



**Tạp chí Khoa học và Kinh tế Phát triển
Trường Đại học Nam Cần Thơ**

Website: jsde.nctu.edu.vn



Một số hạn chế, bất cập trong các quy định pháp luật về thử việc và kiến nghị hoàn thiện

Nguyễn Chí Dũng^{1*}

¹Khoa Luật, Trường Đại học Nam Cần Thơ

*Người chịu trách nhiệm bài viết: Nguyễn Chí dũng (email: ncdung@nctu.edu.vn)

Ngày nhận bài: 17/02/2025

Ngày phản biện: 14/03/2025

Ngày duyệt đăng: 31/3/2025

Title: Some limitations and inflammations in the Regulations law regarding probation and recommendation to improver the law

Keywords: labor contract, probation; probationary contract

Từ khóa: hợp đồng thử việc; hợp đồng lao động

ABSTRACT

The issue of probation has been regulated from Article 24 to Article 27 of the Labor Code 2019 and its implementing documents. From there, it has created a legal basis for the parties in establishing and implementing probation agreements. However, the practical application showed that the regulations on probation still had some points that were not really suitable and were still in conflict with related regulations, so it is necessary to continue to study to propose solutions to improve. Within the scope of this article, the author analyzes and clarifies the limitations and shortcomings and proposes recommendations to improve the legal regulations on probation.

TÓM TẮT

Vấn đề thử việc đã được quy định từ Điều 24 đến Điều 27 của Bộ luật Lao động năm 2019 và các văn bản hướng dẫn thi hành. Từ đó, đã tạo cơ sở pháp lý cho các bên trong việc xác lập và thực hiện thỏa thuận thử việc. Tuy nhiên, thực tiễn áp dụng cho thấy, các quy định về thử việc còn tồn tại một số điểm chưa thực sự phù hợp, còn mâu thuẫn với các quy định có liên quan, do đó cần được tiếp tục nghiên cứu để đề xuất giải pháp hoàn thiện. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích làm rõ những điểm hạn chế, bất cập và đề xuất các kiến nghị nhằm hoàn thiện các quy định pháp luật về thử việc.

1. GIỚI THIỆU

Thử việc là một dạng của chế độ giao kết hợp đồng lao động, trước khi hợp đồng lao động chính thức có hiệu lực. Nội dung, hiệu lực, quyền và nghĩa vụ của các bên trong thời gian thử việc do các bên ký kết hợp đồng thỏa thuận [1]. Về bản chất, thử việc là một dạng quan hệ tiền quan hệ

lao động, được hình thành dựa trên sự thỏa thuận của các chủ thể [2]. Thông thường trước khi xác lập quan hệ lao động thì người lao động (NLĐ) và người sử dụng lao động (NSDLĐ) chưa có sự hiểu biết nhiều về nhau. Người sử dụng lao động chưa biết được năng lực chuyên môn, tính cách của NLĐ. Ngược lại, NLĐ cũng chưa hiểu biết rõ

về vị trí tuyển dụng và môi trường làm ở nơi mình dự định ứng tuyển. Do đó, thông qua việc thử việc, NSDLĐ có thể kiểm tra trình độ chuyên môn, nghiệp vụ của NLĐ cũng như tính cách của NLĐ có đáp ứng được công việc mình cần tuyển dụng hay không để từ đó quyết định tuyển dụng hay không tuyển dụng NLĐ. Đồng thời, thông qua thử việc NLĐ cũng có điều kiện để tìm hiểu rõ hơn về công việc, môi trường làm việc nơi mình sẽ gắn bó trong thời gian sắp tới để quyết định có xác lập quan hệ lao động hay không. Do vậy, thử việc có ý nghĩa quan trọng đối với cả NSDLĐ và cả NLĐ. Vì vậy, pháp luật lao động Việt Nam đã quy định cho phép các bên thử việc trước khi giao kết hợp đồng lao động chính thức. Tuy nhiên, qua nghiên cứu các quy định về thử việc của BLLĐ và các văn bản có liên quan cho thấy, các quy định về thử việc vẫn còn tồn tại một số điểm hạn chế bất cập cần tiếp tục được nghiên cứu để đưa ra giải pháp hoàn thiện.

2. PHƯƠNG PHÁP NGHIÊN CỨU

Bài viết được nghiên cứu dựa trên phương pháp định tính qua phân tích, tổng hợp và so sánh luật. Trong đó, phương pháp phân tích, tổng hợp được sử dụng nhằm làm rõ thực trạng pháp luật về hợp đồng thử việc, từ đó chỉ ra những hạn chế, bất cập và đưa ra các kiến nghị nhằm hoàn thiện pháp luật. Phương pháp so sánh luật được tác giả sử dụng nhằm làm rõ sự tương đồng và khác biệt giữa các quy định pháp luật về thử việc của Việt Nam với các quy định tương ứng trong pháp luật lao động của Pháp, qua đó vận dụng, tiếp thu các giải pháp, kinh nghiệm điều chỉnh pháp luật của nước ngoài từ đó xây dựng các kiến nghị hoàn thiện pháp luật về thử việc ở Việt Nam.

3. KẾT QUẢ VÀ THẢO LUẬN

3.1 Hạn chế, bất cập trong các quy định pháp luật về thử việc

Nghiên cứu các quy định về thử việc trong BLLĐ năm 2019 và thực tiễn áp dụng cho thấy còn tồn tại một số điểm hạn chế, bất cập sau đây:

Thứ nhất, hạn chế, bất cập trong quy định về các trường hợp áp dụng và các trường hợp không áp dụng thử việc. Cụ thể, khoản 3 Điều 24 BLLĐ năm 2019 quy định: “*Không áp dụng thử việc đối với người lao động giao kết hợp đồng lao động có thời hạn dưới 01 tháng*”. Như vậy, các hợp đồng có thời hạn từ một tháng trở lên thì người sử dụng lao động đều có quyền ký hợp đồng thử việc với người lao động. Tuy nhiên, quy định này có sự mâu thuẫn với các quy định có liên quan đến người lao động nước ngoài làm việc ở Việt Nam. Cụ thể, theo điểm d khoản 1 Điều 151 của BLLĐ năm 2019 thì người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam phải có Giấy phép lao động do cơ quan Nhà nước có thẩm quyền tại Việt Nam cấp. Giấy phép lao động phải được cấp trước khi người lao động nước ngoài bắt đầu làm việc. Tiếp đến, khoản 3 Điều 11 Nghị định 152/2020/NĐ-CP quy định: “*Đối với người lao động nước ngoài theo quy định tại điểm a khoản 1 Điều 2 Nghị định này, sau khi người lao động nước ngoài được cấp giấy phép lao động thì người sử dụng lao động và người lao động nước ngoài phải ký kết hợp đồng lao động bằng văn bản theo quy định của pháp luật lao động Việt Nam trước ngày dự kiến làm việc cho người sử dụng lao động*”. Từ quy định nêu trên cho thấy, người sử dụng lao động bắt buộc phải ký kết “hợp đồng lao động” với người lao động là người nước ngoài mà không được ký “hợp đồng thử việc”, mặc dù Điều 24 quy định đối với các công việc có thời hạn từ 01 tháng trở lên thì NSDLĐ và NLĐ có quyền ký hợp đồng thử việc không phân biệt NLĐ là người Việt Nam hay người nước ngoài. Trong trường hợp NSDLĐ không ký hợp đồng lao động thì có thể sẽ bị xử

phạt vi phạm hành chính ở mức từ 1000.000 đồng đến 3000.000 đồng đối với cá nhân và từ 3000.000 đồng đến 6000.000 đồng đối với người sử dụng lao động là tổ chức [3]. Do vậy, các quy định về cấp giấy phép lao động cho người lao động nước ngoài làm việc ở Việt Nam cần được sửa đổi, bổ sung để bảo đảm thống nhất với quy định về các trường hợp được quyền thử việc.

Thứ hai, hạn chế bất cập về thời hạn thử việc và số lần thử việc. Để bảo đảm quyền và lợi ích của người lao động, tránh tình trạng người sử dụng lao động lợi dụng vị thế của mình để ký hợp đồng thử việc trong một thời gian dài gây thiệt hại cho người lao động, pháp luật lao động có quy định cụ thể về thời gian thử việc và số lần thử việc. Cụ thể, Điều 25 của BLLĐ năm 2019 quy định: *“Thời gian thử việc do hai bên thỏa thuận căn cứ vào tính chất và mức độ phức tạp của công việc nhưng chỉ được thử việc một lần đối với một công việc...”*. Quy định này dẫn đến có cách hiểu và áp dụng khác nhau trong khoa học pháp lý và trong thực tiễn tư pháp. Theo đó, người sử dụng lao động cho người lao động thử việc nhiều lần đối với cùng một công việc nhưng tổng thời gian của tất cả các lần thử việc không vượt quá tổng thời gian thử việc do pháp luật quy định thì có bị coi là vi phạm quy định nêu trên hay không? Chẳng hạn, người sử dụng lao động cho người lao động có trình độ đại học thử việc hai lần nhưng tổng thời gian hai lần thử việc không vượt quá 60 ngày. Thực tiễn xét xử cho thấy, một số trường hợp Tòa án đã cho rằng việc các bên ký nhiều hợp đồng thử việc là vi phạm quy định về thời hạn thử việc, kể cả tổng số lần thử việc không vượt quá tổng thời hạn thử việc do luật định. Cũng có tòa án cho rằng, các bên được quyền thử việc nhiều lần đối với một công việc miễn sao tổng thời gian thử việc không vượt quá thời gian thử việc luật

định [4]. Do vậy, quy định này cần được sửa đổi, bổ sung hoặc cần có sự hướng dẫn nhằm bảo đảm sự áp dụng thống nhất trong thực tiễn xét xử.

Thứ ba, chưa quy định rõ hệ quả pháp lý khi kết thúc thời hạn thử việc, NSDLĐ không thông báo kết quả thử việc và NLĐ vẫn tiếp tục làm việc. Cụ thể, Điều 27 BLLĐ năm 2019 quy định: *“Khi kết thúc thời gian thử việc, người sử dụng lao động phải thông báo kết quả thử việc cho người lao động. Trường hợp thử việc đạt yêu cầu thì người sử dụng lao động tiếp tục thực hiện hợp đồng lao động đã giao kết đối với trường hợp thỏa thuận thử việc trong hợp đồng lao động hoặc phải giao kết hợp đồng lao động đối với trường hợp giao kết hợp đồng thử việc. Trường hợp thử việc không đạt yêu cầu thì chấm dứt hợp đồng lao động đã giao kết hoặc hợp đồng thử việc...”*. Theo Án lệ số 20/2018/AL thì sau khi kết thúc thời hạn thử việc, NLĐ vẫn tiếp tục làm việc và giữa NSDLĐ và NLĐ không có thỏa thuận gì khác thì phải xác định NLĐ và NSDLĐ đã xác lập quan hệ lao động. Như vậy, mặc dù BLLĐ năm 2019 không quy định cụ thể nhưng thông qua Án lệ số 20/2018/AL thì chúng ta có thể xác định được hệ quả pháp lý của việc kết thúc hợp đồng thử việc, NLSLĐ không thông báo và NLĐ vẫn tiếp tục làm việc thì coi như các bên đã xác lập quan hệ lao động. Tuy nhiên, các quy định của pháp luật lao động hiện hành không cho biết rõ, khi hết thời hạn thử việc, NSDLĐ không thông báo kết quả thử việc và NLĐ vẫn làm việc thì các bên mặc nhiên sẽ xác lập loại hợp đồng lao động không có thời hạn hay hợp đồng lao động có thời hạn và nếu là hợp đồng xác định thời hạn thì thời hạn là bao nhiêu tháng? Theo Án lệ số 20/2018/AL, có Tòa án đã căn cứ vào thư mời thử việc để xác định thời hạn của hợp đồng lao động trong trường hợp này. Tuy nhiên, không phải

trong trường hợp nào thông qua thư mời thử việc cũng xác định được loại hợp đồng mà các bên mong muốn xác lập khi kết thúc thời hạn thử việc. Trong một số trường hợp, Tòa án căn cứ vào tình chất của công việc các bên thỏa thuận là không mang tính thường xuyên, ổn định để xác định loại hợp đồng được xác lập giữa các bên là hợp đồng có thời hạn 12 tháng [5]. Tuy nhiên, cách xác định này cũng chưa thuyết phục và chưa thực sự hợp lý, bởi lẽ hiện chưa có quy định cụ thể những công việc có tính chất như thế nào được coi là mang tính thường xuyên, ổn định.

Thứ tư, quy định về chấm dứt hợp đồng thử việc chưa thực sự hợp lý. Cụ thể, khoản 3 Điều 27 BLLĐ quy định: *“Trong thời gian thử việc, mỗi bên có quyền hủy bỏ hợp đồng thử việc hoặc hợp đồng lao động đã giao kết mà không cần báo trước và không phải bồi thường”*. Quy định về chấm dứt thử việc bất kỳ lúc nào mà không cần phải thông báo trước nhằm bảo đảm quyền tự do việc làm của NLD cũng như quyền tự do tuyển dụng của NSDLĐ. Tuy nhiên, quy định cho phép các bên chấm dứt thử việc bất kỳ lúc nào mà không cần phải thông báo trước là chưa thực sự hợp lý, có thể làm ảnh hưởng đến hoạt động sản xuất kinh doanh và gây thiệt hại cho các bên. Chẳng hạn, một tài xế thử việc cho một hãng xe khách, đến giờ khởi hành tài xế thông báo chấm dứt thử việc sẽ rất khó khăn trong việc thể bố trí nhân sự thay thế. Đặc biệt, các nhân sự thử việc ở các vị trí lãnh đạo, điều hành các doanh nghiệp, trong trường hợp NLD chấm dứt thử việc mà không thông báo trước cho NSDLĐ thì có thể ảnh hưởng đến hoạt động của doanh nghiệp.

3.2 Một số kiến nghị hoàn thiện các quy định về thử việc

Từ những hạn chế, bất cập trong các quy định pháp luật và thực tiễn áp dụng, tác giả đưa ra các kiến nghị hoàn thiện pháp luật như sau:

Thứ nhất, sửa đổi, bổ sung quy định về cấp giấy phép đối với người lao động nước ngoài làm việc ở Việt Nam để bảo đảm quyền thử việc của các bên. Mặc dù, theo BLLĐ năm 2019 quy định về điều kiện để tuyển dụng NLD là người nước ngoài làm việc ở Việt Nam thì các doanh nghiệp chỉ được tuyển NLD nước ngoài vào các vị trí là người quản lý, điều hành doanh nghiệp hoặc các vị trí là chuyên gia [6]. Tuy nhiên, dù NLD nước ngoài là người có chuyên môn cao thì các bên vẫn có nhu cầu thử việc. Do vậy, để bảo đảm quyền được xác lập quan hệ thử việc của các bên, tác giả kiến nghị sửa đổi, bổ sung khoản 3 Điều 11 Nghị định 152/2020/NĐ-CP theo hướng như sau: *“Đối với người lao động nước ngoài theo quy định tại điểm a khoản 1 Điều 2 Nghị định này, sau khi người lao động nước ngoài được cấp giấy phép lao động thì người sử dụng lao động và người lao động nước ngoài phải ký kết hợp đồng thử việc hoặc ký kết hợp đồng lao động bằng văn bản theo quy định của pháp luật lao động Việt Nam trước ngày dự kiến làm việc cho người sử dụng lao động”*.

Thứ hai, sửa đổi quy định về số lần thử việc cho một công việc. Như đã phân tích ở phần bất cập, trong trường hợp các bên thử việc nhiều lần cho một công việc nhưng tổng số lần thử việc không vượt quá thời hạn thử việc tối đa theo luật định thì có vi phạm quy định về thử việc hay không vẫn còn có những quan điểm khác nhau. Tác giả cho rằng, BLLĐ nên theo hướng cho phép các bên thử việc nhiều lần đối với một công việc nhưng tổng thời gian các lần thử việc không vượt quá thời hạn thử việc tối đa theo luật định. Bởi lẽ, trên thực tế cũng có những trường hợp, kết quả

thử việc không đạt và NLĐ mong muốn được thử việc thêm một lần để có thêm thời gian chứng minh năng lực của mình phù hợp với yêu cầu công việc. Hơn nữa, việc các bên thỏa thuận thử việc nhiều lần với tổng thời gian thử việc của tất cả các lần thử việc không vượt quá thời hạn luật định không có sự khác biệt với trường hợp các bên thỏa thuận thử việc một lần. Vì thử việc một lần hay nhiều lần thì vẫn trong thời hạn thử việc tối đa mà BLLĐ cho phép. Nghiên cứu luật nước ngoài cho thấy, ở một số quốc gia cũng cho phép các bên được phép thử việc hơn một lần, với các quy định chặt chẽ để bảo vệ quyền và lợi ích của NLĐ. Chẳng hạn, ở Pháp luật cho phép các bên gia hạn thời hạn thử việc và việc gia hạn chỉ được thực hiện một lần [7]. Có thể thấy rằng, việc gia hạn thử việc về bản chất chính là thử việc thêm một lần nữa. Do vậy, để bảo đảm sự thống nhất trong các hiệu và áp dụng pháp luật, tác giả kiến nghị sửa đổi, bổ sung Điều 25 BLLĐ năm 2019 theo hướng như sau:

“1. Thời gian thử việc do hai bên thỏa thuận căn cứ vào tính chất, mức độ phức tạp của công việc nhưng không vượt quá thời hạn sau đây:

a. Không quá 180 ngày đối với công việc của người quản lý doanh nghiệp theo quy định của Luật Doanh nghiệp, Luật Quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào sản xuất, kinh doanh tại doanh nghiệp;

b. Không quá 60 ngày đối với công việc có chức danh nghề nghiệp cần trình độ chuyên môn, kỹ thuật từ cao đẳng trở lên;

c. Không quá 30 ngày đối với công việc có chức danh nghề nghiệp cần trình độ chuyên môn, kỹ thuật trung cấp, công nhân kỹ thuật, nhân viên nghiệp vụ;

d. Không quá 06 ngày làm việc đối với công việc khác

2. Các bên được quyền thử việc nhiều lần đối với một công việc nhưng tổng số lần thử việc cho một công việc không vượt quá thời gian thử việc tối đa được quy định tại khoản 1 Điều này.”

Thứ ba, sửa đổi, bổ sung Điều 27 BLLĐ năm 2019 nhằm quy định rõ hợp đồng lao động sẽ được áp dụng trong trường hợp kết thúc thử việc NSDLĐ không thông báo kết quả thử việc và NLĐ vẫn tiếp tục làm việc. Để bảo đảm sự thống nhất trong nhận thức khoa học và thực tiễn áp dụng pháp luật, tác giả kiến nghị sửa đổi, bổ sung Điều 27 BLLĐ năm 2019 như sau: *“Sau khi kết thúc thời gian thử việc, NSDLĐ không thông báo kết quả thử việc và NLĐ vẫn tiếp tục làm việc thì mặc nhiên các bên đã xác lập quan hệ lao động chính thức. Loại hợp đồng lao động mà các bên xác lập trong trường hợp này được xác định căn cứ vào ý chí của các bên trong quá trình xác lập và thực hiện quan hệ thử việc. Trường hợp căn cứ vào ý chí của các bên không xác định được thì loại hợp đồng mà các bên đã xác lập là hợp đồng lao động có thời hạn 12 tháng”.*

Thứ tư, cần sửa đổi, bổ sung khoản 3 Điều 27 BLLĐ năm 2019 theo hướng các bên hủy bỏ thỏa thuận thử việc phải thông báo trước cho bên kia một khoảng thời gian nhất định. Việc báo trước hủy bỏ thỏa thuận thử việc sẽ giúp cho NSDLĐ chủ động trong việc sắp xếp nhân sự để không ảnh hưởng đến hoạt động sản xuất kinh doanh. Ngược lại, NLĐ có thể chủ động trong việc tìm kiếm công việc mới. Theo pháp luật lao động của Pháp thì khi hủy bỏ thỏa thuận thử việc thì bên hủy bỏ thỏa thuận thử việc có nghĩa vụ phải báo trước cho bên còn lại, thời gian báo trước phụ thuộc vào thời hạn NLĐ đã thử việc. Cụ thể, NLĐ khi chấm dứt hợp đồng thử việc thì phải báo trước cho NSDLĐ 14 giờ nếu thời gian đã thử việc ít hơn 8 ngày và phải báo trước ít nhất 48 giờ nếu

thời gian đã thử việc nhiều hơn 8 ngày [8]. Do vậy, tác giả kiến nghị sửa đổi, bổ sung khoản 3 Điều 27 BLLĐ năm 2019 như sau: “*Trong thời gian thử việc mỗi bên đều có quyền hủy bỏ thỏa thuận thử việc mà không phải bồi thường thiệt hại nhưng phải thông báo cho bên kia trước thời điểm hủy bỏ thỏa thuận thử việc hai ngày, trừ trường hợp một bên vi phạm thỏa thuận thử việc thì bên bị vi phạm có quyền hủy bỏ thỏa thuận thử việc mà không cần phải thông báo trước*”.

4. KẾT LUẬN

Vấn đề thử việc có ý nghĩa quan trọng đối với các bên trong quan hệ lao động, giúp cho các bên có điều kiện để xem xét kỹ lưỡng đối tác để từ đó quyết định có xác lập quan hệ lao động chính thức hay không. Thông qua nghiên cứu bài viết, tác giả đã chỉ ra một số điểm hạn chế, bất cập và đề xuất các kiến nghị hoàn thiện pháp luật về thử việc bao gồm: (i) Sửa đổi, bổ sung quy định về cấp giấy phép lao động; (ii) Sửa đổi, bổ sung quy định về hệ quả pháp lý khi kết thúc thử việc mà người sử dụng lao động không thông báo kết quả thử việc và người lao động vẫn tiếp tục làm việc; (iii) Sửa đổi, bổ sung quy định về thời hạn thử việc và số lần thử việc; (iv) Sửa đổi, bổ sung quy định về hủy bỏ thỏa thuận thử việc.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

- [1] Viện Khoa học pháp lý (Bộ Tư pháp). (1999). *Từ điển Luật học*, Nxb Từ điển Bách khoa, Hà Nội, tr.486.
- [2] Lương Minh Sơn (2017). Một số vấn đề về quy định thử việc trong Pháp luật Lao động Việt Nam, *Tạp chí Khoa học pháp lý Việt Nam*, Số 6/2017.
- [3] Nghị định chính phủ. (2022). *Khoản 3 Điều 11 Nghị định số 12/2022/NĐ-CP ngày 17 tháng 01 năm 2022 của Chính phủ quy định về xử phạt hành chính trong lĩnh vực lao động,*

bảo hiểm xã hội, người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng.

- [4] Tòa án nhân dân Thành phố Hà Nội. (2028). *Bản án số 01/2018/LĐ-PT ngày 12/01/2018 của Tòa án nhân dân Thành phố Hà Nội về xử lý kỷ luật sa thải.*
- [5] Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh. (2020). *Bản án số 432/2020/LĐ-PT ngày 20/5/2020 của Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh về tranh chấp đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động.*
- [6] Luật Lao động. (2019). *Điều 152. Bộ luật Lao động năm 2019.*
- [7] Bộ luật Lao động Pháp. (2018). *Điều L1221-21. Bộ luật Lao động Pháp đã được sửa đổi, bổ sung năm 2018.*
- [8] Bộ luật Lao động Pháp. (2028). *Điều L1221-25 và Điều L22126, Bộ luật Lao động Pháp đã sửa đổi, bổ sung năm 2018.*