ISSN 0866 -7446

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

STATE AND LAW REVIEW

VIỆN HÀN LÂM KHOA HỌC XÃ HỘI VIỆT NAM

VIỆN NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

Vietnam Academy of Social Sciences

Institute of State and Law

7(387)
2020

THÁNG RA MỘT KỲ
7(387)
2020
NĂM THỨ 49

TỔNG BIÊN TẬP
TS. TRẦN VĂN BIÊN

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP
GS.TSKH. ĐÀO TRÍ ÚC
PGS.TS. BÙI XUÂN ĐỨC
PGS.TS. PHẠM HỒNG HẢI
PGS.TS. TRẦN ĐÌNH HÀO
PGS.TS. HÀ THỊ MAI HIÊN
PGS.TS. PHẠM HỮU NGHỊ
PGS.TS. NGUYỄN NHƯ PHÁT
PGS.TS. LÊ MINH THÔNG
PGS.TS. NGUYỄN TRUNG TÍN
GS.TS. VÕ KHÁNH VINH
PGS.TS. ĐINH NGỌC VƯỢNG

Trụ sở Toà soạn:
27 Trần Xuân Soạn
Hà Nội

Tel: 024.39713333
Fax: 024.39764534
Email:
tcnnpl@isl.gov.vn

Giấy phép hoạt động báo chí: số 121/GP-BTTTT, ngày 22/4/2013

In tại Công ty Cổ phần in và thương mại Đông Bắc

Giá: 20.000đ

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

GÓP Ý XÂY DỰNG DỰ THẢO VĂN KIỆN ĐẠI HỘI ĐẠI BIỂU TOÀN QUỐC LẦN THỨ XIII CỦA ĐẢNG

❖ PHAN THANH HÀ: Tiếp tục đổi mới tổ chức và hoạt động của Quốc hội ở Việt Nam hiện nay 3

LUẬT HÌNH SỰ

❖ HOÀNG MINH ĐỨC: Trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại và những vấn đề cần tiếp tục hoàn thiện 17

LUẬT TỐ TỤNG DÂN SỰ

❖ THÁI CHÍ BÌNH: Áp dụng quy định của pháp luật tố tụng dân sự thực hiện hoạt động đo đạc 22

LUẬT KINH TẾ, LUẬT ĐẤT ĐAI

❖ ĐOÀN TRUNG KIÊN: Các biện pháp phòng vệ thương mại của Việt Nam hiện nay 31

❖ NGUYỄN THÀNH PHƯƠNG: Hoàn thiện pháp luật về hỗ trợ đào tạo, chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc làm khi Nhà nước thu hồi đất nông nghiệp 42

QUYỀN CON NGƯỜI

❖ NGUYỄN THỊ THU TRANG: Quyền con người trong đại dịch Covid-19 50

THỰC TIỄN PHÁP LÝ

❖ TƯỞNG DUY LƯỢNG: Bình luận khoa học án lệ số 05/2016/AL 63

LUẬT THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ

❖ NGUYỄN MAI LINH – LÊ THỊ HÀ MY: Phương thức giải quyết tranh chấp thông qua Ban phòng ngừa/Ban xử lý tranh chấp trong hợp đồng FIDIC 2017 và khuyến nghị đối với Việt Nam 75

MONTHLY ISSUE
7(387)
2020
49TH YEAR

EDITOR IN CHIEF
TRAN VAN BIEN

EDITORIAL BOARD
DAO TRI UC
BUI XUAN DUC
PHAM HONG HAI
TRAN DINH HAO
HA THI MAI HIEN
PHAM HUU NGHI
NGUYEN NHU PHAT
LE MINH THONG
NGUYEN TRUNG TIN
VO KHANH VINH
DINH NGOC VUONG

Office of the Editorial Board:
27 Tran Xuan Soan
Ha Noi

Tel: 024.39713333
Fax: 024.39764534
Email: tcnnpl@isl.gov.vn

Licence for Press Activities No. 121/GP-BTTTT dated 22 April 2013

Printed by Dong Bac Trade and Print Joint Stock Company

Price: 20.000 VND

STATE AND LAW

CONTENTS

SUGGESTIONS FOR THE INSTRUMENTS OF THE 13TH NATIONAL CONGRESS OF THE COMMUNIST PARTY OF VIETNAM

❖ PHAN THANH HA: Continuing to Renovate the Organization and Operation of the National Assembly in Viet Nam 3

CRIMINAL LAW

❖ HOANG MINH DUC: Criminal Responsibility of Commercial Legal Entities and Issues to be Improved 17

CIVIL PROCEDURE LAW

❖ THAI CHI BINH: Applying Regulations under the Civil Procedure Law to Measurement 22

ECONOMIC LAW, LAND LAW

❖ DOAN TRUNG KIEN: On Trade Remedies Used by Viet Nam 31

❖ NGUYEN THANH PHUONG: Perfecting the Law on Support for Training, Job Change, Job Seeking after the State's Recovery of Agricultural Land 42

HUMAN RIGHTS

❖ NGUYEN THI THU TRANG: Human rights in the Face of Covid-19 Pandemic 50

LEGAL PRACTICE

❖ TUONG DUY LUONG: A Commentary on the Case Law No. 05/2016/AL 63

INTERNATIONAL TRADE LAW

❖ NGUYEN MAI LINH – LE THI HA MY: Dispute Avoidance/Adjudication Board under 2017 FIDIC Contract as a Method for Settlement of Disputes and Proposals for Viet Nam 75

TIẾP TỤC ĐỔI MỚI TỔ CHỨC VÀ HOẠT ĐỘNG CỦA QUỐC HỘI Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

Phan Thanh Hà*

Tóm tắt: *Trên cơ sở nhận diện một số bất cập trong tổ chức và hoạt động của Quốc hội Việt Nam thời gian vừa qua, bài viết đưa ra 9 nội dung đóng góp ý kiến cho Dự thảo Báo cáo chính trị trình Đại hội XIII của Đảng, nhằm tiếp tục đổi mới tổ chức và hoạt động của Quốc hội, phát huy dân chủ, đẩy mạnh xây dựng nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam.*

Abstract: *On the basis of identification of recent shortcomings of the organization and operation of Vietnam's National Assembly, the article makes nine points in contribution to the Draft Political Instrument of the 13th National Congress of the Party with a view to pursue the renovation in the organization and operation of the National Assembly, strengthen democracy, and promote the building of the socialist rule-of-law State of Vietnam.*

Đặt vấn đề

Phát huy dân chủ xã hội chủ nghĩa (XHCN) và đẩy mạnh xây dựng nhà nước pháp quyền (NNPQ) Việt Nam XHCN là nội dung nhất quán, xuyên suốt trong đường lối của Đảng và pháp luật của Nhà nước ta. Hiến pháp đã khẳng định Nhà nước ta là NNPQ XHCN của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân[1]. Trong những năm qua, việc phát huy dân chủ, bảo đảm, bảo vệ quyền con người rất được quan tâm, thể hiện nhận thức và nỗ lực lớn của Đảng, Nhà nước ta trong việc củng cố, hoàn thiện mối quan hệ giữa Nhà nước và công dân theo hướng ngày càng dân chủ, bình đẳng, hợp tác, tích cực.

Tuy nhiên, quá trình xây dựng NNPQ cũng còn những hạn chế nhất định. Theo Báo cáo chính trị của Ban chấp hành Trung ương Đảng khóa X tại Đại hội lần thứ XI, "xây dựng NNPQ XHCN chưa theo kịp yêu cầu phát triển kinh tế và quản lý đất nước"[2]. Vẫn còn nhiều hạn chế, vướng mắc trong các cơ chế thực hiện quyền dân chủ, bảo đảm, bảo vệ quyền con người, quyền công dân của người dân. Việc thiết lập các cơ chế kiểm tra, giám sát, bảo đảm sự minh bạch, hiệu lực, hiệu quả trong tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước vẫn còn nhiều bất cập.

Thực tế trên đặt ra những nhiệm vụ và yêu cầu mới đối với phát huy dân chủ XHCN, đẩy mạnh xây dựng NNPQ ở nước ta. Với tư cách là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất, tổ chức và hoạt động của Quốc hội phải có những cải tiến tích cực nhằm đáp ứng yêu cầu về dân chủ và pháp quyền ở nước ta hiện nay. Điều này đã được *Dự thảo Báo cáo chính trị trình Đại hội XIII của Đảng* khẳng định là một nội dung quan trọng hàng đầu trong tiếp tục xây dựng và hoàn thiện NNPQ XHCN Việt Nam hiện nay (mục thứ XIII). Trong đó có các nội

* TS., Viện Nhà nước và Pháp luật – Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam.

[1] Điều 2 Hiến pháp năm 2013.

[2] Đảng Cộng sản Việt Nam (2011), Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ XI, Hà Nội, tr.52, tr.71.

dung đáng chú ý như: Tiếp tục đổi mới tổ chức và hoạt động của Quốc hội; nâng cao chất lượng và hiệu quả công tác lập pháp, giám sát tối cao và quyết định những vấn đề quan trọng của đất nước; đổi mới quy trình lập pháp, tập trung xây dựng hệ thống pháp luật theo yêu cầu xây dựng và bảo vệ Tổ quốc trong giai đoạn mới; hoàn thiện cơ chế đánh giá, giám sát đối với người giữ chức vụ do Quốc hội, Hội đồng nhân dân bầu hoặc phê chuẩn.

Trong thời gian qua, Quốc hội Việt Nam đã đạt được những thành tựu đáng ghi nhận trong tổ chức và hoạt động. Tuy nhiên, mặc dù đã có nhiều cải tiến, đổi mới, nhưng nhìn chung, hoạt động của Quốc hội trước yêu cầu dân chủ, pháp quyền trong NNPQ XHCN Việt Nam vẫn còn nhiều bất cập, nhiều vấn đề đặt ra đòi hỏi cần được tiếp tục hoàn thiện.

1. Nhận thức về tính đại diện

Tìm hiểu lịch sử Quốc hội/Nghị viện, có thể thấy, một trong những căn cứ quan trọng để hình thành nên mô hình cơ quan đại diện của hệ thống xã hội chủ nghĩa chính là mô hình công xã Pa-ri, theo đó: "Công xã bao gồm những đại biểu thành phố do đầu phiếu phổ thông ở các khu trong thành phố Pa-ri bầu lên… Đa số ủy viên của Công xã tất nhiên là những công nhân hoặc những đại biểu được thừa nhận của giai cấp công nhân"[3]. Liên quan đến vấn đề đại diện, có những quan điểm khác nhau về tính chất của đại diện và ủy quyền. "Các học giả ủng hộ chế độ đại nghị cho rằng thành viên của Nghị viện không đại diện cho cử tri bầu ra họ, mà đại diện cho toàn thể dân tộc, bởi vậy, họ không phụ thuộc vào cử tri và không bị cử tri bãi nhiệm"[4]. Đồng thời, "trong hoạt động, Nghị viện chỉ tuân theo Hiến pháp và luật mà không phải chịu sự giám sát của nhân dân, bởi lẽ Nghị viện tự biết nhân dân muốn gì và sẽ thông qua luật thể hiện ý chí đó của nhân dân"[5]. Để thực hiện trách nhiệm đại diện theo quan niệm này, phương thức phổ biến ở các nước hiện nay là phương thức "uỷ quyền tự do" (theo đó, các nghị sĩ không bị ràng buộc bởi bất kỳ một sự chỉ đạo nào, dù là từ cử tri, đảng chính trị của mình hay từ bất kỳ một chủ thể nào khác và có thể quy định thêm việc cấm áp dụng phương thức "uỷ quyền chịu lệnh")[6].

Đối lập với quan điểm trên là quan điểm XHCN về đại diện nhân dân. Theo đó, "đại biểu trước hết đại diện cho cử tri bầu ra mình và cử tri có quyền bãi nhiệm đại biểu khi đại biểu không còn xứng đáng với sự tín nhiệm của cử tri"[7]. Tương ứng với quan niệm này là phương thức uỷ quyền chịu lệnh - được áp dụng chủ yếu ở các nước XHCN trước đây[8]. Phương thức ủy quyền chịu lệnh có mục tiêu ràng buộc chặt chẽ trách nhiệm đại diện cử tri của những người đại biểu. Các đại biểu ngoài việc phải chịu trách nhiệm trước cử tri, còn có nghĩa vụ báo cáo với những cử tri đã bầu ra mình về các hoạt động của bản thân cũng như các hoạt động của Quốc hội tại kỳ họp. Đây cũng là phương thức đại diện được thực hiện Việt Nam. Theo khoản 1 Điều 79 Hiến

[3] V.I.Lenin, *Nhà nước và Cách mạng*, Lenin toàn tập, Nxb. Tiến bộ - Mátxcơva, 1976, tập 33, tr.51.

[4] TS. Vũ Hồng Anh, *Tổ chức và hoạt động của Nghị viện ở một số nước trên thế giới*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2001, tr.12.

[5] TS. Vũ Hồng Anh, tlđd, tr.13.

[6] Hoàng Minh Hiếu, *Chức năng đại diện của Quốc hội: Một số vấn đề về khái niệm*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 24 (185), tháng 12/2010, tr.15.

[7] TS. Vũ Hồng Anh, tlđd, tr.14.

[8] Hoàng Minh Hiếu, tlđd, tr.16.

pháp năm 2013, "*Đại biểu Quốc hội là người đại diện cho ý chí, nguyện vọng của Nhân dân ở đơn vị bầu cử ra mình và của Nhân dân cả nước*".

Quan niệm về tính đại diện và phương thức ủy quyền khác nhau sẽ dẫn đến sự khác nhau trong cách thức bầu cử, tổ chức và hoạt động Đại biểu Quốc hội (ĐBQH). Thực tế thời gian qua cho thấy, quan niệm về tính đại diện nhân dân theo đó, ĐBQH vừa đại diện cho người dân ở đơn vị bầu cử và nhân dân cả nước, đã dẫn đến một số nhận thức cứng nhắc về tính đại diện, về yêu cầu phân bổ số đại biểu theo số dân, về tỉ lệ, cơ cấu, thành phần đại biểu… trong bầu cử. Quan niệm và cách thức bầu cử như vậy đang dần bộc lộ những hạn chế không nhỏ tác động tới chất lượng và kết quả bầu cử, chưa giúp người dân bầu chọn ra được những đại biểu xứng đáng nhất, đại diện cho tiếng nói, ý chí của họ. Từ đó, ảnh hưởng đến chất lượng và khả năng hoạt động của các ĐBQH, cũng đồng nghĩa với việc tạo ra những rào cản trên con đường hướng tới chuyên nghiệp của các đại biểu.

Thiết nghĩ, trong bối cảnh hiện nay, cần nhận thức lại về tính đại diện của Quốc hội. Không nên hiểu đại diện là sự phản ánh cứng nhắc cơ cấu, thành phần xã hội. Cần hiểu đại diện trước hết là một cách thức tổ chức đời sống dân chủ của Nhà nước, là một chế độ. Người đại biểu, bất kể xuất thân nguồn gốc thế nào, cũng phải là người đại diện xứng đáng cho tiếng nói của cử tri nơi mình bầu và nhân dân cả nước. Đồng thời, việc bầu cử cũng cần phải có những đổi mới về cơ chế, bảo đảm sự tự do, bình đẳng và công bằng. Có như vậy, việc bầu cử mới thực sự hiệu quả, người dân mới bầu chọn ra được những ứng cử viên thực sự tâm huyết, có tinh thần xả thân, cống hiến, có năng lực xứng đáng để đại diện cho mình.

Khi bàn đến tính đại diện, không thể không nhắc tới hai phương thức lập nên người đại diện đó là: Bầu cử và ứng cử. Có hai khía cạnh dân chủ khi bàn về bầu cử. Một mặt, cần tôn trọng bầu cử với tính chất là quyền thực hiện dân chủ trực tiếp của người dân - quyền người dân trực tiếp dùng lá phiếu lập nên người đại diện, thông qua người đại diện để thực hiện các quyền của mình trong quản lý nhà nước và xã hội. Mặt khác, cần nhận thức đúng đắn và có cơ chế phù hợp nhằm phát huy hơn nữa khía cạnh thứ hai trong phương thức thành lập nên người đại diện đó là: Quyền tự ứng cử của người dân. Đặc biệt, ở khía cạnh thứ nhất - quyền bầu cử, sự tôn trọng và bảo đảm để người dân thực sự được phát huy quyền của mình trước hết cần được thể hiện ngay từ khâu lựa chọn, giới thiệu lập danh sách những người được đề cử. Hiện nay, ở Việt Nam, khâu lập danh sách đề cử thường thiên về quyền lựa chọn giới thiệu của cơ quan tổ chức, với vai trò chủ chốt của Mặt trận Tổ quốc. Theo tác giả, quy trình này nên được điều chỉnh lại. Bởi lẽ, theo Hiến pháp năm 2013, Hội đồng bầu cử quốc gia "là cơ quan do Quốc hội thành lập, có nhiệm vụ tổ chức bầu cử ĐBQH; chỉ đạo và hướng dẫn công tác bầu cử đại biểu Hội đồng nhân dân các cấp" (Điều 117). Như vậy, về lý thuyết cũng như nguyên tắc, việc công bố danh sách đề cử phải được chuyển cho Hội đồng bầu cử quốc gia. Điều này giúp bảo đảm sự thượng tôn pháp luật, tôn trọng Hội đồng bầu cử quốc gia, bảo đảm Mặt trận Tổ quốc thực hiện đúng vai trò là "tổ chức liên minh chính trị, liên hiệp tự nguyện của tổ chức chính trị, các tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức xã hội và các cá

nhân tiêu biểu trong các giai cấp, tầng lớp xã hội, dân tộc, tôn giáo, người Việt Nam định cư ở nước ngoài"[9]. Đồng thời, đây cũng là sự tôn trọng và phát huy quyền bầu cử của người dân.

Một khía cạnh khác của tính đại diện cũng cần được xem xét, đó là "một đa số cử tri sẽ luôn có một đa số đại biểu; nhưng một thiểu số cử tri cũng phải luôn luôn có một thiểu số đại biểu"[10]. Tức là bên cạnh nguyên tắc "50 + 1" (nhóm đa số quá bán sẽ thắng phiếu), cũng không thể bỏ qua quyền của các nhóm thiểu số còn lại. Như John Stuart Mill trong tác phẩm "Chính thể đại diện" đã khẳng định: "Các nhóm thiểu số phải được đại diện đầy đủ, ấy chính là một phần mang tính bản chất của nền dân chủ. Không có điều này thì không thể nào có dân chủ thực sự mà chỉ là màn trình diễn giả dối của dân chủ mà thôi"[11]. Theo tác giả, cần phải tiếp tục có những nghiên cứu cải tiến trong cơ chế bầu cử để bảo đảm không chỉ ý chí của số đông, mà còn phải bảo đảm được quyền lợi, tiếng nói, nguyện vọng của thiểu số. Tuy nhiên, trong khuôn khổ bài viết, tác giả không đi sâu vào các nội dung cụ thể của vấn đề này mà sẽ nghiên cứu trong một bài viết khác.

Từ những phân tích trên, tác giả cho rằng, Đảng và Nhà nước cần tiếp tục khẳng định và cụ thể hoá hơn nữa trong đường lối, chính sách và pháp luật sự tôn trọng, bảo đảm phát huy quyền bầu cử, ứng cử của người dân, bảo đảm quyền lợi của nhóm thiểu số, đồng thời thực thi cơ chế phối hợp hiệu quả, khoa học hơn trên thực tế giữa Mặt trận Tổ quốc và Hội đồng bầu cử quốc gia trong bầu cử, hiệp thương ở Việt Nam hiện nay.

2. Về cơ chế phân công, phối hợp và kiểm soát trong tổ chức, thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp

Hiến pháp năm 2013 tiếp tục khẳng định thực hiện cơ chế phân công, phối hợp và kiểm soát trong tổ chức, thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp. Tuy nhiên, việc làm rõ cơ chế này như thế nào trong thực tế vẫn còn là vấn đề cần tiếp tục nghiên cứu.

Một vấn đề đang được quan tâm và cần được làm sáng tỏ hiện nay, đó là tiếp tục luận giải, làm rõ nội hàm, ranh giới giữa phân công, phối hợp và kiểm soát quyền lực giữa các cơ quan lập pháp, hành pháp và tư pháp ở Việt Nam. Ngay từ thời cổ đại, tư tưởng về "phân công quyền lực" trong tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước đã được triết gia Hy Lạp (Aristotle) nhắc đến khi quan niệm rằng, trong bất kỳ Nhà nước nào cũng cần phải có những yếu tố bắt buộc: Cơ quan làm ra luật có trách nhiệm trông coi việc nước, các cơ quan thực thi pháp luật và các tòa án[12]. Cho đến nay, nguyên tắc này đã được phát triển và ngày càng khẳng định qua các thời kỳ lịch sử nhà nước và pháp luật thế giới nói chung và ở Việt Nam nói riêng. Về mặt lý thuyết cũng như trên cơ sở hiến định, các cơ quan lập pháp, hành pháp và tư pháp ở Việt Nam được phân công khá rành mạch trong thực hiện nhiệm vụ quyền hạn. Tuy vậy, trên

[9] Điều 9 Hiến pháp năm 2013.

[10] John Stuart Mill (Nguyễn Văn Trọng-Bùi Văn Nam Sơn: Dịch, giới thiệu và chú thích), *Chính thể đại diện*, Nxb. Tri thức, Hà Nội, tr.242.

[11] Như chú thích 10, tr.249.

[12] Aristotle (1912) (translated from the Greek by William Ellis), *The Politics of Aristotle or a Treatise on Government,* London & Toronto Published By J M Dent & Sons Ltd. & In New York By E. P. Dutton & Co, nguồn: https://www.gutenberg.org/ files/6762/ 6762-h/6762-h.htm, truy cập ngày 26/5/2020.

thực tế hiện nay, dường như nguyên tắc này đang gặp phải một số vướng mắc, khi mà sự "phối hợp" trong tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước có vẻ đang được quá nhấn mạnh, khiến nguyên tắc phân công bị lu mờ. Ranh giới giữa phân công và phối hợp đôi khi không thật minh định. Mặt khác, nội hàm của khái niệm "phối hợp" cho đến nay vẫn còn nhiều điểm chưa được rõ ràng, gây nên những lúng túng nhất định. Ví dụ như: Liệu sự phối hợp có đòi hỏi trong bất kỳ hoạt động nào cũng phải có sự tham gia của đầy đủ đại diện của các cơ quan thuộc ba nhánh quyền lực lập pháp, hành pháp và tư pháp? Hay đơn cử, trong hoạt động của từng Ủy ban của Quốc hội, giới hạn sự tham gia, phối hợp của các đại diện từ các đơn vị khác đến đâu? Dưới các hình thức nào, ngoài sự tham gia trong các cuộc họp? "Hiện nay, đa số các thành viên của Hội đồng dân tộc và các Uỷ ban hoạt động theo chế độ kiêm nhiệm, công tác ở nhiều cơ quan và địa phương khác nhau trong cả nước, trong khi đó, khối lượng công việc mà Hội đồng dân tộc và các Uỷ ban phải giải quyết lại rất lớn và đa dạng"[13]. Những thành viên hoạt động chuyên trách là những người thuộc bộ phận Thường trực với bốn đến năm người (Chủ nhiệm và phó Chủ nhiệm) và một số đại biểu hoạt động chuyên trách. Tuy nhiên, với mật độ các cuộc họp dày đặc ở Quốc hội, việc không đủ cán bộ để tham dự đầy đủ tất cả các cuộc họp của các cơ quan là điều không thể tránh khỏi.

Việc tổ chức thảo luận, tham gia ý kiến về các dự án luật, pháp lệnh với các Ủy ban khác thường "*không có thời gian*"[14] và cũng chỉ có một số thành viên trong Thường trực có thể tham gia một cách không đầy đủ vì cùng một lúc phải thực hiện công việc khác của Ủy ban.

Trong kiểm soát quyền lực, cũng cần nhắc lại rằng, việc kiểm soát quyền lực không chỉ dừng lại ở việc kiểm soát giữa các cơ quan thực hiện ba quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp, mà một nội dung không kém phần quan trọng, đó là việc kiểm soát từ trong chính các cơ quan này. Tác giả cho rằng, trong thời gian tới, chúng ta cần có sự chú trọng hơn nữa trong việc xây dựng và hoàn thiện cơ chế kiểm soát theo chiều dọc trong nội bộ các cơ quan nhà nước một cách hiệu quả, minh bạch hơn.

Bên cạnh đó, một câu hỏi hỏi khác được đặt ra, đó là liệu rằng thực sự đã có cơ chế kiểm soát hữu hiệu, hợp lý và khoa học từ phía hành pháp và tư pháp – vốn là những cơ quan phái sinh từ Quốc hội – đối với cơ quan thực hiện quyền lập pháp (Quốc hội) hay chưa? Hay trên thực tế mới chỉ có sự độc lập tương đối giữa các cơ quan này đối với Quốc hội? Như đã biết, quyền lập pháp là quyền đại diện cho nhân dân thể hiện ý chí chung của quốc gia. Do đó, trong thiết kế bộ máy nhà nước XHCN, Quốc hội là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam (Điều 69 Hiến pháp năm 2013). Điều này đồng nghĩa với việc, các cơ quan khác (hành pháp, tư pháp) là cơ quan phái sinh của Quốc hội, chịu trách nhiệm trước Quốc hội mà không có cơ chế ngược lại. Như vậy, lý thuyết cũng như thực tiễn đã và đang đặt ra một vấn đề khá

[13] Tham khảo: Lịch sử Quốc hội: *Cơ cấu, tổ chức của Hội đồng dân tộc, Ủy ban của Quốc hội*. Nguồn: http://quochoi.vn/70qhvn/lichsuQHVN/Pages/to-chuc-hoat-dong-quoc-hoi.aspx?itemID=30502, truy cập ngày 26/05/2020.

[14] Kỷ yếu *Tổng kết nhiệm kỳ Quốc hội khoá XI* (tại kỳ họp thứ 11, Quốc hội khoá XI), Hà Nội, 2007, tr. 154.

thời sự: Nếu Quốc hội mắc sai lầm (tạo ra một đạo luật bị vi hiến hay có những sai sót, như trường hợp sai sót của Bộ luật Hình sự năm 2015) thì thiết chế nào sẽ kiểm soát Quốc hội và vấn đề trách nhiệm của Quốc hội được đặt ra như thế nào?

Một số vấn đề cũng đã và đang được đặt ra, đòi hỏi phải tiếp tục được nghiên cứu, làm sáng tỏ liên quan đến việc thực hiện cơ chế phân công, phối hợp và kiểm soát quyền lực nói chung cũng như trong thực hiện quyền lập pháp nói riêng, ví dụ như: Giá trị pháp lý của kết luận giám sát, phạm vi và phương thức giám sát của Quốc hội, cơ chế trách nhiệm (phân công và phối hợp của các chủ thể tham gia vào quy trình lập pháp khi chất lượng của luật không đạt yêu cầu)…

Thiết nghĩ, cần sớm xây dựng một mô hình khách quan, "vượt lên trên" để "nhốt quyền lực vào lồng cơ chế". Trong đó, thiết chế bảo hiến, tài phán hiến pháp là một hướng đi thực sự cần thiết để giải quyết những vướng mắc trong cơ chế phân công, phối hợp, kiểm soát quyền lực ở Việt Nam hiện nay. Đây cũng là việc tôn trọng nguyên tắc pháp quyền, bảo đảm thực thi Hiến pháp, mà cụ thể là khoản 2 Điều 119 Hiến pháp năm 2013.

Cần khẳng định yêu cầu sớm có sự cụ thể hoá nội dung "cơ chế bảo vệ Hiến pháp do luật định", nhằm bảo đảm cơ chế kiểm soát quyền lực, hoạt động của bộ máy nhà nước nói chung cũng như hoạt động của Quốc hội nói riêng trở nên hiệu quả, trách nhiệm và chuyên nghiệp hơn. Tác giả cho rằng, trong tình hình thực tiễn ở Việt Nam hiện nay, cũng không nhất thiết phải thành lập hẳn một cơ quan chuyên trách mới. Tuy nhiên, cần tìm chọn một mô hình cơ chế bảo hiến phù hợp, rõ ràng và tối ưu trong tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước. Có thể tham khảo mô hình cơ quan bảo vệ hiến pháp đặt trong Quốc hội (thậm chí, có thể nghiên cứu khả năng trao thẩm quyền này cho Uỷ ban pháp luật của Quốc hội khi cơ quan này hiện nay vẫn đang thực hiện vai trò giám sát, bảo đảm tính hợp hiến, hợp pháp trong các văn bản pháp luật của các cơ quan nhà nước thuộc lĩnh vực Uỷ ban phụ trách[15]).

3. Bảo đảm tính nhân dân trong hoạt động của Quốc hội

J.J.Rousseau, trong tác phẩm "Khế ước xã hội", khi bàn về chủ quyền nhân dân đã khẳng định: "Các đạo luật là những văn bản của ý chí chung, nhà vua không thể cao hơn dân chúng. Dân chủ và tự do chỉ có thể ở nơi nhân dân là người lập pháp. Chỉ văn bản được nhân dân nhất trí trực tiếp thông qua mới trở thành luật"[16]. Để bảo đảm ý chí, nguyện vọng của nhân dân được phản ánh đầy đủ trong các đạo luật, việc bảo đảm tính nhân dân trong hoạt động của Quốc hội là một nguyên tắc vô cùng cần thiết cần được ghi nhận và khẳng định. Nguyên tắc này thể hiện dưới nhiều hình thức như đa dạng hóa các hình thức lấy ý kiến nhân dân vào các dự thảo luật, các hoạt động tiếp xúc cử tri, công tác dân nguyện của Quốc hội, cũng như sự giám sát, tiếp cận thông tin về các hoạt động của Quốc hội (trực tiếp qua tiếp xúc cử tri, qua văn bản, qua các cách thức liên lạc bằng phương tiện điện tử, trang web…).

[15] Điều 70 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014.

[16] Khoa Luật – Trường Đại học Tổng hợp Hà Nội, *Lịch sử các học thuyết chính trị trên thế giới*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 1993, tr.291.

Nhìn chung, trong quy trình xây dựng, ban hành luật, pháp lệnh hiện nay, pháp luật đã quy định rõ Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức thành viên, tổ chức khác, cơ quan nhà nước, đơn vị vũ trang nhân dân và cá nhân có quyền tham gia góp ý kiến về dự thảo văn bản quy phạm pháp luật. Đồng thời cũng quy định cơ quan, tổ chức chủ trì soạn thảo trong quá trình soạn thảo phải lấy ý kiến cơ quan, tổ chức hữu quan và đối tượng chịu sự tác động trực tiếp của văn bản; đăng tải toàn văn dự thảo trên Trang thông tin điện tử của Chính phủ hoặc của cơ quan, tổ chức chủ trì soạn thảo trong thời gian ít nhất là sáu mươi ngày để các cơ quan, tổ chức, cá nhân góp ý kiến; có trách nhiệm tổng hợp, nghiên cứu, tiếp thu các ý kiến góp ý. Tuy nhiên, qua thực tiễn thực hiện cho thấy, các quy định này chưa hoàn toàn bảo đảm phản ánh được đầy đủ ý chí của người dân, quyền lợi của các nhóm lợi ích trong xã hội trong quá trình xây dựng, ban hành pháp luật. Bởi lẽ, tuy người dân, các nhóm lợi ích được tham gia đóng góp ý kiến, nhưng chưa có cơ chế thực sự bảo đảm để cơ quan, tổ chức soạn thảo, cơ quan thẩm tra "lắng nghe", "tranh luận" với các ý kiến tham gia này[17]. Thực tế này đã dẫn đến tình trạng các khâu góp ý, soạn thảo, thẩm tra, chỉnh lý trở nên rời rạc. Cơ chế phối hợp lúc này cần được phát huy thì dường như lại không hiệu quả.

Tại kỳ họp thứ chín vừa qua, Quốc hội khóa XIV đã thông qua Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật[18], trong đó, có nhấn mạnh vai trò phản biện xã hội của Mặt trận Tổ quốc[19]. Tuy nhiên, vẫn cần phải có thêm thời gian để đánh giá tác động cũng như thực tiễn thực thi Luật mới. Mặt khác, còn rất nhiều vấn đề khác trong việc lấy ý kiến nhân dân đối với các dự thảo luật, pháp lệnh vẫn chưa được đề cập đến. Do đó, tác giả cho rằng, vẫn cần tiếp tục nghiên cứu và tìm ra các giải pháp hữu hiệu, có tính khả thi hơn nữa trong hoạt động lấy ý kiến nhân dân, phát huy vai trò của nhân dân trong hoạt động của Quốc hội.

Để phát huy quyền làm chủ của nhân dân, bảo đảm hoạt động của Quốc hội phản ánh được đầy đủ ý chí của người dân, quyền lợi của các nhóm lợi ích trong xã hội, theo tác giả, các chủ trương của Đảng và pháp luật của Nhà nước cần chú ý một số nội dung sau:

Thứ nhất, phải xây dựng tốt cơ chế phân tích chính sách, giám sát, phản biện xã hội, lấy ý kiến chuyên gia trước, trong và sau quy trình lập pháp.

Thứ hai, tiếp tục bảo đảm thực thi và hoàn thiện hơn nữa cơ chế lấy ý kiến nhân dân trong quá trình xây dựng luật, pháp lệnh. Cần có các quy định và thực hiện tốt khâu tổ chức để nhân dân thực hiện hiệu

[17] Xem: "*Đề xuất sửa đổi quy định về tiếp thu, chỉnh lý, hoàn thiện dự án luật trong Luật sửa đổi, bổ sung Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật*", nguồn: http://quochoi.vn/UserControls/Publishing/News/BinhLuan/pFormPrint.aspx?UrlListProcess=/content/tintuc/Lists/News&ItemID=41637, truy cập ngày 27/6/2020.

[18] Nguyễn Hoàng, *Thông qua Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật.* Nguồn: http://baochinhphu.vn/Thoi-su/Thong-qua-Luat-sua-doi-bo-sung-mot-so-dieu-cua-Luat-Ban-hanh-van-ban-quy-pham-phap-luat/398391.vgp, truy cập ngày 27/6/2020.

[19] Xem: *Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Ban hành văn bản pháp luật năm 2015*, bản ngày 20/5/2020, nguồn: https://thuvienphapluat.vn/van-ban/Bo-may-hanh-chinh/Luat-Ban-hanh-van-ban-quy-pham-phap-luat-so-80-2015-QH13-sua-doi-402074.aspx+&cd=2&hl=en&ct=clnk&gl=vn, truy cập ngày 27/5/2020.

quả quyền dân chủ trực tiếp của mình. Đa dạng hóa các hoạt động lấy ý kiến nhân dân (ví dụ bằng phương pháp bỏ phiếu trực tuyến, các dịch vụ hoạt động thăm dò dư luận...). Mặt khác, tiếp tục đẩy mạnh, tạo điều kiện để nhân dân tham gia ý kiến trực tiếp hoặc thông qua các tổ chức đoàn thể của mình, trước hết là Mặt trận Tổ quốc Việt Nam đối với các dự thảo luật trước khi trình Quốc hội thông qua.

Thứ ba, phát huy vai trò của người đại biểu nhân dân, ở đó, ĐBQH không chỉ là những chuyên gia lập pháp, mà trước hết, phải là những người đại biểu tận tụy của nhân dân, tích cực thực hiện vai trò đại diện trong các hoạt động tiếp xúc cử tri, thực hiện vai trò của mình tại nghị trường.

Thứ tư, cần phải đẩy mạnh và đa dạng hóa các hoạt động tuyên truyền, phổ biến pháp luật, thông tin công chúng, đưa pháp luật vào cuộc sống để nhân dân thực hiện và nâng cao trình độ hiểu biết pháp luật, ý thức công dân hơn nữa.

4. Đổi mới cách thức tổ chức và nâng cao hiệu quả hoạt động của Quốc hội, trước hết là cải tiến quy trình lập pháp, cải tiến hình thức và chất lượng các kỳ họp của Quốc hội

Liên quan đến kỳ họp và quy trình lập pháp, hiện nay Quốc hội đã có nhiều cố gắng nâng cao chất lượng thông qua việc chuẩn bị tốt nội dung các vấn đề trình ra Quốc hội; gửi tài liệu trước để các đại biểu nghiên cứu trước khi đến họp, tạo điều kiện cho đại biểu chuẩn bị sâu những vấn đề thuộc nội dung kỳ họp, những dự án luật sẽ được thông qua. Những tình huống như đại dịch Covid-19 đã đặt ra yêu cầu phát huy nền tảng công nghệ số trong hoạt động của Quốc hội, đơn cử như việc áp dụng họp trực tuyến đang trở thành một xu thế mới với nhiều ưu điểm về tiết kiệm chi phí và hiệu quả[20].

Tuy vậy, vẫn đặt ra yêu cầu tiếp tục cải tiến, nâng cao chất lượng hoạt động của ĐBQH nói riêng, hoạt động của Quốc hội nói chung, từ chất lượng các kỳ họp của Quốc hội, chất lượng chất vấn, hoạt động tiếp xúc cử tri, hoạt động lập pháp...

Cần cải tiến quy trình, cách thức thông qua một dự án luật vừa bảo đảm để đại biểu phát biểu sâu về những vấn đề thuộc nội dung dự án, nhưng lại không bị sa đà vào các vấn đề kỹ thuật quá cụ thể. Hiện nay, thời gian thuyết trình về dự án, đề án, trình bày báo cáo không quá 15 phút, trừ trường hợp theo quyết định của Quốc hội được ghi trong chương trình kỳ họp Quốc hội[21]. Trong phiên họp toàn thể, "ĐBQH phát biểu tập trung về nội dung của phiên thảo luận; không phát biểu quá hai lần về cùng một nội dung. Thời gian phát biểu lần thứ nhất không quá 07 phút, lần thứ hai không quá 03 phút"[22]. Đối với hoạt động chất vấn, ĐBQH nêu chất vấn không quá 02 phút. Người bị chất vấn trả lời chất vấn của một đại biểu không quá 05 phút. Trường hợp cần thiết, Chủ tọa quyết định việc kéo dài thời gian trả lời chất vấn[23]. Các giới hạn về thời gian này là hợp lý và cần thiết, thể hiện cách làm việc chuyên nghiệp, khoa học của

[20] *Quốc hội họp trực tuyến: Mô hình thích hợp cho tương lai?* Nguồn: https://vov.vn/chinh-tri/quoc-hoi/quoc-hoi-hop-truc-tuyen-mo-hinh-thich-hop-cho-tuong-lai-1053602.vov, truy cập ngày 27/6/2020.

[21] Khoản 3 Điều 15 Nghị quyết số 102/2015/QH13 ngày 24/11/2015 về Nội quy kỳ họp Quốc hội.

[22] Điểm d khoản 2 Điều 16 Nghị quyết số 102/2015/QH13 ngày 24/11/2015 về Nội quy kỳ họp Quốc hội.

[23] Khoản 2 Điều 17 Nghị quyết số 102/2015/QH13 ngày 24/11/2015 về Nội quy kỳ họp Quốc hội.

Quốc hội; nhưng mặt khác, cũng là một thách thức lớn đối với đại biểu trong thực hành kỹ năng phát biểu thể hiện chính kiến của mình đảm bảo nêu bật được vấn đề một cách hàm súc, ngắn gọn và trọng tâm nhất. Bên cạnh đó, theo tác giả, trong một số trường hợp ngoại lệ, đặc biệt trong hoạt động chất vấn, nên chăng có sự linh hoạt, mềm dẻo hơn nữa về giới hạn thời gian giải trình, trả lời chất vấn của người bị chất vấn. Bởi câu hỏi chất vấn cần ngắn gọn, đủ ý. Tuy nhiên, việc trả lời chất vấn, dẫu không thể dài dòng, lan man, nhưng nhiều lĩnh vực, vấn đề cần có nhiều thời gian để giải trình, chứ không thể chỉ đưa ra những câu trả lời dạng "có/không" để có thể làm rõ được các nội dung cần công khai, minh bạch trước Quốc hội, trước cử tri, trước nhân dân.

Cũng cần xác định rõ và nâng cao trách nhiệm của từng chủ thể tham gia quy trình xây dựng, ban hành luật, pháp lệnh. Mỗi khâu, mỗi công đoạn phải xác định rõ được nhiệm vụ của từng chủ thể tham gia, đồng thời phải xác định rõ được chủ thể nào phải chịu trách nhiệm chính trong trường hợp không bảo đảm chất lượng và tiến độ công việc. Những sai sót gần đây trong công tác lập pháp[24] đặt ra nhiều vấn đề liên quan đến việc xác định rõ vai trò của từng chủ thể trong từng khâu của quy trình lập pháp. Vẫn là các vấn đề muôn thuở cần được khắc phục: Ở hai khâu soạn thảo và thẩm tra, cần phân định rõ trách nhiệm và vai trò của các chủ thể trong mỗi công đoạn cũng như sự phối hợp giữa các chủ thể ở các khâu này với nhau. Mặt khác, cần có những quy định cụ thể hơn về trách nhiệm báo cáo giải trình, thuyết minh khoa học cho các vấn đề trong dự thảo luật.

5. Tăng cường năng lực và tính chuyên nghiệp của Đại biểu Quốc hội

Việc cải tiến, nâng cao tính chuyên nghiệp cho ĐBQH cần tiếp tục được nghiên cứu để tìm ra những giải pháp khả thi và phù hợp nhất trong bối cảnh Việt Nam.

Hiện nay, Quốc hội đang hướng tới tăng cường số lượng đại biểu chuyên trách. Tuy nhiên, tác giả cho rằng, việc tăng số lượng đại biểu chuyên trách một cách hữu cơ chưa giải quyết được căn cốt cũng như nâng cao được chất lượng của ĐBQH và hoạt động của Quốc hội hiện nay. Vấn đề quan trọng ở đây là phải quan tâm đến chất lượng đại biểu, tức là tính chuyên nghiệp của ĐBQH. Câu hỏi "ĐBQH chuyên trách hay chuyên nghiệp", làm sao để nâng cao tính chuyên nghiệp của ĐBQH lâu nay vẫn luôn được bàn thảo sôi nổi mà chưa có hồi kết.

Như chúng ta đã biết, đại biểu kiêm nhiệm ở nước ta là một truyền thống chính trị - pháp lý từ lâu, cũng tương tự như mô hình các nước XHCN trước đây. ĐBQH ở nước ta hoạt động trong điều kiện Quốc hội hoạt động không thường xuyên. Hiện nay, ĐBQH chuyên trách đóng vai trò nòng cốt trong hoạt động chung. Theo thống kê, mỗi nhiệm kỳ Quốc hội nước ta có khoảng 30% ĐBQH khóa trước tái cử[25]. Từ Quốc hội khóa X trở lại đây, mỗi nhiệm kỳ Quốc hội, số ĐBQH chuyên trách chiếm khoảng 30%, gần 70% còn lại là các ĐBQH hoạt động

[24] *Bộ luật Hình sự sai sót nghiêm trọng, ai chịu trách nhiệm?* Nguồn: https://tuoitre.vn/bo-luat-hinh-su-sai-sot-nghiem-trong-ai-chiu-trach-nhiem-1126033. htm, truy cập ngày 26/5/2020.

[25] Nguồn: Trần Văn Thuân (chủ nhiệm), Đề tài cấp Bộ: *Tiêu chí đánh giá hoạt động của Đại biểu Quốc hội trong nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam: Cơ sở lý luận và thực tiễn,* Viện Nghiên cứu lập pháp - Ủy ban Thường vụ Quốc hội chủ trì, Hà Nội, 2016-2017, tr. 22.

kiêm nhiệm[26]. Sự khác biệt về điều kiện, chế độ và tinh thần giữa ĐBQH chuyên trách với ĐBQH kiêm nhiệm, giữa ĐBQH chuyên trách ở địa phương với ĐBQH chuyên trách ở trung ương dẫn đến sự khác nhau về mức độ, tính chất hoạt động và tầm ảnh hưởng, hiệu lực, hiệu quả hoạt động của mỗi đại biểu.

Hơn nữa, tuy được coi là chuyên trách, nhưng các đại biểu của ta vẫn bị đánh giá là "*chưa chuyên nghiệp*", vì họ được phân công nhiệm vụ do cơ cấu chứ không xuất phát từ tâm nguyện, từ sự chủ động của chính họ. Bên cạnh đó, các đại biểu vẫn chưa có những kỹ năng chuyên nghiệp trong hoạt động đại biểu, chưa có được những chiến lược cụ thể trong hoạt động của mình. Khi thảo luận, thông qua dự án luật, nhiều đại biểu vẫn sa đà về thảo luận câu, chữ, đôi lúc bị báo chí gán cho tên gọi "*hiện tượng làm văn tập thể*". Họ cũng không có nhiều thời gian để nghiên cứu trước các dự án luật, pháp lệnh, tiếp xúc cử tri và thảo luận ở các Đoàn đại biểu. Chưa nói đến khả năng được tiếp cận các nguồn thông tin, cập nhật các kiến thức trong nước và thế giới liên quan đến các dự án luật, pháp lệnh, các điều kiện bảo đảm tính chuyên nghiệp (nhất là về bộ máy giúp việc) vẫn còn hạn chế.

Do đó, tác giả đề nghị Dự thảo Báo cáo chính trị Đại hội XIII của Đảng cần chú ý đến nội dung nâng cao tính chuyên nghiệp của ĐBQH. Thiết nghĩ, điều quan trọng không phải là tăng số lượng đại biểu chuyên trách, mà điều cốt yếu là cần ***chú trọng hơn nữa đến tính chuyên nghiệp - tức là chất lượng*** - của ĐBQH, bắt đầu từ ***công tác bầu cử***, lựa chọn người đại biểu xứng đáng của nhân dân, cho đến nâng cao năng lực đại biểu, củng cố và hoàn thiện ***bộ máy giúp việc*** có chuyên môn cao. Cần phải đặt lộ trình, bởi số ĐBQH chuyên trách liên quan tới các chế độ phụ cấp và một loạt các vấn đề về tổ chức, hoạt động, ngân sách, các điều kiện bảo đảm chất lượng, tính chuyên nghiệp của ĐBQH, nhất là các hoạt động bồi dưỡng chuyên môn nghiệp vụ, kỹ năng cho ĐBQH, củng cố và phát triển hệ thống chuyên gia và bộ máy giúp việc hỗ trợ cho hoạt động của ĐBQH[27]. Do đó, cần có những tính toán, đo lường, dự báo cụ thể trong vấn đề này.

6. Trách nhiệm của Quốc hội và Đại biểu Quốc hội

Liên quan đến cơ chế đánh giá, giám sát, theo tác giả, một yếu tố quan trọng quyết định tới tính chuyên nghiệp của Quốc hội và ĐBQH lâu nay chưa được quan tâm một cách đúng mức, đó là trách nhiệm của ĐBQH, thể hiện ở hai dạng: Trách nhiệm chính trị và trách nhiệm pháp lý. Trách nhiệm chính trị liên quan mật thiết đến sự tín nhiệm của cử tri đối với đại biểu và nghiêng nhiều hơn về khía cạnh đạo đức. Trách nhiệm pháp lý là hậu quả pháp lý bất lợi của ĐBQH trước pháp luật khi có những vi phạm. Thực tế hoạt động của Quốc hội và ĐBQH Việt Nam cho thấy, các trường hợp xử lý vi phạm và chịu trách nhiệm pháp lý của ĐBQH Việt Nam là khá hãn hữu[28]. Các trường hợp ĐBQH vì trách nhiệm chính trị, mất uy tín chính trị mà từ chức là chưa từng có tiền lệ.

[26] Trần Văn Thuân, tlđd, tr.23.

[27] Tham khảo: Phan Thanh Hà, *Tính chuyên nghiệp của Đại biểu Quốc hội ở Việt Nam hiện nay*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 11/2018, tr.20-36.

[28] Ví dụ các trường hợp bác tư cách đại biểu của ông Trịnh Xuân Thanh, bà Nguyễn Thị Nguyệt Hường… Nguồn: https://tuoitre.vn/rut-kinh-nghiem-vu-ong-trinh-xuan-thanh-ba-nguyen-thi-nguyet-huong-1139647.htm, truy cập ngày 26/5/2020.

Dưới khía cạnh tích cực, điều này phần nào đó thể hiện chất lượng của ĐBQH Việt Nam, nhưng mặt khác, lại cho thấy một thực trạng, dường như cơ chế giám sát, đánh giá ĐBQH của chúng ta hiện nay vẫn còn thiếu hiệu quả. Đâu đó vẫn còn sự nể nang, dễ dãi trong công tác tổ chức cán bộ. Do đó, tác giả kiến nghị việc cân nhắc thêm các nội dung trong Dự thảo Báo cáo chính trị trình Đại hội XIII của Đảng liên quan đến yêu cầu ***nâng cao trách nhiệm chính trị và trách nhiệm pháp lý*** của ĐBQH nói riêng, Quốc hội và các cơ quan nhà nước nói chung, với một số giải pháp cụ thể sau:

- Ban hành Bộ Quy tắc ứng xử hoặc Quy tắc đạo đức của ĐBQH nhằm bảo đảm tính chính đáng, tăng cường hơn nữa ý thức, nghĩa vụ và trách nhiệm của người đại biểu nhân dân.

- Cải tiến cách thức đánh giá chất lượng, uy tín, độ tín nhiệm của ĐBQH. Đặc biệt, trong cách thức đánh giá tín nhiệm đại biểu, cần tiến hành thực chất hơn, mạnh dạn thực hiện phương thức **bỏ** phiếu tín nhiệm (bất tín nhiệm) khi cần thiết, hạn chế áp dụng cách thức **lấy** phiếu tín nhiệm (với 3 mức: Tín nhiệm thấp, tín nhiệm, tín nhiệm cao) như hiện nay. Vì theo tác giả, trên thực tế, việc lấy phiếu tín nhiệm như vậy chỉ mang tính chất tham khảo, chứ không dẫn tới hệ quả pháp lý và không ảnh hưởng gì tới trách nhiệm chính trị - pháp lý của đại biểu.

- Xây dựng Bộ tiêu chí đánh giá hoạt động của ĐBQH và tiến hành đánh giá hoạt động của ĐBQH thường xuyên. Việc đánh giá này chủ yếu tác động đến uy tín của ĐBQH và có giá trị tham khảo, nhằm thúc đẩy, khuyến khích hoạt động của ĐBQH.

7. Đổi mới sự lãnh đạo của Đảng đối với hoạt động của Quốc hội

Trong điều kiện xây dựng NNPQ, tăng cường dân chủ trong mọi mặt đời sống xã hội, một mặt cần bảo đảm sự lãnh đạo của Đảng ngay từ khâu thể chế hóa để chủ trương, quan điểm của Đảng được thể hiện đầy đủ trong pháp luật, đồng thời cần nghiên cứu cải tiến phương thức lãnh đạo của Đảng để bảo đảm tính dân chủ, khoa học, phản biện trong hoạt động của Quốc hội.

Ở bất kỳ Nhà nước nào, sự chi phối, ảnh hưởng của chính trị đối với hoạt động quyền lực nhà nước hoàn toàn là một quy luật khách quan của xã hội. Đặc thù Đảng Cộng sản là lực lượng lãnh đạo duy nhất trong đời sống chính trị là yếu tố khách quan và có tác động đáng kể tới hoạt động của Quốc hội và ĐBQH ở nước ta. Điều 4 Hiến pháp năm 2013 quy định: "*Đảng Cộng sản Việt Nam, đội tiên phong của giai cấp công nhân, đại biểu trung thành quyền lợi của giai cấp công nhân, nhân dân lao động và của cả dân tộc, theo chủ nghĩa Mác - Lenin và tư tưởng Hồ Chí Minh, là lực lượng lãnh đạo Nhà nước và xã hội…*".

Với tư cách là lực lượng lãnh đạo Nhà nước và xã hội, Đảng đề ra các chủ trương, đường lối lãnh đạo đất nước. Các chủ trương, đường lối này được thể chế hóa trong Hiến pháp và pháp luật. Hoạt động lập pháp ở nước ta là một hình thức cơ bản để thể chế hoá chủ trương, đường lối của Đảng, thông qua đó, bảo đảm sự lãnh đạo thống nhất của Đảng được đúng đắn, kịp thời. Sự lãnh đạo của Đảng không chỉ được thể hiện ở yêu cầu thể chế hoá các cương lĩnh, đường lối chỉ đạo chung của Đảng, mà nó còn được thể hiện cụ thể ở sự lãnh đạo của Đảng trong từng khâu, từng giai đoạn

hoạt động của các cơ quan nhà nước thông qua các tổ chức của Đảng và các Đảng viên - với tư cách là các cán bộ, công chức hoạt động trong các cơ quan nhà nước, các ĐBQH và quần chúng nhân dân.

Đặc biệt, một giai đoạn cũng hết sức quan trọng trong hoạt động lập pháp của chúng ta là giai đoạn xin ý kiến Bộ Chính trị về các dự án luật, pháp lệnh. Tuy đây không phải là một công đoạn được quy định chính thức trong luật, nhưng trên thực tế, đây là một nội dung rất quan trọng trong quy trình lập pháp ở nước ta.

Quy trình và thủ tục xin ý kiến của Bộ Chính trị được thực hiện theo Công văn ngày 3/12/1988 của Ban Bí thư, theo đó: "*Bộ Chính trị cho ý kiến đối với luật và pháp lệnh mà nội dung của nó chưa có đường lối, chủ trương, chính sách rõ ràng của Đảng; những quan điểm, chủ trương lớn của dự luật và pháp lệnh; những ý kiến còn khác nhau, những vướng mắc trong quy trình thảo luận*".

Trong giai đoạn xin ý kiến của Bộ Chính trị, các Ban của Đảng, theo chức năng của mình, có trách nhiệm phối hợp chặt chẽ với các cơ quan xây dựng pháp luật ngay từ đầu, giúp Ban Bí thư xem xét các dự án luật, pháp lệnh ngay trước khi trình Bộ Chính trị. Những nội dung trình Bộ Chính trị cho ý kiến đều được chuẩn bị kỹ trên cơ sở trao đổi ý kiến giữa các cơ quan có liên quan và dưới sự chỉ đạo của Đảng đoàn Quốc hội.

"*Hầu hết các dự án luật, pháp lệnh trước khi trình Ủy ban Thường vụ Quốc hội xem xét và Quốc hội thảo luận để thông qua đều được báo cáo để Bộ Chính trị cho ý kiến*"[29]. Tuy vậy, việc xem xét, cho ý kiến của Bộ Chính trị, Ban Bí thư ngày càng được đổi mới. Theo đó, Bộ Chính trị, Ban Bí thư chỉ cho ý kiến chỉ đạo đối với những vấn đề đặc biệt quan trọng, nhạy cảm "*hoặc còn có ý kiến khác nhau giữa cơ quan trình, cơ quan thẩm tra và Ủy ban Thường vụ Quốc hội thuộc nội dung của dự án*"[30]. "*Các vấn đề khác Đảng đoàn Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội chỉ đạo và tự chịu trách nhiệm*"[31].

Có thể thấy, sự lãnh đạo của Đảng là một yếu tố quan trọng, tác động không nhỏ tới tính chuyên nghiệp của ĐBQH. Nên chăng, cần có những nghiên cứu cải tiến sự lãnh đạo của Đảng nhằm phát huy dân chủ, tăng cường hơn nữa chất lượng, hiệu quả hoạt động của Quốc hội và ĐBQH, tiến tới một Quốc hội chuyên nghiệp.

Tác giả cho rằng, cần có sự minh định rõ hơn trong luật về sự tham gia của Đảng trong quy trình lập pháp cũng như các hoạt động của Quốc hội, nhất là trong những vấn đề cần xin ý kiến của Đảng, Đoàn Quốc hội. Điều này giúp bảo đảm sự minh bạch, khoa học và chặt chẽ hơn trong quy trình hoạt động của Quốc hội, ĐBQH dưới sự lãnh đạo của Đảng. Thiết nghĩ, đây cũng là một nội dung cần được Đảng và Nhà nước quan tâm nhằm phát huy dân chủ, tiếp tục xây dựng NNPQ XHCN ở Việt Nam hiện nay.

---

[29] Văn phòng Quốc hội, Trần Ngọc Đường (chủ biên), *Đổi mới và hoàn thiện quy trình lập pháp của Quốc hội.* Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2004, tr.107.

[30] Văn phòng Quốc hội, tlđd, tr.107.

[31] Kỷ yếu *Tổng kết nhiệm kỳ Quốc hội khóa XI* (tại kỳ họp thứ 11, Quốc hội khóa XI), Hà Nội, 2007, tr.50.

8. Bảo đảm nguyên tắc công khai, minh bạch, trách nhiệm giải trình

Một nội dung quan trọng mà tác giả kiến nghị đưa vào Dự thảo Báo cáo chính trị trình Đại hội Đảng sắp tới, đó là đưa yêu cầu ***bảo đảm tính công khai, minh bạch, trách nhiệm giải trình*** trở thành một nguyên tắc trong tổ chức và hoạt động của Quốc hội nói riêng và của các cơ quan nhà nước nói chung. Liên quan chặt chẽ đến tính chịu trách nhiệm của các cơ quan nhà nước cũng như của Quốc hội và ĐBQH, đó là yêu cầu bảo đảm tính công khai, minh bạch và trách nhiệm giải trình. Đây là một vấn đề mang tính thời sự nóng bỏng, nhất là đặt trong bối cảnh công cuộc đấu tranh phòng chống tham nhũng, xây dựng bộ máy nhà nước hiện đại, liêm chính, tiếp tục xây dựng và hoàn thiện NNPQ XHCN ở Việt Nam hiện nay. Có thể thấy, việc thiết lập các cơ chế kiểm tra, giám sát, bảo đảm sự minh bạch, hiệu lực hiệu quả trong tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước vẫn còn nhiều bất cập. Theo Chỉ số cảm nhận tham nhũng năm 2015 (CPI 2015) của Tổ chức Minh bạch quốc tế (Transparency International - TI), Việt Nam đạt 33/100 điểm, xếp hạng 117/180 quốc gia và vùng lãnh thổ được khảo sát. Tham nhũng trong khu vực công ở Việt Nam vẫn được cho là rất nghiêm trọng[32].

Trong hoạt động của Quốc hội, vấn đề công khai, minh bạch, trách nhiệm giải trình càng phải được đề cao. Điều này không chỉ bởi đặc thù trong hoạt động của Quốc hội có những nội dung liên quan đến các vấn đề rường cột của nước nhà với những phiên chất vấn, điều trần, giải trình…, mà còn bởi bản chất nhân dân, tính đại diện của Quốc hội và vai trò người đại biểu nhân dân của các ĐBQH. Tất cả những điều trên đòi hỏi sự quán triệt sâu sắc nguyên tắc này ngay từ khâu lựa chọn, lập ra người đại biểu (bầu cử) cho đến các hoạt động khác của Quốc hội và ĐBQH (tiếp xúc cử tri, hoạt động nghị trường, công tác dân nguyện…).

Hiện nay, chúng ta đã có Luật Phòng, chống tham nhũng cũng như các quy định rải rác về yêu cầu công khai, minh bạch, trách nhiệm giải trình trong các văn bản pháp luật khác nhau. Tuy nhiên, các quy định này khá rời rạc, thiếu thống nhất, thiếu tính hệ thống. Việc quy định cũng khá tuỳ tiện, chưa cụ thể về nội dung, quy trình trong nhiều ngành, nhiều lĩnh vực dẫn đến thiếu sự nhất quán trong thực hiện cũng như hạn chế hiệu quả phòng, chống tham nhũng và khả năng giám sát từ phía Nhà nước, xã hội đối với vấn đề này.

Do đó, tác giả cho rằng, cần chú ý đưa nội dung nguyên tắc công khai, minh bạch, trách nhiệm giải trình một cách đồng bộ, nhất quán trong pháp luật về tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước, Luật Tổ chức Quốc hội cũng như trong các văn bản pháp luật chuyên ngành có liên quan. Có như vậy mới nâng cao tính chuyên nghiệp, hiệu lực, hiệu quả trong hoạt động của Quốc hội, các cơ quan nhà nước, xây dựng NNPQ XHCN ở Việt Nam hiện nay.

9. Tăng cường bộ máy giúp việc của Quốc hội và các điều kiện bảo đảm khác

Theo tác giả, trong điều kiện Quốc hội Việt Nam hoạt động theo mô hình kiêm nhiệm hiện nay, một vấn đề hết sức quan trọng cần được quan tâm là tiếp tục củng cố, hoàn thiện bộ máy và mô hình giúp

[32] Theo Chỉ số cảm nhận tham nhũng năm 2018. Nguồn: https://towardstransparency.vn/cpi-vietnam-2018/, truy cập ngày 20/06/2020.

việc của Quốc hội. Cần củng cố và đa dạng hóa các hình thức giúp việc cho Quốc hội và ĐBQH, liên quan đến thông tin, điều kiện vật chất, năng lực, kỹ năng hoạt động đại biểu.

John Stuart Mill, trong tác phẩm "Chính thể đại diện", đã rất đúng khi khẳng định: "Thật đúng không kém là một Quốc hội đông người không mấy thích hợp cho công việc trực tiếp của cả lập pháp lẫn chính quyền (…). Công việc làm luật pháp cần thiết phải được thực hiện bởi các trí tuệ, không những phải được rèn luyện và kinh qua thử thách, mà còn phải được huấn luyện làm nhiệm vụ nghiên cứu dài lâu và cần cù"[33]. Ông cho rằng, nếu Nghị viện chỉ lo xử lý các dự luật (soạn thảo về kỹ thuật) thì chỉ riêng thời gian phải bận rộn đó thôi đã "làm cho Nghị viện ngày càng không có khả năng thông qua được đạo luật nào"[34]. Và từ phân tích đó, ông cho rằng, những việc chuyên môn như soạn thảo dự luật nên giao cho một cơ quan chuyên trách làm việc này (ví dụ như, một Ủy ban của Quốc hội). Theo ông, "trong lập pháp cũng như trong cai trị, nhiệm vụ duy nhất mà Quốc hội đại diện có thể có thẩm quyền, đó không phải là làm cái công việc ấy, mà là khiến cho công việc ấy được làm"[35]. Tác giả cho cho rằng, điều này rất hợp lý và lý giải được vấn đề mà nhiều người cho đến nay vẫn còn thắc mắc: Quốc hội làm luật hay chỉ thông qua luật khi trên thực tế, các ĐBQH chỉ thảo luận và bấm nút thông qua một dự luật chứ không hề tham gia chấp bút soạn thảo đạo luật đó. Cần phải nhận thức rõ ràng, Quốc hội nắm quyền lập pháp không có nghĩa là Quốc hội phải trực tiếp tiến hành tham gia thực hiện mọi khâu, mọi công đoạn, mà cần phải có sự phối hợp, hỗ trợ từ nhiều chủ thể khác nhau trong bộ máy nhà nước, cũng như đội ngũ giúp việc chuyên nghiệp và sự tham vấn ý kiến của các chuyên gia uy tín, các tổ chức xã hội cũng như ý kiến của nhân dân.

Cần nghiên cứu xây dựng mô hình cơ quan/bộ phận chuyên gia phân tích chính sách, có thể đặt ở Bộ Tư pháp - phục vụ cho Ban soạn thảo và các hoạt động trong quy trình lập pháp, lập quy nói chung, hoặc đặt ngay trong các cơ quan giúp việc của Quốc hội, chuyên phục vụ cho các ĐBQH.

Không phải ngẫu nhiên mà Nghị viện ở các nước có bề dày truyền thống trên thế giới thường có đội ngũ giúp việc hùng hậu cùng các điều kiện bảo đảm hoạt động với tiêu chuẩn, ưu tiên rất cao cho các nghị sĩ[36]. Điều này xuất phát từ việc không có bất kỳ ai có thể thông thạo, nắm vững được tất cả các vấn đề, lĩnh vực trong cuộc sống. Do đó, các nghị sĩ, bên cạnh tố chất, năng lực sẵn có, luôn phải tập trung cao độ về thời gian, tâm huyết, sức lực để thực hiện sứ mệnh của mình. Đồng thời, họ cũng cần đội ngũ chuyên gia tư vấn có chuyên môn cao, các trợ lý thạo việc cùng các bảo đảm tối ưu để thực hiện vai trò của người đại biểu nhân dân một cách tốt nhất.

Yêu cầu đặt ra hiện nay là phải tiếp tục tăng cường các chuyên gia, các cán bộ giỏi, có trình độ cho đội ngũ cán bộ, nhân viên Văn phòng Quốc hội, đồng thời tăng cường các điều kiện làm việc tốt hơn cho bộ máy giúp việc của Quốc hội, nhất là các chuyên gia trong hoạt động phục vụ xây dựng chính sách và dự thảo luật.

[33] John Stuart Mill, tlđd, tr.188.
[34] John Stuart Mill, tlđd, tr.189.
[35] John Stuart Mill, tlđd, tr.192.
[36] Tham khảo: Phan Thanh Hà, tlđd.

TRÁCH NHIỆM HÌNH SỰ CỦA PHÁP NHÂN THƯƠNG MẠI VÀ NHỮNG VẤN ĐỀ CẦN TIẾP TỤC HOÀN THIỆN

Hoàng Minh Đức*

Tóm tắt: *Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) lần đầu tiên quy định vấn đề trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại, đây là bước tiến đột phá trong quan niệm và tư duy về tội phạm và trách nhiệm hình sự, kịp thời đáp ứng yêu cầu của thực tiễn công tác đấu tranh phòng ngừa và chống tội phạm, đảm bảo hệ thống pháp luật hình sự được xây dựng phù hợp với thông lệ quốc tế cũng như pháp luật của các quốc gia trên thế giới. Tuy nhiên, quy định của pháp luật về trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại còn tồn tại một số hạn chế, bất cập. Bài viết chỉ ra và phân tích những hạn chế, bất cập đó, đồng thời đề xuất giải pháp hoàn thiện.*

Abstract: *The 2015 Criminal Code provides for the first time criminal responsibility of commercial legal entities, which is a breakthrough in the conception and thinking about criminal and criminal responsibility, promptly meeting the requirements of crime prevention and fight, ensuring the criminal legal system to be in line with international practices as well as laws of the nations in the world. However, there are still certain limitations and shortcomings of the legal provisions on criminal responsibility of commercial legal entities. The article throws some light on such limitations and thereby makes proposals for improvements.*

Trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại là chế định lần đầu tiên được quy định trong Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017)[1]. Đây là điểm mới nổi bật, đột phá trong chính sách hình sự của Đảng và Nhà nước, làm thay đổi quan niệm và tư duy về tội phạm, trách nhiệm hình sự, góp phần khắc phục những bất cập, hạn chế trong việc xử lý các hành vi vi phạm pháp luật của pháp nhân thương mại, nhất là những vi phạm trong lĩnh vực kinh tế, môi trường, an toàn và trật tự công cộng.

Với sự cân nhắc một cách thận trọng, dựa trên việc đánh giá thấu đáo, toàn diện các yếu tố tác động tích cực và tiêu cực gắn liền với điều kiện cụ thể của Việt Nam, BLHS năm 2015 đã bổ sung quy định trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại với các nội dung cụ thể về loại pháp nhân thương mại phải chịu trách nhiệm hình sự; nguyên tắc xử lý đối với pháp nhân thương mại phạm tội; điều kiện áp dụng trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân thương mại; loại tội phạm mà pháp nhân thương mại phải chịu trách nhiệm hình sự; hình phạt và biện pháp tư pháp áp dụng đối với pháp nhân thương mại phạm tội; căn cứ quyết định hình phạt, các tình tiết giảm nhẹ, tăng nặng trách nhiệm hình sự áp dụng đối với pháp nhân thương mại; quyết định hình phạt trong trường hợp pháp nhân thương mại phạm nhiều tội, tổng hợp hình phạt của nhiều bản án, miễn hình phạt, xóa án tích đối với pháp nhân thương mại[2]. Đồng thời,

* TS., Trường Đại học cảnh sát nhân dân.

[1] Sau đây gọi tắt là BLHS năm 2015.

[2] Xem: Trần Văn Độ, *Trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại trong phần chung Bộ luật Hình sự,*

để truy cứu trách nhiệm hình sự và thực hiện trách nhiệm hình sự, Bộ luật Tố tụng Hình sự (BLTTHS) năm 2015 đã có những quy định về trình tự, thủ tục điều tra, truy tố, xét xử và các biện pháp cưỡng chế đối với pháp nhân thương mại; Luật Thi hành án hình sự năm 2019 quy định về thi hành án đối với pháp nhân thương mại bị kết án[3].

Có thể khẳng định, bằng hệ thống quy định của pháp luật hình sự, pháp luật tố tụng hình sự, pháp luật thi hành án hình sự về trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại, pháp luật của Nhà nước Việt Nam đã đồng hành cùng pháp luật của khoảng 120 quốc gia trên thế giới. Quy định trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại phù hợp với nền kinh tế thị trường; không trái với các học thuyết trách nhiệm hình sự của pháp nhân và các nguyên tắc cơ bản của Luật hình sự hiện đại; đáp ứng yêu cầu thực tiễn phòng ngừa và đấu tranh chống tội phạm cũng như quá trình hội nhập quốc tế[4]. Mặc dù vậy, quy định về trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại đã bộc lộ những hạn chế, bất cập nhất định. Từ việc khảo sát thực tiễn, nghiên cứu lý luận, tham khảo các công trình khoa học đã công bố, tác giả phân tích, luận giải dưới đây một số hạn chế, bất cập và đề xuất kiến nghị hoàn thiện. Cụ thể là:

Thứ nhất, khoản 2 Điều 2 BLHS năm 2015 quy định: "*Chỉ pháp nhân thương mại nào phạm một tội đã được quy định tại Điều 76 của Bộ luật này mới phải chịu trách nhiệm hình sự".* Quy định này chưa phù hợp với thực tiễn vì thực tế có trường hợp pháp nhân thương mại phạm một tội, có trường hợp pháp nhân thương mại phạm nhiều tội, một hay nhiều tội đều phải chịu trách nhiệm hình sự.

BLHS năm 2015 quy định về cơ sở của trách nhiệm hình sự, nhưng không giải thích rõ thế nào là trách nhiệm hình sự, thời điểm phát sinh và kết thúc trách nhiệm hình sự; thẩm quyền xác định trách nhiệm hình sự, nên nhận thức về quy định này chưa thống nhất khi xử lý một số vụ án hình sự cụ thể. Ngoài ra, BLHS năm 2015 cũng chưa có các khái niệm về "nhiều tội phạm", "phạm nhiều tội", "phạm tội nhiều lần" dẫn đến nhầm lẫn trong áp dụng pháp luật; có trường hợp hai hành vi nguy hiểm cho xã hội chỉ bị xét xử về một tội trong khi đó một hành vi nguy hiểm cho xã hội bị xét xử về hai tội.

Ngoài ra, trách nhiệm hình sự chỉ đặt ra với pháp nhân thương mại chứ không phải đối với mọi pháp nhân. Tuy nhiên, BLTTHS năm 2015 lại quy định thủ tục tố tụng truy cứu trách nhiệm hình sự pháp nhân mà không quy định trình tự, thủ tục tố tụng đối với pháp nhân thương mại là không phù hợp với khoản 2 Điều 2 BLHS năm 2015.

Thiết nghĩ, nhà làm luật cần khắc phục những bất cập nêu trên theo hướng quy định tại khoản 2 Điều 2 BLHS năm 2015: *"Chỉ pháp nhân thương mại nào **phạm tội** đã được quy định tại Điều 76 của Bộ luật này mới phải chịu trách nhiệm hình sự".* Đồng thời, bổ sung tại Điều 4 BLTTHS năm 2015

Kỷ yếu Hội thảo khoa học do Bộ Tư pháp tổ chức, Tp. Hồ Chí Minh, năm 2019.

[3] Xem: Hoàng Anh Tuyên, *Các quy định về trình tự, thủ tục điều tra, truy tố, xét xử và các biện pháp cưỡng chế đối với pháp nhân thương mại trong Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 – Một số vấn đề đặt ra khi triển khai thi hành*, Kỷ yếu Hội thảo khoa học do Bộ Tư pháp tổ chức, Tp. Hồ Chí Minh, năm 2019. Nguyễn Văn Thịnh, *Giới thiệu các quy định về thi hành án hình sự đối với pháp nhân thương mại bị kết án,* Kỷ yếu Hội thảo khoa học do Bộ Tư pháp tổ chức, Tp. Hồ Chí Minh, năm 2019.

[4] Ban soạn thảo Bộ luật Hình sự (sửa đổi), *Báo cáo đánh giá tác động Dự án Bộ luật Hình sự (sửa đổi),* Hà Nội, năm 2015, tr.13-21.

về giải thích từ ngữ: ***"p) Pháp nhân theo quy định của Bộ luật này là pháp nhân thương mại"***.

Thứ hai, khoản 1 Điều 8 BLHS năm 2015 quy định: *"Tội phạm là hành vi nguy hiểm cho xã hội được quy định trong Bộ luật Hình sự, do người có năng lực trách nhiệm hình sự hoặc pháp nhân thương mại thực hiện một cách cố ý hoặc vô ý, xâm phạm độc lập, chủ quyền, thống nhất, toàn vẹn lãnh thổ Tổ quốc, xâm phạm chế độ chính trị, chế độ kinh tế, nền văn hóa, quốc phòng, an ninh, trật tự, an toàn xã hội, quyền, lợi ích hợp pháp của tổ chức, xâm phạm quyền con người, quyền, lợi ích hợp pháp của công dân, xâm phạm những lĩnh vực khác của trật tự pháp luật xã hội chủ nghĩa mà theo quy định của Bộ luật này phải bị xử lý hình sự".* Tuy nhiên, khác với cá nhân phạm tội, pháp nhân thương mại không phải là thực thể có lý trí và ý chí. Như vậy, lỗi của pháp nhân là lỗi gì? Cố ý hay vô ý?

Theo quy định tại điểm c khoản 1 Điều 75 BLHS năm 2015 thì: *"Hành vi phạm tội được thực hiện có sự chỉ đạo, điều hành hoặc chấp thuận của pháp nhân thương mại"* là một trong các điều kiện chịu trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại. Đồng thời, nghiên cứu mặt chủ quan của tội phạm đối với 33 tội danh mà pháp nhân thương mại phải chịu trách nhiệm hình sự quy định tại Điều 76 BLHS năm 2015 thì đều là lỗi cố ý. Như vậy, lỗi của pháp nhân thương mại phạm tội phải là lỗi cố ý, không thể là lỗi vô ý.

Bên cạnh đó, trong vụ án hình sự liên quan đến pháp nhân thương mại bị buộc tội, cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng phải chứng minh, xác định rõ các tình tiết đặc trưng gắn liền với pháp nhân tại Điều 441 BLTTHS năm 2015, trong đó có việc chứng minh "lỗi của pháp nhân, lỗi của cá nhân là thành viên của pháp nhân".

Tác giả cho rằng, để đáp ứng đầy đủ yêu cầu thực tiễn công tác điều tra, truy tố, xét xử vụ án hình sự do pháp nhân thương mại thực hiện, cần bổ sung quy định về ***"lỗi của pháp nhân thương mại"*** ngay sau Điều 10 BLHS năm 2015 về cố ý phạm tội.

Thứ ba, khoản 2 Điều 9 BLHS năm 2015 quy định về phân loại tội phạm do pháp nhân thương mại thực hiện: *"Tội phạm do pháp nhân thương mại thực hiện được phân loại căn cứ vào tính chất và mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội theo quy định tại khoản 1 Điều này và quy định tương ứng đối với các tội phạm được quy định tại Điều 76 của Bộ luật này".* Tuy nhiên, việc hiểu đúng tinh thần của nhà làm luật đối với quy định này hiện nay là một vấn đề hết sức khó khăn, phức tạp. Bởi lẽ, không giống như tội phạm do cá nhân thực hiện (có thể phân loại thành tội phạm ít nghiêm trọng, nghiêm trọng, rất nghiêm trọng, đặc biệt nghiêm trọng dựa vào tính chất và mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội và mức cao nhất của khung hình phạt do BLHS quy định đối với tội ấy), hình phạt chính áp dụng đối với pháp nhân thương mại gồm: Phạt tiền, đình chỉ hoạt động có thời hạn, đình chỉ hoạt động vĩnh viễn. Điều đó có nghĩa, tội phạm do pháp nhân thương mại thực hiện chỉ là tội phạm ít nghiêm trọng. Nếu hiểu máy móc như thế thì rõ ràng không phù hợp với thực tiễn và tinh thần của nhà làm luật khi xử lý đối với hành vi phạm tội do pháp nhân thương mại thực hiện.

Từ những bất cập trong quy định của pháp luật về việc phân loại tội phạm sẽ dẫn đến những khó khăn nhất định trong việc xác định thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự, thời hạn điều tra đối với pháp nhân thương

mại thực hiện hành vi phạm tội vì chỉ khi phân loại được tội phạm thì mới xác định được chính xác thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự (quy định tại Điều 27, Điều 75 BLHS năm 2015) và thời hạn điều tra (quy định tại Điều 172 BLTTHS năm 2015).

Để đảm bảo chặt chẽ về mặt lập pháp, phù hợp với cách phân loại tội phạm do cá nhân thực hiện, phúc đáp yêu cầu thực tiễn đấu tranh phòng ngừa và chống tội phạm, tác giả kiến nghị sửa đổi quy định tại khoản 2 Điều 9 BLHS năm 2015 theo hướng: *"Tội phạm do pháp nhân thương mại thực hiện được phân loại căn cứ vào tính chất và mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội theo quy định tại khoản 1 Điều này và quy định tương ứng đối với các tội phạm được quy định tại Điều 76 của Bộ luật này* ***mà không phụ thuộc vào loại hình phạt áp dụng đối với pháp nhân thương mại****".*

Thứ tư, khoản 1 Điều 75 BLHS năm 2015 đã đưa ra các điều kiện để có thể truy cứu trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân thương mại gồm: (1) Hành vi phạm tội được thực hiện nhân danh pháp nhân thương mại; (2) Hành vi phạm tội được thực hiện vì lợi ích của pháp nhân thương mại; (3) Hành vi phạm tội được thực hiện có sự chỉ đạo, điều hành hoặc chấp thuận của pháp nhân thương mại; (4) Chưa hết thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự. Đây là 04 điều kiện độc lập và phải có đủ các điều kiện này mới truy cứu trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân thương mại. Song, điều kiện thứ nhất (hành vi phạm tội được thực hiện nhân danh pháp nhân thương mại) và điều kiện thứ ba (hành vi phạm tội được thực hiện có sự chỉ đạo, điều hành hoặc chấp thuận của pháp nhân thương mại) dường như chưa độc lập với nhau. Vì thực tế, nếu hành vi phạm tội được thực hiện nhân danh pháp nhân thương mại thì không thể lại có trường hợp không có sự chỉ đạo, điều hành, chấp thuận của pháp nhân thương mại. Ngược lại, nếu đã có sự chỉ đạo, điều hành hay chấp thuận của pháp nhân thương mại thì chính là đã nhân danh pháp nhân rồi[5].

Khoản 2 Điều 75 BLHS năm 2015 quy định: *"Việc pháp nhân thương mại phạm tội chịu trách nhiệm hình sự không loại trừ trách nhiệm hình sự của cá nhân".* Nhưng, phạm vi cá nhân nào thuộc pháp nhân thương mại phải chịu trách nhiệm hình sự lại không được đề cập cụ thể, điều này có thể dẫn đến việc áp dụng pháp luật một cách tùy tiện, thiếu thống nhất trong thực tiễn.

Để khắc phục những bất cập nêu trên, quy định tại khoản 1 Điều 75 BLHS năm 2015 cần sửa đổi như sau:

"1. Pháp nhân thương mại chỉ phải chịu trách nhiệm hình sự khi có đủ các điều kiện sau đây:

a) Hành vi phạm tội được thực hiện vì lợi ích của pháp nhân thương mại;

b) Hành vi phạm tội được thực hiện có sự chỉ đạo, điều hành hoặc chấp thuận của pháp nhân thương mại;

c) Chưa hết thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự quy định tại khoản 2 và khoản 3 Điều 27 của Bộ luật này".

Thứ năm, để đảm bảo sự thận trọng cần thiết, BLHS năm 2015 chỉ quy định trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại đối với 33 tội danh thuộc nhóm các tội xâm phạm trật tự quản lý kinh tế, các tội phạm về môi trường và các tội xâm phạm an toàn công cộng, trật tự công cộng. BLHS năm 2015 không quy định về trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại đối với Tội mua bán người, Tội mua bán người

[5] Bạch Ngọc Du, *Truy cứu trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân thương mại phạm tội,* http://tapchi toaan.vn, truy cập ngày 28/5/2019.

dưới 16 tuổi, Tội đưa hối lộ, Tội nhận hối lộ. Điều này dẫn đến sự xung đột giữa quy định của BLHS năm 2015 với một số Công ước quốc tế về phòng chống tội phạm mà Việt Nam là thành viên như: Công ước Chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia, Công ước Chống tham nhũng… Thiết nghĩ, nhà làm luật cần cân nhắc, đánh giá một cách thấu đáo, toàn diện và sửa đổi Điều 76 BLHS năm 2015 về phạm vi chịu trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại theo hướng: *"Pháp nhân thương mại phải chịu trách nhiệm hình sự về tội phạm quy định tại một trong các điều* ***150, 151,*** *188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 200, 203, 209, 210, 211, 213, 216, 217, 225, 226, 227, 232, 234, 235, 237, 238, 239, 242, 243, 244, 245, 246, 300, 324,* ***354 và 364*** *của Bộ luật này".*

Pháp nhân thương mại phải chịu trách nhiệm hình sự về tội phạm rửa tiền và tài trợ khủng bố. Tuy nhiên, đây là 02 loại tội phạm đặc biệt nguy hiểm, tác động xấu tới nhiều phương diện của xã hội, nên cá nhân phải chịu trách nhiệm hình sự ngay cả trong giai đoạn chuẩn bị phạm tội, nhưng pháp nhân thương mại chỉ phải chịu trách nhiệm hình sự khi tội phạm đã hoàn thành. Rõ ràng, pháp nhân thương mại có tổ chức, có tiềm lực về kinh tế, nhân lực lớn mạnh hơn cá nhân nhiều lần, nên khi thực hiện hành vi phạm tội, kể cả khi thực hiện hành vi trong giai đoạn chuẩn bị phạm tội thì pháp nhân thương mại có khả năng gây thiệt hại lớn hơn so với hành vi chuẩn bị phạm tội của cá nhân. Tuy nhiên, pháp luật mới chỉ quy định trường hợp cá nhân phải chịu trách nhiệm hình sự trong giai đoạn chuẩn bị phạm tội, chưa quy định trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân thương mại trong giai đoạn chuẩn bị phạm tội là chưa phù hợp với thực tiễn. Do vậy, cần bổ sung quy định: ***"Pháp nhân thương mại chuẩn bị phạm tội quy định tại Điều 300, Điều 324 của Bộ luật này thì phải chịu trách nhiệm hình sự".***

Thứ sáu, Điều 78 BLHS năm 2015 quy định: *"Đình chỉ hoạt động có thời hạn là tạm dừng hoạt động của pháp nhân thương mại trong một hoặc một số lĩnh vực mà pháp nhân thương mại phạm tội gây thiệt hại đến tính mạng, sức khỏe con người, môi trường hoặc an ninh, trật tự, an toàn xã hội và hậu quả gây ra có khả năng khắc phục trên thực tế"*. Quy định này chưa chính xác vì nếu gây thiệt hại đến tính mạng thì rõ ràng hậu quả gây ra không thể khắc phục được trên thực tế, cần sửa đổi theo hướng: *"Đình chỉ hoạt động có thời hạn là tạm dừng hoạt động của pháp nhân thương mại trong một hoặc một số lĩnh vực mà pháp nhân thương mại phạm tội* ***gây thiệt hại đến sức khỏe con người, môi trường hoặc an ninh, trật tự, an toàn xã hội và hậu quả gây ra có khả năng khắc phục trên thực tế"***.

Điều 82 BLHS năm 2015 quy định các biện pháp tư pháp áp dụng đối với pháp nhân thương mại phạm tội chỉ đề cập đến thẩm quyền áp dụng của tòa án. Tuy nhiên, quá trình điều tra tội phạm do pháp nhân thương mại thực hiện thường kéo dài, trong giai đoạn điều tra nếu không kịp thời áp dụng các biện pháp tư pháp đối với pháp nhân thương mại như: Buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu hay buộc thực hiện một số biện pháp nhằm khắc phục, ngăn chặn hậu quả tiếp tục xảy ra, mà phải chờ đến khi tòa án xét xử và quyết định thì không đảm bảo được mục đích áp dụng của các biện pháp này. Bất cập nêu trên cần được khắc phục bằng cách bổ sung vào quy định tại Điều 82 BLHS năm 2015 theo hướng bổ sung thẩm quyền áp dụng các biện pháp tư pháp cho cơ quan điều tra, viện kiểm sát tùy thuộc vào giai đoạn tố tụng của vụ án.

ÁP DỤNG QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT TỐ TỤNG DÂN SỰ THỰC HIỆN HOẠT ĐỘNG ĐO ĐẠC

Thái Chí Bình*

Tóm tắt: *Bài viết phân tích, chỉ ra yêu cầu cần nhìn nhận đúng tính chất của hoạt động đo đạc, là hoạt động thu thập chứng cứ độc lập, tách khỏi hoạt động xem xét, thẩm định tại chỗ, qua đó, đề xuất ban hành nhiều quy định mới, sửa đổi, bổ sung các quy định hiện hành có liên quan để giúp hoạt động đo đạc được tiến hành dễ dàng, phát huy giá trị của nó trên thực tế.*

Abstract: *The article points out and analyzes the need to conceive the accurate feature of measurement, which is an activity for gathering evidence independent from on-site examination and appraisal, thereby it makes proposals for the inclusion of new regulations as well as amendment of the current ones with a view to facilitate measurements and promote their practical values.*

Dẫn nhập

Trong quá trình giải quyết các vụ án dân sự, hôn nhân gia đình, kinh doanh thương mại (sau đây được gọi chung là các vụ án dân sự) có đối tượng tranh chấp là nhà, quyền sử dụng đất hay các giao dịch liên quan đến nhà, quyền sử dụng đất, đo đạc là một thủ tục tố tụng quan trọng mà tòa án phải tiến hành để xác định đối tượng tranh chấp làm căn cứ ban hành phán quyết giải quyết vụ án. Hiện nay, để thực hiện thủ tục đo đạc, tòa án dựa vào các quy định về thủ tục xem xét, thẩm định tại chỗ, một trong những hoạt động thu thập chứng cứ do Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 quy định.

Tuy nhiên, do Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 không quy định đo đạc là hoạt động thu thập chứng cứ độc lập, nên phát sinh một số vướng mắc, bất cập, gây khó khăn cho tòa án, cơ quan chuyên môn thực hiện công tác đo đạc như: Cán bộ, công chức tòa án, các cơ quan hữu quan nhận thức chưa đầy đủ về hoạt động đo đạc; chưa có giải pháp hữu hiệu khi có hành vi cản trở đo đạc; chưa có chế tài khi cơ quan đo đạc, cán bộ đo đạc không thực hiện, chậm thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ yêu cầu đo đạc của tòa án; trình tự, thủ tục thực hiện thủ tục đo đạc chưa chặt chẽ, chưa thống nhất giữa các tòa án, các địa phương…

Chính vì vậy, cần có cách nhìn nhận đúng tính chất của hoạt động đo đạc nhằm khắc phục khó khăn, vướng mắc, bất cập, phát huy giá trị của hoạt động đo đạc trong thực tiễn giải quyết các vụ án dân sự. Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày 3 vấn đề: (1) Việc áp dụng quy định pháp luật tố tụng dân sự để tiến hành hoạt động đo đạc; (2) Những vướng mắc, bất cập khi áp dụng các quy định của pháp luật tố tụng dân sự hiện hành thực hiện hoạt động đo đạc và (3) Đề xuất một số giải pháp hoàn thiện.

1. Việc áp dụng quy định pháp luật tố tụng dân sự để tiến hành hoạt động đo đạc

Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 không có quy định riêng về hoạt động đo

* ThS., Tòa án nhân dân huyện Chợ Mới, tỉnh An Giang.

đạc. Khi cần đo đạc đất đai, vật kiến trúc, cây trồng trên đất, tòa án có thẩm quyền áp dụng quy định về xem xét, thẩm định tại chỗ tại Điều 101 Bộ luật Tố tụng Dân sự và các quy định pháp luật có liên quan để thực hiện. Cụ thể như sau:

- *Về điều kiện để tiến hành đo đạc*, tòa án thực hiện thủ tục yêu cầu cơ quan chuyên môn đo đạc khi đương sự có yêu cầu hoặc khi xét thấy cần thiết. Theo quy định của pháp luật tố tụng dân sự, đương sự cũng có quyền, nghĩa vụ cung cấp sơ đồ, bản vẽ đối tượng tranh chấp để tòa án kiểm tra, đánh giá, sử dụng giải quyết các vụ án dân sự. Tuy nhiên, thực tiễn xét xử cho thấy, khi giải quyết các vụ án tranh chấp nhà, quyền sử dụng đất, nếu thẩm phán chỉ dựa trên sơ đồ, bản vẽ do đương sự cung cấp, không yêu cầu cơ quan chuyên môn đo đạc sẽ dễ dẫn đến sai sót khi quyết định. Rất nhiều vụ án đã bị kháng nghị phúc thẩm, giám đốc thẩm chỉ vì kết quả giải quyết của tòa án không phù hợp với thực tế[1].

- *Về thẩm quyền tiến hành*, thẩm phán được phân công giải quyết vụ án ban hành văn bản tố tụng; cơ quan chuyên môn, cán bộ đo đạc thực hiện thủ tục đo đạc và cung cấp kết quả đo đạc là bản vẽ theo yêu cầu của tòa án.

- *Về trình tự, thủ tục tiến hành*, trên cơ sở nội dung vụ án, vấn đề cần phải giải quyết, thẩm phán tự mình hoặc trình lãnh đạo tòa án ban hành văn bản (thường là công văn) yêu cầu cơ quan chuyên môn đo đạc. Theo quy định tại Thông tư liên tịch số 15/2015/TTLT-BTNMT-BNV-BTC ngày 04/4/2015 của Bộ trưởng Bộ Tài nguyên và Môi trường, Bộ trưởng Bộ Nội vụ, Bộ trưởng Bộ Tài chính hướng dẫn chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn, cơ cấu tổ chức và cơ chế hoạt động của Văn phòng đăng ký đất đai trực thuộc Sở Tài nguyên và Môi trường (sau đây được viết tắt là Thông tư liên tịch số 15/2015), cơ quan có thẩm quyền đo đạc hiện nay là Văn phòng đăng ký đất đai thuộc Sở Tài nguyên và Môi trường các tỉnh (sau đây được viết tắt là Văn phòng đăng ký đất đai cấp tỉnh), Chi nhánh Văn phòng đăng ký đất đai cấp huyện thuộc Văn phòng đăng ký đất đai cấp tỉnh (sau đây được gọi tắt là Chi nhánh Văn phòng đăng ký đất đai cấp huyện). Đồng thời, ban hành văn bản (giấy giới thiệu) để đương sự có yêu cầu đo đạc ký hợp đồng đo đạc với cơ quan đo đạc. Thông thường, hợp đồng đo đạc chứa đựng thỏa thuận giữa các bên về diện tích quyền sử dụng đất, vật kiến trúc, cây trồng cần đo đạc; phí đo đạc; thời gian thực hiện việc đo đạc và thời gian trả kết quả.

Trên cơ sở thời gian đo đạc trong hợp đồng đo đạc, thẩm phán ban hành Quyết định xem xét, thẩm định tại chỗ chứa đựng nội dung tổ chức để cán bộ chuyên môn đo đạc theo yêu cầu của tòa án và tòa án trực tiếp xem xét hiện trạng đối tượng được đo đạc làm căn cứ giải quyết vụ án. Đồng thời, thẩm phán ban hành văn bản (giấy báo, thông báo) thông báo cho đương sự, đại diện Ủy ban nhân dân cấp xã (hoặc Công an cấp xã hoặc cơ quan, tổ chức nơi có đối tượng cần xem xét, thẩm định), những người khác được mời tham gia việc xem xét, thẩm định biết và chứng kiến việc đo đạc.

Vào thời điểm đo đạc, tòa án phải lập biên bản ghi nhận việc xem xét, thẩm định

[1] Xem: Nguyễn Văn Cường, Trần Anh Tuấn, Đặng Thanh Hoa (chủ biên), *Bình luận khoa học Bộ luật Tố tụng Dân sự sửa đổi*, Nxb. Lao động – Xã hội, năm 2012, tr.74-75.

tại chỗ ghi nhận việc cán bộ chuyên môn đo đạc. Biên bản phải ghi rõ kết quả xem xét, thẩm định, mô tả rõ hiện trường, có chữ ký của người xem xét, thẩm định và chữ ký hoặc điểm chỉ của đương sự nếu họ có mặt, của đại diện Ủy ban nhân dân cấp xã (hoặc Công an cấp xã hoặc cơ quan, tổ chức nơi có đối tượng được xem xét, thẩm định) và những người khác được mời tham gia việc xem xét, thẩm định.

Sau khi lập xong biên bản, phải yêu cầu đại diện Ủy ban nhân dân cấp xã (hoặc Công an cấp xã hoặc cơ quan, tổ chức nơi có đối tượng được xem xét, thẩm định) ký tên và đóng dấu xác nhận.

- *Việc xử lý trường hợp có hành vi cản trở*, Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 nghiêm cấm mọi hành vi cản trở việc xem xét, thẩm định tại chỗ, trong đó có hoạt động đo đạc. Trong trường hợp có hành vi cản trở việc xem xét, thẩm định tại chỗ, thẩm phán có quyền đề nghị Ủy ban nhân dân cấp xã, Công an cấp xã nơi có đối tượng được xem xét, thẩm định tại chỗ hỗ trợ.

2. Những vướng mắc, bất cập khi áp dụng các quy định của pháp luật tố tụng dân sự hiện hành thực hiện hoạt động đo đạc

Việc áp dụng quy định của pháp luật tố tụng dân sự hiện hành thực hiện hoạt động đo đạc phát sinh một số vướng mắc, bất cập sau:

***Thứ nhất**, nhận thức của cán bộ, công chức tòa án, các cơ quan hữu quan chưa đầy đủ đối với hoạt động đo đạc*

Do Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 chưa có quy định riêng về hoạt động đo đạc, nên nhận thức của cán bộ tòa án, các cơ quan hữu quan chưa đầy đủ, dẫn đến công tác phối hợp chưa nhịp nhàng.

Đối với cán bộ tòa án, khi gặp khó khăn trong việc tổ chức đo đạc (như sự thiếu hỗ trợ của cán bộ đo đạc khi có hành vi cản trở; cán bộ chuyên môn đo đạc không theo yêu cầu của tòa án), thẩm phán tiến hành các hoạt động tự đo đạc hoặc thông qua các chứng cứ gián tiếp khác để xác định diện tích quyền sử dụng đất, vật kiến trúc trên đất, vị trí vật kiến trúc, cây trồng trên đất. Tuy nhiên, việc tiến hành hoạt động đo vẽ không thông qua cơ quan chuyên môn, sử dụng chứng cứ gián tiếp sẽ không phản ánh đúng, chính xác diện tích, vị trí của đối tượng cần đo đạc. Từ đó, kết quả giải quyết thiếu chính xác, không bảo vệ được quyền, lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân.

Đối với cơ quan chuyên môn, cán bộ đo đạc, theo Thông tư liên tịch số 15/2015, Văn phòng đăng ký đất đai là đơn vị sự nghiệp công lập trực thuộc Sở Tài nguyên và Môi trường. Hiện nay, Văn phòng đăng ký đất đai cấp tỉnh, Chi nhánh Văn phòng đăng ký đất đai cấp huyện hoạt động theo cơ chế tự chủ. Bên cạnh đó, chưa có quy định ràng buộc chế tài khi cơ quan chuyên môn, cán bộ đo đạc từ chối, thực hiện đo đạc không đúng, đủ theo yêu cầu của tòa án. Cho nên, cơ quan chuyên môn, cán bộ đo đạc chưa thấy được trách nhiệm khi đo đạc theo yêu cầu của tòa án. Vì vậy, khi yêu cầu của tòa án phức tạp, cần phải mất nhiều thời gian thực hiện thì trong một số trường hợp cán bộ đo đạc từ chối thực hiện yêu cầu của tòa án hoặc chậm, kéo dài thời gian thực hiện việc đo đạc.

Trong trường hợp có hành vi cản trở, cán bộ đo đạc yêu cầu phải đảm bảo sức khỏe, tài sản (thiết bị đo đạc) thì cũng chưa có giải pháp hữu hiệu để bảo vệ cán bộ đo đạc cũng như tài sản của cơ quan chuyên

môn. Từ đó, công tác đo đạc phục vụ yêu cầu của tòa án cũng gặp khó khăn.

***Thứ hai**, chưa có giải pháp hữu hiệu khi có hành vi cản trở đo đạc*

Về xử lý hành vi cản trở đo đạc, Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 không quy định cách thức để tòa án xử lý khi có hành vi cản trở đo đạc.

Trước đây, khi hướng dẫn quy định tại Điều 89 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2004 (sửa đổi, bổ sung năm 2011) về xem xét, thẩm định tại chỗ, các khoản 6, 7 Điều 9 Nghị quyết số 04/2012/NQ-HĐTP ngày 03/12/2012 Hướng dẫn thi hành một số quy định về "Chứng minh và chứng cứ" của Bộ luật Tố tụng Dân sự (sau đây được viết tắt là Nghị quyết số 04/2012) quy định:

"*6. Nếu có người nào cản trở Toà án tiến hành việc xem xét, thẩm định tại chỗ, thì thẩm phán yêu cầu đại diện của Uỷ ban nhân dân hoặc cơ quan, tổ chức có biện pháp can thiệp, hỗ trợ kịp thời để thực hiện việc xem xét, thẩm định tại chỗ. Trong trường hợp cần thiết, thẩm phán yêu cầu lực lượng Cảnh sát bảo vệ và hỗ trợ tư pháp thuộc Công an nhân dân có thẩm quyền để có các biện pháp can thiệp, hỗ trợ, theo quy định tại Thông tư số 15/2003/TT-BCA(V19) ngày 10/9/2003 của Bộ Công an hướng dẫn hoạt động hỗ trợ tư pháp của lực lượng Cảnh sát bảo vệ và hỗ trợ tư pháp thuộc Công an nhân dân.*

7. Trường hợp đã thực hiện đầy đủ các biện pháp được hướng dẫn tại khoản 6 Điều này mà vẫn không tiến hành được, thì thẩm phán lập biên bản về việc đương sự cản trở việc xem xét, thẩm định tại chỗ để lưu vào hồ sơ vụ án. Biên bản về việc đương sự cản trở việc xem xét, thẩm định tại chỗ, đồng thời, phải được gửi cho cơ quan có thẩm quyền xem xét, xử lý theo pháp luật về hành vi chống người thi hành công vụ của đương sự".

Tuy nhiên, Thông tư số 15/2003/TT-BCA(V19) ngày 10/9/2003 của Bộ trưởng Bộ Công an về hướng dẫn hoạt động hỗ trợ tư pháp của lực lượng Cảnh sát bảo vệ và hỗ trợ tư pháp thuộc Công an nhân dân (sau đây được viết tắt là Thông tư số 15/2003) không có quy định cụ thể việc lực lượng công an hỗ trợ tòa án tiến hành hoạt động thu thập chứng cứ, trong đó có hoạt động đo đạc, nên trên thực tế lực lượng Công an chưa tích cực hỗ trợ tòa án. Bên cạnh đó, Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 quy định khác với hướng dẫn tại Nghị quyết số 04/2012. Vì vậy, thời gian qua, khi có hành vi cản trở thì việc đo đạc không thể thực hiện được, dẫn đến, thời gian giải quyết vụ án bị kéo dài.

Trong một số trường hợp, lực lượng công an có hỗ trợ tòa án, nhưng chỉ ở mức có mặt, nhắc nhở. Việc hỗ trợ này là chưa đủ để tòa án, cơ quan chuyên môn có thể hoàn thành được thủ tục đo đạc.

***Thứ ba**, chế tài áp dụng đối với cơ quan đo đạc, cán bộ đo đạc khi không thực hiện, chậm thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ yêu cầu đo đạc của tòa án*

Hiện nay, xuất phát từ nhiều lý do (công việc nhiều, sợ trách nhiệm…), trong một số vụ án cụ thể, cơ quan đo đạc, cán bộ đo đạc không thực hiện, chậm thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ yêu cầu đo đạc của tòa án. Tuy nhiên, do pháp luật tố tụng dân sự không quy định cụ thể chế tài trong trường hợp này nên rất khó xử lý đối với cơ quan đo đạc, cán bộ đo đạc vi phạm.

***Thứ tư**, trình tự, thủ tục thực hiện hoạt động đo đạc chưa chặt chẽ, chưa thống nhất giữa các tòa án, các địa phương*

Do chưa có quy đinh chi tiết nên trình tự, thủ tục thực hiện hoạt động đo đạc chưa chặt chẽ, chưa thống nhất giữa các tòa án, các địa phương. Cụ thể:

- Về hình thức yêu cầu cơ quan chuyên môn đo đạc, có nơi, tòa án ban hành công văn trong đó trình bày nội dung sự việc, lý do tòa án thực hiện thủ tục đo đạc, yêu cầu đo đạc cụ thể và chỉ đích danh đương sự ký hợp đồng đo đạc với cơ quan đo đạc, nộp chi phí đo đạc. Cơ quan đo đạc sẽ dựa vào yêu cầu của tòa án để tiến hành đo đạc trên thực tế. Khi cần đo đạc thêm nội dung nào đó, tòa án phải tiến hành thủ tục đo đạc bổ sung. Tuy nhiên, có nơi tòa án chỉ ban hành giấy giới thiệu để đương sự liên hệ với cơ quan đo đạc ký hợp động đo đạc. Việc đo đạc nội dung gì, diện tích đo đạc sẽ do cơ quan đo đạc, cán bộ tòa án, đương sự tự xác định khi tiến hành đo đạc trên thực địa.

- Việc ấn định thời gian đo đạc, thời gian cung cấp kết quả đo đạc, do không quy định nên việc thực hiện ở các địa phương là khác nhau. Thông thường, tòa án sẽ trao đổi thống nhất với cơ quan đo đạc về thời điểm đo đạc kể từ khi ký hợp đồng và thời hạn trả kết quả đo đạc kể từ khi đo đạc trên thực địa. Tuy nhiên, có địa phương, việc xác định thời hạn đo đạc, trả kết quả đo đạc phụ thuộc hoàn toàn vào cơ quan đo đạc. Tòa án ở trong thế bị động phải chờ đo đạc, chờ trả kết quả.

Bên cạnh đó, cách thức trả kết quả trên thực tế cũng chưa có sự thống nhất, thường được tiến hành thông qua một trong các hình thức: (1) Cơ quan đo đạc yêu cầu thẩm phán, thư ký tòa án trực tiếp nhận kết quả; (2) Cơ quan đo đạc chỉ trả kết quả cho đương sự ký hợp đồng; (3) Đương sự ký hợp đồng nhận kết quả, nhưng phải có giấy giới thiệu nhận kết quả của tòa án.

- Về việc tham gia của những cơ quan, tổ chức, cá nhân khác, việc đo đạc thường được yêu cầu với các loại: Đo đạc hiện trạng thể hiện đối tượng tranh chấp, đối tượng của giao dịch tranh chấp; đo đạc hiện trạng, xác định diện tích đất tranh chấp quyền sử dụng; đo đạc hiện trạng, xác định diện tích đất tranh chấp quyền sử dụng và xác định quyền sử dụng đất tranh chấp có thuộc Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất đã cấp hay không; đo đạc phục hồi ranh giới đất, vật kiến trúc trên đất theo Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở đã cấp hay không… Tương xứng với mỗi yêu cầu đo đạc phải có cơ quan, tổ chức, cá nhân khác tham gia chứng kiến, ký xác định mốc giới, qua đó, tạo căn cứ cho cơ quan chuyên môn cung cấp bản vẽ.

Do chưa quy định cơ quan, tổ chức, cá nhân khác tham gia chứng kiến đo đạc là chủ thể nào nên nhiều nơi, khi đo đạc, cơ quan đo đạc buộc tòa án phải mời nhiều cơ quan, tổ chức, cá nhân chứng kiến việc đo đạc. Khi tòa án không mời được hoặc mời không đầy đủ cơ quan, tổ chức, cá nhân khác theo yêu cầu thì cơ quan đo đạc từ chối việc đo đạc, hoặc đo đạc, nhưng không cung cấp kết quả đo đạc[2].

[2] Theo Công văn số 268/CNCM ngày 11/12/2019, Văn phòng đăng ký đất đai – chi nhánh C (huyện C, tỉnh A) cho rằng, do chưa xác định đầy đủ những người sử dụng đất giáp ranh với quyền sử dụng đất được đo đạc nên chưa thể cung cấp bản vẽ trong vụ án "tranh chấp chia di sản thừa kế", giữa nguyên đơn bà Hồ Thị M với bị đơn ông Hồ Văn Đ; yêu cầu tòa án, nguyên đơn, bị đơn liên hệ với những người sử dụng đất giáp ranh với các quyền sử dụng

***Thứ năm**, một số vướng mắc khác khi không quy định đo đạc là hoạt động thu thập chứng cứ*

Trong thực tiễn giải quyết các vụ án dân sự phát sinh vướng mắc, khi chờ kết quả đo đạc thì tòa án có được tạm đình chỉ giải quyết vụ án hay không. Hiện nay, có 02 quan điểm khác nhau. *Quan điểm thứ nhất cho rằng*, khi chờ kết quả đo đạc từ cơ quan chuyên môn, tòa án có thể căn cứ điểm đ khoản 1 Điều 214 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 tạm đình chỉ giải quyết vụ án vì phải "đợi cơ quan, tổ chức cung cấp tài liệu, chứng cứ theo yêu cầu của tòa án mới giải quyết được vụ án"[3]. *Quan điểm thứ hai cho rằng*, do đo đạc là hoạt động thu thập chứng cứ xem xét, thẩm định tại chỗ do tòa án chủ động tiến hành nên tòa án không thể căn cứ điểm đ khoản 1 Điều 214 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 tạm đình chỉ giải quyết vụ án với lý do chờ kết quả đo đạc từ cơ quan chuyên môn[4].

Tác giả cho rằng, việc tồn tại 02 quan điểm khác nhau về việc tòa án có được tạm đình chỉ giải quyết vụ án khi chờ kết quả đo đạc từ cơ quan chuyên môn xuất phát từ việc hoạt động đo đạc chưa được quy định là hoạt động thu thập chứng cứ, chỉ là một hoạt động trong hoạt động xem xét, thẩm định tại chỗ. Từ đó, gây khó khăn khi xem xét kết quả đo đạc có phải là chứng cứ do cơ quan đo đạc cung cấp theo yêu cầu của tòa án hay không. Để khắc phục hạn chế này cần quy định đo đạc là hoạt động thu thập chứng cứ.

Tuy nhiên, dựa vào quy định pháp luật hiện hành, quan điểm thứ nhất là phù hợp. Bởi vì, kết quả đo đạc là một trong những tài liệu, chứng cứ vô cùng quan trọng để tòa án giải quyết những vụ án tranh chấp đất đai, quyền sở hữu nhà ở, vật kiến trúc khác trên đất, các tranh chấp khác có liên quan đến quyền sử dụng đất, nhà ở, vật kiến trúc khác trên đất. Thiếu chứng cứ này, tòa án không thể ban hành phán quyết giải quyết vụ án. Vì vậy, khi chờ kết quả đo đạc, thẩm phán hoàn toàn có thể ban hành quyết định tạm đình chỉ giải quyết vụ án.

3. Một số giải pháp hoàn thiện

Để khắc phục những vướng mắc, bất cập khi áp dụng các quy định của pháp luật tố tụng dân sự hiện hành thực hiện hoạt động đo đạc, tác giả kiến nghị một số giải pháp sau:

***Thứ nhất**, cần luật hóa hoạt động đo đạc là hoạt động thu thập chứng cứ*[5]

Những vướng mắc, bất cập khi áp dụng các quy định của pháp luật tố tụng dân sự hiện hành thực hiện hoạt động đo đạc xuất phát từ nhiều lý do, trong đó, lý do quan trọng là hoạt động đo đạc chưa được quy định là hoạt động thu thập chứng cứ độc lập với hoạt động xem xét, thẩm định tại chỗ.

Theo khoa học luật tố tụng dân sự, "thu thập chứng cứ là việc phát hiện tìm ra các chứng cứ, tập hợp đưa vào hồ sơ vụ việc dân sự để nghiên cứu, đánh giá và sử dụng

đất được đo đạc, nhờ chứng kiến việc đo đạc rồi gửi văn bản đến Văn phòng đăng ký đất đai – chi nhánh C thực hiện.

[3] Xem: Kết luận số 536/KL-ĐKT ngày 28/12/2018 của Đoàn kiểm tra Tòa án nhân dân tối cao về kết quả kiểm tra công tác xét xử của Tòa án nhân dân hai cấp tỉnh A.

[4] Xem: Kết luận số 192/TA-VP ngày 18/3/2019 của Chánh án Tòa án nhân dân tỉnh T tại Hội nghị sơ kết Quý I năm 2019 và triển khai nhiệm vụ công tác Quý II năm 2019 của Tòa án nhân dân hai cấp tỉnh T.

[5] Như đã thực hiện với hoạt động định giá tài sản khi Quốc hội ban hành Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015.

giải quyết vụ việc dân sự"[6]. Để bảo đảm việc giải quyết vụ việc dân sự, các biện pháp thu thập chứng cứ, trình tự, thủ tục thu thập chứng cứ được pháp luật tố tụng dân sự quy định cụ thể. Các chủ thể tố tụng, trong đó có tòa án, khi tiến hành thu thập chứng cứ phải thực hiện đúng trình tự, thủ tục mà pháp luật đã quy định.

Theo khoản 2 Điều 97 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015, trong các trường hợp do Bộ luật này quy định, tòa án có thể tiến hành một hoặc một số biện pháp sau đây để thu thập tài liệu, chứng cứ: Lấy lời khai của đương sự, người làm chứng; đối chất giữa các đương sự với nhau, giữa đương sự với người làm chứng; trưng cầu giám định; định giá tài sản; xem xét, thẩm định tại chỗ; ủy thác thu thập, xác minh tài liệu, chứng cứ; yêu cầu cơ quan, tổ chức, cá nhân cung cấp tài liệu đọc được, nghe được, nhìn được hoặc hiện vật khác liên quan đến việc giải quyết vụ việc dân sự; xác minh sự có mặt hoặc vắng mặt của đương sự tại nơi cư trú; các biện pháp khác theo quy định của Bộ luật này. Tùy từng trường hợp cụ thể mà tòa án có thể áp dụng một hoặc nhiều hoạt động thu thập chứng cứ để giải quyết vụ việc dân sự.

So sánh với một số biện pháp thu thập chứng cứ do Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 quy định mà việc tiến hành phải có sự hỗ trợ của cơ quan chuyên môn (như: Giám định, định giá tài sản…) thì hoạt động đo đạc có tính chất, trình tự, thủ tục tiến hành tương tự. Theo đó, hoạt động đo đạc do tòa án tiến hành có sự hỗ trợ của cơ quan đo đạc, cán bộ đo đạc; tòa án là chủ thể chính tổ chức thực hiện hoạt động này, nhưng kết quả đo vẽ do cơ quan đo đạc, cán bộ đo đạc thực hiện; việc tiến hành phải thông qua một trình tự, thủ tục nhất định.

Tuy nhiên, do chưa quy định hoạt động đo đạc là hoạt động thu thập chứng cứ độc lập nên Bộ luật Tố tụng Dân sự chưa có quy định trình tự, thủ tục riêng thực hiện hoạt động đo đạc[7]; những chủ thể tham gia vào hoạt động này; trách nhiệm của cơ quan đo đạc, cán bộ đo đạc khi không thực hiện, chậm thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ yêu cầu đo đạc của tòa án; cơ chế phối hợp giữa tòa án với cơ quan chuyên môn; chế tài đối với trường hợp đương sự hoặc người thân của họ cản trở việc đo đạc… Đồng thời, nhận thức của thẩm phán, thư ký tòa án, cơ quan đo đạc, cán bộ đo đạc, cơ quan hỗ trợ (chính quyền địa phương, lực lượng Công an), đương sự, cơ quan, tổ chức, cá nhân khác đối với hoạt động này chưa đúng với tầm quan trọng mà nó mang lại trong việc cung cấp chứng cứ để tòa án giải quyết vụ án.

Vì vậy, để nâng cao hiệu quả của hoạt động đo đạc trên thực tế, yêu cầu cấp bách là cần tách hoạt động đo đạc khỏi hoạt động xem xét, thẩm định tại chỗ và ghi nhận hoạt động đo đạc là hoạt động thu thập chứng cứ độc lập bên cạnh các hoạt động thu thập chứng cứ đã được Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 quy định.

***Thứ hai**, một số vấn đề cơ bản cần giải quyết khi quy định hoạt động đo đạc là hoạt động thu thập chứng cứ*

[6] Xem: Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình Luật Tố tụng Dân sự Việt Nam*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2009, tr. 164.

[7] Như: Hình thức yêu cầu đo đạc do tòa án ban hành; thời gian đo đạc; thời gian trả kết quả; trường hợp tòa án yêu cầu cơ quan đo đạc, cán bộ đo đạc giải thích bản vẽ; những trường hợp tòa án được yêu cầu đo đạc bổ sung, yêu cầu đo đạc lại.

Do hoạt động đo đạc là hoạt động được đề xuất tách ra từ hoạt động xem xét, thẩm định tại chỗ nên phát sinh một số vấn đề cơ bản cần giải quyết khi quy định hoạt động đo đạc là hoạt động thu thập chứng cứ như: Ranh giới để phân biệt giữa hoạt động xem xét, thẩm định tại chỗ và hoạt động đo đạc[8]; quy định cán bộ đo đạc là người tham gia tố tụng (như: Người giám định, người định giá tài sản…); quy định về trình tự, thủ tục đo đạc phù hợp với đặc thù của hoạt động đo đạc (hình thức văn bản yêu cầu đo đạc của tòa án, chủ thể giao kết hợp đồng đo đạc; thời hạn đo đạc; thời hạn trả kết quả…); quy định biên bản ghi nhận việc đo đạc, kết quả đo đạc là nguồn chứng cứ; quy định trách nhiệm giải thích kết quả đo đạc của cơ quan đo đạc, cán bộ đo đạc; quy định trình tự, thủ tục yêu cầu đo đạc bổ sung, đo đạc lại; quy định về mối liên hệ giữa hoạt động đo đạc với các hoạt động thu thập chứng cứ khác (như: Hoạt động xem xét, thẩm định tại chỗ, hoạt động định giá tài sản…); trách nhiệm của cơ quan đo đạc, cán bộ đo đạc khi không thực hiện, chậm thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ yêu cầu đo đạc của tòa án; chế tài đối với đương sự, cá nhân khác có hành vi cản trở, gây khó khăn khi thẩm phán, thư ký tòa án, cán bộ đo đạc thực hiện hoạt động đo đạc.

***Thứ ba**, các cơ quan có thẩm quyền ở trung ương cần ban hành thông tư liên tịch quy định về công tác phối hợp khi thực hiện hoạt động đo đạc*

Kiến nghị Tòa án nhân dân tối cao cần phối hợp với Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Bộ Tài nguyên và Môi trường ban hành thông tư liên tịch quy định về công tác phối hợp giữa cán bộ, công chức tòa án với cơ quan, cán bộ đo đạc thuộc Văn phòng đăng ký đất đai cấp tỉnh, chi nhánh Văn phòng đăng ký đất đai cấp huyện trong việc thực hiện yêu cầu đo đạc của tòa án, kể cả khi tòa án yêu cầu trích xuất kết quả đo đạc phục vụ cho việc phân chia, tách thửa trong quá trình giải quyết vụ án.

***Thứ tư**, cần quy định việc cưỡng chế đo đạc và chế tài đối với hành vi cản trở, chống đối việc đo đạc*

Để xử lý có hiệu quả hành vi cản trở, chống đối việc đo đạc, kiến nghị Tòa án nhân dân tối cao phối hợp với Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Bộ Công an ban hành thông tư liên tịch quy định về công tác phối hợp giữa công chức tòa án nhân dân với lực lượng Công an cùng cấp trong việc sử dụng các biện pháp cưỡng chế hỗ trợ tòa án, cán bộ đo đạc thực hiện hoạt động đo đạc khi có hành vi cản trở, chống đối việc đo đạc.

Đồng thời, Tòa án nhân dân tối cao cần hướng dẫn cụ thể về trình tự, thủ tục xử phạt vi phạm hành chính hoặc truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của pháp luật đối với hành vi cản trở hoạt động xác minh, thu thập chứng cứ của người tiến hành tố tụng, trong đó có hành vi cản trở người tiến hành tố tụng tiến hành xem xét thẩm định tại chỗ (bao gồm hoạt động đo đạc) được quy định tại Điều 489 Bộ luật Tố

[8] Theo đó, việc quy định ranh giới để phân biệt giữa hoạt động xem xét, thẩm định tại chỗ có hoạt động lập bản vẽ với hoạt động đo đạc dựa vào yêu cầu của việc thực hiện. Theo đó, nếu việc lập sơ đồ, bản vẽ không cần kiến thức chuyên môn, không thông qua cán bộ đo đạc, không cần công cụ, thiết bị hỗ trợ mà vẫn thực hiện được thì thuộc phạm vi của hoạt động xem xét, thẩm định tại chỗ; nếu việc đo đạc phải do cán bộ đo đạc được đào tạo, có kiến thức chuyên môn về đo đạc và phải có công cụ, thiết bị hỗ trợ mới thực hiện được thì thuộc phạm vi của hoạt động đo đạc.

tụng Dân sự năm 2015 để tòa án nhân dân địa phương dễ dàng áp dụng khi có hành vi cản trở, chống đối hoạt động đo đạc.

***Thứ năm**, bổ sung hướng dẫn cách thức xác định diện tích, vị trí đối tượng cần đo đạc khi việc đo đạc không thực hiện được do có hành vi chống đối, cản trở việc đo đạc*

Kiến nghị Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn cách thức xác định diện tích, vị trí đối tượng cần đo đạc trong trường hợp việc đo đạc không thực hiện được do có hành vi chống đối, cản trở trong trường hợp lực lượng Công an hỗ trợ, nhưng vẫn không đo đạc được hoặc lực lượng Công an không hỗ trợ[9]. Theo đó, thẩm phán, Hội đồng xét xử cần yêu cầu đương sự có hành vi cản trở, chống đối việc đo đạc cung cấp kết quả đo đạc của cơ quan chuyên môn liên quan đến đối tượng cần đo đạc, phục vụ cho việc giải quyết vụ án trong khoảng thời gian nhất định. Trong trường hợp người được yêu cầu không cung cấp, thẩm phán, Hội đồng xét xử cần dựa vào ý kiến, yêu cầu, tài liệu, chứng cứ do đương sự còn lại trong vụ án cung cấp và tham khảo ý kiến của cơ quan đo đạc, cán bộ đo đạc để xác định diện tích, vị trí của đối tượng cần đo đạc, phục vụ giải quyết vụ án.

***Thứ sáu**, cần hướng dẫn hoạt động tố tụng của tòa án trong trường hợp chờ kết quả đo đạc của cơ quan đo đạc mà thời hạn giải quyết vụ án đã hết*

Kiến nghị Tòa án nhân dân tối cao cần ban hành văn bản hướng dẫn hoạt động tố tụng của tòa án trong trường hợp chờ kết quả đo đạc của cơ quan đo đạc mà thời hạn giải quyết vụ án đã hết. Theo đó, thẩm phán được phân công giải quyết vụ án được căn cứ vào điểm đ khoản 1 Điều 214 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 tạm đình chỉ giải quyết vụ án.

Tuy nhiên, để tránh lạm dụng hoạt động đo đạc để tạm đình chỉ không có căn cứ[10], Tòa án nhân dân tối cao cần quy định thẩm phán chỉ được tạm đình chỉ sau khi tòa án đã tổ chức để cơ quan chuyên môn tổ chức đo đạc trên thực địa nhưng không đo đạc được do yếu tố khách quan tác động hoặc đã đo đạc được nhưng cơ quan đo đạc chưa cung cấp kết quả đo đạc mà thời hạn giải quyết vụ án đã hết.

***Thứ bảy**, cần quy định hệ thống mẫu văn bản tố tụng phục vụ cho hoạt động đo đạc*

Tòa án nhân dân tối cao cần quy định bổ sung mẫu văn bản tố tụng áp dụng trong tố tụng dân sự phục vụ cho hoạt động đo đạc gồm: (1) Văn bản yêu cầu đo đạc của tòa án và giới thiệu đương sự ký hợp đồng đo đạc với cơ quan đo đạc; (2) Quyết định

(Xem tiếp trang 49)

[9] Có thể tham khảo hướng dẫn trong trường hợp đương sự cản trở việc định giá được quy định tại các Điều 16, 17 Thông tư liên tịch số 02/2014/TTLT-TANDTC-VKSNDTC-BTP-BTC ngày 28/3/2014 của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Bộ trưởng Bộ Tư pháp, Bộ trưởng Bộ Tài chính hướng dẫn thi hành Điều 92 Bộ luật Tố tụng Dân sự đã được sửa đổi, bổ sung theo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật Tố tụng Dân sự về định giá tài sản, thẩm định giá tài sản.

[10] Bởi vì, trên thực tế, vẫn có trường hợp tòa án chỉ mới ban hành văn bản yêu cầu đo đạc hoặc ban hành giấy giới thiệu để đương sự ký hợp đồng đo đạc với cơ quan chuyên môn, chưa tổ chức đo đạc trên thực địa, nhưng tòa án đã ban hành quyết định tạm đình chỉ chờ kết quả đo đạc khi thời hạn giải quyết vụ án đã hết.

CÁC BIỆN PHÁP PHÒNG VỆ THƯƠNG MẠI CỦA VIỆT NAM HIỆN NAY

Đoàn Trung Kiên*

Tóm tắt: *Trong thương mại quốc tế, biện pháp chống bán phá, chống trợ cấp và tự vệ được coi là ba trụ cột của hệ thống các biện pháp phòng vệ thương mại, được sử dụng để bảo vệ thị trường trong nước trước sự thâm nhập của hàng hóa nước ngoài. Bài viết đề cập tới sự ra đời các biện pháp phòng vệ thương mại của Việt Nam, phân tích bản chất, mối quan hệ giữa chúng và các quy định mới của pháp luật Việt Nam về phòng vệ thương mại, mà trước hết là Luật Quản lý ngoại thương năm 2017.*

Abstract: *In international trade, anti-dumping, countervailing measures and safeguards are considered as three pillars of trade remedies system in order to protect domestic market from imports. This article introduces the establishment of such remedies in Viet Nam with analysis of their natures, relations with one another, and new legal regulations of Viet Nam relating to trade remedies, particularly the 2017 Law on Foreign Trade Management.*

1. Sự ra đời các biện pháp phòng vệ thương mại của Việt Nam

Quá trình chủ động hội nhập quốc tế trong suốt những năm qua cho thấy, hội nhập quốc tế chính là cơ hội để Việt Nam mở rộng thị trường khu vực và quốc tế, gia tăng xuất khẩu, tranh thủ vốn và công nghệ để phục vụ cho công cuộc đổi mới đất nước nhằm thúc đẩy sự nghiệp công nghiệp hóa, hiện đại hóa nước nhà. Tuy nhiên, hội nhập quốc tế cũng chính là thách thức lớn cho các nhà sản xuất hàng hoá trong nước do phải cạnh tranh với hàng hoá nhập khẩu từ nước ngoài, đặc biệt là khi xuất hiện các hành vi cạnh tranh không công bằng, cạnh tranh không lành mạnh trong thương mại quốc tế như những hành vi định giá hàng hóa gian lận của một doanh nghiệp nước ngoài hay định giá hàng hóa gian lận do việc trợ cấp không đúng của Chính phủ nước ngoài cho một doanh nghiệp của họ hoặc tình trạng nhập khẩu đang tăng lên một cách bất thường.

Trong điều kiện hàng rào phi thuế quan đang được loại bỏ dần, Việt Nam cần có một cơ chế mới phù hợp với thông lệ quốc tế, nhằm bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của các nhà sản xuất trong nước cũng như quyền và lợi ích của người tiêu dùng khi có hành vi cạnh tranh không công bằng, không lành mạnh trong thương mại quốc tế xảy ra. Cơ chế đó chính là các biện pháp phòng vệ thương mại. Các biện pháp này có thể là biện pháp chống bán phá, chống trợ cấp và tự vệ thương mại. Đây được coi là ba trụ cột của hệ thống các biện pháp phòng vệ thương mại nhằm mục đích đảm bảo thương mại công bằng. Các biện pháp này được sử dụng như rào cản phi thuế quan[1] cho phép

* TS., Học viện Tư pháp, Bộ Tư pháp.

[1] Trung tâm WTO và Hội nhập, Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam, *TPP có cấm việc sử dụng các biện pháp phi thuế quan không?*, http://www.t

một nhóm các nhà sản xuất giành được sự bảo hộ, thậm chí trong khi các chính sách thương mại quốc gia tổng thể đang hướng về thương mại tự do.

Nhận thức được điều này, từ cuối những năm 90 của thế kỷ XX, Việt Nam đã ban các văn bản pháp luật để điều chỉnh lĩnh vực này. Văn bản pháp luật đầu tiên là Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu số 04/1998/QH10 ngày 20/5/1998 quy định cho phép áp dụng thuế bổ sung đối với hàng hoá bị bán phá giá nhập khẩu vào Việt Nam hoặc do có sự trợ cấp của nước xuất khẩu. Tiếp đến là Quyết định số 46/2001/QĐ-TTg ngày 04/4/2001 của Thủ tướng Chính phủ về quản lý xuất khẩu, nhập khẩu hàng hoá thời kỳ 2001 - 2005 cũng quy định nguyên tắc sẽ áp dụng một số loại thuế để bảo hộ sản xuất trong nước như thuế chống phá giá, thuế chống trợ cấp (khoản 1 Điều 12). Tuy nhiên, cả hai văn bản trên đều không đưa ra cách thức để xác định hành vi bán phá giá hay hành động trợ cấp của Chính phủ nước ngoài đối với hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam, không quy định thẩm quyền và thủ tục điều tra để áp dụng thuế chống bán phá giá, thuế chống trợ cấp... Do đó, vấn đề chống bán phá giá, chống trợ cấp hàng hóa nhập khẩu được quy định tại hai văn bản này trên thực tế không được áp dụng.

Nhằm chủ động hơn nữa trong tiến trình hội nhập, đồng thời đáp ứng được những đòi hỏi mới đặt ra trong thực tiễn hoạt động thương mại, từ năm 2002 đến năm 2004, Ủy ban Thường vụ Quốc hội đã thông qua 03 Pháp lệnh: Pháp lệnh Tự vệ trong nhập khẩu hàng hóa nước ngoài vào Việt Nam năm 2002, Pháp lệnh Chống trợ cấp hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam năm 2004, Pháp lệnh Chống bán phá giá hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam năm 2004. Để thi hành 03 Pháp lệnh trên, Chính phủ đã ban hành 03 Nghị định hướng dẫn gồm Nghị định số 150/2003/NĐ-CP ngày 08/12/2003 quy định chi tiết thi hành một số điều của Pháp lệnh Tự vệ trong nhập khẩu hàng hóa nước ngoài vào Việt Nam; Nghị định số 89/2005/NĐ-CP ngày 11/7/2005 quy định chi tiết thi hành một số điều của Pháp lệnh Chống trợ cấp hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam; Nghị định số 90/2005/NĐ-CP ngày 11/7/2005 quy định chi tiết thi hành một số điều của Pháp lệnh Chống bán phá giá hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam. 03 Pháp lệnh và 03 Nghị định này đã quy định khá đầy đủ về nội dung, trình tự, thủ tục áp dụng các biện pháp phòng vệ thương mại. Tuy nhiên, do được ban hành vào giai đoạn từ năm 2002 đến năm 2004, đến thời điểm trước khi soạn thảo và ban hành Luật Quản lý ngoại thương đã đi vào thực hiện hơn 12 năm, nên nhiều quy định về vấn đề này trong pháp luật quốc tế đã có nhiều cập nhật, hoàn thiện như vấn đề chống lẩn tránh biện pháp chống bán phá giá. Ngoài ra, dù quá trình thực thi lâu dài, nhưng việc tổ chức điều tra, áp dụng các biện pháp phòng vệ thương mại ở Việt Nam mới được thực hiện trong một số năm gần đây[2]. Từ thực

rungtamwto.vn/upload/files/fta/174-da-ky-ket/175-cptpp-tpp11/177-noi-dung-hiep-dinh/TPP_Chuong%206.pdf, truy cập ngày 31/3/2020.

[2] Cục Phòng vệ thương mại, Bộ Công Thương, *Hồ sơ khởi kiện* (Năm 2009, Việt Nam mới chính thức khởi xướng điều tra vụ phòng vệ thương mại đầu tiên. Đó là vụ việc tự vệ mặt hàng kính nổi xây dựng.

tiễn đó, nhiều nội dung cũng cần phải được sửa đổi, bổ sung cho phù hợp thực tế.

Ngày 12/6/2017, Quốc hội khóa XIV đã thông qua Luật Quản lý ngoại thương. Luật này đã dành hẳn 01 chương (Chương IV) với 33 Điều luật (từ Điều 67 đến Điều 99) quy định về các biện pháp phòng vệ thương mại. Như vậy, Luật Quản lý ngoại thương đã chính thức pháp điển hóa các quy định về các biện pháp phòng vệ thương mại nhằm cụ thể hóa định hướng của Đảng ta trong phương hướng phát triển kinh tế, xã hội: "*Khai thác tốt các cam kết quốc tế, mở rộng và đa dạng hóa thị trường ngoài nước, không để phụ thuộc quá lớn vào một thị trường. Đẩy mạnh xuất khẩu, kiểm soát nhập khẩu phù hợp, phấn đấu cân bằng thương mại bền vững…; đồng thời có biện pháp phòng vệ thích hợp để bảo vệ sản xuất và lợi ích người tiêu dùng. Phấn đấu đạt tốc độ tăng kim ngạch xuất khẩu bình quân khoảng 10%/năm*"[3].

Cùng với đó, Điều 67 Luật Quản lý ngoại thương đã giao Chính phủ và Bộ trưởng Bộ Công Thương quy định chi tiết một số nội dung trong các văn bản dưới luật[4]. Trên tinh thần này, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 10/2018/NĐ-CP ngày 15/01/2018 quy định chi tiết một số điều của Luật Quản lý ngoại thương về các biện pháp phòng vệ thương mại. Bộ Công Thương ban hành Thông tư số 06/2018/TT-BCT ngày 20/4/2018 quy định chi tiết một số nội dung về các biện pháp biện pháp phòng vệ thương mại.

2. Bản chất và mối quan hệ của các biện pháp phòng vệ thương mại

Theo Luật Quản lý ngoại thương năm 2017, các biện pháp phòng vệ thương mại bao gồm biện pháp chống bán phá giá, biện pháp chống trợ cấp và biện pháp tự vệ do Bộ trưởng Bộ Công Thương quyết định áp dụng đối với hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam trong những trường hợp cụ thể (khoản 1 Điều 67).

Biện pháp chống bán phá giá đối với hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam là biện pháp được áp dụng trong trường hợp hàng hóa được xác định bị bán phá giá khi nhập khẩu vào Việt Nam gây ra thiệt hại đáng kể hoặc đe dọa gây ra thiệt hại đáng kể của ngành sản xuất trong nước hoặc ngăn cản sự hình thành của ngành sản xuất trong nước. Hàng hóa được xác định bị bán phá giá khi nhập khẩu vào Việt Nam với giá thấp hơn giá thông thường là giá có thể so sánh được của hàng hóa tương tự bán tại nước xuất khẩu hoặc tại một nước thứ ba trong các điều kiện thương mại thông thường hoặc mức giá mà Cơ quan điều tra xác định bằng phương pháp tự tính toán. Các biện pháp chống bán phá giá bao gồm: (i) Áp dụng thuế chống bán phá giá; (ii) Cam kết về các biện pháp loại trừ bán phá giá của tổ chức, cá nhân sản xuất, xuất khẩu hàng hóa bị yêu

---

Tính đến thời điểm hiện tại, Việt Nam đã tiến hành điều tra 06 vụ việc tự vệ, 01 vụ việc chống lẩn tránh thuế tự vệ, 09 vụ việc chống bán phá giá và chưa tiến hành vụ việc chống trợ cấp nào), http://www.trav.gov.vn/?page=case-prosecute, truy cập ngày 13/4/2020.

[3] Đảng Cộng sản Việt Nam (2016), *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XII*, Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật, tr.279-280.

[4] Cục Phòng vệ thương mại, Bộ Công Thương , *Báo cáo Phòng vệ thương mại năm 2018,* http://chongbanphagia.vn/Modules/News/Uploaded/39/2019072510535790baocaopvtm20180522finalpdf.PDF, truy cập ngày 20/12/2019.

cầu áp dụng biện pháp chống bán phá giá với Cơ quan điều tra của Việt Nam hoặc với các nhà sản xuất trong nước nếu được Cơ quan điều tra chấp thuận (Điều 77 Luật Quản lý ngoại thương).

Biện pháp chống trợ cấp đối với hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam là biện pháp được áp dụng trong trường hợp hàng hóa được trợ cấp khi nhập khẩu vào Việt Nam gây ra thiệt hại đáng kể hoặc đe dọa gây ra thiệt hại đáng kể của ngành sản xuất trong nước hoặc ngăn cản sự hình thành của ngành sản xuất trong nước. Các biện pháp chống trợ cấp bao gồm: (i) Áp dụng thuế chống trợ cấp; (ii) Cam kết của tổ chức, cá nhân hoặc của Chính phủ nước sản xuất, xuất khẩu với cơ quan nhà nước có thẩm quyền của Việt Nam về việc tự nguyện chấm dứt trợ cấp, giảm mức trợ cấp, cam kết điều chỉnh giá xuất khẩu; (iii) Các biện pháp chống trợ cấp khác (Điều 83 Luật Quản lý ngoại thương).

Biện pháp tự vệ trong nhập khẩu hàng hóa nước ngoài vào Việt Nam là biện pháp được áp dụng trong trường hợp hàng hóa được nhập khẩu quá mức vào Việt Nam gây ra thiệt hại nghiêm trọng hoặc đe dọa gây ra thiệt hại nghiêm trọng của ngành sản xuất trong nước. Các biện pháp tự vệ bao gồm: (i) Áp dụng thuế tự vệ; (ii) Áp dụng hạn ngạch nhập khẩu; (iii) Áp dụng hạn ngạch thuế quan; (iv) Cấp giấy phép nhập khẩu; (v) Các biện pháp tự vệ khác (Điều 91 Luật Quản lý ngoại thương).

Tuy nhiên, mục đích áp dụng, điều kiện áp dụng và mức độ ảnh hưởng của các biện pháp phòng vệ thương mại nêu trên khi được áp dụng thì lại khác nhau.

Xét về mục đích và điều kiện áp dụng, biện pháp chống bán phá giá và biện pháp chống trợ cấp đều được áp dụng để đối phó với hành vi cạnh tranh không lành mạnh hay không công bằng của hàng hóa nhập khẩu. Nếu như biện pháp chống bán phá giá nhằm đối phó với hành vi bán sản phẩm vào nước nhập khẩu với giá thấp hơn giá bán hàng hóa đó tại nước xuất khẩu nhằm thôn tính thị trường và tiến tới loại bỏ dần các đối thủ cạnh tranh kinh doanh các sản phẩm tương tự tại nước nhập khẩu, biện pháp chống trợ cấp được áp dụng nhằm loại bỏ các tác động tiêu cực gây ra cho ngành sản xuất hàng hóa của nước nhập khẩu xuất phát từ các chính sách trợ cấp của Chính phủ nước xuất khẩu. Trong khi đó, biện pháp tự vệ thương mại được sử dụng như là một công cụ bảo vệ ngành sản xuất sản phẩm tương tự hoặc cạnh tranh trực tiếp của nước nhập khẩu trong trường hợp khẩn cấp nhằm hạn chế những tác động không thuận lợi gây thiệt hại nghiêm trọng cho sản xuất trong nước do tình trạng gia tăng bất thường của hàng hóa nhập khẩu. Do đó, biện pháp tự vệ thương mại được áp dụng ngay cả đối với hành vi thương mại hoàn toàn bình thường, không có tình trạng bán phá giá hay được trợ cấp của Chính phủ. Tổ chức Thương mại thế giới (WTO) và các nước đều đặt ra điều kiện để áp dụng biện pháp tự vệ chặt chẽ và khắt khe hơn so với điều kiện để áp dụng các biện pháp chống bán phá giá hay biện pháp chống trợ cấp. Nếu như điều kiện để áp dụng biện pháp chống bán phá giá hay biện pháp chống trợ cấp chỉ dừng ở mức cơ quan điều tra chống bán phá giá, chống trợ cấp chứng minh có hành vi bán phá giá hay trợ cấp và việc bán phá giá hay

trợ cấp đó gây "*thiệt hại đáng kể*" hoặc bị đe dọa gây thiệt hại đáng kể hoặc ngăn cản đáng kể sự hình thành của ngành sản xuất trong nước, thì biện pháp tự vệ thương mại đòi hỏi cơ quan điều tra của nước nhập khẩu phải chứng minh được sự tồn tại đồng thời của ba yếu tố, trong đó có yếu tố là ngành sản xuất trong nước sản xuất ra các sản phẩm tương tự hoặc các sản phẩm cạnh tranh trực tiếp bị "*thiệt hại nghiêm trọng*" hoặc đe dọa thiệt hại nghiêm trọng[5]. Phù hợp với thông lệ quốc tế, ở Việt Nam điều kiện áp dụng biện pháp phòng vệ thương mại đã được quy định rõ tại Luật Quản lý ngoại thương, theo đó:

Biện pháp chống bán phá giá được áp dụng đối với hàng hóa nhập khẩu khi có đủ các điều kiện sau đây: (i) Hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam bị bán phá giá với biên độ bán phá giá được xác định cụ thể, trừ trường hợp hàng hóa nhập khẩu có biên độ bán phá giá không vượt quá 2% giá xuất khẩu hàng hóa vào Việt Nam; (ii) Ngành sản xuất trong nước bị thiệt hại đáng kể hoặc bị đe dọa gây ra thiệt hại đáng kể hoặc ngăn cản sự hình thành của ngành sản xuất trong nước; (iii) Tồn tại mối quan hệ nhân quả giữa việc nhập khẩu hàng hóa bị bán phá giá quy định tại điểm (i) với thiệt hại của ngành sản xuất trong nước quy định tại điểm (ii) nói trên (khoản 1, khoản 2 Điều 78 Luật Quản lý ngoại thương).

Biện pháp chống trợ cấp được áp dụng đối với hàng hóa nhập khẩu khi có đủ các điều kiện sau đây: (i) Hàng hóa được xác định có trợ cấp theo quy định tại Điều 84 và Điều 85 của Luật Quản lý ngoại thương và mức trợ cấp được xác định cụ thể, trừ trường hợp nhà sản xuất, xuất khẩu ở các nước phát triển có mức trợ cấp không vượt quá 1% giá xuất khẩu hàng hóa vào Việt Nam, nhà sản xuất hoặc xuất khẩu ở các nước đang phát triển có mức trợ cấp không vượt quá 2% giá xuất khẩu hàng hóa vào Việt Nam và nhà sản xuất hoặc xuất khẩu ở các nước kém phát triển có mức trợ cấp không vượt quá 3% giá xuất khẩu hàng hóa vào Việt Nam; (ii) Ngành sản xuất trong nước bị thiệt hại đáng kể hoặc bị đe dọa gây ra thiệt hại đáng kể hoặc ngăn cản sự hình thành của ngành sản xuất trong nước; (iii) Tồn tại mối quan hệ nhân quả giữa việc nhập khẩu hàng hóa được trợ cấp quy định tại điểm (i) với thiệt hại của ngành sản xuất trong nước quy định tại điểm (ii) nói trên (khoản 1, khoản 2 Điều 86 Luật Quản lý ngoại thương).

Các biện pháp tự vệ chỉ được áp dụng đối với hàng hóa nhập khẩu khi có đủ các điều kiện sau đây: (i) Nhập khẩu quá mức khi khối lượng hoặc số lượng hàng hóa nhập khẩu gia tăng một cách tuyệt đối hoặc tương đối so với khối lượng hoặc số lượng hàng hóa tương tự được sản xuất trong nước; (ii) Ngành sản xuất trong nước bị thiệt hại nghiêm trọng hoặc bị đe dọa gây ra thiệt hại nghiêm trọng; (iii) Việc gia tăng khối lượng hoặc số lượng hàng hóa nhập khẩu quy định tại điểm (i) nói trên là nguyên nhân chính gây ra thiệt hại nghiêm trọng hoặc đe dọa gây ra thiệt hại nghiêm trọng của ngành sản xuất trong nước (khoản 1 Điều 92 Luật Quản lý ngoại thương). Với điều kiện áp dụng như trên, thực tiễn áp

[5] Kim Thị Hạnh, *Kiến nghị hoàn thiện các điều kiện áp dụng biện pháp tự vệ đối với hàng hóa nhập khẩu*, http://lapphap.vn/Pages/tintuc/tinchitiet.aspx?tintucid=210315, truy cập ngày 01/10/2019.

dụng các biện pháp phòng vệ thương mại của hầu hết các nước trên thế giới cho thấy, việc chứng minh gây "*thiệt hại nghiêm trọng*" trong vụ kiện tự vệ thương mại luôn là một rào cản lớn và khó hơn so với vấn đề chứng minh "*thiệt hại đáng kể*" trong các vụ kiện áp dụng biện pháp chống bán phá giá và chống trợ cấp.

Trong mối tương quan với biện pháp chống bán phá giá và biện pháp chống trợ cấp thì biện pháp tự vệ thương mại có mức độ ảnh hưởng lớn nhất vì: *Thứ nhất*, biện pháp tự vệ thương mại được áp dụng ngay cả đối với hành vi thương mại bình thường, không có hành vi vi phạm pháp luật hay cạnh tranh không lành mạnh. Vì vậy, biện pháp tự vệ thương mại bị coi là đi ngược lại với chính sách tự do hóa thương mại của WTO[6]. Tuy nhiên, WTO thừa nhận biện pháp này và các quốc gia nhập khẩu có thể sử dụng biện pháp này để ngăn chặn tạm thời luồng nhập khẩu để giúp ngành sản xuất trong nước tránh được những đổ vỡ trong một trường hợp đặc biệt khó khăn. *Thứ hai*, đối tượng bị điều tra để áp dụng biện pháp tự vệ thương mại không phải là từng doanh nghiệp riêng lẻ, mà là toàn bộ các nguồn nhập khẩu cùng một lúc hay nói cách khác là tất cả các nước có xuất khẩu đều bị điều tra và bị áp dụng biện pháp tự vệ thương mại, điều này dễ tạo nên đồng minh các nước bị kiện và các nước có lợi ích xuất khẩu bị kiện càng có cơ hội để cùng phản ứng mạnh mẽ. Do đó, việc áp dụng biện pháp tự vệ thương mại sẽ chịu sức ép chính trị nhiều hơn so với việc áp dụng biện pháp chống bán phá giá và biện pháp chống trợ cấp[7]. *Thứ ba*, biện pháp tự vệ thương mại được áp dụng tương đối linh hoạt, có thể áp dụng nhiều hình thức khác nhau như thuế tự vệ (thuế nhập khẩu bổ sung), hạn ngạch nhập khẩu, hạn ngạch thuế quan, cấp giấy phép nhập khẩu, phụ thu… Mức độ áp dụng (thuế suất, lượng hạn ngạch) cũng tương đối tự do vì không có quy định ràng buộc một cách chi tiết. Do vậy, tác động ngăn chặn tạm thời luồng nhập khẩu của biện pháp tự vệ thương mại thường cao hơn biện pháp chống bán phá giá và biện pháp chống trợ cấp. Vì các lí do trên, biện pháp tự vệ thương mại thường được xem như là một công cụ "*phải trả tiền*". Tức là nước áp dụng biện pháp tự vệ thương mại thường phải tiến hành "*bồi thường thương mại*"[8] cho các nước bị ảnh hưởng bằng cách đưa ra nhượng bộ thương mại ở những lĩnh vực khác nhằm mục đích cân bằng cam kết thương mại với các nước bị ảnh hưởng. Do đó, nếu nước áp dụng biện pháp tự vệ thương mại mà không tuân thủ các điều kiện của WTO thì các nước có liên quan được quyền áp dụng các biện pháp trả đũa[9]. Ba lý do trên đã lý giải thêm

[6] Khôi Nguyên, *Biện pháp tự vệ trong thương mại quốc tế*, https://moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/nghien-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=1053, truy cập ngày 11/2/2020.

[7] Đinh Thị Mỹ Loan, *Xây dựng mô hình cơ quan quản lý nhà nước về cạnh tranh, chống bán phá giá, chống trợ cấp và tự vệ trong thương mại quốc tế. Kinh nghiệm quốc tế và đề xuất cho Việt Nam*, Bộ Thương mại, Đề tài khoa học cấp Bộ, năm 2007, tr.45.

[8] Minh Thúy, *Tự vệ thương mại - Con dao hai lưỡi*, http://kinhtedothi.vn/tu-ve-thuong-mai-con-dao-hai-luoi-273034.html, truy cập ngày 19/3/2020.

[9] Phòng Thương mại và công nghiệp Việt Nam, *Hệ thống ngắn gọn về WTO và các cam kết gia nhập của Việt Nam - Biện pháp tự vệ trong thương mại quốc tế*, Nxb. Thông tấn, Hà Nội, năm 2008.

nguyên nhân các vụ điều tra để áp dụng biện pháp tự vệ thương mại sẽ không phải là một biện pháp phòng vệ thương mại được ưu tiên áp dụng[10].

Trong mối tương quan với biện pháp chống bán phá giá thì biện pháp chống trợ cấp có mức độ ảnh hưởng lớn hơn. Biện pháp chống trợ cấp thường gây phản ứng mạnh hơn từ Chính phủ nước ngoài vì nó là hành động nhằm vào Chính phủ nước thực hiện trợ cấp, còn thuế chống bán phá giá về danh nghĩa chỉ nhằm vào các doanh nghiệp[11]. Trên thực tế, các cuộc điều tra áp dụng biện pháp chống trợ cấp được coi là nhạy cảm hơn về mặt chính trị bởi nó liên quan và tác động trực tiếp tới Chính phủ nước có hàng hóa bị kiện chống trợ cấp. Thêm vào đó, phương pháp tính toán trợ cấp là ít chắc chắn hơn tính toán phá giá và chính vì điều này các nước lần đầu tiên sử dụng biện pháp chống trợ cấp dễ bị lộ điểm yếu hơn nếu họ sao chép các phương pháp tính toán trong bán phá giá. Do tính chất phức tạp và mang nặng tính chính trị của một vụ điều tra áp dụng biện pháp chống trợ cấp, thông thường các nước tiến hành điều tra chống bán phá giá thay cho điều tra chống trợ cấp. Vì lý do này mà biện pháp chống bán phá giá được áp dụng phổ biến hơn nhiều so với việc áp dụng biện pháp chống trợ cấp.

Với những phân tích trên đây, có thể thấy, trong mối tương quan với biện pháp chống trợ cấp và biện pháp tự vệ thương mại thì biện pháp chống bán phá giá có mức độ ảnh hưởng ít nhất. Có thể thấy rằng, số lượng các vụ việc chống bán phá giá được các quốc gia trên thế giới áp dụng nhiều hơn rất nhiều so với số lượng biện pháp tự vệ và số lượng biện pháp chống trợ cấp[12].

3. Những quy định về các biện pháp phòng vệ thương mại của Việt Nam hiện nay

Hiện nay, Luật Quản lý ngoại thương và các văn bản hướng dẫn chi tiết Luật này đã có nhiều quy định sửa đổi, bổ sung so với trước đây, cụ thể như sau:

3.1. Các nội dung được quy định chi tiết, sửa đổi hoặc bãi bỏ so với các quy định trước đây

Các quy định trước đây chưa được chi tiết, còn gây hiểu nhầm so với quy định tương ứng của WTO đã được Luật Quản lý ngoại thương sửa đổi, bổ sung hoặc chi tiết hóa nhằm tuân thủ triệt để các quy định của WTO, gồm có:

Thứ nhất, quy định chi tiết về xác định ngành sản xuất trong nước trong điều tra chống bán phá giá và chống trợ cấp. Theo khoản 1 Điều 69 Luật Quản lý ngoại thương, ngành sản xuất trong nước là tập hợp các nhà sản xuất hàng hóa tương tự trong phạm vi lãnh thổ Việt Nam hoặc đại

[10] Cục Phòng vệ thương mại, Bộ Công Thương, *Xu hướng gia tăng điều tra áp dụng biện pháp tự vệ trên thế giới,* http://www.trav.gov.vn/default.aspx?page=news&do=detail&id=6978eba2-bcf9-4cb7-a388-4b43c3009421, truy cập ngày 12/12/2019.

[11] Đinh Thị Mỹ Loan (2007), *Xây dựng mô hình cơ quan quản lý nhà nước về cạnh tranh, chống bán phá giá, chống trợ cấp và tự vệ trong thương mại quốc tế. Kinh nghiệm quốc tế và đề xuất cho Việt Nam*, Bộ Thương mại, Đề tài khoa học cấp Bộ, tr. 47.

[12] Cục Phòng vệ thương mại, Bộ Công Thương, *Xu hướng gia tăng điều tra áp dụng biện pháp tự vệ trên thế giới,* http://www.trav.gov.vn/default.aspx?page=news&do=detail&id=6978eba2-bcf9-4cb7-a388-4b43c3009421, truy cập ngày 12/12/2019.

diện của họ chiếm tỷ lệ chủ yếu trong tổng sản lượng hàng hóa của ngành đó được sản xuất trong nước. Trong trường hợp nhà sản xuất trong nước trực tiếp nhập khẩu hàng hóa bị điều tra hoặc có mối quan hệ với các nhà xuất khẩu hoặc nhập khẩu hàng hóa bị điều tra thì nhà sản xuất này có thể không được xem là nhà sản xuất trong nước. Để phù hợp với quy định của WTO và các nước khác có quy định cho phép cơ quan điều tra xác định ngành sản xuất trong nước không nhất thiết bao gồm toàn bộ lãnh thổ nước điều tra, mà có thể xác định tại một thị trường địa lý nhất định nếu thỏa mãn các điều kiện theo khoản 3 Điều 4 Nghị định số 10/2018/NĐ-CP.

Thứ hai, chi tiết hóa các phương pháp tính toán biên độ bán phá giá. So với quy định của WTO, văn bản pháp luật của Việt Nam trước đây thiếu các quy định cụ thể liên quan đến phương pháp để tính toán biên độ bán phá giá. Hiện nay, Nghị định số 10/2018/NĐ-CP quy định cụ thể 03 phương pháp xác định biên độ bán phá giá gồm: (i) So sánh giữa giá trị bình quân gia quyền của giá thông thường với giá trị bình quân gia quyền của giá xuất khẩu; (ii) So sánh giữa giá thông thường với giá xuất khẩu trên cơ sở từng giao dịch; (iii) So sánh giữa giá trị bình quân gia quyền của giá thông thường với giá xuất khẩu trên cơ sở từng giao dịch với điều kiện tồn tại sự khác biệt đáng kể của giá xuất khẩu giữa những người mua, khu vực địa lý và thời điểm xuất khẩu.

Thứ ba, quy định cụ thể lượng hàng hóa tương tự đáng kể khi xác định giá thông thường; quy định khái niệm điều kiện thương mại thông thường để xác định giá thông thường cho phù hợp với các quy định của WTO. Theo khoản 3 Điều 16 và Điều 17 Nghị định số 10/2018/NĐ-CP, khối lượng, số lượng hàng hóa tương tự được bán trên thị trường nội địa của nước xuất khẩu được coi là đáng kể nếu chiếm ít nhất 5% tổng khối lượng, số lượng hàng hóa bị điều tra xuất khẩu sang Việt Nam. Cơ quan điều tra có thể xem xét tỷ lệ thấp hơn với điều kiện có chứng cứ cho thấy, tỷ lệ đó vẫn đủ lớn để tiến hành so sánh một cách hợp lý. Hàng hóa tương tự được coi là bán trên thị trường nội địa của nước xuất khẩu theo điều kiện thương mại thông thường trừ các trường hợp sau đây: (i) Các giao dịch bán hàng hóa tương tự trên thị trường nội địa nước xuất khẩu, hoặc giao dịch xuất khẩu sang thị trường nước thứ ba có giá bán thấp hơn chi phí sản xuất trong một khoảng thời gian ít nhất là 06 tháng và khối lượng, số lượng này ít hơn 20% tổng khối lượng, số lượng bán hàng trong nước hoặc xuất khẩu sang thị trường nước thứ ba; (ii) Các giao dịch bán hàng hóa tương tự trên thị trường nội địa của nước xuất khẩu hoặc giao dịch xuất khẩu sang thị trường nước thứ ba được thực hiện giữa các bên có mối quan hệ theo quy định tại Điều 5 của Nghị định số 10/2018/NĐ-CP và giá bán giữa các bên này không phản ánh giá thị trường; (iii) Các giao dịch bán hàng hóa tương tự trên thị trường nội địa nước xuất khẩu hoặc các giao dịch xuất khẩu sang thị trường nước thứ ba được thực hiện trên cơ sở các thỏa thuận bù trừ.

Thứ tư, chi tiết hóa quy định về thiệt hại, nguyên tắc cộng gộp thiệt hại khi điều tra nhiều nước cùng lúc mà WTO quy định và bổ sung quy định giai đoạn điều tra thiệt hại là 3 năm. Các văn bản pháp luật trước

đây quy định về thiệt hại chưa có vị trí tương xứng so với các quy định về việc xác định hiện tượng bán phá giá hay trợ cấp. Việc chứng minh thiệt hại là một trong ba điều kiện tiên quyết để quyết định có hay không việc áp dụng biện pháp phòng vệ thương mại, vì thế Nghị định số 10/2018/NĐ-CP đã quy định rất chi tiết và đầy đủ ba vấn đề trên từ Điều 23 đến Điều 26 và Điều 34, bao gồm việc xác định thiệt hại đáng kể; việc xác định đe dọa gây thiệt hại đáng kể; việc xác định ngăn cản đáng kể sự hình thành của ngành sản xuất trong nước, nguyên tắc xem xét cộng gộp và thời kỳ điều tra để xác định thiệt hại.

Thứ năm, bãi bỏ một số quy định không phù hợp với thực tiễn điều tra gồm: Không quy định thời hạn ra báo cáo sơ bộ vì tạo ra khoảng trống áp thuế tạm thời; không quy định các vấn đề chi tiết liên quan đến tổ chức tham vấn (như thời hạn phát biểu, chủ tọa, điều tra viên tham dự...); sử dụng tỷ giá quy đổi khi tính toán biên độ bán phá giá, trợ cấp.

3.2. Các nội dung được quy định bổ sung so với các quy định trước đây

Thứ nhất, điều tra áp dụng biện pháp chống lẩn tránh biện pháp phòng vệ thương mại

Biện pháp chống lẩn tránh biện pháp phòng vệ thương mại hiện vẫn đang là một nội dung được thảo luận trong khuôn khổ WTO. Tham khảo kinh nghiệm các nước và đánh giá tính cần thiết của việc quy định, Luật Quản lý ngoại thương đã bổ sung quy định này. Theo đó, lẩn tránh biện pháp phòng vệ thương mại là hành vi nhằm trốn tránh một phần hoặc toàn bộ nghĩa vụ thực thi biện pháp phòng vệ thương mại đang có hiệu lực đối với hàng hóa thuộc đối tượng áp dụng biện pháp này khi nhập khẩu vào lãnh thổ Việt Nam. Theo khoản 4 Điều 72 Luật Quản lý ngoại thương, căn cứ vào kết luận của Cơ quan điều tra, Bộ trưởng Bộ Công Thương ban hành quyết định việc áp dụng biện pháp chống lẩn tránh biện pháp phòng vệ thương mại đối với hàng hóa, cấu phần hàng hóa nhập khẩu từ các nước liên quan bị điều tra. Các hành vi lẩn tránh cũng như quy trình, thủ tục điều tra áp dụng biện pháp chống lẩn tránh đã được quy định tương đối cụ thể tại chương V Nghị định số 10/2018/NĐ-CP. Với các quy định này, Cơ quan điều tra và ngành sản xuất trong nước có thêm cơ sở để đảm bảo hiệu quả của các biện pháp phòng vệ thương mại, giảm thiểu các tác động tiêu cực của hàng nhập khẩu đối với sự phát triển của ngành sản xuất trong nước.

Thứ hai, miễn trừ áp dụng biện pháp phòng vệ thương mại

Đối với việc điều tra áp dụng biện pháp phòng vệ thương mại, trong khi các nhà sản xuất trong nước được trao thêm cơ hội để gia tăng sản xuất, phát triển thị trường, một nhóm các doanh nghiệp khác sẽ bị ảnh hưởng tiêu cực do nhập khẩu hàng hóa bị áp dụng biện pháp phòng vệ thương mại. Trên cơ sở đảm bảo biện pháp phòng vệ thương mại áp dụng đúng đối với hàng hóa nhập khẩu là hàng hóa tương tự hoặc cạnh tranh trực tiếp với hàng hóa sản xuất trong nước, pháp luật Việt Nam xây dựng cơ chế miễn trừ áp dụng biện pháp phòng vệ thương mại đối với một số trường hợp chính đáng. Điều 7 Nghị định số

10/2018/NĐ-CP quy định, Bộ Công Thương xem xét không áp dụng biện pháp phòng vệ thương mại thông qua việc miễn trừ đối với một số loại hàng hóa trên nguyên tắc không làm giảm hiệu quả tổng thể của biện pháp phòng vệ thương mại. Tổ chức, cá nhân nộp hồ sơ đề nghị miễn trừ áp dụng biện pháp phòng vệ thương mại theo mẫu do Cơ quan điều tra ban hành để Bộ Công Thương xem xét quyết định miễn trừ áp dụng biện pháp phòng vệ thương mại. Hiện nay, phạm vi, thời hạn, quy trình, thủ tục và các vấn đề khác xử lý miễn trừ áp dụng biện pháp phòng vệ thương mại được quy định cụ thể tại chương 3 Thông tư 06/2018/TT-BCT. Với các quy định này, việc xử lý vấn đề miễn trừ áp dụng biện pháp phòng vệ thương mại sẽ được thực hiện thống nhất, hiệu quả.

Thứ ba, rà soát áp dụng các biện pháp phòng vệ thương mại

Trước thời điểm Luật Quản lý ngoại thương có hiệu lực (trước năm 2018), quy trình, thủ tục rà soát các biện pháp phòng vệ thương mại chưa được quy định cụ thể, chỉ dừng lại ở quy định có tính nguyên tắc. Với việc pháp điển hóa các quy định về phòng vệ thương mại vào Luật Quản lý ngoại thương, cùng với việc ban hành các văn bản hướng dẫn, hệ thống các điều luật về thủ tục rà soát cũng được hoàn thiện. Hiện tại, vấn đề này được quy định tại các điều 82, 90, 96 Luật Quản lý ngoại thương và được hướng dẫn chi tiết tại chương IV Nghị định số 10/2018/NĐ-CP (từ Điều 55 đến Điều 72). Ngoài ra, dựa trên kinh nghiệm, thực tiễn điều tra áp dụng biện pháp phòng vệ thương mại, pháp luật hiện hành đã quy định thêm về các loại rà soát cụ thể: Theo yêu cầu, rà soát phạm vi sản phẩm, rà soát giữa kỳ, rà soát cuối kỳ nhằm tạo điều kiện, cơ sở pháp lý để các bên liên quan yêu cầu rà soát trong trường hợp cần thiết.

Thứ tư, xử lý các biện pháp phòng vệ thương mại áp dụng đối với hàng hóa xuất khẩu của Việt Nam

Khi thương nhân Việt Nam bị nước nhập khẩu điều tra, áp dụng biện pháp phòng vệ thương mại, trên cơ sở đề nghị của hiệp hội ngành, nghề, thương nhân có liên quan, Bộ Công Thương chủ trì, phối hợp với Bộ, cơ quan ngang Bộ, cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền khác thực hiện các hoạt động trợ giúp cho thương nhân trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình theo quy định tại Điều 76 Luật Quản lý ngoại thương. Trường hợp thương nhân Việt Nam bị nước nhập khẩu điều tra áp dụng biện pháp chống trợ cấp, Bộ Công Thương chủ trì, phối hợp với Bộ, cơ quan ngang Bộ, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh có liên quan xây dựng phương án để phối hợp với Cơ quan điều tra của nước ngoài theo quy định của điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên. Trường hợp thương nhân Việt Nam bị nước nhập khẩu điều tra áp dụng biện pháp tự vệ, Bộ Công Thương chủ trì, phối hợp với Bộ, cơ quan ngang Bộ, tổ chức, cá nhân có liên quan xây dựng phương án yêu cầu bồi thường, trả đũa theo quy định của điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên.

Quy định trên là một điểm mới được nội luật hóa vào Luật Quản lý ngoại thương để chủ động phòng, chống các vụ kiện đối với hàng hóa xuất khẩu của Việt Nam ra nước ngoài[13]. Quy định mới này đã hướng đến quy định một số nguyên tắc trong xử lý các biện pháp phòng vệ thương mại áp dụng đối với thương nhân Việt Nam bị nước nhập khẩu điều tra, áp dụng biện pháp phòng vệ thương mại. Căn cứ vào trách nhiệm, quyền hạn của Bộ Công Thương nhằm bảo vệ quyền lợi hợp pháp của thương nhân Việt Nam, đảm bảo tính hiệu quả trong công tác kháng kiện như nêu rõ vai trò chủ trì, phối hợp giữa các cơ quan, sử dụng dịch vụ tư vấn.

Thứ năm, quy định biện pháp tự vệ đặc biệt

Luật Quản lý ngoại thương đã quy định một số nguyên tắc nhằm đảm bảo tính thực thi biện pháp tự vệ trong trường hợp biện pháp đó quy định chưa cụ thể trong các Hiệp định tự do thương mại, phù hợp với cam kết quốc tế mà Việt Nam là thành viên. Theo Điều 99 Luật Quản lý ngoại thương, tự vệ đặc biệt là biện pháp tự vệ được Bộ trưởng Bộ Công Thương quyết định áp dụng trong trường hợp gia tăng quá mức hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam do kết quả của việc giảm thuế theo lộ trình của điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên. Biện pháp tự vệ đặc biệt chỉ áp dụng đối với hàng hóa có xuất xứ từ các nước được xác định cụ thể, phù hợp với điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên. Việc điều tra, áp dụng biện pháp tự vệ đặc biệt phải tuân thủ điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên.

Thứ sáu, các biểu mẫu sử dụng trong quá trình điều tra áp dụng các biện pháp phòng vệ thương mại

Với Thông tư số 06/2018/TT-BCT, Bộ Công Thương đã công bố một số biểu mẫu, đơn được sử dụng trong quá trình điều tra, áp dụng biện pháp phòng vệ thương mại. Cụ thể, tại phụ lục hiện nay có: (i) Đơn đăng ký bên liên quan vụ việc phòng vệ thương mại; (ii) Đơn khai báo nhập khẩu; (iii) Đơn đề nghị miễn trừ áp dụng biện pháp phòng vệ thương mại; (iv) Báo cáo tình hình nhập khẩu hàng hóa được miễn trừ. Hiện nay, Bộ Công Thương đang tiếp tục hoàn thiện các biểu mẫu khác để tạo thuận lợi cho doanh nghiệp và các bên tham gia vào quá trình điều tra áp dụng biện pháp.

Với những quy định nêu trên, việc điều tra, áp dụng và xử lý các vụ phòng vệ thương mại đã có cơ sở pháp lý đầy đủ và bảo đảm tuân thủ các quy định của WTO về các biện pháp phòng vệ thương mại.

[13] Bạch Huệ, *Việt Nam chỉ khởi xướng điều tra phòng vệ thương mại 15 vụ trong khi có tới 154 vụ khởi xướng điều tra đối với hàng hoá xuất khẩu của Việt Nam* (Tính đến hết tháng 9 năm 2019, hàng hoá xuất khẩu của Việt Nam là đối tượng của 154 vụ việc phòng vệ thương mại được khởi xướng điều tra bởi 19 quốc gia và vùng lãnh thổ trên thế giới. Trong số đó, Mỹ là nước khởi xướng điều tra nhiều nhất với 30 vụ; Thổ Nhĩ Kỳ là 21 vụ; Ấn Độ 20 vụ; EU 14 vụ… dẫn đầu là các vụ việc điều tra chống bán phá giá (87 vụ việc); tiếp đó là các vụ việc tự vệ (33 vụ); các vụ việc chống lẩn tránh thuế chống bán phá giá (19 vụ việc) và cuối cùng là các vụ việc chống trợ cấp (15 vụ việc)), http://vneconomy.vn/hang-viet-xuat-khau-bi-khoi-xuong-dieu-tra-154-vu-trong-9-thang-2019-20191106234531869.htm, truy cập ngày 20/3/2020.

HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ HỖ TRỢ ĐÀO TẠO, CHUYỂN ĐỔI NGHỀ VÀ TÌM KIẾM VIỆC LÀM KHI NHÀ NƯỚC THU HỒI ĐẤT NÔNG NGHIỆP

Nguyễn Thành Phương*

Tóm tắt: *Bài viết tập trung phân tích những nội dung chưa thống nhất trong các quy định hiện hành về cơ chế hỗ trợ đào tạo, chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc làm khi Nhà nước thu hồi đất nông nghiệp và những vấn đề liên quan phát sinh từ Luật Đất đai năm 2013 cần sửa đổi, bổ sung.*

Abstract: *The paper focuses on analyzing inconsistencies in current regulations related to the support mechanism for training, job change and job seeking when the State recovers agricultural land and related issues arising from the 2013 Land Law, which are in need of amendments and supplementation.*

Đặt vấn đề

Thu hồi đất nông nghiệp ngoài mục đích phát triển kinh tế đất nước, còn góp phần chuyển đổi cơ cấu lao động từ nông nghiệp sang kinh doanh, dịch vụ… Tuy nhiên, nếu chính sách hỗ trợ không thỏa đáng với yêu cầu, nguyện vọng của người có đất bị thu hồi sẽ gây ra nhiều vấn đề không mong muốn như: Người dân kiên quyết không bàn giao đất, khiếu nại, thậm chí là những hành vi chống đối lại cơ quan nhà nước. Do vậy, pháp luật về bồi thường nói chung và hỗ trợ đào tạo, chuyển đổi nghề, tìm kiếm việc làm nói riêng khi Nhà nước thu hồi đất nông nghiệp phải được nghiên cứu, tìm hiểu thấu đáo và không ngừng hoàn thiện.

1. Về đối tượng được nhận hỗ trợ đào tạo, chuyển đổi nghề, tìm kiếm việc làm

Việc xác định đối tượng thụ hưởng chính sách liên quan đến hỗ trợ đào tạo, chuyển đổi nghề, tìm kiếm việc làm nhằm thúc đẩy các chủ thể có đất bị thu hồi khôi phục được sinh kế, nhận được các hình thức bồi thường, hỗ trợ tương thích là một vấn đề quan trọng. Từ quy định tại khoản 1 và khoản 2 Điều 84 Luật Đất đai năm 2013 có thể nhận thấy, đối tượng được hỗ trợ đào tạo, chuyển đổi nghề, tìm kiếm việc làm khi Nhà nước thu hồi đất nông nghiệp bao hàm hai nhóm chính:

(i) Hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất nông nghiệp khi Nhà nước thu hồi đất nông nghiệp mà không có đất nông nghiệp để bồi thường, ngoài việc được bồi thường bằng tiền còn được hỗ trợ đào tạo, chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc làm. Trường hợp người được hỗ trợ đào tạo chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc làm trong độ tuổi lao động có nhu cầu được đào tạo nghề sẽ được nhận vào các cơ sở đào tạo nghề, tư vấn hỗ trợ tìm kiếm việc làm.

(ii) Với trường hợp hộ gia đình, cá nhân sử dụng đất ở kết hợp kinh doanh dịch vụ mà nguồn thu nhập chính là từ hoạt động kinh doanh dịch vụ, khi Nhà nước thu hồi đất mà phải di chuyển chỗ ở thì được vay vốn tín dụng ưu đãi để phát

* ThS., Khoa Luật, Trường Đại học Nam Cần Thơ.

triển sản xuất, kinh doanh; trường hợp người có đất thu hồi còn trong độ tuổi lao động sẽ được thụ hưởng các chính sách liên quan đến hỗ trợ đào tạo, chuyển đổi nghề, tìm kiếm việc làm.

Xoay quanh vấn đề này, cần bàn luận và làm rõ một số vấn đề sau:

Thứ nhất, chủ thể được xác định là hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất nông nghiệp phải thỏa mãn hai điều kiện: (i) Hộ gia đình, cá nhân đang có quyền sử dụng đất nông nghiệp thông qua các hình thức như được Nhà nước giao, cho thuê, công nhận hoặc nhận chuyển quyền; (ii) Có thu nhập ổn định từ sản xuất nông nghiệp trên diện tích đất đó[1]. Tuy nhiên, khái niệm hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất nông nghiệp hiện nay vẫn tồn tại bất cập nhất định khi chưa công nhận những chủ thể trực tiếp sản xuất nông nghiệp trên diện tích đất thuê từ chủ thể khác. Sẽ là bất hợp lý nếu đây là nguồn sinh kế duy nhất của họ từ phần diện tích đất thuê canh tác, nhưng không được pháp luật công nhận là chủ thể trực tiếp sản xuất nông nghiệp.

Việc xác định khoản thu nhập ổn định từ sản xuất nông nghiệp cũng là "khoảng trống" trong pháp luật nước ta. Mặc dù Nghị định số 01/2017/NĐ-CP đã bổ sung quy định Ủy ban nhân dân (UBND) xã, phường thị trấn nơi đăng ký hộ khẩu thường trú sẽ thực hiện chức năng xác nhận hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất nông nghiệp có nguồn thu nhập ổn định từ sản xuất nông nghiệp. Tuy nhiên, vẫn chưa định lượng cụ thể khoản thu nhập bao nhiêu trong một tháng hoặc trong một năm được gọi là ổn định. Điều này gây khó khăn cho cơ quan xác định chủ thể được thụ hưởng chính sách hỗ trợ nói chung và hỗ trợ đào tạo, chuyển đổi nghề, tìm kiếm việc làm nói riêng[2].

Thứ hai, theo hướng dẫn tại khoản 1 Điều 2 Nghị định số 01/2017/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số nghị định quy định chi tiết thi hành Luật Đất đai, UBND cấp xã là cơ quan có trách nhiệm xác định hộ gia đình, cá nhân có thu nhập ổn định từ sản xuất nông nghiệp. Đồng thời, với trường hợp không cùng nơi đăng ký hộ khẩu thường trú, UBND cấp xã vẫn phải xác nhận nhận hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất nông nghiệp có nguồn thu nhập ổn định từ sản xuất nông nghiệp sau khi có văn bản xác nhận về việc sử dụng đất nông nghiệp của UBND cấp xã nơi có đất bị thu hồi. Vấn đề này đang gặp rất nhiều khó khăn do UBND nơi đăng ký hộ khẩu thường trú không nắm được tình trạng và nguồn thu từ phần đất liên quan đến dự án của hộ dân, dẫn đến trường hợp đồng ý xác nhận hỗ trợ hàng loạt cho các chủ thể được thụ hưởng chính sách này. Bên cạnh đó, còn tình trạng các tổ chức lập phương án bồi thường không định mức hỗ trợ chính xác cho các hộ dân, dẫn đến việc khiếu nại, phải lập phương án điều chỉnh nhiều lần[3]. Từ thực trạng trên, thiết nghĩ cần xem xét, điều chỉnh lại quy định về việc xác nhận nguồn thu nhập ổn định từ sản xuất nông nghiệp

[1] Khoản 30 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013.

[2] Nguyễn Thành Phương, *"Pháp luật về hỗ trợ đời sống sản xuất khi Nhà nước thu hồi đất nông nghiệp và một số kiến nghị hoàn thiện"*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số 11 (332)/2019, tr. 25.

[3] Lê Thanh Lộc, *"Hoàn thiện pháp luật về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất"*. Kỷ yếu hội thảo lấy ý kiến chuyên gia của dự án: *Đào tạo nâng cao năng lực và nghiên cứu hoàn thiện quy trình thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư tại thành phố Cần Thơ*, ngày 18/10/2017, tr. 20.

của hộ gia đình, cá nhân tại Nghị định số 01/2017/NĐ-CP ngày 06/01/2017 của Chính phủ đối với trường hợp đất nông nghiệp bị thu hồi không cùng nơi đăng ký hộ khẩu thường trú của hộ dân.

Nhìn chung, đối tượng được hỗ trợ theo quy định của pháp luật chủ yếu tập trung vào hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất, có nguồn gốc đất từ việc xác lập bằng con đường Nhà nước giao đất, nhận chuyển nhượng… Tuy nhiên, việc thu hồi đất không bồi thường và hỗ trợ cho những đối tượng thuê đất canh tác từ chủ thể khác chưa mang tính công bằng. Thiết nghĩ, ngoài việc được bồi thường, cần có sự hỗ trợ đào tạo, chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc làm mới cho những đối tượng này. Bởi, họ bị tác động, ảnh hưởng không kém so với người sử dụng đất bị Nhà nước thu hồi đất canh tác. Do đó, việc bổ sung đối tượng thuê đất có hợp đồng trên diện tích đất nông nghiệp bị ảnh hưởng của quá trình thu hồi đất được thụ hưởng chính sách hỗ trợ đào tạo, chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc làm là điều cần thiết hiện nay.

2. Về điều kiện nhận hỗ trợ đào tạo, chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc làm

Theo tinh thần của Luật Đất đai năm 2013, hỗ trợ đào tạo, chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc làm hướng đến đối tượng hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất nông nghiệp. Do vậy, hộ gia đình, cá nhân được Nhà nước giao đất nông nghiệp cần đáp ứng đủ điều kiện cấp Giấy chứng nhận hoặc đủ điều kiện được cấp Giấy chứng nhận, theo Nghị định số 47/2014/NĐ-CP Quy định về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất. Ngoài ra, những đối tượng này còn phải đáp ứng điều kiện được UBND cấp xã nơi có đất thu hồi xác nhận đang canh tác trực tiếp trên đất nông nghiệp. Ngược lại, đối với hộ gia đình, cá nhân sử dụng đất ở kết hợp với kinh doanh dịch vụ đang sử dụng đất thì phải thỏa mãn một trong các điều kiện: (i) Đất đã được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất; hoặc (ii) Đủ điều kiện cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất hoặc đối với hộ gia đình, cá nhân đang sử dụng đất do nhận giao khoán đất sử dụng vào mục đích nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản (không bao gồm đất rừng đặc dụng, rừng phòng hộ) của các nông trường, lâm trường thì phải có hợp đồng giao khoán đất.

So với Luật Đất đai năm 2003, Luật Đất đai năm 2013 đã quy định rõ hơn các điều kiện cũng như đối tượng được thụ hưởng các chính sách liên quan đến hỗ trợ nói chung khi Nhà nước thu hồi đất, tránh tình trạng các cơ quan có thẩm quyền lúng túng trong việc áp dụng pháp luật về hỗ trợ. Theo đó, khoản 3 Điều 19 Nghị định số 47/2014/NĐ-CP quy định khi bị thu hồi từ 30% đến 70% diện tích đất nông nghiệp đang sử dụng sẽ được thụ hưởng các chính sách liên quan đến hỗ trợ ổn định đời sống và sản xuất. Khi so sánh với điều kiện được nhận hỗ trợ đào tạo, tìm kiếm và giới thiệu việc làm, có thể nhận thấy hình thức hỗ trợ đào tạo, chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc làm không quy định điều kiện về diện tích đất bị thu hồi là bao nhiêu trên tổng diện tích bị thu hồi. Như vậy, giả định nếu thu hồi chỉ vỏn vẹn 10m^2 đất nông nghiệp và không được bồi thường bằng đất mà thỏa mãn các điều kiện khác theo quy định của pháp luật thì vẫn được hỗ trợ đào tạo, chuyển đổi nghề, tìm kiếm việc làm. Về mặt

logic, cần phải xem lại quy định này vì thực tế trong trường hợp vừa nêu, người dân hoàn toàn không bị mất nghề và cũng không có nhu cầu tìm kiếm việc làm.

Từ bất cập trên, tác giả đề xuất Nhà nước cần có những quy định cụ thể về hạn mức ảnh hưởng làm căn cứ xác định mức hỗ trợ đào tạo, chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc làm. Cụ thể: Có thể phân định mức ảnh hưởng quy đổi như 500m^2, 600m^2 hoặc trên 1000m^2 đất nông nghiệp… bị ảnh hưởng mà có phương thức hỗ trợ tương thích bằng tiền 01, 02 hay 03 lần bảng giá đất nông nghiệp cùng loại trong bảng giá đất của địa phương, nhằm tạo sự công bằng với những đối tượng bị thiệt hại thay vì cho địa phương chủ động định mức hỗ trợ tối đa gấp 5 lần bảng giá đất nông nghiệp như hiện nay.

Ngược lại, với trường hợp chỉ bị thu hồi 10m^2 hoặc 50m^2 đất nông nghiệp hiện có nhưng không bị mất việc làm, có thể viện dẫn căn cứ vào khoản 3 Điều 5 Thông tư số 37/2014/TT-BTNMT quy định chi tiết về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất: *"Trường hợp hộ gia đình, cá nhân sử dụng đất quy định tại khoản 2 điều này bị thu hồi dưới 30% diện tích đất nông nghiệp đang sử dụng mà việc thu hồi đất ảnh hưởng đến đời sống, sản xuất của người thu hồi đất thì chủ tịch UBND cấp tỉnh căn cứ vào tình hình thực tế tại địa phương quyết định biện pháp hỗ trợ khác quy định tại Điều 25 của Nghị định số 47/2014/NĐ-CP cho phù hợp".* Tuy nhiên, tác giả đề xuất cần có văn bản sửa đổi, bổ sung Thông tư số 37/2014/TT-BTNMT về điều kiện, đối tượng, mức hỗ trợ… cho nhóm đối tượng bị ảnh hưởng dưới 30%/tổng diện tích đất đang sử dụng thay vì mặc nhiên cho họ thụ hưởng chính sách đào tạo, chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc làm. Trong trường hợp này, địa phương có thể vận dụng quy định về "hỗ trợ khác" để áp dụng cho các đối tượng này (điểm d khoản 2 Điều 83 Luật Đất đai năm 2013).

Bên cạnh đó, khi xem xét các chính sách hỗ trợ liên quan với những chủ thể sử dụng đất nông nghiệp vượt hạn mức quy định, khoản 1 Điều 4 Nghị định số 47/2014/NĐ-CP nêu rõ: *"Hộ gia đình, cá nhân đang sử dụng đất nông nghiệp vượt hạn mức nhận chuyển quyền sử dụng đất trước ngày 1/7/2014 do được thừa kế, tặng cho, nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất từ người khác theo quy định của pháp luật mà đủ điều kiện được bồi thường thì được bồi thường, hỗ trợ theo diện tích thực tế mà Nhà nước thu hồi".*

Tuy nhiên, khi so sánh với Điều 19, Điều 20 Nghị định số 47/2014/NĐ-CP đã viện dẫn các trường hợp được nhận hỗ trợ ổn định đời sống và sản xuất, hỗ trợ đào tạo chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc làm, có thể nhận thấy, trường hợp trên không thuộc đối tượng được xem xét nhận hỗ trợ. Do đó, hệ quả Hội đồng bồi thường tại các quận, huyện không có cơ sở xác định mức hỗ trợ với đối tượng diện tích đất nông nghiệp vượt hạn mức do nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất. Từ vấn đề trên, việc sửa đổi Điều 19, Điều 20 Nghị định số 47/2014/NĐ-CP trong trường hợp này là cần thiết.

3. Về định mức hỗ trợ đào tạo, chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc làm khi Nhà nước thu hồi đất nông nghiệp

Không còn đất sản xuất tất yếu gây ra nhiều khó khăn cho người trực tiếp sản xuất nông nghiệp có đất bị thu hồi. Do đó, để

giảm bớt khó khăn cho người dân trong giai đoạn hậu thu hồi đất, với hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất nông nghiệp (trừ trường hợp hộ gia đình, cá nhân là cán bộ, công nhân viên chức của nông trường quốc doanh, lâm trường quốc doanh đã nghỉ hưu, nghỉ mất sức lao động, thôi việc được hưởng trợ cấp) khi Nhà nước thu hồi đất nông nghiệp mà được bồi thường bằng tiền, ngoài việc được bồi thường bằng tiền với diện tích đất nông nghiệp thu hồi, các trường hợp này còn được hỗ trợ đào tạo, chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc làm. Cụ thể như sau:

- *Hỗ trợ bằng tiền không quá 05 lần giá đất nông nghiệp cùng loại trong bảng giá đất của địa phương đối với toàn bộ diện tích đất nông nghiệp thu hồi; diện tích được hỗ trợ không vượt quá hạn mức giao đất nông nghiệp tại địa phương;*

- *Mức hỗ trợ cụ thể do UBND cấp tỉnh quy định căn cứ điều kiện thực tế của địa phương.*

Xoay quanh vấn đề này, có một số điểm mà Luật Đất đai năm 2013 và các văn bản hướng dẫn thi hành chưa giải mã, khiến quy định trên chỉ mang tính hình thức, không đi vào đời sống. Cụ thể:

Thứ nhất, khi căn cứ điểm a khoản 1 Điều 20 Nghị định số 47/2014/NĐ-CP, cơ chế hỗ trợ đào tạo, chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc làm quy định: *"Hỗ trợ bằng tiền không quá 05 lần giá đất nông nghiệp cùng loại trong bảng giá đất của địa phương đối với toàn bộ diện tích đất nông nghiệp được thu hồi, diện tích được hỗ trợ không vượt quá hạn mức giao đất nông nghiệp tại địa phương"*. Tuy nhiên, quy định trên chưa làm rõ trường hợp xem xét hỗ trợ, cơ quan thừa hành sẽ căn cứ hạn mức giao đất nông nghiệp trên cơ sở Điều 129 Luật Đất đai năm 2013 hay hạn mức giao đất cho hộ gia đình, cá nhân tại địa phương trước đây khi thực hiện Nghị định số 64/CP ngày 27/9/1993 hoặc Nghị định số 02/CP ngày 15/01/1994 của Chính phủ. Điều này chưa được pháp luật làm rõ, bởi lẽ qua mỗi thời kỳ, hạn mức giao đất là hoàn toàn khác nhau, không mang tính đồng nhất. Điều này có thể gây ra sự so kè giữa các chủ thể có đất bị thu hồi, dẫn đến tình trạng khiếu nại, khiếu kiện có thể xảy ra.

Thứ hai, khi so sánh với Nghị định số 69/2009/NĐ-CP quy định bổ sung về quy hoạch sử dụng đất, giá đất, thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ và tái định cư (đã hết hiệu lực) liên quan đến định mức hỗ trợ, có thể nhận thấy, có sự khác biệt không chỉ riêng về tên gọi của khoản hỗ trợ, mà còn có sự đối lập về định mức hỗ trợ. Nếu Nghị định số 69/2009/NĐ-CP đặt giới hạn hỗ trợ bằng tiền tối thiểu từ 1,5 và tối đa không quá 5 lần giá đất nông nghiệp thì điểm a khoản 1 Điều 20 Nghị định số 47/2014/NĐ-CP chỉ định lượng mức giới hạn tối đa là không quá 5 lần giá đất nông nghiệp, nhưng không đưa ra giới hạn tối thiểu trong công tác hỗ trợ đào tạo, chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc làm. Chính điều này sẽ tạo ra một khoảng trống nhất định trong công tác thi hành tại các địa phương. Cụ thể, việc bỏ qua giới hạn hỗ trợ tối thiểu có thể dẫn đến tình trạng một địa phương áp đặt giá hỗ trợ ở định mức 0,1 hoặc 0,2 lần giá đất nông nghiệp, trong khi đó, một số địa phương khác lại định giá hỗ trợ trong giới hạn gấp 5 lần giá đất nông nghiệp tại địa phương này. Chính điều đó sẽ gây bất bình đẳng trong công tác hỗ trợ đào tạo nghề và tìm kiếm việc làm giữa các địa phương.

Tác giả cho rằng, quy định hỗ trợ bằng tiền không quá năm lần giá đất nông nghiệp cùng loại trong bảng giá đất của địa phương cần có hướng dẫn từ Bộ Tài nguyên và Môi trường nhằm bảo đảm áp dụng thống nhất ở tất cả các tỉnh, thành phố trong cả nước. Thực tế cho thấy, khi độ chênh lệch giữa những người nhận hỗ trợ quá cao mà không có một tiêu chí phân định rạch ròi, các địa phương sẽ gặp khó khăn trong quá trình áp dụng, đặc biệt trong trường hợp các dự án giáp ranh với địa bàn tỉnh, thành phố lân cận.

Thứ ba, đất nông nghiệp là tư liệu sản xuất; tuy nhiên, tiền thì không mặc nhiên được xem là tư liệu sản xuất. Chính vì vậy, mặc dù định mức hỗ trợ khá cao, nhưng bản chất của việc hỗ trợ bằng tiền đôi khi không đạt được mục đích là đào tạo, chuyển đổi nghề với các hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất nông nghiệp. Có thể nhận thấy, khi bị thu hồi đất, người dân có đất bị thu hồi chủ yếu được hỗ trợ bằng tiền. So với thu nhập của người dân, khoản tiền hỗ trợ này thường là khá lớn. Do đó, Nhà nước cần có phương pháp tư vấn sử dụng vốn cho người dân một cách hợp lý khi họ đến nhận tiền hỗ trợ. Điều này sẽ có tác động lớn đến định hướng tiêu dùng. Bởi, thực tiễn cho thấy, khi nhận được khoản hỗ trợ, tâm lý của người dân thường ỷ lại vào số tiền có được là khá phổ biến. Người dân thường dùng số tiền bồi thường, hỗ trợ để xây dựng nhà mới, mua đồ dùng, sinh hoạt ít sử dụng cho việc chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc làm mới. Vì vậy, thời gian đầu, đời sống vật chất của người dân thường được cải thiện đáng kể so với trước khi quá trình thu hồi đất diễn ra. Tuy nhiên, chỉ sau vài năm họ chi tiêu hết số tiền được hỗ trợ, không còn tư liệu sản xuất, không còn ngành nghề hoạt động kiếm kế sinh nhai, họ trở nên thất nghiệp, lâm vào cảnh nghèo túng[4].

Do đó, trách nhiệm tư vấn sử dụng tiền, sinh kế cho người dân của cơ quan nhà nước nhằm giúp người dân có cuộc sống ổn định lâu dài là hết sức cần thiết. Để bảo đảm việc hỗ trợ được hiệu quả, Nhà nước nên theo cơ chế hỗ trợ theo từng tháng định kỳ, các mức hỗ trợ này sẽ có sự điều chỉnh, có tính đến yếu tố lạm phát và tăng giá trong khoảng thời gian chi trả. Việc chi trả theo từng tháng giúp cơ quan chức năng có thể dễ dàng nắm bắt được nghề nghiệp, cuộc sống của người thụ hưởng sát sao, từ đó có thể thiết lập chính sách hỗ trợ bổ sung, nếu có thể. Đây là bài toán khó đặt ra cho Nhà nước ta. Vì vậy, Nhà nước nên có tư vấn việc sử dụng tiền bồi thường ra sao cho hiệu quả và có chính sách bảo hiểm thích hợp với người nông dân có đất bị thu hồi.

Thứ tư, quy định của pháp luật chỉ hướng đến việc đào tạo nghề, tìm kiếm việc làm đối với các chủ thể còn trong độ tuổi lao động, mà chưa chú ý tới những chủ thể hết tuổi lao động. Nhà nước cần có sự quan tâm, hỗ trợ để những đối tượng này có thể an tâm với cuộc sống sau khi Nhà nước thu hồi đất. Về lâu dài, nên có chính sách xem xét hỗ trợ chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc làm phù hợp cho người hết độ tuổi lao động tại địa phương, giảm thiểu gánh nặng về an sinh xã hội.

Bên cạnh những chính sách hỗ trợ đào tạo, chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc làm mang tính chất định khung, tại các địa phương cần vận dụng linh hoạt chính sách

[4] Phan Minh, *"Một số giải pháp tạo việc làm cho lao động nông thôn hiện nay"*, Tạp chí Quản lí nông nghiệp, số 170/2010, tr. 45.

hỗ trợ riêng của tỉnh, kêu gọi sự hỗ trợ của chủ đầu tư, các doanh nghiệp… khi các chủ thể này trực tiếp đầu tư kinh doanh trên đất đã thu hồi từ phía người dân. Đây được xem là phương pháp chia sẻ, cân bằng lợi ích giữa những chủ thể trong tiến trình thu hồi đất nhằm công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước[5].

4. Về trách nhiệm đào tạo nghề và giải quyết việc làm đối với trường hợp Nhà nước thu hồi đất nông nghiệp

Trên cơ sở khoản 2, 3 Điều 20 Nghị định số 47/2014/NĐ-CP, có thể nhận thấy trách nhiệm đào tạo nghề và giải quyết việc làm khi Nhà nước thu hồi đất nông nghiệp của hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất nông nghiệp chủ yếu thuộc về Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội (chủ trì, phối hợp với các bộ ngành). Bên cạnh đó, UBND cấp tỉnh có trách nhiệm căn cứ cơ chế, chính sách giải quyết việc làm đã được Thủ tướng Chính phủ quyết định, chỉ đạo việc lập và tổ chức thực hiện phương án đào tạo, chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc làm cho người trong độ tuổi lao động tại địa phương. Trong quá trình lập phương án đào tạo chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc làm, phải lấy ý kiến của người thu hồi đất.

Thực tế cho thấy, các địa phương có thể báo cáo chi tiết số liệu bao nhiêu lao động được đào tạo, nhưng rất ít địa phương có thể nắm rõ bao nhiêu lao động đã được đào tạo nay có việc làm ổn định. Việc quy định trách nhiệm của Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội trong vấn đề đào tạo và giải quyết việc làm là cần thiết. Song, cũng cần có cơ chế phối hợp với các cơ quan tài nguyên và môi trường (chủ thể phê duyệt phương án hỗ trợ nghề), trung tâm phát triển quỹ đất (chủ thể thực hiện bồi thường, giải phóng mặt bằng) và chủ đầu tư (đặc biệt là đối với các dự án cần sử dụng lao động khi đi vào hoạt động) để có những phương án thích hợp. Trong các tiêu chí đánh giá hiệu quả của dự án phải có tiêu chí báo cáo về số lượng người dân mất đất nông nghiệp được đào tạo và giải quyết việc làm ổn định[6].

Bên cạnh đó, mặc dù khoản 3 Điều 20 Nghị định số 47/2014/NĐ-CP có quy định vấn đề lấy ý kiến trong việc đào tạo nghề và tìm kiếm việc làm, nhưng chưa cụ thể, chưa rõ vấn đề triển khai tham vấn lấy ý kiến như thế nào, chủ thể lấy ý kiến là ai? Theo quy định, trong quá trình lập phương án đào tạo chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc làm phải lấy ý kiến của "người thu hồi đất". Do đó, cần làm rõ thuật ngữ "người thu hồi đất" bao gồm những ai? Trong vấn đề này, cần quy định việc lấy ý kiến phải được triển khai thu thập từ người có đất bị thu hồi, chứ không phải "người thu hồi đất". Ở khía cạnh khác, ngay chính cơ quan nhà nước có thẩm quyền cũng gặp nhiều khó khăn trong quá trình thực hiện do chưa có văn bản hướng dẫn cụ thể về trình tự, thủ tục, tổ chức tham gia phối hợp tham vấn ý kiến cộng đồng. Giả định trường hợp cơ quan có thẩm quyền bỏ qua tiến trình tham vấn ý kiến đào tạo chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc làm sẽ áp dụng chế tài xử lý ra sao?

[5] Phan Trung Hiền, *"Những điều cần biết về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất",* Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật, năm 2017, tr.244.

[6] Phan Trung Hiền, *"Những điều cần biết về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất",* Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật, năm 2017, tr.243.

Để khắc phục bất cập nêu trên, Nhà nước cần ban hành văn bản hướng dẫn cụ thể: Thiết lập cơ chế xử lý với trường hợp cơ quan nhà nước có thẩm quyền không thực hiện tiến trình khảo sát, ghi nhận ý kiến đóng góp của nhân dân khi lấy ý kiến phương án đào tạo nghề và tìm kiếm việc làm. Cơ chế tham vấn cộng đồng có thể được thực hiện một hoặc nhiều lần, cho đến khi đạt được sự đồng thuận của cộng đồng. Sau mỗi lần tham vấn, tổ chức xây dựng phương án có trách nhiệm tổng hợp, báo cáo kết quả tham vấn, điều chỉnh lại phương án hướng tới đạt được sự đồng thuận trong lần tham vấn cộng đồng tiếp theo.

Kết luận

Hoàn thiện pháp luật về hỗ trợ khi Nhà nước thu hồi đất là một đòi hỏi mang tính khách quan ở Việt Nam. Yêu cầu đặt ra cho việc hoàn thiện chế định về hỗ trợ là vừa phải có những giải pháp mang tính định hướng đúng đắn, phù hợp; vừa phải có những giải pháp thiết thực. Cụ thể, cần khắc phục được những hạn chế, bất cập đang tồn tại ảnh hưởng tiêu cực đến việc hỗ trợ khi Nhà nước thu hồi đất; xây dựng một chế định hỗ trợ nói chung và hỗ trợ đào tạo, chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc làm nói riêng mang tính hoàn chỉnh thống nhất, đảm bảo công bằng tương xứng với những thiệt hại.

(Tiếp theo trang 30 – Áp dụng quy định của pháp luật…)

thực hiện hoạt động đo đạc; (3) Văn bản thông báo cho đương sự, cơ quan, tổ chức, cá nhân khác biết và chứng kiến việc đo đạc; (4) Văn bản yêu cầu cơ quan đo đạc giải thích kết quả đo đạc của tòa án; (5) Văn bản yêu cầu đo đạc bổ sung, đo đạc lại; (6) Văn bản phối hợp với lực lượng Công an đề nghị hỗ trợ khi có hành vi chống đối, cản trở hoạt động đo đạc; (7) Các văn bản cần lập khi có hành vi chống đối, cản trở hoạt động đo đạc làm cơ sở xử lý vi phạm hành chính, truy cứu trách nhiệm hình sự.

Như vậy, đo đạc là một trong những hoạt động mà tòa án thường tiến hành để thu thập thông tin thông qua bản vẽ của cơ quan chuyên môn, làm căn cứ giải quyết các vụ án dân sự khi yêu cầu của đương sự có liên quan quyền sử dụng đất, cây trồng, vật kiến trúc trên đất. Do Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 chưa quy định hoạt động đo đạc là hoạt động thu thập chứng cứ nên trên thực tế tòa án thường áp dụng các quy định của pháp luật tố tụng dân sự về hoạt động xem xét, thẩm định tại chỗ khi cần đo đạc. Tuy nhiên, việc áp dụng các quy định về xem xét, thẩm định tại chỗ để đo đạc trong thời gian qua đã phát sinh nhiều vướng mắc, bất cập. Cho nên, đòi hỏi cần nhìn nhận đúng tính chất của hoạt động đo đạc, là hoạt động thu thập chứng cứ độc lập, tách khỏi hoạt động xem xét, thẩm định tại chỗ, qua đó, đề xuất bổ sung nhiều quy định mới, sửa đổi, bổ sung các quy định hiện hành có liên quan để giúp hoạt động đo đạc được tiến hành dễ dàng, phát huy giá trị của nó trên thực tế.

QUYỀN CON NGƯỜI TRONG ĐẠI DỊCH COVID-19

Nguyễn Thị Thu Trang*

Tóm tắt: *Đại dịch Covid-19 diễn ra kéo theo những bất ổn về kinh tế - xã hội ở Việt Nam và trên toàn thế giới. Bài viết này nghiên cứu quyền con người trong đại dịch Covid - 19. Tác giả bài viết tiếp cận lý luận về quyền con người - quyền tự nhiên mang tính xã hội và lý giải quyền cá nhân phải hài hòa với quyền tập thể. Dựa trên cơ sở lý luận đó, tác giả phân tích những chính sách của Việt Nam trong đại dịch Covid-19 để thấy được Việt Nam tôn trọng quyền con người như thế nào.*

Abstract: *The emergence of Covid-19 pandemic has brought about socio-economic instabilities in Viet Nam and around the world. The article examines human rights in the face of Covid-19 pandemic. The author approaches a theory of human rights – social aspects of natural rights – and contends that individual rights shall be placed in harmony with collective rights. On this theoretical basis, the author analyzes Vietnam's policies during the Covid-19 pandemic to highlight Vietnam's respect of human rights.*

1. Quyền cá nhân và quyền tập thể của con người

1.1. Quyền con người - Quyền tự nhiên mang tính xã hội

Quyền con người bản thân nó là quyền tự nhiên. Tuy vậy, quyền con người không phải là quyền cá nhân tồn tại siêu hình mà đó là quyền mang tính xã hội. Điều này được chứng minh thông qua các lập luận sau:

Thứ nhất, con người là thực thể tự nhiên nên những nhu cầu, mong muốn, đời sống tinh thần… của con người là tự nhiên. Con người về tự nhiên luôn mưu cầu một cuộc sống viên mãn. Điều này cũng được đặt ra trong nguyên tắc cơ bản của triết học Aristotle, ông đã đặt ra câu hỏi: "Điều gì tạo ra một cuộc sống đáng sống, có giá trị đáng thèm muốn?"[1]. Một lý thuyết gia đương đại là John Finnis (Trường Đại học Oxford) - người theo trường phái luật tự nhiên kế thừa quan điểm trên của Aristotle đã đưa ra danh mục những loại hình cơ bản của sự phát triển con người. Theo đó, có bảy loại hình góp phần làm cuộc sống của con người viên mãn: Đời sống, kiến thức, vui chơi, cảm nghiệm thẩm mỹ, tính cộng đồng, có lý lẽ thực tiễn và tín ngưỡng[2]. Những loại hình cơ bản trên là những giá trị mang tính phổ quát vì nó chi phối mọi xã hội loài người ở mọi thời đại vì con người luôn đeo đuổi những lợi ích cơ bản này.

Tác giả hoàn toàn đồng ý với quan điểm của John Finnis về việc con người cần những lợi ích cơ bản nêu trên để phát triển. Thêm vào đó, tác giả cũng đồng ý với John Finnis khi cho rằng, những lợi ích cơ bản đó cần có sự kết hợp với chín (09) "Đòi hỏi về sự phù hợp với thực tiễn". Cụ

* TS., Khoa Luật Kinh tế, Trường Đại học Kinh tế - Luật.

[1] Xem Raymond Wacks (2011), *Triết học pháp luật (Phạm Kiều Tùng dịch)*, Nxb. Tri thức, Tp. Hồ Chí Minh, tr. 36.

[2] Xem John M. Finnis (2011), *Natural law and natural rights*, Oxford University Press Inc., New York, p.59-366.

thể: (1) *Quyền con người không được có sự thiên vị, tùy tiện giữa những con người:* Con người hãy làm cho người khác những gì mà mình sẽ làm cho họ hoặc cho bản thân mình. Con người phải đặt vị trí của mình vào vị trí của người khác. Không lên án người khác vì những việc mà ngay bản thân mình cũng muốn làm cho mình. Không ngăn người khác khi họ làm những điều mà ngay cả bản thân mình cũng mong muốn điều đó. Đây chính là nền tảng để xác định quyền con người không được thiên vị, tùy tiện giữa những con người. (2) *Quyền con người phải phù hợp với đòi hỏi của lợi ích chung:* Lợi ích chung là những giá trị chung của cộng đồng hoặc của toàn nhân loại. Những giá trị như hiểu biết, vui chơi, tự do, phát triển… đều là những lợi ích chung mà nhân loại hướng tới. Vì vậy, quyền của mỗi con người không được đi ngược lại với lợi ích chung. Ví dụ, một người không thể từ chối sự phát triển mà vì sự phát triển chung của nhân loại mỗi người phải học tập. (3) *Quyền con người là sự đeo đuổi tích cực về những lợi ích:* Con người có thể đeo đuổi những lợi ích cho bản thân, nhưng không được trái với đạo đức. Ví dụ, con người luôn hướng tới cuộc sống tốt đẹp hơn về vật chất. Để đạt được điều này, con người không được thực hiện những việc làm phi đạo đức như trộm cắp, cướp đoạt của người khác. Bên cạnh đó, còn những yêu cầu khác với quyền con người như: (4) Một kế hoạch nhất quán về cuộc sống; (5) Không có sự thiên vị, tùy tiện giữa các giá trị; (6) Tính độc lập và tận tâm; (7) Sự thích ứng (có giới hạn) với những hậu quả: Hiệu quả trong phạm vi hợp lý; (8) Tôn trọng mọi giá trị cơ bản trong mọi hành vi; (9) Theo lương tâm của mình[3].

Những lợi ích cơ bản cho sự phát triển của con người và những đòi hỏi về sự phù hợp với thực tiễn hợp thành nguyên tắc phổ biến và không thể thay đổi của luật tự nhiên. Bởi vì, lợi ích và đòi hỏi trên của con người là "*hiển nhiên*" và chúng không phải được suy diễn từ bất cứ mô tả nào về bản chất của con người[4]. Quan điểm này phù hợp với quan điểm của Thomas Aquinas (1225-1274) cho rằng, luật tự nhiên là luật vĩnh cửu, nơi những sinh vật duy lý (con người) có thể phát hiện được bằng lý trí và luật tự nhiên phải phù hợp với tự nhiên, thiêng liêng[5].

Thứ hai, quyền con người là điều "hợp lý" chứ không phải là điều gì phù hợp với bản chất của con người. Quyền con người không phải được suy ra hoặc suy đoán từ bản chất của con người hay bản chất của sự vật, hiện tượng. Bởi vì, trong mỗi con người chúng ta, "bằng cảm nghiệm về bản chất của mình, từ bên trong con người của mình" nắm bắt được "bằng một hành động đơn giản của sự hiểu biết không do suy luận" rằng "đối tượng của sở thích mà con người cảm nghiệm là ví dụ về hình thức tổng quát của cái tốt cho chính mình (và cho những người khác giống mình")[6].

---

[3] Raymond Wacks (2011), *Triết học pháp luật (Phạm Kiều Tùng dịch)*, Nxb. Tri thức, Tp. Hồ Chí Minh, tr. 38.

[4] Raymond Wacks (2011), *Triết học pháp luật (Phạm Kiều Tùng dịch)*, Nxb. Tri thức, Tp. Hồ Chí Minh, tr. 38.

[5] Xem Leo Strauss (1953), *Natural right and histor*, Chicago & London: University of Chicago Press, Chicago, p.90.

[6] Đây là quan điểm của Aquinas về việc hình thành quyền tự nhiên và luật tự nhiên: Xem Raymond

Thứ ba, một trong những thuộc tính tự nhiên của con người đó là tính xã hội. Về mặt tự nhiên, để thiết lập những điều tốt đẹp cho con người thì mỗi cá nhân có nhu cầu hòa mình vào cộng đồng loài người. Chúng ta không thể mưu cầu lợi ích cho con người cho đến khi chúng ta có một cộng đồng. Nhu cầu hòa nhập vào cộng đồng là nhu cầu tự nhiên, tất yếu của con người. Vì vậy, chúng ta nên hiểu luật tự nhiên là một tập hợp các nguyên tắc, từ bản chất cá nhân và xã hội của con người và theo đuổi sự hạnh phúc của con người, được thể hiện qua lý trí con người[7].

Chính vì lẽ đó, căn cứ vào chủ thể quyền, quyền con người có thể phân thành các loại sau[8]: (1) *Quyền cá nhân:* Là quyền thuộc về mỗi con người cho dù họ có hay không thuộc nhóm xã hội nào. Việc thụ hưởng quyền này phụ thuộc vào ý chí của cá nhân đó. Ví dụ: Quyền tự do đi lại, tự do cư trú, tự do ngôn luận, quyền lao động, quyền tự do kinh doanh… (2) *Quyền nhóm*: Trong xã hội có hình thành các nhóm người tương đồng về một hoặc một số điểm. Để được hưởng thụ các quyền thì cá nhân phải là thành viên của nhóm. Ví dụ: Quyền của trẻ em, quyền của người tàn tật, quyền của người cao tuổi, quyền của phụ nữ…(3) *Quyền tập thể*: Là quyền của con người được tham gia và thể hiện quyền của mình nhằm bảo vệ quyền lợi chung của tập thể nói chung và quyền của cá nhân nói riêng. Tuy vậy, quyền của cá nhân mỗi người là một phần, hài hòa trong quyền của tập thể. Ví dụ: Quyền dân tộc tự quyết, quyền bảo vệ môi trường, quyền khai thác và bảo vệ rừng, quyền phòng chống dịch bệnh…

Thứ tư, quyền con người - quyền tự nhiên được rút ra từ luật tự nhiên (từ lý trí)[9]. Trước khi xuất hiện Nhà nước, đã tồn tại luật tự nhiên. Quyền con người - những điều tốt đẹp để con người có cuộc sống "viên mãn" đã tồn tại và phù hợp với luật tự nhiên. Những quyền như quyền sống, quyền mưu cầu hạnh phúc, quyền liên quan tới tín ngưỡng, quyền được học hỏi… là những quyền luôn tồn tại trong xã hội loài người từ thuở sơ khai cho đến nay. Quyền tự nhiên này tồn tại bởi vì nó hợp lý và phù hợp với luật tự nhiên, mà không cần sự thừa nhận của bất kỳ nhóm người, tổ chức hoặc nhà nước nào. Điều này chứng tỏ rằng, quyền con người xuất hiện và tồn tại trước khi có sự xuất hiện luật thực định - luật do con người ban hành.

1.2. Mối quan hệ giữa quyền cá nhân và quyền nhóm, quyền tập thể

Trong các xã hội dân chủ, cơ sở tự do dựa trên ý tưởng rằng, không quyền nào có thể được coi là tuyệt đối[10]. Vì vậy, quyền con người không phải là quyền tuyệt đối và

Wacks (2011), *Triết học pháp luật (Phạm Kiều Tùng dịch)*, Nxb. Tri thức, Tp. Hồ Chí Minh, tr. 41.

[7] Rhéaume, J. (1997), "*Human Rights and Human Nature*", Revue générale de droit, 28(4), p.523 -534.

[8] Xem Nguyễn Thị Thu Trang (2019), *Phổ quát hóa quyền con người trong pháp luật kinh tế Việt Nam*, Luận án tiến sĩ Luật học, Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh, tr. 39.

[9] Đây là quan điểm của John Locke thể hiện mối quan hệ giữa quyền tự nhiên và luật tự nhiên: Xem Raymond Wacks (2011), *Triết học pháp luật (Phạm Kiều Tùng dịch)*, Nxb. Tri thức, Tp. Hồ Chí Minh, tr. 28.

[10] Nguyễn Văn Quân (2019), "*Tiêu chí hạn chế quyền con người vì lý do trật tự công cộng trong pháp luật một số nước*", Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 14 (390), tr. 58.

quyền này có thể bị giới hạn để đảm bảo trật tự xã hội. "Giới hạn của quyền nhằm bảo đảm sự hài hòa giữa các quyền của cá nhân và các quyền của tập thể (cộng đồng, quốc gia, dân tộc), cũng như việc thụ hưởng quyền giữa các cá nhân với nhau. Luật nhân quyền quốc tế quy định giới hạn áp dụng của một số quyền (limitation of rights) trong một số điều ước quốc tế về quyền con người. Bản chất của các quy định này là cho phép các quốc gia thành viên áp đặt một số điều kiện với việc thực hiện/hưởng thụ một số quyền con người nhất định nhằm các mục đích như thúc đẩy phúc lợi chung của cộng đồng, bảo vệ an ninh quốc gia (national security), để bảo đảm an toàn cho cộng đồng (public safety), để bảo vệ sức khỏe hay đạo đức của cộng đồng (public health or moral) và để bảo vệ các quyền, tự do hợp pháp của người khác (rights and freedoms of others)"[11]. Nói cách khác, quyền cá nhân có mối quan hệ chặt chẽ với quyền nhóm và quyền tập thể. Điều này được làm rõ thông qua các luận cứ sau đây:

Thứ nhất, quyền cá nhân được đảm bảo khi quyền nhóm và quyền tập thể được đảm bảo: Như phân tích ở mục 1.1, quyền con người là quyền mang tính xã hội. Mỗi cá nhân - con người chỉ có đầy đủ quyền của con người khi đặt họ trong xã hội loài người. Con người thụ hưởng và thực hiện quyền con người của mình thông qua hành vi của cá nhân, thông qua nhóm người mà cá nhân đó tham gia và thông qua cộng đồng mà cá nhân đó sinh sống. Cụ thể:

(i) *Quyền cá nhân được đảm bảo khi quyền nhóm được đảm bảo:* Cá nhân là thành viên của các nhóm người như trẻ em, người cao tuổi, người tàn tật, phụ nữ, người dân tộc thiểu số… quyền cá nhân của họ được đảm bảo khi quyền của nhóm được đảm bảo. Theo đó, pháp luật quốc gia cũng như pháp luật quốc tế đều ghi nhận quyền của nhóm người này. Ví dụ: (1) *Quyền của trẻ em gồm có:* Quyền không phân biệt đối xử; quyền được chăm sóc, bảo vệ; quyền được sống và phát triển; quyền được giữ gìn bản sắc…[12]; (2) *Quyền của phụ nữ gồm các quyền*: Quyền được giáo dục; quyền được hưởng các dịch vụ chăm sóc sức khỏe đầy đủ, bao gồm cả dịch vụ kế hoạch hóa gia đình; quyền được tham gia vào các hoạt động giải trí, thể thao và các mặt của đời sống văn hóa; quyền được chia sẻ nghĩa vụ làm cha mẹ…[13]; *(3) Quyền của dân tộc thiểu số: "Mọi người sinh ra đều được hưởng tất cả các quyền và tự do không có bất kỳ sự phân biệt đối xử nào về chủng tộc, màu da, giới tính, ngôn ngữ, tôn giáo, nguồn gốc dân tộc hoặc xã hội*"[14]; "*Tại những nước có nhiều nhóm dân tộc thiểu số, tôn giáo và ngôn ngữ cùng chung sống, thì những cá nhân thuộc các dân tộc, tôn giáo, ngôn*

[11] Nguyễn Thanh Tuấn, Vũ Công Giao (2013), "*Một số so sánh quyền con người và quyền công dân*", Tạp chí Cộng sản, http://www.tapchicongsan.org.vn/gop-y-du-thao-sua-oi-hien-phap-nam-1992/-/2018/19892/mot-so-so-sanh-quyen-con-nguoi-voi-quyen-cong-dan.aspx, truy cập ngày 24/4/2020.

[12] Xem: Khoản 2 Điều 2, khoản 2 Điều 3, Điều 6, Điều 8 Công ước của Liên hợp quốc về quyền trẻ em năm 1989.

[13] Xem: Điều 10-14 và 16 Công ước của Liên hợp quốc về xóa bỏ tất cả các hình thức phân biệt đối xử chống lại phụ nữ năm 1979.

[14] Điều 2 Tuyên ngôn toàn thế giới về quyền con người của Liên hợp quốc năm 1948.

ngữ thiểu số đó, cùng với những thành viên khác của cộng đồng mình, không thể bị tước bỏ quyền được thụ hưởng nền văn hóa riêng, quyền được thể hiện và thực hành tôn giáo riêng hoặc quyền được sử dụng tiếng nói riêng của họ"[15]; …Rõ ràng, quyền của các nhóm người trên được tôn trọng thì từng cá nhân riêng lẻ trong nhóm người đó cũng được đảm bảo quyền con người như quyền sống, quyền giáo dục, quyền phát triển, quyền thụ hưởng văn hóa, quyền được chăm sóc, bảo vệ…

(ii) *Quyền cá nhân được bảo đảm khi quyền tập thể được bảo đảm:* Cá nhân là nhân tố, là tế bào trong cộng đồng người - tập thể. Quyền của tập thể được đảm bảo thì tất yếu quyền của từng cá nhân sẽ được đảm bảo. Theo đó, pháp luật quốc gia và pháp luật quốc tế ghi nhận và đảm bảo quyền tập thể. Ví dụ: *(1) Quyền dân tộc tự quyết:* Các quốc gia phát triển quan hệ hữu nghị trên cơ sở tôn trọng nguyên tắc về quyền bình đẳng và tự quyết dân tộc[16]. "*Tất cả các dân tộc đều có quyền tự quyết; dựa trên quyền đó, các dân tộc tự do quyết định chế độ chính trị của mình và tự do mưu cầu phát triển kinh tế, xã hội và văn hóa"*[17]. Mỗi cá nhân trong cộng đồng dân tộc đều có quyền thể hiện chính kiến và tự do quyết định chế độ chính trị, phát triển kinh tế, văn hóa, chính trị cho dân tộc mình. Quyền dân tộc là quyền tập thể được đảm bảo thông qua quyền của các cá nhân trong cộng đồng đó. *(2) Quyền bảo vệ môi trường của cộng đồng*: "*Con người có quyền cơ bản được tự do, bình đẳng và đầy đủ các điều kiện sống, trong một môi trường chất lượng cho phép cuộc sống có phẩm giá và phúc lợi mà con người có trách nhiệm trong bảo vệ và cải thiện cho các thế hệ hôm nay và mai sau*"[18]. Cộng đồng dân cư đều có quyền sống trong môi trường trong lành. Vấn đề bảo vệ môi trường không phải là vấn đề của một người hoặc một nhóm người có thể thực hiện. Vì vậy, cộng đồng dân cư của từng quốc gia hay cộng đồng nhân loại có quyền bảo vệ môi trường để cộng đồng được sống trong môi trường trong lành. Cộng đồng nhân loại có quyền bảo vệ môi trường nên mỗi cá nhân cũng có quyền này. *(3) Quyền bảo vệ sức khỏe cộng đồng:* Ai cũng có quyền được hưởng một mức sống khả quan về phương diện sức khỏe và an lạc cho bản thân[19]. Công ước về các quyền kinh tế, văn hóa và xã hội năm 1966 ghi nhận: "*Quyền của mọi người được hưởng một tiêu chuẩn sức khoẻ về thể chất và tinh thần ở mức cao nhất có thể được*" và "*ngăn ngừa, xử lý và hạn chế các dịch bệnh, bệnh ngoài da, bệnh nghề nghiệp và các loại bệnh khác*" và "*tạo các điều kiện để bảo đảm mọi dịch vụ và sự chăm sóc y tế khi đau yếu*"[20]. Cộng đồng dân cư có quyền ngăn ngừa, xử lý, hạn chế dịch bệnh và được đảm bảo chăm sóc y tế nên mỗi cá nhân

[15] Điều 3 Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966.
[16] Xem: Khoản 2 Điều 1 Hiến chương Liên hợp quốc năm 1945.
[17] Nghị quyết 1514 (XV) năm 1960 của Đại hội đồng Liên hợp quốc về *Tuyên bố trao độc lập cho các quốc gia và dân tộc thuộc địa.*
[18] Nguyên tắc 1, Hội nghị Liên hợp quốc về Môi trường con người Stockholm năm 1972.
[19] Xem: Khoản 1 Điều 25 Tuyên ngôn toàn thế giới về quyền con người của Liên hợp quốc năm 1948.
[20] Xem: Điều 12 Công ước về các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa năm 1966.

cũng được thụ hưởng quyền nêu trên. Để đảm bảo sức khỏe của mỗi cá nhân thì quyền tập thể cũng phải được đảm bảo. Bởi vì, mỗi cá nhân chỉ an toàn về sức khỏe khi tập thể an toàn.

Thứ hai, quyền nhóm, quyền tập thể được đảm bảo khi quyền cá nhân được đảm bảo: Mỗi cá nhân là thành tố cấu thành nên nhóm (trẻ em, phụ nữ, người tàn tật…) và tập thể (cộng đồng, dân tộc, nhân loại), nên quyền cá nhân được tôn trọng thì tất yếu, quyền của nhóm và tập thể cũng được tôn trọng. Mỗi cá nhân đều có: (1) *Quyền dân sự, chính trị*: Quyền sống; không bị tra tấn; quyền tự do và an toàn cá nhân; quyền cư trú; quyền tự do tư tưởng, tự do tín ngưỡng, tôn giáo…[21] (2) *Quyền kinh tế, văn hóa, xã hội*: Quyền có việc làm; quyền được hưởng an sinh xã hội; quyền có mức sống thích đáng; quyền hưởng sức khỏe, thể chất và tinh thần ở mức cao nhất; ngăn ngừa, xử lý và hạn chế các dịch bệnh…[22] Các cá nhân được đảm bảo các quyền nêu trên thì các nhóm sẽ được đảm bảo quyền tự do tín ngưỡng, quyền học tập, quyền hưởng dịch vụ chăm sóc sức khỏe, tham gia vào đời sống văn hóa…; tập thể sẽ được đảm bảo quyền bảo vệ môi trường, ngăn ngừa và phòng chống dịch bệnh, tự quyết vấn đề về kinh tế - chính trị - văn hóa của dân tộc…

Thứ ba, hài hòa giữa quyền cá nhân và quyền tập thể là cần thiết để quyền con người được bảo vệ toàn diện: Luật Nhân quyền quốc tế thừa nhận, quyền con người không phải là một khái niệm tuyệt đối và trong một số trường hợp cần phải được hạn chế nhằm đảm bảo trật tự xã hội[23]. Nói cách khác, quyền cá nhân của con người phải hài hòa với quyền của tập thể. Theo đó, để đảm bảo quyền của cộng đồng dân cư - quyền tập thể, trong một số trường hợp quyền của cá nhân bị hạn chế. Điều này được ghi nhận rõ trong Tuyên ngôn thế giới về quyền con người năm 1948: *"Mỗi người trong khi thực hiện các quyền và tự do cho cá nhân chỉ phải chịu những hạn chế do luật định nhằm mục đích duy nhất là bảo đảm việc thừa nhận và sự tôn trọng đối với các quyền và tự do của những người khác và phù hợp với những đòi hỏi chính đáng về đạo đức, trật tự công cộng và sự phồn vinh chung trong một xã hội dân chủ"* (khoản 2 Điều 29). Ví dụ: Trong khi có thiên tai, cá nhân có thể bị hạn chế quyền tự do đi lại, tự do cư trú; trong chiến tranh, cá nhân có thể bị hạn chế tự do thư tín, tự do cư trú; trong đại dịch, cá nhân có thể bị hạn chế quyền tự do đi lại, bí mật cá nhân, tự do cư trú và tự do kinh doanh. Việc hạn chế quyền cá nhân không phải là xâm phạm đến quyền con người mà việc làm này nhằm hướng tới đảm bảo hài hòa với quyền tập thể. Suy rộng ra, cá nhân "hy sinh" một số quyền cá nhân, nhưng đảm bảo quyền lợi lớn hơn của tập thể mà trong đó bản thân cá nhân cũng được thụ hưởng lợi ích. Con người là một thực thể mang tính xã hội, con người chỉ thực sự có đầy đủ quyền con người khi con người "hòa mình" vào cộng đồng. Vì vậy, tất yếu, mỗi cá nhân có thể bị hạn chế quyền cá nhân để hài hòa với quyền của tập thể. Có như vậy, quyền

[21] Xem: Công ước về các quyền dân sự và chính trị năm 1966.

[22] Xem Công ước về các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa năm 1966.

[23] Nguyễn Văn Quân (2019), tlđd, tr. 58.

con người (quyền cá nhân, quyền nhóm, quyền tập thể) mới được bảo vệ một cách toàn diện.

2. Đảm bảo quyền con người trong đại dịch Covid-19 tại Việt Nam

2.1. Quyền con người trong chính sách về phòng và chống dịch Covid-19

Các chính sách của Việt Nam về phòng và chống dịch Covid-19 đều lấy quyền con người làm trung tâm. Cụ thể:

***Thứ nhất**, người dân có quyền tiếp cận thông tin về dịch bệnh:* Mọi người đều được tiếp cận với thông tin, giáo dục, truyền thông về phòng, chống bệnh truyền nhiễm[24]. Vào ngày 2/2/2020, Bộ Thông tin và Truyền thông đã ra Chỉ thị số 05/CT-BTTTT về việc thực hiện công tác, phòng chống dịch bệnh viêm đường hô hấp cấp do chủng mới của vi rút (virus) Corona gây ra. Theo đó, Bộ Thông tin và Truyền thông "*xác định công tác thông tin, tuyên truyền về phòng, chống dịch là nhiệm vụ quan trọng, bảo đảm thực hiện sâu rộng, có hiệu quả nhằm góp phần bảo vệ sức khỏe, tính mạng cho nhân dân, hạn chế mức thiệt hại thấp nhất do dịch bệnh gây ra*"[25]. Các thông tin về virus Corona (nCoV hay Covid-19) được tuyên truyền trên nền tảng công nghệ thông tin; qua báo chí, hệ thống phát thanh, truyền hình, thông tin cơ sở, thông tin đối ngoại[26]. Bên cạnh đó, Bộ Thông tin và Truyền thông còn đặt ra nhiệm vụ bảo đảm thông tin liên lạc, kết nối các bệnh viện, các cơ sở y tế, kịp thời chia sẻ thông tin; bảo đảm an toàn, an ninh mạng, kịp thời xử lý thông tin sai sự thật, lợi dụng gây hoang mang dư luận[27]. Quy định và nhiệm vụ cụ thể được đề ra khá sớm nên người dân có thể tiếp cận các thông tin tin cậy về dịch bệnh thông qua nhiều kênh khác nhau từ các cơ quan nhà nước (Bộ Y tế, Bộ ngoại giao; Uỷ ban nhân dân các tỉnh, thành phố…). Các thông tin gồm: Thông tin về virus Corona; cách phòng tránh virus; tình hình dịch bệnh trong nước và trên thế giới; các ca nhiễm virus và các thông tin hữu ích khác về dịch Covid-19. Điều này cho thấy, người dân được đảm bảo quyền con người quan trọng - quyền tiếp cận thông tin về dịch bệnh.

***Thứ hai**, người dân có quyền phòng, khám và chữa bệnh:* Thủ tướng Chính phủ ban hành hàng loạt Chỉ thị về phòng và chống dịch Covid-19 như: Chỉ thị số 05/CT-TTg ngày 28/1/2020; 06/CT-TTg ngày 31/1/2020, số 15/CT-TTg ngày 27/3/2020, số 16/CT-TTg ngày 31/3/2020. Vào ngày 1/4/2020, Thủ tướng Chính phủ ký Quyết định 447/QĐ-TTg về việc công bố dịch Covid-19 là dịch truyền nhiễm tại Việt Nam. Quyết định 447/QĐ-TTg đã đưa ra các biện pháp phòng, chống dịch được thực hiện theo Luật Phòng, chống bệnh truyền nhiễm Việt Nam. Theo đó, cá nhân, tổ chức có quyền khai báo dịch; được cấp cứu, khám bệnh và chữa bệnh; được cách

[24] Khoản 1 Điều 10 Luật Phòng chống bệnh truyền nhiễm năm 2007.

[25] Mục 1(a), Phần yêu cầu chung Chỉ thị số 05/CT-BTTTT về việc thực hiện công tác, phòng chống dịch bệnh viêm đường hô hấp cấp do chủng mới của vi rút Corona gây ra.

[26] Xem Mục 1, 2 Phần nhiệm vụ Chỉ thị số 05/CT-BTTTT về việc thực hiện công tác, phòng chống dịch bệnh viêm đường hô hấp cấp do chủng mới của vi rút Corona gây ra.

[27] Xem Mục 3, 4 Phần nhiệm vụ Chỉ thị số 05/CT-BTTTT về việc thực hiện công tác, phòng chống dịch bệnh viêm đường hô hấp cấp do chủng mới của vi rút Corona gây ra.

ly y tế[28]. Các cơ sở khám bệnh, chữa bệnh thực hiện việc tiếp nhận, cách ly, theo dõi, điều trị người mắc bệnh[29]. Trên thực tế, tại Việt Nam, người dân có thể khai báo y tế tự nguyện thông qua ứng dụng (App) NCOVI do Bộ Thông tin và Truyền thông và Bộ Y tế phối hợp cho xây dựng. Mọi người dân đều có quyền cung cấp thông tin về tình hình sức khỏe của mình. Người dân có thể được tư vấn và khám trực tuyến qua số điện thoại hotline hoặc qua mạng internet. Bên cạnh đó, người dân có quyền được xét nghiệm, khám khi nghi nhiễm virus và chữa bệnh khi dương tính với chủng mới của virus Corona. Cho đến nay, tại Việt Nam có hàng trăm người dương tính với virus Corona, nhiều người đã bình phục và chưa có trường hợp nào tử vong. Trong số những người nhiễm bệnh và được điều trị khỏi bệnh tại Việt Nam có công dân Việt Nam và người nước ngoài (mang quốc tịch Anh, Hoa Kỳ, Trung Quốc, Nam Phi, Sec, Latvia, Pháp, Thụy Điển…)[30]. Điều này cho thấy, mọi cá nhân đều có quyền phòng, khám và chữa bệnh tại Việt Nam.

Thứ ba, *quyền phòng, chống dịch bệnh của nhóm người yếu thế:* Trong xã hội có nhiều nhóm người yếu thế như trẻ em, người khuyết tật, người già… Trong dịch bệnh, nhóm người này là nhóm dễ bị tổn thương nhất. Quy định pháp luật và các chính sách của Việt Nam đã thực sự quan tâm và tôn trọng quyền của nhóm yếu thế. Ví dụ: Ngày 07/04/2020, Bộ Y tế ban hành Quyết định số 1588/QĐ-BYT về việc ban hành tài liệu chuyên môn "Hướng dẫn tạm thời quản lý sức khỏe người cao tuổi, người mắc bệnh mạn tính tại tuyến y tế cơ sở trong bối cảnh dịch Covid-19" và "Hướng dẫn chăm sóc sức khỏe phòng chống dịch Covid-19 cho người cao tuổi tại cộng đồng". Các bản hướng dẫn với hình vẽ và thông tin chi tiết cho người cao tuổi và người cao tuổi mắc bệnh mãn tính về Covid-19; cung cấp thông tin sức khỏe bản thân; kiểm soát các bệnh mãn tính; đảm bảo chế độ dinh dưỡng… Ngày 20/4/2020, Bộ y tế ban hành Quyết định số 1773/QĐ-BYT về việc ban hành "Sổ tay hướng dẫn một số biện pháp phòng chống dịch Viêm đường hô hấp cấp do SARS-COV-2 (Covid-19) đối với người khuyết tật tại cộng đồng". Sổ tay hướng dẫn cung cấp thông tin rõ ràng với hình vẽ chi tiết về Covid-19; hướng dẫn người khuyết tật phòng, chống Covid-19; hướng dẫn cho người chăm sóc, tổ chức người khuyết tật và vì người khuyết tật. Sổ tay hướng dẫn là tư liệu hữu ích đối với nhóm người khuyết tật, người cao tuổi, người cao tuổi mắc bệnh mãn tính. Điều này cho thấy, pháp luật, chính sách của Việt Nam thực sự quan tâm tới quyền con người của nhóm yếu thế trong đại dịch Covid-19.

Thứ tư, hạn chế một số quyền cá nhân để đảm bảo quyền của cộng đồng: Để đảm bảo quyền lợi của cộng đồng khi dịch bệnh xảy ra, mỗi cá nhân bị hạn chế quyền con người của mình. Nói cách khác, cá nhân hạn chế một số quyền con người của mình nhằm đảm bảo quyền của cộng đồng vượt qua

[28] Xem Mục 7, Quyết định 447/QĐ-TTg về việc công bố dịch Covid-19.
[29] Xem Mục 8, Quyết định 447/QĐ-TTg về việc công bố dịch Covid-19.
[30] Nguồn từ Bộ Y tế Việt Nam, https://ncov.moh.gov.vn/web/guest/trang-chu, truy cập ngày 25/4/2020.

dịch bệnh - trong đó có cả quyền lợi của cá nhân đó. Điều này thể hiện rất rõ trong các quy định của Việt Nam và thực tiễn phòng, chống dịch Covid-19 tại Việt Nam. Cụ thể:

(i) *Cá nhân bị hạn chế quyền tự do cá nhân như tự do đi lại, tự do cư trú và một số quyền tự do cá nhân khác:* Vào ngày 31/3/2020, Thủ tướng Chính phủ ra Chỉ thị số 16/CT-TTg về thực hiện các biện pháp cấp bách phòng, chống dịch Covid-19. Theo đó, "*thực hiện cách ly toàn xã hội trong vòng 15 ngày kể từ 0 giờ ngày 01 tháng 4 năm 2020 trên phạm vi toàn quốc theo nguyên tắc gia đình cách ly với gia đình, thôn bản cách ly với thôn bản, xã cách ly với xã, huyện cách ly với huyện, tỉnh cách ly với tỉnh, phân xưởng, nhà máy sản xuất phải bảo đảm khoảng cách an toàn, đeo khẩu trang, thực hiện khử trùng, diệt khuẩn theo quy định. Yêu cầu mọi người dân ở tại nhà, chỉ ra ngoài trong trường hợp thật sự cần thiết như mua lương thực, thực phẩm, thuốc men, cấp cứu, làm việc tại nhà máy, cơ sở sản xuất, cơ sở kinh doanh dịch vụ, hàng hóa thiết yếu không bị đóng cửa, dừng hoạt động và các trường hợp khẩn cấp khác; thực hiện nghiêm việc giữ khoảng cách tối thiểu 2m khi giao tiếp; không tập trung quá 2 người ngoài phạm vi công sở, trường học, bệnh viện và tại nơi công cộng*"[31]. Sau khi triển khai thực hiện Chỉ thị 16/CT-TTg, số ca nhiễm virus giảm rõ rệt, trong vòng 07 ngày liên tiếp không có ca nhiễm mới[32]. Có thể thấy, trong trường hợp này, quyền của cá nhân bị hạn chế là cần thiết vì lợi ích cộng đồng trong đại dịch Covid-19.

(ii) *Cá nhân bị hạn chế quyền bí mật thông tin cá nhân:* Bảo vệ quyền bí mật cá nhân là quyền cơ bản của con người. Tuy vậy, trong tình hình dịch bệnh bùng phát trên phạm vi quốc gia và trên toàn cầu, cá nhân bị hạn chế quyền bí mật thông tin cá nhân. Theo Luật Phòng chống bệnh truyền nhiễm năm 2007, tất cả những người mắc bệnh truyền nhiễm, người nhập cảnh từ vùng có dịch đều phải khai báo y tế. Theo đó, cơ quan có thẩm quyền có quyền: "*giám sát các trường hợp mắc bệnh, bị nghi ngờ mắc bệnh và mang mầm bệnh truyền nhiễm bao gồm thông tin về địa điểm, thời gian, các trường hợp mắc bệnh, tử vong; tình trạng bệnh; tình trạng miễn dịch; đặc điểm chủ yếu về dân số và các thông tin cần thiết khác. Trong trường hợp cần thiết, cơ quan y tế có thẩm quyền được lấy mẫu xét nghiệm ở người bị nghi ngờ mắc bệnh truyền nhiễm để giám sát"*[33]. Trong đại dịch Covid-19, những người nghi ngờ mắc bệnh hoặc về từ vùng có dịch đều phải cung cấp thông tin về tình trạng sức khỏe, lộ trình đi lại, người gặp gỡ. Những thông tin này hữu ích để Việt Nam xác định các đối tượng là F0, F1, F2, F3 và F4[34] để có biện pháp giám sát và

[31] Mục 1 Chỉ thị số 16/CT-TTg về thực hiện các biện pháp cấp bách phòng, chống dịch Covid-19.

[32] Nguồn: Bộ Y tế Việt Nam, https://ncov.moh.gov.vn/web/guest/trang-chu, truy cập ngày 25/4/2020.

[33] Khoản 1 Điều 21 Luật Phòng chống bệnh truyền nhiễm năm 2007.

[34] F0 là bệnh nhân dương tính hoặc được xử lý như dương tính với Covid-19; F1 là người tiếp xúc trực tiếp với ca dương tính; F2 là người tiếp xúc trực tiếp với F1; F3 là người tiếp xúc trực tiếp với F2; Xem thông tin tại website của Bệnh viện Bạch Mai, Hà Nội: http://bachmai.gov.vn/tin-tuc-va-su-kien/y-hoc-thuong-thuc-menuleft-32/6102-cach-phan-loai-cach-ly-ngua-lay-dich-covid-19-ai-cung-can-biet.html, truy cập ngày 25/4/2020.

cách ly phù hợp. Những thông tin thuộc về "bí mật cá nhân" của cá nhân trong tình huống dịch bệnh phải cung cấp cho cơ quan có thẩm quyền. Quyền cá nhân này bị hạn chế, nhưng những thông tin có được sẽ giúp ích rất lớn trong việc khoanh vùng, giám sát, xử lý phù hợp đối với những cá nhân có nguy cơ lây nhiễm tránh lây nhiễm sang cộng đồng. Quyền lợi của cộng đồng được đảm bảo khi cá nhân hạn chế quyền bí mật cá nhân trong đại dịch.

(iii) *Hạn chế quyền tự do kinh doanh:* Quyền tự do kinh doanh là quyền kinh tế của con người, nhưng trong đại dịch Covid-19 quyền này của con người bị hạn chế để đảm bảo quyền của cộng đồng trong hoạt động phòng và chống dịch. Điển hình, văn bản số 153/TB-VPCP ngày 10/4/2020 của Văn phòng Chính phủ thông báo kết luận của Thủ tướng Chính phủ Nguyễn Xuân Phúc tại cuộc họp Thường trực Chính phủ về phòng, chống Covid-19, trong đó giao Bộ Y tế: "*Trước mắt, tạm dừng xuất khẩu các loại thuốc sử dụng trong điều trị COVID19*". Ngày 15/4/2020, Cục Quản lý Dược, Bộ Y tế ban hành Công văn số 4162/QLD-KD về việc tạm dừng xuất khẩu thuốc phòng, chống Covid-19 với nội dung: "*Để đảm bảo nguồn cung, có dự trữ thuốc phòng, chữa bệnh cho nhân dân, Cục Quản lý Dược yêu cầu các đơn vị sản xuất, xuất khẩu, nhập khẩu thuốc tạm dừng việc xuất khẩu thuốc theo Danh mục thuốc sử dụng trong điều trị Covid-19 ban hành kèm theo Công văn này từ ngày 16/4/2020 đến khi có thông báo mới của Cục Quản lý Dược*". Rõ ràng, để đảm bảo quyền lợi của người dân Việt Nam - quyền tập thể, các chủ thể kinh doanh thuốc đã bị hạn chế quyền tự do kinh doanh của cá nhân. Việc hạn chế quyền tự do kinh doanh của các chủ thể này trong tình hình đại dịch là cần thiết để đảm bảo khả năng kiểm soát dịch trong nước của Việt Nam.

2.2. Quyền con người trong chính sách về kinh tế

Trong đại dịch Covid-19, các cá nhân tổ chức thực hiện hoạt động kinh doanh tại Việt Nam gặp khó khăn rất lớn. Để quyền tự do kinh doanh của con người được đảm bảo, Việt Nam đã có hàng loạt những chính sách phù hợp để hỗ trợ các chủ thể kinh doanh vượt qua khó khăn của đại dịch. Cụ thể:

Thứ nhất, trong lĩnh vực thuế: Thủ tướng Chính phủ có Công văn số 197/TTg-KTTH ngày 07/02/2020 về việc miễn thuế nhập khẩu đối với mặt hàng khẩu trang y tế, nước rửa tay sát trùng; nguyên liệu để sản xuất khẩu trang, nước sát trùng, các vật tư, thiết bị cần thiết phục vụ việc phòng, chống dịch viêm đường hô hấp cấp do virus Corona gây ra. Cùng ngày 07/02/2020, Bộ Tài chính ban hành Quyết định số 155/QĐ-BTC về việc Ban hành danh mục các mặt hàng được miễn thuế nhập khẩu phục vụ phòng, chống dịch viêm đường hô hấp cấp do chủng mới của virus Corona gây ra. Theo đó, các mặt hàng như khẩu trang y tế, nước rửa tay sát trùng, nước sát trùng (chế phẩm diệt khuẩn dạng dung dịch), nguyên liệu để sản xuất khẩu trang y tế, bộ trang phục phòng chống dịch được được miễn thuế nhập khẩu[35]. Ngày 27/3/2020, Bộ Tài

[35] Xem danh mục các mặt hàng được miễn thuế nhập khẩu phục vụ phòng, chống dịch viêm đường hô hấp cấp do chủng mới của virus Corona gây ra tại Quyết định số 155/QĐ-BTC.

chính ban hành Quyết định số 436/QĐ-BTC về việc bổ sung mặt hàng được miễn thuế nhập khẩu tại danh mục các mặt hàng được miễn thuế nhập khẩu phục vụ phòng, chống dịch viêm đường hô hấp cấp do chủng mới của virus Corona gây ra, ban hành kèm theo Quyết định số 155/QĐ-BTC. Các chủ thể kinh doanh những mặt hàng nêu trên được ưu đãi rất lớn về thuế, nên quyền tự do kinh doanh của chủ thể trong lĩnh vực này được mở rộng.

Bên cạnh đó, các chủ thể kinh doanh còn được Nhà nước hỗ trợ về gia hạn nộp thuế; miễn tiền nộp chậm thuế; gia hạn tiền thuê đất. Ngày 03/3/2020, Tổng cục thuế ban hành Công văn số 897/TCT-QLN về gia hạn nộp thuế, miễn tiền chậm nộp do ảnh hưởng bởi dịch bệnh Covid-19. Công văn số 897/TCT-QLN ghi nhận: "*Để kịp thời tháo gỡ khó khăn cho người nộp thuế bị thiệt hại bởi dịch bệnh Covid-19 gây ra, góp phần giúp cho người nộp thuế ổn định sản xuất kinh doanh, vượt qua khó khăn; Tổng cục Thuế đề nghị đồng chí Cục trưởng Cục Thuế các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương chỉ đạo triển khai việc thực hiện gia hạn nộp thuế, miễn tiền chậm nộp cho người nộp thuế theo các quy định của Luật Quản lý thuế hiện hành và các văn bản hướng dẫn thi hành"*. Ngoài ra, Chính phủ còn ban hành Nghị định số 41/2020/NĐ-CP ngày 08/4/2020 về gia hạn thời hạn nộp thuế và tiền thuê đất. Nghị định này quy định việc gia hạn thời hạn nộp thuế giá trị gia tăng, thuế thu nhập doanh nghiệp, thuế thu nhập cá nhân và tiền thuê đất (Điều 1). Theo đó[36]: (1) Đối với thuế giá trị gia tăng: Thời gian gia hạn là 05 tháng, kể từ ngày kết thúc thời hạn nộp thuế giá trị gia tăng theo quy định của pháp luật về quản lý thuế; (2) Đối với thuế thu nhập doanh nghiệp: Thời gian gia hạn là 05 tháng, kể từ ngày kết thúc thời hạn nộp thuế thu nhập doanh nghiệp theo quy định của pháp luật về quản lý thuế; (3) Đối với thuế giá trị gia tăng, thuế thu nhập cá nhân của hộ gia đình, cá nhân kinh doanh: Thực hiện nộp số tiền thuế được gia hạn tại khoản này chậm nhất là ngày 31/12/2020; (4) Đối với tiền thuê đất: Thời gian gia hạn là 05 tháng kể từ ngày 31/5/2010. Đây là chính sách kịp thời để tháo gỡ những khó khăn cho các chủ thể kinh doanh. Qua đó cho thấy, những chính sách hỗ trợ về thuế đã góp phần thúc đẩy hoạt động kinh doanh nói riêng và đảm bảo quyền tự do kinh doanh của chủ thể kinh doanh nói chung trong đại dịch Covid-19.

***Thứ hai**, trong lĩnh vực ngân hàng:* Ngay từ ngày 04/2/2020, Ngân hàng Nhà nước đã ban hành Công văn số 541/NHNN-TD về việc triển khai các giải pháp hỗ trợ khắc phục thiệt hại do ảnh hưởng của dịch do virus Corona (nCoV). Ngân hàng Nhà nước chỉ đạo các chi nhánh, phòng giao dịch, chủ động nắm bắt tình hình sản xuất kinh doanh, mức độ thiệt hại của khách hàng đang vay vốn do ảnh hưởng của dịch nCoV, nhất là những ngành, lĩnh vực có thể bị ảnh hưởng nhiều như du lịch, nông nghiệp, xuất khẩu... kịp thời áp dụng các biện pháp hỗ trợ, tháo gỡ khó khăn cho khách hàng như cơ cấu lại thời hạn trả nợ, xem xét miễn giảm lãi vay… theo quy định pháp luật hiện hành. Chủ động hướng dẫn, hỗ trợ người dân

[36] Xem khoản 1-4 Điều 3 Nghị định số 41/2020/NĐ-CP của Chính phủ về gia hạn thời hạn nộp thuế và tiền thuê đất.

trong quá trình xử lý các đề nghị tháo gỡ khó khăn về hoạt động vay vốn[37].

Ngày 13/3/2020, Ngân hàng Nhà nước tiếp tục ban hành Thông tư số 01/2020/TT-NHNN quy định về tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài cơ cấu lại thời hạn trả nợ, miễn, giảm lãi, phí, giữ nguyên nhóm nợ nhằm hỗ trợ khách hàng chịu ảnh hưởng do dịch Covid-19. Tiếp đến, ngày 31/3/2020, Ngân hàng Nhà nước Việt Nam ban hành Chỉ thị số 02/CT-NHNN về giải pháp cấp bách của ngành ngân hàng nhằm tăng cường phòng, chống và khắc phục khó khăn do tác động của dịch bệnh Covid-19. Ngân hàng Nhà nước Việt Nam đã triển khai kịp thời các giải pháp chính sách như: Điều hành linh hoạt các công cụ chính sách tiền tệ, tỷ giá, cơ cấu lại thời hạn trả nợ, miễn, giảm lãi, giữ nguyên nhóm nợ, giảm đồng thời các mức lãi suất điều hành để hỗ trợ sản xuất, kinh doanh, miễn, giảm phí thanh toán. Những giải pháp của ngành Ngân hàng đã và đang được triển khai quyết liệt, bước đầu tháo gỡ khó khăn cho khách hàng vay vốn[38]. Bên cạnh đó, Ngân hàng Nhà nước chỉ đạo các tổ chức tín dụng tập trung tín dụng cho các lĩnh vực ưu tiên, lĩnh vực sản xuất kinh doanh; thường xuyên theo dõi, đánh giá diễn biến và tác động của dịch bệnh đối với khả năng tăng trưởng tín dụng toàn ngành để xem xét điều chỉnh chỉ tiêu tín dụng đối với các tổ chức tín dụng nhằm đáp ứng đầy đủ kịp thời vốn phục vụ sản xuất kinh doanh, nhất là các ngành, lĩnh vực bị ảnh hưởng bởi dịch bệnh, tạo điều kiện cho khách hàng vay vốn tiếp tục vay mới khôi phục sản xuất; tiếp tục kiểm soát chặt chẽ tín dụng vào các lĩnh vực tiềm ẩn rủi ro[39].

Chính sách hỗ trợ trong lĩnh vực ngân hàng rất kịp thời trong đại dịch đã góp phần tháo gỡ những khó khăn đối với các chủ thể kinh doanh. Theo đó, chủ thể kinh doanh có thể được tiếp cận các nguồn vốn. Ngoài ra, những chủ thể đang có khoản vay tại các tổ chức tín dụng gặp khó khăn bởi đại dịch Covid-19 có cơ hội được cơ cấu lại thời hạn trả nợ, miễn, giảm lãi, giữ nguyên nhóm nợ, giảm đồng thời các mức lãi suất điều hành để hỗ trợ sản xuất, kinh doanh, miễn, giảm phí thanh toán. Những chính sách này thực sự đảm bảo quyền tự do kinh doanh của chủ thể kinh doanh.

Thứ ba, hạn chế quyền tự do kinh doanh nhằm đảm bảo quyền của cộng đồng - quyền tập thể: Đại dịch Covid-19 xảy ra kéo theo những khó khăn về lương thực, dược phẩm và nhu yếu phẩm khác. Vì vậy, để đảm bảo nguồn cung trong nước, Việt Nam đã đưa ra hàng loạt các quy định nhằm hạn chế xuất khẩu các mặt hàng như: Gạo, dược phẩm và một số mặt hàng khác.

Ngày 25/3/2020, Bộ Công Thương ban hành Quyết định số 987/QĐ-BCT về việc thành lập Đoàn kiểm tra liên ngành đi làm việc với các địa phương và doanh nghiệp xuất khẩu gạo chủ chốt để rà soát, kiểm tra, đánh giá về nguồn cung thóc gạo, tình hình

[37] Xem Mục 1.2 Công văn số 541/NHNN-TD về việc triển khai các giải pháp hỗ trợ khắc phục thiệt hại do ảnh hưởng của dịch do virus corona (nCoV).

[38] Xem phần mở đầu của Chỉ thị số 02/CT-NHNN về giải pháp cấp bách của ngành ngân hàng nhằm tăng cường phòng, chống và khắc phục khó khăn do tác động của dịch bệnh Covid-19.

[39] Xem II.5 Chỉ thị số 02/CT-NHNN về giải pháp cấp bách của ngành ngân hàng nhằm tăng cường phòng, chống và khắc phục khó khăn do tác động của dịch bệnh Covid-19.

xuất khẩu gạo, thực hiện dự trữ lưu thông và tình hình thực hiện hợp đồng xuất khẩu gạo. Đoàn kiểm tra có nhiệm vụ làm việc với các địa phương, các doanh nghiệp xuất khẩu gạo chủ chốt, rà soát, kiểm tra, đánh giá về nguồn cung thóc gạo, tình hình xuất khẩu gạo và thực hiện dự trữ lưu thông, tình hình thực hiện hợp đồng xuất khẩu gạo, trên cơ sở đó, xây dựng báo cáo Thủ tướng Chính phủ xem xét, quyết định về điều chỉnh hoạt động xuất khẩu gạo theo đúng quy định (Điều 2 Quyết định số 987/QĐ-BCT). Ngày 28/3/2020, Bộ Công Thương ban hành Công văn số 2237/BCT-XNK về việc xuất khẩu gạo trong bối cảnh dịch bệnh và hạn hán, xâm nhập mặn. Bộ Công Thương đã báo cáo Thủ tướng Chính phủ với nội dung và đề xuất như sau: (1) *Nguyên tắc:* Trong bối cảnh dịch bệnh Covid-19 đang diễn biến hết sức phức tạp, cần bảo đảm tuyệt đối an ninh lương thực quốc gia, không để xảy ra tình trạng thiếu lương thực trong bất kỳ hoàn cảnh nào; bảo đảm an ninh lương thực quốc gia, có biện pháp hợp lý để duy trì chuỗi sản xuất lúa gạo; hỗ trợ tiêu thụ thóc, gạo cho người nông dân với giá tốt; bảo đảm mục tiêu "kép" là chiến thắng dịch bệnh và duy trì sản xuất, tăng trưởng kinh tế. (2) *Phương án*: Có thể cho phép tiếp tục xuất khẩu gạo, nhưng phải kiểm soát chặt số lượng xuất khẩu theo từng tháng, trước mắt là tháng 4 và tháng 5 năm 2020. Điều này cho thấy, việc xuất khẩu gạo trong đại dịch bị hạn chế.

Bên cạnh việc hạn chế xuất khẩu gạo, Việt Nam còn tạm dừng xuất khẩu các loại thuốc sử dụng trong điều trị Covid-19 (đã được phân tích ở mục 2.1). Qua đó cho thấy, để đảm bảo quyền lợi của cộng đồng người Việt Nam, Nhà nước đã đưa ra những quy định nhằm hạn chế quyền tự do kinh doanh của chủ thể kinh doanh. Tuy vậy, quy định hạn chế quyền này không vi phạm quyền con người. Đây là quy định làm hài hòa quyền của cá nhân với quyền của tập thể.

3. Kết luận

Để đánh giá một cách toàn diện về những chính sách của Việt Nam đối với người dân trong đại dịch Covid-19 cần phải có thời gian để tổng kết, đánh giá. Tuy vậy, xem xét dưới góc nhìn về quyền con người thì những chính sách mà Việt Nam đưa ra trong đại dịch Covid-19 đã thực sự tôn trọng và bảo vệ quyền con người. Những chính sách của Nhà nước đã bảo đảm quyền phòng, chống và khám, chữa bệnh của con người - quyền xã hội. Ngoài ra, trong giai đoạn khó khăn của dịch bệnh, Nhà nước đã đưa ra những chính sách nhất định kịp thời nhằm bảo đảm quyền tự do kinh doanh của con người - quyền kinh tế. Dù là quyền kinh tế hay xã hội thì những chính sách của Việt Nam đặc biệt quan tâm tới các nhóm người yếu thế trong xã hội như người khuyết tật, trẻ em, người cao tuổi… Những quy định pháp luật đưa ra luôn đảm bảo hài hòa giữa quyền cá nhân và quyền tập thể.

BÌNH LUẬN KHOA HỌC ÁN LỆ SỐ 05/2016/AL

Tưởng Duy Lượng*

Tóm tắt: *Bài viết bình luận khoa học về án lệ số 05/2016/AL được Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao thông qua ngày 06/4/2016 và được công bố theo Quyết định số 220/QĐ-CA ngày 06/4/2016 của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao.*

Abstract: *The article provides a commentary on the case law no. 05/2016/AL rendered by the Council of the Supreme People's Court dated 6th April 2016 and publicized under the Decision no. 220/QD-CA dated 6th April 2016 by the President of the Supreme People's Court.*

1. Tóm tắt án lệ[1]

Nội dung vụ án

Tại đơn khởi kiện ngày 18/7/2008 và trong quá trình giải quyết vụ án, bà Nguyễn Thị Thưởng, bà Nguyễn Thị Xuân trình bày: Cha mẹ các bà là cụ Nguyễn Văn Hưng (chết năm 1978), cụ Lê Thị Ngự (chết năm 1992) có 06 người con là bà Nguyễn Thị Xê, ông Nguyễn Chí Trải, bà Nguyễn Thị Xuân, bà Nguyễn Thị Thưởng, bà Nguyễn Thị Trinh và ông Nguyễn Chí Trai. Ông Trai có vợ là bà Ông Thị Mạnh và có 05 người con là anh Nguyễn Thuần Lý, anh Nguyễn Thuần Huy, chị Nguyễn Thị Quới Đường, anh Nguyễn Chí Đạt (sinh năm 1966) và anh Nguyễn Chí Đạt (sinh năm 1968). Tại Quyết định số 413/2008 ngày 31/3/2008, Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh đã tuyên bố ông Trai, bà Mạnh, anh Thuần Huy, chị Quới Đường, anh Nguyễn Chí Đạt (sinh năm 1968) là đã chết.

Căn nhà số 263 đường Trần Bình Trọng, Phường 4, Quận 5, Thành phố Hồ Chí Minh do cụ Hưng, cụ Ngự nhận chuyển nhượng đất của ông Đào Thành Phụng năm 1953, đến năm 1966 thì hai cụ xây dựng nhà ở như hiện nay. Nhà đất chưa được cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở, quyền sử dụng đất, chỉ mới kê khai năm 1999. Cụ Hưng, cụ Ngự chết đều không để lại di chúc, căn nhà hiện nay do chị Nguyễn Thị Thuý Phượng là con ông Nguyễn Chí Trải đang quản lý. Quá trình quản lý, chị Phượng cho bà Nguyễn Thị Bích Đào thuê một phần căn nhà để làm lò bánh mì. Khi chị Phượng ở đây có sửa chữa nhà nhưng không đáng kể. Vợ chồng ông Trải không có đóng góp gì vào việc xây dựng và sửa chữa vì ông Trải đi cải tạo, còn bà Tư vợ ông Trải không có nghề nghiệp, con còn bé không có thu nhập để có tiền đóng góp. Nếu chị Phượng có chứng cứ chứng minh chi phí sửa chữa và yêu cầu thì các bà sẽ trả.

Các nguyên đơn yêu cầu chia thừa kế căn nhà này theo quy định của pháp luật và xin được nhận nhà, hoàn lại bằng tiền cho các thừa kế khác. Chị Phượng không thuộc diện thừa kế nên phải trả lại nhà, không đồng ý hỗ trợ chị Phượng đi nơi khác.

Bị đơn là chị Nguyễn Thị Thuý Phượng trình bày: Chị thống nhất về quan hệ gia đình. Cha chị là ông Nguyễn Chí Trải, mẹ chị là bà Nguyễn Thị Tư có 03 người con gồm chị, anh Nguyễn Chí Đức, chị Nguyễn

* Trọng tài viên Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam (VIAC).

[1] Toàn văn án lệ số 05/2016/AL xem tại: https://anle.toaan.gov.vn/webcenter/portal/anle/chitietanle?dDocName=TAND014301, truy cập ngày 5/1/2020.

Thị Thuý Loan (anh Đức, chị Loan hiện sống ở Canada). Căn nhà số 263 đường Trần Bình Trọng là của ông bà nội chị mua từ năm 1953, khi đó là nhà ngói, vách ván. Năm 1955, cha chị kết hôn với mẹ chị và cha mẹ chị ở tại căn nhà này. Năm 1978, cha chị xuất cảnh sang Mỹ, mẹ chị chết năm 1980. Chị sống tại căn nhà này từ nhỏ đến nay, đã sửa chữa nhà nhiều lần như làm cửa nhôm, xây tường phần gác lửng, lát gạch men sân thượng, xây tường phía sau nhà. Chị có phần thừa kế của cha chị vì năm 2006 cha chị đã lập tờ cho đứt chị tài sản thừa kế ở Việt Nam nên chị được phần thừa kế mà cha chị được hưởng của cụ Hưng, cụ Ngự. Chị không đồng ý yêu cầu của các nguyên đơn, vì thời hiệu chia thừa kế đã hết, hiện tại chị và 02 con của chị đang sống tại căn nhà này. Chị có cho bà Nguyễn Thị Bích Đào thuê một phần nhà làm lò bánh mì, chị và bà Đào sẽ tự giải quyết với nhau về việc thuê nhà.

Bị đơn là ông Nguyễn Chí Trải trình bày: Tại văn bản ngày 14/10/2009, ông Trải có đơn đề nghị với nội dung ngày 25/4/2006 ông có giấy cho chị Phượng được hưởng phần tài sản thừa kế mà ông được hưởng của cha mẹ tại Việt Nam, nay ông xin huỷ bỏ văn bản trên và bằng văn bản này ông xin uỷ quyền cho bà Thưởng, bà Xuân thay mặt ông tại tòa án, khi tòa xét xử xong phần tài sản thừa kế của ông xin được trao hết cho con trai ông là anh Nguyễn Chí Đức hiện cư trú tại Canada.

Sau khi xét xử sơ thẩm, ngày 22/4/2010, ông Trải có Đơn tường trình nội dung ông không đồng ý chia thừa kế nhà 263 Trần Bình Trọng mà giao cho chị Phượng tiếp tục trông nom để ở, ông và vợ ông đã có công sức đóng góp tiền của vào căn nhà này. Nhưng đến ngày 14/7/2010, ông Trải lại có văn bản với nội dung ông cho con trai là anh Nguyễn Chí Đức phần tài sản ông được nhận thừa kế của cha mẹ. Ngày 11/3/2011, ông Trải có Tờ tường trình nội dung ông đồng ý với quyết định của Bản án sơ thẩm, ông không kháng cáo.

Người có quyền lợi nghĩa vụ liên quan:

- Bà Nguyễn Thị Trinh (là con cụ Hưng, cụ Ngự) trình bày: Bà thống nhất như trình bày của các nguyên đơn về quan hệ gia đình và nguồn gốc tài sản. Năm 1966 nhà bị hư dột, cha mẹ bà có sửa lại nhà có sự đóng góp của các con trong đó có bà nhưng bà không yêu cầu phần bà đã đóng góp. Việc chị Phượng cho rằng, cha mẹ chị và chị có đóng góp trong việc sửa chữa nhà là không đúng. Bà đề nghị kỷ phần thừa kế của bà giao cho bà Xuân, bà Thưởng quản lý; đề nghị bà Đào, chị Phượng trả lại nhà.

- Anh Nguyễn Chí Đạt (sinh năm 1966), anh Nguyễn Thuần Lý trình bày: Cha mẹ các anh là ông Nguyễn Chí Trai, bà Ông Thị Mạnh cùng 03 người em của các anh đều đã chết trên biển khi vượt biên vào năm 1982. Các anh đồng ý với ý kiến của nguyên đơn về việc chia thừa kế, xin được hưởng thừa kế tài sản của cụ Hưng, cụ Ngự và giao cho bà Thưởng, bà Xuân quản lý.

- Bà Nguyễn Thị Xê (là con của cụ Hưng, cụ Ngự) thống nhất với trình bày của các nguyên đơn về quan hệ gia đình và yêu cầu của các nguyên đơn, kỷ phần thừa kế bà được hưởng cho 02 con của bà là Phạm Thị Vui và Phạm Thị Liên.

- Lời khai của chị Nguyễn Thị Thuý Loan, anh Nguyễn Chí Đức theo giấy uỷ quyền lập ngày 21/5/2007 (đã được hợp pháp hoá lãnh sự) thì chị Loan, anh Đức ủy quyền cho chị Phượng quyết định mọi sự

việc liên quan đến những tranh chấp hay phân chia tài sản và nhà đất bên Việt Nam (Giấy ủy quyền này do chị Phượng xuất trình theo đơn của chị Phượng đề ngày 25/3/2011, sau khi xét xử sơ thẩm).

Chị Loan có đơn (kèm theo văn bản uỷ quyền) với nội dung xin vắng mặt phiên toà ngày 13/8/2009. Về tài sản tranh chấp cha mẹ chị có tiền đóng góp, còn các cô chú khác không đóng góp gì. Sau năm 1975, mọi người đi hết, chỉ còn mình chị Phượng ở với ông bà, đề nghị Tòa cho chị Phượng ở lại nhà đất tranh chấp.

Tại Bản án dân sự sơ thẩm số 3363/2009/DSST ngày 18/11/2009, Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh quyết định:

- Xác định nhà đất tại 263 Trần Bình Trọng là di sản thừa kế của cụ Nguyễn Văn Hưng, cụ Lê Thị Ngự; mỗi kỷ phần thừa kế được hưởng là 10.655.687.000 : 6 = 1.775.947.800 đồng.

- Buộc mẹ con chị Phượng và bà Đào giao lại nhà đất tranh chấp cho bà Thưởng, bà Xuân. Bà Thưởng, bà Xuân có trách nhiệm trả cho các thừa kế khác bằng tiền mà họ được hưởng.

- Ghi nhận việc ông Nguyễn Chí Trải cho con là anh Nguyễn Chí Đức được nhận kỷ phần thừa kế của ông.

Ngày 30/11/2009, chị Nguyễn Thị Thuý Phượng có đơn kháng cáo có nội dung cho rằng cụ Hưng, cụ Ngự chết đã quá 10 năm nên thời hiệu khởi kiện về thừa kế không còn.

Ngày 15/3/2011, chị Phượng có đơn kháng cáo bổ sung nội dung:

- Cha chị là ông Trải không đồng ý chia và đồng ý cho chị quản lý căn nhà này. Các đồng thừa kế không có văn bản xác nhận nhà tranh chấp là tài sản chung chưa chia. Cha mẹ chị và các con trong đó có chị đã sống ổn định hơn 50 năm tại căn nhà này, đã bảo quản, giữ gìn căn nhà nhưng nay lại buộc mẹ con chị phải ra khỏi nhà là không thấu tình đạt lý.

Tại Bản án dân sự phúc thẩm số 116/2011/DS-PT ngày 10/5/2011, Tòa phúc thẩm Toà án nhân dân tối cao tại Thành phố Hồ Chí Minh quyết định: Giữ nguyên Bản án sơ thẩm.

Ngày 16/6/2011, chị Nguyễn Thị Thuý Phượng có đơn đề nghị giám đốc thẩm Bản án dân sự phúc thẩm nêu trên.

Tại Quyết định số 158/2014/KN-DS ngày 06/5/2014, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao đã kháng nghị Bản án dân sự phúc thẩm nêu trên; đề nghị Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao xét xử giám đốc thẩm huỷ Bản án dân sự phúc thẩm nêu trên và Bản án dân sự sơ thẩm số 3363/2009/DSST ngày 18/11/2009 của Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh; giao hồ sơ vụ án cho Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh xét xử sơ thẩm lại theo quy định của pháp luật.

Tại phiên tòa giám đốc thẩm, đại diện Viện kiểm sát nhân dân tối cao nhất trí kháng nghị của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao.

Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao nhận định:

Vợ chồng cụ Nguyễn Văn Hưng (chết năm 1978), cụ Lê Thị Ngự (chết năm 1992) có 06 người con gồm bà Nguyễn Thị Xê, ông Nguyễn Chí Trải, bà Nguyễn Thị Xuân, bà Nguyễn Thị Thưởng, bà Nguyễn Thị Trinh và ông Nguyễn Chí Trai. Vợ chồng ông Nguyễn Chí Trai, bà Ông Thị Mạnh có

05 người con là anh Nguyễn Thuần Lý, anh Nguyễn Thuần Huy, chị Nguyễn Thị Quới Đường, anh Nguyễn Chí Đạt (sinh năm 1966), anh Nguyễn Chí Đạt (sinh năm 1968). Ông Trai, bà Mạnh, anh Huy, chị Đường, anh Nguyễn Chí Đạt (sinh năm 1968) bị tuyên bố chết ngày 31/3/2008 theo Quyết định số 413/2008 ngày 31/3/2008 của Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh.

Cụ Hưng, cụ Ngự chết đều không để lại di chúc. Các con của hai cụ và chị Phượng (con ông Trải) đều thừa nhận căn nhà số 263 đường Trần Bình Trọng, Phường 4, Quận 5, Thành phố Hồ Chí Minh do cụ Hưng, cụ Ngự nhận chuyển nhượng của ông Đào Thành Phụng năm 1953 là tài sản của hai cụ tạo lập, hiện tại đang do chị Phượng quản lý, sử dụng.

Năm 2008, bà Xuân, bà Thưởng khởi kiện yêu cầu chia thừa kế di sản của cụ Hưng, cụ Ngự để lại.

Các đương sự đều xác định ông Trải định cư tại Mỹ trước ngày 01/7/1991. Tòa án cấp sơ thẩm, phúc thẩm căn cứ Nghị quyết 1037/2006/NQ-UBTVQH11 ngày 27/7/2006 của Uỷ ban Thường vụ Quốc hội xác định thời hiệu khởi kiện thừa kế đối với di sản của cụ Hưng vẫn còn là có cơ sở. Đối với di sản của cụ Ngự thì đã hết thời hiệu khởi kiện yêu cầu chia thừa kế, nhưng ông Trải và các đồng thừa kế của hai cụ đều thừa nhận di sản của cụ Ngự là tài sản chung của các thừa kế chưa chia và đều nhất trí chia đều cho các thừa kế. Do đó, Tòa án cấp sơ thẩm, phúc thẩm căn cứ tiểu mục a điểm 2.4 mục 2 phần I Nghị quyết số 02/2004/NQ-HĐTP ngày 10/8/2004 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn áp dụng pháp luật trong việc giải quyết các vụ án dân sự, hôn nhân và gia đình để chia phần di sản của cụ Ngự cho các thừa kế là có căn cứ.

Cụ Hưng chết năm 1978, theo quy định của Luật Hôn nhân và gia đình năm 1959 thì ông Trải được hưởng 1/7 kỷ phần thừa kế của cụ Hưng. Phần tài sản ông Trải được hưởng của cụ Hưng là tài sản chung của vợ chồng ông Trải, bà Tư. Bà Tư chết năm 1980, các thừa kế của bà Tư gồm ông Trải và 03 người con của ông Trải, bà Tư trong đó có chị Phượng. Như vậy, chị Phượng được hưởng một phần tài sản của mẹ là bà Tư, nhưng ông Trải đã định đoạt toàn bộ kỷ phần thừa kế mà ông được hưởng của cụ Hưng cho anh Đức là chưa đúng.

Chị Phượng sinh năm 1953 và các đương sự xác định chị Phượng ở tại nhà của ông, bà từ nhỏ đến nay. Từ năm 1982, chị Phượng đã là chủ hộ khẩu tại nhà đất này, cụ Ngự còn sống nhưng ở nơi khác, bà Thưởng chuyển hộ khẩu về tại đây từ năm 1979 nhưng không ở đây, nên chị Phượng đã trực tiếp quản lý, sử dụng nhà đất tranh chấp từ sau khi cụ Ngự chết đến nay. Các đương sự khác đều có nơi ở ổn định nơi khác. Khi chia thừa kế và tài sản chung, Tòa án cấp sơ thẩm và phúc thẩm không xem xét tạo điều kiện cho chị Phượng có chỗ ở mà buộc chị Phượng phải giao lại nhà cho các nguyên đơn trong đó có phần quyền tài sản chị Phượng được hưởng thừa kế của mẹ là bà Tư là chưa phù hợp.

Tuy chị Phượng không phải thừa kế thuộc hàng thừa kế thứ nhất của cụ Hưng, cụ Ngự, nhưng là cháu nội của hai cụ và có nhiều công sức quản lý, đã chi tiền sửa chữa nhà nhưng trong quá trình giải quyết vụ án, chị Phượng không yêu cầu xem xét công sức vì chị Phượng cho rằng vụ án đã hết thời hiệu chia thừa kế, không đồng ý trả nhà

đất cho các thừa kế. Như vậy, yêu cầu của chị Phượng đề nghị xác định quyền lợi là lớn hơn yêu cầu xem xét về công sức, nhưng Tòa án cấp sơ thẩm, phúc thẩm chưa xem xét công sức cho chị Phượng là giải quyết chưa triệt để yêu cầu của đương sự.

Vì các lẽ trên, căn cứ vào khoản 3 Điều 297, khoản 1, 2 Điều 299 Bộ luật Tố tụng Dân sự đã được sửa đổi, bổ sung năm 2011;

Quyết định

Huỷ toàn bộ Bản án dân sự phúc thẩm số 116/2011/DS-PT ngày 10/5/2011 của Tòa phúc thẩm Tòa án nhân dân tối cao tại Thành phố Hồ Chí Minh và huỷ toàn bộ Bản án dân sự sơ thẩm số 3363/2009/DSST ngày 18/11/2009 của Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh về vụ án tranh chấp thừa kế tài sản giữa nguyên đơn là bà Nguyễn Thị Thưởng, bà Nguyễn Thị Xuân với bị đơn là chị Nguyễn Thị Thuý Phượng và những người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan khác.

Giao hồ sơ vụ án cho Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh xét xử sơ thẩm lại theo quy định của pháp luật.

Nội dung án lệ

"Cụ Hưng chết năm 1978, theo quy định của Luật Hôn nhân và gia đình năm 1959 thì ông Trải được hưởng 1/7 kỷ phần thừa kế của cụ Hưng. Phần tài sản ông Trải được hưởng của cụ Hưng là tài sản chung của vợ chồng ông Trải, bà Tư. Bà Tư chết năm 1980, các thừa kế của bà Tư gồm ông Trải và 03 người con của ông Trải, bà Tư trong đó có chị Phượng.

Tuy chị Phượng không phải thừa kế thuộc hàng thừa kế thứ nhất của cụ Hưng, cụ Ngự, nhưng là cháu nội của hai cụ và có nhiều công sức quản lý, đã chi tiền sửa chữa nhà nhưng trong quá trình giải quyết vụ án, chị Phượng không yêu cầu xem xét công sức vì chị Phượng cho rằng vụ án đã hết thời hiệu chia thừa kế, không đồng ý trả nhà đất cho các thừa kế. Như vậy, yêu cầu của chị Phượng đề nghị xác định quyền lợi là lớn hơn yêu cầu xem xét về công sức, nhưng Tòa án cấp sơ thẩm, phúc thẩm chưa xem xét công sức cho chị Phượng là giải quyết chưa triệt để yêu cầu của đương sự".

2. Bình luận

2.1. Xác định di sản thừa kế, thời điểm mở thừa kế, diện được hưởng di sản thừa kế của cụ Nguyễn Văn Hưng và cụ Lê Thị Ngự

Cụ Hưng chết năm 1978, cụ Ngự chết năm 1992 đều không để lại di chúc. Hai cụ có 6 người con là bà Nguyễn Thị Xê, ông Nguyễn Chí Trải, bà Nguyễn Thị Xuân, bà Nguyễn Thị Thưởng, bà Nguyễn Thị Trinh và ông Nguyễn Chí Trai. Trong số các con hai cụ có ông Nguyễn Chí Trải định cư tại Mỹ trước ngày 01/7/1991. Ngày 18/7/2008, nguyên đơn khởi kiện yêu cầu chia di sản thừa kế của hai cụ nên Tòa án cấp sơ thẩm, Tòa án cấp phúc thẩm áp dụng Bộ luật Dân sự năm 2005, Nghị quyết số 1037/2006/NQ-UBTVQH11 ngày 27/7/2006 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội xác định thời hiệu khởi kiện chia di sản thừa kế của cụ Hưng vẫn còn, nhưng đối với di sản của cụ Ngự thì đã hết thời hiệu khởi kiện chia thừa kế là đúng[2].

Trong phần nội dung vụ án chưa có thông tin về phần di sản của cụ Ngự đã hết

[2] Thời hiệu khởi kiện về quyền thừa kế là 10 năm kể từ thời điểm mở thừa kế (Điều 648 Bộ luật Dân sự năm 1995, Điều 645 Bộ luật Dân sự năm 2005); Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định thời hiệu khởi kiện về thừa kế đối với di sản là động sản là 10 năm, nhưng nếu là bất động sản thì thời hiệu khởi kiện là 30 năm (Điều 623).

thời hiệu khởi kiện thì các thừa kế của cụ Ngự có ý kiến như thế nào (ví dụ như thống nhất hoặc không thống nhất là tài sản chung), làm cho phần mô tả nội dung vụ việc chưa đầy đủ, giảm tính khách quan về việc phản ánh diễn biến thực tế của vụ việc. Mặc dù trong phần nhận xét của quyết định giám đốc thẩm đã nêu rõ: *"Ông Trải và các đồng thừa kế của hai cụ đều thừa nhận di sản của cụ Ngự là tài sản chung của các thừa kế chưa chia và nhất trí chia đều cho các thừa kế. Do đó, Tòa án cấp sơ thẩm, phúc thẩm căn cứ tiểu mục a điểm 2.4 mục 2 phần I Nghị quyết số 02/2004/NQ-HĐTP ngày 10/8/2004 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn áp dụng pháp luật trong việc giải quyết các vụ án dân sự, hôn nhân và gia đình để chia phần di sản của cụ Ngự cho các thừa kế là có căn cứ"*. Tuy nhiên, khi đã là nhận xét (chứ không phải phản ánh lại tóm tắt diễn biến sự việc) thì tính chủ quan chứa đựng trong phần nhận xét sẽ nhiều hơn, nhưng cũng nhờ có đoạn nhận xét này mới biết thêm về diễn biến sự việc.

Tòa án các cấp cũng đã xác định đúng di sản của hai cụ là nhà đất tại 263 Trần Bình Trọng và chia cho 6 người con của hai cụ. Tuy nhiên, việc xác định toàn bộ giá trị nhà đất 10.655.687.000 đồng là di sản hai cụ và chia cho 6 người con của hai cụ, mỗi thừa kế được hưởng kỷ phần có giá trị 1.775.947.800 đồng là chưa chính xác.

Theo trình bày của các đương sự thì chị Phượng (con ông Trải) sống từ nhỏ tại nhà đất di sản của hai cụ. Sau khi hai cụ mất thì chị tiếp tục quản lý, sử dụng di sản và chị cho rằng mình "đã sửa chữa nhà nhiều lần như làm cửa nhôm, xây tường phần gác lửng, lát gạch men sân thượng, xây tường phía sau nhà". Phía nguyên đơn cũng thừa nhận lời khai của chị Phượng nhưng cho rằng chị chỉ sửa chữa nhỏ.

Như vậy, trong khối tài sản trên có phần công sức quản lý, sửa chữa của chị Phượng. Tòa án cấp sơ thẩm, Tòa án cấp phúc thẩm mặc nhiên coi toàn bộ giá trị tài sản (trong đó có công sức bảo quản, chi phí sửa chữa nâng cao giá trị di sản) đều thuộc di sản của hai cụ, đồng thời chưa xem xét nhu cầu chỗ ở của chị Phượng đã xử buộc chị ra khỏi nhà và giao toàn bộ hiện vật cho nguyên đơn, trong khi nhà đất có thể phân chia được cho những người có quyền lợi, có nhu cầu về chỗ ở là sai lầm nghiêm trọng.

2.2. Về Quyết định giám đốc thẩm số 39/2014/DS-GĐT ngày 09/10/2014 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao

Trên cơ sở nội dung vụ án, nhận định của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao có thể nhận thấy việc Hội đồng thẩm phán cho rằng, phán quyết của Tòa án nhân dân cấp sơ thẩm, cấp phúc thẩm có sai lầm nghiêm trọng khi xác định toàn bộ giá trị nhà đất là di sản của hai cụ, nên phán quyết đã xâm phạm quyền, lợi ích hợp pháp của chị Phượng là hoàn toàn đúng đắn. Tuy nhiên, tác giả có ý kiến về ba nội dung được đề cập trong Quyết định giám đốc thẩm như sau:

a) Di sản thừa kế *chưa được phân chia* cho các thừa kế (theo thỏa thuận của các thừa kế hay thông qua phán quyết của cơ quan có thẩm quyền) thì *có đương nhiên trở thành tài sản chung của vợ hoặc chồng các thừa kế?*

Tại Quyết định giám đốc thẩm số 39/2014/DS-GĐT ngày 09/10/2014 Hội đồng thẩm phán đã cho rằng, di sản của cụ Hưng dù chưa chia, phần di sản của cụ

Hưng mà ông Trải có thể được hưởng mặc nhiên trở thành tài sản chung vợ chồng ông Trải, bà Tư (vợ ông Trải) với nhận định: "Như vậy, chị Phượng được *hưởng một phần* tài sản của mẹ là *bà Tư*, nhưng *ông Trải* đã *định đoạt toàn bộ* kỷ phần thừa kế mà ông *được hưởng của cụ Hưng* cho anh Đức *là chưa đúng*".

Khi đưa ra đường lối này, Hội đồng thẩm phán viện dẫn Luật Hôn nhân và gia đình năm 1959, song không chỉ rõ dựa vào quy định tại điều nào của Luật này, nhưng theo tác giả, có lẽ Hội đồng thẩm phán căn cứ vào Điều 15.

Điều 15 Luật Hôn nhân và gia đình năm 1959 quy định: "Vợ và chồng đều có quyền sở hữu, hưởng thụ và sử dụng ngang nhau đối với tài sản có trước và sau khi cưới".

Mặc dù Luật Hôn nhân và Gia đình năm 1959 quy định chỉ có một chế độ tài sản, đó là tài sản chung của vợ chồng, không có chế độ tài sản riêng của vợ hay chồng, cũng không có nhiều chế độ tài sản (tài sản chung, tài sản riêng, tài sản theo thỏa thuận) như Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014. Mọi tài sản của vợ hay chồng có trước hay sau khi cưới đều là tài sản chung, nhưng cần phải thấy Luật Hôn nhân và Gia đình năm 1959 đã quy định tài sản được coi là tài sản chung thì nó phải thỏa mãn yêu tố "**có**" *trước* và *sau* khi cưới. Yếu tố "**có**" được hiểu là đã thuộc quyền sở hữu, quyền sử dụng đất… của một hay cả hai bên vợ và chồng. Luật không quy định về trường hợp tài sản có thể có (của vợ hay chồng- mới ở dạng khả năng) cũng là tài sản chung vợ chồng. Nói khác đi, luật không quy định tài sản có thể có trong tương lai là tài sản chung của vợ chồng, mà chỉ xác định tài sản đó là tài sản chung của vợ chồng khi tài sản đó đã "hiện hữu" thuộc quyền làm chủ (thể hiện quyền năng của chủ sở hữu) của vợ hay chồng thì mới thuộc tài sản chung[3].

Trong quan hệ thừa kế thì khác, khi một quan hệ thừa kế mở ra, những người trong diện thừa kế mới chỉ có "cái" được gọi là: "Quyền hưởng di sản thừa kế" đối với di sản, hay một phần di sản. Có quyền hưởng di sản thừa kế thì người thừa kế mới chỉ có khả năng trở thành chủ sở hữu tài sản thuộc di sản đó. Người có quyền hưởng di sản thừa kế chưa có quyền sở hữu ngay tài sản thuộc di sản hay sở hữu một phần tài sản thuộc di sản. Muốn trở thành chủ sở hữu tài sản thuộc di sản hay một phần tài sản thuộc di sản cần phải thỏa mãn một số yếu tố, đó là người thừa kế không bị truất quyền hưởng di sản, các người thừa kế không có tranh chấp và cùng nhau xác định sở hữu chung đối với tài sản thuộc di sản hoặc tự phân chia di sản... Chỉ từ thời điểm các thừa kế thỏa thuận di sản là tài sản chung hoặc việc phân chia di sản cho mỗi thừa kế đã thực hiện xong thì di sản đó hay một phần di sản đó mới thuộc sở hữu của các thừa kế hay của mỗi thừa kế. Khối tài sản đó được chuyển từ quan hệ pháp luật thừa kế thành quan hệ pháp luật sở hữu (đó là xét dưới góc độ bản chất, còn đối với những tài sản phải đăng ký như quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà, đất…, chỉ khi Nhà nước cấp

[3] Từ hiện hữu và làm chủ mà tác giả dùng sẽ được hiểu một cách tương đối, phản ánh tính thực tế. Ví dụ, một người gây thiệt hại về tài sản của một cặp vợ chồng, tức làm mất đi một lượng tài sản của họ, dù tại thời điểm người vợ (hay chồng) chết vẫn chưa được người gây thiệt hại bồi thường, chỉ sau khi một bên vợ hay chồng chết người gây thiệt hại mới bồi thường thì phần bồi thường đó vẫn là tài sản chung vợ chồng - do việc bồi thường chỉ là "khôi phục" lại cái vợ chồng đã có, nên vẫn thuộc một phần di sản của bên đã chết.

giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu cho tài sản đó thì từ thời điểm đó quyền sở hữu mới được xác lập trọn vẹn). Trường hợp có tranh chấp và còn thời hiệu thừa kế thì chỉ khi phán quyết phân chia di sản có hiệu lực, các tài sản của khối di sản đó mới thuộc quyền sở hữu của các thừa kế theo phán quyết. Trường hợp hết thời hiệu khởi kiện mới yêu cầu chia thừa kế và thời điểm Bộ luật Dân sự năm 2005 còn hiệu lực thì các thừa kế cũng không đương nhiên được hưởng di sản; hoặc thời điểm Bộ luật Dân sự năm 2015 có hiệu lực mà người đang chiếm hữu di sản đề nghị cơ quan tài phán xem xét về thời hiệu thì người có quyền hưởng di sản thừa kế mà không quản lý di sản ở thời điểm hết thời hiệu khởi kiện cũng sẽ không bao giờ trở thành chủ sở hữu đối với tài sản thuộc di sản hay một phần di sản thừa kế đó.

Bình luận nói trên cho phép rút ra rằng, thời điểm Bộ luật Dân sự năm 2005 trở về trước từ thời điểm mở thừa kế, quan hệ pháp luật thừa kế xuất hiện, khối tài sản do người chết để lại trở thành di sản của người chết để lại (được gọi là di sản thừa kế, thuộc quan hệ pháp luật thừa kế), chứ không đương nhiên trở thành sở hữu của những người thừa kế hay của người đang chiếm hữu thực tế di sản[4].

Tuy nhiên, với nội dung được nêu ra trong Quyết định giám đốc thẩm thì từ thời điểm mở thừa kế một phần di sản của cụ Hưng đã là tài sản của ông Trải, thuộc quyền sở hữu của vợ chồng ông Trải tương ứng với kỷ phần ông Trải được hưởng. Nếu không xác định thời điểm hình thành tài sản chung vợ chồng (tương ứng với kỷ phần của ông Trải) từ khi mở thừa kế thì xác định thời điểm hình thành tài sản chung vợ chồng vào thời điểm nào? Sẽ không có lựa chọn khác ngoài thời điểm mở thừa kế và nếu không thuộc quyền sở hữu của ông Trải (cùng với vợ ông, như trong Quyết định) thì tại sao trong Quyết định giám đốc thẩm lại viết: "Phần tài sản ông ***Trải được hưởng*** của cụ Hưng ***là tài sản chung*** của vợ chồng ***ông Trải, bà Tư***. Bà Tư chết năm 1980". Như vậy, bà Tư (vợ ông Trải) chết trước khi chia di sản thừa kế do cụ Hưng để lại, nhưng nghiễm nhiên bà Tư đã có quyền sở hữu chung đối với phần di sản mà ông Trải (sẽ được hưởng) dù đến nay vẫn chưa phân chia xong?

Tác giả cho rằng, trước thời điểm phán quyết của cơ quan có thẩm quyền được ban hành và có hiệu lực thì chính các thừa kế cũng chưa biết chính xác mình được sở hữu tài sản, phần tài sản cụ thể nào. Do đó, nội dung này được công nhận là án lệ sẽ phát sinh rất nhiều hệ lụy, làm rối loạn một số nguyên lý trong dân sự từ quyền tự định đoạt của người hưởng di sản thừa kế, về thời hiệu thừa kế, về quyền khởi kiện yêu cầu chia thừa kế của những người con dâu, con rể đối với phần di sản của bố mẹ vợ, bố mẹ chồng, về thừa kế thế vị, về xác định quan hệ pháp luật tranh chấp (tác giả sẽ làm rõ hơn nội dung này ở phần bình luận nội dung án lệ).

b) Quyết định giám đốc thẩm đã cho rằng: "Chị Phượng ***không yêu cầu*** xem xét công sức vì *chị Phượng cho rằng vụ án đã hết thời hiệu chia thừa kế, không đồng ý trả nhà đất cho các thừa kế*"

[4] Trước thời điểm Bộ luật Dân sự năm 2015 có hiệu lực, không ít người cho rằng, khi hết thời hiệu khởi kiện thì di sản thuộc sở hữu của các thừa kế hoặc của người đang chiếm hữu di sản. Trong số những người có ý kiến như tác giả vừa nêu đã viết, đăng trên tạp chí. Bạn đọc có thể tham khảo bài viết tại Tạp chí Tòa án số 9 năm 2003, tr. 20.

Nếu trong hồ sơ có đủ căn cứ kết luận là: "Chị Phượng ***không yêu cầu*** xem xét công sức", thì dù việc "chị Phượng không yêu cầu xem xét công sức" bất kể vì lý do gì (vì giá trị ít nên không yêu cầu, hoặc giá trị nhiều nhưng không muốn lấy, từ bỏ quyền lợi, đã nói rõ không yêu cầu…). Đây là quyền tự định đoạt của đương sự được quy định tại Điều 5 của Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2004, Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 và Điều 7 Bộ luật Dân sự năm 1995, Điều 4 Bộ luật Dân sự năm 2005, Điều 3, Điều 9 Bộ luật Dân sự năm 2015. Do đó, việc tòa án cấp sơ thẩm, phúc thẩm không xem xét, giải quyết công sức của chị Phượng là đúng.

Tuy nhiên, với lý giải sau từ "vì…" trong Quyết định giám đốc thẩm có lẽ phải giải thích việc sử dụng cụm từ "chị Phượng không yêu cầu xem xét công sức" là không chính xác so với diễn biến thực tế của vụ việc, được thể hiện trong các tài liệu chứng cứ đã thu thập trong hồ sơ vụ tranh chấp. Tại phần nội dung vụ án không thấy thể hiện chị Phượng từ bỏ quyền lợi này, nên tác giả cho rằng, ***không phải*** là "chị Phượng ***không yêu cầu*** xem xét công sức…" mà do hiểu biết pháp luật còn hạn chế, chị chưa trình bày đầy đủ, rõ ràng về các vấn đề, nhưng tòa án hai cấp không hỏi, không làm rõ chị Phượng có yêu cầu giải quyết hay không và yêu cầu về vấn đề này như thế nào.

Việc tòa án chưa hỏi, đương sự (chị Phượng) chưa trình bày, hay nói ngắn gọn là tòa án chưa làm rõ chị Phượng từ bỏ quyền lợi hay có yêu cầu giải quyết hoặc chưa yêu cầu giải quyết (về công sức) thì không được cho rằng "chị Phượng ***không*** yêu cầu xem xét công sức".

Theo quy định của Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2004 (sửa đổi, bổ sung năm 2011) và Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015, thẩm phán phải lấy lời khai của đương sự khi bản khai chưa đầy đủ, rõ ràng[5]; phải yêu cầu đương sự cung cấp tài liệu chứng cứ; thẩm phán có thể tiến hành một số biện pháp để thu thập tài liệu, chứng cứ[6]...

Về tố tụng tại phiên tòa, cả hai Bộ luật Tố tụng Dân sự cũng có quy định dành cho Hội đồng xét xử làm rõ những vấn đề hồ sơ chưa rõ, các bên trình bày chưa rõ ràng. Bên cạnh đó, thẩm phán có trách nhiệm hướng dẫn, giải thích pháp luật (trong vụ án này trước tiên là Bộ luật Tố tụng Dân sự, Bộ luật Dân sự) cho đương sự biết để họ thực hiện quyền, nghĩa vụ do Bộ luật quy định. Có thể do chị Phượng chưa hiểu rõ quy định của Bộ luật Dân sự, Bộ luật Tố tụng Dân sự, nên chưa trình bày hết, chưa nêu rõ những vấn đề liên quan đến lợi ích của mình cần được tòa án giải quyết, mà chỉ tập trung vào vấn đề thời hiệu; trong khi thẩm phán, Hội đồng xét xử sơ thẩm, Hội đồng xét xử phúc thẩm chưa làm tốt vai trò của mình theo quy định tại các Bộ luật, dẫn đến hồ sơ chưa đủ tài liệu, chứng cứ để đưa ra phán quyết phù hợp.

Có thể khẳng định sai sót nói trên là sai lầm nghiêm trọng về tố tụng, về luật nội dung là cơ sở cho kháng nghị và xét xử giám đốc thẩm (về khía cạnh vi phạm tố tụng), còn cơ sở cho việc kháng nghị, xét xử về nội dung chính là công sức quản lý, chi phí sửa chữa... của chị Phượng. Quyền lợi

[5] Điều 86 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2004 (sửa đổi, bổ sung năm 2011); Điều 98 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.

[6] Điều 85, Điều 173 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2004 (sửa đổi, bổ sung năm 2011); Điều 97, Điều 198 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.

này của chị Phượng chưa được tòa thu thập tài liệu, chứng cứ xem xét, giải quyết.

Như vậy, lẽ ra trong Quyết định kháng nghị và Quyết định giám đốc thẩm ít nhất phải chỉ rõ hai căn cứ nói trên thì sẽ phù hợp với thực tế và quy định của pháp luật.

c) Theo Quyết định giám đốc thẩm thì: "…Chị Phượng cho rằng vụ án đã *hết thời hiệu* chia thừa kế, không đồng ý trả nhà đất cho các thừa kế. Như vậy, yêu cầu của chị Phượng *đề nghị xác định quyền lợi* ***là lớn hơn*** *yêu cầu xem xét* ***về công sức***, nhưng Tòa án cấp sơ thẩm, phúc thẩm chưa xem xét công sức cho chị Phượng là giải quyết chưa triệt để yêu cầu của đương sự".

Theo tác giả, cách tiếp cận này của Quyết định giám đốc thẩm là chưa hợp lý, nếu không muốn nói là khiên cưỡng khi ở phần đầu của án lệ cho rằng: "***Quy định của pháp luật liên quan đến án lệ:*** *Khoản 1 Điều 5 và Điều 218 của Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2004*".

Cơ sở cho kết luận trên:

Một là, về vấn đề tự định đoạt tác giả đã bình luận ở điểm b tiểu mục 2.2.

Chị Phượng không phải nguyên đơn nên tác giả không bình luận về phạm vi khởi kiện. Vấn đề hết thời hiệu mà chị Phượng nêu ra không phải thuộc nội hàm của khái niệm phản tố mà chỉ là phản đối yêu cầu khởi kiện chia thừa kế, không muốn vụ kiện chia thừa kế diễn ra, nên cũng không liên quan đến phạm vi khởi kiện; do đó, không liên quan đến Điều 218 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2004 (sửa đổi, bổ sung năm 2011).

Hai là, ở thời điểm khởi kiện và giải quyết tranh chấp thì Bộ luật Dân sự năm 2005, Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2004 (sửa đổi, bổ sung năm 2011) đang có hiệu lực. Trong hai Bộ luật này không quy định khi hết thời hiệu khởi kiện về thừa kế thì di sản thuộc về ai (khác với quy định tại Điều 623 Bộ luật dân sự năm 2015), và cũng chưa có quy định cơ quan giải quyết tranh chấp chỉ xem xét thời hiệu khi có yêu cầu như quy định tại khoản 2 Điều 149 Bộ luật Dân sự năm 2015. Vì vậy, dù có hết thời hiệu khởi kiện về thừa kế, theo quy định của Bộ luật Dân sự 2005, chị Phượng cũng không có quyền lợi gì đối với khối di sản khi hết thời hiệu, trừ công sức bảo quản, duy trì và chi phí sửa chữa, tôn tạo… di sản (tác giả sẽ làm rõ thêm nội dung dưới đây), nên không hình thành mối tương quan về quyền lợi tài sản - đó là số lượng tài sản "hay giá trị tài sản" chị sẽ được hay sẽ mất khi hết thời hiệu để so sánh là "lớn" hay "nhỏ".

Theo quy định của Bộ luật Dân sự (năm 1995, năm 2005, năm 2015), đối với công sức bảo quản di sản, chi phí sửa chữa… của chị Phượng, việc còn thời hiệu hay hết thời hiệu khởi kiện chia thừa kế mà chị Phượng yêu cầu tòa án xem xét về công sức bảo quản di sản, chi phí sửa chữa… thì tòa án đều phải xem xét. Dù thời hiệu khởi kiện chia thừa kế đã hết thì công sức bảo quản, chi phí sửa chữa… cũng không bị hết thời hiệu, tòa án không xem xét, giải quyết khi có yêu cầu là sai, vi phạm quyền dân sự, quyền tố tụng dân sự của đương sự được quy định trong Bộ luật Dân sự, Bộ luật Tố tụng Dân sự. Trường hợp chị Phượng từ bỏ quyền lợi, không yêu cầu giải quyết về công sức bảo quản di sản, chi phí sửa chữa… thì Tòa không xem xét [Điều 5 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2004 (sửa đổi, bổ sung năm 2011)].

Từ các phân tích, bình luận nói trên có thể thấy, không hình thành mối quan hệ

"lớn" và "nhỏ" về quyền lợi khi chị Phượng đưa ra vấn đề hết thời hiệu như Quyết định giám đốc thẩm nêu ra và nay được chọn là án lệ.

Ba là, theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005 và Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2004 (sửa đổi, bổ sung năm 2011), dù hết thời hiệu yêu cầu chia thừa kế mà tất cả các thừa kế không có tranh chấp về thừa kế, cùng nhau thống nhất và khởi kiện đòi tài sản do người không thuộc diện được hưởng di sản thừa kế (chị Phượng thuộc trường hợp này - chị không phải thuộc hàng thừa kế thứ nhất - không được hưởng thừa kế) đang chiếm hữu, quản lý thì tòa án phải thụ lý, giải quyết buộc người đang chiếm hữu trả di sản cho các thừa kế (người khởi kiện), nếu người đang chiếm hữu không có công sức bảo quản, sửa chữa… di sản. Trường hợp người đang chiếm hữu, quản lý có công sức… và có yêu cầu thì tòa án giải quyết quyền lợi này, phần còn lại thuộc di sản thì người đang chiếm hữu, quản lý di sản (chị Phượng) vẫn phải trả lại các thừa kế. Nếu các thừa kế thống nhất di sản là tài sản chung của các thừa kế và kiện đòi người đang chiếm hữu, quản lý di sản trả lại thì người này cũng phải trả lại tài sản đó… Nếu các thừa kế vừa kiện đòi tài sản vừa yêu cầu chia tài sản chung thì tòa án chia tài sản chung theo thỏa thuận và quy định của Bộ luật Dân sự về sở hữu chung[7].

Như vậy, chỉ đôi nét phác họa cũng đủ để nhận thấy cách tiếp cận chưa chính xác của Quyết định giám đốc thẩm.

Tác giả đồng ý là bản án sơ thẩm, bản án phúc thẩm có sai lầm nghiêm trọng (về tố tụng và luật nội dung như phân tích ở trên). Do đó, việc kháng nghị, xét xử giám đốc thẩm để hủy cả hai bản án, giao về cho cấp sơ thẩm xét xử lại là hoàn toàn cần thiết, tác giả chỉ có quan điểm khác về cách tiếp cận của kháng nghị và Quyết định giám đốc thẩm. Bởi lẽ cách tiếp cận đó vừa không phù hợp với quy định của pháp luật thực định vừa không phù hợp về lý luận.

2.3. Về nội dung án lệ

Án lệ chứa đựng hai nội dung:

- Nội dung thứ nhất: *Yêu cầu của chị Phượng đề nghị xác định quyền lợi là* ***lớn hơn*** *yêu cầu xem xét về công sức, nhưng Tòa án cấp sơ thẩm, phúc thẩm chưa xem xét công sức cho chị Phượng là giải quyết chưa triệt để yêu cầu của đương sự (đã phân tích tại điểm c tiểu mục 2.2).*

- Nội dung thứ hai: *"…Phần tài sản ông Trải được hưởng của cụ Hưng* ***là tài sản chung*** *của vợ chồng ông Trải, bà Tư…".*

Di sản của cụ Hưng chưa chia, phần di sản của cụ Hưng mà ông Trải có thể được hưởng có *đương nhiên* trở thành *tài sản chung vợ chồng* ông Trải, bà Tư (vợ ông Trải) không và thời điểm hình thành tài sản chung này?

Tại điểm a tiểu mục 2 tác giả đã bước đầu phân tích về nội dung thứ hai của án lệ, ở phần này tác giả sẽ làm rõ hơn các luận điểm đã nêu ở trên.

Khi xác định một di sản chưa chia đã thuộc tài sản chung của vợ chồng sẽ phải xác định từ thời điểm mở thừa kế thì phần di sản (tương ứng với kỷ phần ông Trải được hưởng thừa kế) đã thuộc quyền sở hữu của ông Trải, đồng thời cũng được coi là tài sản chung của vợ chồng ông Trải bà Tư. Như vậy, thay vì là quan hệ thừa kế như luật quy định, với nội dung này của án lệ thì từ

[7] Có thể tham khảo các bài trong cuốn "Thời hiệu, thừa kế và thực tiễn xét xử" của tác giả Tưởng Duy Lượng do Nxb. Tư pháp ấn hành tháng 9/2017.

thời điểm mở thừa kế khối di sản mặc nhiên chuyển thành quan hệ sở hữu của các thừa kế (nếu không phải vậy thì sao xác định được tài sản chung của ông Trải, bà Tư như án lệ?). Với nội dung này của án lệ thì quan hệ thừa kế đã bị triệt tiêu ngay khi mở thừa kế, quy định về thời hiệu thừa kế (Điều 645 trong Bộ luật Dân sự năm 2005 và Điều 623 Bộ luật Dân sự năm 2015) không còn ý nghĩa, như vậy, về logic, cần bỏ quy định về thời hiệu thừa kế.

Mặc dù bà Tư (vợ ông Trải) đã chết, nhưng theo nội dung án lệ phải giải thích là bà Tư đương nhiên được hưởng một phần di sản của cụ Hưng thông qua quyền hưởng di sản của ông Trải (do chuyển sang sở hữu chung). Từ quy nạp này, logic tiếp theo dù ông Trải từ chối hưởng di sản của cụ Hưng thì bà Tư không mất quyền được hưởng ½ (kỷ phần) tương ứng với kỷ phần di sản mà ông Trải có thể được hưởng (ông Trải mất ½ quyền tự định đoạt về hưởng di sản). Trường hợp ông Trải chết trước cụ Hưng hoặc chết cùng một thời điểm cụ Hưng chết và bà Tư còn sống, thì con ông Trải cũng chỉ được hưởng ½ của 1 kỷ phần thừa kế (thừa kế thế vị), còn ½ thuộc quyền sở hữu của bà Tư. Nói khác đi, kỷ phần thừa kế của ông Trải đã trở thành tài sản chung vợ chồng, nên ông chỉ có ½ kỷ phần đó - nói theo án lệ là ½ tài sản chung đó.

Giả thiết ông Trải không có con, ông Trải chết trước hoặc sau cụ Hưng thì bà Tư có quyền khởi kiện yêu cầu chia khối tài sản do cụ Hưng để lại và bà được nhận toàn bộ phần tài sản tương ứng với kỷ phần của ông Trải có được trong quan hệ thừa kế (bà Tư, người không có quan hệ huyết thống, nuôi dưỡng, chỉ là quan hệ con dâu của cụ Hưng, nhưng có quyền khởi kiện chia tài sản mà cụ Hưng để lại - do theo án lệ đã mặc nhiên di sản được chuyển thành tài sản chung vợ chồng từ thời điểm mở thừa kế).

Khi đã xác định quyền hưởng di sản chuyển thành quyền sở hữu chung vợ chồng theo Điều 15 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 1959 thì sẽ xuất hiện cả trường hợp dù việc kết hôn của người thừa kế diễn ra sau thời điểm người để lại di sản thừa kế chết thì người vợ hay chồng mới kết hôn (nếu Luật Hôn nhân và Gia đình năm 1959 còn hiệu lực) với con của người để lại di sản cũng sẽ được hưởng một phần tài sản là di sản, do kỷ phần thừa kế mà người con này được hưởng chuyển thành tài sản chung vợ chồng. Bởi lẽ, Điều 15 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 1959 quy định tài sản có trước, trong, sau khi kết hôn đều là tài sản chung vợ chồng.

Với các bình luận trên, có thể thấy nguồn của án lệ chứa đựng sai lầm, nhưng đơn vị tham mưu chưa phát hiện sự không hợp lý và Hội đồng Thẩm phán chưa thấy hết những hệ lụy về lý thuyết và thực tiễn nên đã lựa chọn nội dung này trong Quyết định giám đốc thẩm là án lệ.

Nếu án lệ số 05 được duy trì, thì có nguy cơ là người vợ hay chồng, luật sư bảo vệ quyền lợi cho những đương sự này hoàn toàn có thể áp dụng án lệ để yêu cầu (nếu đã có chủ thể khác khởi kiện) hoặc chủ động khởi kiện chia di sản của bố, mẹ bên vợ hay chồng để yêu cầu hưởng ½ của một kỷ phần thừa kế (tương ứng với suất thừa kế) mà người vợ hay chồng mình sẽ được hưởng; các tòa án thụ lý, giải quyết và áp dụng án lệ này khi ra phán quyết sẽ là điều rất đáng suy nghĩ.

PHƯƠNG THỨC GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THÔNG QUA BAN PHÒNG NGỪA/BAN XỬ LÝ TRANH CHẤP TRONG HỢP ĐỒNG FIDIC 2017 VÀ KHUYẾN NGHỊ ĐỐI VỚI VIỆT NAM

Nguyễn Mai Linh*
Lê Thị Hà My**

Tóm tắt: *Bên cạnh các phương thức giải quyết tranh chấp điển hình trong thương mại quốc tế nói chung như trọng tài, hoà giải, toà án thì trong lĩnh vực xây dựng quốc tế tồn tại một phương thức giải quyết tranh chấp khác đó là thông qua Ban xử lý tranh chấp. Bài viết sẽ tập trung làm rõ các vấn đề pháp lý liên quan đến thẩm quyền, thủ tục giải quyết tranh chấp của ban xử lý tranh chấp, qua đó rút ra các khuyến nghị đối với Việt Nam.*

Abstract: *Beside the typical methods of dispute resolution in international trade such as arbitration, conciliation, and courts, in the field of international construction, there is another means of dispute settlement, that is Dispute Avoidance/Adjudication Board (DAAB). The article focuses on clarifying legal aspects related to DAAB's jurisdiction and dispute resolution procedure, it thereby makes certain proposals for Viet Nam.*

Đặt vấn đề

Bộ mẫu hợp đồng xây dựng quốc tế FIDIC được Hiệp hội quốc tế các kỹ sư tư vấn (FIDIC) thành lập sơ khai năm 1913[1]. Hiệp hội đã xây dựng phiên bản đầu tiên của Bộ mẫu hợp đồng FIDIC là Sách Đỏ từ năm 1953[2], Sách Vàng năm 1963[3], Sách

* ThS., Trường Đại học Luật Hà Nội.
** Chuyên viên pháp lý Công ty Honda Việt Nam.

[1] Hiệp hội FIDIC được thành lập từ Chiến tranh thế giới lần thứ nhất, khi 59 người gặp nhau tại một cuộc triển lãm thế giới ở Bỉ để thông qua hiến chương của Hiệp hội vào ngày 22/7/1913. Tuy nhiên, FIDIC thực sự trở thành một tổ chức quốc tế vào cuối những năm 1950, khi Úc, Canada, Nam Phi và Hoa Kỳ tham gia. Tiếp theo đến những năm 1960, các nước đang phát triển như Colombia, Malawi, Zambia và Zimbabwe tham gia vào Hiệp hội FIDIC tạo một bước phát triển hơn nữa, từ một tổ chức độc quyền đến một tổ chức toàn diện hơn và đến ngày nay có 102 quốc gia tham gia. Xem Ellis Baker, Ben Mellors, Scott Chalmers, Anthony Lavers, *FIDIC Contracts: Law and Practice*, 1st Edition, 2009, London, Informa Law from Routledge, tr. 1, https://fr.scribd.com/document/406989946/FIDIC-Contracts-Law-and-Practice-2009-pdf, truy cập ngày 3/2/2020.

[2] Sách Đỏ (Red Book - Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer) được hình thành vào tháng 8/1957 áp dụng cho các công trình xây dựng dân dụng như đường, cầu, đập, đường hầm, các công trình nước và nước thải, phù hợp cho nhà thầu (contractor) và kỹ sư (engineer) thiết kế công trình, dự án. Sau đó Sách Đỏ tiếp tục được sửa đổi, bổ sung năm 1987. Xem: The FIDIC Suite of Contracts, http://fidic.org/sites/default/files/FIDIC_Suite_of_Contracts_0.pdf, truy cập ngày 3/2/2020.

[3] Phiên bản Sách Vàng (Yellow Book – Conditions of Contract for Plant and Design-Build for Electrical and Mechanical Plant, and for Building and Engineering Works, Designed by the Contractor) đầu tiên vào năm 1963 cho các công trình cơ khí và điện. Mẫu hợp đồng này đã được thử nghiệm và vận hành cho phù hợp với các công trình xây dựng nhà máy sản xuất và lắp đặt, sau đó sửa đổi thành các phiên bản thứ 2 năm 1980 và phiên bản thứ 3 năm 1987.

Cam năm 1995[4]. Đặc biệt, năm 1999 sự ra đời của Bộ mẫu hợp đồng xây dựng cầu vồng (Rainbow) gồm 04 cuốn, thay thế cho tất cả các phiên bản trước đó[5] và tạo ra bước ngoặt lớn trong lĩnh vực hợp đồng xây dựng quốc tế. Sau 18 năm ra mắt và áp dụng, Hiệp hội đã sửa đổi phiên bản Bộ mẫu hợp đồng FIDIC 1999 để cho ra đời phiên bản 2017 với nhiều sự thay đổi vượt trội và toàn diện hơn[6]. Ngoài ra, năm 2019, Hiệp hội còn cho ra mắt Điều kiện hợp đồng cho công trình ngầm[7]. Việc ra đời các phiên bản mới đã chứng tỏ sự công nhận của cộng đồng kỹ sư quốc tế, nhà thầu, nhà đầu tư trong việc lựa chọn mẫu điều kiện hợp đồng FIDIC trong các dự án xây dựng có yếu tố nước ngoài của mình.

Trong mẫu điều kiện hợp đồng FIDIC 2017, bên cạnh những phương thức giải quyết tranh chấp bằng hoà giải, trọng tài quen thuộc trong các hợp đồng thương mại quốc tế, Hiệp hội đã cung cấp một phương thức giải quyết tranh chấp đặc thù của Hợp đồng xây dựng quốc tế đó là giải quyết tranh chấp thông qua Ban phòng ngừa/Ban xử lý tranh chấp (Dispute Avoidance/Adjudication Board - DAAB). Đây là một phương thức giải quyết tranh chấp đặc thù chỉ có trong mẫu Hợp đồng FIDIC bởi các nước theo hệ thống Common law chấp nhận vai trò của kỹ sư, kiến trúc sư, những người có chuyên môn trong lĩnh vực xây dựng, đồng thời đóng vai trò giải quyết tranh chấp giữa nhà thầu và chủ đầu tư trong các dự án xây dựng có yếu tố nước ngoài. Tuy nhiên, quan điểm này có thể không phù hợp với một số quốc gia theo hệ thống Civil law[8]. Như tại Việt Nam, thực tiễn sử dụng phương thức này còn hạn chế bởi có nhiều khó khăn và thực chất vai trò của kỹ sư/kiến trúc sư chưa được đề cao trong mối quan hệ hợp đồng giữa nhà thầu và chủ đầu tư tại Việt Nam. Và, khi các bên ký kết hợp đồng cũng chưa hiểu rõ được vai trò, ý nghĩa của phương thức giải quyết tranh chấp thông qua DAAB, nên cũng chưa tận dụng được hết những ưu việt của phương thức này mang lại. Do đó, bài viết sẽ tập trung phân tích các vấn đề pháp lý của DAAB và thực tiễn áp dụng, từ đó rút ra một số khuyến nghị đối với Việt Nam.

1. Lịch sử hình thành Ban phòng ngừa/Ban xử lý tranh chấp

Với mục đích tiết kiệm thời gian và chi phí cho việc giải quyết tranh chấp, các phiên bản Hợp đồng FIDIC từ năm 1957 đến năm 1987 đều quy định, bất kỳ tranh chấp nào phát sinh giữa chủ đầu tư và nhà

[4] Sách Cam (Orange Book - FIDIC Design-Build and Turnkey Contract) mẫu Hợp đồng áp dụng công trình thiết kế thi công và chìa khóa trao tay.

[5] Bốn cuốn bao gồm Sách Đỏ mới, Sách Vàng mới, Sách Bạc và Sách Xanh. Xem thêm Nguyễn Mai Linh, *Hợp đồng xây dựng quốc tế Fidic và sự hài hoà hoá của pháp luật Việt Nam*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật điện tử, Bộ Tư pháp, ngày 5/10/2019, http://tcdcpl.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/phap-luat-kinh-te.aspx?ItemID=299, truy cập ngày 3/2/2020.

[6] Bộ hợp đồng Fidic 2017 sửa đổi Sách Đỏ, Sách Vàng và Sách Bạc một cách đáng kể, toàn diện hơn nhiều, trải rộng hơn 200 trang và chứa 21 điều khoản với sự rõ ràng, minh bạch với mục tiêu chính là tăng sự rõ ràng, chắc chắn và nhằm hạn chế tranh chấp hơn để đạt được các dự án thành công hơn. Xem thêm Nguyễn Mai Linh, *Hợp đồng xây dựng quốc tế Fidic và sự hài hoà hoá của pháp luật Việt Nam*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật điện tử, Bộ Tư pháp, ngày 5/10/2019, http://tcdcpl.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/phap-luat-kin h-te.aspx?ItemID=299, truy cập ngày 3/2/2020.

[7] Sách Xanh ngọc (Emerald Book - Conditions of Contract for Underground Works), https://fidic.org/books/conditions-contract-underground-works-2019-emerald-book, truy cập ngày 3/2/2020.

[8] Axel-Volkmar Jaeger, Go¨tz-Sebastian Ho¨k, *FIDIC-A Guide for Practitioners,* Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2010, tr. 400.

thầu đều được giao cho các kỹ sư[9] trước khi giải quyết bằng trọng tài hoặc tòa án. Tuy nhiên, phương thức giải quyết tranh chấp thông qua các kỹ sư không thực sự hiệu quả do họ khó có thể đưa ra những quyết định mang tính công bằng, độc lập và khách quan cho nhà thầu. Dần dần, các kỹ sư đánh mất sự tín nhiệm của các nhà thầu trong quá trình giải quyết tranh chấp[10].

Trước yêu cầu cấp thiết đặt ra với một phương thức giải quyết tranh chấp với tiêu chí hiệu quả, nhanh chóng mà không đánh mất đi sự khách quan khi giải quyết những xung đột, mâu thuẫn giữa chủ đầu tư và nhà thầu khi thực hiện các hợp đồng xây dựng có yếu tố nước ngoài, dự án Đường hầm eo biển Manche - *"Anglo-French Channel Tunnel Project"* từ năm 1987 đến năm 1993 đã thiết kế một Ban giải quyết tranh chấp (*Dispute Resolution Board – DRB*)[11]. DRB có chức năng đưa ra các lời khuyên, kiến nghị cho các bên, giúp các bên giải quyết tranh chấp nội bộ. Thành viên của DRB là những kỹ sư giàu kinh nghiệm thực tế, họ được trao quyền tiếp cận công trình, hồ sơ tài liệu liên quan, được tham gia các buổi họp của nhà thầu và chủ đầu tư[12]. Mô hình này đã được sử dụng hiệu quả trong dự án Đường hầm eo biển Manche.

Với sự áp dụng thành công và hiệu quả của DRB trong dự án Đường hầm eo biển Manche, vào năm 1995, phương thức giải quyết tranh chấp thay thế mới thông qua Ban tranh chấp (Dispute Board-DB) lần đầu được FIDIC quy định tại Hợp đồng FIDIC Sách Cam (Thiết kế xây dựng và trao tay)[13]. Tiếp đó, sau một năm, FIDIC đã bổ sung phương thức giải quyết tranh chấp này vào Hợp đồng FIDIC bản sửa đổi lần thứ 4 của Sách Đỏ và Sách Vàng như một phương thức giải quyết tranh chấp được chấp nhận[14]. Năm 1999, FIDIC đã ghi nhận phương thức giải quyết tranh chấp thông qua DB hay còn được gọi là Ban xử lý tranh

[9] Các kỹ sư là người được các chủ đầu tư thuê và trả thù lao, bên cạnh nhiệm vụ thiết kế, giám sát công trình xây dựng, họ còn đảm nhận thêm nhiệm vụ khác là giải quyết tranh chấp giữa chủ đầu tư và nhà thầu thông qua việc đưa ra các kiến nghị trên tinh thần độc lập và khách quan.

[10] Christopher R. Seppälä, *Fidic and Dispute Adjudication Boards (DAB(s))*, 2015, tr.5, https://fidic.org/sites/default/files/webinar/PresentationCSeppFIDICandDisputeAdjudicationBoards.pdf, truy cập ngày 4/2/2020.

[11] London: *Dispute boards – modern approaches to dispute resolution in international projects*, First published in Global Arbitration Review Volume 8, Issue 4, https://www.whitecase.com/sites/default/files/files/download/publications/article-GAR-8-4-LONDON-Dispute-boards.pdf, truy cập ngày 4/2/2020.

[12] Alan Muir Wood, *Tunelling: Management by Design*, London, E & FN Spon, 2002, tr. 266, https://books.google.com.vn/books?id=NU2uDwAAQBAJ&pg=PA263&lpg=PA263&dq=Anglo-French+Channel+Tunnel+project+fidic&source=bl&ots=jaJ18znzNp&sig=ACfU3U0KSvkNnvTiOWBc0B-gD_F5yxztEA&hl=vi&sa=X&ved=2ahUKEwiYiKa-mvTmAhVnzjgGHe0SAJcQ6AEwD3oECAgQAQ#v=onepage&q=Anglo-French%20Channel%20Tunnel%20project%20fidic&f=false, truy cập ngày 3/2/2020.

[13] Thành viên của Ban tranh chấp là các kỹ sư có trình độ và nhiều kinh nghiệm trong lĩnh vực xây dựng, họ được lựa chọn bởi chủ đầu tư và nhà thầu và quyết định được đưa ra bởi DB còn có tính ràng buộc đối với các bên tranh chấp. *Xem thêm Điều* 20.4, Hợp đồng FIDIC 1995 Sách Cam: *"Trong vòng 56 ngày kể từ sau ngày nhận được yêu cầu, Ban Giải quyết tranh chấp, hoạt động với tư cách là một nhóm chuyên gia chứ không phải với tư cách là trọng tài viên, sẽ thông báo về quyết định của mình cho mỗi bên"*.

[14] Eugenio Zoppis, *DAAB and Dispute Resolution Under the 2017 FIDIC Forms of Contract, Centre for Construction Law and Dispute Resolution King's College, London,* https://www.researchgate.net/publication/329238426_DAAB_and_Dispute_Resolution_under_the_2017_FIDIC_Forms_of_Contract/link/5bfe4c7d92851c78dfaff882/download, truy cập ngày 4/2/2020.

chấp DAB - *"Dispute Adjudication Board"* là phương thức giải quyết tranh chấp đặc thù, bắt buộc phải có trong các mẫu Hợp đồng cho công trình xây dựng chính của mình. Năm 2008, FIDIC đã mở rộng chức năng của DAB trong Hợp đồng FIDIC Sách Vàng đồng (Thiết kế, xây dựng và vận hành). DAB trong phiên bản hợp đồng này là một cơ quan thường trực, không chỉ đóng vai trò giải quyết tranh chấp, mà còn giúp ngăn ngừa các tranh chấp phát sinh thông qua việc đưa ra các kiến nghị, lời khuyên cho các bên khi họ được yêu cầu[15]. Kế thừa tinh thần và vai trò của DAB trong Hợp đồng FIDIC 2008 Sách Vàng đồng, tại Phiên bản sửa đổi Hợp đồng FIDIC Bộ Cầu vồng năm 2017, Ban giải quyết tranh chấp xuất hiện với một tên mới - Ban phòng ngừa và xử lý tranh chấp (*Dispute Adjudication and Avoidance Board* – DAAB). Phiên bản Hợp đồng FIDIC 2017 ghi nhận những nỗ lực của các nhà soạn thảo để sửa đổi và bổ sung thêm những điểm nhằm làm rõ ràng hơn các quy định còn gây nhiều tranh cãi trong việc áp dụng và giải thích điều khoản hợp đồng, lấp đầy những lỗ hổng còn tồn tại trong phiên bản Hợp đồng FIDIC năm 1999.

2. Những điểm mới về Ban phòng ngừa/Ban xử lý tranh chấp trong Hợp đồng FIDIC 2017

Điểm mới về DAAB trong Hợp đồng FIDIC 2017 được thể hiện qua ba nội dung: (i) Chức năng của DAAB, (ii) Thành viên của DAAB và vai trò của kỹ sư, (iii) Thủ tục giải quyết tranh chấp và tính ràng buộc quyết định của DAAB.

(i) Chức năng của DAAB

Một điểm mới trong Hợp đồng FIDIC 2017 là bổ sung quy định về chức năng "Phòng ngừa tranh chấp" của DAAB. Theo đó, các bên có thể cùng nhau yêu cầu DAAB giúp thỏa thuận hoặc đưa ra sự hỗ trợ cho các bên khi bất kỳ vấn đề hay mâu thuẫn nào phát sinh. Giả sử khi các bên không thống nhất được cách giải thích một điều khoản trong hợp đồng, họ có thể cùng nhau đưa vấn đề này ra để xin ý kiến của DAAB[16] và ý kiến hay lời khuyên được đưa ra bởi DAAB sẽ không mang tính ràng buộc đối với họ[17]. Quy định này lần đầu được đưa vào Hợp đồng FIDIC 2008 Sách Vàng đồng nhằm đáp ứng nỗ lực thúc đẩy phòng ngừa tranh chấp của FIDIC[18], và quan trọng hơn là thúc đẩy chức năng chính của DAAB

[15] Điều 20.5 Phòng ngừa tranh chấp quy định: *"Vào bất cứ thời điểm nào do các bên thỏa thuận, họ có thể cùng nhau đưa một vấn đề lên DAB bằng văn bản với yêu cầu được cung cấp sự hỗ trợ và/hoặc thảo luận thông thường và nỗ lực để giải quyết bất kì sự bất đồng nào có thể phát sinh giữa các bên trong quá trình thực hiện hợp đồng. Sự hỗ trợ thông thường đó có thể diễn ra tại bất kì cuộc họp nào, bất kì cuộc kiểm tra địa điểm xây dựng nào hoặc không. Tuy nhiên, trừ khi các bên thỏa thuận khác, tất cả các bên phải có mặt trong các cuộc thảo luận đó. Các bên không bị ràng buộc phải thực hiện theo những khuyến nghị được đưa ra tại các cuộc họp đó và DAB không bị ràng buộc bởi bất kì quan điểm nào được đưa ra trong quá trình hỗ trợ thông thường, dù quan điểm đó được thể hiện bằng văn bản hay lời nói, tại bất cứ quá trình giải quyết tranh chấp hay quyết định trong tương lai".*

[16] Mr. I.A.F. Hendriksen & ir.P.G.A de Bruijin, *Fidic 2017: the revised dispute resolution procedure, 2018,* https://www.my.stibbe.com/mystibbe/attachment_dw.action?attkey=FRbANEucS95NMLRN47z%2BeeOgEFCt8EGQJsWJiCH2WAWBW0hl3oTMYkKxWKInbXtZ&nav=FRbANEucS95NMLRN47z%2BeeOgEFCt8EGQbuwypnpZjc4%3D&attdocparam=pB7HEsg%2FZ312Bk8OIuOIH1c%2BY4beLEAeAxX%2FWLjVY8k%3D&fromContentView=, truy cập ngày 5/2/2020.

[17] Điều 21.3, Hợp đồng FIDIC 2017 Sách Vàng, Sách Hồng.

[18] Trong hướng dẫn thực hiện Hợp đồng FIDIC Sách Vàng đồng ghi nhận rằng: "*Phòng ngừa còn hơn chữa bệnh, do đó DAB được ủy nhiệm vai trò nỗ lực hỗ trợ các bên tìm kiếm tiếng nói chung tại bất kỳ thời điểm nào".*

là đưa ra các quyết định nhanh chóng, hiệu quả. Năm 2015, Phòng Thương mại quốc tế (ICC) chính thức ghi nhận chức năng phòng ngừa tranh chấp trong Quy tắc Ban tranh chấp (*Dispute Board Rules*), quy định rằng Ban xử lý tranh chấp là: *"Một cơ quan thường trực bao gồm một hoặc ba thành viên, thường được thành lập sau khi các bên trong hợp đồng kí kết hoặc bắt đầu thực hiện hợp đồng. Ban xử lý tranh chấp được sử dụng để giúp các bên có thể ngăn ngừa hoặc giải quyết những mâu thuẫn, tranh chấp phát sinh trong quá trình thực hiện hợp đồng"*[19].

Ngoài ra, DAAB cũng có thể mời các bên hỗ trợ trong việc tránh tranh chấp xảy ra trong quá trình thực hiện dự án. Những lời khuyên và ý kiến của DAAB trong trường hợp này không ràng buộc đối với các bên và DAAB không bị ràng buộc bởi bất kỳ quan điểm nào khi đưa ra quyết định. Vì vậy, trong Hợp đồng FIDIC 2017, mục đích chính của DAAB là ngăn chặn các khiếu nại trở thành tranh chấp. Nếu nỗ lực ngăn chặn khiếu nại trở thành tranh chấp thất bại, DAAB sẽ tiếp tục thực hiện với tư cách là cơ quan giải quyết tranh chấp theo Hợp đồng FIDIC 2017.

Liên quan đến chức năng phòng ngừa tranh chấp của DAAB, có nhiều quan điểm khác nhau khi DAAB cùng một lúc thực hiện hai chức năng không tương thích với nhau khi vừa giải quyết tranh chấp, vừa là trung gian thực hiện chức năng phòng ngừa tranh chấp[20]. Với vai trò của một trung gian, phòng ngừa tranh chấp, thành viên của DAAB sẽ đưa ra các kiến nghị mang tính tương đối, nhằm cân bằng lợi ích và giúp các bên giữ mối quan hệ hữu hảo. Tuy nhiên, khi đóng vai trò là người xử lý tranh chấp, họ phải đưa ra các quyết định mang tính tuyệt đối, tuân thủ theo đúng hợp đồng và pháp luật nước sở tại. Dựa trên quan điểm này, có thể thấy hai chức năng của DAAB được quy định tại Hợp đồng FIDIC 2017 không tương xứng với nhau trong thực tiễn, người xử lý tranh chấp sẽ đánh mất sự vô tư và khách quan của mình khi trước đó họ đã đóng vai trò là một trung gian[21].

Trên thực tế, hiệu quả của chức năng phòng ngừa tranh chấp mang lại vẫn là một dấu hỏi lớn khi tại phiên bản Hợp đồng FIDIC 2017, các bên tham gia hợp đồng có quyền bỏ qua bước giải quyết tranh chấp

[19] Thủ tục giải quyết tranh chấp bởi Ban tranh chấp do ICC thiết lập có hiệu lực từ ngày 1/10/2015. Xem thêm: ICC, *Dispute Board Rules*, Điều 2, Điều 5, https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/dispute-boards/, khoản 5 Điều 2 ICC Dispute Board Rules: "(v) "Dispute Board" ("DB") means a Dispute Review Board ("DRB"), a Dispute Adjudication Board ("DAB") or a Combined Dispute Board ("CDB"), composed of one, three or more DB Members".

[20] Theo quan điểm của tác giả Robbie McCrea - một luật sư cao cấp đang hành nghề tại Anh: *"Trung gian - "mediator" sẽ là bên được tiết lộ các thông tin bảo mật và các lợi ích thương mại của các bên, vai trò của họ là giúp cho việc giải quyết tranh chấp được diễn ra một cách thuận lợi nhất. Tuy nhiên, người xử lý tranh chấp - "adjudicator" lại có nghĩa vụ phải đưa ra các quyết định dựa theo các quyền và nghĩa vụ pháp lý của các bên".* Xem thêm: Robbie McCrea, Senior Associate, Fenwick Elliott, *The 2017 FIDIC dispute resolution procedure: Part 1 - the new dispute resolution mechanism,* https://www.fenwickelliott.com/research-insight/articles-papers/contract-issues/2017-fidic-dispute-resolution-procedure-part-1, truy cập ngày 04/02/2020.

[21] Phán quyết trong vụ tranh chấp *Glencot Development and Design Co. Ltd v. Ben Barrett & Son (Contractors) Ltd 1, 2001* chỉ ra rằng, sự vô tư khách quan của DAB khi đóng vai trò thực hiện 2 chức năng được quy định trong mẫu hợp đồng FIDIC. Xem thêm: https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2001/02/glencot-development-and-design-co-ltd-v-ben-barrett-son-contractors-ltd-1?cc_lang=en, truy cập ngày 5/2/2020.

thông qua DAAB nếu DAAB không tồn tại khi tranh chấp phát sinh; và trong thực tiễn, nhà thầu cũng thường loại bỏ điều khoản liên quan tới giải quyết tranh chấp thông qua DAAB hay DAB ra khỏi hợp đồng của mình. Khi tranh chấp phát sinh và các bên không thể giải quyết được thì trọng tài hay tòa án sẽ là phương thức giải quyết tranh chấp được các bên lựa chọn. Ngoài ra, nếu không có một DAAB thường trực được các bên thỏa thuận lựa chọn trước khi tranh chấp phát sinh thì vai trò phòng ngừa tranh chấp của DAAB rất khó thực hiện. Chỉ khi nào trong hợp đồng tồn tại một DAAB đã được bổ nhiệm, thủ tục giải quyết tranh chấp thông qua DAAB mới được thực hiện và mang tính bắt buộc[22].

(ii) Thành viên của DAAB và vai trò của kỹ sư

Xét về tiêu chuẩn để trở thành thành viên của DAAB, dựa theo điều khoản chung về thỏa thuận xử lý tranh chấp nằm trong mỗi cuốn Hợp đồng FIDIC, có thể hiểu thành viên của DAAB phải là những kỹ sư, chuyên gia hay luật sư trong lĩnh vực xây dựng, có kinh nghiệm làm những công việc liên quan đến việc giải thích hợp đồng xây dựng. Bên cạnh đó, những người này còn phải thành thạo ngôn ngữ quy định trong hợp đồng[23]. Ngoài điều kiện về chuyên môn, thành viên của DAAB phải đảm bảo sự độc lập, vô tư, khách quan với chủ đầu tư, nhà thầu và kỹ sư được định nghĩa trong hợp đồng[24].

Trong trường hợp các bên muốn thành lập DAAB với duy nhất một thành viên, thành viên đó phải được lựa chọn dựa trên sự đồng thuận của cả hai bên. Trường hợp DAAB gồm ba thành viên, mỗi bên sẽ đưa ra đề cử một thành viên và sẽ phải chờ bên còn lại đồng ý. Thành viên thứ ba, với tư cách là Chủ tịch của DAAB, sẽ được lựa chọn dựa trên sự đồng thuận của cả hai bên. Mục đích chính của việc này là để thành lập một cơ quan giải quyết tranh chấp trung lập và không chịu ảnh hưởng bởi bất kì bên nào trong tranh chấp. Các Hợp đồng FIDIC còn cho phép các bên có thể thỏa thuận lựa chọn trước một danh sách các ứng cử viên cho vị trí thành viên của DAAB để đưa vào dữ liệu hợp đồng -*"Contract Data"*. Tuy nhiên, các bên sẽ chỉ được phép lựa chọn thành viên cho DAAB dựa trên danh sách này và mọi sự thay đổi thành viên của DAAB phải được sự nhất trí của cả hai bên tranh chấp[25].

Từ điều khoản thành viên của DAAB, có thể nhận thấy vai trò của kỹ sư được đề cao hơn trong phiên bản Hợp đồng FIDIC 2017. Trong hợp đồng xây dựng, kỹ sư là

[22] Điều 21.8: No DAAB In Place, Hợp đồng FIDIC 2017, Sách Vàng.

[23] Điều kiện chung về thỏa thuận xử lý tranh chấp, các Hợp đồng FIDIC, Điều 3 Sự đảm bảo có quy định: "*Khi chỉ định thành viên, chủ đầu tư và nhà thầu dựa vào những khả năng tiêu biểu của thành viên là người: (a) Có kinh nghiệm trong công việc mà nhà thầu thực hiện theo hợp đồng, (b) Có kinh nghiệm trong diễn giải tài liệu hợp đồng, xây dựng và kiến trúc và (c) Thành thạo về ngôn ngữ giao tiếp được xác định trong hợp đồng (hoặc ngôn ngữ do các bên và DAAB thỏa thuận*".

[24] Điều kiện chung về thỏa thuận xử lý tranh chấp, các Hợp đồng FIDIC, Điều 3 Sự đảm bảo quy định:*"Thành viên bảo đảm và thỏa thuận rằng ông/bà ta phải và sẽ phải vô tư và độc lập với chủ đầu tư, nhà thầu và nhà tư vấn. Thành viên sẽ thông báo ngay cho mỗi người trong số họ và cho các thành viên khác (nếu có), mọi sự việc hay tình huống có thể xuất hiện mâu thuẫn với sự bảo đảm và thỏa thuận của ông/bà ta là vô tư và độc lập"*.

[25] Điều 21.1, 21.2 Hợp đồng FIDIC 2017 Sách Hồng quy định trong trường hợp các bên không thỏa thuận được về thành viên của DAAB thì một cá nhân hoặc một tổ chức mà các bên đã thỏa thuận trong dữ liệu hợp đồng, theo sự yêu cầu của của một hay cả hai bên, sau khi trao đổi thỏa đáng với hai bên sẽ chỉ định thành viên của DAAB.

người làm việc theo hợp đồng của chủ đầu tư, chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn được làm rõ trong hợp đồng lao động, là người liên quan đến các vấn đề chuyên môn xây dựng[26]. Tuy nhiên, vai trò của kỹ sư không đơn thuần làm việc cho chủ đầu tư mà các quyết định kỹ sư đưa ra phải đảm bảo sự công bằng, vô tư, khách quan giữa chủ đầu tư và nhà thầu[27]. Sự vô tư, độc lập, khách quan của kỹ sư khi đưa ra các quyết định mang tính chuyên môn được thể hiện rõ trong mẫu hợp đồng FIDIC 2017 khi cho phép kỹ sư được bổ nhiệm vào thành viên của DAAB. Khi đó, kỹ sư có quyền đưa ra đánh giá các mâu thuẫn, tranh chấp về bồi thường thiệt hại, khiếu nại về thanh toán… giữa nhà thầu và chủ đầu tư, hành động này thể hiện vai trò trung lập của kỹ sư. Khi kỹ sư được bổ nhiệm vào thành viên của DAAB, họ sẽ được nhận thù lao của cả nhà thầu và chủ đầu tư, vì thế, đòi hỏi kỹ sư phải đóng vai trò trung lập khi đưa ra các quyết định.

(iii) Quy trình giải quyết tranh chấp và tính ràng buộc quyết định của DAAB

Quy trình giải quyết tranh chấp thông qua DAAB tại Hợp đồng FIDIC 2017 về cơ bản vẫn hàm chứa những quy định cốt lõi của phiên bản Hợp đồng FIDIC năm 1999. Cụ thể, khi tranh chấp phát sinh, các bên sẽ thực hiện thủ tục khiếu nại[28]. Khi một trong hai bên không đồng ý với quyết định của kỹ sư thì sẽ phải ra một thông báo không hài lòng (Notice of Dissatisfaction - NOD) trong thời hạn 28 ngày[29]; sau đó dựa trên NOD, các bên có thời hạn 42 ngày[30] để đệ trình tranh chấp ra DAAB. Các bên DAAB phải đưa ra quyết định trong vòng 84 ngày kể từ ngày tranh chấp được đệ trình tới DAAB hoặc khoảng thời gian do DAAB đề xuất và được các bên đồng ý, quyết định này sẽ ngay lập tức có giá trị ràng buộc và có hiệu lực với các bên[31]. Tổng thời gian để có quyết định cuối cùng của DAAB có thể kéo dài tối đa 322 ngày, trong khi đó tổng thời gian trong mẫu hợp đồng FIDIC 1999 là 126 ngày[32]. Việc kéo dài khoảng thời

[26] Điều 3.1 Hợp đồng FIDIC 2017 Sách Vàng: "The Employer shall appoint the Engineer, who shall carry out the duties assigned to the Engineer in the Contract".

[27] Mr. I.A.F. Hendriksen & ir.P.G.A de Bruijin, *Fidic 2017: The revised dispute resolution procedure, 2018,* https://www.my.stibbe.com/mystibbe/attachment_dw.action?attkey=FRbANEucS95NMLRN47z%2BeeOgEFCt8EGQJsWJiCH2WAWBW0hl3oTMYkKxWKInbXtZ&nav=FRbANEucS95NMLRN47z%2BeeOgEFCt8EGQbuwypnpZjc4%3D&attdocparam=pB7HEsg%2FZ312Bk8OIuOIH1c%2BY4beLEAeAxX%2FWLjVY8k%3D&fromContentView=1, truy cập ngày 5/2/2020.

[28] Điều 20 Hợp đồng FIDIC 2017, Sách Vàng, Sách Đỏ.

[29] Điều 3.7.5.(c) Hợp đồng FIDIC 2017, Sách Vàng: "This NOD shall be given within 28 days after receiving the Engineer's Notice of the determination under Sub-Clause 3.7.2 [*Engineer's Determination*]".

[30] Điều 21.4.1 (a) Hợp đồng FIDIC 2017, Sách Vàng: The reference of a Dispute to the DAAB (the "reference" in this Sub-Clause 21.4) shall: (a) If Sub-Clause 3.7 [*Agreement or Determination*] applied to the subject matter of the Dispute, be made within 42 days of giving or receiving (as the case may be) a NOD under Sub-Clause 3.7.5 [*Dissatisfaction with Engineer's determination*]. If the Dispute is not referred to the DAAB within this period of 42 days, such NOD shall be deemed to have lapsed and no longer be valid".

[31] Điều 21.4.3 Hợp đồng FIDIC 2017, Sách Vàng: "*The DAAB's decision: The DAAB shall complete and give its decision within: (a) 84 days after receiving the reference; or (b) Such period as may be proposed by the DAAB and agreed by both Parties".*

[32] Mr. I.A.F. Hendriksen & ir.P.G.A de Bruijin, *Fidic 2017: the revised dispute resolution procedure, 2018,* https://www.my.stibbe.com/mystibbe/attachment_dw.action?attkey=FRbANEucS95NMLRN47z%2BeeOgEFCt8EGQJsWJiCH2WAWBW0hl3oTM

gian với nhiều thủ tục hơn của DAAB trong phiên bản Hợp đồng FIDIC 2017 đã không đáp ứng được yêu cầu giải quyết tranh chấp nhanh chóng, linh hoạt như ý định ban đầu của DAAB.

Tính ràng buộc quyết định của DAAB trong Hợp đồng FIDIC 2017 cũng được quy định rõ hơn. Cho dù DAAB ban hành quyết định mang tính tạm thời hoặc quyết định cuối cùng trong việc giải quyết tranh chấp, các quyết định của DAAB đều ràng buộc với các bên và họ phải tuân thủ theo quyết định này ngay lập tức, bất kể các bên có đưa ra một NOD với quyết định mang tính tạm thời. Điều khoản quy định rằng, các bên buộc phải tuân thủ quyết định tạm thời của DAB đã được đề cập trong Hợp đồng FIDIC năm 1999[33]. Tuy nhiên, quy định không rõ ràng đã dẫn đến thực trạng là sau khi quyết định ràng buộc tạm thời được đưa ra và có hiệu lực, các bên phải thực hiện nghĩa vụ đã không thực hiện nghĩa vụ do không có một cơ chế ép buộc hay giám sát họ phải thực hiện nghĩa vụ của mình. Các phiên bản cũ của Hợp đồng FIDIC chỉ ghi nhận sự hỗ trợ của trọng tài trong việc yêu cầu thực thi quyết định của DAB khi đó là quyết định cuối cùng[34]. Sự thiếu sót trong quy định này dẫn tới hậu quả nhiều cơ quan giải quyết tranh chấp phải mất rất nhiều năm để tìm ra đáp án cho câu hỏi: *"Liệu trọng tài có hỗ trợ và giúp cho quyết định ràng buộc tạm thời của DAB có thể được thực thi ngay lập tức giống với quyết định ràng buộc cuối cùng hay không?"*[35]. Đến tận năm 2013, FIDIC mới đưa ra hướng dẫn của mình trong việc giải thích điều khoản không rõ ràng này. Tại văn bản hướng dẫn, FIDIC quy định trong trường hợp một bên không tuân thủ quyết định ràng buộc tạm thời của DAB, bên còn lại có thể yêu cầu trọng tài hỗ trợ để quyết định này được thực thi[36]. Hướng dẫn này đã được bổ sung trực tiếp vào Hợp đồng FIDIC 2017 tại Điều 21.7 về không thực hiện quyết định của DAAB[37], xóa bỏ lỗ hổng từ các phiên bản Hợp đồng trước đó.

Ngoài ra, trong trường hợp DAAB đưa ra một quyết định liên quan tới nghĩa vụ

YkKxWKInbXtZ&nav=FRbANEucS95NMLRN47z%2BeeOgEFCt8EGQbuwypnpZjc4%3D&attdocparam=pB7HEsg%2FZ312Bk8OIuOIH1c%2BY4beLEAeAxX%2FWLjVY8k%3D&fromContentView=1, truy cập ngày 5/2/2020.

[33] Điều 20.4, Hợp đồng FIDIC 1999 Sách Vàng: *"Quyết định sẽ ràng buộc cả hai bên, và sẽ có hiệu lực ngay lập tức trừ khi và cho đến khi nó được chỉnh sửa theo sự hòa giải hoặc theo quyết định đưa ra của trọng tài".*

[34] Điều 20.7, các phiên bản Hợp đồng FIDIC trước đó quy định rằng: *"Trong trường hợp một bên không tuân thủ quyết định cuối cùng và ràng buộc của Ban Tranh chấp, thì bên kia, trong khi không làm phương hại đến các quyền khác mà họ có thể có, có thể tự đưa việc không tuân thủ này lên trọng tài phân xử theo Điều 20.6 [Trọng tài]".*

[35] Christopher R. Seppälä, "*A welcome decision from Singapore: the Second Persero case", tại:* https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/cnstrcnl10&div=10&id=&page=, truy cập ngày 06/02/2020.

[36] FIDIC, *FIDIC Guidance Memorandom to Users of the 1999 Condition of Contract dated 1st, April 2013*, tr.2.

[37] Điều 21.7, Hợp đồng FIDIC 2017 Sách Hồng: *"Trong trường hợp một bên không thực hiện đúng với quyết định của DAB, dù đó là quyết định tạm thời hay quyết định ràng buộc và cuối cùng, thì bên còn lại có thể đưa việc không thực hiện lên giải quyết trực tiếp tại trọng tài theo Điều 21.6 về Trọng tài mà không ảnh hưởng tới các quyền khác của họ, trong trường hợp đó thì Điều 21.4 về Đạt được quyết định của DAAB và Điều 21.5 về Hòa giải sẽ không được áp dụng. Hội đồng trọng tài (được thành lập theo Điều 21.6) sẽ có thẩm quyền, bằng thủ tục giản lược hay rút gọn khác, yêu cầu việc thực hiện quyết định của DAB, dù là thông qua một biện pháp tạm thời hay một phán quyết (có thể phù hợp với quy định của luật áp dụng hay không)".*

thanh toán của một bên, nghĩa vụ này sẽ ngay lập tức phải được thực hiện sau khi bên được yêu cầu thanh toán nhận được hóa đơn lập bởi bên yêu cầu thanh toán. Bên yêu cầu thanh toán không có nghĩa vụ phải đưa ra bất kỳ giấy chứng nhận hay thông báo nào. Tại phiên bản Hợp đồng FIDIC 1999, vấn đề này không được quy định cụ thể và bị các bên có nghĩa vụ lợi dụng để trốn tránh trách nhiệm. Tuy nhiên, theo quan điểm và cách giải thích của một số cơ quan giải quyết tranh chấp các vụ việc thực tiễn, FIDIC đã đưa ra quy định rằng, quyết định ràng buộc tạm thời của DAB có hiệu lực với các bên kể từ khi nó được đưa ra, vì vậy nguyên tắc vận hành của quyết định tạm thời này là *"pay now, argue later"* (trả tiền trước, tranh luận sau)[38]. Vấn đề xem xét lại quyết định này đã hợp tình, hợp pháp hay chưa sẽ được quyết định ở các bước giải quyết tranh chấp tiếp theo. Để phòng ngừa rủi ro cho bên phải thanh toán trong trường hợp thực hiện nghĩa vụ thanh toán theo quyết định tạm thời của DAAB, FIDIC đã bổ sung một quy định liên quan tới biện pháp bảo đảm của bên nhận thanh toán. Theo đó, trong trường hợp bên phải thực hiện nghĩa vụ thanh toán đưa ra được cơ sở hợp lý rằng bên nhận thanh toán không có khả năng hoàn lại số tiền đã được thanh toán khi quyết định cuối cùng đưa ra trái ngược với quyết định tạm thời của DAAB, DAAB sẽ yêu cầu bên nhận thanh toán phải đưa ra được một biện pháp bảo đảm tương ứng với số tiền được thanh toán[39].

3. Khuyến nghị đối với Việt Nam

Mặc dù tại Việt Nam đã có rất nhiều dự án xây dựng đã và đang sử dụng Mẫu Hợp đồng FIDIC, đặc biệt là các dự án xây dựng có yếu tố nước ngoài, các dự án mà Việt Nam vay vốn từ ngân sách của Cơ quan Hợp tác quốc tế Nhật Bản (JICA), Ngân hàng thế giới (WB) và các tổ chức quốc tế khác, nhưng kiến thức về Hợp đồng FIDIC dường như chưa được phổ biến đầy đủ tại Việt Nam, đặc biệt là các phiên bản mới 2017[40]. Trong khi đó, các dự án xây dựng đầu tư có yếu tố nước ngoài tại Việt Nam ngày càng tăng với các công trình đồ sộ, phức tạp. Do đó, việc nghiên cứu và phổ cập các nội dung mới trong mẫu Hợp đồng FIDIC 2017 là thực sự cần thiết. Để có thể hiểu và sử dụng các điều khoản giải quyết tranh chấp trong Hợp đồng FIDIC 2017 tại Việt Nam, cần lưu ý một số vấn đề sau:

Thứ nhất, cần hiểu và nắm rõ các vấn đề pháp lý, thủ tục và nội dung giải quyết tranh chấp thông qua DAAB

Để có thể vận dụng được điều khoản giải quyết tranh chấp của DAAB, các cơ quan nhà nước liên quan đến hoạt động xây dựng và các tổ chức xã hội liên quan đến lĩnh vực giải quyết tranh chấp và đào tạo cần phải tổ chức nhiều hơn các hội thảo, toạ đàm, xuất bản các ấn phẩm liên quan đến phần giải quyết tranh chấp trong Hợp đồng FIDIC. Một trong các tổ chức xã hội nghề nghiệp có vai trò quan trọng trong hoạt động này là Hiệp hội Tư vấn xây dựng Việt Nam (VECAS) đã gia nhập FIDIC từ năm 1997. Hiệp hội thường xuyên tổ chức các khoá đào tạo, hội thảo, xuất bản các ấn

[38] PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v. CRW Joint Operation (Indonesia) [2014] SGHC.

[39] Điều 21.4.3, Hợp đồng FIDIC 2017 Sách Vàng, Sách Hồng.

[40] Nguyễn Mai Linh, *Phương thức giải quyết tranh chấp trong mẫu điều kiện hợp đồng FIDIC và thực tiễn áp dụng tại Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 22, kỳ 2, tháng 11/2019, tr. 63.

phẩm mẫu Hợp đồng FIDIC các phiên bản bằng tiếng Việt, cấp chứng chỉ cho các kỹ sư[41]. Từ những hoạt động đó, Hiệp hội cũng tham gia vào việc đề xuất các kiến nghị với cơ quan có thẩm quyền liên quan đến một số mẫu điều kiện Hợp đồng FIDIC thường hay áp dụng ở Việt Nam. Ngoài ra, Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam (VIAC) cũng phối hợp với ICC, VECAS tổ chức các hội thảo chuyên sâu về giải quyết tranh chấp trong Hợp đồng FIDIC[42]. Tuy nhiên, các hoạt động này chưa nhiều và các tranh chấp xây dựng có yếu tố nước ngoài tại Việt Nam vẫn sử dụng phương thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài là chủ yếu. Vì thế, để các bên tham gia vào hợp đồng, cũng như các luật sư, luật gia tư vấn trong hợp đồng xây dựng quốc tế hiểu và tư vấn cho các bên áp dụng điều khoản giải quyết tranh chấp bằng DAAB vào hợp đồng là rất thiết thực và hiệu quả.

Thứ hai, đào tạo nhân lực bao gồm đội ngũ kỹ sư, luật sư đủ tiêu chuẩn tham gia vào DAAB với tư cách thành viên

Một trong những lý do mà phương thức giải quyết tranh chấp bằng DAAB chưa được sử dụng nhiều ở Việt Nam là do chưa có một danh sách đội ngũ kỹ sư, hoặc luật sư có uy tín để tham gia vào DAAB. Để có đội ngũ kỹ sư giàu kinh nghiệm trong lĩnh vực xây dựng có yếu tố nước ngoài và có khả năng đóng vai trò trung lập, giải quyết tranh chấp giữa nhà thầu và chủ đầu tư cũng cần rất nhiều thời gian. Ngoài ra, nếu luật sư muốn tham gia làm thành viên DAAB cần phải chuyên sâu về lĩnh vực xây dựng quốc tế. Để làm được điều này, VECAS phải tập hợp được đội ngũ kỹ sư, luật sư, chuyên gia có đủ chuyên môn và khả năng tham gia. Hiện nay, VECAS cũng có 87 thành viên là các Công ty xây dựng, Học viện Cán bộ quản lý xây dựng và đô thị[43]... nhưng vẫn chưa thiết lập được danh sách kỹ sư đáp ứng yêu cầu là thành viên của DAAB.

Thứ ba, quy định phương thức giải quyết tranh chấp DAAB trong pháp luật về xây dựng

Hiện nay, phương thức giải quyết tranh chấp thông qua DAAB vẫn chưa được thừa nhận chính thức trong các văn bản pháp luật có liên quan như Luật Xây dựng năm 2014 và các văn bản hướng dẫn thi hành[44], Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015... Mặc dù đây là phương thức giải quyết tranh chấp đặc thù trong lĩnh vực xây dựng quốc tế, nhưng phương thức này có thể hạn chế các bên mang tranh chấp ra trọng tài, toà án – những phương thức giải quyết tranh chấp tốn nhiều chi phí và thời gian hơn. Các văn bản chuyên ngành xây dựng mới chỉ dừng ở mức khuyến khích các bên sử dụng mẫu Hợp đồng FIDIC. Vì thế, cần thiết quy định việc sử dụng phương thức giải quyết tranh chấp DAAB trong các văn bản hướng dẫn thi hành liên quan đến lĩnh vực xây dựng.

[41] http://vecas.org.vn/vi/gioi-thieu-hiep-hoi/, truy cập ngày 7/2/2020.

[42] VIAC, ICC, Hội thảo *Giải quyết hiệu quả các tranh chấp phát sinh từ hợp đồng tổng thầu EPC – Khơi thông tắc nghẽn tại các Dự án trọng điểm của Việt Nam*, Tp. Hồ Chí Minh, ngày 19/04/2019, https://www.viac.vn/tin-tuc-su-kien/[tp-hcm]-hoi-thao-giai-quyet-hieu-qua-tranh-chap-tu-cac-hop-dong-tong-thau-epc-khoi-thong-tac-nghen-tai-cac-du-an-trong-diem-cua-viet-nam-n597.html, truy cập ngày 3/2/2020.

[43] http://vecas.org.vn/vi/hoi-vien/, truy cập ngày 7/2/2020.

[44] Nghị định số 37/2015/NĐ-CP quy định chi tiết về hợp đồng xây dựng, Thông tư số 09/2016/TT-BXD về hướng dẫn hợp đồng thi công công trình xây dựng, Thông tư số 30/2016/TT-BXD về hướng dẫn hợp đồng thiết kế - cung cấp thiết bị công nghệ và thi công xây dựng công trình.

THỂ LỆ GỬI BÀI CHO TẠP CHÍ NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

1. Bài viết gửi tới Tạp chí Nhà nước và Pháp luật là các bài nghiên cứu khoa học pháp lý có nội dung mới, công bố kết quả nghiên cứu, giới thiệu kinh nghiệm trong nước và quốc tế, trao đổi khoa học, bình luận, phản biện về những vấn đề lý luận và thực tiễn thuộc lĩnh vực nhà nước và pháp luật.

2. Bài gửi Tạp chí chưa được gửi đăng trên các báo, tạp chí khác. Tác giả là chủ sở hữu quyền tác giả của bài viết và chịu trách nhiệm về toàn bộ nội dung khoa học, cũng như các thông tin, tư liệu, số liệu, biểu đồ, hình ảnh minh họa… trong bài viết.

3. Bài viết gửi Tạp chí có bố cục gồm 3 phần: *i) Tên bài viết; ii) Tóm tắt từ 5 đến 7 dòng (bằng tiếng Việt và khuyến khích có thêm bản dịch tiếng Anh) nêu bật những nội dung chính, đóng góp mới của bài viết; iii) Nội dung bài viết*. Bài gửi Tạp chí cần ghi rõ tên tác giả (đồng tác giả), chức danh khoa học, học vị và cơ quan công tác. Tên bài viết, tên các mục, tiểu mục ngắn gọn, không có dấu chấm ở cuối dòng. Nếu bài viết được chia thành các mục và tiểu mục, cần đánh số theo thứ tự: 1.; 1.1.; 1.1.1.;...

4. Bài gửi Tạp chí phải được đánh máy vi tính, định dạng khổ giấy A4, lề trên và lề dưới 2 cm, lề phải và lề trái 2,5 cm, font chữ Times New Roman, cỡ chữ 14, cách dòng 1.5 lines, trình bày giản dị, không rườm rà, hoa mỹ. *Mỗi bài gửi cho Tạp chí có độ dài tối thiểu là 6 trang, tối đa là 18 trang*, bao gồm 1 bản điện tử (bắt buộc) và 1 bản in.

- Bản điện tử của bài viết có thể gửi qua email theo địa chỉ: *tcnnpl@isl.gov.vn* hoặc chuyển trực tiếp cho Tòa soạn Tạp chí.

- Bản in của bài viết được gửi theo địa chỉ: *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, phòng 221, số 27, phố Trần Xuân Soạn, Hai Bà Trưng, Hà Nội*; điện thoại: 024.39713333.

5. Các thuật ngữ tiếng nước ngoài sử dụng trong bài viết cần trích dẫn nguyên văn (không phiên âm sang tiếng Việt), kèm theo phần dịch sang tiếng Việt (trừ trường hợp không có thuật ngữ được dịch tương ứng).

6. Viết tắt: Chữ cần viết tắt khi xuất hiện lần đầu trong bài được viết đầy đủ và liền đó đặt ký hiệu viết tắt của chữ đó trong ngoặc đơn. Ký hiệu viết tắt phải được dùng thống nhất trong toàn bài viết. Không viết tắt trong tên bài viết, tên các mục, tiểu mục; không viết tắt những cụm từ ít xuất hiện trong bài.

7. Tài liệu tham khảo và cách thức trích dẫn: Tài liệu tham khảo được sử dụng trong bài phải đảm bảo độ tin cậy khoa học, chính xác, minh bạch. Tác giả bài viết hoàn toàn chịu trách nhiệm về việc trích dẫn, chú thích nguồn tài liệu tham khảo. Nếu trích dẫn nguyên văn thì phải để trong dấu ngoặc kép; nếu trích dẫn nội dung thì không cần để trong dấu ngoặc kép. Cả 2 cách thức trích dẫn đều phải được chú thích nguồn đầy đủ:

- Đối với tài liệu là các bài tạp chí cần ghi rõ nguồn tài liệu theo thứ tự sau: Tên tác giả, tên bài viết (in nghiêng), tên tạp chí, số xuất bản, năm xuất bản, số trang trong tạp chí được trích dẫn. Ví dụ: Nguyễn Văn A, *Bàn về quyền tư pháp trong Nhà nước pháp quyền*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 2, năm 2010, tr. 32.

- Đối với tài liệu là sách cần ghi rõ nguồn tài liệu theo thứ tự sau: Tên tác giả, tên sách (in nghiêng), nhà xuất bản, nơi xuất bản, năm xuất bản, số trang trong sách được trích dẫn. Ví dụ: Trần Đình B, *Giám sát việc thực hiện quyền lực nhà nước ở Việt Nam hiện nay*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, năm 2011, tr. 50.

- Đối với tài liệu trên website cần ghi rõ nguồn tài liệu theo thứ tự sau: Tên tác giả, tên bài viết (in nghiêng), địa chỉ truy cập, ngày/tháng/năm truy cập. Ví dụ: Phạm Thị H, *Nguyên tắc suy đoán vô tội trong Luật Tố tụng Hình sự Việt Nam*, http://isl.vass.gov.vn, truy cập ngày 15/5/2011.

8. Khi gửi bài viết, tác giả đồng thời cung cấp cho Tạp chí các thông tin sau: Địa chỉ gửi tạp chí biếu; số tài khoản cá nhân để trả nhuận bút (tên chủ tài khoản, ngân hàng và chi nhánh ngân hàng mở tài khoản), số điện thoại, email để thuận tiện cho Tạp chí trong việc liên lạc, trao đổi với tác giả.

9. Sau khi biên tập xong, Tạp chí sẽ thông báo cho tác giả về việc sử dụng hay không sử dụng bài viết qua đường email. Tạp chí không trả lại bản thảo nếu bài viết không được đăng tải.

10. Tác giả có bài viết đăng trên Tạp chí được trả nhuận bút theo quy định hiện hành và được biếu 01 cuốn Tạp chí có bài viết của mình.