

**ĐẠI HỌC QUỐC GIA HÀ NỘI  
KHOA LUẬT**

**NGUYỄN THỊ HƯỜNG**

**TỰ DO GIAO KẾT HỢP ĐỒNG – NHỮNG VẤN ĐỀ  
LÝ LUẬN VÀ THỰC TIỄN**

**LUẬN VĂN THẠC SĨ LUẬT HỌC**

**Hà Nội – 2011**

**ĐẠI HỌC QUỐC GIA HÀ NỘI  
KHOA LUẬT**

**NGUYỄN THỊ HƯỜNG**

**TỰ DO GIAO KẾT HỢP ĐỒNG – NHỮNG VẤN ĐỀ  
LÝ LUẬN VÀ THỰC TIỄN**

*Chuyên ngành: Luật Dân sự*

*Mã số: 60 38 30*

**LUẬN VĂN THẠC SĨ LUẬT HỌC**

*Người hướng dẫn khoa học: PGS.TS Bùi Đăng Hiếu*

**Hà Nội – 2011**

## LỜI CAM ĐOAN

*Tôi xin cam đoan Luận văn là công trình nghiên cứu của riêng tôi. Các kết quả nêu trong Luận văn chưa được công bố trong bất kỳ công trình nào khác. Các số liệu, ví dụ và trích dẫn trong Luận văn đảm bảo tính chính xác, tin cậy và trung thực. Tôi đã hoàn thành tất cả các môn học và đã thanh toán tất cả các nghĩa vụ tài chính theo quy định của Khoa Luật Đại học Quốc gia Hà Nội.*

*Vậy tôi viết Lời cam đoan này đề nghị Khoa Luật xem xét để tôi có thể bảo vệ Luận văn.*

*Tôi xin chân thành cảm ơn!*

**NGƯỜI CAM ĐOAN**

**Nguyễn Thị Hương**

## MỤC LỤC

Trang

*Trang phụ bì*

*Lời cam đoan*

*Mục lục*

*Danh mục các từ viết tắt*

<b>MỞ ĐẦU</b>	1
<b>Chương 1: KHÁI QUÁT CHUNG VỀ QUYỀN TỰ DO GIAO KẾT HỢP ĐỒNG DÂN SỰ</b>	6
1.1. Khái niệm hợp đồng trong pháp luật của một số nước trên thế giới	6
1.2. Khái niệm hợp đồng trong pháp luật Việt Nam	10
1.3. Cơ sở lý luận và ý nghĩa của quyền tự do giao kết hợp đồng	14
3.1.1. Thuyết tự do ý chí - cơ sở lý luận của quyền tự do giao kết hợp đồng dân sự	14
1.3.2. Vai trò, ý nghĩa của việc bảo đảm quyền tự do giao kết hợp đồng	18
<b>Chương 2: NHỮNG KHÍA CẠNH CƠ BẢN CỦA QUYỀN TỰ DO GIAO KẾT HỢP ĐỒNG DÂN SỰ</b>	21
2.1. Quyền tự do tham gia giao kết hợp đồng	21
2.1.1. Nội dung quyền tự do tham gia giao kết hợp đồng	21
2.1.2. Trường hợp ngoại lệ	23
2.2. Quyền tự do lựa chọn loại hợp đồng giao kết	24
2.3. Quyền tự do lựa chọn đối tác hợp đồng	26
2.3.1. Nội dung quyền tự do lựa chọn đối tác hợp đồng	26

2.3.2. Trường hợp ngoại lệ	27
2.4. Quyền tự do thoả thuận nội dung hợp đồng	29
2.4.1. Nội dung quyền tự do thoả thuận nội dung hợp đồng	29
2.4.1.1. Điều khoản cơ bản	30
2.4.1.2. Điều khoản thông thường	30
2.4.1.3. Điều khoản tùy nghi	31
2.4.2. Trường hợp ngoại lệ	32
2.5. Quyền tự do lựa chọn hình thức hợp đồng	34
2.5.1. Nội dung quyền tự do lựa chọn hình thức hợp đồng	34
2.5.1.1. Hình thức miệng (bằng lời nói)	35
2.5.1.2. Hình thức viết (bằng văn bản)	35
2.5.1.3. Hình thức bằng hành vi	36
2.5.2. Trường hợp ngoại lệ	38
2.6. Quyền tự do lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp	41
2.6.1. Nội dung quyền tự do lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp	41
2.6.1.1. Thương lượng	42
2.6.1.2. Hòa giải	43
2.6.1.3. Trọng tài thương mại	44
2.6.1.4. Tòa án	45
2.6.2. Trường hợp ngoại lệ	46
<b>Chương 3: THỰC TIỄN ÁP DỤNG PHÁP LUẬT VỀ</b>	<b>48</b>
<b>QUYỀN TỰ DO GIAO KẾT HỢP ĐỒNG DÂN SỰ Ở VIỆT</b>	
<b>NAM VÀ NHỮNG KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN</b>	

3.1. Thực tiễn áp dụng pháp luật về quyền tự do giao kết hợp đồng dân sự	48
3.1.1. Về quyền tự do tham gia giao kết hợp đồng	48
3.1.2. Về quyền tự do thỏa thuận nội dung hợp đồng	50
3.1.3. Về quyền tự do lựa chọn hình thức hợp đồng	63
3.1.4. Về quyền tự do lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp	70
3.2. Kiến nghị hoàn thiện các quy định của pháp luật về quyền tự do giao kết hợp đồng dân sự	73
3.2.1. Sửa đổi, bổ sung các quy định về hình thức hợp đồng trong BLDS	73
3.2.2. Sửa đổi, bổ sung quy định về nội dung hợp đồng trong BLDS	75
3.2.3. Bổ sung quy định về các phương thức giải quyết tranh chấp trong BLDS	76
3.2.4. Sửa đổi, bổ sung một số quy định trong các luật chuyên ngành khác bảo đảm sự thống nhất, phù hợp với quy định của BLDS trong việc bảo vệ quyền tự do hợp đồng	77
<b>KẾT LUẬN</b>	80
<b>DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO</b>	81

## DANH MỤC CÁC CHỮ VIẾT TẮT

- BLDS	BLDS năm 2005
- HĐQT	Hội đồng quản trị
- KDBH	Kinh doanh bảo hiểm
- TANDTC	Tòa án nhân dân tối cao
- UBND	Ủy ban Thường vụ Quốc hội
- VBQPPL	Văn bản Quy phạm pháp luật
- XHCN	Xã hội chủ nghĩa

## MỞ ĐẦU

### 1. Tính cấp thiết của việc nghiên cứu đề tài

Nền kinh tế Việt Nam đang tiến những bước dài trong quá trình hội nhập quốc tế và đặc biệt sau khi là thành viên chính thức của tổ chức thương mại quốc tế (WTO), các giao dịch dân sự, kinh tế, thương mại, lao động,... trong và ngoài nước không ngừng được xác lập, mang lại nguồn thu lớn cho ngân sách Nhà nước. Vấn đề đặt ra đòi hỏi Đảng và Nhà nước cần phải xây dựng những chính sách pháp luật mang tính chất định hướng, đúng đắn, mềm dẻo,... để tạo ra hành lang pháp lý an toàn nhất bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các bên tham gia vào các giao dịch đó với nguyên tắc tôn trọng quyền tự do, thỏa thuận, định đoạt.

Sau hơn 20 năm đổi mới, hệ thống các văn bản về hợp đồng được xây dựng và hoàn thiện theo hướng ngày càng bảo đảm quyền tự do trong giao kết hợp đồng góp phần thúc đẩy nền kinh tế - xã hội phát triển. Tuy nhiên, pháp luật về hợp đồng còn bộc lộ những bất cập, hạn chế trong việc bảo vệ quyền tự do giao kết hợp đồng trong những hoạt động đặc thù so với các quy định về hợp đồng của BLDS năm 2005 nhất là các văn bản được ban hành trước BLDS năm 2005 và ngay trong BLDS năm 2005 vẫn còn những hạn chế trong việc bảo vệ quyền tự do giao kết hợp đồng.

Dưới sức ép mạnh mẽ của tự do thương mại và toàn cầu hóa, pháp luật về hợp đồng của Việt Nam tuy đã hoàn thiện nhưng vẫn còn sự ảnh hưởng của cơ chế cũ. Những quy định còn can thiệp sâu và quyền tự do khế ước vừa không bảo vệ được trật tự công đôi khi còn làm cho doanh nghiệp rơi vào thế yếu và người tiêu dùng bị thiệt thòi trước các hành vi kinh doanh thiếu bình đẳng, lợi dụng vị thế thị trường gây thiệt hại cho đối tác. Việc bảo vệ quyền tự do giao kết hợp đồng của bên có vị thế yếu trước các hành vi lạm dụng quyền



tự do hợp đồng của bên có thế mạnh trong quan hệ hợp đồng chưa được pháp luật điều chỉnh một cách cụ thể.

Tuy nhiên, tự do giao kết hợp đồng không phải là sự tự do hoàn toàn, tự do vô giới hạn, sự tự do này là sự tự do bị hạn chế, không được giao kết hợp đồng bằng cách lừa đảo, gian trá, đe dọa; không được giao kết hợp đồng để hạn chế hoạt động kinh doanh của các chủ thể khác cũng như của xã hội nói chung. Nhà nước với tư cách là tổ chức quyền lực công không những có thể mà cần can thiệp vào quan hệ hợp đồng. Sự can thiệp này vào quan hệ hợp đồng không phải là sự xâm phạm thô bạo đến quy tắc tự do hợp đồng mà là một bảo đảm cần thiết cho việc thực hiện nguyên tắc đó trong thực tế cuộc sống.

Chính vì thế, việc tác giả lựa chọn hướng nghiên cứu, luận giải những vấn đề lý luận và thực tiễn trong phạm vi đề tài: “Tự do giao kết hợp đồng - Những vấn đề lý luận và thực tiễn” để nghiên cứu một cách đầy đủ hơn, sâu sắc hơn về chế định tự do giao kết hợp đồng trong pháp luật dân sự Việt Nam.

## **2. Tình hình nghiên cứu đề tài**

Tự do giao kết hợp đồng ở nước ta là vấn đề thu hút được sự quan tâm của nhiều nhà khoa học thuộc các lĩnh vực khác nhau. Trong những năm qua đã có một số công trình, bài nghiên cứu liên quan đến vấn đề này như:

- Pháp luật về hợp đồng của Tiến Sĩ Nguyễn Mạnh bách năm 1995;
- Hoàn thiện pháp luật về hợp đồng ở Việt Nam của PGS.TS Dương Đăng Huệ năm 2002;
- Chế độ hợp đồng kinh tế - Tồn tại hay không tồn tại của GS.TS Lê Hồng Hạnh năm 2005;
- Điều kiện thương mại chung và nguyên tắc tự do khế ước của PGS.TS

Nguyễn Như Phát năm 2003;

- Quyền tự do giao kết hợp đồng trong hoạt động thương mại ở Việt Nam, luận án Tiến sĩ luật học năm 2006 của Phạm Hoàng Giang;

- Điều chỉnh thông tin bất cân xứng và quản lý rủi ro trong pháp luật hợp đồng Việt Nam của PGS.TS Phạm Duy Nghĩa năm 2003;

- Một số vấn đề liên quan đến việc sửa đổi pháp luật Việt Nam về hợp đồng năm 2004 và hoàn thiện pháp luật về bảo đảm nhìn từ quyền tự do hợp đồng của Tiến sĩ Nguyễn Am Hiếu năm 2004;

- Dự thảo BLDS sửa đổi và vấn đề cải thiện pháp luật hợp đồng ở Việt Nam của PGS.TS Phạm Hữu Nghị năm 2005;

- Luận án Tiến sĩ hợp đồng kinh tế vô hiệu và hậu quả của hợp đồng kinh tế vô hiệu của Lê Thị Bích Thợ năm 2002;

- Những điểm mới cơ bản về hợp đồng trong BLDS năm 2005 của tác giả Nguyễn Ngọc Khánh đăng trên tạp chí Kiểm sát số 01/2006;

- Đổi mới sự điều chỉnh pháp luật về hợp đồng trong BLDS năm 2005, luận văn Thạc sĩ luật học năm 2006 của Trần Hải Hưng.

Tuy nhiên, do nội dung nghiên cứu của các công trình đặt ra khác nhau nên các tác giả chỉ đi sâu nghiên cứu một số khía cạnh cụ thể của chế định hợp đồng và chưa nghiên cứu một cách toàn diện, cụ thể về nội quyền tự do giao kết hợp đồng. Tuy vậy, các công trình nói trên là những tài liệu rất quý giá cho tác giả tham khảo, phục vụ việc nghiên cứu của mình.

### **3. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu đề tài**

- Đối tượng nghiên cứu của luận văn là những vấn đề lý luận chung về tự do giao kết hợp đồng dân sự; Pháp luật dân sự Việt Nam và một số nước về tự do giao kết hợp đồng; thực tiễn áp dụng pháp luật về quyền tự do giao kết

hợp đồng dân sự ở Việt Nam và những kiến nghị hoàn thiện.

- Phạm vi nghiên cứu của đề tài: Mặc dù tên đề tài nghiên cứu của luận văn là: “Tự do giao kết hợp đồng – Những vấn đề lý luận và thực tiễn”, nhưng trong giới hạn của luận văn này, tác giả xin được đi sâu nghiên cứu về những vấn đề lý luận và thực tiễn của quyền tự do giao kết hợp đồng dân sự, bao gồm những nội dung liên quan đến tự do giao kết hợp đồng như: Khái niệm; điều kiện; các khía cạnh cũng như những trường hợp ngoại lệ của quyền tự do giao kết hợp đồng dân sự, so sánh với pháp luật của một số nước quy định về vấn đề này, trên cơ sở đó đưa ra những kiến nghị và hoàn thiện chế định về tự do giao kết hợp đồng ở Việt Nam.

#### **4. Phương pháp nghiên cứu đề tài**

Luận văn được hoàn thành dựa trên cơ sở các phương pháp nghiên cứu khoa học như: phân tích, tổng hợp, so sánh, diễn giải, suy diễn lô gic,...

#### **5. Mục đích và nhiệm vụ của việc nghiên cứu đề tài**

Mục đích nghiên cứu của đề tài là làm sáng tỏ những vấn đề lý luận và thực tiễn về tự do giao kết hợp đồng dân sự, trên cơ sở đó đề xuất các phương hướng, góp phần hoàn thiện pháp luật về hợp đồng, đáp ứng tốt hơn yêu cầu phát triển kinh tế thị trường theo định hướng XHCN ở Việt Nam hiện nay. Để đạt được mục đích trên, việc nghiên cứu đề tài có nhiệm vụ sau:

- Nghiên cứu, làm rõ những vấn đề lý luận về quyền tự do giao kết hợp đồng; vai trò, ý nghĩa của việc bảo vệ quyền tự do giao kết hợp đồng;

- Phân tích những khía cạnh cơ bản của nguyên tắc quyền tự do giao kết hợp đồng và các trường hợp ngoại lệ của nguyên tắc này;

- Đề xuất những kiến nghị cụ thể nhằm hoàn thiện pháp luật về tự do giao kết hợp đồng ở Việt Nam.

## **6. Những đóng góp mới của luận văn**

Kết quả nghiên cứu của Luận văn là tài liệu tham khảo trong việc hoàn thiện các quy định pháp luật về chế định hợp đồng dân sự ở Việt Nam nói chung và quyền tự do giao kết hợp đồng dân sự nói riêng, góp phần nâng cao chất lượng, hiệu quả trong việc thực hiện, áp dụng pháp luật của các chủ thể tham gia vào quan hệ hợp đồng dân sự.

## **7. Kết cấu của Luận văn**

Ngoài lời mở đầu, kết luận và danh mục tài liệu tham khảo, luận văn gồm 03 chương.

**Chương 1:** Khái quát chung về quyền tự do giao kết hợp đồng dân sự

**Chương 2:** Những khía cạnh cơ bản của quyền tự do giao kết hợp đồng dân sự

**Chương 3:** Thực tiễn áp dụng pháp luật về quyền tự do giao kết hợp đồng dân sự ở Việt Nam và những kiến nghị hoàn thiện

## Chương 1

# KHÁI QUÁT CHUNG VỀ QUYỀN TỰ DO GIAO KẾT HỢP ĐỒNG DÂN SỰ

Hợp đồng là một trong những chế định lâu đời nhất trong lịch sử pháp luật thế giới. Qua những biến đổi của thời gian, sự hình thành và phát triển của xã hội loài người, hợp đồng vẫn luôn đóng một vai trò quan trọng - một công cụ pháp lý, nền tảng cho quá trình giao lưu, trao đổi giữa cá nhân, tổ chức trong xã hội. Xét một cách khái quát nhất, cơ sở hình thành nên hợp đồng có hai nguyên nhân cơ bản; nguyên nhân chủ quan và nguyên nhân khách quan. Khi xã hội phát triển đến một mức độ nhất định, sự phân hóa lao động hình thành, mỗi con người trong xã hội chỉ có thể làm một số công việc nhất định (nguyên nhân khách quan) và nhu cầu của con người cũng ngày một phong phú hơn. Để thỏa mãn những nhu cầu của mình, con người tự thấy phải có sự trao đổi vật chất với các chủ thể khác trong xã hội (nguyên nhân chủ quan), từ đó quan hệ hợp đồng được hình thành.

Cùng với chế độ hợp đồng, khái niệm về hợp đồng cũng được các nhà nghiên cứu pháp luật từ thời kì cổ xưa quan tâm. Ở mỗi thời kì và ở mỗi nơi, khái niệm về hợp đồng cũng có sự khác biệt nhất định mặc dù không khác về bản chất.

### **1.1. Khái niệm hợp đồng trong pháp luật của một số nước trên thế giới**

Khó có thể nói chế định hợp đồng chính xác được hình thành vào thời điểm nào và ở đâu, nhưng có lẽ chế định hợp đồng của Luật La Mã là chế định hợp đồng xuất hiện sớm nhất trong thời kì lịch sử sơ khai của xã hội loài người tạo nền tảng cho pháp luật châu Âu lục địa (dòng học Civil Law) phát triển, “hợp đồng được coi là hình thức thể hiện của các giao dịch giữa các chủ thể mà việc xác lập chúng có thể trực tiếp làm phát sinh, thay đổi hay chấm dứt quyền và nghĩa vụ của các bên” [21], dựa theo quan niệm đó, các luật gia

La Mã đã đặt ra điều kiện cơ bản để hợp đồng có hiệu lực như sau:

- Ý chí của các bên tham gia giao dịch;
- Nội dung của hợp đồng phải hợp pháp và phải được xác định;
- Hành vi, công việc trong hợp đồng phải thực hiện được;
- Thỏa mãn điều kiện về hình thức hợp đồng [41]

Có thể thấy rằng, khái niệm về hợp đồng đã tồn tại từ lâu trong lịch sử lập pháp của nhân loại và khái niệm hợp đồng của Luật La Mã hầu như không bị thay đổi quá nhiều trong quá trình tiếp thu và phát triển của các hệ thống pháp luật sau này. Chế định hợp đồng của các nước trong xã hội hiện đại cũng đưa ra những khái niệm khác nhau về hợp đồng nhưng cơ bản vẫn không rời xa bản chất pháp lý của hợp đồng do Luật La Mã xây dựng nên (đặc biệt là ở các nước theo dòng họ pháp luật Civil Law).

Bộ luật Dân sự Pháp được coi là một trong những bộ luật có ảnh hưởng lớn đến nền pháp luật dân sự của châu Âu lục địa. Từ khi ra đời cho đến nay, các nước khác trong khối Civil Law đều xây dựng Bộ luật Dân sự của mình mang dáng dấp của Bộ luật Dân sự Pháp hoặc thậm chí tham chiếu đến Bộ luật này. Theo đó, “hợp đồng là sự thỏa thuận của hai hay nhiều bên về việc chuyển giao một vật, làm hay không làm một công việc nào đó” [24]. Khái niệm này đã xác định rõ bản chất của hợp đồng là sự thỏa thuận, sự thống nhất ý chí giữa hai hay nhiều người, đối tượng của hợp đồng là vật hay việc và chủ thể của hợp đồng phải có hai bên trở lên. Đây có thể coi là một khái niệm tuy giản đơn nhưng đã khái quát được những tính chất cơ bản của hợp đồng.

Những điều kiện để một hợp đồng có hiệu lực trong quy định của Bộ luật này vẫn mang tinh thần của Luật La Mã:

- Các bên giao kết hoàn toàn tự nguyện thỏa thuận;
- Các bên có đủ năng lực hành vi dân sự;

- Khách thể của hợp đồng nếu là vật thì vật đó phải thực sự tồn tại hoặc nếu là hành vi thì hành vi đó phải có thể thực hiện được;

Bộ luật Dân sự Đức cũng có nhiều nét tương đồng với Bộ luật Dân sự Pháp do đều chịu ảnh hưởng từ pháp luật La Mã. Theo điều 305, Bộ luật dân sự Đức năm 1896, sửa đổi năm 2002 thì hợp đồng được coi là điều kiện cần thiết để hình thành hoặc làm thay đổi một trách nhiệm từ các giao dịch hợp pháp của các bên trừ trường hợp pháp luật có quy định khác. Về điều kiện có hiệu lực của hợp đồng điều 306, Bộ luật dân sự Đức năm 1896, sửa đổi năm 2002 quy định: Một hợp đồng có hiệu lực phải là một hợp đồng có thể thực hiện được, còn hợp đồng mà không thể thực hiện được thì coi như không tồn tại cũng gần như điều kiện hành vi, công việc trong hợp đồng phải thực hiện được trong Luật La Mã.

Đối với các nước thuộc dòng họ thông luật (Common Law) như Anh, Mỹ, Úc, Ấn Độ,... hợp đồng được định nghĩa là một thỏa thuận có ràng buộc về mặt pháp lý (legally binding agreement). Để hình thành nên một hợp đồng cần có bốn yếu tố cơ bản sau: Đề nghị giao kết (offer), sự chấp thuận đề nghị (acceptance), sự bù trừ nghĩa vụ (consideration) và ý định thiết lập nghĩa vụ pháp lý (intention to effect legal obligations). Sự khác biệt cơ bản trong pháp luật hợp đồng của Common Law so với Civil Law chính là yếu tố sự bù trừ nghĩa vụ (consideration). Sự bù trừ ở đây được hiểu là một giá trị nào đó (có thể là tiền, dịch vụ hoặc một công việc phải thực hiện,...) mà mỗi bên nhận được và trao đi hoặc từ bỏ theo thỏa thuận. Vì lẽ đó, trong pháp luật Anh - Mỹ “nếu thiếu sự bù trừ, tức là nếu một trong các bên không có nghĩa vụ theo thỏa thuận thì hợp đồng sẽ không thể được thực thi, tức không tồn tại” [1].

Đối với các nước trong khu vực châu Á, tư duy pháp lý về hợp đồng cũng tồn tại nhiều tư tưởng tương đối khác biệt, tùy theo dòng họ pháp luật mà nước đó chịu ảnh hưởng nhiều nhất. Trung Quốc, một quốc gia theo hệ thống

pháp luật xã hội chủ nghĩa, tức có xu hướng gần với nền pháp luật châu Âu lục, khái niệm hợp đồng được diễn đạt tại Điều 2, luật hợp đồng năm 1999 của nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa như sau: Hợp đồng là sự thỏa thuận về việc xác lập, thay đổi, chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự giữa các chủ thể bình đẳng tự nhiên nhân, pháp nhân và các tổ chức khác. Rõ ràng, khái niệm này có nhiều điểm tương đồng với khái niệm trong luật pháp hợp đồng của La Mã khi hợp đồng theo khái niệm trên cũng được coi là một căn cứ xác lập nghĩa vụ. Khái niệm này cũng chỉ ra sự tự do ý chí khi nhấn mạnh yếu tố “bình đẳng” giữa các chủ thể trong hợp đồng.

Pháp luật Dân sự Nhật Bản có khái niệm về hợp đồng không khác mấy so với khái niệm về hợp đồng của Trung Quốc khi vẫn đề cao sự tự do ý chí và yếu tố thỏa thuận trong hợp đồng: Một loại giao dịch dân sự thể hiện sự thống nhất ý chí của hai hay nhiều bên. Mục đích của hợp đồng thông thường làm phát sinh nghĩa vụ. Từ định nghĩa này, ta thấy được Bộ luật Dân sự Nhật Bản coi hợp đồng là một quan hệ pháp luật và cũng là căn cứ phổ biến và quan trọng làm phát sinh nghĩa vụ, sự khác biệt được thể hiện ở chỗ hợp đồng trong pháp luật Nhật Bản không phải lúc nào cũng làm phát sinh quan hệ nghĩa vụ mà trong một số trường hợp, hợp đồng có thể là các loại giao dịch không có mục đích làm phát sinh nghĩa vụ như quan hệ hôn nhân được coi là một giao dịch hợp đồng không làm phát sinh nghĩa vụ (điều này khá giống pháp luật về hôn nhân, gia đình của Mỹ).

Các nước láng giềng của Việt Nam trong khu vực Đông Nam Á lại có những khái niệm về hợp đồng khác biệt nhau, bởi những nước này chịu ảnh hưởng từ nền pháp luật của các nước mà trước đó họ là thuộc địa. Philipin trước đây là thuộc địa của Tây Ban Nha trong hơn 350 năm nên pháp luật dân sự mang đậm dấu ấn của châu Âu lục địa, do đó điều 1305, Bộ luật Dân sự Philipin đã đưa ra khái niệm về hợp đồng đó là sự thống nhất ý chí giữa hai



bên, theo đó, mỗi bên tự ràng buộc mình trên cơ sở tôn trọng bên kia để đưa một cái gì đó hoặc trả cho một dịch vụ nào đó. Vậy, trong pháp luật của Philipin, hợp đồng cũng là cơ sở làm phát sinh nghĩa vụ và xác lập quan hệ nghĩa vụ giữa các bên.

Trong Bộ luật dân sự và Thương mại của Thái Lan lại không đưa ra một khái niệm cụ thể cho hợp đồng dù họ có riêng một tiêu đề là tiêu đề thứ 2 “hợp đồng” trong Bộ luật của mình. Tuy nhiên, trong chương I “Sự hình thành hợp đồng” của tiêu đề “hợp đồng” thể hiện quan điểm của những nhà làm luật Thái Lan khá tương đồng với những nhà lập pháp theo hệ thống Common Law khi cho rằng hợp đồng trước tiên được hình thành do lời đề nghị giao kết, sau đó nó sẽ được chính thức trở thành hợp đồng khi lời đề nghị đó được chấp nhận (phải thỏa mãn một số điều kiện như: thời hạn trả lời, điều kiện về sự thiện chí, không dối trá,...).

## **1.2. Khái niệm hợp đồng trong pháp luật Việt Nam**

Giống như các nước xã hội chủ nghĩa khác, pháp luật dân sự của Việt Nam chủ yếu chịu ảnh hưởng của luật La Mã và thừa hưởng nhiều thành tựu của hệ thống pháp luật Civil Law. Tuy nhiên, đó là giai đoạn tính từ khi chúng ta là thuộc địa của thực dân Pháp. Trước đó, ở nước ta cũng có chế định hợp đồng – hay còn gọi là khế ước, được thể hiện trong các bộ luật lớn như: Quốc triều Hình luật, Hoàng Việt Luật lệ,...

Trong pháp luật triều Lê, chế định khế ước được quy định chủ yếu trong Quốc triều Hình luật, “những quy định này nằm rải rác ở các phần và tập trung hơn cả là ở quyển III, chương Điền sản” [42]. Trong Quốc triều Hình luật không sử dụng khái niệm hợp đồng hay khế ước, mà thường dùng các khái niệm cụ thể như mua, bán, cho, cầm,... nhưng một dạng của khế ước cũng được xác định dưới tên gọi Văn khế. Tuy trong Quốc triều Hình luật không định nghĩa cũng như nêu ra một khái niệm cụ thể về hợp đồng, văn khế hay khế

ước, nhưng khi nhìn vào một số quy định có liên quan đến khế ước thì thấy có tồn tại yếu tố “thuận mua, vừa bán” thể hiện tư tưởng “thỏa thuận”. Có thể coi đây là bản chất của khế ước đã được thể hiện ngay từ thế kỷ XV trong pháp luật nước ta. Ngoài ra, Quốc triều Hình luật có quy định trong khế ước, quyền và nghĩa vụ của các bên được xác lập, việc thực hiện, thay đổi và chấm dứt quan hệ nghĩa vụ cũng được đề cập trong một vài loại khế ước.

Hoàng Việt Luật lệ cũng không sử dụng khái niệm khế ước mà thường dùng các khái niệm cụ thể như mua bán, vay nợ, thuê,... giống như Quốc triều Hình luật. Không có những quy định chung về nguyên tắc giao kết và thực hiện khế ước trong Hoàng Việt Luật lệ, điều này cho thấy nhà lập pháp triều Nguyễn có quan điểm tự do giao kết khế ước của cá nhân và pháp luật chỉ có tác động điều chỉnh đến những khế ước mà nếu giao kết có thể xâm phạm thuần phong mỹ tục hoặc trật tự xã hội phong kiến.

Tuy vậy, chế định hợp đồng của nước ta được thể hiện trong hai Bộ luật lớn đó vẫn chưa hoàn thiện và rõ ràng. Nguyên nhân của tình trạng này là do trong xã hội phong kiến các hiện tượng pháp lý chịu ảnh hưởng sâu sắc của Nho giáo, vấn đề đạo đức trong các quan hệ giữa các cá nhân trong xã hội được đề cao và nếu có tranh chấp xảy ra thì đã có sự can thiệp của người gia trưởng, của tộc trưởng, của vua quan mà không cần đến pháp luật giải quyết, pháp luật sinh ra chủ yếu điều chỉnh những vấn đề về hình sự. Sau đó, trong thời kỳ đất nước chúng ta chịu sự đô hộ của thực dân Pháp, hai Bộ luật Dân sự là Bộ Dân luật Bắc kỳ được ban hành năm 1931 và Bộ Dân luật Trung kỳ được ban hành năm 1938 đều có những điều khoản quy định về hợp đồng và phần lớn những quy định này đều mang dấu ấn của Bộ luật Dân sự Pháp. Lý giải cho điều này có thể được hiểu là nhà làm luật của chế độ thuộc Pháp đã không thể đối chiếu với các bộ cổ luật để đưa ra những điểm riêng có của Việt Nam về nghĩa vụ và hợp đồng. Nhưng lý do chính là nước ta lúc đó đang là thuộc địa của Pháp, vì

vậy, nhất thể đều phải tuân theo pháp luật của “mẫu quốc” [3].

Khế ước theo Bộ luật Dân sự Pháp là một trong những căn cứ làm phát sinh nghĩa vụ, vì lẽ đó, những vấn đề chung về khế ước được Dân luật Bắc kỳ và Hoàng Việt Trung kỳ hộ luật quy định ngay tại chương I của thiên I trong Quyển thứ tư. Khác với Quốc triều Hình luật và Bộ luật Gia Long, đến thời kì này, bộ Dân luật Bắc kỳ và Hoàng Việt Trung kỳ hộ luật đã đưa ra khái niệm pháp lý về khế ước, chủ yếu dựa trên Bộ luật Dân sự Pháp. Theo đó, khế ước là một hiệp ước của một hay nhiều người cam đoan với một hay nhiều người khác để chuyển giao, để làm hay không làm cái gì. Theo điều 664 Dân luật Bắc kỳ và Điều 680 Hoàng Việt Trung kỳ hộ luật thì: Hiệp ước do một người hay nhiều người đồng ý với nhau để lập ra hay chuyển đi, đổi đi hay tiêu đi một quyền lợi thuộc về của cải hay về người. Từ khái niệm này, có thể thấy khế ước thực chất là sự thỏa thuận giữa ít nhất hai người để xác lập quyền, nghĩa vụ của người này đối với người khác và ngược lại. Khái niệm khế ước này về cơ bản giống khái niệm về hợp đồng trong Bộ luật Dân sự của nước ta hiện nay, trừ đối tượng của nghĩa vụ là người theo quan niệm của pháp luật phong kiến thuộc địa.

Sau năm 1954, đất nước bị chia thành hai miền. Ở miền Nam, chính quyền Sài Gòn đã cho ra đời Bộ dân luật quy định về các vấn đề dân sự cơ bản trong đó có khế ước – hợp đồng. Tiếp nối quan điểm từ những bộ dân luật trước đó, khế ước trong Bộ Dân luật của Chính phủ Việt Nam cộng hòa cũng coi khế ước là hành vi pháp lý làm phát sinh nghĩa vụ dân sự: Khế ước hay hiệp ước là một hành vi pháp lý do sự thỏa thuận giữa hai hay nhiều người để tạo lập, di chuyển, biến cải hay tiêu trừ một quyền lợi, đổi nhân hoặc đổi vật.

Ở miền Bắc, do phải tập trung cho cuộc kháng chiến chống Mỹ và do thực hiện cơ chế kế hoạch tập trung quan liêu bao cấp nên pháp luật dân sự không có điều kiện xây dựng và phát triển.

Sau khi thống nhất đất nước năm 1975, trong khoảng 10 năm, pháp luật dân sự vẫn ở vào tình trạng kém phát triển. Phải đến cuối những năm 80 của thế kỉ XX, đất nước thống nhất, tình hình chính trị đã có phần ổn định thì việc ban hành các văn bản pháp luật để điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh ngày một nhiều, đa dạng và phức tạp trong xã hội mới trở nên bức thiết. Rất nhiều văn bản pháp luật về dân sự được ban hành trong thời kỳ này nhưng đến năm 1991, đất nước ta mới có văn bản chính thức đầu tiên quy định về hợp đồng dân sự, đó là Pháp lệnh về Hợp đồng dân sự. Pháp lệnh đã đưa ra khái niệm hợp đồng dân sự một cách khá chi tiết tại điều 1 Pháp lệnh Hợp đồng dân sự năm 1991: Hợp đồng dân sự là sự thỏa thuận giữa các bên về xác lập, thay đổi hay chấm dứt các quyền và nghĩa vụ của các bên trong mua bán, thuê, vay, mượn, tặng, cho tài sản, làm một việc hay không làm một việc, dịch vụ hoặc các thỏa thuận khác mà trong đó một hoặc các bên nhằm đáp ứng nhu cầu sinh hoạt, tiêu dùng.

Tuy nhiên, chính việc liệt kê chi tiết này dẫn đến sự thiếu sót và dễ “lạc hậu” của pháp luật trong khi các mối quan hệ xã hội ngày càng phát triển. Do đó, đến Bộ luật Dân sự năm 1995, các nhà làm luật đã định nghĩa lại một cách khái quát và toàn diện hơn tại điều 394 BLDS năm 1995: Hợp đồng là sự thỏa thuận giữa các bên về sự xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự. Sau đó, BLDS năm 2005 đã giữ nguyên khái niệm này.

Khái niệm hợp đồng theo Bộ luật Dân sự năm 2005 đã nêu lên những yếu tố cơ bản nhất của hợp đồng: Bản chất pháp lý của hợp đồng, chủ thể của hợp đồng và mục đích của hợp đồng. Bản chất của hợp đồng cũng như các quan điểm của các nước khác trên thế giới vẫn là sự thỏa thuận giữa các bên tham gia giao kết; chủ thể của hợp đồng phải có từ hai bên trở lên; về mục đích của hợp đồng, quy định khá rộng khi mục đích của sự thỏa thuận là nhằm xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự, quy định này thể hiện tính

bao quát của pháp luật dân sự. Bởi vì, tại Điều 1 Pháp lệnh Hợp đồng Dân sự năm 1991, phạm vi hợp đồng dân sự lại giới hạn trong việc đáp ứng “nhu cầu sinh hoạt tiêu dùng”.

Với sự phát triển của nền kinh tế thị trường, rõ ràng hợp đồng dân sự không thể chỉ có vai trò điều chỉnh quan hệ phát sinh trong đời sống sinh hoạt tiêu dùng hằng ngày của nhân dân mà còn là công cụ pháp lý phục vụ cho nhu cầu sản xuất, kinh doanh. Mặc dù vậy, trong giai đoạn này vẫn tồn tại Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế năm 1989 song song với Bộ luật Dân sự năm 1995 nên sự phân biệt giữa hai loại hợp đồng dân sự và hợp đồng kinh tế chủ yếu dựa trên chủ thể tham gia hợp đồng và mục đích giao kết hợp đồng.

Khi Bộ luật Dân sự năm 2005 ra đời, phạm vi điều chỉnh của pháp luật hợp đồng dân sự đã được thống nhất và mở rộng; theo đó, bất cứ thỏa thuận nào giữa các chủ thể theo nguyên tắc tự do, tự nguyện, bình đẳng cùng có lợi làm phát sinh, thay đổi, chấm dứt quyền và nghĩa vụ dân sự đều được coi là hợp đồng dân sự và được điều chỉnh theo quy định chung về hợp đồng dân sự của Bộ luật Dân sự năm 2005 (kể cả hợp đồng kinh doanh thương mại, lao động).

Như vậy, dù có khác biệt về vị trí địa lý hay thời gian thì khái niệm về hợp đồng vẫn có những điểm chung nhất định. Khái niệm hợp đồng trong Bộ luật Dân sự năm 2005 của Việt Nam đã có cách thức tiếp cận đúng đắn khi định nghĩa hợp đồng một cách khái quát nhưng vẫn thể hiện được bản chất của hợp đồng.

### **1.3. Cơ sở lý luận và ý nghĩa của quyền tự do giao kết Hợp đồng dân sự**

#### **1.3.1. Thuyết tự do ý chí - cơ sở lý luận của quyền tự do giao kết hợp đồng dân sự**

Hợp đồng là một loại giao ước mà đặc điểm chung của chúng là sự thống nhất ý chí, ý chí có vai trò cực kỳ quan trọng đối với hợp đồng. Nó được

xem là cực kỳ quan trọng bởi nó là yếu tố cơ bản, không thể thiếu được để hình thành hợp đồng, từ đó làm phát sinh ra các nghĩa vụ pháp lý. Vì vậy, “dù ở hệ thống pháp luật nào, người ta cũng đều thừa nhận nền tảng của luật hợp đồng là tự do ý chí, có nghĩa tự do ý chí là vấn đề trọng yếu của hợp đồng [5].

Thuyết tự do ý chí xuất hiện từ thế kỷ thứ 18 và nằm trong hệ thống các quan điểm của trào lưu triết học ánh sáng. Nội dung của thuyết này xuất phát từ quan điểm cho rằng, ý chí của con người là tối thượng và tự chủ, chỉ ra các hành vi xuất phát từ ý chí tự chủ của một người mới có hiệu lực ràng buộc đối với người đó. Một người chỉ bị ràng buộc khi người đó muốn như vậy và ràng buộc theo cách người đó muốn. Một hợp đồng sẽ công bằng khi các bên được tự do thể hiện ý chí của mình.

Mỗi bên tham gia hợp đồng nhằm thỏa mãn những lợi ích riêng của mình trong phạm vi phù hợp với lợi ích chung. Học thuyết này nhằm tới mục đích công bằng giữa các cá nhân thông qua tự do thương thuyết, và phát triển kinh tế thông qua tự do cạnh tranh [17].

Do đó, hợp đồng với bản chất được xác lập trên cơ sở thỏa thuận, phải được coi là kết quả của sự thống nhất ý chí tự nguyện của các bên, là nguồn làm phát sinh quyền và nghĩa vụ pháp lý giữa các bên. Theo nguyên tắc tự do ý chí, để bảo đảm công bằng trong quan hệ hợp đồng, bảo đảm lợi ích của các bên như họ mong muốn, ý chí của các bên phải được thể hiện một cách độc lập, xuất phát từ động cơ và lợi ích của họ, do họ tự quyết định chứ không phụ thuộc và yếu tố bên ngoài, không phụ thuộc vào pháp luật, ý chí của các bên được thể hiện thông qua các hành vi pháp lý của họ nhất là hợp đồng.

Về mặt lý luận, thuyết tự do ý chí dẫn đến các hệ quả pháp lý trong giao kết hợp đồng:

*Một là*, quyền tự do giao kết hợp đồng thể hiện ở các điểm cơ bản sau:

- Hợp đồng phải là kết quả của sự tự do thỏa thuận, là sự thể hiện ý chí

đích thực của các bên.

- Các bên tự do xác định nội dung của Hợp đồng, tự do thỏa thuận các điều kiện của hợp đồng. Các quy định về trật tự công cộng chỉ được áp dụng trong trường hợp ngoại lệ đặc biệt.

- Chỉ cần các bên đạt được thỏa thuận với nhau là coi như hợp đồng đã được ký kết. Việc thể hiện thỏa thuận trên một hình thức nhất định không phải là yếu tố quan trọng. Thường là thỏa thuận thể hiện ý chí chung có thể được thể hiện dưới bất kỳ hình thức nào.

- Các bên có quyền tự do quyết định việc giải quyết bất đồng khi có tranh chấp.

*Hai là*, hiệu lực của hợp đồng được thể hiện ở các điểm sau:

Nguyên tắc tự do ý chí dẫn đến hiệu lực bắt buộc của hợp đồng. Khi hợp đồng được giao kết thì nó có giá trị bắt buộc thực hiện như quy định pháp luật đối với các bên, bởi vì đó là mong muốn của các bên, các bên phải chịu trách nhiệm về cam kết của mình.

Để bảo đảm công bằng và công lý, các bên phải tôn trọng và chịu trách nhiệm về tuyên bố ý chí của mình và thực hiện các nghĩa vụ đã cam kết, không được đơn phương rút khỏi hợp đồng, không được bội ước. Việc thay đổi, bổ sung hợp đồng chỉ có thể được thực hiện bởi sự thỏa thuận của các chủ thể mà không ai có quyền can thiệp vào quan hệ của họ, cũng như không có quyền làm thay đổi ý chí của họ. Hợp đồng có hiệu lực bắt buộc ngay cả đối với các cơ quan công quyền, nghĩa là khi xét xử, giải thích hợp đồng Tòa án phải tôn trọng ý chí của các bên, không được sửa đổi hay giải thích nội dung hợp đồng khác với ý chí, nội dung giao kết của các bên.

Cùng với sự phát triển của các quan hệ kinh tế, xã hội các quyền tự do điều chỉnh của con người được đề cao một cách tuyệt đối như: Quyền sở hữu cá nhân, tự do thương mại, tự do cạnh tranh, tự do hợp đồng,... Những

nguyên lý pháp luật cơ bản này cũng được ra đời trên cơ sở nền tảng của thuyết về tự do ý và được thừa nhận rộng rãi ở các quốc gia: Bộ nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2004 quy định tại Điều 1.1 rằng: Các bên được tự do giao kết hợp đồng và thỏa thuận nội dung của hợp đồng; Điều 1.02 các nguyên tắc của Luật hợp đồng châu Âu quy định: Các bên được tự do giao kết hợp đồng và xác định nội dung của hợp đồng phụ thuộc vào các yêu cầu về thiện chí và công bằng và các quy tắc bắt buộc được thiết lập bởi các Nguyên tắc này; Điều 4 BLDS Việt Nam quy định: Quyền tự do cam kết thỏa thuận trong việc xác lập quyền, nghĩa vụ dân sự được pháp luật bảo đảm, nếu cam kết, thỏa thuận đó không vi phạm điều cấm của pháp luật, không trái đạo đức xã hội, tiếp đó Bộ luật này quy định cụ thể hơn tại điều 389, khoản 1: Tự do giao kết hợp đồng nhưng không được trái pháp luật, đạo đức xã hội, hay điều 11, khoản 1 Luật Thương mại 2005 của Việt Nam cũng quy định: Các bên có quyền tự do thỏa thuận không trái với các quy định của pháp luật mỹ tục và đạo đức xã hội để xác lập quyền và nghĩa vụ của các bên trong hoạt động thương mại và bảo hộ các quyền đó,...

Như vậy, thuyết tự do ý chí là cơ sở lý luận quan trọng cho sự ra đời của Pháp luật Hợp đồng hiện đại qua việc đề cao quyền tự do ý chí, tự do hợp đồng của các bên (tự do khế ước). Tuy nhiên, tự do hợp đồng không thể mang tính tuyệt đối mà cần phải được kiểm soát bằng pháp luật, đặt trong mối quan hệ với trật tự công, lợi ích chung của toàn xã hội. Mặc dù, đặt nền tảng cho nguyên lý của Pháp luật hợp đồng, nhưng thuyết tự do ý chí có những nhược điểm nhất định, nó không thể giải quyết được một cách thoả đáng những mối quan hệ xã hội phức tạp ngày nay khi mà con người sống trong sự phụ thuộc lẫn nhau, khi mà vị thế kinh tế, xã hội của mỗi người không hoàn toàn ngang bằng, khi mà một nền kinh tế tự do hoàn toàn không thể duy trì được nữa. Trong nền kinh tế thị trường hiện nay, với sự xuất hiện của các hợp đồng mẫu



được soạn thảo bởi các công ty lớn hay công ty độc quyền trong đó chứa đựng những điều khoản miễn trừ trách nhiệm của công ty này hoặc các điều khoản ràng buộc trách nhiệm của bên ký kết kia - thường là bên ở vị trí thế yếu. Bên ở vào vị trí thế yếu hơn không được thỏa thuận về nội dung các điều khoản cụ thể của hợp đồng, không có cơ hội lựa chọn nào hơn là phải ký kết hợp đồng đã được bên kia ấn định trước. Với yêu cầu đó, Nhà nước với tư cách là chủ thể của quyền lực công cộng, cần phải ban hành những quy định pháp luật thật nghiêm khắc hơn nữa đối với các hành vi lạm dụng quyền tự do hợp đồng mặc dù khoản 8 điều 409 BLDS đã quy định: Trường hợp bên mạnh thế đưa vào hợp đồng nội dung bất lợi cho bên yếu thế thì khi giải thích hợp đồng phải theo hướng có lợi cho bên yếu thế và sự can thiệp của Nhà nước không phải để phủ nhận vai trò ý chí của các bên mà là tránh tuyệt đối hóa nó. Sự can thiệp này nhằm giới hạn tự do hợp đồng với mục đích bảo đảm sự bình đẳng, công bằng trong quan hệ hợp đồng, bảo đảm quyền tự do hợp đồng của các chủ thể khác và lợi ích chung của toàn xã hội.

### **1.3.2. Vai trò, ý nghĩa của việc bảo đảm quyền tự do giao kết hợp đồng**

Trong nền kinh tế thị trường, với những đặc trưng và quy luật của nó, các chủ thể ở vào vị thế bình đẳng, có quyền tự do sở hữu, quyền tự do kinh doanh, tự do hợp đồng. Hợp đồng có bản chất là sự thỏa thuận giữa các chủ thể, đóng vai trò quan trọng trong sự vận hành của nền kinh tế, là hình thức pháp lý của các giao dịch dân sự, thương mại.

Về mặt kinh tế và pháp lý, việc bảo đảm quyền tự do hợp đồng có vai trò, ý nghĩa quan trọng sau:

*Một là*, với tính cách là một công cụ điều chỉnh các quan hệ tài sản, lợi ích kinh tế, hợp đồng trước hết là căn cứ để các chủ thể thực hiện các giao dịch dân sự của mình và là cơ sở để giải quyết khi phát sinh tranh chấp giữa các bên, bảo đảm trật tự trong các giao dịch dân sự. Trong đời sống pháp lý,

hợp đồng là công cụ bảo vệ các quyền tài sản của tổ chức, cá nhân; là một trong những cách thức quan trọng và phổ biến nhất để xác lập và bảo vệ quyền tài sản. Vì vậy, việc bảo vệ quyền tự do hợp đồng có ý nghĩa quan trọng đối với sự phát triển kinh tế - xã hội.

Trong các giao dịch dân sự, hợp đồng được các chủ thể sử dụng phổ biến và thông dụng, thông qua hợp đồng các bên có thể thỏa thuận với nhau bất kỳ điều gì, với bất cứ điều kiện nào, dưới bất cứ hình thức nào, miễn là pháp luật không cấm. Vì thế, bảo đảm quyền tự do hợp đồng còn nhằm bảo đảm sự bình đẳng và lợi ích của các chủ thể, là cơ sở pháp lý cho sự hợp tác.

*Hai là*, trong mối quan hệ với quyền tự do kinh doanh, quyền tự do hợp đồng là yếu tố cơ bản của quyền tự do kinh doanh. Vì vậy, việc bảo đảm quyền tự do hợp đồng cũng chính là bảo đảm quyền tự do kinh doanh được thể hiện trên thực tế. Khi quyền tự do kinh doanh thể hiện sẽ là điều kiện và động lực cho sự phát triển và tăng trưởng kinh tế.

*Ba là*, trong các giao dịch dân sự hợp đồng ngày càng trở thành phương tiện quản lý rủi ro, thông qua hợp đồng các bên đều tự nguyện cam kết thực hiện đúng, đầy đủ các quyền và nghĩa vụ của mình phát sinh từ hợp đồng, do đó nó tạo cho các chủ thể luôn ý thức được việc phải tuân thủ các điều khoản đã cam kết đó, nếu không tuân thủ bên vi phạm phải chịu trách nhiệm và phải bồi thường thiệt hại (nếu có) cho bên bị vi phạm và phải chịu các chế tài khác mà các bên đã thỏa thuận trong hợp đồng và quy định của pháp luật. Vì vậy, đối với các chủ thể, việc bảo vệ quyền tự do hợp đồng có vai trò quan trọng trong việc bảo đảm quyền tự do sở hữu, tự do kinh doanh, tự do cạnh tranh,... Trong thực tế việc bảo đảm quyền tự do hợp đồng còn có ý nghĩa quan trọng trong việc bảo vệ quyền và lợi ích của các bên chủ thể, chống lại các hành vi lạm dụng quyền tự do hợp đồng nhằm vi phạm quyền tự do hợp đồng và lợi ích của các chủ thể khác.

Về mặt xã hội, việc bảo đảm quyền tự do hợp đồng có vai trò, ý nghĩa quan trọng trong việc thực thi các quyền cơ bản của con người về dân sự, kinh tế. Trong xã hội hiện đại, hợp đồng được biết đến như một giao dịch không thể thiếu của mỗi thành viên trong xã hội có tổ chức; sử dụng điện thoại, điện nước, mua nhu yếu phẩm hàng ngày, đi du lịch, giải trí,... hầu hết các hoạt động của con người đều được thực hiện trong khuôn khổ của mỗi quan hệ khế ước. Hợp đồng ngày càng trở thành một hiện tượng hết sức phổ biến, phong phú, phức tạp trong cuộc sống hàng ngày của mỗi thành viên trong xã hội. Vì vậy, việc bảo đảm quyền tự do hợp đồng có vai trò quan trọng cho việc quản lý và thúc đẩy sự phát triển kinh tế xã hội, bảo đảm quyền tự do cơ bản của con người về dân sự, kinh tế,...

## **Chương 2**

# **NHỮNG KHÍA CẠNH CƠ BẢN CỦA QUYỀN TỰ DO GIAO KẾT HỢP ĐỒNG DÂN SỰ**

Nhằm tạo điều kiện cho các chủ thể thỏa mãn được các nhu cầu về đời sống vật chất cũng như tinh thần, BLDS cho phép mọi chủ thể được quyền tự do giao kết hợp đồng. Theo nguyên tắc này, mọi cá nhân, tổ chức đều có quyền tham gia giao kết bất kỳ một hợp đồng dân sự nào nếu họ muốn mà không ai có quyền ngăn cản. Bằng ý chí của mình, các chủ thể có quyền giao kết những hợp đồng dân sự đã được pháp luật quy định cụ thể cũng như những hợp đồng dân sự khác dù rằng pháp luật chưa quy định. Những khía cạnh cơ bản của quyền tự do giao kết hợp đồng dân sự được tác giả phân tích lần lượt dưới đây:

### **2.1. Quyền tự do tham gia giao kết hợp đồng**

#### **2.1.1. Nội dung quyền tự do tham gia giao kết hợp đồng**

Điều 4 BLDS quy định: Quyền tự do cam kết thỏa thuận trong việc xác lập quyền, nghĩa vụ dân sự được pháp luật bảo đảm, nếu cam kết, thỏa thuận đó không vi phạm điều cấm của pháp luật, không trái đạo đức xã hội. Theo quy định này thì việc tham gia giao kết, xác lập hợp đồng là sự thỏa thuận của các bên và các bên có quyền quyết định xem mình có tham gia giao kết hợp đồng hay không. Chẳng hạn như trong lĩnh vực bảo hiểm nhân thọ, trên thị trường hiện nay xuất hiện rất nhiều công ty kinh doanh bảo hiểm nhân thọ vì đối tượng của loại bảo hiểm này rất phong phú, đa dạng là tất cả mọi người không phân biệt vào lứa tuổi, giới tính, nghề nghiệp, để cung cấp các gói bảo hiểm đến với khách hàng, các doanh nghiệp kinh bảo hiểm đã tổ chức các chương trình quảng bá, chào hàng cũng như tư vấn trực tiếp đến từng người dân để họ tham gia bảo hiểm nhân thọ. Khi tiếp nhận được yêu cầu tham gia bảo hiểm, các chủ thể có thể tham gia mua các gói bảo hiểm khác nhau do các

công ty bảo hiểm cung cấp hoặc họ cũng có thể không tham gia mua các sản phẩm này và việc có tham gia mua bảo hiểm hay không là quyền của các chủ thể, Pháp luật không cho phép các công ty bảo hiểm cũng như bất kỳ các tổ chức, cá nhân nào có quyền cưỡng ép, đe dọa,... quá trình tham gia bảo hiểm của người dân. Hay trong lĩnh vực truyền hình đặc biệt là truyền hình cáp, các doanh nghiệp kinh doanh truyền hình cáp không thể bắt ép người dân để họ tham gia lắp đặt các kênh truyền hình này mà việc có tham gia hay không là quyền định đoạt của họ,... Như vậy, mọi cá nhân, tổ chức khi có đủ các điều kiện tư cách chủ thể đều có thể tham gia giao kết bất kỳ một giao dịch/ hợp đồng dân sự nào, nếu muốn. Các điều kiện về tư cách chủ thể theo quy định tại điểm a, khoản 1, điều 122 BLDS đó là: Người tham gia giao dịch có năng lực hành vi dân sự. Thuật ngữ “người” ở đây bao gồm các chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự bao gồm: Cá nhân, pháp nhân, hộ gia đình, tổ hợp tác.

- Đối với cá nhân:

Do bản chất của giao dịch dân sự là sự thống nhất ý chí và bày tỏ ý chí của chủ thể tham gia giao dịch. Chỉ những người có năng lực hành vi mới có ý chí riêng và nhận thức được hành vi của họ để có thể tự mình xác lập, thực hiện các quyền, nghĩa vụ phát sinh từ giao dịch, đồng thời phải tự chịu trách nhiệm trong giao dịch. Cho nên, giao dịch dân sự do cá nhân xác lập chỉ có hiệu lực nếu phù hợp với mức độ năng lực hành vi dân sự của cá nhân theo quy định từ điều 17 đến điều 23 BLDS.

Người từ đủ 18 tuổi trở lên có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, trừ trường hợp họ bị tòa án tuyên bố mất năng lực hành vi, tuyên bố hạn chế năng lực hành vi. Người có năng lực hành vi dân sự đầy đủ được tự do xác lập mọi giao dịch;

Người từ đủ 16 đến chưa đủ 18 có năng lực hành vi dân sự chưa đầy đủ khi xác lập, thực hiện giao dịch dân sự phải có sự đồng ý của người đại diện

theo pháp luật trừ những giao dịch nhằm phục vụ nhu cầu sinh hoạt hàng ngày phù hợp với lứa tuổi;

Người từ đủ 15 tuổi đến chưa đủ 18 tuổi được tự do tham gia các giao dịch dân sự trong phạm vi tài sản riêng mà họ có, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác;

Những người chưa đủ 6 tuổi, người mất năng lực hành vi không được phép xác lập giao dịch. Mọi giao dịch dân sự của những người này đều do người đại diện theo pháp luật xác lập, thực hiện.

- Đối với pháp nhân, hộ gia đình và tổ hợp tác:

Các chủ thể này tham gia vào giao dịch dân sự thông qua người đại diện của họ (đại diện theo pháp luật, theo ủy quyền). Người đại diện xác lập, thực hiện giao dịch dân sự nhân danh người được đại diện. Các quyền, nghĩa vụ do người đại diện xác lập làm phát sinh quyền, nghĩa vụ của pháp nhân, hộ gia đình và tổ hợp tác. Tuy nhiên, pháp nhân chỉ tham gia các giao dịch dân sự phù hợp với chức năng, nhiệm vụ của pháp nhân. Theo điều 106 BLDS thì: Hộ gia đình chỉ được tham gia các giao dịch dân sự liên quan đến quyền sử dụng đất, đến hoạt động sản xuất nông lâm, ngư nghiệp và trong một số lĩnh vực sản xuất, kinh doanh khác theo quy định của pháp luật và điều 111 BLDS: Tổ hợp tác chỉ được tham gia các giao dịch dân sự liên quan đến hoạt động sản xuất kinh doanh của tổ được xác định trong hợp đồng hợp tác. Người đại diện xác lập giao dịch dân sự làm phát sinh quyền, nghĩa vụ của pháp nhân, hộ gia đình và tổ hợp tác trong phạm vi nhiệm vụ của chủ thể đó được điều lệ hoặc pháp luật quy định.

### **2.1.2. Trường hợp ngoại lệ**

Trong quan hệ hợp đồng, các chủ thể có quyền tự do trong việc tham gia giao kết, đề nghị giao kết và chấp nhận giao kết, việc có tham gia giao kết hợp đồng hay không là do các chủ thể tự quyết định. Tuy nhiên, trong một số

trường hợp nhất định để bảo đảm trật tự công cộng, lợi ích quốc gia, quyền tự do tham gia giao kết hợp đồng bị hạn chế trong nhiều trường hợp như:

Đối với người cung cấp dịch vụ công cộng không được từ chối giao kết hợp đồng nếu còn khả năng cung cấp dịch vụ và phải mở ra cho tất cả mọi người đều có cơ hội như nhau trong việc mua hoặc sử dụng dịch vụ; Người giao kết hợp đồng không được từ chối giao kết hợp đồng vì lý do sắc tộc, tôn giáo hay quốc tịch; Thương nhân phải cung cấp hàng hoá hay dịch vụ đã quảng cáo [18].

Để giải phóng mặt bằng làm đường, quy hoạch xây dựng các khu đô thị mới, khu công nghiệp, đối với hợp đồng trung mua nhà cửa, theo đó chủ sở hữu nhà mặc dù không muốn giao kết hợp đồng nhưng cũng bị buộc phải bán nhà cho Nhà nước theo quyết định hành chính của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Trong lĩnh vực bảo hiểm, mặc dù các chủ thể có quyền tự do tham gia mua bảo hiểm với loại hình bảo hiểm tự nguyện nhưng với loại hình bảo hiểm bắt buộc thì các chủ thể phải tham gia dù muốn hay không muốn như quy định tại Nghị định số 103/2008/NĐ-CP về bảo hiểm bắt buộc trách nhiệm dân sự của chủ xe cơ giới: Chủ xe cơ giới buộc phải kí kết hợp đồng bảo hiểm trách nhiệm dân sự với công ty bảo hiểm, khoản 2 điều 31 Luật phá sản Việt Nam nghiêm cấm chủ doanh nghiệp kí kết hợp đồng bán tài sản của doanh nghiệp trong giai đoạn sau khi tòa án thụ lý hồ sơ, mở thủ tục phá sản doanh nghiệp trừ khi được sự đồng ý bằng văn bản của Thẩm phán trước khi thực hiện,...

## **2.2. Quyền tự do lựa chọn loại hợp đồng giao kết**

BLDS có quy định về 12 loại hợp đồng dân sự cụ thể đó là: Hợp đồng mua bán tài sản; hợp đồng trao đổi tài sản; hợp đồng vay tài sản; hợp đồng thuê tài sản; hợp đồng mượn tài sản; hợp đồng dịch vụ; hợp đồng vận chuyển;

hợp đồng gia công; hợp đồng gửi giữ tài sản; hợp đồng bảo hiểm và hợp đồng ủy quyền.

Như vậy, các bên trong quan hệ hợp đồng có quyền giao kết một trong số 12 loại hợp đồng đã được BLDS ghi nhận nêu trên, nhưng các bên cũng có thể giao kết với nhau bất kỳ loại hợp đồng nào mà không phụ thuộc vào việc hợp đồng đó có được quy định trong BLDS hay không vì khi có sự thỏa thuận trong hợp đồng thì sự thỏa thuận đó sẽ làm phát sinh quyền và nghĩa vụ dân sự của các bên và thỏa thuận đó phải là hợp đồng dân sự. Ví dụ: Hợp đồng môi giới, có thể nói: “Khó xác định hợp đồng môi giới thuộc loại hợp đồng nào theo cách phân loại của BLDS, mặc dù nó có những đặc điểm như hợp đồng dân sự” [18]. Điều 8 luật kinh doanh bất động sản năm 2006 quy định buộc cá nhân kinh doanh môi giới bất động sản độc lập phải đăng ký kinh doanh và có chứng chỉ môi giới bất động sản. Như vậy, nếu cá nhân tham gia môi giới bất động sản mà không có đăng ký kinh doanh thì khi có tranh chấp được xác định là quan hệ dân sự. Quan hệ dân sự cũng phát sinh các hoạt động môi giới và nó mang nhiều đặc điểm của hoạt động dịch vụ, trong khi đó BLDS lại chưa có quy định về hợp đồng môi giới.

Quyền tự do lựa chọn loại hợp đồng giao kết còn được thể hiện thể hiện ở việc các bên được giao kết những hợp đồng mà trong đó tích hợp đồng thời các yếu tố của nhiều loại hợp đồng khác nhau (hợp đồng hỗn hợp), ví dụ: hợp đồng du lịch, trong hợp đồng du lịch có thể tích hợp các yếu tố của nhiều hợp đồng khác nhau như: Hợp đồng vận chuyển hành khách (đưa khách đến địa điểm du lịch), hợp đồng thuê nhà ở (bố trí khách sạn cho khách du lịch), hợp đồng bảo hiểm (bảo hiểm sức khỏe cho khách du lịch), hợp đồng mua bán (đồ ăn, vé tham quan,...), hợp đồng dịch vụ (hướng dẫn, thuyết minh du lịch,...),... Khi phát sinh tranh chấp giữa Công ty du lịch với người du lịch thì Toà án sẽ xem xét nội dung tranh chấp liên quan đến loại hợp đồng cơ bản



nào để quyết định áp dụng các quy định của hợp đồng đó để giải quyết tranh chấp (ví dụ như các bên tranh chấp về điều kiện chỗ ở không đảm bảo thì có thể áp dụng các quy định của hợp đồng thuê nhà ở để giải quyết).

Trong thực tế các bên có thể thỏa thuận bất cứ điều khoản nào trong hợp đồng mà có thể không đặt tên cho hợp đồng đó, ví dụ: Trong quan hệ mua bán hàng hóa, các bên thỏa thuận mua bán một số hàng hóa nhất định (hàng hóa này không bị pháp luật cấm, hạn chế mua bán) và việc mua bán này được lập thành văn bản (không ghi tên hợp đồng), văn bản này vẫn được pháp luật công nhận là hợp đồng vì nó được hình thành trên cơ sở sự thỏa thuận của các bên,...

### **2.3. Quyền tự do lựa chọn đối tác hợp đồng**

#### **2.3.1. Nội dung quyền tự do lựa chọn đối tác hợp đồng**

Ngày nay, pháp luật hợp đồng quy định quyền tự do hợp đồng với ý nghĩa là nguyên tắc cơ bản trong giao dịch và bảo đảm thực hiện trong các văn bản pháp luật quan trọng của mỗi quốc gia như Bộ luật dân sự, Luật hợp đồng hay Luật Thương mại. Theo đó, nguyên tắc tự do lựa chọn đối tác ký kết hợp đồng là một nguyên tắc vô cùng quan trọng. Theo nguyên tắc này, các bên có quyền lựa chọn ký kết hợp đồng với chủ thể này và từ chối ký kết hợp đồng với chủ thể khác. Các bên có quyền tự do quyết định họ sẽ ký kết hợp đồng với ai? Họ có quyền lựa chọn ai là người sẽ bán hàng hoặc cung cấp dịch vụ cho mình, cũng như họ có quyền thỏa thuận những điều khoản cụ thể trong hợp đồng dân sự mà không một tổ chức, cá nhân nào được ngăn cản hay can thiệp vào quyền tự do lựa chọn đối tác ký kết hợp đồng của các chủ thể một cách bất hợp pháp.

Trong nền kinh tế thị trường hiện nay, các doanh nghiệp thường lựa chọn cho mình những nhà cung ứng hàng hóa, dịch vụ mang tính chất thường xuyên để đáp ứng kịp thời hoạt động kinh doanh hàng ngày của mình. Chẳng

hạn như: Công ty A hoạt động trong lĩnh vực tài chính ngân hàng muốn áp dụng hệ thống ngân hàng lõi (core banking) để phục vụ cho việc tính lãi, phạt chậm trả và các loại phí khác có liên quan đến hoạt động tín dụng khi số lượng khách hàng quá lớn và việc tính lãi bằng phương pháp thủ công không thể đáp ứng, thông qua rất nhiều nhà cung ứng hệ thống ngân hàng lõi, qua các thư chào hàng cạnh tranh của các doanh nghiệp trong nước và ngoài nước, Công ty này có thể lựa chọn cho mình một nhà cung ứng hợp lý để triển khai hệ thống phần mềm ngân hàng lõi phục vụ cho hoạt động của mình. Việc lựa chọn nhà cung ứng là quyền của Công ty A, họ có quyền lựa chọn hoặc không lựa chọn các nhà cung ứng đã gửi thư chào hàng đến và tìm các nhà cung ứng khác đáp ứng hơn trên thị trường. Ngược lại các nhà cung ứng phần mềm ngân hàng lõi cũng có quyền từ chối cung cấp sản phẩm của mình nếu thấy hoạt động kinh doanh của Công ty A chưa có hệ thống hỗ trợ triển khai được phần mềm này và một số vấn đề khác có thể ảnh hưởng đến các bản quyền phần mềm nếu cung cấp cho Công ty A,...

Tuy nhiên, để bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng, trật tự công cộng, quyền tự do lựa chọn đối tác kí kết hợp đồng phải được thực hiện không trái với quy định của pháp luật, đạo đức xã hội, trật tự công cộng, nguyên tắc quyền tự do lựa chọn đối tác ký kết hợp đồng có một số ngoại lệ nhất định.

### **2.3.2. Trường hợp ngoại lệ**

Xuất phát từ yêu cầu quản lí nhà nước, vì lợi ích chung, nhà nước có thể tác động vào quyền tự do hợp đồng trong một số lĩnh vực, ngành nghề cụ thể. Trong những trường hợp đó, pháp luật quy định các trường hợp đặc biệt, các chủ thể phải kí kết hợp đồng với một bên chủ thể là nhà nước, theo khoản 2 Điều 3 Luật kiểm soát lương thực thực phẩm của Nhật Bản thì trong trường hợp có chiến tranh xảy ra, để phân phối các nguồn dự trữ, pháp luật quy định một số đơn vị sản xuất phải bán sản phẩm của mình cho những địa chỉ nhất

định, nhất là mặt hàng lương thực, thực phẩm . Ở Trung Quốc, trên cơ sở nhu cầu của mình, Nhà nước ban hành một kế hoạch bắt buộc hoặc đơn hàng mua sắm của nhà nước, các pháp nhân và liên quan phải giao kết hợp đồng mà các quyền và nghĩa vụ của các bên được quy định trong các luật và quy định hành chính liên quan ở một số lĩnh vực kinh tế do nhà nước thực hiện chính sách độc quyền, một số hàng hóa, dịch vụ trong xã hội chỉ có thể mua từ một nhà cung cấp và thường là các doanh nghiệp thuộc khu vực kinh tế nhà nước. Tuy nhiên, để bảo vệ người tiêu dùng chống lại việc lạm dụng độc quyền nhà nước, pháp luật quy định những doanh nghiệp này có nghĩa vụ phải giao kết hợp đồng với bất kì ai có yêu cầu chính đáng trong giới hạn của hàng hóa, dịch vụ sẵn có.

Hơn nữa, để bảo vệ người yếu thế hoặc người thứ ba, hoặc bởi các lý do khác, pháp luật có thể qui định ngăn cản việc giao kết hợp đồng với một số người nhất định hoặc phải ưu tiên giao kết hợp đồng với một số người nhất định. Chúng ta thường bắt gặp các qui định này trong các vấn đề pháp lý như quy định tại điều 97 luật nhà ở về ưu tiên mua nhà đang thuê, khoản 3 điều 21 Luật doanh nghiệp năm 2005 về cổ đông sở hữu cổ phần ưu đãi biểu quyết trong công ty cổ phần không được chuyển nhượng cổ phần đó cho người khác,...

Pháp luật cạnh tranh cũng nghiêm cấm việc các doanh nghiệp thỏa thuận nhằm mục đích thực hiện độc quyền, chiếm vị trí ưu thế nổi trội trên thị trường nhằm ngăn cản, hạn chế hoặc làm sai lệch quy luật cạnh tranh trên thị trường theo điều 13 Luật cạnh tranh năm 2004; đối với các giao dịch dân sự do người đại diện ký, điều 114 khoản 5 BLDS quy định: Người đại diện không được xác lập, thực hiện các giao dịch dân sự với chính mình hoặc với người thứ ba mà mình cũng là người đại diện của người đó. Điều 77 Luật các tổ chức tín dụng năm 1997 của Việt Nam nghiêm cấm việc tổ chức tín dụng

cho các đối tượng sau vay tiền: Thành viên HĐQT, thành viên Ban kiểm soát, Giám đốc của Tổ chức tín dụng đó và người thân của họ là bố, mẹ, vợ - chồng, con, người thẩm định, người xét duyệt cho vay,...

Việc pháp luật quy định các trường hợp ngoại lệ trên xuất phát từ mục đích sau:

- Thực hiện các chính sách kinh tế của Nhà nước, bảo vệ lợi ích chung của xã hội, bảo đảm trật tự công cộng.

- Bảo vệ người thứ ba liên quan, do hoạt động thương mại thường chứa đựng nhiều rủi ro.

- Bảo đảm sự công bằng, bình đẳng và khách quan trong quan hệ hợp đồng.

## **2.4. Quyền tự do thỏa thuận nội dung hợp đồng**

### **2.4.1. Nội dung quyền tự do thỏa thuận nội dung hợp đồng**

Nội dung hợp đồng dân sự là tổng hợp các điều khoản mà các chủ thể tham gia giao kết hợp đồng đã thỏa thuận. Các điều khoản đó xác định những quyền và nghĩa vụ dân sự cụ thể của các bên trong quan hệ hợp đồng.

Tại điều 402 BLDS quy định: Tùy theo từng loại hợp đồng, các bên có thể thỏa thuận về những nội dung sau đây:

- Đối tượng của hợp đồng là tài sản phải giao, công việc phải làm hoặc không được làm;

- Số lượng, chất lượng;

- Giá, phương thức thanh toán;

- Thời hạn, địa điểm, phương thức thực hiện hợp đồng;

- Quyền, nghĩa vụ của các bên;

- Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng;

- Phạt vi phạm hợp đồng;

- Các nội dung khác.

Trong tất cả các điều khoản nói trên, có những điều khoản mà ở hợp đồng này các bên không cần thoả thuận nhưng ở một hợp đồng khác, các bên lại buộc phải thoả thuận thì hợp đồng mới được coi là giao kết. Mặt khác, ngoài những nội dung cụ thể này, các bên còn có thể thoả thuận để xác định với nhau thêm một số nội dung khác. Vì vậy, có thể phân chia các điều khoản trong nội dung hợp đồng thành 3 loại sau:

#### *2.4.1.1. Điều khoản cơ bản*

Điều khoản cơ bản là những nội dung quyết định nhất của hợp đồng, mà nếu thiếu những nội dung đó thì hợp đồng coi như chưa được giao kết, đó là những điều khoản không thể thiếu được đối với từng loại hợp đồng. Điều khoản cơ bản có thể do tính chất của từng hợp đồng quyết định hoặc do pháp luật quy định. Tùy theo từng loại hợp đồng mà điều khoản cơ bản có thể là đối tượng, giá cả, địa điểm,... Nhưng có điều khoản đương nhiên là điều khoản cơ bản, vì nếu các bên không thỏa thuận về nó thì sẽ không hình thành hợp đồng. Chẳng hạn: Điều khoản về đối tượng luôn là điều khoản cơ bản trong hợp đồng mua bán tài sản; điều khoản về số tiền vay luôn là điều khoản cơ bản trong hợp đồng vay tiền.

#### *2.4.1.2. Điều khoản thông thường*

Điều khoản thông thường là những điều khoản đã được pháp luật quy định trước. Nếu khi giao kết hợp đồng, các bên không thoả thuận những điều khoản này thì vẫn coi như 2 bên đã mặc nhiên thoả thuận và được thực hiện như pháp luật đã quy định. Khác với điều khoản cơ bản, các điều khoản thông thường không làm ảnh hưởng tới quá trình giao kết hợp đồng. Để giảm bớt những công việc không cần thiết trong giao kết hợp đồng, các bên có thể không cần thoả thuận và không cần ghi vào văn bản hợp đồng những điều khoản mà pháp luật đã quy định nhưng các bên vẫn phải thực hiện những điều khoản đó. Vì vậy, nếu có tranh chấp về những nội dung này thì quy định của

pháp luật sẽ là căn cứ để xác định quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng. Ví dụ điều 433 và khoản 2 điều 284 BLDS quy định: Địa điểm giao tài sản là động sản (đối tượng của hợp đồng mua bán) là tại cư trú của người mua nếu người mua đã trả tiền và trong hợp đồng các bên không thoả thuận về địa điểm giao tài sản.

#### *2.4.1.3. Điều khoản tùy nghi*

Điều khoản tùy nghi là những điều khoản các bên tham gia giao kết hợp đồng tự ý lựa chọn và thoả thuận với nhau để xác định quyền và nghĩa vụ dân sự của các bên. Thông qua điều khoản tùy nghi, bên có nghĩa vụ được phép lựa chọn một trong những cách thức nhất định để thực hiện hợp đồng, sao cho thuận lợi mà vẫn bảo đảm được quyền yêu cầu của bên kia.

Như vậy, khi đàm phán, kí kết hợp đồng, các bên có quyền thể hiện ý chí của mình trong việc thể hiện về quyền và nghĩa vụ của các bên cũng như nội dung các điều khoản của hợp đồng mà không bị ép buộc. Nguyên tắc này cho phép các chủ thể tự do quy định các điều kiện của hợp đồng, các bên có quyền thể hiện bất cứ nội dung gì trong hợp đồng, miễn không trái pháp luật. Theo pháp luật hợp đồng ở một số nước, các điều khoản hợp đồng do các bên ấn định và thường bao gồm các nội dung sau: Tên các bên và địa chỉ của họ, đối tượng của hợp đồng, trách nhiệm do vi phạm hợp đồng, số lượng, chất lượng, giá cả, thời gian, địa điểm thực hiện hợp đồng,... Theo điều 12 luật hợp đồng của Trung Quốc năm 1999 và điều 2.19 nguyên tắc hợp đồng thương mại quốc tế thì: Đối với các bên đã có quan hệ kinh doanh lâu dài, đã từng kí kết với nhau nhiều hợp đồng, các bên có thể áp dụng hợp đồng mẫu, tập quán hoặc thói quen thương mại nếu như giữa họ đã từng nhất trí áp dụng nhiều lần các tập quán đó trong quan hệ hợp đồng. Xuất phát từ lợi ích của mình, các bên đưa ra đề nghị giao kết hợp đồng trên cơ sở ý chí thực sự của họ, điều 4 luật hợp đồng Trung Quốc năm 1999 quy định: Mỗi bên có

quyền tự do giao kết hợp đồng theo quy định của pháp luật, không một đơn vị, cá nhân nào được can thiệp vào việc này một cách bất hợp pháp.

#### **2.4.2. Trường hợp ngoại lệ**

Để bảo vệ trật tự công cộng, đạo đức xã hội hay thực hiện các chính sách kinh tế - xã hội. Pháp luật các nước hạn chế quyền tự do thỏa thuận nội dung hợp đồng trong một số lĩnh vực sau:

*Một là, Pháp luật quy định nghĩa vụ bắt buộc của các bên trong một số hợp đồng liên quan đến lợi ích chung có ảnh hưởng đến trật tự kinh tế xã hội như:*

Pháp luật quy định buộc các bên phải tuân thủ và phải quy định trong hợp đồng những điều khoản về nghĩa vụ của các bên, ví dụ theo các điều 128, 143, 145, 148 Luật hàng không dân dụng Việt Nam năm 2006 thì đối với hợp đồng vận chuyển hàng không người vận chuyển phải có nghĩa vụ vận chuyển hàng hóa, hành khách tới nơi đến một cách an toàn theo lộ trình: Mua bảo hiểm Trách nhiệm dân sự đối với hành khách,... còn hành khách phải có nghĩa vụ tôn trọng, chấp hành đúng các quy định của bên vận chuyển và các quy định khác về bảo đảm an toàn giao thông - đây là nghĩa vụ bắt buộc trong hợp đồng; Điều 40, 41, 46 Luật điện lực Việt Nam năm 2004 quy định đối với các hợp đồng cung cấp điện, bên cung cấp điện có nghĩa vụ cung cấp điện theo phương thức an toàn, phù hợp với các tiêu chuẩn chất lượng do Nhà nước ban hành. Trong trường hợp bên cung cấp điện không cung cấp theo phương thức an toàn do Nhà nước quy định và do đó gây thiệt hại cho bên sử dụng điện thì phải chịu trách nhiệm đối với thiệt hại đó. Còn bên sử dụng điện thì phải có nghĩa vụ sử dụng điện hợp lý theo cách thức an toàn, phù hợp với các quy định của Nhà nước, nếu bên sử dụng điện không sử dụng điện theo cách thức an toàn theo quy định của Nhà nước và theo hợp đồng gây thiệt hại cho bên cung cấp điện và bên thứ 3 thì phải chịu trách nhiệm đối với thiệt hại

đó.

Đối với một số loại hàng hóa, dịch vụ nhất định, Nhà nước quy định giá chuẩn buộc các bên phải giao kết hợp đồng theo khung giá do Nhà nước quy định. Do đó, các bên phải thực hiện theo mức giá do Nhà nước quy định mà không được quyền tự do, thỏa thuận trong một số lĩnh vực ví dụ trong lĩnh vực điện lực Điều 31 Luật điện lực quy định: Biểu giá bán lẻ điện do Thủ tướng Chính phủ phê duyệt. Cơ quan điều tiết điện lực giúp Bộ trưởng Bộ Công nghiệp xây dựng biểu giá bán lẻ điện trình Thủ tướng Chính phủ phê duyệt; Khung giá phát điện, bán buôn điện và các loại phí truyền tải điện, phân phối điện, điều độ hệ thống điện, điều hành giao dịch thị trường điện lực, các phí dịch vụ phụ trợ do đơn vị điện lực có liên quan xây dựng, cơ quan điều tiết điện lực thẩm định trình Bộ trưởng Bộ Công nghiệp phê duyệt; Giá phát điện, giá bán buôn điện, giá bán lẻ điện theo hợp đồng mua bán điện có thời hạn do các đơn vị điện lực quyết định nhưng không được vượt quá khung giá, biểu giá đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt.

*Hai là, nhằm mục đích bảo đảm trật tự kinh tế xã hội, bảo vệ trật tự cạnh tranh lành mạnh, bảo vệ quyền và lợi ích của các bên, bảo vệ sự bình đẳng, công bằng, khách quan trong quan hệ hợp đồng.*

Xuất phát từ yêu cầu quản lý nhà nước, vì lợi ích chung, nhà nước có thể tác động vào quyền tự do thỏa thuận nội dung hợp đồng trong một số lĩnh vực, ngành nghề. Trong những trường hợp đó, một số hàng hóa, dịch vụ bị cấm kinh doanh, hoặc chỉ có thể mua được từ một nhà cung cấp, thường là các doanh nghiệp thuộc khu vực kinh tế nhà nước. Đối với những lĩnh vực nhất định, những hàng hóa dịch vụ nhà nước cấm kinh doanh, các chủ thể cũng không được phép kí kết hợp đồng trong những lĩnh vực đó hoặc đối với những hàng hóa, dịch vụ cấm kinh doanh.

Ví dụ: Theo pháp luật một số nước (Pháp, Trung Quốc, Việt Nam,...),



hợp đồng môi giới mại dâm hoặc mua bán một số hàng hóa như: ma túy, thuốc nổ, vũ khí,... bị coi là vô hiệu.

Trong lĩnh vực cạnh tranh, pháp luật chống độc quyền của các nước cấm bên ở thế mạnh về kinh tế đưa ra những điều khoản hợp đồng có tính chất lạm dụng để gây thiệt hại cho bên kia ở thế yếu trong quan hệ hợp đồng nhất là các điều khoản liên quan đến các nội dung như: Bán hàng kèm bán hàng theo những điều kiện phân biệt, đối xử như việc yêu cầu bên kia phải hạn chế cung cấp dịch vụ, sản xuất, mua bán hàng hóa hoặc hạn chế cơ hội mua bán hàng hóa, dịch vụ hoặc mua tín dụng từ các thương nhân khác, chỉ được bán lẻ... Để đặt các bên này vào thế bất lợi trong hợp đồng hoặc trong cạnh tranh trên thị trường; đặt điều kiện khác trong hợp đồng buộc bên kia phải thực hiện thêm các nghĩa vụ mà theo thống lệ thương mại không liên quan đến đối tượng của hợp đồng.

Bộ luật thương mại mẫu của Hoa kỳ (UCC) quy định một số nghĩa vụ hạn chế quyền tự do hợp đồng, nhằm bảo vệ sự công bằng trong quan hệ hợp đồng như: Các nghĩa vụ ngay thẳng, hợp lý, nỗ lực và thận trọng không thể bị xóa bỏ bởi thỏa thuận trong hợp đồng. Quy định một số nội dung không thể thay đổi trong hợp đồng như: Nghĩa vụ bảo hành hàng hóa,... các giao dịch hoặc các điều khoản hợp đồng liên quan đến các hành vi trên đều vô hiệu, nếu gây thiệt hại thì bên có hành vi vi phạm còn có thể phải bồi thường theo quy định.

## **2.5. Quyền tự do lựa chọn hình thức hợp đồng**

### **2.5.1. Nội dung quyền tự do lựa chọn hình thức hợp đồng**

Hình thức của hợp đồng là phương tiện để thể hiện nội dung mà các chủ thể đã xác định. Thông qua phương tiện này, các bên đối tác cũng như người thứ 3 có thể biết được nội dung của hợp đồng đã xác lập. Hình thức của hợp đồng dân sự có ý nghĩa đặc biệt quan trọng tố tụng dân sự. Nó là chứng

cứ xác nhận các quan hệ đã, đang tồn tại giữa các bên. Qua đó xác định trách nhiệm dân sự khi có hành vi vi phạm xảy ra. Tùy thuộc và nội dung, tính chất của từng hợp đồng cũng như tùy thuộc và độ tin tưởng lẫn nhau mà các bên có thể lựa chọn một hình thức nhất định trong việc giao kết hợp đồng cho phù hợp với từng trường hợp cụ thể. Tại điều 401 BLDS đã quy định: Hợp đồng dân sự có thể được giao kết bằng lời nói, bằng văn bản hoặc bằng hành vi cụ thể, khi pháp luật không quy định loại hợp đồng đó phải được giao kết bằng một hình thức nhất định. Trong trường hợp pháp luật có quy định hợp đồng phải được thể hiện bằng văn bản có công chứng hoặc chứng thực, phải đăng ký hoặc xin phép thì phải tuân theo các quy định đó. Hợp đồng không bị vô hiệu trong trường hợp có vi phạm về hình thức, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác.

Theo quy định này, các bên có thể lựa chọn một trong những hình thức sau đây để giao kết:

#### *2.5.1.1. Hình thức miệng (bằng lời nói):*

Thông qua hình thức này, các bên giao kết hợp đồng chỉ cần thoả thuận miệng với nhau về nội dung cơ bản của hợp đồng hoặc mặc nhiên thực hiện những hành vi nhất định đối với nhau. Hình thức này thường được áp dụng trong những trường hợp các bên đã có độ tin tưởng lẫn nhau (bạn bè cho nhau vay tiền) hoặc đối với những hợp đồng mà ngay sau khi giao kết sẽ được thực hiện và chấm dứt.

#### *2.5.1.2. Hình thức viết (bằng văn bản):*

- Văn bản thường

Nhằm nâng cao độ xác thực về những nội dung đã cam kết, các bên có thể ghi nhận nội dung giao kết hợp đồng bằng một văn bản. Trong văn bản đó, các bên phải ghi đầy đủ những nội dung cơ bản của hợp đồng và cùng ký tên xác nhận vào văn bản. Khi có tranh chấp, hợp đồng được giao kết bằng

hình thức văn bản tạo ra chứng cứ pháp lý chắc chắn hơn so với hình thức miệng. Căn cứ vào văn bản của hợp đồng, các bên dễ dàng thực hiện quyền yêu cầu của mình đối với bên kia. Vì vậy, đối với những hợp đồng mà việc thực hiện không cùng lúc với việc giao kết thì các bên thường chọn hình thức này. Thông thường, hợp đồng được lập thành nhiều bản và mỗi bên giữ một bản, coi như đã có trong tay một bằng chứng, chứng minh quyền dân sự của mình.

- Văn bản có chứng nhận hoặc chứng thực:

Đối với các hợp đồng có tính chất phức tạp, dễ xảy ra tranh chấp và đối tượng của nó là những tài sản mà Nhà nước cần phải quản lý, kiểm soát khi chúng dịch chuyển từ chủ thể này sang chủ thể khác thì các bên phải lập thành văn bản có công chứng, chứng thực. Hợp đồng được lập ra theo hình thức này có giá trị chứng cứ cao nhất. Vì vậy, đối với những hợp đồng mà pháp luật không yêu cầu phải lập theo hình thức này nhưng để quyền lợi của mình được bảo đảm, các bên vẫn có thể lựa chọn hình thức này để giao kết hợp đồng.

#### *2.5.1.3. Hình thức bằng hành vi:*

Hợp đồng dân sự có thể được xác định thông qua những hành vi nhất định theo quy ước định trước, ví dụ: Mua nước ngọt bằng máy tự động, chụp ảnh bằng máy tự động, gọi điện thoại tự động, ... Đây là hình thức giản tiện nhất của giao dịch. Hợp đồng có thể được xác lập thông qua hình thức này mà không nhất thiết phải có sự hiện diện đồng thời của tất cả các bên tại nơi giao kết. Hình thức này ngày càng trở nên phổ biến nhất là tại những quốc gia có nền công nghiệp tự động hoá phát triển.

Như vậy, hình thức của hợp đồng dân sự tương đối đa dạng, tạo điều kiện cho các chủ thể ký kết thuận tiện. Nó có thể là hình thức thể hiện thỏa thuận của các bên bằng lời nói, hành vi hoặc bằng văn bản. Hình thức của hợp đồng có ý nghĩa đặc biệt quan trọng trong tố tụng. Nó là chứng cứ xác nhận

các quan hệ hợp đồng đã, đang giữa các bên, từ đó xác định trách nhiệm khi có vi phạm hợp đồng xảy ra.

Theo nguyên tắc tự do thỏa thuận, các bên có quyền xác lập hợp đồng dưới bất kỳ hình thức nào theo cách mà họ muốn chỉ cần đạt được sự thỏa thuận thống nhất ý chí của các bên là hợp đồng coi như đã hình thành và sự thỏa thuận hợp đồng không phải theo một công thức nào, người ta có thể lập hợp đồng bằng cách trao đổi văn bản, thư từ truyền thống, bằng điện tín, điện thoại, qua mạng Internet và các phương tiện điện tử khác. Trong đó, hình thức bằng văn bản được pháp luật các nước đề cập không chỉ là văn bản viết theo quan niệm truyền thống mà bao gồm cả thông điệp dữ liệu điện tử. Ngày nay, với sự phát triển của công nghệ thông tin và thời đại công nghệ số, sự phát triển của thương mại điện tử bằng việc thực hiện các hợp đồng thông qua các phương tiện điện tử, mạng Internet... trên phạm vi toàn cầu đã đặt ra yêu cầu cần loại bỏ các rào cản pháp lý của pháp luật hợp đồng ảnh hưởng đến sự phát triển của thương mại điện tử. Do vậy, Pháp luật hợp đồng của các nước coi hình thức thông tin điện tử có giá trị pháp lý tương đương văn bản viết truyền thống trong giao kết hợp đồng.

Theo nguyên tắc tự do giao kết hợp đồng, hiệu lực hợp đồng không bị ràng buộc bởi các yêu cầu về hình thức vì các bên được tự do lựa chọn phương thức lưu giữ ý chí chung, nguyên tắc này cũng gián tiếp công nhận sự hình thành, sửa đổi, hạn chế, chấm dứt hợp đồng bằng thỏa thuận giữa các bên. Trong quá trình ký kết hợp đồng, nhất là đối với các hợp đồng phức tạp đòi hỏi sự đàm phán kỹ lưỡng và kéo dài, nếu hai bên chưa thỏa thuận về hình thức cụ thể của hợp đồng thì hợp đồng chưa được giao kết.

Tuy nhiên, tại một số nước quy định các trường hợp ngoại lệ, đối với một số hợp đồng nhất định, Pháp luật quy định điều kiện hình thức hợp đồng được coi là yêu cầu bắt buộc về hiệu lực hợp đồng, nội dung này được tác giả

phân tích dưới đây.

### **2.5.2.Trường hợp ngoại lệ**

- Về điều kiện hình thức hợp đồng

Xuất phát từ mục đích bảo vệ trật tự công cộng, bảo vệ lợi ích của người thứ ba hoặc nhằm bảo đảm giá trị chứng cứ khi phát sinh tranh chấp, Pháp luật hợp đồng quy định một số trường hợp ngoại lệ đối với nguyên tắc tự do lựa chọn hình thức hợp đồng đó là:

Một số loại hợp đồng phải được thiết lập bằng văn bản hoặc được giao kết theo thủ tục chặt chẽ. Pháp luật hợp đồng các nước đều thừa nhận “hình thức văn bản” bao gồm các dạng như: Thông điệp điện tử (bao gồm: điện báo, telex, Fax, thư điện tử...) có khả năng biểu hiện nội dung dưới một hình thức hữu hình theo quy định tại điều 13 Công ước của Liên hợp quốc về Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế.

Việc quy định giao kết hợp đồng bằng văn bản có mục đích tạo bằng chứng về hợp đồng được giao kết, tạo ra các chuẩn mực và bảo đảm thận trọng khi giao kết hợp đồng đồng thời nó cũng nhằm bảo vệ quyền lợi các bên, tránh hiện tượng lừa dối, bội ước trong quá trình thực hiện hợp đồng... Hiện nay, pháp Việt Nam quy định những loại hợp đồng buộc phải giao kết bằng hình thức văn bản thường là các hợp đồng có giá trị lớn, hợp đồng dài hạn, hợp đồng ký kết trong một số lĩnh vực đặc thù như: Hợp đồng kinh doanh bất động sản quy định tại khoản 3 điều 67 Luật kinh doanh bất động sản năm 2006; Hợp đồng Tín dụng quy định tại điều 51 luật các tổ chức tín dụng,...

Pháp luật một số nước trên thế giới cũng quy định một số hợp đồng bắt buộc phải được lập thành văn bản như: Điều 1642 Bộ luật dân sự Bang California của Hoa Kỳ quy định: Các hợp đồng có thời hạn vượt quá 1 năm kể từ ngày ký, các hợp đồng liên quan đến bất động sản (thuê, mua bán, môi

giới...), hợp đồng liên quan đến tài sản cá nhân có giá trị trên 5000 Đô la... phải lập thành văn bản; Điều 11 Luật hợp đồng của Trung Quốc năm 1999 cũng quy định: Một hợp đồng phải được thiết lập bằng văn bản nếu Pháp luật hoặc quy định hành chính liên quan yêu cầu, cụ thể Điều 197 quy định hợp đồng vay tiền, điều 215 quy định hợp đồng cho thuê có thời hạn từ 6 tháng trở lên, điều 270 quy định hợp đồng đối với các công trình xây dựng phải được lập thành văn bản; Điều 1320 Luật hợp đồng của Indonexia quy định hợp đồng tặng cho Bất động sản, hợp đồng thành lập Công ty phải được lập thành văn bản và có chứng thực,...

Ngoài ra, điều kiện hình thức hợp đồng mà pháp luật đề cập cần phải được giao kết theo một thủ tục chặt chẽ theo quy định của pháp luật. Các thủ tục này thường bao gồm: Đăng ký hợp đồng; phê chuẩn hợp đồng bởi cơ quan có thẩm quyền hoặc phải được công chứng, chứng thực ví dụ: hợp đồng mua bán hoặc hợp đồng thuê bất động sản phải được lập thành văn bản và công chứng thực. Việc quy định thủ tục giao kết hợp đồng có ý nghĩa trong việc thực hiện quản lý Nhà nước đối với một số lĩnh vực nhất định hoặc nhằm bảo đảm tính công khai của nội dung hợp đồng.

- Về ảnh hưởng của điều kiện hình thức đối với hiệu lực của hợp đồng

Về nguyên tắc, hiệu lực của hợp đồng không phụ thuộc vào hình thức hợp đồng. Theo nguyên tắc tự do ý chí, hợp đồng có hiệu lực khi các bên đạt được sự thỏa thuận về nội dung hợp đồng. Nguyên tắc này được hầu hết hệ thống pháp luật thừa nhận. Tuy nhiên, xuất phát từ những lý do đã nêu trên, một số nước quy định các trường hợp ngoại lệ, đối với một số hợp đồng nhất định pháp luật quy định hình thức hợp đồng là điều kiện có hiệu lực của hợp đồng. Đây là các trường hợp liên quan đến hợp đồng mà việc đạt được thỏa thuận đủ để bảo đảm cho hợp đồng có hiệu lực. Trường này pháp luật quy định thỏa thuận của các bên muốn có hiệu lực phải: Thể hiện dưới hình thức

văn bản; tuân theo những thủ tục nhất định. Các hợp đồng phải tuân thủ điều kiện này thường được quy định cụ thể trong các văn bản về hợp đồng của các nước, có những loại hợp đồng chỉ cần được thực hiện bằng văn bản nhưng có những loại hợp đồng phải tuân theo các điều kiện trên.

Theo quy định hiện hành của pháp luật Việt Nam, thì những hợp đồng dưới đây bắt buộc phải được cơ quan có thẩm quyền công chứng hoặc chứng thực:

- Hợp đồng mua bán nhà ở, trừ trường hợp bên bán nhà ở là tổ chức có chức năng kinh doanh nhà ở quy định tại Điều 450 của Bộ luật Dân sự năm 2005 và điểm b, khoản 3, Điều 93 của Luật Nhà ở năm 2005;

- Hợp đồng tặng cho nhà ở hoặc bất động sản khác phải đăng ký quyền sở hữu, trừ bên tặng cho nhà ở là tổ chức quy định tại khoản 1, Điều 467 của Bộ luật Dân sự năm 2005; điểm d, khoản 3, Điều 93 của Luật Nhà ở năm 2005;

- Hợp đồng thuê nhà ở từ 6 tháng trở lên, trừ trường hợp thuê nhà công vụ, thuê mua nhà ở xã hội và bên cho thuê nhà ở là tổ chức có chức năng kinh doanh nhà ở quy định tại điều 492 của Bộ luật Dân sự năm 2005; điểm b và c, khoản 3, Điều 93 của Luật Nhà ở năm 2005; khoản 4, Điều 62, Nghị định số 90/2006/NĐ-CP ngày 06-9-2006 của Chính phủ Quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật Nhà ở.

- Hợp đồng đổi, cho mượn, cho ở nhờ, uỷ quyền quản lý nhà ở quy định tại khoản 3, Điều 93 của Luật Nhà ở năm 2005;

- Hợp đồng thế chấp nhà ở quy định tại khoản 3, Điều 93 của Luật Nhà ở năm 2005;

- Hợp đồng chuyển đổi, chuyển nhượng quyền sử dụng đất quy định tại khoản 1, Điều 689 của Bộ luật Dân sự năm 2005; điểm b, khoản 1, Điều 126; điểm b, khoản 1, Điều 127 của Luật Đất đai năm 2003;

- Hợp đồng thuê quyền sử dụng đất quy định tại điểm b, khoản 1, Điều 128 của Luật Đất đai năm 2003;
- Hợp đồng tặng cho quyền sử dụng đất quy định tại điểm b, khoản 1, Điều 129 của Luật Đất đai;
- Hợp đồng thế chấp (bảo lãnh) bằng quyền sử dụng đất quy định tại điểm a, khoản 1, Điều 130 của Luật Đất đai năm 2003;
- Hợp đồng góp vốn bằng quyền sử dụng đất quy định tại điểm a, khoản 1, Điều 131 của Luật Đất đai năm 2003;
- Trong trường hợp hợp đồng được lập thành văn bản, được công chứng, chứng thực, đăng ký hoặc cho phép thì việc sửa đổi hợp đồng cũng phải tuân theo hình thức đó quy định tại khoản 2, Điều 423 của Bộ luật Dân sự năm 2005.

Như vậy, Pháp luật hợp đồng của các nước đều công nhận nguyên tắc tự do xác lập hình thức hợp đồng. Tuy nhiên, đối với một số loại hợp đồng pháp luật quy định phải tuân thủ theo những hình thức nhất định. Việc quy định điều kiện hình thức hợp đồng bằng văn bản trên cơ sở tôn trọng tối đa quyền tự do, tự nguyện thỏa thuận của các bên. Quy định này vừa bảo đảm nguyên tắc tự do hợp đồng đồng thời vẫn thể hiện sự tác động của Pháp luật vào hình thức hợp đồng ở mức độ nhất định, nhằm đạt được những mục đích cơ bản mà các nhà làm luật đã đưa ra.

## **2.6. Quyền tự do lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp**

### **2.6.1. Nội dung quyền tự do lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp**

Theo nguyên tắc tự nguyện bắt buộc của hợp đồng, sau khi hợp đồng được giao kết hợp pháp các bên có trách nhiệm nghiêm túc thực hiện nghĩa vụ đã cam kết. Tuy nhiên, quá trình thực hiện hợp đồng luôn tiềm ẩn những vi phạm nghĩa vụ hợp đồng, nhất là đối với các hợp đồng dài hạn. Do đó, có thể là hành vi không thực hiện hợp đồng, thực hiện không đúng không đầy đủ



nghĩa vụ hợp đồng làm cho lợi ích của bên kia có nguy cơ bị xâm hại dẫn đến tranh chấp.

Tranh chấp hợp đồng là sự mâu thuẫn, bất đồng ý kiến lợi ích giữa các bên liên quan đến việc thực hiện các quyền và nghĩa vụ theo thỏa thuận hợp đồng. Tranh chấp hợp đồng là một loại tranh chấp dân sự. Do tính chất của hợp đồng phát sinh trực tiếp từ các quan hệ dân sự nên theo nguyên tắc tự do ý chí, việc giải quyết tranh chấp thuộc quyền định đoạt của các bên. Theo nguyên tắc này, các bên trong hợp đồng có quyền lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp, cơ quan giải quyết tranh chấp, địa điểm giải quyết tranh chấp,...

Xuất phát từ yêu cầu bảo vệ quyền và lợi ích của các bên, bảo đảm trật tự công cộng, phòng ngừa vi phạm hợp đồng nên việc giải quyết tranh chấp hợp đồng phải chính xác, đúng pháp luật, bảo đảm công bằng và công lý và phải bảo đảm các yêu cầu sau: Nhanh chóng, thuận lợi, không làm hạn chế, cản trở các giao dịch dân sự, khôi phục và duy trì các quan hệ hợp tác tín nhiệm giữa các bên, giữ bí mật kinh doanh và bảo đảm hiệu quả kinh tế (ít tốn kém).

Để bảo đảm quyền tự do hợp đồng và lợi ích các bên trong việc giải quyết tranh chấp hợp đồng, Pháp luật các nước đều quy định các bên có quyền lựa chọn giải quyết tranh chấp thông qua một trong các phương thức sau:

#### *2.6.1.1. Thương lượng*

Thương lượng là hình thức giải quyết tranh chấp mà không cần đến vai trò của một chủ thể thứ 3. Đặc điểm cơ bản của thương lượng là các bên công khai trình bày, phát biểu quan điểm, chính kiến, bàn bạc các biện pháp thích hợp và đi đến thỏa thuận giải quyết các bất đồng trong quá trình thực hiện hợp đồng. Kết quả của thương lượng thường là thỏa thuận về những giải pháp cụ

thể nhằm tháo gỡ những bế tắc hoặc bất đồng phát sinh giữa các bên trong quá trình thực hiện hợp đồng và được các bên tự nguyện thực hiện.

#### *2.6.1.2. Hòa giải*

Hòa giải là hình thức giải quyết tranh chấp mà trong đó có sự tham gia của bên thứ 3 độc lập do hai bên cùng chấp nhận hay chỉ định làm vai trò trung gian để hỗ trợ các bên nhằm tìm kiếm những giải pháp thích hợp cho việc giải quyết tranh chấp. Hòa giải là giải pháp mang tính chất tự nguyện tùy thuộc vào sự lựa chọn của các bên. Bên thứ 3 không phải là người đại diện của bất kỳ bên nào và cũng không có quyền quyết định, phán quyết như một trọng tài vụ việc. Khi thống nhất phương án giải quyết tranh chấp, các bên phải tự nguyện thực hiện các cam kết đã đạt được. Hòa giải có thể được thực hiện dưới nhiều hình thức hòa giải trung gian, đây là việc các bên giải quyết tranh chấp với sự hỗ trợ, giúp đỡ của người thứ 3 (gọi là trung gian hòa giải). Người hòa giải có thể là cá nhân tổ chức theo sự lựa chọn của các bên.

Hình thức giải quyết tranh chấp thông qua hòa giải có các ưu điểm sau:

- Phương thức giải quyết đơn giản, không bị ràng buộc bởi các thủ tục pháp lý, ít tốn kém giữ được bí mật kinh doanh và giữ được quan hệ hợp tác cũng như uy tín của các bên.

- Khi các bên hòa giải thành thì sẽ không có kẻ thắng, người thua và quan hệ hợp tác giữa các bên được tiếp tục duy trì.

- Các bên dễ dàng kiểm soát được việc cung cấp các chứng cứ, thông qua đó giữ được bí mật kinh doanh.

Hòa giải được xuất phát từ sự tự nguyện của các bên nên tính khả thi của kết luận giải quyết tranh chấp cao, được các bên nghiêm túc thực hiện.

Tuy nhiên, hòa giải cũng có mặt hạn chế nhất định, đó là trường hợp hòa giải không thành thì tranh chấp vẫn chưa được giải quyết. Trường hợp này sẽ làm tốn kém thời gian, công sức, chi phí của các bên. Nếu một bên

không có thiện chí cũng có thể lợi dụng hình thức này để kéo dài thời gian giải quyết nhằm trì hoãn thực hiện nghĩa vụ... Vì vậy, khi việc giải quyết tranh chấp thông qua hòa giải không thành tranh chấp sẽ được đưa ra giải quyết thông qua Trọng tài thương mại và Tòa án.

#### *2.6.1.3. Trọng tài thương mại*

Trọng tài thương mại là phương thức giải quyết tranh chấp theo đó các bên thỏa thuận rằng sẽ đưa những tranh chấp đã hoặc sẽ phát sinh giữa họ ra giải quyết tại Trọng tài. Trọng tài sau khi xem xét sự việc sẽ đưa ra phán quyết có giá trị cưỡng chế thi hành đối với các bên. Hình thức giải quyết tranh chấp này giống thương lượng, hòa giải ở chỗ bắt nguồn từ sự tự nguyện thỏa thuận của các bên (để được Trọng tài thụ lý, giải quyết tranh chấp các bên phải có thỏa thuận Trọng tài). Nhưng Trọng tài khác thương lượng, hòa giải ở chỗ, Trọng tài là cơ quan tài phán, quyết định giải quyết tranh chấp của Trọng tài là chung thẩm, có giá trị cưỡng chế thi hành án đối với các bên.

Pháp luật các nước đều quy định Trọng tài là một tổ chức xã hội nghề nghiệp (phi Chính phủ) được tổ chức dưới hai hình thức: Trọng tài thương mại thường trực và Trọng tài thương mại theo vụ việc. Trọng tài vụ việc là hình thức Trọng tài được các bên lập ra để giải quyết một tranh chấp cụ thể và sẽ giải tán khi giải quyết xong tranh chấp đó. Các bên có quyền lựa chọn hình thức Trọng tài để giải quyết tranh chấp của mình.

Điều kiện để đưa tranh chấp ra giải quyết tại Trọng tài thương mại là: Trước hoặc sau khi xảy ra tranh chấp các bên có thỏa thuận trọng tài được lập thành văn bản có thể là điều khoản về Trọng tài trong hợp đồng hoặc là một văn bản riêng thỏa thuận về Trọng tài. Trong trường hợp các bên đã có thỏa thuận về Trọng tài thì Tòa án không thụ lý giải quyết tranh chấp trừ trường hợp thỏa thuận Trọng tài vô hiệu.

Giải quyết tranh chấp thông qua Trọng tài có ưu điểm là: Tôn trọng

quyền tự do, tự nguyện thỏa thuận của các bên trong quá trình giải quyết tranh chấp thông qua việc lựa chọn Trọng tài viên, bảo đảm việc giải quyết tranh chấp nhanh chóng, hạn chế việc tiết lộ bí mật kinh doanh, giữ uy tín của các bên. Tuy nhiên, nó có hạn chế là tính cưỡng chế của phán quyết Trọng tài không cao bằng hình thức thông qua Tòa án.

#### *2.6.1.4. Tòa án*

Tòa án là hình thức giải quyết tranh chấp thông qua tổ tụng tư pháp. Có những nước các tranh chấp thương mại thuộc thẩm quyền của Tòa án với tư cách là một tòa chuyên trách trong hệ thống Tòa án như: Đức, Pháp... có thẩm quyền giải quyết sơ thẩm tranh chấp thương mại. Có nước quy định tranh chấp thuộc thẩm quyền của Tòa án thường trực như: Hoa Kỳ, Nhật, Thái Lan...cho dù Tòa án thương mại hay Tòa án thường các bên đều giải quyết tranh chấp bằng tổ tụng tư pháp. Nếu bản án sơ thẩm bị kháng cáo, kháng nghị, vụ án sẽ được xét xử theo thủ tục phúc thẩm.

Việc giải quyết thông qua thủ tục tư pháp là cơ sở cho quyền tự do, tự nguyện thỏa thuận của các bên. Pháp luật quy định trong quá trình giải quyết tranh chấp tại Tòa án các bên vẫn có cơ hội thỏa thuận với nhau (hòa giải trong thủ tục tổ tụng). Khi các bên thỏa thuận được với nhau, Tòa án sẽ ra quyết định công nhận sự thỏa thuận của các bên và có giá trị cưỡng chế thi hành đối với các bên. Trong trường hợp hòa giải không thành, thì Tòa án mới tiến hành việc giải quyết tranh chấp.

Việc giải quyết tranh chấp thông qua Tòa án có ưu điểm sau: Do cơ quan xét xử đại diện cho quyền lực tư pháp của Nhà nước nên bản án của Tòa án mang tính chất cưỡng chế thi hành đối với các bên; với nguyên tắc hai cấp xét xử, những sai sót trong quá trình giải quyết tranh chấp có khả năng được phát hiện và khắc phục.

Tuy nhiên, hình thức giải quyết này có nhược điểm là thủ tục phức tạp,

trải qua quá nhiều khâu, thời gian giải quyết tranh chấp bị kéo dài...

Như vậy, có thể thấy cơ chế giải quyết tranh chấp hợp đồng được pháp luật quy định rất mềm dẻo trên cơ sở tôn trọng quyền tự do, tự nguyện thỏa thuận của các bên. Pháp luật không quy định các bên phải tuân thủ một phương thức nào. Các bên có quyền lựa chọn một trong các phương thức giải quyết phù hợp nhằm bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của mình. Cơ quan thứ 3 mà các bên yêu cầu đứng ra giải quyết tranh chấp đối với phương thức hòa giải có thể là bất kỳ cá nhân, tổ chức nào mà các bên nhận thấy có thể đáp ứng được; đối với trọng tài thương mại các bên có thể lựa chọn các trung tâm Trọng tài trong và ngoài nước để giải quyết tranh chấp của mình mà không bị giới hạn các điều kiện về phạm vi lãnh thổ,...

#### **2.6.2. Trường hợp ngoại lệ**

Pháp luật Việt Nam thừa nhận nguyên tắc quyền tự do lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp của các bên trong hợp đồng. Tuy nhiên, trong một số trường hợp cụ thể nguyên tắc này có một số hạn chế sau:

Đối với phương thức giải quyết tranh chấp bằng con đường Trọng tài thì Trọng tài chỉ thụ lý những tranh chấp phát sinh trong hoạt động thương đó là các hoạt động quy định tại khoản 3 điều 2 Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 như: Mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ; phân phối; đại diện, đại lý thương mại; ký gửi; thuê, cho thuê; thuê mua; xây dựng; tư vấn; kỹ thuật; li-xăng; đầu tư; tài chính, ngân hàng; bảo hiểm; thăm dò, khai thác; vận chuyển hàng hoá, hành khách bằng đường hàng không, đường biển, đường sắt, đường bộ và các hành vi thương mại khác theo quy định của pháp luật. Các tranh chấp phát sinh trong lĩnh vực khác, các bên phải đưa tranh chấp ra giải quyết tại Tòa án hoặc tự thương lượng, đàm phán hoặc qua trung gian hòa giải.

Đối với phương thức giải quyết tranh chấp qua Tòa án, trong một số

trường hợp pháp luật quy định những thủ tục nhất định và nếu các bên không tiến hành các thủ tục đó thì Tòa án sẽ không thụ lý để giải quyết vụ án, ví dụ như: Đối với tranh chấp liên quan đến đất đai, nhà ở, theo quy định tại Điều 135 và Điều 136 Luật Đất đai năm 2003 thì tranh chấp đất đai nhất thiết phải qua hòa giải tại Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn nơi có đất tranh chấp. Tranh chấp đất đai đã được hòa giải tại Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn (sau đây gọi tắt là UBND cấp xã) mà một bên hoặc các bên đương sự không nhất trí, thì họ có quyền khởi kiện đến Tòa án nhân dân có thẩm quyền để yêu cầu giải quyết nếu tranh chấp thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án nhân dân theo quy định tại Điều 136. Theo quy định này thì kể từ ngày 01-7-2004 trở đi, Tòa án chỉ thụ lý, giải quyết tranh chấp đất đai, nếu tranh chấp đất đai đã được hòa giải tại UBND cấp xã mà một bên hoặc các bên đương sự không nhất trí và khởi kiện đến Tòa án. Trong trường hợp đương sự nộp đơn khởi kiện yêu cầu Tòa án thụ lý, giải quyết tranh chấp đất đai mà tranh chấp đó chưa qua hòa giải tại UBND cấp xã, thì Tòa án trả lại đơn khởi kiện cho đương sự và hướng dẫn cho họ thực hiện theo quy định tại Điều 135 và Điều 136 Luật Đất đai năm 2003 và hướng dẫn tại Điều 159 Nghị định 181 /2004/ NĐ-CP của Chính phủ hướng dẫn thi hành Luật Đất đai năm 2003 như sau: Các bên tranh chấp đất đai phải chủ động gặp gỡ để tự hoà giải, nếu không thoả thuận được thì thông qua hoà giải ở cơ sở để giải quyết tranh chấp đất đai. Trường hợp các bên tranh chấp không hoà giải được thì gửi đơn đến UBND xã, phường, thị trấn nơi có đất tranh chấp để hoà giải. Việc hoà giải phải được lập thành biên bản có chữ ký của các bên và có xác nhận hoà giải thành hoặc hoà giải không thành của UBND xã, phường, thị trấn.

### **Chương 3**

## **THỰC TIỄN ÁP DỤNG PHÁP LUẬT VỀ QUYỀN TỰ DO GIAO KẾT HỢP ĐỒNG DÂN SỰ Ở VIỆT NAM VÀ NHỮNG KIẾN NGHỊ**

### **HOÀN THIỆN**

#### **3.1. Thực tiễn áp dụng pháp luật về quyền tự do giao kết hợp đồng dân sự**

Thoát ra từ một nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung, quan liêu bao cấp, nơi mà Nhà nước cố gắng can thiệp tối đa vào mọi quan hệ xã hội, Việt Nam hiện nay đang xây dựng nền kinh tế thị trường theo định hướng XHCN với những ý tưởng tốt đẹp về tự do kinh doanh. Cho nên, đề cao tự do hợp đồng có ý nghĩa thực tiễn rất lớn trong việc xoá bỏ cơ chế kinh tế cũ, thúc đẩy tự do kinh doanh. Về thực tiễn áp dụng pháp luật quyền tự do giao kết hợp đồng dân sự ở Việt Nam, Tác giả đi sâu phân tích một số khía cạnh của quyền tự do giao kết hợp đồng dưới đây:

##### **3.1.1. Về quyền tự do tham gia giao kết hợp đồng**

Quyền tự do tham gia giao kết hợp đồng cho phép mọi cá nhân, tổ chức khi có đủ các điều kiện tư cách chủ thể đều có thể tham gia giao kết bất kỳ một hợp đồng dân sự nào nếu muốn. Tuy nhiên, trong một số trường hợp để bảo đảm trật tự công cộng, pháp luật quy định bắt buộc các chủ thể phải tham gia giao kết hợp đồng dù muốn hay không giao kết, ví dụ như trong hoạt động giải phóng mặt bằng để làm đường, quy hoạch đất đai xây dựng các khu chung cư,... Theo đó, các chủ thể bắt buộc phải tham gia ký kết thỏa thuận giải phóng mặt bằng theo quyết định hành chính của cơ quan Nhà nước có thẩm quyền. Trong trường hợp các chủ thể không thực hiện các thủ tục để giải phóng mặt bằng thì cơ quan Nhà nước có thẩm quyền sẽ tiến hành các biện pháp cưỡng chế.

Liên quan đến công tác giải phóng mặt bằng tại thủ đô Hà Nội, tính đến ngày 30-6-2010, toàn thành phố triển khai 931 dự án đầu tư, phải thu hồi 10.845ha đất của gần 186.000 tổ chức, hộ gia đình, đã có 128 dự án đã hoàn thành giải phóng mặt bằng, trong đó có 63 dự án xong hoàn toàn và 65 dự án bàn giao một phần diện tích theo phân kỳ đầu tư. So với cùng kỳ năm trước, số dự án đã hoàn thành tăng 1,5 lần, diện tích thu hồi tăng 2 lần, số tiền chi trả tăng 3,7 lần [43].

Tuy nhiên, giải phóng mặt bằng là vấn đề khó, liên quan đến quyền lợi của nhân dân, các địa phương cần vận động tuyên truyền người dân chấp hành đúng chủ trương chính sách của Nhà nước, nếu một bộ phận cố tình dây dưa, không chấp hành thì phải tiến hành các thủ tục cưỡng chế.

Diễn hình là việc cưỡng chế 10 hộ dân không chịu nhận tiền bồi thường để bàn giao mặt bằng triển khai dự án đường Lê Văn Lương ngày 6/8/2010 - dự án đường Lê Văn Lương kéo dài 2,7 km đi qua địa phận quận Hà Đông, quận Thanh Xuân và huyện Từ Liêm. Đây là công trình trọng điểm thành phố Hà Nội chỉ đạo phải hoàn thành vào dịp kỷ niệm 1000 năm Thăng Long – Hà Nội. Công trình được thi công cuốn chiếu ngay khi có mặt bằng, tuy nhiên hiện dự án đang phải chậm lại do 9 hộ dân ở huyện Từ Liêm không chịu nhận tiền bồi thường đất nông nghiệp và một hộ không chịu di dời nhà ở. Các hộ này yêu cầu được thỏa thuận giá bồi thường với chủ đầu tư. Theo quy định của Nhà nước thì những dự án trọng điểm quốc gia như dự án đường Lê Văn Lương xây dựng bằng vốn ngân sách nhà nước thì khi thu hồi đất giải phóng mặt bằng không áp dụng phương án thỏa thuận giá và ngày 26/5, các đơn vị chức năng huyện Từ Liêm đã hoàn thành việc tổ chức cưỡng chế giải phóng mặt bằng đối với 3



trường hợp liên quan đến nút giao cầu vượt Phú Đô thuộc dự án đầu tư xây dựng mở rộng đường Láng - Hòa Lạc. 600m<sup>2</sup> đất bị cưỡng chế đợt này nằm trong tổng số 24 ha đất của công trình cầu vượt Phú Đô do 3 hộ dân thuộc xóm 1 và 3 thôn Phú Đô, xã Mỹ Trì quản lý sử dụng. Trước đó, cơ quan chức năng đã vận động, thuyết phục và giải thích rõ chế độ, chính sách,... song các trường hợp này đều cố tình không hợp tác, không nhận tiền đền bù hỗ trợ để bàn giao mặt bằng cho đơn vị thi công [44, 45].

### **3.1.2. Về quyền tự do thỏa thuận nội dung hợp đồng**

Trong pháp luật hợp đồng ở Việt Nam, quyền này của các chủ thể kinh tế được quy định tại Khoản 1 Điều 139 BLDS năm 2005. Theo quy định này, việc giao kết hợp đồng phải tuân theo nguyên tắc sau: Tự do giao kết hợp đồng nhưng không trái với Pháp luật, đạo đức xã hội. Điều 11 Luật thương mại năm 2005 khẳng định nguyên tắc tự do, tự nguyện thỏa thuận trong hoạt động thương mại: Các bên có quyền tự do thỏa thuận không trái với các quy định của Pháp luật, thuần phong mỹ tục và đạo đức xã hội để xác lập các quyền và nghĩa vụ của các bên trong hoạt động thương mại. Nhà nước tôn trọng và bảo vệ các quyền đó. Trong hoạt động thương mại các bên hoàn toàn tự nguyện, không bên nào được thực hiện hành vi áp đặt, cưỡng ép, đe dọa, ngăn cản bên nào. Theo quy định này, các chủ thể kinh tế có quyền tự quyết định việc đưa ra đề nghị giao kết hợp đồng, nội dung đề nghị giao kết hợp đồng, thay đổi, rút lại đề nghị giao kết hợp đồng, hủy bỏ giao kết hợp đồng theo quy định của pháp luật. Nội dung này được BLDS năm 2005 quy định tại các Điều 392, 393. Các bên cũng có quyền sửa đổi, chấp nhận hoặc không chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng được đưa ra bởi bên kia quy định tại điều 395 và 396 BLDS. Tuy nhiên, xuất phát từ yêu cầu bảo đảm trật tự công của xã hội, Pháp luật quy định tự do hợp đồng trong pháp luật chuyên ngành

phải bảo đảm các điều kiện sau:

*Một là*, nội dung không trái các quy định của pháp luật, theo quy định tại điều 128 BLDS điều cấm của pháp luật là những quy định của pháp luật không cho phép chủ thể thực hiện hành vi nhất định những hành vi đó bao gồm:

- Các hàng hóa, dịch vụ cấm kinh doanh theo quy định của Luật Thương mại được quy định tại các điều 4, điều 5 Nghị định số 59/2006/NĐ-CP ngày 12/6/2006 của Chính Phủ quy định chi tiết Luật thương mại về hàng hóa, dịch vụ cấm kinh doanh, hạn chế kinh doanh và kinh doanh có điều kiện.

- Các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm theo quy định của luật cạnh tranh: Điều 8, Điều 9, Điều 13, Điều 14 quy định về các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm, các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, hành vi tập chung kinh tế bị cấm.

- Các Hợp đồng bị cấm theo quy định của luật phá sản: Điều 31 Khoản 2 quy định về việc ký kết hợp đồng của doanh nghiệp bị quyết định mở thủ tục phá sản phải có sự đồng ý bằng văn bản của Thẩm phán; Điều 43 quy định các trường hợp giao dịch của doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản bị vô hiệu...

- Các hợp đồng bị cấm trong một số luật chuyên ngành như: Luật các Tổ chức tín dụng quy định tại điều 77 và điều 78 quy định các trường hợp Tổ chức tín dụng không được cho vay tiền đối với các đối tượng là người quản lý doanh nghiệp và người thân của họ, cổ đông lớn của Công ty; Luật Doanh nghiệp tại điều 59, điều 75 và điều 129 quy định về điều kiện giao kết hợp đồng đối với các hợp đồng ký kết giữa doanh nghiệp với người quản lý doanh nghiệp, cổ đông lớn và người thân của họ,...

Điều 128 BLDS quy định, hợp đồng nhằm thực hiện các đối tượng bị cấm sẽ bị vô hiệu. Trong trường hợp này, mọi người đều có quyền yêu cầu

Tòa án tuyên bố hợp đồng vô hiệu.

Việc quy định nội dung hợp đồng không trái các quy định của pháp luật có ý nghĩa quan trọng trong việc ngăn ngừa các hoạt động mua bán, kinh doanh các hàng hóa, dịch vụ bị pháp luật cấm. Tuy nhiên, trong thực tế điều kiện nội dung hợp đồng không trái pháp luật được Tòa án nước ta vận dụng rất rộng để làm căn cứ tuyên bố hợp đồng vô hiệu. Ví dụ điển hình là trường hợp đối với hợp đồng cho vay ngoại tệ và các hợp đồng có thỏa thuận điều khoản thanh toán bằng ngoại tệ, các hợp đồng này phải tuân thủ theo quy định tại điều 22 Pháp lệnh ngoại hối năm 2005 như sau: Trên lãnh thổ Việt Nam, mọi giao dịch, thanh toán, niêm yết, quảng cáo của người cư trú, người không cư trú không được thực hiện bằng ngoại hối, trừ các giao dịch với tổ chức tín dụng, các trường hợp thanh toán thông qua trung gian gồm thu hộ, ủy thác, đại lý và các trường hợp cần thiết khác được Thủ tướng Chính phủ cho phép.

Theo quy định của Nhà nước thì ngoại hối chỉ được lưu hành qua hệ thống Ngân hàng Nhà nước, tổ chức và cá nhân được phép hoạt động ngoại hối. Do đó, hợp đồng cho vay ngoại hối giữa các tổ chức, cá nhân không được phép hoạt động ngoại hối là “vô hiệu toàn bộ”. Trường hợp này Tòa án tuyên bố hợp đồng vô hiệu là hoàn toàn đúng pháp luật, bởi vì, đối tượng của hợp đồng vi phạm điều cấm của pháp luật theo quy định tại Điều 127, 128 BLDS, vụ án mà tác giả trích dẫn dưới đây là một ví dụ:

**Bản án về tranh chấp hợp đồng cung cấp và lắp đặt hệ thống lọc nước tinh khiết trích theo Quyết định số 06/2003/HĐTP-KT ngày 29/5/2003 của Hội đồng Thẩm phán TAND tối cao.**

*Nội dung vụ án như sau:*

Nguyên đơn: Công ty TNHH sản xuất nước uống tinh khiết Hải Cường có trụ sở tại số 107B Lê Văn Thọ, quận Gò Vấp, Thành phố Hồ Chí Minh

(sau đây gọi là bên A).

Bị đơn: Doanh nghiệp tư nhân thương mại Dân Xuân có trụ sở tại số 106 Bis Đường 3 tháng 2, quận 10 Thành phố Hồ Chí Minh (sau đây gọi là bên B).

Ngày 3/7/2000, bên A và bên B đã cùng ký kết Hợp đồng số 78/HĐLD-2000 cung cấp và lắp đặt hệ thống nước tinh khiết với nội dung sau:

Bên B nhận cung cấp và lắp đặt cho bên A một hệ thống xử lý nước dùng để sản xuất nước tinh khiết công suất 4m<sup>3</sup>/giờ, trị giá 1,420 USD và hệ thống nước tinh khiết công suất 2m<sup>3</sup>/giờ, trị giá 39,362,23 USD. Tổng giá trị hợp đồng là 40,782,23 USD (bao gồm cả VAT). Thời gian thực hiện hợp đồng trong vòng 24 ngày kể từ ngày nhận mặt bằng (16/9/2000), chậm nhất đến hết ngày 10/10/2000 phải xong. Phương thức thanh toán làm 4 đợt (đợt 1: 30% giá trị hợp đồng; đợt 2: 40% giá trị hợp đồng; đợt 3: 25% giá trị hợp đồng và đợt cuối 5% giá trị hợp đồng). Trong quá trình lắp ráp, xử lý kỹ thuật, những vật tư phát sinh theo yêu cầu của bên A sẽ được thanh toán thêm theo giá thỏa thuận. Thời gian bảo hành phần kỹ thuật thiết bị là 1 năm.

Thực hiện hợp đồng, bên B đã tiến hành lắp đặt 2 hệ thống trên như đã thỏa thuận. Ngày 30/12/2000, hai bên đã ký biên bản nghiệm thu lắp đặt hệ thống hoàn thành, đồng thời cũng ký biên bản thanh lý hợp đồng. Sau khi 2 hệ thống này đã được đưa vào hoạt động, Bên A đã thanh toán cho bên B 95% giá trị hợp đồng, giữ lại 5% tiền bảo hành là 2,039,11 USD và thời hạn thanh toán cuối cùng là ngày 30/12/2001.

*Diễn biến tranh chấp:*

Sau khi đi vào hoạt động được một thời gian, 2 hệ thống đã bị hỏng một số thiết bị. Ngày 03/2/2001, 2 bên lập biên bản kiểm tra hệ thống lọc nước. kết quả xác nhận cho thấy, các cột siêu tinh lọc có các sợi bị gãy đoạn ở

cả 6 cột của hệ thống lọc nước tinh khiết.

Ngày 30/5/2001, bên B có lập giấy xác nhận sửa chữa và thay thế vật tư là 4 màng RO.RE-4040 TE; 1 màng RO-4040. Sau khi đã sửa chữa và thay thế các thiết bị hư hỏng, ngày 12/6/2001, Bên B có công văn số 92/01 gửi bên A yêu cầu thanh toán phần còn nợ cũng như thực hiện nghiêm chỉnh các thỏa thuận của hợp đồng.

Qua nhiều lần thương lượng giữa hai bên không thành, ngày 10/7/2001, bên A đã khởi kiện bên B tới tòa Kinh tế TAND thành phố Hồ Chí Minh với yêu cầu:

- Phải thay thế 8 lõi lọc RO mới giá trị 3,440 USD
- Phải cử nhân viên kỹ thuật sửa chữa ngay hoặc trả số tiền 776 USD để bên A lắp đặt thiết bị khác.
- Phải bồi thường thiệt hại do không xử lý kịp thời hiện tượng tương tác RO, làm giảm năng suất máy, giảm sản lượng sản phẩm với giá trị 1/10 số tiền thiệt hại là: 123,427.800 đồng.

*Bản án kinh tế sơ thẩm số 09/KTST ngày 16/1/2002 của TAND thành phố Hồ Chí Minh đã quyết định:*

1. Chấp nhận một phần yêu cầu của bên A, buộc bên B phải:
  - Bồi thường cho bên A 6 bộ siêu lọc bị hỏng trong thời gian bảo hành trị giá: 1,695,30 USD, thanh toán bằng VND tại thời điểm thanh toán theo tỷ giá bán ra của Ngân hàng Ngoại thương Việt Nam.
  - Phải trả cho bên A tiền sửa máy đo PH là: 2.835.000 đồng
2. Chấp nhận yêu cầu độc lập của bên B, buộc bên A phải trả cho bên B số tiền 2.039.11 USD tiền bên B còn lưu giữ trong thời gian bảo hành.

Ngày 23/1/2002, bên A có đơn kháng cáo toàn bộ bản án sơ thẩm

Tại Bản án phúc thẩm số 15/KTPT ngày 7/5/2002, TANDTC tại Thành phố Hồ Chí Minh đã quyết định như sau: Sửa bản án sơ thẩm buộc bên B phải

bồi thường cho bên A số tiền 146.916.678 đồng và 5,135,30 USD, trong đó:

- Tiền sửa máy đo PH: 2.835.000 đồng
- Tiền bồi thường thiệt hại đo công suất máy giảm: 144.081,678 đồng
- Tiền bồi thường 6 bộ siêu lọc: 1,695,30 USD
- Tiền bồi thường 8 màng lọc RO: 3,440,00 USD

Các quyết định khác của bản án sơ thẩm không có kháng cáo, kháng nghị có hiệu lực pháp luật.

Ngay khi vụ án được xét xử phúc thẩm. Bên B có đơn khiếu nại đề nghị xem xét vụ án theo thủ tục Giám đốc thẩm. Chánh án TANDTC đã có kháng nghị số 01/2003/KT-TK đối với bản án phúc thẩm nói trên của TANDTC tại thành phố Hồ Chí Minh đề nghị Hội đồng Thẩm phán TANDTC xem xét lại theo thủ tục Giám đốc thẩm bản án phúc thẩm nói trên.

*Sau khi xem xét nội dung vụ việc, Hội đồng Thẩm phán TANDTC đã quyết định:*

Hủy bản án kinh tế sơ thẩm số 09/KTST ngày 16/1/2002 của TAND thành phố Hồ Chí Minh và bản án phúc thẩm số 15/KTPT ngày 7/5/2002 của TANDTC tại Thành phố Hồ Chí Minh, giao hồ sơ vụ án cho TAND thành phố Hồ Chí Minh giải quyết sơ thẩm vụ án theo quy định của Pháp luật.

Một trong những lý do mà Hội đồng thẩm phán đưa ra để hủy bản án trên là căn cứ vào nhận định: Tại điều 3 hợp đồng đã ký giữa hai bên thỏa thuận điều khoản thanh toán bằng USD. Tòa án cần phải điều tra, xác minh lại để nhận định là các bên có mở tài khoản ngoại tệ không? Và thực tế 2 bên đã thanh toán cho nhau bằng đồng tiền nào? Nếu việc thanh toán bằng USD mà một trong các bên có tài khoản ngoại tệ thì các bên đã vi phạm điều cấm về chính sách ngoại hối. Do đó, hợp đồng kinh tế trên sẽ bị vô hiệu, Tòa án sẽ không xem xét việc vi phạm hợp đồng và bồi thường thiệt hại theo quy định tại điều 39 pháp lệnh hợp đồng kinh tế.

*Hai là*, nội dung hợp đồng không trái với đạo đức xã hội, thuần phong mỹ tục. Theo quy định tại điều 128 BLDS năm 2005 thì đạo đức xã hội, thuần phong mỹ tục là những chuẩn mực ứng xử giữa người với người trong đời sống xã hội được cộng đồng thừa nhận và tôn trọng. Với cách giải thích như điều 128 BLDS, nội dung đạo đức xã hội được giải thích rất chung chung. Trong hoạt động xét xử quy định này ít được Tòa án áp dụng, vì vậy đã gây khó khăn cho việc xác định những trường hợp được coi là vi phạm đạo đức xã hội, thuần phong mỹ tục.

Nội dung đạo đức xã hội, thuần phong mỹ tục có nội dung rất rộng, do vậy, để xử lý các hợp đồng được đánh giá là trái với đạo đức xã hội, thuần phong mỹ tục cần phải quy định Thẩm phán có quyền giải thích nội dung hợp đồng, xác định ý chí đích thực của các bên. Khi đánh giá nội dung hợp đồng trái với đạo đức xã hội, thuần phong mỹ tục, Thẩm phán cần chú ý đến mục đích, sự thiện chí của các bên khi ký kết hợp đồng. Ví dụ nếu một bên tham gia hợp đồng giữ vị trí ưu thế hơn về kinh tế đã lạm dụng vị thế của mình để áp đặt cho bên kia; hoặc một bên lợi dụng vị thế của mình về thứ bậc, hay vị trí yếu thế của bên kia, ... để áp đặt một cách vô lý, nhất là trường hợp các điều khoản này không phù hợp với nguyên tắc cơ bản của pháp luật trái đạo đức xã hội.

Ở nước ta hiện nay, pháp luật hợp đồng nói chung và các văn bản chuyên ngành nói riêng chưa giải thích cụ thể những hành vi nào được coi là trái đạo đức xã hội, thuần phong mỹ tục. Tòa án cũng chưa có hướng dẫn cụ thể về vấn đề này bằng văn bản cũng như thông qua hoạt động xét xử. Để bảo đảm việc áp dụng pháp luật được thống nhất tránh việc Thẩm phán có thể lạm dụng quyền giải thích pháp luật trong quá trình đánh giá các điều khoản hợp đồng có nội dung trái với đạo đức xã hội, thuần phong mỹ tục khi xét xử.

*Thứ ba*, ngoài yêu cầu không trái pháp luật, đạo đức xã hội, quyền tự

do lựa chọn đối tác ký kết hợp đồng còn bị hạn chế về điều kiện chủ thể đối với một số hoạt động thương mại. Pháp luật quy định các bên phải đáp ứng các yêu cầu về chủ thể nhất định đối với một số loại hợp đồng. Ví dụ: Điều 234 Luật thương mại quy định điều kiện chủ thể kinh doanh dịch vụ logistic phải là doanh nghiệp và có đủ điều kiện kinh doanh theo quy định của pháp luật; Pháp lệnh Bru chính viễn thông quy định doanh nghiệp viễn thông bao gồm: Doanh nghiệp cung cấp hạ tầng mạng là doanh nghiệp Nhà nước hoặc doanh nghiệp mà vốn góp của Nhà nước chiếm cổ phần chi phối hoặc cổ phần đặc biệt; Doanh nghiệp cung cấp dịch vụ viễn thông là doanh nghiệp Việt Nam thuộc mọi thành phần kinh tế được thành lập theo quy định của pháp luật để cung cấp dịch vụ viễn thông,...

BLDS năm 2005 không quy định nội dung chủ yếu của hợp đồng mà các bên tự do thỏa thuận nội dung của hợp đồng. Điều 402 BLDS quy định các bên có quyền thỏa thuận các nội dung sau của hợp đồng:

- Đối tượng của hợp đồng là tài sản phải giao, công việc phải làm
- Số lượng, chất lượng
- Giá, phương thức thanh toán
- Thời hạn, địa điểm, phương thức thực hiện hợp đồng
- Quyền, nghĩa vụ của các bên
- Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng
- Phạt vi phạm hợp đồng
- Các nội dung thỏa thuận khác

Khác với quy định của điều 401 BLDS năm 1995 quy định các điều khoản chủ yếu của hợp đồng, mà thiếu các điều khoản đó thì hợp đồng không được giao kết, nội dung của điều 402 BLDS năm 2005 không đề cập đến các điều khoản chủ yếu của hợp đồng, mà quy định mang tính tùy nghi, điều 402 BLDS năm 2005 bảo đảm quyền tự do thỏa thuận nhưng có hạn chế là không



xác định rõ điều khoản cơ bản của hợp đồng, trong đó điều khoản đối tượng của hợp đồng là điều khoản không thể thiếu (yếu tố hết sức quan trọng để phân biệt hợp đồng với các thỏa thuận không được coi là hợp đồng).

Luật thương mại năm 2005 thể hiện cụ thể quyền hạn này thông qua việc quy định về các hợp đồng thương mại, quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ, xúc tiến thương mại, quảng cáo, trưng bày giới thiệu hàng hóa,... và một số hợp đồng thương mại khác như: Gia công thương mại, đấu giá hàng hóa, giám định hàng hóa, quá cảnh hàng hóa....

BLDS và luật thương mại đưa ra các quy định tùy nghi khi quy định về nội dung hợp đồng nhằm bảo đảm quyền tự do hợp đồng của các bên, theo nguyên tắc ưu tiên áp dụng các thỏa thuận của các bên. Nhưng các đạo luật chuyên ngành lại không thống nhất trong việc ghi nhận kỹ thuật lập pháp này. Có đạo luật thể hiện rất rõ nguyên tắc này như: Điều 4 Bộ luật hàng hải năm 2005 quy định về quyền thỏa thuận trong hợp đồng: Các bên tham gia trong hợp đồng liên quan đến hoạt động hàng hải có quyền thỏa thuận riêng, nếu bộ luật này không hạn chế. Các bên tham gia trong hợp đồng liên quan đến hoạt động hàng hải, mà trong đó có ít nhất có một bên là tổ chức, cá nhân nước ngoài thì có quyền thỏa thuận áp dụng luật nước ngoài hoặc tập quán hàng hải quốc tế trong các quan hệ hợp đồng. Một số đạo luật chuyên ngành khác quy định về hoạt động thương mại đặc thù lại thường sử dụng các quy phạm bắt buộc khi quy định về quyền và nghĩa vụ của các bên.

Luật kinh doanh bảo hiểm quy định hẳn chương II quy định về hợp đồng bảo hiểm, trong đó quy định cụ thể các loại hợp đồng bảo hiểm gồm: hợp đồng bảo hiểm con người; hợp đồng bảo hiểm tài sản... về nội dung của hợp đồng bảo hiểm, quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp bảo hiểm và quyền và nghĩa vụ của bên mua bảo hiểm. Các quy định này có những điểm mâu

thuần với nội dung đã được thỏa thuận trong BLDS vì các nội dung đó được thiết kế chủ yếu là quy phạm bắt buộc, vì thế đã hạn chế quyền tự do thỏa thuận của các bên.

BLDS năm 2005 và luật thương mại năm 2005 quy định nguyên tắc tự do thỏa thuận nội dung hợp đồng có giá trị cao hơn các quy định của pháp luật về quyền và nghĩa vụ của các bên. Nhưng các văn bản chuyên ngành lại quy định ngược lại, theo hướng quy định cụ thể nội dung của hợp đồng và các quyền nghĩa vụ chủ yếu của các bên. Điều này cho thấy sự không thống nhất của pháp luật trong việc điều chỉnh các quan hệ hợp đồng. Trong trường hợp có sự mâu thuẫn các quy định của pháp luật chuyên ngành với quy định của BLDS, luật thương mại thì chưa có hướng giải quyết cụ thể áp dụng quy định của BLDS hay luật chuyên ngành. Tác giả cho rằng, trong trường hợp này, các luật chuyên ngành không cần nêu lại những quy định đã được BLDS quy định mà nên dẫn chiếu các quy định của BLDS và luật thương mại để bảo đảm sự thống nhất của pháp luật hợp đồng và quyền tự do thỏa thuận của các bên.

Về các trường hợp khiếm khuyết của thỏa thuận hợp đồng (do nhầm lẫn, lừa dối hay đe dọa) dẫn đến hợp đồng không có hiệu lực.

Điều 131 BLDS quy định: Khi một bên có lỗi vô ý làm cho bên kia nhầm lẫn về nội dung của giao dịch dân sự mà xác lập giao dịch thì bên bị nhầm lẫn có quyền yêu cầu bên kia thay đổi nội dung của giao dịch đó, nếu bên kia không chấp nhận thì bên bị nhầm lẫn có quyền yêu cầu Toà án tuyên bố giao dịch vô hiệu. Trong trường hợp một bên do lỗi cố ý làm cho bên kia nhầm lẫn về nội dung của giao dịch thì được giải quyết theo quy định tại Điều 132 của Bộ luật này. Điều 132 quy định về trường hợp giao dịch dân sự vô hiệu do bị lừa dối, đe dọa khi một bên tham gia giao dịch dân sự do bị lừa dối hoặc bị đe dọa thì có quyền yêu cầu Toà án tuyên bố giao dịch dân sự đó là vô

hiệu.

Về mặt thực tiễn, thỏa thuận giữa các bên không có hiệu lực trong trường hợp có sự nhầm lẫn, lừa dối hay đe dọa bởi vì: trong trường hợp đó không có sự thống nhất ý chí đích thực của các chủ thể. Ví dụ: Doanh nghiệp A đã chọn doanh nghiệp B để ký kết hợp đồng, nhưng đến khi ký kết hợp đồng lại ký với doanh nghiệp C vì có sự nhầm lẫn khi ký kết hợp đồng đã nhầm tưởng doanh nghiệp C là doanh nghiệp B. Trường hợp này có sự nhầm lẫn về chủ thể, về tính chất cơ bản của đối tượng hoặc nội dung của hợp đồng. BLDS chưa quy định rõ các trường hợp nhầm lẫn, như vậy chỉ trong trường hợp nhầm lẫn dẫn đến sai sót đáng kể liên quan đến bản chất, mục đích, đối tượng, nội dung cơ bản của hợp đồng thì mới dẫn đến hợp đồng vô hiệu. Các nhầm lẫn khác không đáng kể thì không làm vô hiệu hợp đồng, trường hợp này các bên có thể đính chính sai sót.

Bên cạnh nguyên tắc tự do lựa chọn đối tác và thỏa thuận nội dung hợp đồng, pháp luật cũng quy định các nguyên tắc ngoại lệ đối với nguyên tắc này qua các quy định sau:

*Một là*, các điều khoản về giá đối với một số hàng hóa, dịch vụ mà Nhà nước quy định ví dụ: bưu chính, viễn thông, điện,... nhằm bảo đảm bình ổn giá thị trường, nhất là đối với các hàng hóa, dịch vụ thiết yếu phục vụ sản xuất và đời sống, bảo vệ lợi ích của các tổ chức, cá nhân...

Thực tiễn quản lý giá của các cơ quan Nhà nước thời gian qua cho thấy, việc các cơ quan Nhà nước quản lý Nhà nước về giá “chạy theo” những yếu tố chi phối sự biến động về giá một số mặt hàng trên thị trường như: Xăng, dầu, khí đốt, xi măng, sắt thép,... không có tác dụng nhiều trong việc giảm sự tăng giá của các mặt hàng này nói riêng và bình ổn giá cả thị trường nói chung. Ngoài việc không bình ổn giá thị trường như mục tiêu đề ra, các quyết định giá của các cơ quan Nhà nước đối với một số mặt hàng trên trong

thời gian qua còn gây những hậu quả không tốt cho các doanh nghiệp. Bởi vì nó làm cho các doanh nghiệp không tính toán được kế hoạch sản xuất kinh doanh của mình trên cơ sở các quy luật của thị trường. Việc điều chỉnh giá của cơ quan Nhà nước (thường mang yếu tố bí mật) thường tạo ra nhiều rủi ro cho các doanh nghiệp khi họ ký kết các hợp đồng nói riêng và trong hoạt động kinh doanh nói chung, tạo ra sự mất ổn định trong kế hoạch kinh doanh. Việc điều chỉnh giá của cơ quan Nhà nước còn tạo ra cơ hội cho nhiều hành vi gian lận trong kinh doanh phát triển như buôn lậu; đầu cơ tăng giá,...

*Hai là*, trong thực tiễn giao kết hợp đồng, sự xuất hiện và phổ biến các loại hợp đồng mẫu đã làm hạn chế quyền tự do thỏa thuận hợp đồng nhất là đối với bên ở vào vị trí thế yếu trong quan hệ hợp đồng. Mặt khác, thông qua hợp đồng mẫu các doanh nghiệp đưa vào đó các quy tắc bán hàng đã được thiết lập trước mà pháp luật chưa dự tính hết. Việc ký kết hợp đồng mẫu có ảnh hưởng đến nguyên tắc tự do hợp đồng, các khách hàng thường chấp nhận việc ký kết vào hợp đồng mẫu mà không được đàm phán hay đưa ra đề nghị thỏa thuận lại các điều khoản bổ sung, sửa đổi hoặc bảo lưu các điều khoản trong nội dung hợp đồng. Trường hợp này hợp đồng không còn đúng với bản chất là sự tự nguyện thỏa thuận giữa các bên. Sự thỏa thuận ở đây có chăng chỉ là sự thỏa thuận về việc ký vào hợp đồng chứ không phải thỏa thuận các điều khoản, nội dung quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng.

Với mục đích hạn chế việc các doanh nghiệp đưa ra các điều khoản trong hợp đồng mẫu bất lợi cho khách hàng, bảo đảm quyền tự do hợp đồng, bảo đảm lợi ích của bên thế yếu trước việc lạm dụng quyền tự do hợp đồng, BLDS năm 2005 và một số đạo luật chuyên ngành đã có những quy định đối với hợp đồng mẫu, Điều 407 BLDS quy định: Mẫu để bên kia trả lời trong một thời gian hợp lý; nếu bên được đề nghị trả lời chấp nhận thì coi như chấp nhận toàn bộ nội dung hợp đồng theo mẫu mà bên đề nghị đã đưa ra. Trong

trường hợp hợp đồng theo mẫu có điều khoản không rõ ràng thì bên đưa ra hợp đồng theo mẫu phải chịu bất lợi khi giải thích điều khoản đó. Trong trường hợp hợp đồng theo mẫu có điều khoản miễn trách nhiệm của bên đưa ra hợp đồng theo mẫu, tăng trách nhiệm hoặc loại bỏ quyền lợi chính đáng của bên kia thì điều khoản này không có hiệu lực, trừ trường hợp có thỏa thuận khác.

Về hiệu lực pháp lý của thỏa thuận hợp đồng. Về nguyên tắc, một khi hợp đồng đã được giao kết hợp pháp có hiệu lực bắt buộc đối với các bên. Các bên có nghĩa vụ tuân thủ, tôn trọng và thực hiện các nội dung đã thỏa thuận trong hợp đồng, không bên nào được thay đổi, chấm dứt hợp đồng một cách tùy tiện. Đây là nội dung của nguyên tắc tự do thỏa thuận, tự chịu trách nhiệm. Trong trường hợp một bên đơn phương không thực hiện, hủy bỏ hoặc chấm dứt việc thực hiện hợp đồng không có lý do chính đáng thì phải chịu những hậu quả bất lợi theo thỏa thuận trong hợp đồng hoặc theo quy định của pháp luật trong trường hợp các bên không có thỏa thuận về xử lý trường hợp vi phạm nghĩa vụ hợp đồng. Điều 405 BLDS quy định: Hợp đồng được giao kết hợp pháp có hiệu lực từ thời điểm giao kết, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác. Về thời điểm giao kết hợp đồng, dựa trên cơ sở thuyết tiếp nhận, điều 404 BLDS quy định: Hợp đồng được giao kết vào thời điểm bên đề nghị nhận được trả lời chấp nhận giao kết. Khoản 2 điều 391 quy định: Hợp đồng dân sự cũng xem như được giao kết khi hết thời hạn trả lời mà bên nhận được đề nghị vẫn im lặng, nếu có sự thỏa thuận sự im lặng là sự trả lời chấp nhận giao kết. Quy định này đã bảo đảm nguyên tắc tự do xác lập hình thức hợp đồng. Theo đó, sự im lặng cũng được coi là lời chấp nhận giao kết hợp đồng, nếu các bên có thỏa thuận.

BLDS năm 2005 không quy định về nội dung chủ yếu của đề nghị giao kết hợp đồng, mà chỉ có các quy định về thời điểm đề nghị giao kết hợp đồng

có hiệu lực. Điều này bảo đảm quyền tự do thỏa thuận hợp đồng của các bên, nhưng cũng có hạn chế trong việc xác định sự tồn tại của hợp đồng, nhất là xác định ý chí và ràng buộc trách nhiệm của bên đề nghị về việc giao kết hợp đồng trong trường hợp nội dung đề nghị không được đưa ra một cách rõ ràng. Bởi vì, trên thực tế không phải mọi thỏa thuận đều là hợp đồng, và không phải mọi đề nghị cũng được coi là đề nghị giao kết hợp đồng. Đề nghị hợp đồng cần được xác định rõ, thể hiện ý chí và ràng buộc trách nhiệm của bên đề nghị về việc giao kết hợp đồng.

Về nguyên tắc thực hiện hợp đồng, điều 412 BLDS quy định: Thực hiện đúng hợp đồng, đúng đối tượng, chất lượng, số lượng, chủng loại, thời hạn, phương thức và các thỏa thuận khác; Thực hiện một cách trung thực, theo tinh thần hợp tác và có lợi nhất cho các bên, bảo đảm tin cậy lẫn nhau. Tuy nhiên, không phải mọi hợp đồng sau khi ký kết đều được các bên thực hiện đúng theo nội dung đã cam kết. Trong thực tế, có nhiều trường hợp đối với các hợp đồng dài hạn trong quá trình thực hiện hợp đồng có những thay đổi lớn về các điều kiện ảnh hưởng đến việc thực hiện các nghĩa vụ của các bên thì theo các điều 423 khoản 1, điều 424 khoản 2, điều 425, điều 426 thì trường hợp này, hợp đồng có thể sửa đổi, bổ sung hoặc chấm dứt theo thỏa thuận của các bên hoặc theo quy định của pháp luật.

Điều 409 BLDS quy định: Khi một điều khoản của hợp đồng có thể được hiểu theo nhiều nghĩa thì phải chọn nghĩa nào làm cho điều khoản đó khi thực hiện có lợi nhất cho các bên. Trong trường hợp bên mạnh thế đưa vào hợp đồng nội dung bất lợi cho bên yếu thế thì khi giải thích hợp đồng phải theo hướng có lợi cho bên yếu thế. Quy định này cho phép điều chỉnh việc thực hiện hợp đồng một cách mềm dẻo, nhằm bảo đảm có lợi nhất cho các bên, nhất là bảo vệ bên thế yếu.

### **3.1.3. Về quyền tự do lựa chọn hình thức hợp đồng**

Theo nguyên tắc tự do, tự nguyện thỏa thuận, các bên có thể xác lập hợp đồng dưới bất cứ hình thức nào, theo cách mà họ muốn, chỉ cần đạt được sự thỏa thuận thống nhất ý chí của các bên, hợp đồng coi như được hình thành, nguyên tắc này đã được quy định tại điều 401, khoản 2 điều 124 BLDS năm 2005. Các quy định này của BLDS có những điểm tiến bộ sau:

*Một là*, nó bảo đảm quyền tự do lựa chọn hình thức hợp đồng, xóa bỏ quy định được coi là “hợp đồng kinh tế” theo Pháp lệnh hợp đồng kinh tế năm 1989 trước đây.

*Hai là*, thể hiện xác định thời điểm có hiệu lực của hợp đồng trên cơ sở công nhận hiệu lực, cam kết của các bên mà không phụ thuộc vào hình thức hợp đồng (trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng). Điều này cho thấy sự tôn trọng quyền tự do lựa chọn hình thức hợp đồng và tôn trọng ý chí của các bên.

*Ba là*, hợp đồng không bị coi là vô hiệu trong trường hợp có sự vi phạm về hình thức hợp đồng. Đây được coi là điểm mới đáng kể so với pháp luật về hợp đồng của Việt Nam trước đây, qua đó đã khắc phục được những điểm bất cập trong thực tiễn giải quyết tranh chấp về hợp đồng.

Bên cạnh việc thừa nhận rộng rãi quyền tự do lựa chọn hình thức hợp đồng, pháp luật về hợp đồng ở Việt Nam cũng quy định những trường hợp ngoại lệ. Đó là đối với một số hợp đồng quan trọng nhất định đòi hỏi việc thể hiện ý chí của các bên tham gia hợp đồng phải thật sự rõ ràng, chắc chắn. Vì vậy, hợp đồng phải tuân thủ một hình thức do pháp luật quy định như: Phải được lập thành văn bản, có công chứng hoặc chứng thực, phải đăng ký hoặc xin phép thì phải tuân theo các quy định đó.

BLDS năm 2005 và các văn bản pháp luật chuyên ngành khi quy định về những loại hợp đồng cụ thể còn quy định những trường hợp hợp đồng phải được giao kết bằng văn bản. Theo điều 27, điều 90 và điều 110 Luật thương

mại năm 2005, các hợp đồng sau phải lập thành văn bản: Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế; Hợp đồng dịch vụ khuyến mại; Hợp đồng dịch vụ quảng cáo,... Điều 51 Luật các tổ chức tín dụng quy định hợp đồng tín dụng phải được lập thành văn bản. Đối với một số loại hợp đồng, pháp luật còn quy định những trường hợp hợp đồng phải được công chứng hoặc chứng thực như các hợp đồng liên quan đến nhà ở, đất đai,....

Việc quy định hợp đồng phải tuân thủ theo điều kiện về hình thức nhất định để bảo đảm việc quản lý Nhà nước đối với các giao dịch dân sự. Ngoài trường hợp này các bên được tự do lựa chọn hình thức hợp đồng, quy định này nhằm:

- Bảo đảm thống nhất với quy định tại khoản 2 điều 122 BLDS hình thức giao dịch dân sự chỉ là điều kiện có hiệu lực của giao dịch nếu pháp luật có quy định;

- Trong thực tiễn, việc giao kết hợp đồng bằng văn bản đảm bảo cho các bên thận trọng hợp trong hợp tác với nhau;

- Theo quy định của BLDS và các luật chuyên ngành quy định đối với những trường hợp hợp đồng phải được lập thành văn bản hoặc phải được công chứng/chứng thực hoặc đăng ký,... nhưng trong thực tế giao kết hợp đồng các bên không tuân thủ về mặt hình thức trên thì sẽ giải quyết như thế nào? Hợp đồng sẽ vô hiệu hoàn toàn hay chỉ không có hiệu lực đối với người thứ 3? Hợp đồng khi đó sẽ vô hiệu tuyệt đối hay vô hiệu tương đối? đây là vấn đề mà BLDS năm 2005 không làm rõ, điều 134 BLDS quy định: Trong trường hợp pháp luật quy định hình thức giao dịch dân sự là điều kiện có hiệu lực của giao dịch mà các bên không tuân theo thì theo yêu cầu của một hoặc các bên, Tòa án, cơ quan nhà nước có thẩm quyền khác quyết định buộc các bên thực hiện quy định về hình thức của giao dịch trong một thời hạn; quá thời hạn đó mà không thực hiện thì giao dịch vô hiệu. Trong thực tế quy định



này có tính khả thi vì: Khi xảy ra tranh chấp thì các bên hầu như không còn sự thiện chí để thực hiện việc hợp tác để sửa chữa sai sót, đặc biệt là đối với bên có lợi khi chấm dứt hợp đồng. Điều này được thể hiện rõ qua ví dụ sau:

Trường hợp hợp đồng thế chấp nhà và quyền sử dụng đất để vay vốn ngân hàng đối với hộ gia đình, cá nhân nhưng không có công chứng hoặc chứng thực của UBND xã/phường. Mặc dù, mọi điều kiện khác của hợp đồng đều có hiệu lực pháp luật đầy đủ thậm chí tại phiên Tòa, chủ sở hữu tài sản vẫn khẳng định việc mình ký hợp đồng thế chấp là hoàn toàn tự nguyện. Theo đề nghị của bên nhận thế chấp về việc thực hiện bổ sung thủ tục công chứng nhưng chủ sở hữu tài sản không thực hiện với lý do sẵn sàng để Tòa án tuyên xử lý tài sản bảo đảm để trả nợ mà không cần công chứng hợp đồng nữa. Như vậy, trong trường hợp này, các quy định tại điều 134 BLDS chưa bảo đảm nguyên tắc tự nguyện thỏa thuận, tự do hợp đồng của các chủ thể.

Ngoài ra, căn cứ vào điều 405 quy định về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng: Hợp đồng được giao kết hợp pháp có hiệu lực từ thời điểm giao kết, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác thì hợp đồng có hiệu lực phụ thuộc vào sự thỏa thuận của các bên, chứ không phụ thuộc vào hình thức hợp đồng, trừ một số lĩnh vực cụ thể hợp đồng chỉ có hiệu lực khi tuân thủ hình thức như trong lĩnh vực hàng hải, đất đai.

Việc đăng ký hợp đồng chỉ có giá trị pháp lý đối với bên thứ 3 kể từ thời điểm đăng ký. Sự thỏa thuận giữa các bên chỉ có giá trị giữa họ với nhau, còn đối với người thứ 3, để bảo đảm công khai hóa việc giao kết hợp đồng thì phải đăng ký tại cơ quan Nhà nước có thẩm quyền, khoản 1 điều 12 Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 về giao dịch bảo đảm quy định các trường hợp phải đăng ký giao dịch bảo đảm bao gồm: Thế chấp quyền sử dụng đất; Thế chấp quyền sử dụng rừng, quyền sở hữu rừng sản xuất là rừng trồng; Thế chấp tàu bay, tàu biển; Thế chấp một tài sản để bảo đảm thực hiện

nhiều nghĩa vụ; các trường hợp khác, nếu pháp luật có quy định.

Liên quan đến quyền tự do lựa chọn hình thức hợp đồng, tác giả trích dẫn bản án sau:

**Bản án về tranh chấp quyền sử dụng đất trích theo Bản án số 23 /2009/DS ST ngày 29/9/2009 của TAND huyện Quỳnh Lưu, tỉnh Nghệ An.**

- Nguyên đơn: Bà Lê Thị Tuất, sinh năm 1946.

Đồng nguyên đơn: Ông Lê Tiến Huru, Sinh năm 1948.

Nghề nghiệp: Trồng trọt (Bà Tuất là vợ của ông Huru).

Đều trú quán: Xóm 13, Xã Quỳnh Xuân, Huyện Quỳnh Lưu.

- Bị đơn: Ông Lê Tiến Thích, sinh năm 1957.

Người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án: Bà Nguyễn Thị Hồng, sinh năm 1964 (là vợ của Bị đơn Lê Tiến Thích)

Nghề nghiệp: Trồng trọt.

Đều trú quán: Xóm 13, Xã Quỳnh Xuân, Huyện Quỳnh Lưu.

*Diễn biến vụ án:*

Năm 2000, vợ chồng bà (Tuất, Huru) có vay vợ chồng ông Thích 2 đợt (1 đợt 5 triệu và 1 đợt 3,5 triệu = 8,5 triệu đồng) để chữa bệnh cho con, không hẹn thời hạn trả và không lãi suất; Hai bên không làm giấy tờ gì. Được vài tháng, ông Thích đến đòi nợ, sau đó hai bên có trao đổi, Ông Thích được vợ chồng bà Tuất cho mượn 500m<sup>2</sup> đất vườn để sản xuất (đã có giấy chứng nhận quyền sử dụng đất). Hai bên đồng ý khi nào có tiền trả thì lấy lại đất. Năm 2006 ông Thích tự ý xây móng nhà trên đất đó.

Tháng 10/2007, vợ chồng bà Tuất mời ông Thích sang để bàn bạc trả lại tiền vay, nhằm lấy lại đất nhưng ông Thích không trả với lý do: Là đã lấy tiền của ông ấy rồi, nên 500m đất đó là của ông ấy; Vì coi là đã gạt tiền nợ sang tiền đất, vợ chồng bà không có sự chuyển nhượng đất cho ông Thích. Trong 7 năm qua, gia đình bà Tuất vẫn làm mọi nghĩa vụ thuế cho nhà nước.

Hai bên không có giấy tờ chuyển nhượng đất. Nay, vợ chồng bà Tuất yêu cầu lấy lại đất và sẽ trả tiền vay, với lãi suất theo quy định của pháp luật.

Vợ chồng ông Lê Tiến Thích, bà Nguyễn Thị Hồng, trình bày:

Vào 8 giờ, ngày 10/7/2000 ông Thích và gia đình ông Huru, bà Tuất, đã thoả thuận thống nhất chuyển nhượng cho nhau xong, đo đất có những người tham gia gồm: Ông Toại, ông Huru cầm sào đo đất, còn có ông Nguyễn, ông Quỳnh chứng kiến và ông Thích. Đất có chiều dài 4,8 m, rộng 12,5m. Đo đất xong hai bên viết giấy chuyển nhượng đất tại nhà ông Huru; ông Huru nhờ ông Toại viết giấy chuyển nhượng đất nói trên, với giá 8.500.000đ; tiền thuế đất, thuộc người mua phải chịu. Ông Huru đã ký vào giấy chuyển nhượng nói trên. Tháng 5/2001, gia đình ông Thích đã xây bờ bao ngăn cách và có nhiều người chứng kiến (đã có bản kê tại hồ sơ vụ án). Năm 2006, gia đình ông được thoả thuận bỏ móng, có nhiều người chứng kiến; sự việc không có gì trắc trở. Ông Thích mượn bìa đồ để làm thủ tục về đất, nhưng bà Tuất đòi phụ tiền thêm. Gia đình ông không chấp nhận. Nay gia đình bà Tuất đòi lại đất, gia đình ông không trả lại đất đã chuyển nhượng.

*Sau khi nghiên cứu tài liệu có trong hồ sơ vụ án, được thẩm tra tại phiên toà và căn cứ vào kết quả tranh luận tại phiên toà, Hội đồng xét xử nhận định:*

Qua thu thập chứng cứ và hoà giải, hai bên vẫn không thoả thuận được với nhau về việc giải quyết vụ án.

Bên bị đơn ông Thích xuất trình giấy chuyển nhượng đất và chứng minh là có chữ ký của ông Huru (giấy nhờ ông Toại viết giúp). Song ông Huru không thừa nhận chữ ký của mình trong giấy đó. Ông Toại cũng không thừa nhận viết giấy chuyển nhượng đất cho các bên. Bị đơn yêu cầu giám định chữ ký của ông Huru, nhưng cơ quan giám định kết luận không phải chữ ký của ông Huru trong giấy nói trên. Bị đơn ông Thích yêu cầu được đi giám định lại

về chữ ký đó của ông Huru, nhưng lại không đi nữa, nêu lý do là: Ông Huru có ý viết khác đi và đã nhiều năm, nên chữ ký nay cũng không thể giống chữ ký trước đây. Do đó, việc giám định sẽ không có kết quả chính xác, khách quan.

Qua thu thập chứng cứ và thẩm tra, xác minh và qua các nhân chứng cho biết, qua thực tế hiện trường (nơi xảy ra tranh chấp), thì thấy: Khi bị đơn tập kết nguyên vật liệu để xây bờ bao, khi xây móng nhà, đổ đất vào nền móng nhà, đất để tôn cao lên làm sân, với những thời gian dài, không có sự ngăn cản và báo cáo của bên bà Tuất, ông Huru cho cán bộ xóm, chính quyền xã để ngăn chặn, giải quyết tranh chấp, xây dựng trái phép trên đất của bà Tuất, ông Huru. Do đó: Phải khẳng định rằng phía nguyên đơn và bị đơn đã có sự thoả thuận trong việc xây bờ bao và móng nhà, trên đất vườn của gia đình ông Huru. Khuôn viên đất đó (đất nay đang tranh chấp) đã được hội đồng định giá ngày 12/2/2009 là: 100 triệu, với diện tích 589m<sup>2</sup>. Tổng giá trị tường bao, đất trong móng nhà, đất bồi trước nền nhà = 26.857.000đ.

Việc chuyển nhượng đất, pháp luật quy định là phải có hợp đồng bằng văn bản và phải được những người có quyền sử dụng đất thoả thuận chuyển nhượng và phải được cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc chính quyền địa phương xác nhận trước khi làm thủ tục sang tên đổi chủ. Trong trường hợp này, ông Thích xây tường rào, móng nhà trên đất vườn của bà Tuất, ông Huru, khi chưa có cơ quan nào và giấy tờ chuyển nhượng hợp lệ của bên chuyển nhượng đất (ông Huru không thừa nhận giấy chuyển nhượng đất của ông), nên coi là không có giấy chuyển nhượng đất. Do đó: Phải buộc ông Thích trả lại đất cho bà Tuất, ông Huru, nhưng phía nguyên đơn phải bồi thường cho bị đơn và người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan (ông Thích, Bà Hồng) về tiền đất và tài sản đã xây dựng trên đất, do có sự thoả thuận, đồng ý cho ông Thích xây dựng. Không có cơ sở kết luận là ông Thích cho ông Huru, bà Tuất vay 8,5 triệu đồng, mà phải coi đó là tiền bán đất của bà Tuất, ông Huru.

Xét chi phí ông Thích phải bỏ ra để xây dựng tường rào, móng nhà, đổ đất vào móng nhà, đổ đất kê móng nhà, tiền 8,5 triệu, mà bà Tuất đã nhận của ông Thích, tính tổng giá trị mà hội đồng định giá vừa qua = 126.857.000đ. Xét thấy mỗi bên đều có lỗi ngang nhau, do không tuân thủ quy định của pháp luật về quyền sử dụng đất và chuyển nhượng quyền sử dụng đất, cũng như nhận quyền chuyển nhượng đất; nên ông Thích, bà Hồng phải chịu thiệt hại là: 63.428.000đ. Giao trả cho Bà Tuất, ông Hưu khuôn viên đất vườn mà ông Thích sử dụng sản xuất và làm móng nhà trái phép, cùng tường rào có diện tích 589m<sup>2</sup>. Lẽ ra giao cho ông Thích được quyền sở hữu nguyên vật liệu đó, nhưng nếu dỡ bỏ sẽ lãng phí. Giao cho ông Thích, bà Hồng được quyền sở hữu nguyên vật liệu móng nhà và đất trong nền nhà, nhưng phải bóc dỡ để trả lại mặt bằng đất vườn cho bà Tuất, ông Hưu. Về án phí dân sự: Các đương sự phải chịu theo quy định của pháp luật.

Qua vụ án trên cho thấy, quyết định của TAND là hoàn toàn đúng vì theo quy định của pháp luật về đất đai thì hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất phải được lập thành văn bản và phải có công chứng, nhưng các bên không thực hiện theo quy định pháp luật. Trong vụ án này, các bên đã có văn bản về việc chuyển nhượng nhưng văn bản này không đáp ứng các điều kiện về hình thức và nội dung của hợp đồng. Do đó, hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất giữa các bên là vô hiệu và hậu quả của nó là: Các bên khôi phục lại tình trạng ban đầu, hoàn trả cho nhau những gì đã nhận; nếu không hoàn trả được bằng hiện vật thì phải hoàn trả bằng tiền theo quy định tại khoản 2, điều 137 BLDS.

#### **3.1.4. Về quyền tự do lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp**

Về nguyên tắc các bên trong hợp đồng có quyền lựa chọn hình thức, cơ quan giải quyết tranh chấp hợp đồng. Nói cách khác, hình thức giải quyết tranh chấp, cơ quan đứng ra giải quyết tranh chấp, nơi giải quyết tranh chấp

hợp đồng,... phụ thuộc vào sự thỏa thuận của các bên. Khi có tranh chấp, các bên có thể tự quyết định giải quyết việc tranh chấp bằng một trong các hình thức như: Thương lượng, hòa giải, Trọng tài hoặc Tòa án. Tuy nhiên, khi nghiên cứu các văn bản pháp luật chuyên ngành cho thấy, một số văn bản quy định thủ tục giải quyết tranh chấp không bảo đảm quyền tự do lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp trong hợp đồng, quyền tự định đoạt của các bên trong quá trình giải quyết tranh chấp, còn có văn bản quy định các bên phải thực hiện một khâu giải quyết trung gian bởi cơ quan quản lý Nhà nước chuyên ngành trước khi tranh chấp được đưa ra Tòa án hoặc cơ quan có thẩm quyền giải quyết.

Khoản 5, điều 23 Luật điện lực quy định: Bên mua điện có quyền yêu cầu bên bán điện xem xét lại số tiền điện phải thanh toán. Khi nhận được yêu cầu của bên mua điện, bên bán điện có trách nhiệm giải quyết trong thời hạn mười lăm ngày. Trường hợp không đồng ý với cách giải quyết của bên bán điện, bên mua điện có thể đề nghị cơ quan, tổ chức có thẩm quyền tổ chức việc hoà giải. Trong trường hợp không đề nghị hoà giải hoặc hoà giải không thành, bên mua điện có quyền khởi kiện tại Tòa án theo quy định của pháp luật về tố tụng dân sự. Trong thời gian chờ giải quyết, bên mua điện vẫn phải thanh toán tiền điện và bên bán điện không được ngừng cấp điện. Luật đất đai năm 2003 cũng quy định: Tòa án sẽ thụ lý giải quyết những tranh chấp về đất đai khi có kết quả giải quyết của UBND xã/phường nơi có đất,...

Liên quan đến thực tiễn áp dụng pháp luật về quyền tự do lựa chọn các phương thức giải quyết tranh chấp, tác giả trích dẫn Công văn số 03/CV-TA ngày 11/10/2007 của Tòa án nhân dân huyện Đoan Hùng, tỉnh Phú Thọ gửi UBND xã Yên Kiện, Đoan Hùng, Phú Thọ.

Nội dung Công văn như sau:

“Ngày 20/8/2007 UBND xã Yên Kiện chuyển đến Toà án nhân dân huyện Đoan Hùng hồ sơ vụ kiện: “Đòi quyền sử dụng đất” giữa: Bà Lê Thị Hiền (trú tại xã Yên Kiện, huyện Đoan Hùng, tỉnh Phú Thọ) và vợ chồng ông Đinh Văn Nghĩa (trú tại thị trấn Đoan Hùng, huyện Đoan Hùng, tỉnh Phú Thọ) để giải quyết theo thẩm quyền.

Sau khi xem xét, nghiên cứu hồ sơ Toà án nhân dân huyện Đoan Hùng nhận thấy:

- Tài sản tranh chấp là quyền sử dụng đất tại thôn 2 xã Yên Kiện, Đoan Hùng, Phú Thọ, do vậy theo quy định tại khoản 2 Điều 135 Luật đất đai năm 2003 thì UBND xã Yên Kiện có thẩm quyền giải quyết ban đầu đối với vụ kiện.

- Trong hồ sơ vụ kiện thể hiện UBND xã Yên Kiện chưa tiến hành hoà giải tại cơ sở giữa các đương sự là vi phạm Điều 135 Luật đất đai năm 2003.

Vì các lẽ trên,

Toà án nhân dân huyện Đoan Hùng chuyển lại toàn bộ hồ sơ vụ kiện: *Đòi quyền sử dụng đất* giữa bà Lê Thị Hiền và vợ chồng ông Đinh Văn Nghĩa đến UBND xã Yên Kiện và đề nghị đồng chí Chủ tịch UBND xã Yên Kiện chỉ đạo tổ chức tiến hành hoà giải giữa các đương sự theo đúng quy định tại Điều 135 Luật đất đai năm 2003.

Qua nội dung Công văn trên cho thấy, việc quy định mang tính chấp bắt buộc về thủ tục giải quyết tranh chấp hợp đồng qua khâu trung gian là cơ quan quản lý Nhà nước có những bất cập sau:

- Làm hạn chế quyền tự do lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp hợp đồng
- Trái với quy định của luật thương mại về nguyên tắc giải quyết tranh chấp thương mại.
- Trên thực tế, quá trình giải quyết theo thủ tục hành chính này không

mang tính khách quan vì việc giải quyết tranh chấp được thực hiện bởi cơ quan quản lý Nhà nước (không phải cơ quan tư pháp). Do vậy, quyết định giải quyết thường mang yếu tố chủ quan của chủ thể quản lý

- Quy định này thể hiện sự can thiệp của cơ quan quản lý Nhà nước vào quan hệ hợp đồng trong quá trình giải quyết tranh chấp, không phù hợp với cơ chế quản lý kinh tế trong nền kinh tế thị trường. Việc quy định thêm một khâu trung gian trước khi các bên có quyền tự do lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp, làm ảnh hưởng đến lợi ích của các chủ thể.

- Quy định trên trái với quy định của WTO, các cơ quan Chính Phủ không được giải quyết các tranh chấp giữa doanh nghiệp với nhau trong hoạt động thương mại. Trường hợp có tranh chấp thương mại sẽ giải quyết bởi Trọng tài thương mại, Tòa án hoặc theo quy định của 2 bên khi giao kết hợp đồng.

### **3.2. Kiến nghị hoàn thiện các quy định của pháp luật về quyền tự do giao kết hợp đồng dân sự**

#### **3.2.1. Sửa đổi, bổ sung các quy định về hình thức hợp đồng trong BLDS**

Về cơ bản, BLDS năm 2005 đã bảo đảm nguyên tắc tự do hợp đồng. Tuy nhiên, Khoản 2 điều 401 lại quy định các trường hợp ngoại lệ mà hợp đồng được giao kết theo một hình thức nhất định. Việc vi phạm hình thức hợp đồng làm vô hiệu hợp đồng “trừ trường hợp pháp luật quy định khác”. Quy định này chưa rõ ràng và nhất quán trong việc thừa nhận nguyên tắc tự do lựa chọn hình thức hợp đồng. Trong quá trình áp dụng cần làm rõ các nội dung sau:

- Trường hợp pháp luật quy định hợp đồng phải thể hiện bằng văn bản có công chứng/chứng thực, phải đăng ký hoặc xin phép thì phải tuân theo các quy định đó là trường hợp nào? Chúng ta có thể hiểu rằng, đó là các trường hợp mà BLDS quy định về các trường hợp hợp đồng thông dụng và các



trường hợp theo quy định của luật chuyên ngành. Trong thực tiễn hiện nay, pháp luật Việt Nam quy định quá nhiều loại hợp đồng phải bằng văn bản, phải công chứng/chứng thực hay phải đăng ký,... vấn đề chưa rõ ràng là nếu các bên không tuân thủ các điều kiện này thì hợp đồng vô hiệu hoàn toàn hay chỉ có giá trị pháp lý đối với người thứ 3? Các trường hợp “pháp luật quy định khác” là các trường hợp nào? Để bảo đảm không trái nguyên tắc tự do hợp đồng, trong trường hợp các bên vi phạm hình thức hợp đồng, nhưng trên thực tế các bên thừa nhận sự tồn tại của hợp đồng và đã thực hiện các quyền và nghĩa vụ quy định trong hợp đồng thì hợp đồng vẫn có hiệu lực, các bên vẫn có quyền và nghĩa vụ với nhau theo nội dung hợp đồng. Điều kiện hình thức hợp đồng chỉ có giá trị đối với người thứ 3 và giá trị chứng cứ khi giải quyết tranh chấp tại Tòa án.

- Ngoài ra, điều 134 BLDS quy định: Trong trường hợp pháp luật quy định hình thức giao dịch dân sự là điều kiện có hiệu lực của giao dịch mà các bên không tuân theo thì theo yêu cầu của một hoặc các bên, Tòa án, cơ quan nhà nước có thẩm quyền khác quyết định buộc các bên thực hiện quy định về hình thức của giao dịch trong một thời hạn; quá thời hạn đó mà không thực hiện thì giao dịch vô hiệu là không khả thi trên thực tế. Bởi vì, khi xảy ra tranh chấp và các bên yêu cầu Tòa án giải quyết thì họ thường không có thiện chí để thực hiện việc sửa chữa sai sót về hình thức trong hợp đồng, nhất là khi một bên muốn hợp đồng bị tuyên bố vô hiệu. Như vậy, quy định này tạo thêm nhiều phức tạp trong việc giải quyết tranh chấp hợp đồng và không bảo vệ được lợi ích chính đáng của các bên, để tránh việc kéo dài thời gian mà việc khắc phục điều kiện về hình thức về hợp đồng giữa các bên không đạt hiệu quả, BLDS nên bỏ quy định về thời gian buộc các bên thực hiện quy định về hình thức của hợp đồng, thay vào đó là việc Tòa án tuyên hợp đồng vô hiệu luôn.

### **3.2.2. Sửa đổi, bổ sung quy định về nội dung hợp đồng trong BLDS**

Xuất phát từ bản chất của nghĩa vụ là việc mà theo đó một hoặc nhiều bên có nghĩa vụ phải chuyển giao vật, chuyển giao quyền,... theo quy định tại điều 280 BLDS. Do vậy, một hợp đồng không thể thiếu các yếu tố sau: Đối tượng, số lượng, chất lượng của hợp đồng.

Các yếu tố trên có thể được thể hiện dưới nhiều hình thức khác nhau có thể được thể hiện một cách rõ ràng trong thỏa thuận giữa các bên hoặc mặc dù các bên không thỏa thuận nhưng người ta có thể xác định được, ví dụ: Một hợp đồng mua bán hàng hóa có thể được hình thành khi các bên chỉ thỏa thuận về số lượng, chất lượng và giá cả hàng hóa trong hợp đồng được hiểu ngầm giữa các bên hoặc được thông qua giá thị trường hoặc theo thói quen. Điều 402 BLDS quy định về các điều khoản nội dung của hợp đồng nhưng các điều khoản này lại không có giá trị bắt buộc, điều này rất khó xác định thỏa thuận nào được coi là hợp đồng.

Việc quy định nội dung chủ yếu của hợp đồng có ý nghĩa hết sức quan trọng để xác định một đề nghị như thế nào được coi là đề nghị giao kết hợp đồng. Bởi vì, trong thực tế, không phải mọi đề nghị đều là đề nghị giao kết hợp đồng và làm phát sinh hậu quả pháp lý, một đề nghị phải gồm những nội dung chủ yếu của hợp đồng mới được coi là đề nghị giao kết hợp đồng. Các quy định của BLDS không có quy định về điều kiện để một đề nghị được coi là đề nghị giao kết hợp đồng. Điều 390 BLDS năm 2005 quy định: Đề nghị giao kết hợp đồng là việc thể hiện rõ ý định giao kết hợp đồng và chịu sự ràng buộc về đề nghị này của bên đề nghị đối với bên đã được xác định cụ thể. Trong trường hợp đề nghị giao kết hợp đồng có nêu rõ thời hạn trả lời, nếu bên đề nghị lại giao kết hợp đồng với người thứ ba trong thời hạn chờ bên được đề nghị trả lời thì phải bồi thường thiệt hại cho bên được đề nghị mà không được giao kết hợp đồng nếu có thiệt hại phát sinh. Quy định này chưa

rõ ràng, đầy đủ và cụ thể. Trong thực tế, một lời đề nghị thiếu đối tượng của hợp đồng thì không thể coi là đề nghị giao kết hợp đồng. Vì vậy, cần bổ sung thêm một điều khoản vào điều 390 quy định về nội dung cơ bản của đề nghị giao kết hợp đồng.

### **3.2.3. Bổ sung quy định về các phương thức giải quyết tranh chấp trong BLDS**

Một trong những nội dung cơ bản của quyền tự do giao kết hợp đồng là các bên có quyền tự do lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp đó là: Thương lượng, hòa giải, Trọng tài và Tòa án. Tuy nhiên, các phương thức giải quyết tranh chấp này mới chỉ được quy định trong các luật chuyên ngành như: Luật Thương mại, luật điện lực,... BLDS chưa có điều khoản nào quy định cụ thể về các phương thức giải quyết tranh chấp mà chỉ quy định rải rác trong một số điều khoản liên quan như: Điều 12 quy định về nguyên tắc hòa giải, điều 427 quy định về thời hiệu khởi kiện hợp đồng dân sự,... Do vậy, với vai trò là một đạo luật gốc, BLDS cần bổ sung điều khoản về các phương thức giải quyết tranh chấp hợp đồng bảo đảm quyền và lợi ích của các bên khi tham gia và các giao dịch dân sự.

Hơn nữa, các quy định trong BLDS hiện hành vừa quá tự do cho bên có thế mạnh, không an toàn cho bên có vị thế yếu. Điều này thể hiện ở chỗ: tự do hợp đồng nhưng chế độ trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng không rõ ràng, cụ thể và khó áp dụng trong thực tế. Trong điều kiện kinh tế hiện nay, cần tăng cường các quy định cụ thể, rõ ràng hơn về điều kiện thương mại chung trong Bộ luật dân sự, tăng cường bảo vệ người tiêu dùng trong các loại hợp đồng kinh tế, thương mại. Điều 407 Bộ luật dân sự năm 2005 chưa đủ căn cứ chặt chẽ để bảo vệ tự do hợp đồng một cách lành mạnh, những quy định của Bộ luật dân sự là cơ sở gốc cho các quan hệ hợp đồng kinh tế thương mại, lao động,... Vì vậy, cần nghiên cứu so sánh để bổ sung thêm vào BLDS.

### **3.2.4. Sửa đổi, bổ sung một số quy định trong các luật chuyên ngành khác bảo đảm sự thống nhất, phù hợp với quy định của BLDS trong việc bảo vệ quyền tự do hợp đồng**

Một số văn bản pháp luật chuyên ngành do được ban hành trước khi thông qua BLDS năm 2005, nên các quy định về hợp đồng trong các lĩnh vực cụ thể có những điểm không phù hợp, mâu thuẫn thậm chí trái với quy định về hợp đồng trong BLDS. Do vậy, cần rà soát lại các quy định về hợp đồng trong các văn bản pháp luật chuyên ngành, tiến hành sửa đổi, bổ sung các quy định về hợp đồng trong các văn bản này, hủy bỏ các quy định không còn phù hợp, để bảo đảm sự thống nhất với quy định của BLDS.

Ví dụ: Trong lĩnh vực kinh doanh bảo hiểm thì hợp đồng bảo hiểm là một nội dung cơ bản, quan trọng và không thể thiếu. Có lẽ vì thế mà trong Luật kinh doanh bảo hiểm năm 2000, đã quy định về Hợp đồng bảo hiểm ở ngay chương II của luật sau phần những quy định chung. Trong bộ luật dân sự năm 2005 cũng đã có một mục quy định về Hợp đồng bảo hiểm và coi đây là một loại hợp đồng thông dụng. Tuy nhiên, trong Luật kinh doanh bảo hiểm và Bộ luật dân sự có những quy định về hợp đồng bảo hiểm là chưa thống nhất và còn một số bất cập như sau: Khoản 1 điều 12 Luật kinh doanh bảo hiểm định nghĩa: Hợp đồng bảo hiểm là sự thỏa thuận giữa bên mua bảo hiểm và doanh nghiệp bảo hiểm, theo đó bên mua bảo hiểm phải đóng phí bảo hiểm, doanh nghiệp bảo hiểm phải trả tiền bảo hiểm cho người thụ hưởng hoặc bồi thường cho người được bảo hiểm khi xảy ra sự kiện bảo hiểm. Định nghĩa này có độ chênh so với định nghĩa về hợp đồng bảo hiểm được quy định tại Điều 567 Bộ luật dân sự 2005: Hợp đồng bảo hiểm là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên mua bảo hiểm phải đóng phí bảo hiểm, còn bên bảo hiểm phải trả một khoản tiền bảo hiểm cho bên được bảo hiểm khi xảy ra sự kiện bảo hiểm. Qua hai định nghĩa này có thể thấy sự mâu thuẫn trong quan điểm về đối

tượng được nhận tiền bảo hiểm, trong luật kinh doanh bảo hiểm đối tượng được nhận tiền bảo hiểm là người thụ hưởng hoặc người được bảo hiểm, Bộ luật dân sự không quy định về người thụ hưởng mà chỉ quy định về bên được bảo hiểm và trong luật cũng không làm rõ hơn về khái niệm bên được bảo hiểm; các quy định cụ thể về trả tiền bảo hiểm cũng khác nhau. Điều 578 Bộ luật dân sự 2005 quy định như sau về bảo hiểm tính mạng: Trong trường hợp bảo hiểm tính mạng thì khi xảy ra sự kiện bảo hiểm, bên bảo hiểm phải trả tiền bảo hiểm cho bên được bảo hiểm hoặc người đại diện theo uỷ quyền của họ; nếu bên được bảo hiểm chết, thì tiền bảo hiểm được trả cho người thừa kế của bên được bảo hiểm. Tuy nhiên, Điều 38 Luật kinh doanh bảo hiểm lại quy định, người thụ hưởng là người được bên mua bảo hiểm chỉ định nhận tiền bảo hiểm trong bảo hiểm con người và người thụ hưởng có thể không phải là người được bảo hiểm. Như vậy, có thể thấy theo BLDS năm 2005, nếu bên được bảo hiểm chết thì tiền bảo hiểm phải trả cho người thừa kế của họ, còn trong Luật kinh doanh bảo hiểm thì lại trả cho người thụ hưởng mà người thụ hưởng thì có thể là người thừa kế, một trong các người thừa kế hoặc không phải là người thừa kế.

Về nội dung của hợp đồng bảo hiểm bắt buộc phải có những nội dung sau: Tên, địa chỉ của doanh nghiệp bảo hiểm, bên mua bảo hiểm, người được bảo hiểm; đối tượng bảo hiểm; số tiền bảo hiểm; giá trị tài sản được bảo hiểm; phạm vi bảo hiểm; điều kiện bảo hiểm; điều khoản loại trừ trách nhiệm bảo hiểm; thời hạn bảo hiểm; mức phí bảo hiểm; phương thức đóng phí bảo hiểm; thời hạn phương thức trả tiền bảo hiểm; các quy định giải quyết tranh chấp; ngày tháng năm giao kết hợp đồng,... Trong các nội dung trên, có nhiều nội dung không nhất thiết phải quy định cụ thể trong hợp đồng bảo hiểm mà các bên có thể áp dụng tập quán hoặc thói quen thương mại hoặc các quy định của pháp luật trong trường hợp các bên không có thỏa thuận trong hợp đồng như:

Điều khoản về loại trừ trách nhiệm bảo hiểm; thời hạn bảo hiểm; mức phí bảo hiểm; phương thức trả phí bảo hiểm; thời hạn; phương thức trả tiền bảo hiểm,...So với quy định của BLDS năm 2005, quy định này không còn phù hợp và cần phải sửa đổi vì nó hạn chế quyền tự do thỏa thuận nội dung hợp đồng của các bên.

Trong lĩnh vực tài chính ngân hàng, điều 476 BLDS quy định: Lãi suất vay do các bên thỏa thuận nhưng không được vượt quá 150% của lãi suất cơ bản do Ngân hàng Nhà nước công bố đối với loại cho vay tương ứng. Tuy nhiên, tại khoản 2 điều 91 luật các tổ chức tín dụng năm 2010 (có hiệu lực vào ngày 1/1/2011) và thông tư số 12/2010/TT-NHNN quy định: Tổ chức tín dụng và khách hàng có quyền thỏa thuận về lãi suất, phí cấp tín dụng trong hoạt động ngân hàng của tổ chức tín dụng theo quy định của pháp luật mà không bị giới hạn bởi mức lãi suất cơ bản do Ngân hàng Nhà nước ban hành. Vấn đề đặt ra là nên sửa đổi luật các tổ chức tín dụng hay BLDS. Tuy nhiên, hiện nay các tổ chức tín dụng đang cho khách hàng vay theo cơ chế lãi suất thỏa thuận và việc cho vay theo cơ chế này đã tạo chủ động và bảo đảm tính cạnh tranh cho các tổ chức tín dụng kinh doanh trên thị trường tiền tệ góp phần ổn định nền kinh tế sau cuộc khủng hoảng đồng thời bảo đảm quyền tự do thỏa thuận của các bên trong quan hệ hợp đồng.

## KẾT LUẬN

Ngày nay, trong cơ chế thị trường không thể không thừa nhận nguyên tắc tự do giao kết hợp đồng. Quan hệ hợp đồng là quan hệ ngang của đời sống xã hội, được thiết lập giữa các chủ thể bình đẳng về quyền và nghĩa vụ, các bên tham gia quan hệ hợp đồng tự do thể hiện ý chí của mình, tự mình lựa chọn đối tác, tự do thương lượng nhằm xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt các quyền và nghĩa vụ trong lĩnh vực kinh doanh. Không ai, không một tổ chức, cơ quan nào có quyền áp đặt ý chí của mình đối với các bên trong quá trình thành lập và thực hiện hợp đồng. Tự do thể hiện ý chí là yêu cầu, là yếu tố thuộc về bản chất của hợp đồng. Hợp đồng chính là sự thỏa thuận trên cơ sở tự do ý chí của các bên.

Tuy nhiên, tự do giao kết hợp đồng không phải là sự tự do hoàn hảo, tự do vô giới hạn. Sự tự do này là sự tự do bị hạn chế. Không được giao kết hợp đồng bằng cách lừa đảo, dối trá, đe dọa, không được giao kết hợp đồng để hạn chế hoạt động kinh doanh của các chủ thể khác cũng như của xã hội nói chung. Nhà nước với tư cách là tổ chức của quyền lực công không những có thể mà còn can thiệp vào quan hệ hợp đồng. Sự can thiệp này không phải là sự can thiệp thô bạo vào nguyên tắc tự do hợp đồng mà còn là một bảo đảm cần thiết cho việc thực hiện nguyên tắc này trong thực tế cuộc sống.

Trong hoàn cảnh cụ thể của Việt Nam hiện nay, sự can thiệp của Nhà nước vào các quan hệ hợp đồng là yếu tố vô cùng cần thiết để tạo ra trật tự, kỷ cương trong quan hệ hợp đồng. Cùng với sự hình thành đồng bộ các yếu tố của thị trường, xây dựng đầy đủ các định chế của cơ chế quản lý, sự can thiệp của Nhà nước vào quan hệ hợp đồng sẽ dần giảm đi, sự tự do, tự định đoạt của các chủ thể ngày càng tăng lên. Nhưng sự can thiệp của Nhà nước chỉ có thể giảm đi chứ không thể loại bỏ hoàn toàn sự can thiệp của Nhà nước./.

## DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Trần Việt Anh (2010), “Bàn về khái niệm hợp đồng”, *Tạp chí Nhà nước và pháp luật*, (4).
2. Nguyễn Mạnh Bách (2004), *Luật dân sự Việt Nam*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội.
3. Nguyễn Mạnh Bách (1995), *Pháp luật về hợp đồng*, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội.
4. Bùi Ngọc Cường (2004), *Một số vấn đề về quyền tự do kinh doanh trong pháp luật kinh tế hiện hành ở Việt Nam*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội.
5. Ngô Huy Cương (2008), “Tự do ý chí và sự tiếp cận ý chí trong pháp luật Việt Nam hiện nay”, *Tạp chí nghiên cứu lập pháp*, (115).
6. Phạm Hoàng Giang (2006), “Sự phát triển của pháp luật hợp đồng từ nguyên tắc tự do hợp đồng đến nguyên tắc công bằng”, *Tạp chí Nhà nước và pháp luật*, (5).
7. Phạm Hoàng Giang (2006), “Quyền tự do giao kết hợp đồng trong hoạt động thương mại ở Việt Nam”, *Luận văn tiến sĩ luật học*, trường Đại học luật Hà Nội, Hà Nội.
8. Phạm Hoàng Giang (2007), “Vai trò của Tòa án và Án lệ với sự phát triển của pháp luật hợp đồng”, *Tạp chí nghiên cứu lập pháp*, (8).
9. Lê Hồng Hạnh (2003), “Chế định hợp đồng kinh tế - tồn tại hay không tồn tại”, *Tạp chí luật học*, (9).
10. Lê Hồng Hạnh (2002), *Những nền tảng pháp lý cơ bản của nền kinh tế thị trường định hướng XHCN ở Việt Nam*, Đại học sư phạm Hà Nội, Hà Nội.
11. Trần Hải Hưng (2006), “Đổi mới sự điều chỉnh pháp luật về hợp đồng trong BLDS năm 2005”, *Luận văn Thạc sĩ luật học*, trường Đại học luật Hà Nội, Hà Nội.
12. Nguyễn Am Hiểu (2004), “Hoàn thiện pháp luật về biện pháp bảo đảm



- nhìn từ quyền tự do hợp đồng”, *Tạp chí dân chủ và pháp luật*, (12).
13. Nguyễn Thúy Hiền (2006), “Những quy định nghĩa vụ dân sự và hợp đồng trong BLDS 2005”, *Tạp chí dân chủ và pháp luật*, (14).
14. Dương Đăng Huệ (2002), “Hoàn thiện pháp luật về hợp đồng ở Việt Nam”, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, (8).
15. Bùi Đăng Hiếu (2006), “Tính chất đền bù của hợp đồng dân sự”, *Tạp chí luật học*, (11).
16. Nguyễn Ngọc Khánh (2006), “Những điểm mới cơ bản về hợp đồng trong BLDS năm 2005”, *Tạp chí Kiểm sát* (2).
17. Vũ Văn Mẫu (1963), *Nghĩa vụ và khế ước*, Việt nam Dân luật lược khảo, Quyển II, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản Sài Gòn, Sài Gòn.
18. Phạm Duy nghĩa (2004), *Chuyên khảo luật kinh tế*, Nxb Đại học quốc gia Hà Nội, Hà Nội.
19. Nguyễn Thị Nhàn (2008), “Ý chí của chủ thể trong giao dịch dân sự”, *Luận văn thạc sỹ luật học*, trường Đại học Luật Hà Nội, Hà Nội.
20. Nguyễn Như Phát (2003), “Điều kiện thương mại chung và nguyên tắc tự do khế ước”, *Tạp chí luật học*, (11).
21. Đinh Thị Mai Phương (2005), *Thống nhất luật hợp đồng ở Việt Nam*, Nxb Tư pháp, Hà Nội.
22. Lê Thị Bích Thọ (2002), *Hợp đồng kinh tế vô hiệu và hậu quả của hợp đồng kinh tế vô hiệu*, Luận án Tiến sĩ Luật học, trường đại học luật Hà Nội, Hà Nội.
23. Đinh Văn Thanh (1996), “Hiệu lực và thời điểm có hiệu lực của hợp đồng dân sự”, *Tạp chí Luật học*, (5).
24. Nhà Pháp luật Việt-Pháp (1998), *Bộ luật Dân sự của nước Cộng hòa Pháp*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội.
25. Quốc hội (1992), *Hiến pháp*, Hà Nội.

26. Quốc hội (1995), *Bộ luật dân sự*, Hà Nội.
27. Quốc hội (1997), *Luật Các tổ chức tín dụng*, Hà Nội.
28. Quốc hội (2001), *Hiến pháp (sửa đổi, bổ sung)*, Hà Nội.
29. Quốc hội (2003), *Luật đất đai*, Hà Nội.
30. Quốc hội (2004), *Luật Phá sản*, Hà Nội.
31. Quốc hội (2004), *Luật điện lực*, Hà Nội.
32. Quốc hội (2005), *Luật Nhà ở*, Hà Nội.
33. Quốc hội (2005), *Luật cạnh tranh*, Hà Nội.
34. Quốc hội (2005), *Bộ luật dân sự*, Hà Nội.
35. Quốc hội (2005), *Luật Nhà ở*, Hà Nội.
36. Quốc hội (2005), *Luật Thương mại*, Hà Nội.
37. Quốc hội (2005), *Luật doanh nghiệp*, Hà Nội.
38. Quốc hội (2006), *Luật kinh doanh bất động sản*, Hà Nội.
39. Trường Đại học Luật Hà Nội (1993), *Những quy định chung của Luật hợp đồng ở Pháp, Đức, Anh, Mỹ*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội.
40. Trường Đại học Luật Hà Nội (2005), *Giáo trình Luật Dân sự Việt Nam*, tập 1, 2, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội.
41. Trường Đại học Luật Hà Nội (2003), *Giáo trình Luật La Mã*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội.
42. Viện Nghiên cứu Khoa học pháp lý (1998), *Một số vấn đề về pháp luật dân sự Việt Nam từ thế kỷ XV đến thời Pháp thuộc*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội.

**Trang Web:**

43. [Http://www.handico.com.vn](http://www.handico.com.vn).
44. [Http://www.hanoimoi.com.vn/dautu](http://www.hanoimoi.com.vn/dautu).
45. [Http://www.vovnews.vn/home/hanoi](http://www.vovnews.vn/home/hanoi).