnh, sự thay đổi trong ý thức hệ chính trị kết hợp với nhu cầu và tác động của quá trình toàn cầu hóa, đòi hỏi các quốc gia này phải tái xây dựng lại hệ thống pháp luật của mình và thường dựa trên mô hình của các nước Tây Âu và của Hoa Kỳ²⁶.

Đối với Việt Nam, trong giai đoạn trước, hệ thống pháp luật được xây dựng trên cơ sở CGPL từ Trung Quốc, Pháp và từ Liên bang Xô viết. Chính vì sự cấy ghép này, hệ thống pháp luật của Việt Nam thường phản ánh pháp luật của nước đô hộ (trường hợp của Trung Quốc), chịu ảnh hưởng của nước thực dân (trường hợp của Pháp) hay là sự mô phỏng mô hình của quốc gia có cùng ý thức hệ (trường hợp của Liên Xô)²⁷. Trong giai đoạn từ sau đổi mới, hệ thống pháp luật (đặc biệt là pháp luật về thương mại, kinh

(24) Alan Watson. 1978. “Comparative Law and Legal Change”. *Cambridge Law Journal*, Vol 37, no 2, trang 313 - 336.

(25) Kahn Freund. 1974, “On Use and Misuses of Comparative Law”, *The Modern Law Review*, Vol. 37, no. 1, trang 1-27.

(26) Xem Daniel Berkowitz; Katharina Pistor; Jean-Francois Richard. 2001. *Economic Development, Legality, and the Transplant Effect tại địa chỉ <http://www.pitt.edu/~dmberk/Bpreerfinal.pdf> [truy cập ngày 15/10/2009]*.

(27) John Gillespie. 1994, “Private Commercial Rights in Vietnam: A Concise Analysis”, *Stanford Journal of International Law*, Vol 30, trang 326-333;

doanh) chịu ảnh hưởng và vay mượn nhiều từ pháp luật các nước phương Tây.²⁸

Thực tiễn cũng đã chứng minh không phải lý thuyết của Watson là hoàn toàn chính xác. Những nỗ lực CGPL trong hệ thống các nước xã hội chủ nghĩa trước kia đã không thành công. Sự cấy ghép áp đặt mô hình pháp luật của một số nước lớn vào một số quốc gia đang phát triển ở châu Phi đã bị đào thải²⁹. Thực tiễn cũng cho thấy, CGPL có thể là cấy ghép quy phạm pháp luật, cũng có thể là cấy ghép chế định pháp luật. CGPL được thực hiện thuận lợi giữa các quốc gia có cùng đặc điểm về chính trị, kinh tế, văn hóa, xã hội, hệ thống pháp luật, tuy nhiên, CGPL cũng không phải là bất khả thi nếu như bên cho và bên nhận có sự khác biệt về chính trị, kinh tế, văn hóa, xã hội và hệ thống pháp luật.

Từ thực tiễn đó, chúng tôi đồng ý với nhóm quan điểm thứ ba và cho rằng, CGPL là việc làm cần thiết trong quá trình toàn cầu hóa, CGPL là hoàn toàn khả thi nếu như những điều kiện tối thiểu cho việc cấy ghép (sẽ phân tích ở phần sau) được đáp ứng.

3. Điều kiện của “cấy ghép” pháp luật

Như đã phân tích, việc CGPL là cần thiết và có thể thực hiện được. Quá trình CGPL cũng diễn ra giống như cấy ghép một bộ phận của cơ thể sống vậy. Pháp luật là tấm gương của xã hội, từng khía cạnh của pháp luật đều được định hình bởi điều kiện kinh tế và xã hội³⁰. Nếu như bất kỳ một bộ phận nào của cơ thể sống đều có mối liên hệ chặt chẽ và gắn bó với toàn bộ cơ thể sống của con người, thì một quy phạm pháp luật của một quốc gia cũng có mối liên hệ chặt chẽ với hệ thống pháp luật, điều kiện tự nhiên, chính trị, kinh tế, văn hóa và xã

hội của quốc gia đó³¹. Chính vì lý do này, để CGPL thành công thì quy định được cấy ghép đó phải phù hợp với hệ thống pháp luật, điều kiện tự nhiên, chính trị, kinh tế xã hội của quốc gia được cấy ghép. Sự phù hợp là yếu tố quyết định bảo đảm quy phạm pháp luật được cấy ghép - dù thành công ở bên cho - không bị “đào thải” ở bên nhận.

Để có được sự thành công trong CGPL, đòi hỏi các bên trong quá trình CGPL phải hội tụ những điều kiện nhất định giống như các tiêu chuẩn để cấy ghép trong y học vậy. Đối với CGPL, trước khi cấy ghép cần tiến hành kiểm tra chức năng của quy phạm được cấy ghép, đồng thời “kiểm tra chéo” để xác định sự tương thích giữa bên cho và bên nhận quy phạm. Các bước này như sau: *Thứ nhất*, xác định mối quan hệ của quy phạm được cấy ghép đối với hệ thống chính trị - xã hội của bên cho. Yêu cầu này đòi hỏi xem xét bối cảnh của quy phạm pháp luật chứ không phải đơn giản là xem xét câu chữ của quy phạm. *Thứ hai*, so sánh môi trường chính trị - xã hội của bên cho và bên nhận. Khi so sánh môi trường chính trị - xã hội của bên cho cần chú ý đến cấu trúc chính trị vĩ mô của bên cho, sự phân chia quyền lực nhà nước của các bên và vai trò của các nhóm lợi ích trong quá trình xây dựng và thi hành pháp luật của cả bên cho và bên nhận³².

Đối với quy phạm (đối tượng) để cấy ghép cần: *Thứ nhất*, quy phạm pháp luật được cấy ghép cần phù hợp với ý thức hệ chủ đạo của nước nhận. Bởi lẽ, sự thành công của CGPL chịu tác động rất lớn của sự phù hợp giữa ý tưởng của quy phạm được cấy ghép và ý thức hệ chính trị của nước nhận. *Thứ hai*, quy phạm được cấy ghép phải phù hợp với hệ thống pháp luật của nước nhận. Bởi lẽ, hiệu quả của

(28) John Gillespie. 2002, “Transplanted Company Law: An Ideological and Cultural Analysis of Market-Entry in Vietnam”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, trang 641-672.

(29) Ann Seidman; Robert Siedman. 1994, *State and Law in the Development Process: Problem Solving, Law and Institutional Change in the Third World*. London: Macmillan, trang 46.

(30) Đây cũng chính là quan điểm của học thuyết coi pháp luật như tấm gương phản chiếu các điều kiện xã hội “mirror theory of law”, xem William Ewald. 1995, “Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplant”, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 43, trang 489-510.

(31) Xem Philip Thomas. 1964, *Legal Frontiers*. England: Dartmouth Publishing Company Limited; Dennis, Lloyd. 1964, *The Idea of Law*. England: Penguin Books.

(32) Kahn Freund. 1974, “On Use and Misuses of Comparative Law”, *The Modern Law Review*, Vol. 37, no. 1, trang 1-27.

quy phạm được cấy ghép phụ thuộc vào mức độ phù hợp của quy phạm đó đối với cơ cấu quyền lực và văn hóa pháp lý của nước nhận. *Thứ ba*, các quy phạm được cấy ghép phải thực sự được áp dụng có hiệu quả tại bên cho. *Thứ tư*, các quy phạm được cấy ghép cần phải nhận được sự ủng hộ của các nhóm lợi ích của nước nhận. Bởi lẽ, có những quy định đòi hỏi sự hỗ trợ của các nhóm lợi ích này để có thể được thi hành một cách hiệu quả³³.

Đối với bên nhận: *Thứ nhất*, việc lựa chọn quy phạm cấy ghép phải xuất phát từ nhu cầu của thực tiễn. Bởi lẽ khi pháp luật đáp ứng được đòi hỏi của thực tiễn, mọi người sẽ sử dụng quy phạm đó và sẽ bố trí nguồn lực thích hợp cho việc triển khai thực hiện quy phạm đó trên thực tiễn. *Thứ hai*, bên nhận cần tự chuẩn bị cho mình khả năng thích nghi với những nguyên tắc cơ bản của CGPL để đảm bảo không bị “sốc” khi được CGPL. Nghiên cứu đã chỉ ra rằng, đối với những quốc gia đã “quen thuộc” với những nguyên tắc của CGPL thì quốc gia đó có thể phát triển, củng cố pháp luật trong nước tốt hơn thông qua CGPL. Ngược lại, những quốc gia chưa “quen thuộc” với những nguyên tắc cơ bản của CGPL thì khả năng hoàn thiện pháp luật thông qua CGPL sẽ thấp hơn³⁴. *Thứ ba*, yếu tố chính trị có tác động rất lớn đến khả năng CGPL³⁵ do vậy, để có được sự thành công của CGPL, nước nhận cần có quyết tâm chính trị rõ ràng.

Đối với bên cho: Việc lựa chọn bên cho trong CGPL, đặc biệt là đối với các nước đang phát triển là rất quan trọng khi mà các nước đang phát triển luôn nhận được nhiều “đề nghị” cấy ghép khác nhau cho cùng một vấn đề từ các nước cho vay, các bạn hàng và đối tác nước ngoài³⁶. Để có được thành công trong CGPL, bên cho cần đáp ứng được các yêu cầu như sau: Thứ nhất, bên cho phải là bên có hệ

thống pháp luật hiện đại, phát triển. Thứ hai, quy phạm được cấy ghép phải là quy phạm “khỏe” trong hệ thống pháp luật của bên cho, điều đó có nghĩa rằng quốc gia bên nhận đã đạt được những thành công nhất định trong việc thi hành quy phạm này. Thứ ba, dù rằng bên cho trong CGPL không bị ảnh hưởng nhiều, pháp luật vẫn có thể được cấy ghép mà không cần thiết phải có sự “đồng ý” của bên cho. Tuy nhiên, CGPL sẽ có cơ hội thành công cao hơn, nếu như có sự tương đồng giữa bên cho và bên nhận về chính trị, kinh tế, văn hóa và xã hội càng lớn thì khả năng thành công của CGPL càng cao.

Bên cạnh đó, nếu như cấy ghép trong y học chỉ có thể thực hiện được và thực hiện thành công với sự tham gia của đội ngũ bác sỹ cộng với các điều kiện tốt về trang thiết bị, thì đối với CGPL cũng vậy. Để có được thành công trong CGPL, các nhà làm luật, soạn thảo luật cần có “con mắt” so sánh, có kiến thức về pháp luật của bên cho, có khả năng đánh giá, lựa chọn những quy phạm pháp luật phù hợp làm đối tượng để cấy ghép. Cũng giống như trong cấy ghép y học, bên cạnh điều kiện cần là đội ngũ bác sỹ giỏi, cấy ghép y học còn đòi hỏi điều kiện về trang thiết bị y tế nữa. Để có được thành công trong CGPL, các nhà làm luật, soạn thảo luật cần phải được trang bị môi trường chính trị, công cụ pháp lý phù hợp và thuận lợi để thực hiện công việc cấy ghép của mình.

Cuối cùng, ngoài các điều kiện về bên cho, bên nhận, đối tượng cấy ghép, người thực hiện việc cấy ghép nêu trên, CGPL chỉ có thể thành công khi có sự tham gia, ủng hộ của bên liên quan đến sự tồn tại và phát triển của quy phạm được cấy ghép tại nước nhận, đó là các tổ chức thuộc xã hội dân sự, các nhóm lợi ích... những người sẽ thực hiện việc đưa các quy định được cấy ghép vào thực tiễn.

(33) John Gillespie. 2001, “Globalisation And Legal Transplantation: Lessons From The Past”, *Deakin Law Review*, Vol. 6, trang 286-311.

(34) Daniel Berkowitz; Katharina Pistor; Jean-Francois Richard. 2001. *Economic Development, Legality, and the Transplant Effect* tại địa chỉ <http://www.pitt.edu/~damberk/Bpreerfinal.pdf> [truy cập 15/10/2009].

(35) Xem Frederick Schauer. 2000, *The Politics and Incentives of Legal Transplantation - Working paper No. 44*, MA: Centre for International Development at Harvard University.

(36) Helen Xanthaki. 2008, “Legal Transplant in Legislation: Defusing the Trap”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol 57, trang 659 - 673.

4. Thay lời kết

Có thể nhận thấy rằng, pháp luật cũng như các yếu tố khác của đời sống xã hội đã và đang tham gia vào quá trình hội nhập trên phạm vi toàn cầu. Quá trình hội nhập này đòi hỏi sự xích lại gần nhau của các quy phạm pháp luật mà một trong những cách thức để thực hiện điều đó là thông qua CGPL. CGPL phát sinh từ nhu cầu tất yếu của cuộc sống, tuy nhiên không phải mọi sự CGPL đều thành công. Việt Nam đang trong giai đoạn đầu của quá trình hội nhập, để có thể nhanh chóng hội nhập với quốc tế, nhanh chóng hoàn thiện hệ thống pháp luật (trong đó có thông qua CGPL), cần thực hiện một số công việc như sau:

Thứ nhất, chúng ta nói và bàn nhiều đến việc CGPL trong mối liên hệ pháp luật giữa các quốc gia với nhau. Vậy việc áp dụng pháp luật quốc tế ở một quốc gia nhất định có phải là CGPL hay không? Nếu có thì có cùng cơ chế với CGPL hay không? Nếu không thì sẽ theo cơ chế nào?

Thứ hai, nghiên cứu về từng yếu tố khác nhau ảnh hưởng đến hiệu quả của CGPL trong điều kiện nước ta hiện nay, ví dụ như: yếu tố

văn hóa, pháp luật, kinh tế, chính trị, xã hội...

Thứ ba, CGPL chịu sự ảnh hưởng của nhiều yếu tố khác nhau nêu trên, do vậy, cần tiến hành nghiên cứu xem tác động trở lại của CGPL đối với văn hóa, pháp luật, kinh tế, chính trị, xã hội... của Việt Nam như thế nào.

Thứ tư, các tổ chức quốc tế, các tổ chức phi chính phủ, các nhà đầu tư nước ngoài có ảnh hưởng mạnh đến CGPL³⁷. Do vậy, cần nghiên cứu xem tác động của các tổ chức quốc tế, các tổ chức phi chính phủ, các nhà đầu tư nước ngoài đến việc CGPL ở Việt Nam như thế nào.

Thứ năm, CGPL cũng có thể được thực hiện thông qua quá trình di cư của người lao động³⁸. Hiện nay Việt Nam có hơn 500.000 lao động đang làm việc ở nước ngoài, và có trên 50.000 lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam. Do vậy cần nghiên cứu xem tác động của những lao động di cư này đến CGPL như thế nào.

Thứ sáu, cần có sự đánh giá đúng về vai trò của luật học so sánh và đẩy mạnh công tác giảng dạy pháp luật so sánh trong các cơ sở đào tạo luật học, làm nền tảng cho việc xây dựng một đội ngũ “chuyên gia” về CGPL trong tương lai. ■

(37) Frederick Schauer. 2000, *The Politics and Incentives of Legal Transplantation - Working paper No. 44*, MA: Centre for International Development at Harvard University.

(38) Masaji Chiba. 1989, *Legal Pluralism: Toward a General Theory through Japanese Legal Culture*. Tokyo: Tokai University Press trang 179.

VAI TRÒ CỦA CÁC ỦY BAN CỦA QUỐC HỘI ...

(Tiếp theo trang 13)

tình của tác giả với những quy định của pháp luật hiện hành mà có liên quan đến tính thống nhất của hệ thống pháp luật. Từ những ý kiến, kiến nghị đó, các Ủy ban thông qua hoạt động giám sát ban hành văn bản quy phạm pháp luật của mình xem xét tính xác thực của nó để chủ động yêu cầu các cơ quan hữu quan có giải pháp khắc phục.

Sáu là, hoàn thiện cơ chế và bố trí nguồn kinh phí thỏa đáng cho các Ủy ban của Quốc

hội để có thể thu hút được sự tham gia của các nhà khoa học, các nhà quản lý giàu kinh nghiệm vào quá trình thẩm tra tính thống nhất của một dự án luật, pháp lệnh với hệ thống pháp luật.

Bảy là, quan tâm kiện toàn, nâng cao chất lượng cơ quan giúp việc Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban theo hướng xây dựng đội ngũ chuyên gia giỏi về pháp luật, có năng lực phát hiện những khiếm khuyết, bất cập trong các dự án, nhất là những quy định chòng chéo, mâu thuẫn hoặc trái với quy định đã có trong các văn bản luật, pháp lệnh hiện hành. Đồng thời bảo đảm điều kiện làm việc và chế độ đãi ngộ đối với đội ngũ công chức, viên chức của cơ quan giúp việc, nhất là đối với chuyên gia có trình độ cao. ■

VỀ YẾU TỐ ỨNG THUẬN CỦA HỢP ĐỒNG

(Tiếp theo kỳ trước)

■ NGÔ HUY CƯƠNG*

2. 2. Lừa dối

Trong giao kết hợp đồng, lừa dối nhiều khi được xem như nhằm lẫn của một bên do bị bên kia hoặc người thứ ba cố ý gây nên. Vậy nên Bộ luật Dân sự 2005 quy định: “Lừa dối trong giao dịch là hành vi cố ý của một bên hoặc của người thứ ba nhằm làm cho bên kia hiểu sai lệch về chủ thể, tính chất của đối tượng hoặc nội dung của giao dịch dân sự nên đã xác lập giao dịch đó” (Điều 132, đoạn 2). Quy định này cho thấy, trong sự đối chiếu với Điều 131 của Bộ luật Dân sự 2005, phạm vi được xác định rộng hơn bao gồm cả sự nhằm lẫn của một bên về chủ thể, đối tượng và nội dung của hợp đồng do bên kia cố ý gây nên. Giải thích cho vấn đề này, từ trước kia Vũ Văn Mẫu giải thích: đối với lừa dối vì là một sự nhằm lẫn do đối phương gây nên, do đó nhà làm luật chấp nhận tỉ ố này một cách không hạn chế bởi cần bảo vệ ý chí của người bị người khác lừa hơn là ý chí của người tự làm mình nhằm lẫn¹. Các quy định vừa dẫn tại Điều 132, Bộ luật Dân sự 2005 có sự khác

biệt về quan niệm lừa dối so với các quy định của Bộ luật Dân sự Pháp và của các Bộ luật Dân sự Việt Nam ở các chế độ cũ. Bộ luật Dân sự Pháp quy định:

“Sự lừa dối là căn cứ làm cho hợp đồng vô hiệu khi các thủ đoạn do một bên đã thực hiện mà nếu không có các thủ đoạn đó thì bên kia đã không ký kết hợp đồng.

Sự lừa dối không được suy đoán mà phải được chứng minh” (Điều 1116).

Quan niệm như vậy, Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ qui định: “Khi nào có một bên lập mưu đánh lừa bên kia, đến nỗi giá không có mưu đó bên kia không giao - ước, thì sự đánh lừa đó là một duyên - cớ làm cho hiệp - ước vô - hiệu” (Điều thứ 659). Các quy định này được nhắc lại nguyên văn tại Điều thứ 695, Bộ luật Dân sự Trung Kỳ. Nhưng Bộ luật Dân sự 1972 được diễn giải lại với nội dung tương tự như sau: “Sự gian trá chỉ là một nguyên nhân là cho kẻ ước vô hiệu nếu những mưu gian, chước dối của một bên là nguyên nhân chính đã thúc đẩy bên

(*) TS, Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội.

(1) Vũ Văn Mẫu, Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và kế ước, In lần thứ nhất, Bộ Quốc gia Giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 120- 121.

khi kết ước” (Điều thứ 668).

Như vậy có thể thấy, khác với các quy định của Bộ luật Dân sự 2005, các quy định của Bộ luật Dân sự Pháp và của các Bộ luật Dân sự Việt Nam dưới các chế độ cũ đã không xác định phạm vi của lừa dối và thu hẹp điều kiện liên quan tới người trong việc xác định lừa dối. Lý do của việc mở rộng phạm vi của lừa dối đã được diễn giải ở trên. Nhưng nguyên nhân của việc thu hẹp các điều kiện của lừa dối có thể tìm thấy trong gợi ý của Vũ Tam Tư. Ông cho rằng, Luật La Mã coi tố quyền về sự lừa dối là một tố quyền phụ, chỉ có thể hành xử khi sự lừa dối xuất phát từ người đối ước, chứ không do một người thứ ba, và các quan niệm này đã được Bộ luật Dân sự Pháp kế thừa².

Common Law có khái niệm “biểu lộ sai sự thật” (misrepresentation) được hiểu là một khái niệm của luật hợp đồng diễn đạt sự tuyên bố sai về thực tế được một bên đưa tới bên kia mà khiến bên kia giao kết hợp đồng³. Biểu lộ sai sự thật có tố quyền được chia thành ba loại là: (1) Biểu lộ sai sự thật không gian trá (innocent misrepresentation or nonfraudulent misrepresentation); (2) biểu lộ sai sự thật do vô ý nghiêm trọng (negligent misrepresentation); và (3) biểu lộ sai sự thật do gian trá (fraudulent misrepresentation)⁴.

Các điều kiện của lừa dối đã được Bộ luật Dân sự Pháp, và các Bộ luật Dân sự Việt Nam dưới các chế độ cũ, cũng như Bộ luật Dân sự 2005 xác định liên quan đến người lừa dối, người bị lừa dối và tính chất của sự lừa dối. Bộ luật Dân sự Pháp và các Bộ luật Dân sự Việt Nam dưới các chế độ cũ dường như không xem xét tới việc lừa dối được thực hiện bởi người thứ ba. Có thể nhà làm luật cho rằng việc lừa dối do người thứ ba thực hiện không phải là căn cứ làm hợp đồng vô hiệu, mà chỉ là căn cứ yêu cầu người thứ ba bồi thường thiệt hại⁵. Trong khi đó, Bộ luật Dân sự 2005 quy định cả trường hợp người thứ ba thực hiện hành vi lừa dối và xem đó cũng là căn cứ vô hiệu hoá hợp đồng.

Có lẽ các qui định tại Điều 132, Bộ luật Dân sự 2005 đã đi theo khuynh hướng của Bộ luật Dân sự Đức và Bộ luật Dân sự Nhật Bản, có nghĩa là xuất phát từ phương diện chủ quan để xác định việc biểu lộ ý chí có thể không có giá trị ràng buộc người biểu lộ, nếu sự biểu lộ ý chí đó được lập ra do bị lừa dối từ bất kỳ ai. Bộ luật Dân sự Đức quy định:

“(1) Bất kỳ ai đã bị lôi cuốn lập ra một sự biểu lộ ý chí bởi lừa dối hoặc bởi đe dọa bất hợp pháp có thể huỷ bỏ sự biểu lộ ý chí đó.

(2) Nếu một người thứ ba có lỗi lừa dối, thì sự biểu lộ ý chí mà đã được yêu cầu lập ra đối với người khác có thể bị huỷ bỏ chỉ khi người nói tới sau đã biết hoặc nhẽ ra phải biết về sự lừa dối. Trong chừng mực một người, khác hơn người mà sự biểu lộ ý chí đã được yêu cầu lập ra, đã thủ đắc trực tiếp một quyền thông qua sự biểu lộ ý chí đó, thì sự biểu lộ ý chí đó có thể bị huỷ bỏ khi chống lại người này nếu người này đã biết hoặc nhẽ ra phải biết về sự lừa dối đó” (Điều 123).

Theo cách thức và nội dung của các quy định này, Bộ luật Dân sự Nhật Bản diễn giải có đôi chút khác biệt như sau:

“Điều 96.

Sự biểu lộ ý chí bị lôi cuốn bởi lừa dối hoặc đe dọa có thể bị huỷ bỏ.

2. Nếu một người thứ ba đã có lỗi lừa dối đối với sự biểu lộ ý chí được lập tới một người, thì sự biểu lộ ý chí đó có thể bị huỷ bỏ chỉ trong các trường hợp khi bên khác đó đã biết về sự kiện đó.

3. Một biểu lộ ý chí đã bị lôi cuốn bởi lừa dối không thể bị huỷ bỏ chống lại người thứ ba ngay tình”.

Việc dẫn ra các quy định này của Bộ luật Dân sự Đức và của Bộ luật Dân sự Nhật Bản cùng với các phân tích ở trên cho thấy, Bộ luật Dân sự 2005 một đàng theo phương diện khách quan quy định một cách tích hợp các điều kiện có hiệu lực của giao dịch vào một điều khoản và diễn giải chúng cùng các nguyên nhân vô

(2) Vũ Tam Tư, *Luật Rôma: Khế ước & Nghĩa vụ*, Trường đại học Tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, Lưu hành nội bộ, tr. 53- 54.

(3) Wikipedia, *the free encyclopedia*, Misrepresentation, [<http://en.wikipedia.org/wiki/Misrepresentation>], 5/16/2009.

(4) Paul Latimer, *Australian Business Law*, CCH Australia Limited, 1987, p. 257.

(5) Corinne Renault- Brahinsky, *Đại cương về pháp luật hợp đồng*, Nxb. Văn hoá - Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 46.

hiệu của giao dịch gắn với cách thức của Bộ luật Dân sự Pháp, nhưng đáng khác lại qui định các điều kiện của lừa dối theo phương diện chủ quan gắn với Bộ luật Dân sự Đức và Bộ luật Dân sự Nhật Bản. Tuy nhiên, cũng cần lưu ý rằng chương nói về giao dịch dân sự của Bộ luật Dân sự 2005 qui định chung cho cả hợp đồng và hành vi pháp lý đơn phương, do đó nhẽ ra phải xuất phát từ việc biểu lộ ý chí hơn là xuất phát từ việc phân tích quan hệ giữa các bên tham gia giao dịch. Việc xuất phát từ việc phân tích quan hệ giữa các bên tham gia giao dịch có lẽ phù hợp hơn đối với hợp đồng. Như vậy có thể nói, Bộ luật Dân sự 2005 chưa nhất quán trong cách thức tiếp cận vấn đề.

Các nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 1994 và 2004 tỏ ra đồng nhất trong việc xác định các điều kiện của lừa dối liên quan tới người. Điều 3.8 quy định: “Một bên có thể huỷ bỏ hợp đồng khi đã bị dẫn dắt giao kết hợp đồng bởi sự biểu lộ dối trá của bên kia, kể cả ngôn ngữ hoặc hành động, hoặc không biểu lộ có tính chất gian trá các chi tiết mà, phù hợp với các tiêu chuẩn thương mại hợp lý về thiện chí, bên này nhẽ ra phải biểu lộ”. Unidroit cho rằng việc huỷ bỏ hợp đồng căn cứ vào lừa dối tương đồng với việc huỷ bỏ hợp đồng đối với một dạng nào đó của nhầm lẫn, và sự phân biệt giữa lừa dối và nhầm lẫn nằm ở bản chất và mục đích của sự biểu lộ hoặc không biểu lộ của bên lừa dối⁶. Các quy định của Unidroit vừa dẫn cho thấy sự giống với các quy định của Bộ luật Dân sự Pháp và của các Bộ luật Dân sự Việt Nam dưới các chế độ cũ về điều kiện của lừa dối liên quan tới người, nhưng có khác nhau phần nào ở điều kiện liên quan tới bản chất của lừa dối. Đặc biệt các quy định của Unidroit có đề cập tới các dạng thức của hành vi lừa dối giống phần nào với nhận

thức của Common Law, tức là hành vi lừa dối có thể ở dạng hành động và không hành động. Paul Latimer cho rằng: Biểu lộ sai sự thật có thể thực hiện bằng dạng không hành động nếu nó bóp méo sự biểu lộ đã được lập ra, và có thể có hậu quả pháp lý ảnh hưởng đến một tuyên bố trước, nếu tuyên bố được đưa ra là một nửa sự thật; nếu tuyên bố là sự thật nhưng trở nên sai trước khi hợp đồng được giao kết; nếu có quan hệ uỷ quyền giữa các bên; hoặc nếu hợp đồng là một hợp đồng thiện chí tối đa⁷.

Mặc dù Bộ luật Dân sự Pháp quy định sự lừa dối phải do một bên của hợp đồng lập ra để dẫn dắt bên kia tới chỗ giao kết hợp đồng, và nếu không có sự lừa dối đó thì bên kia không giao kết hợp đồng. Nhưng án lệ của Pháp đã có hai ngoại lệ cho điều kiện về người là sự góp phần của một bên với người thứ ba thực hiện sự lừa dối bên kia, và người thứ ba lừa dối liên quan tới các hợp đồng hảo tâm⁸.

Common Law quan niệm nếu một bên giao kết hợp đồng là kết quả của sự gian trá của bên kia, thì được xem như không có sự gặp gỡ của các ý chí, không có sự thoả thuận, và vì thế không có nghĩa vụ pháp lý. Các nước theo truyền thống pháp luật này xác định năm điều kiện của gian trá (fraud) là: (1) Người gian trá biểu lộ sai sự thật về một sự kiện có tính chất vật chất (material fact); (2) sự gian trá được người gian trá lập ra một cách có nhận thức; (3) người gian trá có ý chí lừa dối; (4) người bị gian trá tin cậy một cách thích đáng vào sự biểu lộ sai sự thật; và (5) sự gian trá gây thiệt hại cho người bị gian trá. Còn đối với biểu lộ sai sự thật không gian trá (innocent misrepresentation or nonfraudulent misrepresentation) không có điều kiện thứ hai và thứ ba nêu trên⁹. Lưu ý rằng: Một sự kiện có tính chất vật chất (material fact) trong điều kiện thứ nhất nêu trên được

(6) *Unidroit Principles of International Commercial Contracts with Official Commentary [1994]; Unidroit, Bộ nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2004, bản dịch tiếng Việt với sự tài trợ của Tổ chức quốc tế Pháp ngữ, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2005, tr. 181- 182.*

(7) Paul Latimer, *Australian Business Law, CCH Australia Limited, 1987, p. 256- 257.*

(8) Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và kế ước, In lần thứ nhất, Bộ Quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 121- 122; Corinne Renault- Brahinsky, Đại cương về pháp luật hợp đồng, Nxb. Văn hoá- Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 46.*

(9) Robert W. Emerson, John W. Hardwick, *Business Law, Barron's educational series Inc., USA, 1997, pp. 89- 91; R. Keith Yorston and Edward E. Fortescue, Australian Mercantile Law, The Law Book Co. of Australia PTY LTD, Sydney, Melbourne, Brisbane, 1943, pp. 35 & 37.*

hiều là một sự kiện mà, nếu được biết, nhẽ ra đã ảnh hưởng tới xét đoán của một hoặc nhiều bên trong giao dịch; trong tố quyền về gian trá, sự kiện có tính chất vật chất nhất thiết phải đủ quan trọng đối với sự việc mà một người bình thường nhẽ ra có thể tin tưởng vào nó; và sự kiện có tính chất vật chất không thể là ý nghĩ, lòng tin, sự dự đoán, hoặc sự suy đoán, và liên hệ một cách đặc thù tới một số vấn đề trong quá khứ hoặc hiện tại mà có thể chứng minh hoặc bác bỏ¹⁰.

Pháp luật Việt Nam đã từng có các quy định rất cụ thể liên quan tới hành vi biểu lộ sai sự thật không gian trá trong luật thương mại, kể cả bằng dạng không hành động, và xác định chế tài cho các hành vi đó. Chẳng hạn, Bộ luật Thương mại 1972 quy định về các biểu lộ trong chứng thư mua bán sản nghiệp thương mại như sau:

“**Điều thứ 49.** - Trong chứng thư chủ bán phải khai:

1) Tên họ chủ bán trước, ngày tháng lập chứng thư do đó mình đã mua được cửa hàng, tính chất của chứng thư này và giá mua các yếu tố vô hình, hàng hoá và dụng cụ.

2) Các ưu quyền và diễn áp mà cửa hàng phải chịu.

3) Số thương vụ mà chủ bán đã thực hiện được mỗi năm về ba năm khai thác chót vừa qua, hay từ ngày thủ đắc, nếu người bán khai thác chưa được ba năm.

4) Số lợi tức thương mại đã thực hiện được trong thời gian nói trên.

5) Giao kèo thuê mướn nơi đặt cửa hàng, ngày tháng lập giao kèo, thời hạn hưởng dụng, tên họ và địa chỉ của người chủ bất động sản hay là người nhượng giao kèo, nếu có.

Nếu trong chứng thư, các yếu tố ghi trên bị bỏ sót không khai, chủ mua có thể, nếu muốn, xin huỷ bỏ chứng thư đoạn mại trong thời hạn một năm kể từ ngày lập chứng thư.

Điều thứ 50.- Mặc dầu có kết ước trái lại, người bán vẫn phải chịu sự bảo đảm đối với người mua theo các điều kiện do Bộ dân - luật quy định về các lời khai của mình, trong trường

hợp các lời khai này không được xác thật”.

Các điều luật này cho thấy sự đan xen của nguyên tắc tự do ý chí và nguyên tắc thiện chí trung thực, dù rằng chúng dường như đối lập.

2. 3. *Đe dọa*

Việc ép buộc trong giao kết hợp đồng chống lại tự do ý chí, do đó có thể xem như chưa có sự ưng thuận. Tuy nhiên cách thức tiếp cận vấn đề này có đôi chút khác nhau ở các nền tài phán, nhưng cùng chung mục đích.

Bộ luật Dân sự 2005 quan niệm “Đe dọa trong giao dịch là hành vi cố ý của một bên hoặc người thứ ba làm cho bên kia buộc phải thực hiện giao dịch nhằm tránh thiệt hại về tính mạng, sức khoẻ, danh dự, uy tín, nhân phẩm, tài sản của mình hoặc của cha, mẹ, vợ, chồng, con của mình” (Điều 132, đoạn 3). Các nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 1994 và 2004 đều quy định cụ thể để có thể hiểu được về hành vi được xem là đe dọa đối với bên bị đe dọa với nội dung như sau:

“Một bên có thể huỷ bỏ hợp đồng khi đã bị dẫn dắt tới giao kết hợp đồng bởi sự đe dọa bất chính đáng của bên kia mà, đã xem xét tới hoàn cảnh, sự đe dọa đó là tức thời và nghiêm trọng để mặc bên bị đe dọa không có sự lựa chọn hợp lý. Cụ thể, đe dọa là bất chính đáng nếu hành động hoặc không hành động mà với nó một bên đã bị đe dọa tự nó đã là bất hợp pháp, hoặc việc đe dọa được sử dụng như một phương thức để đạt được việc giao kết hợp đồng là bất hợp pháp” (Điều 3.9).

Các quy định này xác định phạm vi và điều kiện của hành vi đe dọa là: (1) Các tác vi và bất tác vi phi chính đáng; (2) thực hiện tức thời và đủ nghiêm trọng xét theo hoàn cảnh; (3) khiến bên kia bị đe dọa, do đó dẫn tới việc giao kết hợp đồng. Unidroit giải thích rằng tác vi và bất tác vi được xem là bất chính đáng có hai trường hợp: *Trường hợp thứ nhất*, bản chất của chúng đã là bất hợp pháp (chẳng hạn sử dụng bạo lực để đạt được giao kết hợp đồng với người bị đe dọa); *trường hợp thứ hai*, bản chất của chúng là hợp pháp, nhưng được sử dụng cho mục đích

(10) Aaron Larson, *Fraud, Silent Fraud, and Innocent Misrepresentation*, ExpertLaw, [<http://www.expertlaw.com/library/business/fraud.html>].

bất hợp pháp (chẳng hạn khởi kiện một người chỉ nhằm mục đích buộc người đó phải giao kết hợp đồng với các điều kiện áp đặt)¹¹. Có thể hiểu một người đã giao kết hợp đồng có thể huỷ bỏ hợp đồng nếu việc giao kết đó ngoài sự mong muốn của mình do có sự tác động có tính cách đe dọa ngay lập tức và đủ nghiêm trọng vào thời điểm giao kết bởi bất kỳ hành vi nào có mục đích giao kết hợp đồng với người bị tác động với các điều kiện áp đặt, bởi xuất phát từ nguyên tắc tự do ý chí, trường hợp này đã thiếu đi sự ưng thuận của người bị đe dọa, tức là người này đã không thể lựa chọn giữa giao kết hoặc không giao kết, giữa điều kiện này hoặc điều kiện khác, nhiều khi thiếu cả sự nhận thức của người bị đe dọa về cả bản chất pháp lý và các điều kiện của hợp đồng đã giao kết.

Luật La Mã coi bạo lực là việc người đối ước hoặc người thứ ba làm cho người đối ước kia sợ hãi mà giao kết hợp đồng. Do đó, người do sợ hãi mà giao kết hợp đồng có thể sử dụng hai loại tố quyền có tính cách hình sự hoặc dân sự. Tố quyền sợ hãi (actio metus) là tố quyền hình sự cho phép nạn nhân được bồi thường gấp bốn lần sự thiệt hại đã phải gánh chịu. Người bị bạo lực mà phải giao kết hợp đồng có thể xin hoàn lại đồ vật đã mất do sợ hãi¹². Bộ luật Dân sự Pháp đã phản ánh phần nào các ý niệm này. Điều 132, Bộ luật Dân sự 2005 có các quy định rất gần gũi với các điều từ 111 đến 113 của Bộ luật Dân sự Pháp.

“Điều 111

Bạo lực đối với người giao kết hợp đồng là một căn cứ làm cho hợp đồng vô hiệu, dù bạo lực ấy được thực hiện bởi người thứ ba không phải là người được hưởng lợi ích do việc giao kết hợp đồng.

Điều 112

Được coi là có bạo lực khi nó gây ấn tượng đối với một người có lý trí bình thường và làm cho người đó lo sợ có thể bị một tổn thất nghiêm trọng đối với tính mạng hoặc tài sản của mình.

Cần chú ý đến tuổi tác, giới tính và hoàn cảnh của người đó.

Điều 113

Bạo lực là căn cứ làm hợp đồng vô hiệu không chỉ trong trường hợp bạo lực đối với bản thân người giao kết hợp đồng mà còn cả trong trường hợp bạo lực đối với vợ, chồng, tôn thuộc, ti thuộc của người đó”.

Mặc dù theo mô hình Pháp, nhưng Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ và Bộ luật Dân sự Trung Kỳ đã có sự phân biệt tương đối rõ giữa bạo lực về thể chất và bạo lực về tinh thần. Trường hợp bạo lực về thể chất (như cầm tay bắt ký hay thô miên, hoặc cho uống rượu say rồi bảo ký) khiến người bị bạo lực mất ý chí tự chủ. Còn trong trường hợp bạo lực về tinh thần, thì người bị bạo lực không mất ý chí tự chủ¹³. Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ quy định về các vấn đề này như sau:

“**Điều thứ 660:** Khi nào một bên đương - sự bị cưỡng - ép bằng cách hành - hung hay cách dọa - nạt không thể chống lại được mà phải nhận ước, thì sự bạo hành đó làm mất hẳn sự đồng - ý.

Khi nào cách hành - hung dọa - nạt hay là sự nguy - hiểm không đến nỗi không chống lại được, nhưng cũng khiến cho người đương - sự phải giao - ước để tránh khỏi cái hại lớn hơn hoặc trực - tiếp ngay hoặc về sau này, thì sự bạo - hành đó chỉ là một duyên - cớ có thể bác được sự đồng - ý mà thôi.

Dẫu khi sự nguy - hiểm chỉ quan - hệ đến tài - sản mà không đến sinh - mệnh của người lập - ước, hay là cả khi quan - hệ đến tài - sản hoặc sinh - mệnh người khác, những điều trên cũng thi - hành được.

Điều thứ 661.- Nếu người đệ - tam mà sinh - mệnh hay tài - sản bị nguy - hiểm vì cách hành - hung hay dọa - nạt đó, lại là vợ chồng hay thân - thuộc người đương - sự, thì sự bạo - hành ấy bao giờ cũng coi như là trực đối với chính người đương - sự.

Còn người khác thì toà án tùy tình - trạng mà

(11) *Unidroit Principles of International Commercial Contracts with Official Commentary [1994]; Unidroit, Bộ nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2004, bản dịch tiếng Việt với sự tài trợ của Tổ chức quốc tế Pháp ngữ, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2005, tr. 183.*

(12) *Vũ Tam Tư, Luật Rôma: Khế ước & Nghĩa vụ, Trường đại học Tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, Lưu hành nội bộ, tr. 53.*

(13) *Vũ Văn Mẫu, Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước, In lần thứ nhất, Bộ Quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 127*

xét xem sự dọa - nạt đối với người ấy có ảnh hưởng gì đến sự đồng - ý của người đương - sự”.

Các điều luật này cũng được ghi nhận lại với đầy đủ nội dung như vậy tại Điều thứ 696 và Điều thứ 697 của Bộ luật Dân sự Trung Kỳ. Còn Bộ luật Dân sự 1972 đã diễn giải lại các nội dung trên trong nhiều điều khoản và làm cho rõ ràng hơn. Vũ Văn Mẫu cho rằng các Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ và Bộ luật Dân sự Trung Kỳ chia bạo lực thành bạo lực thể chất và bạo lực tinh thần bởi xuất phát từ ý niệm bạo lực thể chất làm mất hẳn ý chí của người bị bạo lực, còn bạo lực tinh thần chỉ là một hà ti của sự ung thuận¹⁴.

Khảo sát Bộ luật Dân sự Đức và Bộ luật Dân sự Nhật Bản, có thể thấy có rất ít quy định về bạo lực trong giao kết hợp đồng. Các Bộ luật này, trong mục nói chung về biểu lộ ý chí, chỉ quy định tại các điều tương ứng là Điều 123 và Điều 96 về sự vô hiệu của biểu lộ ý chí khi bị đe dọa, cùng với các quy định về sự vô hiệu của biểu lộ ý chí khi bị lừa dối. Giải thích cho các quy định ngắn gọn này nhiều luật gia Nhật Bản nói: đe dọa hay cưỡng ép là hành vi gây ra sự sợ hãi cho người khác bởi việc đưa ra tình huống gây hại cho người đó; và việc biểu lộ ý chí bởi sự đe dọa có nghĩa là việc biểu lộ ý chí không dựa trên ý chí thật nhưng để tránh thiệt hại mà sự sợ hãi liên hệ tới; và cần thiết bảo vệ người biểu lộ ý chí trong trường hợp này tới mức độ như bảo vệ trong trường hợp bị lừa dối, có nghĩa là trong trường hợp bị bạo lực, người biểu lộ ý chí có thể huỷ bỏ vô điều kiện sự biểu lộ ý chí đó mà không cần quan tâm tới người đối ước hay người thứ ba đe dọa; và sự huỷ bỏ như vậy có hiệu lực với cả người thứ ba ngay tình¹⁵. Tuy nhiên, cũng có những ý kiến ở Nhật Bản nghi ngờ về tính đúng đắn của quan niệm

bảo vệ ở mức độ cao như vậy¹⁶.

Theo Konrad Zweigert and Hein Koetz, ở Common Law, thuật ngữ “cưỡng ép” (duress) có nghĩa hẹp chỉ trường hợp một người phải đưa ra một lời hứa bởi bị bạo lực về thể chất hay bị giam hãm, còn thuật ngữ “ảnh hưởng không chính đáng” (undue influence), phát triển dần dần bởi các toà án của luật công bình (Courts of Equity), được sử dụng trong trường hợp lợi dụng vị thế ảnh hưởng để buộc người khác giao kết hợp đồng mà đã được các Bộ luật Dân sự của các nước châu Âu lục địa nói tới trong khái niệm bạo lực¹⁷.

Cưỡng ép (duress) theo Common Law chỉ hành vi sử dụng bạo lực hoặc đe dọa sử dụng bạo lực, hoặc giam hãm (imprisonment) một bên hoặc cha mẹ, vợ chồng, con của bên đó nhằm mục đích buộc bên bị cưỡng ép phải chấp nhận các điều kiện hợp đồng ấn định. Khi xem xét cưỡng ép cần chú ý tới bốn yếu tố sau:

(1) Bạo lực không nhất thiết là thực tế mà có thể là đe dọa;

(2) Bạo lực hoặc đe dọa không nhất thiết phải thực hiện với người giao kết hợp đồng mà có thể thực hiện đối với vợ chồng, bố mẹ, con của người này;

(3) Bạo lực cũng có thể là việc giam hãm;

(4) Bạo lực có thể thực hiện bởi người thứ ba hành động dưới sự chỉ dẫn hay cho lợi ích của người cưỡng ép giao kết hợp đồng¹⁸.

Ảnh hưởng không chính đáng (undue influence) được luật công bình phát triển nhằm bảo vệ tự do ý chí trong trường hợp ý chí của người giao kết hợp đồng bị gây ảnh hưởng quá đáng mà không có sự đe dọa. Tuy nhiên, học thuyết của luật công bình về ảnh hưởng không chính đáng cực kỳ khó khăn trong việc xác định ranh giới mong manh giữa ảnh hưởng không

(14) Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và kế ước, In lần thứ nhất, Bộ Quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 128.*

(15) *Japan International Cooperation Agency (JICA), Japanese Laws (Volume 2: 1997- 1998)- Luật Nhật Bản (Tập II: 1997- 1998), Youth Publishing House- Nhà xuất bản thanh niên, Song ngữ Anh- Việt, p. 115.*

(16) Xaca Vacaxum, Tori Aridumi, *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự Nhật Bản, Nguyễn Đức Giao và Lưu Tiến Dũng dịch ra tiếng Việt, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 139.*

(17) Konrad Zweigert and Hein Koetz, *An Introduction to Comparative Law, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 428.*

(18) R. Keith Yorston and Edward E. Fortescue, *Australian Mercantile Law, The Law Book Co. of Australia PTY LTD, Sydney, Melbourne, Brisbane, 1943, p. 39.*

chính đáng và sự thuyết phục đơn thuần. Người ta nhận thấy rằng ảnh hưởng không chính đáng thường xuất hiện ở những giao dịch liên quan tới chuyển nhượng tài sản không có khoản đối ứng hoặc khoản đối ứng không đầy đủ. Chẳng hạn, vụ *Robertson v. Robertson* (1930) người chồng dọa tố cáo sự thiếu chung thủy của vợ trừ khi bà ta chuyển nhượng cho ông bất động sản thuộc sở hữu của bà ta. Toà án tuyên hành vi đó là ảnh hưởng không chính đáng¹⁹. Theo Abdul Kadar, Ken Hoyle, Geoffrey Whitehead, học thuyết về cưỡng ép của *Common law* và học thuyết về ảnh hưởng không chính đáng của *Equity* đang trong tiến trình hợp nhất để giải quyết tất cả các trường hợp giao kết hợp đồng bị ép buộc bởi áp lực thể chất hoặc tinh thần mà pháp luật thường coi là không công bằng²⁰. Như vậy, có thể thấy sự đồng nhất trong nhận thức của các truyền thống pháp luật về vấn đề bạo lực trong giao kết hợp đồng.

Trong truyền thống *Civil law*, người ta đã có dự liệu các trường hợp gây áp lực về tinh thần trong giao kết hợp đồng, và cũng đã xác định phạm vi của nó bằng các quy định loại bỏ một số trường hợp. Chẳng hạn, Bộ luật Dân sự Pháp quy định: “Chỉ riêng sự sợ hãi khép nép đối với cha, mẹ hoặc tôn thuộc khác mà không hề có bạo lực thì chưa đủ để huỷ hợp đồng” (Điều 1114). Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ và Bộ luật Dân sự Trung Kỳ đã mở rộng hơn các quy định của điều luật này, và xem sự kính trọng như một hình thức của bạo lực²¹. Điều thứ 662 và Điều thứ 698 tương ứng của hai Bộ luật này quy định với nội dung như nhau:

“Thuộc về các trường - hợp bạo - hành thì toà án phải xem xét người đương - sự nhiều hay ít tuổi, đàn ông hay đàn bà, thân - thể tinh - thần thể nào, cùng địa - vị đối với nhau như thế nào.

Nhưng chỉ vì một sự kính sợ của vợ đối với chồng hay của con cháu đối với ông bà

cha mẹ, thì không đủ làm cho hiệp - ước thù - tiêu được”.

Nhưng Điều thứ 666, Bộ luật Dân sự 1972 quay lại nguyên theo quy định tại Điều 1114 của Bộ luật Dân sự Pháp.

Để xem xét tới vấn đề ép buộc trong giao kết hợp đồng cũng có thể xuất phát từ các phương diện hay các yếu tố khách thể, khách quan, chủ thể, và chủ quan như trong nghiên cứu cấu thành tội phạm ở luật hình sự.

Về khách thể, việc ép buộc giao kết hợp đồng xâm phạm tới quyền tự do ý chí của con người mà quyền này không chỉ được thừa nhận trong luật tư mà còn là quyền có tính cách hiến định.

Về khách quan, việc ép buộc thực hiện thông qua hành vi bất chính đáng dưới dạng sử dụng bạo lực hoặc đe dọa sử dụng bạo lực hoặc lợi dụng vị thế gây ảnh hưởng tác động vào ý chí của nạn nhân khiến họ không làm chủ được hành vi của mình. Hành vi bất chính đáng ở đây có thể là tác vi hoặc bất tác vi. Mục đích của việc tác động vào ý chí của nạn nhân là giao kết hợp đồng với nạn nhân. Hậu quả là nạn nhân phải giao kết hợp đồng ngoài ý muốn với các điều kiện đã ấn định ngoài sự lựa chọn của nạn nhân. Việc thực hiện hành vi ép buộc có thể do người giao kết hợp đồng với nạn nhân hoặc người thứ ba thực hiện.

Về chủ thể, người thực hiện hành vi ép buộc là bất kể ai có khả năng thực hiện hành vi không kể độ tuổi.

Về chủ quan, hành vi ép buộc thực hiện bằng lỗi cố ý với động cơ vụ lợi.

2.4. Thiệt thời

Pháp luật Việt Nam không xem xét tới vấn đề thiệt thời trong chế định giao kết hợp đồng, tuy nhiên vấn đề cập tới những vấn đề như cho vay nặng lãi.

(Xem tiếp trang 39)

(19) R. Keith Yorston and Edward E. Fortescue, *Australian Mercantile Law, The Law Book Co. of Australia PTY LTD, Sydney, Melbourne, Brisbane, 1943, p. 39.*

(20) Abdul Kadar, Ken Hoyle, Geoffrey Whitehead, *Business Law, Made Simple Books, London, 1985, pp. 109- 110.*

(21) Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước, In lần thứ nhất, Bộ Quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 129.*

Hoàn thiện chế độ pháp lý về sở hữu bất động sản trong khung cảnh hội nhập

■ NGUYỄN NGỌC ĐIỆN *

Yêu cầu số một đối với dự án cải cách pháp luật dân sự, về phần liên quan đến quyền sở hữu, là phải minh định vị trí trung tâm của quyền sử dụng đất trong chế độ pháp lý về sở hữu tư nhân, đặc biệt là trong chế độ pháp lý về sở hữu tư nhân đối với bất động sản. Có thể trong mối quan hệ giữa nhà nước và tư nhân, quyền sử dụng đất chỉ là một hình thức nhượng quyền (concession) của chủ sở hữu: nhà nước “cho” quyền năng của tư nhân đối với đất đến đâu, tư nhân hưởng đến đó. Nhưng, trong mối quan hệ giữa các chủ thể của luật tư, quyền sử dụng đất nhất thiết phải mang đầy đủ các tính chất của một quyền sở hữu đối với một phần đất; nếu không, việc thực hiện quyền sử dụng đất trong cuộc sống dân sự có thể là nguồn cuội nhiều loại xung đột lợi ích có nguy cơ đẩy xã hội vào tình trạng hỗn loạn¹.

Đặt vấn đề

Phân loại tài sản hữu hình theo kiểu Pháp, pháp luật Việt Nam chia tài sản thành hai loại: động sản và bất động sản. Cách phân loại này cũng dựa vào tiêu chí vật lý; bởi vậy, trong danh sách bất động sản, đất đai chiếm vị trí hàng đầu, dù, trong luật thực định Việt Nam, đất không phải là tài sản thuộc sở hữu tư nhân và do đó, không phải là vật chuyển giao được trong giao lưu dân sự.

Cũng như luật của Pháp, luật Việt Nam nói rằng đất là bất động sản thứ nhất. Chính trong mối quan hệ với đất mà một tài sản được coi là di dời được hoặc không di dời được và tùy theo tính chất đó được gọi là động sản hoặc bất động sản.

Vấn đề là chọn đất làm vật quy chiếu để tiến hành phân loại tài sản hữu hình, người làm luật dân sự đã không biết phải đối xử thế nào với

quyền sử dụng đất, vốn là một tài sản phái sinh từ quyền sở hữu đất và được chủ sở hữu đất - tức là Nhà nước - trao cho tư nhân; hậu quả là quyền sử dụng đất đã không được xếp loại trong hệ thống tài sản tư. Trong khi đó, chính quyền sử dụng đất, chứ không phải đất, mới là bất động sản sơ cấp, cơ sở trong luật dân sự Việt Nam hiện hành. *Điều kiện tiên quyết: xác định rõ vị trí của quyền sử dụng đất trong hệ thống pháp luật về sở hữu bất động sản.*

Quyền sử dụng đất - bất động sản, được hình dung thành một phần lãnh thổ, dứt khoát phải tiếp cận, gắn liền với những khoảnh đất khác, những phần khác của lãnh thổ, là các quyền sử dụng đất - bất động sản thuộc sở hữu của người khác. Những chủ sở hữu ở gần nhau tạo thành cộng đồng láng giềng con người; các bất động sản nằm cạnh nhau tạo thành một cộng đồng láng giềng tài sản. Vấn đề đặt ra là phải làm thế

(*) TS, Phó trưởng khoa Kinh tế - Luật, Đại học quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh.

(1) Người dân thường, khi ứng xử trong các giao tiếp dân sự liên quan đến quyền sử dụng đất, vẫn mang tâm trạng và tư thế của một chủ sở hữu. Người làm luật phải nhận thấy điều đó và thừa nhận tính thực tại của nó, để luật làm ra không chống lại cuộc sống.

nào giải quyết tốt mối quan hệ giữa người sử dụng đất lân cận, nhằm bảo đảm “cộng đồng láng giềng” thực sự là một tập thể được tổ chức tốt với các thành viên biết cư xử đúng mực, hoà thuận, văn minh trong quá trình khai thác, sử dụng “phần lãnh thổ” của mình. Kinh nghiệm của các nước cho thấy, muốn có một cộng đồng như vậy, thì phải xây dựng một chế độ sở hữu đất trong quan hệ láng giềng, gồm có ba chế định căn bản, giải quyết ba vấn đề kỹ thuật lớn.

Thứ nhất, để mỗi chủ sở hữu bất động sản, tức là mỗi người sử dụng đất, được tự do thực hiện các quyền đối với bất động sản thuộc sở hữu của mình và không xâm phạm đến quyền của chủ sở hữu láng giềng, cần phải làm rõ ranh giới của các bất động sản, bằng chế độ phân ranh.

Thứ hai, việc khai thác một bất động sản, trong điều kiện các bất động sản liên kết với nhau, có thể đòi hỏi việc thiết lập một mối quan hệ đặc thù, đặc trưng bởi việc một bất động sản phải giữ vai trò phục vụ cho một bất động sản khác, thông qua chế độ địa dịch.

Thứ ba, chủ sở hữu bất động sản sống trong quan hệ láng giềng; cuộc sống ấy có những ràng buộc, đòi hỏi mỗi chủ sở hữu phải chấp nhận hy sinh hoặc giới hạn các quyền tự do của mình, thể hiện dưới hình thức thực hiện các nghĩa vụ trong quan hệ láng giềng.

1. Ranh giới bất động sản

1.1. Cấm mốc giới

Khái niệm. Cấm mốc giới được hiểu là việc xác định đường ranh giới giữa hai bất động sản bằng các dấu hiệu vật chất gọi là cọc mốc. Khái niệm mốc giới trong luật thực định Việt Nam rộng hơn, bao gồm cả mốc giới theo nghĩa nêu trên và tường rào. Tuy nhiên, về mặt khoa học luật, khái niệm tường rào được xây dựng trong khuôn khổ thực hiện quyền sở hữu đối với bất động sản mà mốc giới đã được xác định; *bản thân tường rào không phải là một công cụ phân ranh sơ cấp*.

Việc cấm mốc có thể được thực hiện theo

thoả thuận. Thế nhưng, trong trường hợp không có thoả thuận, thì luật Việt Nam lại có những quy tắc rất đặc thù của một hệ thống pháp luật bất động sản dựa trên chế độ công hữu về đất đai.

1.1.1 Cấm mốc theo thoả thuận

Thoả thuận theo luật chung: cơ sở pháp lý? Theo BLDS Điều 266 khoản 1, những người sử dụng phần đất liền kề có thể thoả thuận với nhau về việc dựng cột mốc, hàng rào, xây tường ngăn. Luật không có quy định gì đặc biệt về các điều kiện xác lập thoả thuận. Vậy có nghĩa rằng thoả thuận được xác lập theo luật chung về hợp đồng.

Vấn đề là: đâu là cơ sở của quyền thoả thuận trong điều kiện quyền sử dụng đất ban đầu do Nhà nước tạo ra? *Đáng lý ra, việc cấm mốc theo thoả thuận chỉ được thừa nhận trong trường hợp những người sử dụng đất đã là chủ sở hữu đất từ trước khi có hệ thống pháp luật đất đai mới. Khi giao đất, cho thuê đất lần đầu, chủ sở hữu đất trong khung cảnh luật thực định, tức là Nhà nước, thông qua vai trò của cơ quan quản lý đất đai, phải chỉ rõ giới hạn phần đất liên quan bằng cách chủ động cấm mốc giới.*

1.1.2 Cấm mốc trong trường hợp không có thoả thuận

Cấm mốc theo sáng kiến cá nhân. Theo BLDS, Điều 266, Khoản 1, chủ sở hữu bất động sản liền kề chỉ được dựng cột mốc, hàng rào, xây tường ngăn trên phần đất thuộc quyền sử dụng của mình. Tất nhiên, khi một người làm việc gì đó trong phạm vi phần đất thuộc quyền sử dụng của mình mà không ảnh hưởng đến quyền lợi của những người sử dụng đất lân cận, thì không cần phải hỏi ý kiến hoặc thảo luận với những người này.

Cứ hình dung: mỗi người sử dụng đất lân cận tự ý dựng cột mốc trên phần đất của mình; như vậy, sẽ tồn tại hai hệ thống cột mốc song song và khoảng giữa hai hàng cột mốc ấy sẽ là một khoảng không gian trống, không thuộc về người nào, nghĩa là thuộc về Nhà nước². *Kiểu*

(2) Cách cấm mốc này đã được thực hành ở La Mã thời cổ. Đối với người La Mã, chủ sở hữu có quyền tối thượng bên trong phần đất thuộc quyền sở hữu của mình, nhưng không có bất kỳ một quyền gì của chủ sở hữu đối với phần đất lân cận, thuộc sở hữu của người khác.

cấm mốc này rất phung phí các nguồn lực vật chất của xã hội và đặc biệt là quỹ đất, không nên được khuyến khích, nhất là tại các đô thị. Và lại, nó hoàn toàn không phù hợp với chế độ công hữu đất đai: tại sao Nhà nước - chủ sở hữu đất - lại để cho tư nhân phải tự mày mò đi tìm kiếm ranh giới phân đất mà tư nhân chỉ có quyền sử dụng được Nhà nước thừa nhận?

Cấm mốc theo quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Về mặt lý thuyết, nếu các bên có tranh chấp về ranh giới, thì việc cấm mốc giới theo sáng kiến cá nhân không thể thực hiện được, bởi cá nhân không biết được đâu là giới hạn bên trong phần đất của mình. Muốn cấm mốc giới trong trường hợp này, các bên phải tiến hành tranh chấp ranh giới trước cơ quan có thẩm quyền.

Ở các nước thừa nhận quyền tư hữu về đất đai, cơ quan giải quyết tranh chấp ranh giới đất đai của tư nhân là toà án. Tranh chấp ranh giới đất là loại tranh chấp về nội dung của quyền, nhưng không phải là tranh chấp về quyền sở hữu: người tranh chấp ranh giới một mặt, vẫn thừa nhận quyền sở hữu của bên kia đối với đất của họ, nhưng, mặt khác, kiên quyết đòi làm rõ ranh giới phân đất thuộc quyền sở hữu của mình.

Ở Việt Nam, luật không phân biệt tranh chấp về ranh giới đất và tranh chấp về nội dung của quyền sử dụng đất. Được gọi chung là tranh chấp đất đai, các cuộc đòi co, một khi diễn ra trong khu vực tư, được giải quyết tùy theo các bên tranh chấp đã được hay chưa được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất: nếu các bên đã có giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, thì việc tranh chấp được giao cho toà án giải quyết; trong trường hợp ngược lại, việc giải quyết thuộc thẩm quyền của UBND địa phương chứ không phải của toà án³.

Đáng lý ra, theo đúng logic của hệ thống đang vận hành, để xác định cơ quan có thẩm quyền giải quyết tranh chấp về ranh giới đất⁴,

cần phân biệt hai trường hợp.

1. Trường hợp các bên đã được giao đất, cho thuê đất theo đúng các quy định hiện hành và đã được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, thì một khi có tranh chấp về ranh giới đất, cơ quan có thẩm quyền giải quyết phải là cơ quan đại diện chủ sở hữu đất, tức là UBND: biết rõ mình đã giao những gì cho tư nhân, UBND mới là người duy nhất có tư cách để chỉ ra giới hạn phần đất đã giao.

2. Trong trường hợp các bên chưa được giao đất, chưa được cho thuê đất nhưng đang sử dụng đất trên thực tế và có tranh chấp với người khác về ranh giới đất, thì cơ quan giải quyết phải là toà án: là người có quyền phán xét, nghĩa là có chức năng đánh giá chất lượng ứng xử của chủ thể trong cuộc sống pháp lý, toà án chỉ rõ bên nào đúng, bên nào sai trong vụ cãi vã. Liên quan đến việc tranh chấp ranh giới đất trong điều kiện các bên còn chưa được chính thức giao đất hoặc cho thuê đất, toà án đối chiếu tình trạng thực tế của mỗi bên với các quy định hiện hành của pháp luật, từ đó, xác định bên nào có đủ tư cách để yêu cầu Nhà nước giao hoặc cho mình thuê đất đến một giới hạn nhất định. Dựa vào kết quả xét xử của toà án, UBND sẽ tiến hành cấm mốc giới và hợp thức hoá quyền sử dụng đất cho bên này, bên kia hoặc cả hai bên.

1.2. Dựng hàng rào

Quyền hay nghĩa vụ? Dựng hàng rào là việc chủ sở hữu thiết lập hệ thống che chắn vật chất trên ranh giới bất động sản của mình, để ngăn chặn sự xâm nhập tùy tiện từ bên ngoài hoặc sự tò mò, soi mói của người thứ ba đối với cuộc sống riêng tư của chủ sở hữu bất động sản diễn ra bên trong phần đất của chủ sở hữu đó.

Trong luật thực định Việt Nam, dựng hàng rào là một quyền, chứ không phải là một nghĩa vụ, của chủ sở hữu bất động sản. Việc dựng hàng rào chịu sự chi phối của các quy định chung về xây dựng. Thực ra, có những trường hợp việc

(3) Luật Đất đai năm 2003 Điều 136. Thực ra, khái niệm "giấy chứng nhận quyền sử dụng đất" được xây dựng trong Luật Đất đai năm 2003 là một khái niệm khá rộng. Nó chỉ bao hàm các giấy chứng nhận được cấp theo pháp luật hiện hành, mà còn cả các loại giấy tờ được cấp theo các luật đất đai đã bị huỷ bỏ, thậm chí, theo pháp luật đất đai của chế độ cũ.

(4) Suy cho cùng, cả việc giải quyết tranh chấp về bản thân quyền sử dụng đất cũng phải theo đúng logic này. Nói cách khác, luật thực định đang thừa nhận một giới pháp ngược đời...

rào giậu một bất động sản tỏ ra cần thiết, không chỉ để bảo vệ quyền và lợi ích của chủ sở hữu mà còn để bảo đảm sự an toàn cho các bất động sản lân cận và cả trật tự công cộng. Chẳng hạn, giữa một dãy nhà phố tương tất đột nhiên xuất hiện một thửa đất trống không rào giậu: điều này có thể làm xấu đi hình ảnh về một đô thị có tổ chức...

1.3. Sở hữu chung về tường rào

Khái niệm. Tường rào chung là tường rào thuộc sở hữu chung của chủ sở hữu hai bất động sản lân cận. Về mặt vật chất, tường rào chung có thể có hình thức thể hiện đa dạng: tường rào kềm gai, hàng cây, hào, rãnh, kênh, mương, vách tường...

Phải xác định đây là một loại sở hữu chung đặc biệt: không phải là sở hữu chung hợp nhất, bởi phần quyền của mỗi chủ sở hữu chung được xác định, là một nửa đối với vật; cũng không phải là sở hữu chung theo phần theo nghĩa của luật chung, bởi tài sản không thể đem chia được; càng không phải là sự cộng lại của hai quyền sở hữu riêng biệt, mỗi quyền có đối tượng là một nửa tường rào. Tạm gọi quyền sở hữu loại này là sở hữu chung theo phần không thể phân chia.

Quyền của chủ sở hữu chung. Chắc chắn là mỗi chủ sở hữu chung có quyền sử dụng riêng biệt, độc quyền, đối với phần vách tường nhìn vào bất động sản của mình; nếu tường rào cấu tạo bằng cây cối thì chủ sở hữu có quyền chia một nửa hoa lợi, trừ trường hợp có thoả thuận khác (BLDS, Điều 266, Khoản 1 đoạn 3)⁵. Đối lại, chủ sở hữu chung có trách nhiệm chi phí cho việc bảo quản tường rào, theo tỷ lệ tương ứng về phần quyền của mình đối với tài sản; nghĩa vụ này gắn với tài sản chứ không gắn với con người; bởi vậy, một khi tài sản được chuyển nhượng, thì nghĩa vụ được chuyển giao

cho người nhận chuyển nhượng.

Khi định đoạt bất động sản, chủ sở hữu định đoạt luôn phần quyền sở hữu của mình đối với tường chung, mà không cần hỏi ý kiến của chủ sở hữu còn lại; *chủ sở hữu còn lại cũng không có quyền ưu tiên mua, như trong trường hợp bán phần quyền sở hữu đối với tài sản chung thông thường*. Phải xác định rõ điều này trong luật để tránh tranh cãi giữa các chủ sở hữu liên quan.

Xác lập và mất quyền sở hữu tường rào chung. Việc xây dựng tường rào chung tất nhiên là có thể được thực hiện theo thoả thuận giữa các bên; khi đó, chi phí xây dựng, phần quyền sở hữu, thực hiện quyền sở hữu,... cũng do các bên thoả thuận. Có trường hợp một bên chủ động xây dựng tường rào, bên kia không tham gia, nhưng đồng ý (thậm chí, một cách mặc nhiên), thì tường rào này cũng thuộc sở hữu chung (BLDS, Điều 266, Khoản 1 đoạn 2). *Điều không thể giải thích được là chi phí xây dựng trong trường hợp này lại do bên xây dựng gánh chịu một mình (cùng điều luật)*⁶.

Cũng có trường hợp, theo quyết định của toà án, tường rào chung được xây dựng để ngăn cách hai bất động sản. Khi đó, toà án phải có quyền quyết định, tùy trường hợp, hoặc một bên ứng trước chi phí và bên kia hoàn lại; hoặc cả hai bên cùng góp chi phí đồng thời.

Về mặt lý thuyết, chủ sở hữu tường chung có thể từ bỏ phần quyền sở hữu của mình đối với tường rào chung, nhất là khi không có nhu cầu sử dụng, mà lại phải chịu một nửa chi phí bảo quản. Khác với phần quyền sở hữu chung thông thường, phần quyền sở hữu tường chung bị từ bỏ dứt khoát không thể thuộc về Nhà nước mà phải thuộc về chủ sở hữu còn lại⁷: không thể hình dung khả năng Nhà nước chen vào đây để thực hiện quyền của chủ sở hữu tường rào

(5) Nếu tường rào có cấu tạo bằng hào, rãnh, kênh, mương, thì một cách hợp lý, các chủ sở hữu chung có quyền chia hoa lợi dưới nước.

(6) Giải pháp này khiến bên xây dựng mất một số tài sản; còn bên kia được lợi một số tài sản bằng đúng số tài sản mà bên xây dựng bị mất và tình trạng được lợi hoàn toàn không có căn cứ chính đáng. Không hiểu người làm luật suy nghĩ thế nào mà lại quyết định như thế. Trong luật của các nước tiên tiến, người không tham gia xây dựng nhưng có quyền sở hữu chung đối với tường rào phải chịu một nửa chi phí.

(7) BLDS, Điều 223, Khoản 4: "Trong trường hợp một trong các chủ sở hữu chung từ bỏ phần quyền sở hữu của mình hoặc khi người này chết mà không có người thừa kế, thì phần quyền sở hữu đó thuộc về Nhà nước, trừ trường hợp sở hữu chung của cộng đồng thì thuộc các chủ sở hữu chung còn lại". Giải pháp này chỉ hợp lý đối với bất động sản thông thường, chứ không thể được áp dụng đối với động sản, tường rào chung, sở hữu chung trong chung cư...

chung với tư nhân.

2. Các ràng buộc của quan hệ láng giềng

2.1. Địa dịch

2.1.1. Tổng quan

Nhân cách hoá bất động sản. Từ thời cổ La Mã, địa dịch đã được định nghĩa là việc một bất động sản chịu sự khai thác của một bất động sản khác thuộc quyền sở hữu của một người khác. Với cách định nghĩa đó, bất động sản được coi là một chủ thể. Đặc biệt, nó cũng có nhu cầu giao tiếp với xã hội bên ngoài và, để làm được việc đó, trong điều kiện bất động sản tồn tại cố định trong cộng đồng láng giềng, nó có thể cần phải “đi qua” bất động sản khác, trong quá trình xây dựng con đường thông thương với xã hội.

Trong luật thực định Việt Nam, địa dịch mang một tên gọi dài hơn và dễ hiểu hơn đối với người không có nhiều kiến thức về luật, nhưng lại không bao trùm được toàn bộ nội dung của chế định: “quyền sử dụng hạn chế bất động sản liền kề”. Có những địa dịch không bao hàm quyền sử dụng đối với bất động sản liền kề mà chỉ không chế quyền sử dụng của chủ sở hữu bất động sản đó, vì lợi ích của chủ bất động sản lân cận. Chẳng hạn, địa dịch không xây dựng hoặc xây dựng theo những điều kiện nhất định không hề có tác dụng thừa nhận cho chủ sở hữu lân cận một quyền sử dụng nào đối với bất động sản đó. *Hẳn nên cân nhắc về việc sử dụng lại thuật ngữ đã quen hơn là cứ giữ lấy một cách diễn đạt dài, rắc rối, mà rốt cuộc lại không đầy đủ.*

Tạm gọi bất động sản chịu địa dịch là bất động sản phục vụ; bất động sản hưởng địa dịch là bất động sản thụ hưởng. Các quy định về địa dịch chỉ được ghi nhận trong BLDS, chủ yếu, có nguồn gốc từ sự sao chép luật nước ngoài. Trong thực tiễn, địa dịch rất phổ biến, nhưng thường bị biến dạng thành các loại quan hệ khác.

2.1.2. Xác định tính chất chung

Quyền đối vật. Trong quan niệm La Mã, địa dịch không phải là quyền của một chủ sở hữu, tương ứng với nghĩa vụ của chủ sở hữu khác, mà là quyền trực tiếp trên một vật, cụ thể là một bất động sản. Bởi vậy, dù bất động sản có thuộc về ai, địa dịch vẫn tồn tại và vận hành.

Địa dịch luôn gắn liền với bất động sản. Người nào trực tiếp sử dụng bất động sản thì cũng trực tiếp thụ hưởng hoặc gánh chịu địa dịch. Khi bất động sản được chuyển dịch, thì người nhận chuyển nhượng mặc nhiên thụ hưởng hoặc gánh chịu địa dịch mà không có sự lựa chọn nào khác. Địa dịch không thể được tách rời khỏi bất động sản để trở thành một quyền gắn liền với nhân thân của một chủ thể nào đó.

Quyền không thể phân chia. Địa dịch không thể chia nhỏ như chia quyền sở hữu tài sản. Trong trường hợp bất động sản thụ hưởng thuộc sở hữu chung của nhiều người, thì mỗi chủ sở hữu chung thực hiện trọn quyền địa dịch, chứ không chỉ một phần quyền tương ứng với phần quyền sở hữu của mình. Tương ứng, khi bất động sản phục vụ thuộc về nhiều người thì mỗi chủ sở hữu gánh trọn địa dịch.

Trong luật của các nước tiên tiến, địa dịch phải được đăng ký mới đối kháng được với người thứ ba và được người thứ ba tôn trọng dưới sự bảo đảm của nhà chức trách. Luật Việt Nam có ghi nhận việc đăng ký quyền sử dụng hạn chế bất động sản liền kề xác lập theo thoả thuận (BLDS, Điều 173, Khoản 5). Tuy nhiên, chưa có lộ trình pháp lý cụ thể nào được vạch ra để hữu hiệu hoá điều luật này⁸. Bởi vậy, dù xã hội có nhu cầu lớn, địa dịch trong luật Việt Nam được xác lập và thực hiện rất khó khăn⁹.

2.1.3. Phân loại

Tùy theo thể thức thực hiện. Sự khác biệt

(8) Và lại, hầu như không thể lý giải tại sao chỉ buộc đăng ký đối với địa dịch xác lập theo thoả thuận, còn các địa dịch loại khác (theo luật, do giao dịch đơn phương) lại không cần đăng ký.

(9) Ở Hà Nội, vào năm 2006 có một vụ tranh chấp về lối đi qua, theo đó, chủ bất động sản mặt tiền từ chối không cho chủ bất động sản ở phía sau và bị vây bọc mở lối đi trên bất động sản của mình để ra đường công cộng. Lý do được đưa ra là mỗi người có độc quyền đối với bất động sản của mình và không ai có nghĩa vụ gì đối với việc bảo đảm cho người láng giềng khai thác, sử dụng bất động sản của họ. Đáng chú ý là cả các cơ quan nhà nước, khi được hỏi, cũng tỏ ra không biết tranh chấp này thuộc loại gì và cơ quan nào có thẩm quyền giải quyết.

về thể thức thực hiện khiến các địa dịch có thể được phân thành hai loại: địa dịch liên tục và địa dịch không liên tục. Địa dịch gọi là liên tục một khi nó tự tồn tại và vận hành mà không cần chủ bất động sản thụ hưởng thực hiện một hành vi nào, chẳng hạn địa dịch về tầm nhìn. Địa dịch gọi là không liên tục một khi sự tồn tại của nó phụ thuộc vào việc có hay không có hành vi của con người, chẳng hạn địa dịch về lối đi qua, địa dịch lấy nước,...

Địa dịch cũng có thể được phân thành địa dịch nhận biết được và địa dịch không nhận biết được. Địa dịch nhận biết được là địa dịch được nhận ra nhờ các công trình được xây dựng và được nhận biết, chẳng hạn, một cửa sổ, một lối đi. Địa dịch không nhận biết được là địa dịch không được thể hiện thành các công trình cụ thể, chẳng hạn địa dịch cấm xây dựng.

Còn có một cách khác để phân loại địa dịch tùy theo thể thức thực hiện: địa dịch chủ động và địa dịch thụ động. Địa dịch gọi là chủ động một khi được thể hiện bằng hành vi cụ thể của người thụ hưởng, chẳng hạn, địa dịch về lối đi qua; địa dịch gọi là thụ động, một khi được thể hiện bằng việc không hành động, không làm một việc gì đó, nhằm thể hiện sự tôn trọng đối với việc thụ hưởng địa dịch của người khác.

Tùy theo nguồn gốc hình thành. Địa dịch có thể hình thành do địa thế tự nhiên, ví dụ địa dịch dẫn nước, hình thành trong điều kiện có một bất động sản toạ lạc ở vị trí cao và một bất động sản khác ở vị trí thấp.

Địa dịch cũng có thể hình thành do quy định của pháp luật. Chẳng hạn, chung quanh một sân bay, nhà chức trách có thể cấm việc xây dựng công trình kiến trúc vượt quá một độ cao nhất định, nhằm bảo đảm an toàn cho sự lên xuống của máy bay; hoặc, trong trường hợp một bất động sản tư nhân bị vây bọc, thì pháp luật đòi hỏi các bất động sản lân cận phải để cho chủ sở hữu bất động sản bị vây bọc thực hiện quyền về lối đi qua.

Địa dịch còn hình thành do hành vi của con người. Ví dụ điển hình là việc thiết lập quyền về lối đi qua bất động sản liền kề trong điều kiện bất động sản không bị vây bọc, theo sự

thoả thuận của các chủ sở hữu bất động sản liên quan.

2.1.4. Chế độ pháp lý

2.1.4.1 Các yếu tố của địa dịch

Địa dịch được cấu thành từ ba yếu tố: có một bất động sản chịu địa dịch, gọi là bất động sản phục vụ; có một bất động sản thụ hưởng địa dịch, gọi là bất động sản thụ hưởng và hai bất động sản thuộc về hai chủ sở hữu khác nhau.

Bất động sản phục vụ. Sự phục vụ bao hàm sự hạn chế đối với quyền của chủ sở hữu bất động sản, vì lợi ích của một hoặc nhiều chủ sở hữu bất động sản khác. Thực ra, “thái độ” phục vụ của bất động sản trong quan hệ địa dịch không phải là thái độ chủ động: đơn giản, chủ sở hữu để yên cho người khác khai thác lợi ích từ bất động sản của mình hoặc không làm một việc gì đó ảnh hưởng xấu đến việc khai thác lợi ích từ bất động sản của người khác.

Các ví dụ rất đa dạng: cho phép người khác đi qua bất động sản của mình để ra đường công cộng; để cho nước từ bất động sản khác chảy qua bất động sản của mình; để cho người khác đi dây điện, điện thoại, truyền hình cáp... đi qua không gian của bất động sản của mình; không xây dựng quá một độ cao nào đó để bảo đảm không che chắn tầm nhìn của bất động sản lân cận;...

Bất động sản thụ hưởng. Sự thụ hưởng có tác dụng làm gia tăng các quyền của chủ sở hữu: bên cạnh các quyền đối với bất động sản của mình, chủ sở hữu còn có một số quyền đối với bất động sản của người khác. Thực ra, các quyền đối với bất động sản của người khác chỉ phát sinh trong khuôn khổ thực hiện các quyền đối với bất động sản của chính mình. Chẳng hạn, chủ sở hữu có quyền đi qua bất động sản của người khác để ra đường công cộng, bởi vì chính bất động sản của mình không trực tiếp thông thương được với đường công cộng; nếu vì lý do gì đó, mà tình trạng vây bọc chầm dứt, thì quyền về lối đi qua trên bất động sản của người khác cũng chầm dứt.

Hai bất động sản thuộc về hai chủ sở hữu khác nhau. Trong trường hợp hai bất động sản thuộc về một chủ sở hữu, việc một bất động sản

phục vụ một bất động sản khác chỉ là một hình thức tổ chức nội bộ việc khai thác sản nghiệp của chủ sở hữu, chứ không phải là một địa dịch. Hai bất động sản thuộc hai chủ sở hữu khác nhau là điều kiện bắt buộc để quan hệ địa dịch tồn tại. Bởi vậy, nếu bất động sản phục vụ được chuyển giao cho chủ sở hữu bất động sản thụ hưởng, thì quan hệ địa dịch cũng chấm dứt.

Tuy nhiên, nếu một người là chủ sở hữu một bất động sản đồng thời là đồng chủ sở hữu chung theo phân đối với một bất động sản khác, thì quan hệ địa dịch giữa hai bất động sản cũng có thể phát sinh. Tương tự, trong trường hợp một bất động sản thuộc về một người, bất động sản còn lại thuộc về một công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, mà thành viên duy nhất cũng chính là người đó, thì quan hệ địa dịch giữa hai bất động sản cũng có thể phát sinh, dù, suy cho cùng, chủ sở hữu của cả hai bất động sản, trên thực tế, chỉ là một.

2.1.4.2. Các phương thức thiết lập địa dịch

Địa dịch do địa thể tự nhiên. Có trường hợp do địa thể tự nhiên mà một bất động sản ở trong tình trạng phục vụ một hoặc nhiều bất động sản khác mà không có sự lựa chọn. Trường hợp điển hình là địa dịch liên quan đến việc cấp thoát nước: loại địa dịch này được đề cập tại BLDS Điều 277. Nước được đề cập trong điều luật là nước thuộc mọi nguồn gốc: nước mưa, nước thải, nước tưới... Cần quy định rõ: *người thụ hưởng địa dịch phải chịu chi phí xây dựng các công trình cần thiết cho việc thoát nước, dẫn nước đi qua bất động sản lân cận; các công trình xây dựng phải bảo đảm không gây thiệt hại cho chủ bất động sản phục vụ và nhất là không được gây ô nhiễm môi trường.*

Địa dịch do luật. Trong nhiều trường hợp, luật chủ động can thiệp để một địa dịch được thiết lập, nhằm bảo đảm sự khai thác bình thường đối với một bất động sản. Sự can thiệp tỏ ra cần thiết trong điều kiện quyền sở hữu được thừa nhận là tuyệt đối và độc quyền và, thông thường, chủ sở hữu không bao giờ tự

nguyện để cho chủ sở hữu khác sử dụng tài sản của mình. Một trong các ví dụ điển hình về loại địa dịch này là quyền về lối đi qua của chủ sở hữu bất động sản bị vây bọc.

Theo BLDS, Điều 275, Khoản 1, chủ sở hữu bất động sản bị vây bọc bởi các bất động sản của các chủ sở hữu khác mà không có lối đi ra, có quyền yêu cầu một trong những chủ sở hữu bất động sản liền kề dành cho mình một lối đi ra đường công cộng; người được yêu cầu có nghĩa vụ đáp ứng yêu cầu đó. *Điều luật quá ngắn gọn và có nhiều điểm bất hợp lý, do đó, đã không được áp dụng một cách suôn sẻ trong thực tiễn.*

Trước hết, đúng là chủ bất động sản bị vây bọc có quyền yêu cầu chủ bất động sản lân cận cho mình hưởng quyền về lối đi ra. Thế nhưng, không hẳn trong trường hợp nào, chủ sở hữu được yêu cầu cũng có nghĩa vụ đáp ứng yêu cầu đó. Trong nhiều trường hợp, chủ sở hữu bất động sản bị vây bọc đứng trước nhiều phương án và các phương án có thể có mức độ hợp lý rất khác nhau. Sự đánh giá của những người trong cuộc về mức độ hợp lý của từng phương án có thể không giống nhau, do cách nhìn nhận lợi ích không như nhau. Bởi vậy, nếu có tranh cãi, thì toà án giải quyết. Có khi, sau khi cân nhắc, toà án lại chỉ định một bất động sản khác, chứ không phải bất động sản do người có quyền về lối đi qua chỉ định, để đảm nhận vai trò bất động sản phục vụ¹⁰. Điều đó có nghĩa là khi có đơn kiện, thì toà án phải mời tất cả các chủ sở hữu bất động sản lân cận đến để giải quyết, chứ không chỉ hai chủ sở hữu bất động sản là hai bên của vụ kiện.

Cả trong trường hợp việc chỉ định bất động sản phục vụ đã xong, thì vẫn còn nhiều vấn đề phải giải quyết: xác định vị trí của lối đi qua, độ rộng của lối đi, cấu tạo mặt đường (tuỳ theo lối đi dành cho người đi bộ, mô tô, ô tô...). Các vấn đề này cũng có thể được giải quyết theo thoả thuận hoặc theo một bản án của toà án. Tất nhiên, người thụ hưởng quyền về lối đi qua phải chịu chi phí xây dựng và bảo quản lối đi;

(10) Trong luật của Pháp, nếu tình trạng bị vây bọc của một bất động sản có nguồn gốc từ một vụ phân chia bất động sản, thì việc thiết lập địa dịch được thực hiện ưu tiên trên các bất động sản được tách ra từ vụ phân chia đó.

và lại, nếu do việc xây dựng lối đi mà chủ sở hữu bất động sản phục vụ bị thiệt hại, thì thiệt hại đó phải được đền bù thoả đáng.

Để yêu cầu hưởng quyền về lối đi qua được đáp ứng, điều kiện cần thiết là *bất động sản phải bị vây bọc*. Luật hiện hành chưa làm rõ các tiêu chí của tình trạng này. Một cách hợp lý, bất động sản chỉ được coi là bị vây bọc một khi nó không thể trực tiếp thông thương với đường công cộng¹¹ hoặc có nhưng lối thông thương quá nhỏ, không đủ để bảo đảm việc khai thác công dụng của bất động sản một cách bình thường.

Do hành vi của người. Địa dịch có thể được thiết lập do hiệu lực của một giao dịch, tức là sự bày tỏ ý chí của một người. Dường như khi xây dựng BLDS năm 2005, người làm luật chưa nghĩ rằng khả năng thiết lập địa dịch bằng cách này.

Về tính chất, giao dịch có thể là sự thoả thuận hoặc là giao dịch đơn phương (ví dụ, di chúc). Chẳng hạn, do việc phân chia một bất động sản lớn mà có một trong các bất động sản được chia nhỏ ở trong tình trạng không thể tiếp xúc trực tiếp với đường công cộng; thế là các bên phân chia thoả thuận về việc dành cho người được chia bất động sản đó một lối đi qua trên một hoặc nhiều bất động sản lân cận.

Địa dịch cũng có thể được thiết lập do việc tách một bất động sản có hệ thống phục vụ nội bộ thành hai bất động sản thuộc về hai người khác nhau. Loại địa dịch này được thiết lập thành hai giai đoạn. Trong giai đoạn thứ nhất, chủ sở hữu thiết lập trên hai phần của bất động sản của mình một hệ thống phục vụ nội bộ mà nếu hai phần đó là hai bất động sản thuộc về hai người khác nhau, thì hệ thống ấy thực sự là một địa dịch. Các ví dụ rất đa dạng: đường dẫn nước thải, máng xối, lối đi qua... Trong giai đoạn thứ hai, hai phần của bất động sản được tách

ra thành hai bất động sản thuộc về hai chủ sở hữu khác nhau¹² và do các chủ sở hữu không có thoả thuận gì đặc biệt về số phận của hệ thống phục vụ nội bộ trước đây mà hệ thống này được duy trì và trở thành địa dịch. Tất nhiên, để địa dịch được thiết lập, thì hệ thống phục vụ phải đang vận hành ở thời điểm bất động sản được phân chia: nếu hệ thống phục vụ đã ngưng vận hành, thì địa dịch không thể được thiết lập một cách đương nhiên, mà cần có sự thoả thuận của các bên.

Thời hiệu. Trong luật của các nước phương Tây, địa dịch cũng có thể được thiết lập do thời hiệu xác lập quyền. Một giả thiết đặc thù có thể được hình dung như sau: một người mở một cửa sổ nhìn sang đất của người láng giềng mà không xin phép người này; sau một thời gian liên tục không có sự phản đối của người láng giềng, địa dịch trở cửa sổ có thể được xác lập theo thời hiệu. Trong luật của Pháp, chỉ có các địa dịch liên tục và biểu kiến (*continu et apparent*) mới có thể được xác lập theo thời hiệu. Bởi vậy, quyền về lối đi qua không thể được xác lập theo thời hiệu vì đây không phải là một địa dịch liên tục; địa dịch không xây dựng hoặc xây dựng theo những điều kiện nhất định cũng không thể được xác lập theo thời hiệu vì đây là địa dịch không biểu kiến.

2.1.4.3. Thực hiện địa dịch

Tình hình của chủ sở hữu bất động sản thụ hưởng. Tính chất tiện ích của địa dịch có thể dẫn đến việc thừa nhận cho chủ bất động sản thụ hưởng một số quyền phụ trợ nhằm tạo điều kiện thuận lợi cho việc thụ hưởng địa dịch đó. Luật hiện hành hầu như không đã động đến các quyền phụ trợ này.

Trước hết, chủ sở hữu bất động sản thụ hưởng được phép xây dựng các công trình cần thiết cho việc thực hiện địa dịch. Chẳng hạn, trong trường hợp địa dịch về lối đi qua, chủ

(11) Theo nghĩa rộng nhất, cụm từ “thông thương với đường công cộng” còn được dùng để chỉ việc thông thương với các thiết bị công cộng như đường dây tải điện, đường dẫn nước công cộng..., chứ không chỉ đường giao thông. Pháp luật hiện hành cũng thừa nhận quyền “về lối đi qua” để tiếp cận các thiết bị này: chủ sở hữu bất động sản có quyền mắc đường dây tải điện, thông tin liên lạc qua bất động sản của các chủ sở hữu khác một cách hợp lý, nhưng phải bảo đảm an toàn và thuận tiện cho các chủ sở hữu đó; nếu gây thiệt hại, thì phải bồi thường (BLDS, Điều 276).

(12) Việc tách hai bất động sản có thể do hiệu lực của một giao dịch (mua bán, tặng cho...) hoặc của một sự kiện pháp lý (để thừa kế theo pháp luật).

sở hữu bất động sản thụ hưởng được phép xây dựng một lối đi. Tất nhiên, chủ sở hữu bất động sản thụ hưởng phải chịu toàn bộ chi phí xây dựng công trình; mặt khác, nếu do việc xây dựng công trình mà chủ sở hữu bất động sản phục vụ bị thiệt hại, thì chủ sở hữu bất động sản thụ hưởng phải bồi thường, trừ trường hợp giữa các bên có thoả thuận khác.

Chủ sở hữu bất động sản thụ hưởng chỉ được phép thụ hưởng địa dịch trong giới hạn nhu cầu chính đáng và nhất là trong giới hạn của quyền thụ hưởng địa dịch của mình. Ngay cả trong trường hợp việc mở rộng phạm vi thụ hưởng địa dịch không gây thiệt hại gì thêm cho chủ sở hữu bất động sản phục vụ, thì việc mở rộng đó cũng bị coi là bất hợp lệ.

Đặc biệt, chủ sở hữu bất động sản thụ hưởng không được phép làm việc gì đó có tác dụng khiến cho địa dịch trở nên nặng nề hơn đối với chủ sở hữu bất động sản phục vụ, ngay nếu như việc thụ hưởng đó vẫn còn nằm trong các giới hạn của quyền thụ hưởng địa dịch¹³. Thậm chí, việc thay đổi thể thức, nói chung là thay đổi nội dung địa dịch, ngay cả trong trường hợp để đáp ứng nhu cầu có thật của chủ bất động sản thụ hưởng và không gây thiệt hại cho chủ sở hữu bất động sản phục vụ, cũng không được chấp nhận. Tất cả những điều này có thể được lý giải bằng tính chất ngoại lệ của địa dịch: quyền sở hữu, trên nguyên tắc, là tuyệt đối và độc quyền; việc hạn chế quyền sở hữu của người khác phải trong khuôn khổ các giới hạn nghiêm ngặt.

Tình hình của chủ sở hữu bất động sản phục vụ. Chủ bất động sản phục vụ có nghĩa vụ tôn trọng địa dịch. Nghĩa vụ của chủ sở hữu bất động sản phục vụ là một nghĩa vụ thụ động. Chủ sở hữu không được thực hiện các hành vi mang tính chất ngăn cản hoặc hạn chế việc thụ hưởng địa dịch của chủ sở hữu bất động sản thụ hưởng.

Nguyên tắc cố định địa dịch cũng được áp đặt đối với chủ sở hữu bất động sản phục vụ: người này không được phép thay đổi hiện trạng

của bất động sản nhằm mục đích gây khó khăn cho việc thụ hưởng địa dịch của người khác.

Dẫu sao, chủ sở hữu bất động sản phục vụ bảo tồn tất cả các quyền của chủ sở hữu, đặc biệt là quyền sử dụng và quyền định đoạt, với điều kiện tôn trọng các quyền của chủ sở hữu bất động sản thụ hưởng địa dịch.

2.1.5. Chấm dứt địa dịch

Các trường hợp. Theo BLDS, Điều 279, quyền sử dụng hạn chế bất động sản liên kết chấm dứt trong các trường hợp sau đây:

1. Bất động sản liên kết với bất động sản của chủ sở hữu đang thực hiện quyền sử dụng hạn chế đối với bất động sản liên kết đó nhập lại thành một;

2. Chủ sở hữu nhà, người sử dụng đất không còn nhu cầu sử dụng hạn chế bất động sản liên kết.

Thực ra, các trường hợp chấm dứt địa dịch không chỉ có chừng đó. Về phương diện khoa học luật, còn có thể kể ra những tình huống khác. Chẳng hạn, coi quyền thụ hưởng địa dịch như một quyền có tính chất tài sản, có thể thừa nhận rằng quyền này sẽ mất đi theo thời hiệu. Hoặc, nhu cầu hưởng địa dịch vẫn còn, nhưng khả năng gánh chịu địa dịch của bất động sản lân cận thì không còn...

Không còn khả năng thực hiện địa dịch.

Tình trạng không còn khả năng thực hiện địa dịch có nguyên nhân đa dạng: có thể do thiên nhiên (chẳng hạn, khi giếng nước cạn, thì địa dịch lấy nước không còn), cũng có thể do hành vi của con người. Tuy nhiên, nếu địa dịch không thể được thực hiện do hành vi không hợp pháp của chủ sở hữu bất động sản phục vụ, thì người này có thể bị buộc khôi phục tình trạng ban đầu, để địa dịch được tái lập. Ví dụ, chủ sở hữu bất động sản phục vụ tự tiện trồng cây, xây dựng công trình để cản trở việc hưởng địa dịch về lối đi qua.

Một trong hai bất động sản bị mất. Mất được hiểu là sự mất mát về phương diện vật chất. Tình huống điển hình là sự biến mất của

(13) Chẳng hạn, có thể coi là việc lạm dụng có tính chất tăng nặng địa dịch việc chủ sở hữu bất động sản được hưởng quyền về lối đi qua xây một căn nhà thật to trên bất động sản của mình rồi đem cho thuê: trước đây, chỉ có chủ sở hữu bất động sản thực hiện quyền về lối đi qua; nay lại có hàng chục, hàng trăm người thuê nhà thực hiện quyền đó.

một bất động sản do xâm thực, lở bờ. Nhưng, đó cũng có thể là trường hợp mất mát về mặt pháp lý: bất động sản được trưng mua và bị thu hút vào khối tài sản phục vụ lợi ích công cộng.

Hai bất động sản nhập lại thành một. Địa dịch biến mất một khi bất động sản phục vụ và bất động sản thụ hưởng thuộc về một người, bởi, như đã nói, địa dịch chỉ tồn tại một khi hai bất động sản thuộc về hai chủ sở hữu khác nhau. Tuy nhiên, sự biến mất này không tuyệt đối: địa dịch có thể được thiết lập trở lại một khi hai bất động sản lại tách ra, thuộc về hai người khác. Chẳng hạn, sau khi tháo dỡ hai bất động sản, chủ sở hữu chết và để di sản cho hai người thừa kế; thế rồi, sau một vụ phân chia, bất động sản hợp nhất lại được phân thành hai bất động sản và được chia cho hai người thừa kế...

Từ chối thụ hưởng địa dịch. Về mặt lý thuyết, người thụ hưởng địa dịch có thể từ chối thụ hưởng quyền đó. Chẳng hạn, bất động sản chịu một địa dịch theo đó chủ sở hữu không được xây dựng công trình vượt quá một độ cao dẫn đến che khuất tầm nhìn của chủ sở hữu bất động sản lân cận; tuy nhiên, chủ sở hữu bất động sản lân cận chấp nhận cho chủ sở hữu bất động sản xây dựng các công trình như thế: bằng việc chấp nhận đó, chủ sở hữu bất động sản lân cận từ chối quyền hưởng địa dịch của mình.

Thông thường, việc từ chối có thể được đền bù bằng một lợi ích vật chất; nhưng cũng có trường hợp việc từ chối hoàn toàn không có đền bù. Luật không ghi nhận rõ ràng trường hợp từ chối này, do đó, không có quy định gì về các điều kiện xác lập giao dịch từ chối. Về mặt lý thuyết, việc từ chối có thể được ghi nhận bằng miệng, bằng văn bản, bằng cử chỉ, nói chung là bằng bất kỳ hình thức nào, miễn là cho thấy sự từ chối không mập mờ.

Không sử dụng trong một thời gian dài. Trong chừng mực nào đó, có thể thừa nhận nhiều điểm tương đồng giữa không sử dụng địa dịch và “không còn nhu cầu sử dụng hạn chế

bất động sản liền kề” được luật chính thức ghi nhận. Tuy nhiên, các quy định của luật còn quá sơ sài để có thể được áp dụng trong thực tiễn.

Chắc chắn, không thể nói rằng người sử dụng đất hoặc chủ sở hữu nhà không còn nhu cầu sử dụng hạn chế bất động sản liền kề, tức là sử dụng địa dịch, trong trường hợp địa dịch thiết lập do địa thế tự nhiên, bởi địa dịch trong trường hợp này tồn tại khách quan, chứ không lệ thuộc vào ý chí của các chủ sở hữu bất động sản liền quan. Cũng không thể nói đến việc không có nhu cầu sử dụng trong trường hợp địa dịch được thiết lập do quy định của pháp luật, bởi địa dịch trong trường hợp này tồn tại theo ý chí của người làm luật¹⁴. Tóm lại, chỉ có thể nói về tình trạng địa dịch không được sử dụng trong trường hợp địa dịch được thiết lập do hành vi của con người.

Trong luật của các nước, việc không sử dụng địa dịch phải kéo dài và liên tục trong một khoảng thời gian được luật xác định, thì địa dịch mới biến mất. Luật của Pháp còn có quy định về cách thức xác định thời điểm bắt đầu việc không sử dụng địa dịch: đối với địa dịch không liên tục (như địa dịch về lối đi qua), thời điểm ngưng sử dụng là thời điểm kết thúc việc sử dụng lần cuối; đối với địa dịch liên tục (như địa dịch về tầm nhìn), thời điểm ngưng sử dụng là thời điểm người thụ hưởng địa dịch có hành vi trái ngược với logic tồn tại và vận hành của địa dịch (chẳng hạn, chặn kín cửa sổ, lỗ “tò vò”...).

Luật Việt Nam không có quy định tương tự. Bởi vậy, có thể thừa nhận rằng trong luật Việt Nam, địa dịch chỉ mất do người thụ hưởng không có nhu cầu sử dụng khi nào chính người này lên tiếng thừa nhận điều đó: một thái độ thụ động, dù được ghi nhận liên tục trong một thời gian dài, không thể được coi là bằng chứng về việc không có nhu cầu sử dụng địa dịch.

2.2. Quyển nhiễu trong quan hệ láng giềng

Việc khai thác bất động sản phải được thực

(14) Thế nhưng, cần phân biệt quyền địa dịch với việc thụ hưởng một địa dịch cụ thể. Trong một ví dụ điển hình, một bất động sản bị vây bọc đã thiết lập được một địa dịch về lối đi qua trên một bất động sản lân cận; sau đó, chủ sở hữu bất động sản không sử dụng địa dịch này trong một thời gian dài. Trong trường hợp này, quyền địa dịch luôn tồn tại chừng nào bất động sản còn bị vây bọc; nhưng địa dịch cụ thể mà chủ sở hữu bất động sản bị vây bọc đã thiết lập được có thể bị mất do thời hiệu sau một thời gian dài không sử dụng liên tục.

hiện như thế nào để không xâm hại đến quyền và lợi ích của người láng giềng liên quan đến việc khai thác bất động sản của họ. Cuộc sống trong cộng đồng láng giềng có những bất tiện không thể tránh khỏi và một khi chấp nhận cuộc sống đó, người ta buộc phải chấp nhận cả những bất tiện này. Tuy nhiên, những bất tiện vượt quá giới hạn bình thường cần phải được chặn lại để cuộc sống trong cộng đồng láng giềng có thể còn chịu đựng được đối với một người bình thường.

Luật Việt Nam còn khá sơ sài, trong khi thực tiễn đã và đang đặt ra nhiều vấn đề bức xúc. Một trong những ví dụ điển hình liên quan đến việc gây tiếng ồn. Tất nhiên, chủ sở hữu bất động sản có quyền khai thác tối đa công dụng của bất động sản thuộc quyền sở hữu của mình; nhưng việc khai thác, dù là trong giới hạn do pháp luật quy định, mà có tác dụng gây thiệt hại

cho người khác thì phải bị xử lý. Thế nhưng, do luật không đầy đủ, việc xử lý trong thực tiễn ở Việt Nam gặp rất nhiều khó khăn; khai thác công dụng tài sản trong quan hệ láng giềng, trong hoàn cảnh đó, có xu hướng chỉ chịu sự chi phối của nguyên tắc theo đó luật, lẽ phải chỉ thuộc về kẻ mạnh.

Thực ra, ngay nếu như luật còn chưa đầy đủ, thì việc xác định trách nhiệm của người có hành vi quấy nhiễu trong quan hệ láng giềng cũng có thể được thực hiện bằng cách dựa vào luật chung về trách nhiệm dân sự: có hành vi gây thiệt hại được thực hiện với thái độ tâm lý đặc trưng cho lỗi; có hậu quả thiệt hại và có mối quan hệ nhân quả giữa hành vi thiệt hại và hậu quả thiệt hại. Song, luật chung về trách nhiệm dân sự cũng còn được nhận thức khá mờ ở Việt Nam, cả trên bình diện khoa học luật và trong thực tiễn áp dụng pháp luật. ■

VỀ YẾU TỐ ỨNG THUẬN CỦA HỢP ĐỒNG

(Tiếp theo trang 28)

Luật La Mã đã xem thiệt thòi là một tì ố của sự ưng thuận. Nhưng phạm vi của thiệt thòi rất hẹp. Về ngữ nghĩa có thể xem thiệt thòi là việc một bên giao kết hợp đồng không nhận được những lợi ích tương đương với những gì mà bên này phải thực hiện cho bên kia. Tuy nhiên, người ta chỉ xem xét tới sự chênh lệch lợi ích quá đáng giữa các bên. Nhiều tác giả ngày nay xem thiệt thòi là một vấn đề của tính chính trực của sự ưng thuận²². Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ tại Điều thứ 652 và Bộ luật Dân sự Trung Kỳ tại Điều thứ 688 có quy định “Nếu hiệp - ước có sinh ra thiệt - hại thì chỉ những khi nào trong luật đã định mới có thể bác được” phỏng

theo tư tưởng của Điều 1118, Bộ luật Dân sự Pháp chỉ vô hiệu hoá các hợp đồng có sự thiệt thòi do vị thành niên giao kết, còn các trường hợp khác phải có sự quy định rõ ràng của luật. Có lẽ các quy định này đã kế thừa Luật La Mã. Phạm vi thiệt thòi trong Luật La Mã chỉ xác định nhằm bảo vệ người chưa đủ 25 tuổi và người nghèo phải bán rẻ ruộng đất cho những người quyền thế²³.

3. Kiến nghị

Các nghiên cứu ở trên cho thấy ưng thuận và các tì ố của sự ưng thuận chất chứa đầy tính triết lý và kỹ thuật pháp lý. Do đó cần viết các quy định cụ thể về chúng làm sao dành nhiều chỗ cho các giải thích tư pháp trong các tranh chấp cụ thể. Trước hết cần xem ưng thuận là yếu tố đầu tiên của hợp đồng. Các tì ố của sự ưng thuận bao gồm cả sự thiệt thòi cần được nêu ra một cách đầy đủ. ■

(22) John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, p. 405.

(23) Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo-Quyển II: Nghĩa vụ và kế ước*, In lần thứ nhất, Bộ Quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 135.

THỰC HIỆN CHẾ ĐỘ HAI CẤP XÉT XỬ - CƠ CHẾ BẢO VỆ QUYỀN CON NGƯỜI TRONG TỔ TỤNG DÂN SỰ

■ NGUYỄN QUANG HIỂN *

Ngay từ khi nước ta vừa giành được độc lập, ngày 24/1/1946, Chủ tịch Hồ Chí Minh đã ký Sắc lệnh số 13/SL về tổ chức Tòa án và các ngạch thẩm phán, trong đó đã ghi nhận nguyên tắc “Tòa án thực hiện hai cấp xét xử”. Đến nay, nguyên tắc này vẫn được ghi nhận tại Điều 11 của Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2002. Và Nghị quyết Hội nghị lần thứ ba Ban chấp hành Trung ương Đảng khóa VIII đã chỉ rõ nhiệm vụ trọng tâm trong hoạt động xét xử của Tòa án: “Thực hiện nguyên tắc hai cấp xét xử, đổi mới thủ tục giám đốc thẩm để đảm bảo việc xét xử vừa đúng đắn, vừa nhanh chóng.”

Vụ án tranh chấp nhà và đất ở giữa bị đơn là ông Trương Gia Hải và nguyên đơn là bà Trương Thị Bán, trú tại 27 phố Lê Lợi, quận Hà Đông (Hà Nội) với những chứng cứ rõ ràng nhưng qua 14 năm (1995-2009) với 13 phiên tòa vẫn chưa kết thúc. Ngày 13/01/2009, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao kháng nghị bản án phúc thẩm của Tòa án nhân dân tối cao tại Hà Nội, đề nghị Hội đồng Thẩm phán xét lại bản án theo trình tự giám đốc thẩm. Hội đồng Giám đốc thẩm đã quyết định hủy cả bản án sơ thẩm và bản án phúc thẩm, chuyển giao hồ sơ vụ án cho Tòa án nhân dân thành phố Hà Nội xét xử lại theo thủ tục sơ thẩm. Có nghĩa là, vụ án lại quay về điểm xuất phát. Cơ quan tố tụng từ địa phương đến trung ương đã mất quá nhiều công sức và thời gian, người tham gia tố tụng thì tán gia bại sản.

Đây chỉ là một vụ án cá biệt. Với chỉ một vụ án thì không thể đánh giá chung về tình hình xét xử của ngành Tòa án, nhưng những

con số kỷ lục về phiên tòa nói trên đã nói được nhiều điều, nhất là về sự không hợp lý trong pháp luật tố tụng dân sự hiện hành. Và ở đây là sự không hợp lý do pháp luật quy định quyền hạn quá rộng cho mỗi cấp xét xử.

Theo pháp luật tố tụng dân sự hiện hành, một vụ án được xét xử qua cấp sơ thẩm và cấp phúc thẩm, bên cạnh đó còn có thủ tục đặc biệt là giám đốc thẩm và tái thẩm. Như vậy, theo nguyên tắc, một vụ án nếu phải xét lại theo thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm thì nhiều nhất cũng chỉ cần đến ba phiên tòa. Nhưng thực tế lại khác. Có những vụ án phải xét xử tới 9 - 10 phiên tòa, thậm chí tới 13 phiên tòa như ví dụ trên, nhưng vẫn chưa kết thúc được và cũng có thể không biết bao giờ mới kết thúc. Thực tế này phát sinh từ nhiều nguyên do, trong đó có việc chính trong các quy định của pháp luật đã tiềm ẩn những nguy cơ làm cho một vụ án có thể bị kéo dài và phải xét xử làm nhiều lần. Những phân tích dưới đây cho thấy điều này.

(*) TS. Tòa án nhân dân TP. Hồ Chí Minh.

1. Quy định của pháp luật và thực tiễn áp dụng

1.1. Cấp sơ thẩm (cấp thứ nhất)

Cấp sơ thẩm tiến hành trình tự, thủ tục giải quyết vụ án lần thứ nhất. Tất cả các vụ án nếu đưa ra xét xử thì đều phải tiến hành qua cấp sơ thẩm. Đây là cấp xét xử không thể thiếu và có ý nghĩa cực kỳ quan trọng trong quá trình giải quyết vụ án. Lý luận và thực tiễn đều cho thấy, nếu cấp sơ thẩm xét xử chính xác, nghiêm túc thì bản án sẽ ít bị kháng cáo hoặc kháng nghị theo thủ tục phúc thẩm, từ đó vụ án sẽ không bị kéo dài. Hoặc giả sử, nếu bản án bị kháng cáo hoặc kháng nghị để xét xử lại theo thủ tục phúc thẩm thì cũng không mất nhiều công sức, thời gian và tiền của của Nhà nước cũng như của những người tham gia tố tụng.

Tuy nhiên, các quy định về xét xử cấp sơ thẩm đã làm xuất hiện tình trạng một số người tiến hành tố tụng cho rằng “cứ xét xử, sai đã có cấp phúc thẩm xét xử lại”, từ đó thiếu cương quyết, dứt khoát, y lại và lệ thuộc vào cấp phúc thẩm. Còn những người tham gia tố tụng lại coi “cấp sơ thẩm muốn xét xử thế nào cũng được, nếu đạt được ý nguyện thì thôi, nếu không đạt được ý nguyện thì kháng cáo, cấp phúc thẩm xét xử mới có hiệu lực pháp luật thì hành ngay”. Mặt khác, pháp luật dùng khái niệm “sơ” đã làm cho nhiều người hiểu đơn giản rằng, “sơ” là “sơ khai”, “sơ sài”, “sơ qua”, “sơ sơ”, nên giảm lòng tin vào quyết định của cấp sơ thẩm, làm mất đi ý nghĩa quan trọng, cần thiết và bắt buộc của cấp sơ thẩm. Vì vậy, theo chúng tôi, không nên gọi là “cấp sơ thẩm” mà nên gọi là “cấp thứ nhất”.

Mặt khác, trong tất cả các văn bản pháp luật tố tụng của nước ta từ trước đến nay không có văn bản nào quy định về thẩm quyền của hội đồng xét xử sơ thẩm, mà chỉ quy định thẩm quyền của hội đồng xét xử phúc thẩm, hội đồng giám đốc thẩm, hội đồng tái thẩm. Vấn đề này xuất phát từ những nguyên nhân cơ bản sau:

Một là, đây là cấp xét xử thứ nhất nên đối tượng xét xử của nó không thể là bản án, quyết định mà là các yêu cầu về dân sự rất phong phú của các đương sự. Theo Điều 25 của Bộ luật Tố

tụng dân sự năm 2004 (BLTTDS), thì có tới 8 loại việc thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án, trong mỗi loại việc lại có rất nhiều các yêu cầu cụ thể khác nhau. Vì phạm vi xét xử của cấp sơ thẩm quá rộng lớn nên không thể ấn định trước về thẩm quyền của hội đồng xét xử sơ thẩm. Sở dĩ pháp luật tố tụng quy định được thẩm quyền của hội đồng xét xử phúc thẩm, giám đốc thẩm, tái thẩm bởi xét xử phúc thẩm là việc Tòa án cấp trên trực tiếp xét xử lại vụ án mà bản án, quyết định của Tòa án cấp sơ thẩm chưa có hiệu lực pháp luật bị kháng cáo hoặc kháng nghị (Điều 242 của BLTTDS) còn hội đồng giám đốc thẩm, tái thẩm là các cấp xét lại bản án, quyết định của cấp xét xử trước. Do đó, quyền hạn của các cấp này dễ dàng ấn định được trước xung quanh các vấn đề: giữ nguyên; sửa; hủy bỏ bản án, quyết định của các Tòa án trước.

Hai là, nghĩa vụ chứng minh trong vụ án dân sự thuộc về các đương sự, hội đồng xét xử quyết định như thế nào phụ thuộc phần lớn vào việc chứng minh của các đương sự. Hội đồng xét xử có thể chấp nhận toàn bộ yêu cầu hoặc chỉ một phần yêu cầu của các đương sự. Chính vì vậy, việc pháp luật tố tụng không quy định thẩm quyền của hội đồng xét xử sơ thẩm chính là để hội đồng xét xử sơ thẩm có thể linh hoạt, ứng biến khi quyết định trong từng trường hợp cụ thể, tùy thuộc vào các tình tiết và diễn biến của vụ án.

Tuy nhiên, ở một góc độ nào đó, việc pháp luật tố tụng không quy định thẩm quyền của hội đồng xét xử sơ thẩm dường như đã tạo ra một khoảng trống, một sự không chặt chẽ, một tâm lý không yên tâm. Như vậy, sẽ không phải là thừa nếu pháp luật tố tụng có điều luật quy định thẩm quyền của hội đồng xét xử sơ thẩm. Tất nhiên, không thể quy định cụ thể cho mọi trường hợp, nhưng nếu nhà làm luật quan tâm tới vấn đề này thì đó là điều hợp lý. Theo chúng tôi, cần quy định thẩm quyền của hội đồng xét xử sơ thẩm là: chấp nhận toàn bộ yêu cầu của đương sự; chấp nhận một phần yêu cầu của đương sự; không chấp nhận yêu cầu của đương sự.

1.2. Cấp phúc thẩm (cấp thứ hai)

Cấp phúc thẩm tiến hành trình tự, thủ tục

giải quyết vụ án lần thứ hai. Không phải tất cả các vụ án đã xét xử sơ thẩm đều phải tiến hành qua cấp phúc thẩm, chỉ những vụ án đã xét xử sơ thẩm mà bản án, quyết định chưa có hiệu lực pháp luật bị kháng cáo, kháng nghị để xét xử lại theo thủ tục phúc thẩm thì mới phải tiến hành qua cấp phúc thẩm. Pháp luật quy định có cấp phúc thẩm là xuất phát từ việc tôn trọng và bảo vệ các quyền, lợi ích hợp pháp của những người tham gia tố tụng. Mặt khác, xuất phát từ việc các phán quyết của Tòa án trước khi có hiệu lực pháp luật phải được xem xét một cách thận trọng.

Khác với cấp sơ thẩm, pháp luật tố tụng quy định thẩm quyền của hội đồng xét xử phúc thẩm rất rõ và cụ thể tại Điều 275 của BLTTDS: “giữ nguyên bản án sơ thẩm; sửa bản án sơ thẩm; hủy bản án sơ thẩm và chuyển hồ sơ vụ án cho Tòa án cấp sơ thẩm giải quyết lại vụ án; hủy bản án sơ thẩm và đình chỉ giải quyết vụ án”. Bản án của cấp phúc thẩm có hiệu lực thì hành ngay, là bản án cuối cùng và kết thúc quá trình giải quyết vụ án dân sự. Điều này hoàn toàn đúng và phù hợp với nguyên tắc thực hiện chế độ hai cấp xét xử đã được BLTTDS quy định tại Điều 17. Nhưng thực tế lại không đơn giản như vậy, khi mà BLTTDS quy định thẩm quyền thứ ba của hội đồng xét xử phúc thẩm là “hủy bản án sơ thẩm và chuyển hồ sơ vụ án cho Tòa án cấp sơ thẩm giải quyết lại vụ án”. Từ đó, nguyên tắc thực hiện chế độ hai cấp xét xử được quy định trong BLTTDS không phải chỉ qua hai phiên tòa, như đáng lẽ ra phải như vậy. Và cũng không có một điều luật nào quy định trong BLTTDS là vụ án đã bị xét xử ở cấp phúc thẩm tới lần thứ mấy thì hội đồng xét xử phúc thẩm không có quyền “hủy bản án sơ thẩm và chuyển hồ sơ vụ án cho Tòa án cấp sơ thẩm giải quyết lại vụ án”. Có nghĩa là, một vụ án có thể bị đưa ra xét xử bao nhiêu lần ở mỗi cấp cũng được, đồng nghĩa với việc xét xử không có hồi kết thúc. Xét theo một khía cạnh nào đó, việc xét xử đi, xét xử lại là điều kiện tốt để Tòa án tìm kiếm được một quyết định thực sự đúng đắn cho việc giải quyết vụ án, không làm thiệt hại đến quyền và lợi ích hợp pháp của các đương sự. Nhưng với cách

thức mà pháp luật quy định, thì không biết Tòa án phải cần tới bao nhiêu lần xét xử để đạt được mục đích? Đồng thời, cũng làm cho nguyên tắc thực hiện chế độ hai cấp xét xử và ý nghĩa cơ bản của nó bị phá vỡ. Đáng tiếc, nguyên nhân của việc này lại không phải bắt nguồn từ thực tế - một thực tế dân sự vốn dĩ quá phức tạp, mà lại có nguồn gốc sâu xa ngay từ trong những quy định và không quy định của pháp luật tố tụng dân sự. Những quy định về thẩm quyền của hội đồng xét xử phúc thẩm hiện hành đã tiềm ẩn nguy cơ cho một vụ án có thể bị xét xử nhiều lần bởi thẩm quyền “hủy bản án sơ thẩm và chuyển hồ sơ vụ án cho Tòa án cấp sơ thẩm giải quyết lại vụ án”.

Như chúng ta đã biết, lý do để “hủy bản án sơ thẩm và chuyển hồ sơ vụ án cho Tòa án cấp sơ thẩm giải quyết lại vụ án” được quy định tại Điều 277 của BLTTDS là:

Thứ nhất, do “việc chứng minh và thu thập chứng cứ của cấp sơ thẩm không đúng theo quy định hoặc chưa được thực hiện đầy đủ mà tại phiên tòa cấp phúc thẩm không thể thực hiện bổ sung được”. Về quy định này, vấn đề đặt ra là tại sao cấp phúc thẩm lại không thu thập, bổ sung thêm những nội dung còn thiếu trước khi mở phiên tòa, trong khi việc này không phải là cấp phúc thẩm không làm được. Vì vậy, theo chúng tôi, cần sửa đổi Khoản 3, Điều 275 của BLTTDS quy định về thẩm quyền của hội đồng xét xử phúc thẩm là “hủy bản án sơ thẩm và ra bản án mới”. Đây không chỉ là quyền mà còn là nghĩa vụ của hội đồng xét xử phúc thẩm. Có như vậy thì cấp phúc thẩm mới thực sự là cấp xét xử thứ hai và bản án của cấp phúc thẩm có hiệu lực thì hành ngay; đồng thời nguyên tắc thực hiện chế độ hai cấp xét xử mới được bảo đảm theo đúng nghĩa của nó. Quy định như vậy sẽ là một bảo đảm quan trọng buộc những người xét xử cần phải thận trọng đối với quyết định của mình.

Thứ hai, do “thành phần của hội đồng xét xử sơ thẩm không đúng theo quy định của BLTTDS hoặc có vi phạm nghiêm trọng khác về thủ tục tố tụng” mặc dù biết rằng, nếu cấp sơ thẩm khi bị buộc phải xét xử lại sẽ khắc phục

được các vi phạm, sẽ bảo đảm được đầy đủ về mặt thủ tục, thì kết quả xét xử vẫn không thay đổi. Đây là một quy định cứng nhắc. Ở các nước trên thế giới, cấp phúc thẩm khi kiểm tra về thủ tục xét xử của cấp sơ thẩm thường chỉ dừng lại ở mức độ rút kinh nghiệm nếu có sai sót, vi phạm. Còn ở nước ta, đó lại là căn cứ để hội đồng xét xử phúc thẩm “hủy bản án sơ thẩm và chuyển hồ sơ vụ án cho Tòa án cấp sơ thẩm giải quyết lại vụ án”. Tuy Công văn số 196/NCPL ngày 24/02/1965 của Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn về một số vấn đề thủ tục tố tụng đã có nêu: nếu những thiếu sót đó (về thủ tục tố tụng) không nghiêm trọng thì Tòa án phúc thẩm lưu ý Tòa án cấp dưới để rút kinh nghiệm, tránh sai sót về sau, nhưng tinh thần đó đến nay không được tiếp thu. Vì vậy, bản án cấp sơ thẩm có những sai sót về thủ tục tố tụng phải chịu một hậu quả giống như bản án có sai lầm về nội dung: bị hủy bỏ và phải xét xử lại theo thủ tục sơ thẩm. Chúng tôi cho rằng, điều này là không hợp lý. Khoản 2, Điều 277 của BLTTDS cần sửa đổi thành:

- Khi có dấu hiệu vi phạm thủ tục tố tụng nhưng xét thấy không ảnh hưởng đến nội dung vụ án thì hội đồng xét xử phúc thẩm giữ nguyên bản án sơ thẩm;

- Nếu có vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng ảnh hưởng tới nội dung vụ án thì hội đồng xét xử phúc thẩm hủy bản án sơ thẩm, ra bản án mới.

1.3. Thủ tục giám đốc thẩm

Ngoài cấp sơ thẩm và cấp phúc thẩm, pháp luật còn quy định một thủ tục đặc biệt là giám đốc thẩm và tái thẩm (vì giám đốc thẩm và tái thẩm đều là thủ tục đặc biệt, có nhiều điểm giống nhau nên chúng tôi chỉ phân tích thủ tục giám đốc thẩm). Hiến pháp năm 1992 khẳng định nguyên tắc giám đốc xét xử tại Điều 134. Cụ thể hóa quy định của Hiến pháp, Điều 282 của BLTTDS quy định “giám đốc thẩm là xét lại bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật nhưng bị kháng nghị vì phát hiện có vi phạm pháp luật nghiêm trọng trong việc giải quyết vụ án”. Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/6/2005 về chiến lược cải cách tư pháp đến

năm 2020 có nêu: “từng bước hoàn thiện thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm theo hướng quy định chặt chẽ những căn cứ kháng nghị và quy định rõ trách nhiệm của người ra kháng nghị đối với bản án hoặc quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật”.

Việc quy định thủ tục giám đốc thẩm trong pháp luật tố tụng là nhằm bảo đảm nguyên tắc pháp chế và nguyên tắc công bằng xã hội trong hoạt động xét xử, để cho tất cả các bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật tuyệt đối không được trái pháp luật. Thông qua thủ tục giám đốc thẩm, Tòa án cấp trên có điều kiện thống kê, kiểm tra các bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật nhằm khắc phục, sửa chữa những sai phạm và tổng kết kinh nghiệm để hướng dẫn cho việc xét xử được thống nhất. Ngoài ra, giám đốc thẩm cũng nhằm bảo đảm tính khách quan, công bằng và đúng pháp luật trong xét xử.

Theo nguyên tắc thực hiện chế độ hai cấp xét xử, thủ tục giám đốc thẩm được thực hiện sau khi bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật chứ không phải là thủ tục nối tiếp của cấp sơ thẩm và cấp phúc thẩm. Nó không phải là cấp xét xử thứ ba. Về nguyên tắc, sau khi vụ án đã xét xử xong ở cấp phúc thẩm thì bản án có hiệu lực pháp luật. Tuy nhiên, để những người tham gia tố tụng thực hiện trọn vẹn các quyền của mình, pháp luật tố tụng quy định quyền được khiếu nại bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật và đề nghị Tòa án cấp trên xem xét lại theo thủ tục giám đốc thẩm. Điều đó khác với việc những người tham gia tố tụng làm đơn kháng cáo yêu cầu Tòa án cấp phúc thẩm xét xử lại vụ án. Hai thuật ngữ “xét xử lại” và “xét lại” tự nó đã trả lời cho sự khác nhau của hai thủ tục tố tụng.

Trong thẩm quyền của mình, hội đồng giám đốc thẩm có quyền hủy bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật để xét xử sơ thẩm lại hoặc xét xử phúc thẩm lại. Lý do để “hủy bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật để xét xử sơ thẩm lại hoặc xét xử phúc thẩm lại” được quy định tại Điều 299 của BLTTDS là do “việc thu thập chứng cứ và chứng minh chưa thực

hiện đầy đủ hoặc không đúng theo quy định”; “kết luận trong bản án, quyết định không phù hợp với những tình tiết khách quan của vụ án hoặc có sai lầm nghiêm trọng trong việc áp dụng pháp luật”; “thành phần của hội đồng xét xử sơ thẩm hoặc phúc thẩm không đúng theo quy định của BLTTDS hoặc có vi phạm nghiêm trọng khác về thủ tục tố tụng”.

Theo các quy định trên, các nội dung: “vi phạm pháp luật nghiêm trọng trong việc giải quyết vụ án”, “sai lầm nghiêm trọng”, “tình tiết khách quan” là những vấn đề cần phải làm rõ. Hệ thống pháp luật tố tụng hiện hành chưa có văn bản nào giải thích các cụm từ trên để thống nhất nhận thức. Do vậy, việc đánh giá và nhận thức các cụm từ nói trên thường tùy thuộc vào người có thẩm quyền kháng nghị. Vì vậy, chúng tôi cho rằng, pháp luật cần phải quy định cụ thể, rõ ràng nội dung các cụm từ trên để bảo đảm áp dụng pháp luật thống nhất trong việc kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm.

Thêm nữa, giám đốc thẩm là một thủ tục đặc biệt của pháp luật tố tụng nhằm bảo đảm cho các bản án, quyết định của Tòa án không có sai phạm. Tuy nhiên, nếu “hủy bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật để xét xử sơ thẩm lại hoặc xét xử phúc thẩm lại” thì cũng dẫn vụ án vào tình trạng sa lầy của những quy định về thủ tục như xét xử phúc thẩm đã phân tích ở trên để vụ án phải xét xử lại từ đầu và cũng khó có thể thoát ra được.

Hơn nữa, giám đốc thẩm là một thủ tục tố tụng đặc biệt, nhưng khi việc xét lại theo thủ tục giám đốc thẩm được thực hiện nhiều lần thì khó có thể coi là thủ tục đặc biệt. Do vậy, việc sớm hoàn thiện quy định của pháp luật tố tụng về thủ tục giám đốc thẩm là đòi hỏi cấp thiết, một mặt nhằm bảo đảm một quy trình chặt chẽ cho việc giám đốc thẩm, mặt khác giúp nâng cao uy tín của Tòa án trong việc áp dụng pháp luật thống nhất; bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể khi tham gia vào các quan hệ pháp luật. Theo chúng tôi, hội đồng giám đốc thẩm sau khi hủy án thì cũng phải được trao quyền ra một bản án mới. Như vậy mới có thể thực hiện đúng chế độ hai

cấp xét xử đã được pháp luật quy định và bảo đảm giám đốc thẩm là một thủ tục tố tụng đặc biệt.

2. Kiến nghị

Một vụ án được xét xử đi, xét xử lại nhiều lần ở các cấp tòa án khác nhau có nhiều nguyên nhân, như từ sự phức tạp của đời sống dân sự; từ năng lực, trình độ, phẩm chất của người xét xử; từ sự bất cập của hệ thống pháp luật tố tụng dân sự. Về mặt pháp luật, có thể nói, chính các quy định về thẩm quyền của hội đồng xét xử phúc thẩm “hủy bản án và chuyển hồ sơ vụ án cho Tòa án cấp sơ thẩm giải quyết lại vụ án”, thẩm quyền của hội đồng giám đốc thẩm “hủy bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật để xét xử sơ thẩm lại hoặc xét xử phúc thẩm lại” đã là nguyên nhân trực tiếp khiến hàng loạt vụ án phải xét xử đi, xét xử lại nhiều lần. Đây là một tình trạng không nên có trong thực tế. Cần có các quy định khác để hạn chế được tình trạng này. Ngoài những kiến nghị đã nêu trên, chúng tôi đề nghị:

- Trong công cuộc cải cách tư pháp, nên tổ chức lại mô hình của Tòa án bảo đảm nguyên tắc thực hiện chế độ hai cấp xét xử, các cơ quan Tòa án quan hệ với nhau theo thẩm quyền xét xử, mô hình Tòa án theo hình tháp, mà đỉnh của nó là Tòa án nhân dân tối cao.

- Quy định lại thẩm quyền của từng cấp xét xử theo tinh thần Nghị quyết Hội nghị trung ương lần thứ 8 khóa VII của Đảng (tháng 01/1995): “Cần nghiên cứu tăng thẩm quyền xét xử cho Tòa án nhân dân cấp huyện theo hướng xét xử sơ thẩm được thực hiện chủ yếu ở Tòa án cấp này. Tòa án nhân dân cấp tỉnh chủ yếu xét xử phúc thẩm. Tòa án nhân dân tối cao chủ yếu xét xử giám đốc thẩm”.

- Hoàn chỉnh pháp luật tố tụng dân sự, lưu ý giới hạn về số lần xét xử, tạo ra một khả năng có thể kiểm soát cả về thời gian cũng như trình tự tố tụng. Pháp luật tố tụng cần quy định hạn chế số lần Tòa án cấp phúc thẩm, hội đồng giám đốc thẩm được quyền hủy bản án, quyết định của Tòa án cấp dưới để giao Tòa án cấp dưới xét xử lại. ■

TUYÊN TRUYỀN CHÍNH SÁCH, PHÁP LUẬT

VỀ CÔNG TÁC CẤP, ĐỔI GIẤY CHỨNG NHẬN QUYỀN SỬ DỤNG ĐẤT GHI TÊN MỘT NGƯỜI SANG GHI TÊN VỢ VÀ CHỒNG

■ NGUYỄN QUANG TUYẾN *

Khoản 3, Điều 48, Luật Đất đai năm 2003 quy định: “... Trường hợp quyền sử dụng đất là tài sản chung của vợ và chồng thì giấy chứng nhận quyền sử dụng đất phải ghi cả họ, tên vợ và họ, tên chồng”. Đây là một quy định mới tiến bộ nhằm bảo đảm thực hiện quyền bình đẳng giữa phụ nữ và nam giới trong sử dụng đất đai. Để thực thi có hiệu quả quy định này đặt trong bối cảnh nước ta vẫn còn tồn tại tư tưởng “trọng nam khinh nữ” ở một bộ phận dân cư (đặc biệt ở khu vực nông thôn, vùng sâu, vùng xa), thì công tác tuyên truyền nâng cao nhận thức cộng đồng về pháp luật đất đai nói chung và tuyên truyền chính sách, pháp luật về cấp đổi giấy chứng nhận quyền sử dụng đất (GCNQSDĐ) ghi tên một người sang GCNQSDĐ ghi tên vợ và tên chồng (sau đây gọi tắt là cấp đổi GCN) có vai trò đặc biệt quan trọng.

1. Tầm quan trọng của hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về công tác cấp đổi GCN

Đối với một nước nông nghiệp như Việt Nam, đất đai có vai trò vô cùng quan trọng với cuộc sống của người dân (nhất là đối với người nông dân). Chính vì vậy, việc đăng ký quyền sử dụng đất và được đứng tên chủ sử dụng trong GCNQSDĐ thu hút sự quan tâm đặc biệt của mọi tầng lớp dân cư. Ở quốc gia mà tư tưởng “trọng nam, khinh nữ” tồn tại trong một thời gian dài và “ăn sâu, bám rễ” trong tâm thức của một bộ phận không nhỏ người dân thì việc người đàn ông (người chồng) đứng tên chủ sở hữu tài sản nói chung và đứng tên trong GCNQSDĐ của vợ, chồng nói riêng được coi như lẽ đương

nhiên. Do đó, Luật đất đai năm 2003 quy định quyền sử dụng đất là tài sản chung của vợ và chồng khi cấp GCNQSDĐ phải ghi rõ cả họ, tên vợ và họ, tên chồng và việc triển khai thí điểm cấp đổi GCN ở một số địa phương¹ được coi là một cuộc cách mạng không chỉ tấn công trực diện vào quan niệm phong kiến lạc hậu mà còn ảnh hưởng trực tiếp đến quyền lợi của người đàn ông có tên trong GCN. Việc làm này đã vấp phải không ít những khó khăn, trở ngại bởi sự không đồng thuận hoặc sự chống đối của một bộ phận nam giới mang nặng tư tưởng phân biệt, kỳ thị đối với phụ nữ. Đặt trong bối cảnh đó, hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về công tác cấp đổi GCN có vị trí hết sức quan trọng. Đây là hoạt động phải được

(*) TS. Đại học Luật Hà Nội.

(1) Năm 2004, Bộ Tài nguyên và môi trường đã thực hiện thí điểm dự án “thay đổi/cấp mới GCNQSDĐ có tên cả vợ và chồng”. Mục tiêu của dự án là: thông qua chiến dịch truyền thông nhằm tăng cường nhận thức của nhân dân địa phương về bình đẳng giới trong việc quản lý và sử dụng đất; thay đổi/cấp mới GCNQSDĐ có tên cả vợ và chồng tại 20 xã thuộc 20 tỉnh trong cả nước, xem tại: <http://www.ubphunu-ncfaw.gov.vn/index.asp?lang=V&func=newsdt&catid=151&newsid=1025&MN=65>.

triển khai trước tiên trước khi tiến hành các hoạt động mang tính kỹ thuật, nghiệp vụ tiếp theo về cấp đổi GCN. Vai trò của hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN được thể hiện trên các khía cạnh chủ yếu sau đây:

Thứ nhất, tác động làm thay đổi nhận thức của người dân về bình đẳng giới trong sử dụng đất nói

chung và trong cấp GCNQSDĐ nói riêng; phê phán quan niệm phong kiến lạc hậu và lên án mọi sự kỳ thị, phân biệt đối xử giữa nam và nữ. Trên cơ sở đó, xây dựng quan niệm đúng đắn về sự bình đẳng giữa phụ nữ và nam giới trong việc tiếp cận các quyền của người sử dụng đất.

Thứ hai, góp phần đề cao sự bình đẳng nam, nữ trong xã hội Việt Nam nói chung và trong việc tiếp cận sử dụng đất đai nói riêng. Hơn nữa, hoạt động này còn tạo ra sự đồng thuận xã hội trong việc bảo vệ quyền của phụ nữ đối với tài sản là nhà, đất. Ở khía cạnh khác, phụ nữ là lực lượng lao động chủ yếu trong sản xuất nông nghiệp. Khi họ được bình đẳng với nam giới về quyền và nghĩa vụ trong sử dụng đất đai sẽ tạo ra động lực tích cực giúp phụ nữ hăng say sản xuất góp phần đáng kể vào quá trình đẩy nhanh tỷ lệ giảm đói, nghèo ở khu vực nông thôn, vùng sâu, vùng xa.

Thứ ba, thông qua hoạt động tuyên truyền giúp phụ nữ nâng cao nhận thức về quyền bình đẳng nam, nữ trong sử dụng đất đai và khi nhận thức được nâng cao, chị em sẽ tìm ra các biện pháp để tự bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của mình. Đối với nam giới, hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về công tác cấp đổi GCN sẽ giúp họ có nhận thức đúng đắn về vai trò, vị trí của người phụ nữ trong gia đình và xã hội. Trên cơ sở đó, nam giới sẽ có những hành động thiết thực góp phần bảo đảm quyền

và lợi ích hợp pháp của phụ nữ trong sử dụng đất đai.

Thứ tư, hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về công tác cấp đổi GCN sẽ tạo ra hiệu quả xã hội vô cùng to lớn góp phần thay đổi tư tưởng phong kiến lạc hậu “trọng nam, khinh nữ” tồn tại hàng trăm năm nay ở khu vực nông

thôn. Quyền bình đẳng giới trong sử dụng đất đai được nâng cao và được tôn trọng sẽ góp phần đẩy lùi từng bước nạn bạo hành, ngược đãi, phân biệt đối xử đối với phụ nữ; các mâu thuẫn, xung đột trong gia đình được giải quyết ổn thỏa trên cơ sở có sự bàn bạc nhất trí, đồng thuận của hai vợ chồng. Gia đình là tế bào của xã hội. Khi các mối quan hệ trong gia đình được củng cố, duy trì trong sự tôn trọng, yêu thương, chia sẻ, bình đẳng giữa các thành viên sẽ tạo nên móng rất vững chắc để duy trì sự ổn định xã hội.

Thứ năm, hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về công tác cấp đổi GCN là một hoạt động có ý nghĩa xã hội vô cùng to lớn. Bởi lẽ, cấp đổi GCN là một vấn đề rất nhạy cảm; nó đụng chạm trực tiếp đến quyền lợi của mọi thành viên trong xã hội. Vì vậy, hoạt động này thu hút sự quan tâm của mọi người dân. Hơn nữa, với tư cách là các tổ chức quần chúng thành lập trên cơ sở tự nguyện, thượng tôn pháp luật và bảo vệ quyền lợi của hội viên; Hội Nông dân, Hội Phụ nữ và các tổ chức thành viên khác của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam không thể đứng ngoài hoạt động này. Hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về công tác cấp đổi GCN đã thu hút sự tham gia tích cực và tạo điều kiện phát huy vai trò của các đoàn thể quần chúng trong việc tuyên truyền nâng cao nhận thức cho hội viên về quyền bình đẳng nam, nữ trong cấp đổi GCN.

Quyền bình đẳng giới trong sử dụng đất đai được nâng cao và được tôn trọng sẽ góp phần đẩy lùi từng bước nạn bạo hành, ngược đãi, phân biệt đối xử đối với phụ nữ; các mâu thuẫn, xung đột trong gia đình được giải quyết ổn thỏa trên cơ sở có sự bàn bạc nhất trí, đồng thuận của hai vợ chồng

Với ý nghĩa xã hội, kinh tế to lớn, hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về công tác cấp đổi GCN đã nhận được sự quan tâm lãnh đạo, chỉ đạo của cấp ủy đảng, sự tổ chức triển khai thực hiện của chính quyền các cấp góp phần tích cực vào việc thực hiện mục tiêu “dân giàu, nước mạnh, xã hội dân chủ, công bằng và văn minh” do Đảng ta đề ra.

Thứ sáu, hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về công tác cấp đổi GCN là nhằm tuyên truyền chủ trương, chính sách của Đảng về quyền bình đẳng nam, nữ trong xã hội nói chung và quyền bình đẳng nam, nữ trong sử dụng đất đai nói riêng. Nó cũng là hoạt động tuyên truyền, nâng cao nhận thức về Luật đất đai năm 2003 cho nhân dân. Nhận thức và thực hiện tốt việc cấp đổi GCN chính là việc góp phần đưa các nội dung của Luật đất đai năm 2003 nhanh chóng đi vào cuộc sống và phát huy tác dụng trong việc tạo lập cơ sở pháp lý bảo vệ quyền về tài sản của công dân.

2. Kinh nghiệm tuyên truyền chính sách, pháp luật về công tác cấp đổi GCN

Từ việc nghiên cứu thực tiễn hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về công tác cấp đổi GCN, có thể rút ra một số kinh nghiệm bổ ích sau đây:

Thứ nhất, muốn thay đổi quan niệm phong kiến lạc hậu về sự bất bình đẳng nam, nữ trong sử dụng đất đai trong việc cấp GCNQSDĐ chỉ ghi tên một bên vợ hoặc chồng, chúng ta cần chỉ ra những hạn chế và hậu quả tiêu cực của quan niệm này đối với đời sống xã hội. Hoạt động tuyên truyền phải làm cho người dân hiểu và nhận thức được tại sao lại phải thực hiện việc cấp đổi GCN. Để làm được việc này, cán bộ tuyên truyền cần tập trung truyền thông cho người dân nhận thức rõ những hậu quả pháp lý tiêu cực, những rủi ro cho một bên vợ hoặc chồng không được đứng tên trong GCNQSDĐ như: họ có thể bị tước mất quyền sử dụng đất; gặp khó khăn trong việc thế chấp quyền sử dụng đất để vay vốn phát triển sản xuất; họ sẽ bị rơi vào tình trạng bất bình đẳng so với bên vợ hoặc chồng có tên trong GCNQSDĐ trong việc định

đoạt, để thừa kế tài sản nhà, đất; GCNQSDĐ cấp cho hộ gia đình chỉ ghi tên chủ hộ không thực sự tạo điều kiện cho những thành viên khác trong gia đình thực hiện các quyền do pháp luật quy định và tạo ra sự phân biệt đối với phụ nữ hoặc người chồng không có tên trong GCNQSDĐ. Vai trò của người không có tên trong GCNQSDĐ thường bị xem nhẹ hơn.

Thứ hai, để tạo sự đồng thuận của người dân trong việc thực hiện cấp đổi GCN, hoạt động tuyên truyền cần hướng vào việc phân tích những ích lợi của việc phụ nữ và nam giới cùng đứng tên trong GCNQSDĐ. Theo đó, việc cấp đổi GCN ghi cả họ, tên vợ và họ, tên chồng sẽ mang lại nhiều lợi ích thiết thực như: tạo cơ sở pháp lý để Nhà nước bảo đảm quyền cho cả người vợ và người chồng cùng được hưởng quyền và lợi ích ngang nhau trong việc sử dụng diện tích đất chung (cùng được hưởng thành quả lao động, kết quả đầu tư trên đất được giao; cùng được hưởng quyền lợi khi Nhà nước bồi thường trong trường hợp bị thu hồi đất...). Việc cấp đổi GCN ghi tên vợ và chồng sẽ bảo đảm cho họ cùng có quyền quyết định ngang nhau khi thực hiện các giao dịch dân sự về quyền sử dụng đất. Hơn nữa, nó bảo đảm cho quyền lợi của mỗi bên (đặc biệt đối với phụ nữ) đối với diện tích đất chung khi vợ, chồng ly hôn hoặc để thừa kế quyền sử dụng đất. Đây sẽ là cơ sở pháp lý ràng buộc trách nhiệm ngang nhau giữa vợ và chồng trong việc thực hiện nghĩa vụ của người sử dụng đất theo quy định của pháp luật.

Thứ ba, để nâng cao hiệu quả hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN và thu hút sự tham gia đông đảo của quần chúng nhân dân, cán bộ tuyên truyền cần sử dụng nhiều hình thức tuyên truyền phong phú, bao gồm: 1) Mở các lớp bồi dưỡng, tập huấn về chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN cho đội ngũ cán bộ lãnh đạo, cán bộ quản lý nhà nước về đất đai các cấp từ tỉnh, huyện, xã; các lớp bồi dưỡng về kiến thức pháp luật và kỹ năng tuyên truyền cho Bí thư Chi bộ, Trưởng thôn, Trưởng bản, ấp; người đứng đầu các đoàn thể quần chúng ở cơ sở. 2) Tiến hành các đợt tuyên truyền lưu động, các buổi tuyên truyền mẫu về

chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN ở cơ sở. 3) Thực hiện tuyên truyền chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN thông qua việc biên soạn tờ rơi, tài liệu, sách cầm nang, băng, đĩa phản ánh thực tế kết quả thực hiện thí điểm việc cấp đổi GCN ở các địa phương cũng như kinh nghiệm tổ chức thực hiện. 4) Thực hiện tuyên truyền thông qua đội ngũ tuyên truyền viên ở xã, thôn, ấp, bản, đội ngũ các nhà sư, các cha đạo, già làng, trưởng bản, trưởng họ... (các đối tượng này được tập huấn, bồi dưỡng về kiến thức pháp luật về cấp đổi GCN và kỹ năng tuyên truyền). 5) Xây dựng kế hoạch, nội dung, cung cấp băng đĩa, tài liệu, chuyển giao kỹ thuật, công nghệ về tuyên truyền cho đội ngũ tuyên truyền viên để họ thực hiện việc tuyên truyền thông qua hệ thống đài phát thanh, đài truyền hình địa phương. Ngoài ra, hoạt động tuyên truyền về chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN còn được thực hiện thông qua việc lồng ghép các hoạt động sinh hoạt cộng đồng, các buổi họp thôn, các buổi sinh hoạt câu lạc bộ, các buổi họp của các đoàn thể quần chúng ở cơ sở.

Thực tế cho thấy, muốn người dân tin tưởng và làm theo thì hoạt động tuyên truyền phải dựa trên những ví dụ, kết quả thực tế sinh động. Đồng bào phải được “mắt thấy, tai nghe” mới thực sự bị thuyết phục. Vì vậy, thông qua hệ thống băng đĩa, cán bộ tuyên truyền cần chuyển tải những kết quả, những kinh nghiệm thực tế của một số địa phương đã thực hiện việc cấp đổi GCN cũng như ý kiến, đánh giá, nhận xét của cán bộ trung ương, tỉnh, huyện, xã, thôn và người dân về ích lợi của việc cấp đổi GCN.

Thứ tư, hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN không thể thực hiện được nếu thiếu sự phối hợp chặt chẽ, sự chỉ đạo sát sao, kịp thời của Bộ Tài nguyên và môi trường, sự phối kết hợp triển khai của các Sở Tài nguyên và môi trường, các Phòng Tài nguyên và môi trường ở các địa phương vì đây là các cơ quan quản lý nhà nước về đất đai trực tiếp tổ chức chỉ đạo, triển khai việc đưa quy định về cấp đổi GCN đi vào cuộc sống.

Thứ năm, hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN không thể thực hiện

được nếu thiếu sự chỉ đạo của các cấp Ủy đảng, sự lãnh đạo của các cấp chính quyền và sự tham gia, phối kết hợp chặt chẽ của các đoàn thể quần chúng trong hệ thống chính trị từ tỉnh đến xã. Suy cho cùng, tuyên truyền chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN là việc tuyên truyền một chủ trương, chính sách mang ý nghĩa chính trị, xã hội, kinh tế to lớn của Đảng và Nhà nước.

Thứ sáu, hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN chỉ là một nội dung nằm trong tổng thể các nội dung mang tính pháp lý, kỹ thuật, chuyên môn nghiệp vụ về cấp đổi GCN. Nó hỗ trợ cho việc triển khai các hoạt động mang tính kỹ thuật, nghiệp vụ về cấp đổi GCN. Vì vậy, việc triển khai hoạt động tuyên truyền phải gắn kết, tích hợp với các hoạt động mang tính kỹ thuật, nghiệp vụ về cấp đổi GCN. Có như vậy mới nâng cao hiệu quả của công tác tuyên truyền.

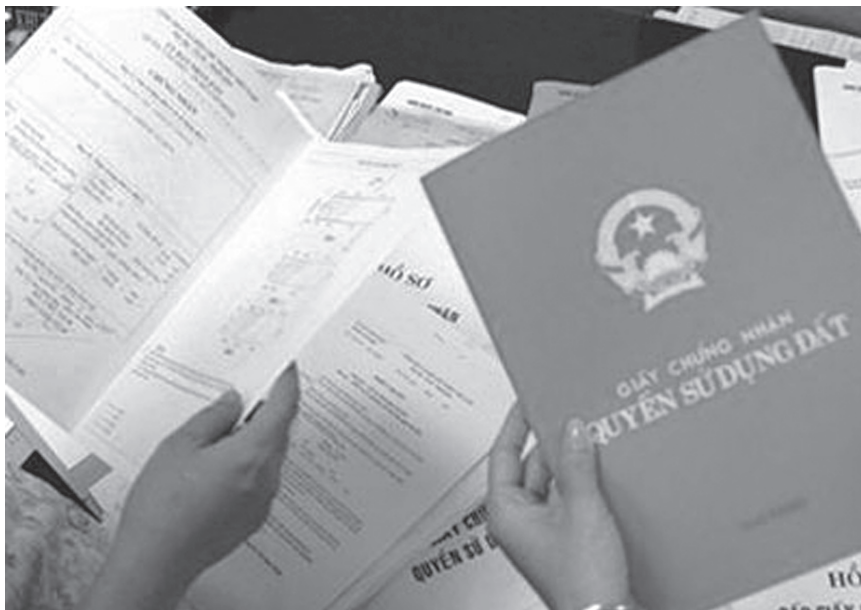
3. Những thuận lợi và khó khăn trong triển khai hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN

3.1. Những thuận lợi

Thứ nhất, việc cấp đổi GCN nhằm thực hiện quy định tại Điều 48, Luật đất đai năm 2003. Chính vì vậy, hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN cũng là hoạt động nhằm nâng cao nhận thức cộng đồng về Luật đất đai năm 2003 nên nó nhận được sự hưởng ứng tích cực của các địa phương.

Thứ hai, nhận thức được lợi ích to lớn, thiết thực của việc cấp đổi GCN mang lại cho công tác quản lý nhà nước về đất đai nên hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN được ngành tài nguyên và môi trường nhanh chóng triển khai thực hiện.

Thứ ba, việc cấp đổi GCN là một chính sách lớn của Đảng và Nhà nước nhằm thực thi quyền bình đẳng nam, nữ trong sử dụng đất đai; góp phần tích cực vào công cuộc “xóa đói, giảm nghèo” và phát triển bền vững. Do đó, việc làm này nhận được sự quan tâm, giúp đỡ có hiệu quả của các cấp Ủy đảng, chính quyền và sự tham gia tích cực của các đoàn thể quần chúng ở các địa phương. Điều này góp phần vào sự



đàn ông đứng tên chủ sở hữu mọi tài sản trong gia đình... Với tư tưởng cam chịu, an phận; tâm lý tự ti và tập quán lạc hậu “thuyền theo lái, gái theo chồng” nên người phụ nữ không dám đấu tranh bảo vệ quyền lợi của mình đối với tài sản nhà, đất. Đối với những nơi này, việc triển khai hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN vấp phải sự không đồng thuận do nhận thức lạc hậu của một số người dân mà

quyền lợi của họ bị ảnh hưởng. Thậm chí, nhận thức bất bình đẳng về giới còn tồn tại trong suy nghĩ của một bộ phận cán bộ ở cơ sở. Điều tương tự xảy ra đối với một số cộng đồng đồng bào dân tộc thiểu số- nơi mà ở đó còn tồn tại chế độ mẫu hệ: người phụ nữ là người chủ trong gia đình. Thực tế cho thấy nhận thức sai lệch về bình đẳng giới là một trở ngại lớn đối với hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN.

thành công của hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN.
Thứ tư, việc cấp đổi GCN mang lại những ích lợi về nhiều mặt cho người dân (đặc biệt là người phụ nữ). Việc triển khai thực hiện hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN đã nhận được sự ủng hộ, sự tham gia, hưởng ứng tích cực của đông đảo quần chúng nhân dân. Đây là một trong những nhân tố góp phần đem lại sự thành công của hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN.

3.2. Những khó khăn

Bên cạnh những thuận lợi cơ bản được đề cập trên đây, hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN gặp không ít những khó khăn, trở ngại, cụ thể là:

Thứ nhất, nhận thức về bất bình đẳng giới vẫn còn tồn tại trong một bộ phận không nhỏ quần chúng nhân dân. Ở nước ta, do sự phát triển kinh tế, xã hội và trình độ dân trí không đồng đều giữa các vùng, miền nên tư tưởng “trọng nam, khinh nữ” vẫn còn tồn tại trong một số bộ phận dân cư (đặc biệt tại khu vực nông thôn, vùng sâu, vùng xa). Tại những nơi này, người phụ nữ có địa vị thấp kém hơn nam giới. Khi chết, cha mẹ không để lại tài sản nhà, đất thừa kế cho con gái; phụ nữ khi đi lấy chồng không được gia đình nhà chồng chia đất; người

quyền lợi của họ bị ảnh hưởng. Thậm chí, nhận thức bất bình đẳng về giới còn tồn tại trong suy nghĩ của một bộ phận cán bộ ở cơ sở. Điều tương tự xảy ra đối với một số cộng đồng đồng bào dân tộc thiểu số- nơi mà ở đó còn tồn tại chế độ mẫu hệ: người phụ nữ là người chủ trong gia đình. Thực tế cho thấy nhận thức sai lệch về bình đẳng giới là một trở ngại lớn đối với hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN.

Thứ hai, sự hạn chế về nguồn kinh phí thực hiện hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN. Do nguồn kinh phí ngân sách sử dụng cho hoạt động này còn hạn chế nên phạm vi và đối tượng của hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN chỉ giới hạn ở một số xã, huyện nhất định cũng như chỉ có một số lượng nhất định đối tượng người dân và cán bộ được tuyên truyền về chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN.

Thứ ba, muốn thay đổi quan niệm lạc hậu về sự bất bình đẳng nam nữ trong sử dụng đất đai thì hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN phải tiến hành thường xuyên, liên tục và kiên trì trong một thời gian dài. Song, do khó khăn về kinh phí nên hoạt động này chưa tiến hành thường xuyên, liên tục. Điều này ảnh hưởng đến hiệu quả, chất

lượng của hoạt động tuyên truyền.

Thứ tư, kết quả của hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN có tính triu tượng, khó nhìn thấy không giống như kết quả cụ thể của các hoạt động khác. Hơn nữa, đây là hoạt động hỗ trợ cho các hoạt động kỹ thuật, nghiệp vụ cấp đổi GCN song lại phải được thực hiện trước tiên. Chính vì vậy, hoạt động tuyên truyền gặp một số khó khăn nếu không gắn kết với việc triển khai các nội dung khác của Dự án.

Người dân còn hoài nghi, băn khoăn về hiệu quả của công tác tuyên truyền hoặc chưa hăng hái tham gia vào

các hoạt động tuyên truyền do chưa nhìn thấy ngay lợi ích của hoạt động này mang lại...

Thứ năm, do sự phát triển không đồng đều về trình độ nhận thức của người dân cũng như đội ngũ cán bộ, về điều kiện phát triển kinh tế - xã hội giữa các địa phương thực hiện hoạt động tuyên truyền nên hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN cũng gặp một số khó khăn như: năng lực, trình độ và kỹ năng tuyên truyền của đội ngũ tuyên truyền viên còn hạn chế hoặc thiếu kinh nghiệm trong hoạt động tuyên truyền...

Thứ sáu, hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN được triển khai thực hiện trong bối cảnh bên cạnh việc tuyên truyền, đội ngũ tuyên truyền viên ở các địa phương còn phải đảm nhiệm nhiều công việc khác nên thời gian dành cho hoạt động này bị phân tán. Hiệu quả của hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN chưa đạt như mong muốn.

4. Một số kiến nghị góp phần nâng cao hiệu quả hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN

Để nâng cao hiệu quả hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN

góp phần nhanh chóng đưa quy định tại Khoản 3, Điều 48, Luật đất đai năm 2003 đi vào cuộc sống, chúng tôi kiến nghị một số nội dung cụ thể sau đây:

Thứ nhất, tiếp tục thực hiện hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN cho người dân và đội ngũ cán bộ ở cơ sở. Công tác này phải được tiến hành thường xuyên, liên tục và tập trung truyền thông để người dân hiểu và tạo ra sự đồng thuận của đồng bào nhân dân trong

quá trình triển khai thực hiện. Hoạt động tuyên truyền cần tập trung nhấn mạnh các nội dung cụ thể sau:

cấp đổi GCN ghi tên một người sang GCN ghi tên vợ và tên chồng nhằm thực hiện quyền bình đẳng nam, nữ được ghi nhận trong Hiến pháp năm 1992

đây là một chủ trương, chính sách lớn của Đảng và Nhà nước đem lại nhiều ích lợi về kinh tế, xã hội cho người dân; cấp đổi GCN ghi tên một người sang GCN ghi tên vợ và tên chồng nhằm thực hiện Khoản 3, Điều 48, Luật đất đai năm 2003; cấp đổi GCN ghi tên một người sang GCN ghi tên vợ và tên chồng nhằm thực hiện quyền bình đẳng nam, nữ được ghi nhận trong Hiến pháp năm 1992.

Thứ hai, Bộ Tài nguyên và môi trường cần tìm kiếm thêm các nguồn kinh phí từ ngân sách nhà nước, từ sự tài trợ của các tổ chức trong và ngoài nước để mở rộng phạm vi triển khai hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN trong cả nước.

Thứ ba, hoạt động tuyên truyền chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN cần tiến hành trong mối quan hệ kết nối, tích hợp với các hoạt động mang tính kỹ thuật, nghiệp vụ về cấp đổi GCN để vừa hỗ trợ lẫn nhau vừa nâng cao hiệu quả công tác truyền thông.

Thứ tư, ngành tài nguyên và môi trường cần tìm kiếm nguồn kinh phí để tiếp tục chỉnh sửa, nâng cao chất lượng các tài liệu tuyên truyền chính sách, pháp luật về cấp đổi GCN và xuất bản, phát hành rộng rãi các tài liệu này trong phạm vi cả nước. ■

HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 1999 VỀ CÁC TỘI XÂM PHẠM NHÂN PHẨM, DANH DỰ CỦA CON NGƯỜI

■ ĐỖ ĐỨC HỒNG HÀ *

Luật Sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật hình sự (BLHS) năm 1999 đã được Quốc hội khóa XII thông qua tại kỳ họp thứ 5. Tuy nhiên, “lần này chỉ sửa đổi những vấn đề thực sự bức xúc gây khó khăn, trở ngại cho công tác đấu tranh phòng, chống tội phạm, góp phần đáp ứng yêu cầu của tiến trình hội nhập quốc tế, còn các vấn đề khác cần được nghiên cứu kỹ về mọi mặt để phục vụ cho việc sửa đổi cơ bản, toàn diện BLHS trong thời gian tới”¹. Nhằm phục vụ cho việc hoàn thiện toàn diện BLHS trong thời gian tới, chúng tôi xin tiếp tục chỉ ra những bất cập trong các quy định của BLHS 1999 về các tội xâm phạm nhân phẩm, danh dự của con người và đề ra hướng sửa đổi, bổ sung.

1. Hoàn thiện các quy định về tình tiết định tội

Thứ nhất, về Tội hiếp dâm (khoản 1, Điều 111): theo Điều 111 của BLHS thì, Tội hiếp dâm được áp dụng cho hành vi dùng vũ lực, đe dọa dùng vũ lực hoặc lợi dụng tình trạng không thể tự vệ được của nạn nhân hoặc thủ đoạn khác giao cấu với nạn nhân trái với ý muốn của họ. Trên cơ sở quy định của BLHS, hầu hết quan điểm cho rằng, chủ thể của tội hiếp dâm là chủ thể đặc biệt - nam giới; hành vi khách quan của tội này là hành vi giao cấu trái ý muốn của người phụ nữ bằng thủ đoạn dùng vũ lực, đe dọa dùng vũ lực, lợi dụng tình trạng không thể tự vệ được

hoặc bằng thủ đoạn khác². Tuy nhiên, cũng có quan điểm không đồng tình khi cho rằng, “chủ thể của tội hiếp dâm là chủ thể thường - nam hoặc nữ có năng lực trách nhiệm hình sự và đạt độ tuổi luật định; hành vi khách quan của tội này là hành vi dùng vũ lực, đe dọa dùng vũ lực, lợi dụng tình trạng không thể tự vệ được hoặc hành vi khác và hành vi giao cấu trái ý muốn của nạn nhân”³. Quan điểm thứ ba tuy đồng ý chủ thể của tội hiếp dâm là chủ thể thường - nam hoặc nữ có năng lực trách nhiệm hình sự và đạt độ tuổi luật định; nhưng lại cho rằng, hành vi khách quan của tội này là hành vi giao cấu trái ý muốn hoặc không có ý muốn của nạn

(*) **TS. Ban Thư ký Bộ Tư pháp.**

(1) Báo cáo số 251/BC-UBTVQH12 ngày 23/4/2009 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội về Báo cáo giải trình tiếp thu, chỉnh lý Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLHS.

(2) Xem thêm: Võ Khánh Vinh chủ biên, Giáo trình Luật hình sự Việt Nam (Phần các tội phạm), Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2001, tr. 115-121; Lê Cẩm chủ biên, Giáo trình luật hình sự Việt Nam (Phần các tội phạm), Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, 2003, tr. 142-146.

(3) Xem thêm: Khổng Văn Hà chủ biên, Giáo trình Luật hình sự Việt Nam (Phần các tội phạm), Tập I, Học viện Cảnh sát nhân dân, Bộ môn Pháp luật, Hà Nội, 2005, tr. 79-82.

nhân bằng một trong các thủ đoạn: dùng vũ lực; đe dọa dùng vũ lực; lợi dụng tình trạng không thể tự vệ được của nạn nhân; lợi dụng tình trạng không thể biểu lộ được ý chí của nạn nhân; tạo ra tình trạng không thể tự vệ được hoặc không thể biểu lộ được ý chí ở nạn nhân.

Chúng tôi đồng ý với quan điểm thứ ba vì: *thứ nhất*, về lý luận, nữ giới cũng có thể phạm tội hiếp dâm thông qua hành vi giao cấu trái ý muốn hoặc không có ý muốn của nam giới bằng thủ đoạn tạo ra tình trạng không thể tự vệ được hoặc không thể biểu lộ được ý chí ở nạn nhân như cho nạn nhân uống thuốc mê, thuốc kích thích...; *thứ hai*: về thực tiễn, vài năm gần đây ở nước ta đã xuất hiện một số trường hợp nữ giới dùng thủ đoạn tạo ra tình trạng không thể tự vệ được hoặc không thể biểu lộ được ý chí ở nam giới để giao cấu trái ý muốn hoặc không có ý muốn của nam giới nhưng không bị trừng trị về tội hiếp dâm, dẫn đến bỏ lọt tội phạm và gây bất bình trong nhân dân (vì theo quy định hiện hành thì chủ thể của tội phạm này chỉ là nam giới); *thứ ba*, về kinh nghiệm nước ngoài, qua nghiên cứu luật hình sự một số nước trên thế giới (như Trung Quốc, Pháp, Anh, Mỹ, Thụy Điển...) chúng tôi thấy hầu hết các nước đều quy định chủ thể của tội hiếp dâm là chủ thể thường (nam hoặc nữ); *thứ tư*, về bản chất, tội hiếp dâm là hành vi giao cấu trái ý muốn hoặc không có ý muốn của nạn nhân, chứ không phải là hành vi dùng vũ lực; đe dọa dùng vũ lực; lợi dụng tình trạng không thể tự vệ được của nạn nhân; lợi dụng tình trạng không thể biểu lộ được ý chí của nạn nhân; tạo ra tình trạng không thể tự vệ được hoặc không thể biểu lộ được ý chí ở nạn nhân (vì đây chỉ là những thủ đoạn để thực hiện hành vi giao cấu). Vì vậy, để thống nhất trong nhận thức và áp dụng luật hình sự, chúng tôi đề nghị sửa lại tình tiết định tội trong tội hiếp dâm, bao gồm cả chủ thể và hành vi, thủ đoạn thuộc mặt khách quan như sau: 1) Quy định rõ chủ thể của tội hiếp dâm là chủ thể thường (bất cứ người nào, có năng lực trách nhiệm hình sự và đạt độ tuổi luật định); 2) Quy định hiếp dâm là hành vi giao cấu trái ý muốn hoặc không có ý muốn của nạn

nhân bằng thủ đoạn dùng vũ lực, đe dọa dùng vũ lực hoặc lợi dụng tình trạng không thể tự vệ được của nạn nhân hoặc thủ đoạn khác; 3) Bổ sung cụm từ hoặc không có ý muốn của họ để tránh tình trạng bỏ lọt tội phạm vì không chứng minh được dấu hiệu trái ý muốn của nạn nhân; 4) Sửa lại một số thuật ngữ cho chính xác. Cụ thể, điều luật mới được sửa đổi thành: “1. Người nào giao cấu trái ý muốn hoặc không có ý muốn của người khác bằng thủ đoạn dùng vũ lực, đe dọa dùng vũ lực hoặc lợi dụng tình trạng không thể tự vệ được của nạn nhân hoặc thủ đoạn khác,...”.

Thứ hai, về Tội cưỡng dâm (khoản 1, Điều 113): cần sửa lại tình tiết định tội, bao gồm cả chủ thể và hành vi, thủ đoạn thuộc mặt khách quan (giống như Tội hiếp dâm). Đồng thời, quy định rõ cưỡng dâm là hành vi giao cấu với người khác có sự miễn cưỡng đồng ý của họ bằng thủ đoạn uy hiếp tinh thần; bỏ cụm từ dùng mọi thủ đoạn khiến người lệ thuộc mình hoặc người đang ở trong tình trạng quần bách cho dễ hiểu, dễ áp dụng và dễ chứng minh về mặt tố tụng bởi, về mặt lý luận cũng như thực tiễn để xác định đúng thể nào là trong tình trạng quần bách là rất khó. Như vậy, điều luật mới được sửa đổi thành: “1. Người nào giao cấu với người khác có sự miễn cưỡng đồng ý của họ bằng thủ đoạn uy hiếp tinh thần,...”.

Thứ ba, về Tội giao cấu với trẻ em (khoản 1, Điều 115): cần sửa lại tình tiết định tội theo hướng quy định rõ giao cấu với trẻ em là hành vi giao cấu với trẻ em từ đủ 13 tuổi đến dưới 16 tuổi hoàn toàn có sự đồng ý của họ. Việc sửa đổi này không những tạo ra sự thống nhất giữa Tội giao cấu với trẻ em với Tội hiếp dâm, Tội cưỡng dâm (mới) mà còn rõ ràng hơn, giúp phân biệt Tội giao cấu với trẻ em với các tội khác như: cưỡng dâm trẻ em, hiếp dâm trẻ em, dâm ô với trẻ em và mua dâm người chưa thành niên. Điều luật mới được sửa đổi thành: “1. Người nào đã thành niên mà giao cấu với trẻ em từ đủ 13 tuổi đến dưới 16 tuổi hoàn toàn có sự đồng ý của họ,...”.

Thứ tư, về Tội mua bán phụ nữ và Tội mua bán trẻ em (Điều 119, 120): hai tội này cần gộp

lại thành một tội với tội danh là Tội mua bán người để khắc phục tình trạng bỏ lọt hành vi mua bán người không phải phụ nữ, cũng không phải là trẻ em và nhằm trừng trị nghiêm hành vi mua bán người đang có xu hướng gia tăng trong thời gian gần đây. Giữ lại Tội đánh tráo hoặc chiếm đoạt trẻ em tại Điều 120 của BLHS.

Thứ năm, về Tội làm nhục người khác (Điều 121): cần bỏ cụm từ “nghiêm trọng” trong cấu thành tội phạm cơ bản. Bởi lẽ: 1) Đây là tội phạm có cấu thành hình thức nên nếu quy định như hiện nay sẽ dẫn đến hiểu lầm đây chính là hậu quả của tội phạm. 2) Tội làm nhục người khác có hậu quả là thiệt hại về tinh thần nên rất khó chứng minh về tố tụng; khó xác định hành vi làm nhục khi nào là nghiêm trọng, khi nào chưa nghiêm trọng, do đó, bỏ cụm từ “nghiêm trọng” sẽ giúp cho việc áp dụng Điều 121 được dễ dàng và thống nhất. Tuy nhiên, để phân định ranh giới giữa có tội làm nhục người khác với chưa có tội làm nhục người khác, chúng tôi cho rằng, cần bổ sung cụm từ thường xuyên vào trước cụm từ xúc phạm. Điều luật mới nên quy định là: “1. Người nào thường xuyên xúc phạm nhân phẩm, danh dự của người khác, thì bị phạt cảnh cáo,…”.

Thứ sáu, về Tội vu khống (Điều 122): cần bỏ cụm từ “nhằm xúc phạm danh dự hoặc gây thiệt hại đến quyền, lợi ích hợp pháp của người khác” trong cấu thành tội phạm cơ bản. Bởi lẽ, nếu để dấu hiệu này thì rất khó chứng minh về tố tụng nên rất dễ dẫn đến tình trạng bỏ lọt tội phạm hoặc xử oan người vô tội. Tuy nhiên, để điều luật ngắn gọn, đủ ý mà không bỏ lọt tội phạm, chúng tôi cho rằng, cần bỏ cả cụm từ “hoặc bịa đặt là người khác phạm tội và tố cáo họ trước cơ quan có thẩm quyền” trong cấu thành tội phạm cơ bản của Tội vu khống và chuyển sang cấu thành tội phạm tăng nặng với tính chất là tình tiết tăng nặng định khung. Cụ thể, điều luật mới được sửa đổi thành: “1. Người nào bịa đặt, loan truyền những điều biết rõ là bịa đặt về người khác, ... 2. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ một năm đến bảy năm: a) Có tổ chức; ... e) Vu khống người khác phạm tội”.

2. Hoàn thiện các quy định về tình tiết định khung

Thứ nhất, về Tội hiếp dâm (Điều 111): trên cơ sở đối chiếu với các tội có sử dụng bạo lực như Tội giết người (Điều 93), Tội cố ý gây thương tích (Điều 104), Tội cướp tài sản (Điều 133) và tình hình tội phạm hiếp dâm hiện nay, cần bổ sung các tình tiết tăng nặng định khung được quy định tại các điểm i, k, l, m, n, o, p, q, r, s, t, u dưới đây và bổ khoản 2 (mới), Điều 111 tình tiết tăng nặng định khung gây tổn hại cho sức khỏe của nạn nhân mà tỷ lệ thương tật từ 11% đến 30% hoặc gây hậu quả nghiêm trọng khác. Bổ sung tình tiết hoặc gây hậu quả rất nghiêm trọng khác vào điểm h, khoản 2, Điều 111 (cũ), tình tiết hoặc gây hậu quả đặc biệt nghiêm trọng khác vào điểm a, khoản 3, Điều 111 (cũ) cho thống nhất với quy định tại Điều 104 Tội cố ý gây thương tích hoặc gây tổn hại cho sức khỏe của người khác nhằm thu hẹp khoảng cách tối đa và tối thiểu của khung hình phạt, thể hiện rõ nguyên tắc phân hóa trách nhiệm hình sự, không bỏ lọt những trường hợp phạm tội nguy hiểm và đáp ứng được yêu cầu đấu tranh phòng, chống tội phạm hiếp dâm trong giai đoạn hiện nay. Điều luật mới được sửa thành: “1. Người nào...;

2. Phạm tội gây tổn hại cho sức khỏe của nạn nhân mà tỷ lệ thương tật từ 11% đến 30% hoặc gây hậu quả nghiêm trọng khác, thì bị phạt...;

3. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt...: a)...; h) Gây tổn hại cho sức khỏe của nạn nhân mà tỷ lệ thương tật từ 31% đến 60% hoặc gây hậu quả rất nghiêm trọng khác; i) Tái phạm nguy hiểm; k) Dùng vũ khí, phương tiện hoặc thủ đoạn nguy hiểm khác; l) Làm nạn nhân mất khả năng mang thai và sinh con; m) Phạm tội với phụ nữ mà biết là có thai, người già yếu, ốm đau hoặc người khác không có khả năng tự vệ; n) Phạm tội đối với người nuôi dưỡng mình; o) Phạm tội đối với thầy giáo, cô giáo của mình; p) Phạm tội đối với người thi hành công vụ hoặc vì lý do công vụ của nạn nhân; q) Phạm tội trong thời gian đang bị tạm giữ, tạm giam hoặc đang bị áp dụng biện pháp đưa vào cơ sở giáo dục; r) Thuê

hiếp dâm hoặc hiếp dâm thuê; s) Thực hiện tội phạm một cách man rợ; t) Bằng cách lợi dụng nghề nghiệp; u) Vì động cơ đê hèn.

4. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt...

a) Gây tổn hại cho sức khỏe của nạn nhân mà tỷ lệ thương tật từ 61% trở lên hoặc gây hậu quả đặc biệt nghiêm trọng;...”.

Tội hiếp dâm trẻ em (Điều 112), Tội cưỡng dâm (Điều 113), Tội cưỡng dâm trẻ em (Điều 114), Tội giao cấu với trẻ em (Điều 115), Tội dâm ô đối với trẻ em (Điều 116), Tội làm nhục người khác (Điều 121), Tội vu khống (Điều 122) cũng nên sửa theo hướng này.

Thứ hai, về Tội mua bán người (mới): cần bổ sung các tình tiết tăng nặng định khung thuộc điểm g, h, i, k, l, m, n, o, p, q, r, s, Khoản 2 sau đây cho phù hợp với tình hình tội phạm mua bán người hiện nay và thống nhất với các tội (mới) thuộc chương này như: Tội hiếp dâm (Điều 111), Tội hiếp dâm trẻ em (Điều 112), Tội cưỡng dâm (Điều 113), Tội cưỡng dâm trẻ em (Điều 114), Tội giao cấu với trẻ em (Điều 115), Tội dâm ô đối với trẻ em (Điều 116). Bổ sung Khoản 3, Điều 119 tình tiết tăng nặng định khung gây hậu quả rất nghiêm trọng và Khoản 4, Điều 119 tình tiết tăng nặng định khung gây hậu quả đặc biệt nghiêm trọng nhằm phân hóa cao hành vi phạm tội trong các trường hợp nguy hiểm. Bổ sung Khoản 5, Điều 119 hình phạt bổ sung như Điều 120 nhằm hỗ trợ cho hình phạt chính và nâng cao hiệu quả áp dụng hình phạt đối với tội phạm nguy hiểm này. Điều luật mới được sửa đổi thành:

“1. Người nào mua bán người thì bị phạt tù từ hai năm đến bảy năm.

2. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ năm năm đến mười lăm năm: ... g) Vì động cơ đê hèn; h) Để sử dụng vào mục đích vô nhân đạo; i) Tái phạm nguy hiểm; k) Gây hậu quả nghiêm trọng; l) Đối với người mà người phạm tội có trách nhiệm chăm sóc, giáo dục, chữa bệnh; m) Phạm tội với trẻ em, phụ nữ mà biết là có thai, người già yếu, ốm đau hoặc người khác không có khả năng tự vệ; n) Phạm tội đối với ông bà, cha mẹ, vợ

chồng của mình; o) Phạm tội đối với người nuôi dưỡng mình; p) Phạm tội đối với thầy giáo, cô giáo của mình; q) Phạm tội đối với người thi hành công vụ hoặc vì lý do công vụ của nạn nhân; r) Phạm tội trong thời gian đang bị tạm giữ, tạm giam hoặc đang bị áp dụng biện pháp đưa vào cơ sở giáo dục; s) Bằng cách lợi dụng nghề nghiệp;

3. Phạm tội gây hậu quả rất nghiêm trọng, thì bị phạt tù từ mười năm đến hai mươi năm.

4. Phạm tội gây hậu quả đặc biệt nghiêm trọng, thì bị phạt tù mười lăm năm đến hai mươi năm hoặc tù chung thân.

5. Người phạm tội còn có thể bị phạt tiền từ năm triệu đồng đến năm mươi triệu đồng, cấm đảm nhiệm chức vụ, cấm hành nghề hoặc làm công việc nhất định từ một năm đến năm năm hoặc phạt quản chế từ một năm đến năm năm”.

Thứ ba, về Tội đánh tráo hoặc chiếm đoạt trẻ em (mới): cần bổ sung Khoản 3, Điều 120 tình tiết tăng nặng định khung gây hậu quả rất nghiêm trọng và Khoản 4, Điều 120 tình tiết tăng nặng định khung gây hậu quả đặc biệt nghiêm trọng nhằm phân hóa cao hành vi phạm tội trong các trường hợp nguy hiểm này và thu hẹp khoảng cách giữa mức tối đa và mức tối thiểu của khung hình phạt. Như vậy, Khoản 2, Khoản 3 điều luật mới sẽ là: “2. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ mười năm đến mười lăm năm: ...

3. Phạm tội gây hậu quả rất nghiêm trọng, thì bị phạt tù từ mười lăm năm đến hai mươi năm.

4. Phạm tội gây hậu quả đặc biệt nghiêm trọng, thì bị phạt tù hai mươi năm hoặc tù chung thân”.

Thứ tư, về Tội vu khống (mới): cần bổ sung vào khoản 2, Điều 122 tình tiết tăng nặng định khung vu khống người khác phạm tội ít nghiêm trọng, nghiêm trọng hoặc gây hậu quả nghiêm trọng; bổ sung vào khoản 3, Điều 122 tình tiết tăng nặng định khung vu khống người khác phạm tội rất nghiêm trọng, đặc biệt nghiêm trọng hoặc gây hậu quả rất nghiêm trọng và khoản 4, Điều 120

tình tiết tăng nặng định khung gây hậu quả đặc biệt nghiêm trọng nhằm phân hóa cao hành vi phạm tội trong các trường hợp nguy hiểm này, cụ thể:

“2. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ một năm đến năm năm: ... e) Vụ không người khác phạm tội ít nghiêm trọng, nghiêm trọng hoặc gây hậu quả nghiêm trọng.

3. Vụ không người khác phạm tội rất nghiêm trọng, đặc biệt nghiêm trọng hoặc gây hậu quả rất nghiêm trọng, thì bị phạt tù từ năm năm đến bảy năm.

4. Phạm tội gây hậu quả đặc biệt nghiêm trọng, thì bị phạt tù từ bảy năm đến mười năm”.

3. Hoàn thiện các quy định về hình phạt

Thứ nhất, theo quy định hiện nay, hình phạt của Tội hiếp dâm thấp hơn nhiều so với Tội cướp tài sản. Điều này là không hợp lý vì Tội hiếp dâm có tính nguy hiểm cho xã hội tương đương Tội cướp tài sản vì chúng cùng xâm phạm đến khách thể rất quan trọng - quan hệ nhân thân. Vì vậy, đề nghị nâng hình phạt đối với Tội hiếp dâm (mới) lên ngang bằng với hình phạt của Tội cướp tài sản (Điều 133). Ngoài ra, bổ sung hình phạt tiền từ mười triệu đồng đến một trăm triệu đồng, tịch thu một phần hoặc toàn bộ tài sản, phạt quản chế hoặc cấm cư trú từ một năm đến năm năm vào Tội hiếp dâm trên cơ sở so sánh với quy định tại khoản 5, Điều 133 của Tội cướp tài sản nhằm đạt được mục đích phòng ngừa riêng và phòng ngừa chung của hình phạt. Điều luật mới được sửa đổi thành:

“1. Người nào giao cấu với người khác trái ý muốn hoặc không có ý muốn của họ bằng thủ đoạn dùng vũ lực, đe dọa dùng vũ lực hoặc lợi dụng tình trạng không thể tự vệ được của nạn nhân hoặc thủ đoạn khác, thì bị phạt tù từ ba năm đến mười năm.

2. Phạm tội gây tổn hại cho sức khỏe của nạn nhân mà tỷ lệ thương tật từ 11% đến 30% hoặc gây hậu quả nghiêm trọng khác, thì bị

phạt tù từ mười năm đến mười lăm năm.

3. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ mười hai năm đến hai mươi năm:

4. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ mười tám năm đến hai mươi năm, tù chung thân hoặc tử hình:

5. Phạm tội hiếp dâm người chưa thành niên từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi, thì bị phạt tù từ năm năm đến mười năm.

Phạm tội thuộc một trong các trường hợp quy định tại khoản 2 hoặc khoản 3 Điều này, thì bị xử phạt theo mức hình phạt quy định tại các khoản đó.

6. Người phạm tội còn có thể bị cấm đảm nhiệm chức vụ, cấm hành nghề hoặc làm công việc nhất định từ một năm đến năm năm, bị phạt tiền từ mười triệu đồng đến một trăm triệu đồng, tịch thu một phần hoặc toàn bộ tài sản, phạt quản chế hoặc cấm cư trú từ một năm đến năm năm”.

Tội hiếp dâm trẻ em (Điều 112), Tội cưỡng dâm (Điều 113), Tội cưỡng dâm trẻ em (Điều 114) cũng nên sửa theo hướng này.

Thứ hai, theo quy định của BLHS, hình phạt của Tội làm nhục người khác lại ngang bằng với Tội hành hạ người khác và thấp hơn nhiều so với Tội vu khống. Điều này là bất hợp lý. Bởi lẽ, Tội làm nhục người khác có tính nguy hiểm cho xã hội cao hơn Tội hành hạ người khác và gần tương đương với Tội vu khống vì Tội làm nhục người khác xâm phạm đến khách thể quan trọng hơn khách thể của Tội hành hạ người khác - nhân phẩm, danh dự của con người. Vì vậy, đề nghị nâng hình phạt đối với Tội làm nhục người khác (Điều 121) lên cao hơn hình phạt của Tội hành hạ người khác (Điều 110) theo hướng:

“1. Người nào thường xuyên xúc phạm nhân phẩm, danh dự của người khác, thì bị phạt cảnh cáo, cải tạo không giam giữ đến hai năm hoặc phạt tù từ ba tháng đến hai năm.

2. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ hai năm đến năm năm:”... ■

XÂY DỰNG KHÁI NIỆM NHÃN HIỆU TRONG LUẬT SỞ HỮU TRÍ TUỆ

■ ĐÀM THỊ DIỄM HẠNH *

Không phải là hàng hoá nhưng nhãn hiệu lại có ý nghĩa rất lớn trong thương mại. Nhãn hiệu là một trong những đối tượng cơ bản của quyền sở hữu trí tuệ (SHTT). Vì vậy, pháp luật quốc tế và pháp luật quốc gia luôn coi trọng việc bảo hộ nhãn hiệu. Tuy nhiên, khái niệm nhãn hiệu vẫn chưa được hiểu thống nhất ở các quốc gia. Bài viết đề cập đến khái niệm nhãn hiệu theo quy định của pháp luật quốc tế, pháp luật của Việt Nam trong sự so sánh với pháp luật của Liên minh Châu Âu và Hoa Kỳ - hai vùng lãnh thổ có truyền thống pháp luật lâu đời về nhãn hiệu, từ đó đề xuất đưa ra khái niệm nhãn hiệu cho Luật SHTT Việt Nam.

C ho đến nay đã có khá nhiều các điều ước quốc tế song phương và đa phương điều chỉnh các vấn đề liên quan đến nhãn hiệu¹. Trong số này, có thể kể một số điều ước quốc tế có nhiều thành viên tham gia như Công ước Paris 1883, Hệ thống Madrid, Hiệp định TRIPs. Tuy Công ước Paris, Hệ thống Madrid chưa đưa ra khái niệm nhãn hiệu nhưng đã quy định các điều khoản liên quan đến việc bảo hộ các đối tượng sở hữu công nghiệp (Công ước Paris) hoặc thiết lập hệ thống quốc tế về đăng ký bảo hộ nhãn hiệu (Hệ thống Madrid). Riêng TRIPs đã có quy định về khái niệm nhãn hiệu. Điều 15 Hiệp định TRIPs quy định như sau:

Bất kỳ một dấu hiệu hoặc tổ hợp các dấu hiệu nào, có khả năng phân biệt hàng hoá hoặc

dịch vụ của một doanh nghiệp với hàng hoá hoặc dịch vụ của các doanh nghiệp khác đều có thể làm nhãn hiệu. Các dấu hiệu đó, đặc biệt là các từ, kể cả tên riêng, các chữ cái, chữ số, các yếu tố hình học và tổ hợp các màu sắc cũng như tổ hợp bất kỳ của các dấu hiệu đó phải có khả năng được đăng ký làm nhãn hiệu.

Khái niệm này chỉ ra một số đặc điểm của nhãn hiệu. Thứ nhất, đó phải là một dấu hiệu hoặc tổ hợp các dấu hiệu. Các dấu hiệu đó có thể là các từ, kể cả tên riêng, các chữ cái, chữ số, các yếu tố hình học và tổ hợp các màu sắc cũng như tổ hợp bất kỳ của các dấu hiệu đó. Thứ hai, các dấu hiệu đó có thể là dấu hiệu nhìn thấy được, cũng có thể là bất kỳ dấu hiệu nào có khả năng được đăng ký là nhãn hiệu. Thứ ba, các dấu hiệu đó phải có khả năng phân biệt

(*) GV. Trường Đào tạo, bồi dưỡng nghiệp vụ kiểm sát - Viện kiểm sát nhân dân tối cao.

(1) Nhãn hiệu bao gồm nhãn hiệu hàng hoá và nhãn hiệu dịch vụ trừ trường hợp quy định khác.



hàng hoá hoặc dịch vụ của một doanh nghiệp này với hàng hoá hoặc dịch vụ của một doanh nghiệp khác.

Có thể nói, đây là một khái niệm mang tính khái quát và mềm dẻo trong pháp luật quốc tế. Còn các quốc gia, tùy thuộc vào điều kiện kinh tế - xã hội của mình mà đưa ra khái niệm nhãn hiệu phù hợp.

Việt Nam là một thành viên của nhiều thoả thuận quốc tế về nhãn hiệu bao gồm Công ước Pari và Hệ thống đăng ký nhãn hiệu quốc tế (Thoả ước Madrid và Nghị định thư Madrid), Hiệp định TRIPs. Trước khi có Luật Sở hữu trí tuệ, quyền sở hữu trí tuệ (SHTT) ở Việt Nam được quy định trong nhiều văn bản pháp luật khác nhau như Bộ luật Dân sự, các Nghị định, Thông tư hướng dẫn, thậm chí bởi rất nhiều các quyết định của Cục SHTT. Luật SHTT năm 2005² là một đạo luật chuyên ngành đầu tiên của Việt Nam về SHTT trên cơ sở pháp điển hoá các quy định của pháp luật về SHTT đã được ban hành từ trước. Luật SHTT của Việt Nam không có điều khoản cụ thể nào về định nghĩa nhãn hiệu mà khái niệm nhãn hiệu được quy định trong phần giải thích từ ngữ. Theo đó, “nhãn hiệu là dấu hiệu dùng để phân biệt

hàng hoá, dịch vụ của các tổ chức, cá nhân khác nhau” (Điều 4 khoản 16). Tuy nhiên, không phải bất kỳ dấu hiệu nào có khả năng phân biệt cũng có thể trở thành nhãn hiệu vì điều kiện chung đối với nhãn hiệu được bảo hộ được quy định tại Điều 72 Luật SHTT như sau:

Nhãn hiệu được bảo hộ nếu đáp ứng các điều kiện sau đây:

1- Là dấu hiệu nhìn thấy được dưới dạng chữ cái, từ ngữ, hình vẽ, hình ảnh, kể cả hình ba chiều hoặc sự kết hợp các yếu tố đó, được thể hiện bằng một hoặc nhiều màu sắc;

2- Có khả năng phân biệt hàng hoá, dịch vụ của chủ sở hữu nhãn hiệu với hàng hoá, dịch vụ của chủ thể khác.

Như vậy, một nhãn hiệu có thể được bảo hộ nếu đáp ứng được hai điều kiện. Thứ nhất, dấu hiệu phải “nhìn thấy được”. Quy định này hẹp hơn quy định của TRIPs “bất kỳ dấu hiệu nào”. Điều này có nghĩa rằng, các dấu hiệu như âm thanh, mùi vị... không thể được đăng ký là nhãn hiệu theo quy định của pháp luật SHTT Việt Nam. Thứ hai, “khả năng phân biệt” là điều kiện bắt buộc của nhãn hiệu. Đây cũng là chức năng chính của nhãn hiệu. Đặc điểm này là đặc điểm chung của nhãn hiệu và do đó, nó

(2Luật SHTT Việt Nam năm 2005 được sửa đổi, bổ sung năm 2009.

giống với các điều ước quốc tế cũng như luật về nhãn hiệu của các nước trên thế giới.

Châu Âu bao gồm nhiều các quốc gia khác nhau nên có sự khác nhau trong luật về nhãn hiệu của các quốc gia thành viên. Do sự khác nhau này và sự ảnh hưởng của nó đến thị trường chung Châu Âu nên cần thiết phải có sự điều chỉnh hài hoà ở cấp độ cộng đồng. Chỉ thị 89/104/EEC³ của Cộng đồng Châu Âu là chỉ thị đầu tiên quy định các vấn đề về nhãn hiệu ở cấp độ cộng đồng. Mục đích của Chỉ thị này là nhằm đảm bảo điều kiện đăng ký nhãn hiệu hài hoà ở tất cả các thành viên trong Cộng đồng Châu Âu và để đảm bảo hiệu lực cao hơn về sự hài hoà trong Cộng đồng, Quy định 40/94⁴ đã được thiết lập. Các vấn đề về nhãn hiệu trong Quy định này được áp dụng thống nhất trên toàn lãnh thổ Châu Âu. Định nghĩa về nhãn hiệu được quy định giống nhau ở Điều 2 Chỉ thị 89/104 và Điều 4 Quy định 40/94 như sau:

Một nhãn hiệu cộng đồng có thể gồm bất kỳ dấu hiệu nào được trình bày một cách rõ ràng và chi tiết (represented graphically), đặc biệt là các từ, bao gồm tên riêng, các phác hoạ hình ảnh, chữ viết, chữ số, hình dáng của hàng hoá hoặc của bao bì sản phẩm, với điều kiện là những dấu hiệu đó phải có khả năng phân biệt hàng hoá hoặc dịch vụ của chủ thể kinh doanh này với hàng hoá, dịch vụ của các chủ thể kinh doanh khác.

Theo định nghĩa này, nhãn hiệu phải đáp ứng ba điều kiện. Thứ nhất: “là dấu hiệu”; thứ hai: “được trình bày rõ ràng và chi tiết” (represented graphically) và thứ ba: “có khả năng phân biệt hàng hoá và dịch vụ của chủ thể này với hàng hoá, dịch vụ của chủ thể khác”.

Ở điều kiện thứ nhất, “bất kỳ dấu hiệu nào” được hiểu rất rộng. Việc sử dụng từ “bất kỳ dấu hiệu” (any signs) làm cho định nghĩa nhãn hiệu “mềm dẻo và không giới hạn”⁵. Mặc dù định nghĩa trên đưa ra một loạt các dấu hiệu như các từ bao gồm tên riêng, chữ cái, chữ số

hoặc hình dáng của hàng hoá hoặc của bao bì sản phẩm nhưng chúng không phải là giới hạn. Đây chỉ là những dấu hiệu thường được sử dụng để các chủ thể chỉ ra hàng hoá, dịch vụ của mình. Trên thực tế, có rất nhiều các dấu hiệu khác biệt không nằm trong các dấu hiệu được liệt kê và vẫn được đăng ký. Mặc dù không được quy định cụ thể nhưng dấu hiệu có thể bao gồm cả khẩu hiệu, âm thanh, mùi vị... Tuy nhiên, để được đăng ký là nhãn hiệu, dấu hiệu phải “được trình bày rõ ràng và chi tiết” (*represented graphically*). Mục đích của điều kiện này là nhằm chỉ ra nhãn hiệu là gì. Hay nói cách khác, nhãn hiệu được nhận thức như thế nào. Một nhãn hiệu có thể được nhận thức bởi một hay vài, thậm chí cả năm giác quan. Chẳng hạn như nhãn hiệu mùi cỏ tươi mới cắt cho bóng tennis, tiếng nhạc chuông của hãng điện thoại NOKIA⁶, nhãn hiệu âm thanh là tiếng bíp bíp cho phương tiện truyền thanh ở Anh, nhãn hiệu là hình ảnh không gian ba chiều chai của COCACOLA⁷, ...

Luật nhãn hiệu Hoa Kỳ được điều chỉnh bằng đạo luật Lanham. Khác với Việt Nam và Châu Âu, Lanham Act định nghĩa riêng biệt hai loại nhãn hiệu: nhãn hiệu hàng hoá và nhãn hiệu dịch vụ. Theo đoạn 1127 Lanham Act, nhãn hiệu hàng hoá được giải thích như sau:

Thuật ngữ nhãn hiệu hàng hóa bao gồm bất kỳ từ, tên gọi, biểu tượng hay hình vẽ hoặc sự kết hợp giữa chúng mà:

- (1) được sử dụng bởi một người, hoặc
- (2) được một người có ý định chân thành là sử dụng nó trong thương mại và xin đăng ký theo quy định tại luật này để xác định và phân biệt hàng hoá của người đó, bao gồm cả các hàng hóa đặc chủng, với hàng hoá được sản xuất hoặc được bán bởi những người khác và chỉ ra nguồn gốc của hàng hoá thậm chí cả khi không xác định được nguồn gốc đó.

Định nghĩa này kết hợp hai chức năng khác nhau của nhãn hiệu: thứ nhất, chỉ ra nguồn gốc

(3) First Council Directive 89/94/EEC ngày 21 tháng 12 năm 1988. Xem OJEC No. L40/11.2.1999, pl-7

(4) Council Regulation (EC) No.40/94 ngày 20 tháng 12 năm 1993. Xem OJEC No. L11/1, 14/01/1994, pl-32.

(5) Kitchin. D (2005). Kerly's law of Trade mark and Trade name, p13.

(6) Sandri. S (2003), Non-convention trade marks and community law, p.332, 333.

(7) Annard. R, et al (1998), Guide to Community trade mark, p.29.

của hàng hoá, và thứ hai, phân biệt hàng hoá của chủ thể này với hàng hoá của chủ thể khác. Hoa Kỳ cũng quy định cho các dấu hiệu dễ dàng nhận ra như từ ngữ, tên gọi, biểu tượng, khẩu hiệu... là nhãn hiệu theo truyền thống thông thường. Tuy nhiên, dần dần, Hoa Kỳ đã mở rộng bảo vệ các loại nhãn hiệu không dễ dàng được nhận ra, chẳng hạn như hình dạng sản phẩm, màu sắc, âm thanh, mùi thơm... Mục 1052 đạo luật Lanham quy định một nhãn hiệu sẽ được đăng ký vào Hệ thống đăng ký gốc nếu nó có khả năng phân biệt hàng hoá của chủ thể này với hàng hoá của chủ thể khác trừ khi nó bị ngăn cấm bởi các quy định của pháp luật: “Không có nhãn hiệu nào mà hàng hoá của người nộp đơn có khả năng phân biệt hàng hoá của những người khác lại bị từ chối đăng ký vào hệ thống đăng bạ gốc, trừ...”. Như vậy, theo tinh thần của điều luật, bất kỳ dấu hiệu nào có khả năng phân biệt không rơi vào các trường hợp bị từ chối đều có thể được đăng ký là nhãn hiệu.

Nói tóm lại, “khả năng phân biệt” luôn luôn là đặc điểm cơ bản của nhãn hiệu. Bất kỳ dấu hiệu nào không thoả mãn điều kiện này đều không thể được đăng ký là nhãn hiệu. Cả luật Việt Nam, luật Châu Âu và luật Hoa Kỳ đều không có điều khoản định nghĩa nhãn hiệu. Khái niệm nhãn hiệu được hiểu qua các điều khoản khác, chẳng hạn như quy định ở phần giải thích thuật ngữ (Việt Nam, Hoa Kỳ), hay trong điều khoản quy định về “Các dấu hiệu là nhãn hiệu” (Châu Âu). Các điều khoản này thường liệt kê các dấu hiệu thông thường có khả năng đăng ký nhãn hiệu. Các dấu hiệu khác như mùi, âm thanh,... không được liệt kê trong luật nhãn hiệu. Mặc dù các quy định còn có những điểm khác nhau, song chúng đều giống nhau ở cách tiếp cận khái niệm theo chức năng phân biệt. Nó là điều kiện cơ bản nhất để một nhãn hiệu được đăng ký.

Nhãn hiệu có nhiều chức năng, trong đó chức năng cơ bản nhất là tính phân biệt. Pháp luật của cả Việt Nam, Châu Âu và Hoa Kỳ phù hợp với pháp luật quốc tế đều dựa trên chức năng tính phân biệt để đưa ra khái niệm nhãn

hiệu. Tuy nhiên, tính phân biệt của nhãn hiệu lại được đánh giá dựa vào những dấu hiệu loại trừ khả năng phân biệt. Mặc dù đều dựa trên tính phân biệt của nhãn hiệu để đưa ra khái niệm nhãn hiệu nhưng mỗi quốc gia lại có những cách định nghĩa không giống nhau. Luật SHTT Việt Nam không có điều khoản riêng về khái niệm nhãn hiệu, nhưng qua các điều khoản cụ thể có thể hiểu nhãn hiệu là dấu hiệu có thể nhìn thấy được và có khả năng phân biệt hàng hóa, dịch vụ của chủ sở hữu nhãn hiệu với hàng hóa, dịch vụ của chủ thể khác. Luật Châu Âu và luật Hoa Kỳ quy định mở hơn đối với các dấu hiệu có thể làm nhãn hiệu. Đó là bất kỳ dấu hiệu nào có khả năng phân biệt chứ không chỉ bó hẹp ở các dấu hiệu nhìn thấy được. Do đó, các dấu hiệu không thông dụng (unusual) như mùi vị, âm thanh... cũng có khả năng được đăng ký là nhãn hiệu.

Do đó, thay vì việc giải thích từ ngữ, Luật SHTT Việt Nam nên xây dựng khái niệm nhãn hiệu để tránh các cách hiểu không thống nhất. Nếu theo quy định tại Điều 4 Luật SHTT (giải thích từ ngữ) thì sẽ bị hiểu rằng dấu hiệu chỉ cần đáp ứng chức năng phân biệt là đủ để được đăng ký nhãn hiệu, trong khi Luật SHTT Việt Nam chỉ chấp nhận các dấu hiệu nhìn thấy được.

Hơn nữa, theo chúng tôi, Luật SHTT không nên chỉ quy định dấu hiệu nhìn thấy được tức là qua thị giác mà nên quy định các dấu hiệu có khả năng phân biệt được qua cả các giác quan khác. Bởi vì, Việt Nam đang ngày càng hội nhập sâu rộng với thế giới, các công ty nước ngoài vào Việt Nam đầu tư ngày càng nhiều và như vậy, số lượng đơn đề nghị bảo hộ nhãn hiệu ngày càng tăng. Đó là chưa kể khi trình độ dân trí càng cao thì khả năng xuất hiện những nhân tố mới là rất có thể. Do đó, có thể xây dựng một khái niệm về nhãn hiệu trong Luật SHTT Việt Nam như sau :

Bất kỳ dấu hiệu nào có khả năng phân biệt hàng hoá, dịch vụ của các chủ thể khác nhau không thuộc các trường hợp bị từ chối đăng ký đều có thể trở thành nhãn hiệu. ■

MỘT SỐ PHƯƠNG PHÁP

GIẢI THÍCH PHÁP LUẬT Ở PHÁP

■ PHẠM THỊ DUYÊN THẢO*

Sau Cách mạng Pháp năm 1789, việc phân chia quyền lực ở nước Pháp được thực hiện triệt để. Tòa án có vai trò rất lớn, thẩm phán đã từng được ví như “cái miệng của pháp luật”. Trong Bộ Dân luật Pháp 1804 (thường được gọi là Bộ luật Napoleon), có một nguyên tắc đặc biệt nổi tiếng, đó là nguyên tắc thẩm phán không được phép nại vào lý do không có luật hay luật không rõ ràng để từ chối giải quyết vụ việc. Nếu vi phạm nguyên tắc này, thẩm phán sẽ phải chịu trách nhiệm. Thẩm phán có quyền, đồng thời có nghĩa vụ giải thích luật (Điều 4, Bộ Dân luật Pháp). Tất nhiên, trong thực tế từng vụ việc cụ thể có thể tác động nhất định đến mức độ và phạm vi quyền lực của thẩm phán trong việc ra các phán quyết. Nguyên tắc này tồn tại cho đến cuối thế kỷ XX. Điều đó cho thấy sự phát triển của hệ thống tư pháp, vai trò của thẩm phán, cũng như các giá trị mà nguyên tắc này mang lại.

Cũng như hầu hết các quốc gia khác, Pháp cho rằng, lý do phải tiến hành giải thích một văn bản pháp luật là vì trong quá trình lập pháp, nhà lập pháp không thể lường trước được tất cả những tình huống cũng như những khó khăn khi mang văn bản pháp luật vào cuộc

sống, sự tương thích của văn bản với thực tế không cao, nghĩa của các đạo luật không phải luôn rõ ràng, và việc áp dụng pháp luật gây tranh cãi... Do vậy, việc giải thích pháp luật là thực sự cần thiết.

Ở Pháp, Nghị viện cũng có thể giải thích các đạo luật của chính họ bằng cách đưa ra một đạo luật sau đó, gọi là đạo luật mang tính giải thích. Tuy nhiên, các thẩm phán rất miễn cưỡng áp dụng các đạo luật này (đặc biệt là các quy định mang tính hồi tố), mặc dù chúng chỉ chiếm một số lượng không đáng kể. Các nghị sĩ cũng thường xuyên đưa ra những câu hỏi liên quan đến giải thích đạo luật tới các Bộ trưởng, và sự trả lời của Bộ trưởng thường là chỉ bày tỏ quan điểm và phụ thuộc vào sự giải thích tối cao của Tòa án.

Giải thích đạo luật cũng có thể được thực hiện thông qua các thông tư của Chính phủ, tuy nhiên, những thông tư mang tính giải thích này không có tác động pháp lý lên các cá nhân và thẩm phán, chúng không ràng buộc các thẩm phán về ý nghĩa và phạm vi của các điều khoản pháp lý mà họ đang giải thích. Tuy vậy, các thông tư này vẫn thường xuyên được các luật gia và các thẩm phán xem xét trong thực tế.

Từ sự ra đời của một đạo luật năm 1991,

(*) *Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.*



các thẩm phán của Tòa án cấp thấp hơn có thể yêu cầu các Tòa án cấp cao hơn hướng dẫn về các điều khoản pháp lý khó của luật hiện hành trước khi áp dụng nó.

Pháp luật của Pháp không dự trữ điều khoản của sự giải thích, vì vậy thẩm phán phải tìm cách giải thích, bình luận các đạo luật dựa trên những phương pháp khác nhau. Có thể kể đến một số phương pháp giải thích pháp luật cơ bản của Pháp như sau:

Phương pháp giải thích có tính chất bình luận

Phương pháp này được đánh giá là đã tạo nên lịch sử lập pháp Pháp. Phương pháp bình luận đề cao việc nghiên cứu văn bản pháp luật một cách thận trọng và cho rằng, việc đó sẽ đủ để tạo ra các giải pháp cho bất kỳ trường hợp nào trong thực tế áp dụng. Phương pháp có tính bình luận nhấn mạnh đến khía cạnh ý định của người lập pháp. Nếu pháp luật sáng tỏ, thẩm phán phải áp dụng pháp luật mà không cần phải giải thích, nếu luật pháp mơ hồ, tối nghĩa, thẩm

phán sẽ phải nghiên cứu để tìm hiểu ý định của nhà lập pháp và khi ý định của nhà lập pháp được làm rõ thì các điều khoản pháp luật mơ hồ sẽ được làm sáng tỏ.

Phương pháp giải thích tiếp cận lịch sử lập pháp

Tiếp cận lịch sử lập pháp được sử dụng khác nhau ở mỗi giai đoạn lịch sử của pháp luật, có thời kỳ nó được coi là phương pháp chủ yếu để giải thích đạo luật. Phương pháp này không có nghĩa là các thẩm phán thừa nhận “tính quyền lực” của lịch sử lập pháp, nhưng ưu điểm nổi trội mà phương pháp này mang lại, đó là “bằng chứng về nghĩa” của đạo luật.

Phương pháp giải thích mang tính lịch sử là một kiểu giải thích thuộc mục đích luận, phương pháp này được biết đến như một sự “mềm hóa” đối với văn bản pháp luật.

Vào khoảng thời gian Hiến pháp năm 1791 được thông qua, các thẩm phán đã đề cập đến những câu hỏi của giải thích pháp luật liên quan đến hoạt động lập pháp, đây là một vấn đề mà ở

các Tòa án không có được sự thống nhất. Tiến trình này được gọi là *référé législatif* (dự thảo lập pháp). Tuy nhiên, nó bị ngừng năm 1937 vì người ta thấy rằng, các giải thích được tạo ra bởi sự quyết định của lập pháp rất ngẫu hứng, thường bị ảnh hưởng bởi các cân nhắc chính trị và sự thiếu độc lập cần thiết của Tòa án để giải quyết các vấn đề thực sự tồn tại. Trước đó, năm 1935, Henri Capital, một giáo sư luật nổi tiếng của Pháp đã viết một bài chống lại việc sử dụng phương pháp dùng lịch sử của lập pháp trong giải thích đạo luật. Ông cho rằng, Nghị viện đã thảo luận dẫn dắt đến việc nhấn mạnh quan điểm cá nhân, hơn là cái nhìn thông thường của tinh thần pháp luật.

Những năm 1970, đây là giai đoạn mới mà xuất hiện những cải cách trong hoạt động lập pháp. Hầu hết Bộ luật Napoleon được thay thế bằng Luật Dân sự (với các chế định cơ bản như giám hộ, hôn nhân gia đình, quyền của cha mẹ, ly hôn) và Luật Thương mại (luật nghiệp đoàn, phá sản). Những thay đổi này tạo nên sự hồi phục ấn tượng của phương pháp tiếp cận lịch sử lập pháp và phương pháp giải thích có tính chất bình luận.

Phương pháp giải thích có tính mục đích xã hội

Còn gọi là phương pháp tính khách quan, phương pháp này đề cập đến tính khách quan của đạo luật, xuất hiện khi một thẩm phán sử dụng phương pháp giải thích theo nghĩa đen nhận ra rằng, nghiên cứu ý chí của cơ quan lập pháp đôi khi không có hiệu quả trước sự thay đổi của xã hội từ khi luật được ban hành. Do đó, cần phải cân nhắc sự cần thiết phải nghiên cứu quá trình phát triển liên tục của xã hội và cho phép một thẩm phán sửa lại văn bản cho thích hợp với nhu cầu của xã hội trên cơ sở phù hợp với thời gian, và có cân nhắc đến các nghiên cứu của lập pháp.

Phương pháp lập luận logic

Là phương pháp được sử dụng khi giải quyết những khó khăn gặp phải trong thực tế áp dụng các đạo luật. Nếu văn bản không đề cập đến trường hợp cần xem xét trong thực tế hoặc có những thiếu sót về nội dung liên quan, người

ta sẽ áp dụng phán quyết của một trường hợp tương tự; khi lập luận đối ngược, chủ thể giải thích sẽ đưa đến kết quả đối nghịch với những quy định của văn bản; khi lập luận theo cách quy nạp, chủ thể giải thích sẽ sử dụng những phán quyết được đưa ra trong nhiều trường hợp khác; còn khi lập luận theo cách suy diễn, chủ thể giải thích sẽ bắt đầu với những cái cơ bản được nhà lập pháp đặt ra, sau đó mới mở rộng nó ra các trường hợp khác.

Phương pháp giải thích theo nghĩa đen của văn bản

Phương pháp này tập trung vào giải thích nghĩa ngôn ngữ tại văn bản, phương pháp này thịnh hành vào giai đoạn cuối thế kỷ XIX, các thẩm phán khi giải thích đạo luật, họ hầu như tập trung vào nghĩa đen của văn bản, tức là chỉ căn cứ vào ý nghĩa câu chữ, ngôn ngữ thể hiện tại văn bản hơn là một sự giải thích hợp tình, hợp lý.

Phương pháp giải thích mang tính nghiên cứu khoa học tự do

Phương pháp này xuất hiện khi một số quy định của các bộ luật đã trở nên lỗi thời, bên cạnh đó cuộc cách mạng công nghiệp, cũng như những thay đổi trong lĩnh vực kinh tế, chính trị, xã hội. Luận điểm của phương pháp này cho rằng: Liệu lịch sử lập pháp có mang tính định hướng cho ý định lập pháp? Và khi đối mặt với một sự khó hiểu hoặc một lỗ hổng trong luật, một thẩm phán phải trở thành một nhà lập pháp, thẩm phán phải giải thích đạo luật trên cơ sở lấp đầy khoảng trống hoặc làm sáng tỏ sự khó hiểu đó trên cơ sở nghiên cứu lịch sử, nhu cầu của xã hội, tư tưởng hiện thời, luật so sánh, và cả sự tiến triển của Hiến pháp. Xu hướng này đã phát triển ra một số quốc gia như Đức, Thụy Sĩ (Bộ luật Dân sự Thụy Sĩ năm 1907). Lý do để một thẩm phán có quyền lực to lớn như vậy là do có những trường hợp trong thực tế cả pháp luật và phong tục đều không đề cập đến việc giải quyết các tranh chấp (nếu có) xảy ra. Phương pháp này đã đem lại thay đổi sâu sắc cách các thẩm phán cân nhắc các đạo luật trong các quốc gia theo hệ thống Civil law. Tuy nhiên, trong thực tế, giai đoạn đầu, các thẩm phán không chấp

nhận như vậy, mặc dù họ có quyền tự do với các văn bản nhưng chính họ chưa thực sự thoát khỏi văn bản.

Ngày nay, các thẩm phán sử dụng các phương pháp giải thích đa dạng (như đã nói ở trên) để giải thích luật. Họ đôi khi mạnh dạn giải thích một văn bản nhất định bằng cách đưa ra một nghĩa đối lập với sự giải thích thông thường có thể cung cấp. Đôi khi các thẩm phán giải thích văn bản theo nghĩa đen của nó. Họ luôn luôn cố gắng quy trì sự hài hòa giữa hoạt động lập pháp với thời điểm áp dụng cũng như sự cần thiết của vấn đề.

Các thẩm phán thông thường giải thích luật và thực hiện nó cho mỗi trường hợp cụ thể, riêng biệt, trên cơ sở sự hợp tình, hợp lý, sự công bằng, lương tâm và nhu cầu xã hội hơn là tuyệt đối hóa các phương pháp giải thích.

Hiện tại, có thể tổng hợp về phương pháp giải thích pháp luật ở Pháp như sau:

1. Khi một văn bản rõ ràng, nó nên được thực hiện và không cần giải thích, ngoại trừ việc thực hiện mà không có sự giải thích đó sẽ đưa đến một kết quả vô lý.

2. Khi văn bản có nhiều hơn một nghĩa hoặc nghĩa không rõ ràng, thẩm phán sẽ tìm kiếm ý định của nhà lập pháp. Do vậy, một thẩm phán trước tiên phải nghiên cứu văn bản một cách cẩn thận, và cân nhắc lời dẫn giải trong văn bản. Phạm vi được xem xét có thể là một chương hoặc toàn bộ đạo luật vì thông thường, một điều khoản không rõ ràng chỉ xuất hiện khi cách lý văn bản với ngữ cảnh của nó.

3. Nếu sự nghiên cứu về văn bản luật nói trên (ở nội dung 2) không đem lại sự sáng tỏ, rõ ràng, các Tòa án thường tìm kiếm những thuật ngữ chuyên ngành đã được sử dụng trong quá khứ để khám phá ý định của nhà lập pháp. Tòa án Tối cao Pháp đồng ý với quá trình này nhưng cũng tuyên bố rằng những thuật ngữ chuyên ngành đó (thường được các Tòa án sử dụng trong thực tế) không bao giờ trói buộc các thẩm phán. (Rene David gọi quá trình này là phương pháp giải thích mang tính lịch sử).

4. Khi văn bản không trực tiếp cung cấp giải pháp cho một cuộc tranh luận, các thẩm phán thường cần bắt đầu ít nhất từ một văn bản mà các thẩm phán sẽ dựa vào đó để xác định nguyên tắc mới mà họ sẽ đưa ra. Các thẩm phán của Pháp trong các trường hợp hầu như đều viện dẫn đến một văn bản luật khi đưa ra phán quyết của mình. Việc Tòa án không viện dẫn đến một văn bản pháp luật nào là hiếm gặp. Đôi khi, các Tòa án viện dẫn từ một nguyên tắc chung cơ bản của luật.

5. Nếu lịch sử lập pháp lộn xộn, không tường minh, hoặc pháp luật quá lạc hậu, các thẩm phán sẽ xem xét những sự cân nhắc khác và sử dụng cái mà các học giả gọi là phương pháp giải thích mang tính mục đích luận. Cách tiếp cận này phần lớn được sử dụng bởi Tòa án Tối cao, Tòa Pháp án, và Hội đồng Nhà nước (Conseil d'Etat) hơn là Tòa án cấp dưới.

Có thể khái quát, Tòa án ngày nay sử dụng chủ yếu phương pháp có tính chất bình luận và các phương pháp thuộc về lịch sử lập pháp để giải thích văn bản hiện tại, tuy nhiên đối với các văn bản đã lỗi thời và không thể nhấn mạnh rõ ý định của lập pháp thì sử dụng phương pháp giải thích mang tính mục đích luận¹.

Như vậy, qua một số phương pháp giải thích pháp luật trên đây, cho thấy bề dày, ý nghĩa và sự linh hoạt, mềm dẻo của hoạt động giải thích pháp luật ở Pháp, vai trò chủ yếu, quyết định của Tòa án - thẩm phán trong việc giải thích pháp luật, sự phát triển không ngừng, cũng như sự chủ động, quả quyết của chủ thể giải thích trong việc sử dụng và nắm bắt các phương pháp giải thích...

Xây dựng và hoàn thiện một cơ chế về giải thích pháp luật ở Việt Nam thiết nghĩ phải có sự tham khảo, học tập trên nhiều phương diện, trong đó cần tính đến sự hợp lý và hiệu quả của các phương pháp giải thích pháp luật. ■

(1) *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 13, No. 3. Summer 2003