

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

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



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



- ❖ XÃ HỘI HỌC XÂY DỰNG PHÁP LUẬT
- ❖ CHÍNH SÁCH THUẾ TRONG MỐI TƯƠNG QUAN VỚI HOẠT ĐỘNG KINH DOANH BẤT ĐỘNG SẢN
- ❖ PHÁP LUẬT VỀ TÌNH TRẠNG KHẨN CẤP CỦA LIÊN BANG NGA VÀ NHỮNG GỢI MỞ CHO VIỆT NAM

SỐ 10 (434)

THÁNG 5/2021

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

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

Mục lục Số 10/2021

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Xã hội học xây dựng pháp luật

TS. Phạm Thị Duyên Thảo

- 12** Công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài - kinh nghiệm từ Công ước New York năm 1958 và Luật Mẫu Uncitral

Nguyễn Thị Thanh Ngân

CHÍNH SÁCH

- 21** Chính sách thuế trong mối tương quan với hoạt động kinh doanh bất động sản

Bùi Trang Kim Yến

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 29** Nội dung của di chúc theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015

TS. Hoàng Thị Loan

- 35** Văn bản hướng dẫn thi hành Bộ luật Hình sự năm 2015

ThS. Ngô Văn Lượng

- 39** Bàn về thủ tục áp dụng, thay đổi, hủy bỏ biện pháp khẩn cấp tạm thời phong tỏa tài khoản tại ngân hàng

Hà Giang

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 46** Pháp luật về tình trạng khẩn cấp của Liên bang Nga và những gợi mở cho Việt Nam

TS. Cao Vũ Minh

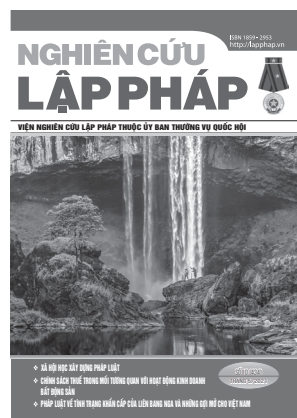
- 52** Quyền sung công vì lợi ích công cộng theo pháp luật Cộng hòa Pháp

ThS. Nguyễn Dương Anh Thắng

CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG

- 60** Phân cấp, ủy quyền tổ chức chính quyền đô thị Thành phố Hồ Chí Minh

TS. Phan Hải Hồ



HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. Nguyễn Văn Hiến (Chủ tịch)
TS. Nguyễn Văn Giàu
PGS. TS. Nguyễn Thanh Hải
PGS. TS. Đinh Văn Nhã
TS. Nguyễn Văn Luật
TS. Lê Hải Đường
TS. Lương Minh Tuân (Thư ký)
PGS. TS. Vũ Công Giao
PGS. TS. Ngô Huy Cương
PGS. TS. Vũ Hồng Anh

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. LƯƠNG MINH TUÂN

TRỤ SỞ:

35 NGŨ QUYỂN - HOÀN KIẾM - HÀ NỘI.
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@quochoi.vn
Website: <http://lapphap.vn>

THIẾT KẾ:

TẠ ANH

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 0243.2121202

TÀI KHOẢN:

0991000023097
VIỆN NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP
NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI CỔ PHẦN
NGOẠI THƯƠNG VIỆT NAM
(VIETCOMBANK), CHI NHÁNH TÂY HỒ
MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

IN TẠI NHÀ MÁY IN BỘ QUỐC PHÒNG

GIÁ: 25.000 ĐỒNG

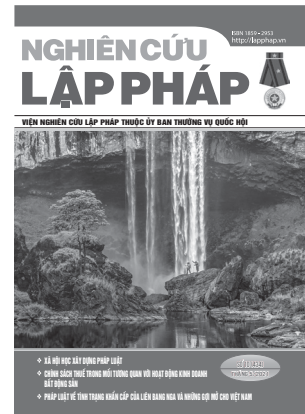
Ảnh bìa: Thác Hang Én, Gia Lai

Ảnh: ST

LEGISLATIVE STUDIES

<http://lapphap.vn>

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



Legis No 10/2021

STATE AND LAW

- 3 Sociology of Lawmaking

Dr. Pham Thi Duyen Thao

- 12 Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards - Experience from the 1958 New York Convention and the UNCITRAL Model Law

Nguyen Thi Thanh Ngan

POLICY

- 21 Tax Policy in Relation to Real Estate Business

Bui Trang Kim Yen

LEGAL PRACTICE

- 29 Contents of Wills under the Civil Code of 2015

Dr. Hoang Thi Loan

- 35 Guidelines for Enforcement of the Penal Code of 2015

LLM. Ngo Van Luong

- 39 Discussion of the Procedure for Application, Modification and Remove of the Provincial Emergency Measures of Freezing Accounts at Banks

Ha Giang

FOREIGN EXPERIENCE

- 46 Law on State of Emergency of the Russian Federation and Suggestions for Vietnam

Dr. Cao Vu Minh

- 52 Right to Expropriation for Public Utilities under the Law of the Republic of France

LLM. Nguyen Duong Anh Thang

LOCAL GOVERNMENT ADMINISTRATION

- 60 Decentralization and Authorization for Organization of Urban Government in Ho Chi Minh City

Dr. Phan Hai Ho

EDITORIAL BOARD:

Dr. Nguyen Van Hien (Chairman)
Dr. Nguyen Van Giau
Prof. Dr. Nguyen Thanh Hai
Prof. Dr. Dinh Van Nha
Dr. Nguyen Van Luat
Dr. Le Hai Duong
Dr. Luong Minh Tuan (Secretary)
Prof. Dr. Vu Cong Giao
Prof. Dr. Ngo Huy Cuong
Prof. Dr. Vu Hong Anh

CHIEF EDITOR IN CHARGE:

Dr. LUONG MINH TUAN

OFFICE:

35 NGO QUYEN - HOAN KIEM - HANOI.
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@quochoi.vn
Website: <http://lapphap.vn>

DESIGN:

TA ANH

LICENSE OF PUBLISHMENT:

Nº 438/GP-BTTTT DATE 29-10-2013
MINISTRY OF INFORMATION
AND COMMUNICATION

DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202

ACCOUNT NUMBER:

0991000023097
THE INSTITUTE FOR LEGISLATIVE STUDIES
JOINT STOCK COMMERCIAL BANK FOR
FOREIGN TRADE OF VIETNAM
(VIETCOMBANK).

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY

PRICE: **25.000 VND**

XÃ HỘI HỌC XÂY DỰNG PHÁP LUẬT

Phạm Thị Duyên Thảo

TS. Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Xã hội học, xây dựng pháp luật.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 20/3/2021

Biên tập : 16/4/2021

Duyệt bài : 22/4/2021

Article Information:

Keywords: Sociology; lawmaking.

Article History:

Received : 20 Mar. 2021

Edited : 16 Apr. 2021

Approved : 22 Apr. 2021

Tóm tắt:

Xã hội học xây dựng pháp luật là một loại nghiên cứu pháp lý - xã hội; theo đó, xây dựng pháp luật được tiếp cận dưới góc độ là một hiện tượng xã hội, xem xét các khía cạnh, bản chất xã hội, các bảo đảm cơ sở xã hội học của xây dựng pháp luật, các yếu tố xã hội tác động đến xây dựng pháp luật, cơ chế xã hội của xây dựng pháp luật cũng như hiệu quả, sự tác động ngược trở lại của xây dựng pháp luật đối với đời sống xã hội.

Abstract:

Sociology of lawmaking is a type of socio-legal study; accordingly, law-making is approached from the perspective of a social phenomenon to consider the concept and nature of sociology so that it is to ensure the sociological basis of law-making, the social factors to impact on law-making, the social mechanism of law-making as well as the effectiveness, the reverse impacts of law-making on social life.

1. Bản chất xã hội của xây dựng pháp luật

Trước hết, xây dựng pháp luật (XDPL) chính là một loại thiết kế xã hội¹, bao gồm việc dựng cho xã hội một “bản vẽ”, một bộ khung, mô hình, góp phần vào việc định hình, định hướng xã hội theo một hệ thống các quy ước nhất định. Hoạt động XDPL thực chất là tạo nên các quy phạm pháp luật (QPPL) - quy tắc của hành vi - để tác động vào các quan hệ xã hội, làm chúng đi theo đúng khuôn khổ mà xã hội mong muốn. Các khuôn khổ đó sẽ cung cấp quy tắc ứng xử, mô hình hóa hành vi của các thành viên trong xã hội, kiểm chế họ không thực hiện hoặc bắt buộc phải thực hiện những hành vi nhất định, hoặc sẽ hành xử như thế này mà không phải như thế khác.

XDPL tạo ra các khung khổ để thay đổi các hành vi có xu hướng cản trở sự phát triển (đặc biệt là hành vi của các công chức nhà nước) và ngược lại.

XDPL xuất phát từ nhu cầu của xã hội, trong việc điều chỉnh các quan hệ xã hội. Nhu cầu điều chỉnh này, cùng các quyền, lợi ích, phần lớn trùng hợp với mong muốn của các cá nhân, các nhóm trong xã hội. Hoạt động XDPL không những nằm trong quá trình vận hành chung của xã hội, mà với các QPPL được xây dựng chủ động, mang tính “đón đầu”, “phòng ngừa” xã hội trong quá trình điều chỉnh, còn thể hiện sự định hướng xã hội.

XDPL được vận hành nhờ các chất liệu đa dạng từ cuộc sống, chịu sự tác động nhiều chiều từ các khía cạnh, yếu tố khác

¹ Võ Khánh Vinh, Xã hội học pháp luật - những vấn đề cơ bản, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 2015, tr.268.

nhau trong xã hội. Từ các yếu tố chung như: kinh tế, chính trị, văn hóa, xã hội, bối cảnh quốc tế, ý thức pháp luật, truyền thống lịch sử cho đến các yếu tố trực tiếp như: tổ chức, năng lực, kỹ năng, kỹ thuật soạn thảo, phạm vi, tính chất, đối tượng điều chỉnh...

XDPL, đến lượt mình, cũng tác động trở lại mạnh mẽ đến các khía cạnh xã hội. Nó không chỉ là hoạt động chủ đạo góp phần tạo nên cơ sở pháp lý cho việc điều chỉnh, định hướng các quan hệ xã hội, mà còn là một hệ thống các thông tin xã hội tương ứng được thể hiện qua nội dung, cách thức điều chỉnh của các QPPL. XDPL góp phần quy phạm hóa các chuẩn mực xã hội khác như: đạo đức, phong tục, tập quán, các quy tắc của tổ chức chính trị, xã hội, làm đa dạng cách thức và gia tăng hiệu quả điều chỉnh các quan hệ xã hội.

2. Cơ chế xã hội của xây dựng pháp luật

Khác với cơ chế pháp lý trong XDPL, luôn mang tính quyền lực nhà nước với các quy trình luật định, cơ chế xã hội trong XDPL có đặc thù riêng, là quá trình gắn với sự tham gia của các lực lượng xã hội, gồm công dân, nhóm, tổ chức, hội nghề nghiệp, các thành phần khác nhau của xã hội dân sự vào việc XDPL của Nhà nước.

Cơ chế xã hội trong XDPL có thể xuất hiện ở giai đoạn này hay giai đoạn khác, hoặc lặp đi lặp lại trong các giai đoạn của quá trình XDPL. Các hình thức của cơ chế đó là: nhận biết, phản ánh, thiết lập; tham gia; phản kháng, phản biện xã hội và giám sát xã hội trong XDPL.

Nhận biết, phản ánh, thường xuất hiện ở giai đoạn đầu của quá trình XDPL. Từ thực tiễn, các thành phần xã hội nhận thức, đánh giá về trạng thái, tính chất, hiệu quả của các quy phạm pháp luật hiện hành trong khi điều chỉnh quan hệ xã hội. Những bất cập, thiếu khuyết của pháp luật sẽ được nhận diện. Bất cập có thể đến từ sự

mâu thuẫn về lợi ích, mức độ thiếu tương thích trong đáp ứng nhu cầu xã hội, sự yếu kém về kỹ thuật lập pháp, sự biến động của các quan hệ xã hội hoặc đến từ những tình huống xã hội thuộc phạm vi quản lý của Nhà nước. Những tình huống xã hội xuất hiện lặp đi lặp lại, nhất là tình huống mang yếu tố không bình thường, không chỉ giúp cho việc nhận diện vấn đề mà còn cho thấy các lỗ hổng của pháp luật hiện hành, kéo theo nhu cầu phải sửa đổi, bổ sung các quy định của pháp luật liên quan. Ví dụ, việc gia tăng các giao dịch về cây hoa phong lan đột biến với giá hàng chục, hàng trăm tỷ đồng đã thu hút không ít người lao vào đầu tư với mong muốn kiếm siêu lợi nhuận vì tin rằng sẽ có người bỏ tiền nhiều hơn để mua lại. Các hành vi lừa đảo theo đó cũng gia tăng, dẫn đến nhiều nghi vấn về tính xác thực của giao dịch. Ở góc độ pháp lý, nhiều ý kiến cho rằng, để những tình huống xã hội dạng này ngày càng xuất hiện là do những bất cập về pháp luật. Cụ thể, trong trường hợp nếu hộ gia đình, cá nhân trực tiếp tham gia vào hoạt động sản xuất nông nghiệp (trồng trọt) chưa qua chế biến thành các sản phẩm khác, thì sản phẩm nông nghiệp trong trường hợp này không chịu thuế giá trị gia tăng theo quy định tại khoản 1 Điều 1 Luật Thuế giá trị gia tăng năm 2016 và được miễn thuế thu nhập cá nhân theo quy định tại Điều 4 Luật Thuế thu nhập cá nhân năm 2007. Theo đó, việc cân nhắc, bổ sung các quy định về thuế và cơ chế kiểm soát đối với loại tình huống pháp lý này sẽ có ý nghĩa quan trọng trong việc minh định các giao dịch, giúp người dân không bị cuốn vào những giao dịch tiềm ẩn đầy rủi ro, bất ổn có thể làm đảo lộn cuộc sống và mất trật tự an ninh.

Gắn liền với nhận thức, hoạt động phản ánh sẽ diễn ra, nhằm tái hiện các vấn đề xã hội - pháp lý liên quan đến các đặc trưng, hệ quả xã hội hoặc tính chất của các QPPL,

nhằm đạt được những nhu cầu từ thực tiễn. Một biểu hiện phổ biến trong cơ chế nhận thức, phản ánh là dư luận xã hội. Dư luận xã hội là các ý kiến còn lại sau quá trình phân tích, đánh giá của các thành phần xã hội về những vấn đề mà họ cảm thấy có ý nghĩa hoặc động chạm đến lợi ích, giá trị chung. Thông qua dư luận xã hội, quá trình nhận biết, phản ánh trong XDPL của các thành phần xã hội được công khai, cập nhật.

Sự tham gia trong XDPL là quá trình người dân, các lực lượng xã hội có thể góp phần hoạt động của mình vào xây dựng các quyết định, chính sách pháp luật có ảnh hưởng đến hành vi, các quyền và lợi ích của họ. Sự tham gia của xã hội vào XDPL thông thường đến từ các đối tượng chịu sự tác động trực tiếp từ các văn bản QPPL, các đối tượng khác chịu sự tác động của các dự thảo văn bản QPPL, của các tổ chức xã hội, chuyên gia, hoặc từ các chủ thể khác trong tương quan với nhận thức, mức độ quan tâm của họ đến XDPL. Các đối tượng chịu sự tác động trực tiếp của văn bản QPPL thuộc nhóm yếu tố như phụ nữ, trẻ em, người khuyết tật, cơ chế tham gia có những đặc thù, ảnh hưởng từ yếu tố thể chất, tinh thần của nhóm. Sự tham gia của các chuyên gia, nhà khoa học có ý nghĩa quan trọng, bởi họ thường có tri thức, kỹ năng, gia tăng cơ hội xây dựng được các VBQPPL có chất lượng, hiệu quả. Sự tham gia của các đối tượng có lợi ích liên quan có thể làm cho họ hành xử khác đi. Đặc biệt, khi sự tham gia không phải với tư

cách là các đối tượng nghiên cứu thụ động, mà với tư cách là các chủ thể tích cực, chủ động vào các chương trình phân tích được tiến hành “sẽ thúc đẩy một chương trình lập pháp ngày càng dân chủ”².

Ở Việt Nam, sự tham gia của xã hội vào XDPL được ghi nhận tại Điều 28 Hiến pháp năm 2013, cụ thể hóa tại Điều 5 Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2015 “bảo đảm công khai, dân chủ trong việc tiếp nhận, phản hồi ý kiến, kiến nghị của cá nhân, cơ quan, tổ chức trong quá trình xây dựng, ban hành văn bản QPPL”. Cơ chế tham gia của xã hội vào XDPL không chỉ đảm bảo quyền của công dân, nhằm thu hút, phát huy năng lực sáng tạo của nhân dân mà còn gia tăng trách nhiệm của Nhà nước trong quá trình tạo ra các sản phẩm pháp luật đáp ứng nhu cầu xã hội, phục vụ con người³.

Phản biện, phản kháng xã hội: Phản biện xã hội trong XDPL là việc bày tỏ ý kiến một cách có hệ thống và có cơ sở khoa học đối với các chính sách, pháp luật ở những công đoạn nhất định của quá trình XDPL, là “nhận diện, tìm ra điểm đúng, sai, bất hợp lý của chính sách được đưa ra để giải quyết vấn đề phát sinh, từ đó có thể kiến nghị điều chỉnh hay thậm chí là hủy bỏ chính sách đó, đề xuất chính sách mới, phù hợp hơn để giải quyết vấn đề”⁴. Nhờ cơ chế phản biện, mức độ tương thích, hiệu quả của chính sách pháp luật sẽ được nhận diện, những lập luận, đề xuất đưa ra sẽ góp phần nâng cao chất lượng, hiệu quả của chính sách pháp luật khi được ban hành.

² Ann Seidman, Robert B. Seidman, Nalin Abeysekere, Soạn thảo luật pháp vì tiền bộ xã hội dân chủ, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2003, tr.197.

³ Xem Đặng Minh Tuấn, Nguyễn Thị Minh Hà, *Thúc đẩy sự tham gia của người dân trong hoạt động XDPL ở Việt Nam đáp ứng yêu cầu cả cách tiếp cận dựa trên quyền con người*, in trong sách “*Sự tham gia của xã hội vào quản trị nhà nước và phòng, chống tham nhũng trên thế giới và ở Việt Nam*”, Nxb. Chính trị Quốc gia Sự thật, Hà Nội, 2020, tr.125-150

⁴ Lê Thị Thiều Hoa, *Phản biện xã hội và vai trò của phản biện xã hội ở Việt Nam hiện nay*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 12 (412), tháng 6/2020, <http://www.lapphap.vn/Pages/TinTuc/210566/Phan-bien-xa-hoi-va-vai-tro-cua-phan-bien-xa-hoi-o-Viet-Nam-hien-nay.html>.

Phản biện có thể diễn ra trực tiếp tại các hội nghị lấy ý kiến, tiếp xúc cử tri của đại biểu dân cử hoặc thông qua việc đăng tải ý kiến trên phương tiện thông tin đại chúng, thông qua các tổ chức mà mình là thành viên hoặc qua việc đối thoại với các chủ thể có văn bản được phản biện.

Phản kháng xã hội trong XDPL có mục đích loại bỏ hoặc kiểm chế việc xây dựng hoặc ban hành những chính sách, pháp luật mà các chủ thể phản kháng thấy không hợp lý, không có ích cho xã hội, cộng đồng. Phản kháng và phản biện xã hội trong XDPL không hoàn toàn giống nhau, nhưng đều là những cách thức thể hiện thái độ, phản ứng tích cực của xã hội đối với các vấn đề liên quan đến XDPL, nhằm hướng tới chất lượng, hiệu quả của các sản phẩm lập pháp, lập quy.

Giám sát xã hội trong XDPL là việc công dân, các thành phần xã hội, thông qua các cách thức được pháp luật quy định, tiến hành quan sát, theo dõi, kiểm tra hoạt động XDPL của các chủ thể có thẩm quyền xem có đúng đắn, hợp pháp, hợp lý, chất lượng, hiệu quả không. Cách thức giám sát có thể qua khiếu nại, tố cáo, qua báo chí, phương tiện truyền thông đại chúng hoặc qua việc thực hiện dân chủ ở cơ sở trong liên quan đến quá trình XDPL.

Các hình thức của cơ chế xã hội của XDPL có quan hệ mật thiết, tiếp nối, hòa trộn trong quá trình XDPL. Để giám sát, cần nhận biết, phản ánh và ngược lại. Giám sát cung cấp dữ liệu sống động cho quá trình phản kháng, phản biện xã hội, nhằm hướng tới chất lượng, hiệu lực thực sự của pháp luật. Ở góc độ tích cực nhất, các cơ chế xã hội của XDPL là biểu hiện mạnh mẽ

sự tham gia đa dạng, chủ động của nhân dân vào hoạt động XDPL, cũng là sự cạnh tranh cần thiết trong tương quan với việc nâng cao chất lượng, hiệu quả của cơ chế pháp lý của XDPL.

3. Bảo đảm cơ sở xã hội học của xây dựng pháp luật

Bảo đảm cơ sở xã hội học của XDPL là những yếu tố làm cho XDPL chắc chắn được thực hiện, duy trì hoặc có đầy đủ những gì cần thiết để triển khai hiệu quả. “Trong xã hội học pháp luật, hoạt động thu thập và phân tích thông tin xã hội cần thiết cho việc soạn thảo có kết quả các QPPL được hiểu là cơ sở xã hội học của hoạt động XDPL”⁵. Nội dung bảo đảm cơ sở xã hội học trong XDPL gồm:

- *Thông tin xã hội học về chính sách pháp luật*

Là một trong những chính sách công có vị trí quan trọng trong đời sống pháp lý, chính sách pháp luật là “chiến lược hoạt động của Nhà nước trong lĩnh vực điều chỉnh pháp luật, cũng như hoạt động phản ánh các lợi ích xã hội trong việc phân bổ lại các lĩnh vực ảnh hưởng của các điều chỉnh xã hội khác nhau”⁶. XDPL cần phải có các thông tin xã hội học về chính sách pháp luật vì, “chính sách là nội dung, văn bản pháp luật là vỏ bọc chứa đựng các chính sách đó dưới dạng ngôn ngữ và hình thức pháp lý”⁷. Thông tin xã hội học về chính sách pháp luật cơ bản đến từ quá trình phân tích chính sách. Quá trình này cần thiết, bởi nó đảm bảo mục tiêu của pháp luật là phục vụ lợi ích công cộng hoặc một bộ phận nhất định trong công chúng; giúp cho các nhà lập pháp hiểu rõ “mức độ tác động của các biện pháp cưỡng chế thi hành tới đâu

⁵ Võ Khánh Vinh, *Xã hội học pháp luật - những vấn đề cơ bản*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 2015, tr.275.

⁶ Võ Khánh Vinh, *Xã hội học pháp luật - những vấn đề cơ bản*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 2015, tr.195.

⁷ Nguyễn Đức Lam, *Phân tích chính sách trong quy trình lập pháp ở các nước*, <https://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2009/04/06/2615/>.

và lường trước những phản ứng ngược lại; đặt sản phẩm lập pháp trong một chuỗi các hoạt động theo trật tự cố định, từ lúc nhận biết nhu cầu, xác định phương án, thiết kế phương án, cho đến lúc thông qua; giúp nhận biết mối liên hệ của văn bản chuẩn bị ban hành với những văn bản cùng lĩnh vực, từ đó tăng tính hiệu quả; hướng tới mức độ tương thích giữa chi phí và lợi ích để cân nhắc xem có cần ban hành văn bản QPPL đó hay không⁸. Trong quá trình phân tích chính sách, sự tham vấn rộng rãi ý kiến của quần chúng, các bộ ngành liên quan sẽ góp phần nâng cao chất lượng, làm minh bạch hóa, đời sống hóa hoạt động XDPL.

- *Thông tin xã hội học về hiệu quả của các QPPL hiện hành*

Thông tin xã hội học về hiệu quả của QPPL hiện hành là toàn bộ các “kết quả như yêu cầu” của QPPL, những thông báo, dữ liệu thu nhận dưới góc độ xã hội về quá trình QPPL phát huy giá trị, vai trò của nó trong khi điều chỉnh các quan hệ xã hội liên quan. Các thông tin này có thể là: mức độ đáp ứng về mục tiêu, phạm vi, tính chất điều chỉnh các quan hệ xã hội trực tiếp của QPPL; kết quả của việc điều chỉnh ở cả góc độ tích cực, tiêu cực, nguyên nhân dẫn tới những kết quả đó; mức độ tương tác của QPPL với các QPPL liên quan và với cả hệ thống pháp luật; mức độ hiện thực hóa các dự báo của QPPL trong quá trình ban hành trước đó; những yêu cầu đặt ra cùng các giải pháp cụ thể để tiếp tục hoàn thiện QPPL, đáp ứng mục tiêu điều chỉnh xã hội. Thông tin xã hội học về hiệu quả của QPPL hiện hành cũng

chính là một trong những nguyên nhân dẫn đến hoạt động XDPL. Nhờ những thông tin này, mà các chủ thể có thẩm quyền nhận thức được trạng thái của QPPL hiện hành dưới góc độ hiệu quả xã hội, từ đó có những ứng xử phù hợp liên quan đến những văn bản pháp luật sắp ban hành một cách thực chất, tránh hình thức, phiến diện. Qua các thông tin về hiệu quả xã hội của QPPL hiện hành, các chủ thể xây dựng pháp luật có cơ sở thực tiễn để cân nhắc kỹ lưỡng việc ban hành QPPL liên quan.

- *Thông tin xã hội học về nhu cầu và các lợi ích pháp lý - xã hội*

Nhu cầu là những đòi hỏi, mong muốn của con người về vật chất, tinh thần hoặc sự vật, hiện tượng nào đó như là điều kiện để tồn tại và phát triển. Lợi ích, ở một khía cạnh nhất định, nó “như là nhu cầu khách quan được chế định bởi vị trí xã hội của một cá nhân, một dân tộc, một nhóm xã hội nào đó”, “là sự phản ánh chủ quan những nhu cầu tồn tại khách quan”, “là mối quan hệ lựa chọn đã được nhận thức của nhu cầu”¹⁰. Trong thực tế, có rất nhiều nhu cầu và các lợi ích pháp lý - xã hội với các tính chất và mức độ khác nhau cần phải được nhận thức trong quá trình XDPL. Đó có thể là những nhu cầu, lợi ích chung thuộc tất cả các lĩnh vực của đời sống xã hội, có thể là nhu cầu của cá nhân, tổ chức, các nhóm cộng đồng nhất định tương ứng. Việc xác định chính xác thông tin về nhu cầu và các lợi ích pháp lý - xã hội liên quan trong XDPL giúp cho việc lựa chọn được các nhu cầu, lợi ích mang tính ưu tiên, phù hợp với thực tiễn,

⁸ Nguyễn Đức Lam, *Phân tích chính sách trong quy trình lập pháp ở các nước*, <https://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2009/04/06/2615/>

⁹ V.I. Pripisnov được dẫn theo bài viết “*Lợi ích và vai trò động lực của nó đối với sự phát triển xã hội - Phần I*”, <https://caphesach.wordpress.com/2017/04/05/loi-ich-va-vai-tro-dong-luc-cua-no-doi-voi-su-phat-trien-xa-hoi-phan-i/>.

¹⁰ N.A. Gnilyckij được dẫn theo bài viết “*Lợi ích và vai trò động lực của nó đối với sự phát triển xã hội - Phần I*”, <https://caphesach.wordpress.com/2017/04/05/loi-ich-va-vai-tro-dong-luc-cua-no-doi-voi-su-phat-trien-xa-hoi-phan-i/>.

trong tương quan với sự điều chỉnh trực tiếp của quy phạm pháp luật sắp ban hành. “Ở đây cần phải giải quyết hai nhiệm vụ có mối liên hệ chặt chẽ với nhau: bảo đảm việc thu thập thông tin đầy đủ và chính xác về các lợi ích xã hội, các lợi ích pháp luật và có khả năng phân biệt lợi ích khách quan với các lợi ích chủ quan”¹¹.

Để xác định được nhu cầu, lợi ích mang tính ưu tiên dẫn đến các ưu tiên trong XDPL, cần căn cứ vào các thông tin như: sự nghiêm trọng của vấn đề xã hội cần điều chỉnh, phạm vi những vấn đề xã hội được xác định ảnh hưởng đến dân chúng, ai nằm trong nhóm bị ảnh hưởng; tác động xã hội của các văn bản QPPL được đề xuất, ai được lợi, ai chịu thiệt và trong phạm vi nào¹²... Các tiêu chí xác định việc ưu tiên trong XDPL có thể dựa vào việc giải quyết các vấn đề: “Cải thiện chất lượng điều hành nhà nước không, như thế nào? tạo thêm nhiều cơ hội việc làm không? Nâng cao sản xuất, hàng hóa và dịch vụ để đáp ứng nhu cầu căn bản của đại bộ phận dân chúng không? Nâng cao sự công bằng không, nâng cao như thế nào?”¹³. Thông tin xã hội học về nhu cầu và các lợi ích pháp lý - xã hội sẽ giúp các cơ quan xây dựng pháp luật sử dụng các dữ kiện thực tế để quyết định dành các nguồn lực cho dự luật nào và theo thứ tự ra sao.

- *Thông tin xã hội học về cơ chế hoạt động pháp lý - xã hội của các QPPL được soạn thảo*

Cơ chế hoạt động pháp lý - xã hội của các QPPL được soạn thảo là cách thức, quá trình các QPPL hiện thực hóa việc tác động đến các quan hệ xã hội mà nó điều chỉnh,

trong tương quan với các yếu tố tác động, điều kiện đảm bảo của xã hội và pháp luật. Cơ chế này là sự kết hợp giữa quá trình điều chỉnh xã hội của pháp luật, thông qua các yếu tố pháp lý đặc thù với quá trình tham gia của các thành phần, yếu tố xã hội khác. Thông tin xã hội học về cơ chế hoạt động pháp lý - xã hội của QPPL được soạn thảo cung cấp một họa đồ các công đoạn điều chỉnh pháp luật của QPPL trong xã hội, trong tương quan với quá trình điều chỉnh của các QPPL liên quan. Từ đó, có thể nhận diện được sự phù hợp hay không của QPPL trong quá trình điều chỉnh, mức độ đáp ứng các yêu cầu của xã hội, mức độ tương thích của QPPL trong hệ thống pháp luật nói chung, hiệu quả điều chỉnh của QPPL đó ra sao.

Thông qua cơ chế hoạt động pháp lý - xã hội của QPPL được soạn thảo, tác động của các yếu tố như: kinh tế, chính trị, văn hóa, xã hội, các quy phạm xã hội khác như đạo đức, tập quán, tín điều tôn giáo cũng được xem xét. Việc phân tích thực trạng và tìm lời giải cho mối tương quan giữa các yếu tố pháp lý với các yếu tố xã hội, giữa các quy phạm pháp luật với các quy phạm xã hội như đạo đức, tập quán cũng sẽ giúp thúc đẩy hay cản trở việc đạt được những mục đích, yêu cầu của pháp luật trong tương lai.

- *Thông tin dự báo về hiệu quả, tác động xã hội của QPPL sẽ được ban hành*

“Dự báo pháp luật là loại nghiên cứu nhằm mục đích dự đoán các trạng thái tương lai của pháp luật và của các hiện tượng do pháp luật quy định, mang tính chất xác suất, nhiều phương án”¹⁴. Mặc dù, chỉ mang

¹¹ Võ Khánh Vinh, *Xã hội học pháp luật - những vấn đề cơ bản*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 2015, tr. 289.

¹² Ann Seidman, Robert B. Seidman, Nalin Abeyesekere, *Soạn thảo luật pháp vì tiến bộ xã hội dân chủ*, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà nội, 2003, tr.64.

¹³ Ann Seidman, Robert B. Seidman, Nalin Abeyesekere, *Xem xét Dự án Luật, Cẩm nang cho các nhà lập pháp*, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà nội, 2004, tr.39.

¹⁴ Võ Khánh Vinh, *Xã hội học pháp luật - những vấn đề cơ bản*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 2015, tr. 541.

tính chất dự đoán tương lai, dự đoán những thay đổi tiếp theo của trạng thái hiện có, nhưng dự báo về hiệu quả, tác động xã hội của QPPL sẽ được ban hành được xem là một trong những đảm bảo quan trọng của XDPL. Bởi lẽ, nó cung cấp các thông tin mang tính báo trước về tình hình hiệu quả, tác động xã hội của QPPL sẽ được ban hành có nhiều khả năng sẽ xảy ra, dựa trên cơ sở những số liệu, những thông tin đã có. Thông thường, các dự báo sẽ được gửi kèm các dự án đề xuất xây dựng hoặc dự thảo văn bản QPPL, và càng nhiều thông tin về dự báo càng tốt cho quá trình quyết định của chủ thể có thẩm quyền. Ở cấp độ cơ bản nhất, các dự báo phải chỉ rõ được ai sẽ là người được hưởng lợi, ai sẽ là người chịu ảnh hưởng; các chi phí của chính phủ; tác động của QPPL với các quan hệ xã hội mà nó điều chỉnh cùng tương quan với hệ thống các QPPL liên quan; mức độ trật tự và sự ổn định của các quan hệ xã hội sau khi được điều chỉnh; tình trạng pháp chế trong đời sống xã hội; những lợi ích vật chất và tinh thần được tạo ra; những hiện tượng và các quá trình khác của đời sống xã hội có thể xảy ra khi chịu sự tác động của pháp luật và quá trình điều chỉnh pháp luật...

4. Các yếu tố tác động đến xây dựng pháp luật

Yếu tố tác động là những yếu tố làm cho quá trình XDPL có những ảnh hưởng, biến đổi nhất định. Đó có thể là các yếu tố chung như: kinh tế, chính trị, văn hóa, bối cảnh quốc tế, pháp luật, cũng có thể là các yếu tố cụ thể như: năng lực xây dựng pháp luật, vấn đề tổ chức, dư luận xã hội, cơ sở vật chất, kinh phí...

Kinh tế là yếu tố mang tính nền tảng, tác động đến XDPL ở nhiều khía cạnh, từ tính chất, cơ cấu cho đến nội dung, “kinh tế đóng vai trò liên kết, quyết định cả trong sự

hình thành một loạt chế định của các ngành pháp luật khác, như chế độ tiền lương trong Luật Lao động hoặc chế định tiền trợ cấp và sở hữu của vợ chồng trong pháp luật hôn nhân gia đình...; trong sự hình thành và hoạt động của pháp luật về đất đai, tài nguyên thiên nhiên”¹⁵.

Chính trị, theo nghĩa chung nhất, là sự ổn định, bền vững của thể chế, của hệ thống chính trị, góp phần tạo lập môi trường thuận lợi cho XDPL. Cụ thể hơn, chính trị thể hiện qua chủ trương, chính sách của đảng cầm quyền, là cơ sở tư tưởng cho quá trình thể chế hóa hành pháp luật của Nhà nước, cung cấp những định hướng phát triển cho các lĩnh vực kinh tế, văn hóa, chính trị, xã hội.

Yếu tố pháp luật có tác động mạnh mẽ đến XDPL. Nó không chỉ thể hiện tính chất, mức độ điều chỉnh các quan hệ xã hội, lý do của việc XDPL mà còn tạo khuôn khổ pháp lý cho hoạt động này. Hệ thống pháp luật hiện hành có tác động trực tiếp đến quá trình XDPL bởi nó bộc lộ tính chất, phạm vi điều chỉnh cũng như sự thiếu hụt, mức độ, sự cần thiết phải sửa đổi, bổ sung. Đặc biệt, các quy định về quy trình, thủ tục, thẩm quyền, cũng như trách nhiệm pháp lý trong XDPL sẽ tác động đến chất lượng, cách thức XDPL.

Văn hóa nói chung, văn hóa pháp luật nói riêng cũng có tác động không nhỏ đến XDPL. Nó chi phối nhận thức, thái độ, kỹ năng của chủ thể có thẩm quyền, đồng thời tác động đến mức độ quan tâm, tham gia của các chủ thể khác trong xã hội vào quá trình kiểm tra, giám sát, đóng góp ý kiến trong XDPL. Nếu ý thức pháp luật của các cán bộ, công chức trong cơ quan nhà nước mang tính tích cực, coi trọng trách nhiệm, đạo đức công vụ, sẽ góp phần nâng cao chất lượng, tạo niềm tin cho các chủ thể liên quan trong XDPL.

¹⁵ Võ Khánh Vinh, *Xã hội học pháp luật - những vấn đề cơ bản*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 2015, tr. 241.

Yếu tố năng lực XDPL là khả năng tạo ra được các dự thảo văn bản quy phạm pháp luật có chất lượng, hiệu quả, thuộc về đội ngũ các chủ thể có thẩm quyền XDPL. Nó được tạo nên bởi một tổng thể gồm năng lực chuyên môn, khả năng đáp ứng mục tiêu, trách nhiệm về lòng trung thành, tính cẩn mật, khả năng chấm dứt hoặc từ chối tuân theo các chỉ đạo có thể gây ảnh hưởng đến tính minh bạch, chất lượng của quá trình XDPL. Năng lực XDPL là yếu tố tác động mang tính quyết định đối với chất lượng của các văn bản QPPL được ban hành, bởi nó trực tiếp biến các chính sách, chủ trương, định hướng chính trị, mong muốn, nhu cầu của xã hội... thành các quy định cụ thể của pháp luật, cái sẽ tác động trực tiếp đến hành vi của các chủ thể liên quan.

Dư luận xã hội là yếu tố để các lực lượng xã hội thể hiện quan điểm của mình về các vấn đề xã hội, trong đó có hoạt động XDPL. Dư luận xã hội góp phần tạo điều kiện để các tầng lớp nhân dân phát huy quyền làm chủ, thể hiện ý chí, mở rộng nền dân chủ xã hội, tích cực tham gia vào quá trình XDPL. Dư luận xã hội cũng là nguồn thông tin phản hồi có ý nghĩa quan trọng và thiết thực với XDPL, bởi mọi vướng mắc, thiếu hụt, khe hở của pháp luật đều có thể được nhận diện qua dư luận, từ đó giúp chủ thể có thẩm quyền ra các văn bản, quyết định phù hợp lòng dân. Dư luận xã hội cũng có sức mạnh to lớn trong việc định hướng, điều chỉnh hành vi của các thành viên trong xã hội, trong đó có hành vi của các chủ thể trực tiếp thực hiện hoạt động XDPL, để các chủ thể này lắng nghe dư luận một cách nghiêm túc, có những phân tích khoa học để rút ra được những kết luận chính xác về thực trạng các quan hệ xã hội đang cần có pháp luật điều chỉnh¹⁶.

Yếu tố tổ chức cũng rất cần cho XDPL, vì suy cho cùng, mọi hoạt động muốn đạt hiệu quả, bắt buộc phải được tổ chức tốt. Yếu tố tổ chức trong XDPL đến từ nhiều khía cạnh, từ việc bố trí hợp lý về cơ cấu các chủ thể chịu trách nhiệm, cho đến tính khả thi của mọi công đoạn khi triển khai. Tất cả đều phải được nghiên cứu, tính toán hợp lý, khoa học, có kế hoạch cụ thể. Trong quá trình đó, trách nhiệm của các cá nhân phải được phát huy cao nhất, các bước, công đoạn phải có lộ trình và khả thi.

Yếu tố chi phí và cơ sở vật chất trong thực tiễn cũng ảnh hưởng lớn tới quá trình XDPL. Nó không chỉ làm cho hoạt động XDPL vận hành trôi chảy, mà còn chi phối cả đến thời gian hoàn thành, phạm vi, tính chất của văn bản pháp luật được soạn thảo. Nếu kinh phí, cơ sở vật chất thiếu thốn, không đáp ứng yêu cầu, không hợp lý, thì các chủ thể có thẩm quyền khó bảo đảm tiến độ triển khai nhiệm vụ, việc tổ chức cho các thành phần xã hội, cơ quan, tổ chức và người dân tham gia XDPL theo quy định ở các công đoạn cũng khó đạt chất lượng như mong muốn.

Các yếu tố cơ bản nêu trên, trong quá trình tác động đến XDPL luôn có tác động nhất định đến nhau, ảnh hưởng đến XDPL cả ở góc độ tích cực lẫn tiêu cực. Việc xem xét, nghiên cứu các yếu tố tác động đến XDPL là một khía cạnh quan trọng của các nghiên cứu pháp lý xã hội thuộc lĩnh vực XDPL. Nó giúp việc nhận diện mức độ, tính chất tác động, ảnh hưởng của các nhân tố xã hội, đồng thời phản ánh nhu cầu của xã hội đối với quá trình điều chỉnh các lĩnh vực quan hệ xã hội nhất định. Từ đó, có thể đưa ra các phương án, giải pháp tối ưu, nhằm nâng cao chất lượng hoạt động và sản phẩm của XDPL.

¹⁶ Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình Xã hội học pháp luật*, Nxb. Tư pháp, năm 2018, tr.253-255.

5. Tác động xã hội của xây dựng pháp luật

Như đã trình bày, XDPL chính là một loại thiết kế xã hội, XDPL trước hết là việc quy phạm hóa các hành vi mang tính điển hình, phổ biến của các chủ thể trong xã hội vào phạm vi điều chỉnh của pháp luật. Từ đó, tạo ra một khung khổ pháp lý cho các quan hệ xã hội vận hành theo đúng mong muốn của Nhà nước và cộng đồng xã hội, tạo tiền đề cho một xã hội trật tự, ổn định, phát triển. “XDPL là việc biến ý chí của Nhà nước thành pháp luật và tạo cho nó một đặc tính pháp lý, nó cũng biến các yêu cầu của người dân thành pháp luật - yêu cầu mang tính quyền lực”¹⁷.

XDPL cũng là hoạt động tạo nên sự kết nối giữa các thành viên trong quá trình tham gia vào các cơ chế xã hội - pháp lý của XDPL. Sự kết nối có thể qua việc cùng tạo nên dư luận xã hội về một vấn đề nhất định mà cộng đồng quan tâm, cũng có thể qua việc đóng góp ý kiến, tham gia, phản biện, phản kháng hoặc kiểm tra, giám sát quá trình XDPL của các chủ thể có thẩm quyền. XDPL vì vậy, có tác dụng tạo ra những liên kết và đồng thuận xã hội giữa các thành viên. “Cân nhắc các vấn đề có tầm quan trọng quốc gia, các vấn đề và nhu cầu của công chúng là một chức năng quan trọng của lập pháp hiện đại. Thông qua chức năng này, lập pháp phản ánh dư luận xã hội về nhiều vấn đề khác nhau. Các cuộc tranh luận được tổ chức trong quá trình lập pháp có giá trị giáo dục rất lớn đối với người dân”¹⁸.

Thông qua XDPL, người dân, các lực lượng khác nhau trong xã hội thể hiện quan điểm, nhu cầu, nguyện vọng của mình, cũng chính là những yêu cầu đối với Nhà nước trong quá trình hiện thực hóa các quyền mà nhân dân giao phó. XDPL cũng chính là quá trình hiện thực hóa các quyền con người, hiện thực hóa chủ quyền nhân dân và các trách nhiệm của Nhà nước. “Khi Nhà nước đề ra một chính sách và sau đó cam kết thực hiện chính sách đó, thì các nhà soạn thảo pháp luật phải chuyển hóa chính sách đó thành quy định của pháp luật để cho các cán bộ nhà nước khác thực thi. Sau cùng, Nhà nước chỉ có một con đường là thực thi các chính sách của mình thông qua việc ban hành và thực thi pháp luật”¹⁹.

XDPL đôi khi cũng làm cản trở tiến trình dân chủ, hạn chế các quyền con người, nếu quá trình xây dựng diễn ra một cách hình thức, không thể hiện được ý chí, nguyện vọng cũng như sự tham gia của các thành phần xã hội, đặc biệt, khi sản phẩm của quá trình XDPL là những văn bản QPPL có chất lượng kém, không đáp ứng nhu cầu hoặc mâu thuẫn với hệ thống pháp luật đã ban hành.

Như vậy, xã hội học XDPL là loại nghiên cứu pháp lý - xã hội nhằm nhận thức hoạt động XDPL một cách sống động nhất, gắn liền với hơi thở của xã hội. Thông qua những khía cạnh xã hội trong hoạt động XDPL, vai trò của các thành phần xã hội ngày càng được nhìn nhận trong quá trình XDPL; đồng thời, hoạt động XDPL lập pháp được đảm bảo bởi cơ sở xã hội vững chắc góp phần nâng cao chất lượng, tính khả thi của các văn bản QPPL trong thực tiễn ■

¹⁷ Legislature: Meaning, Functions and Types of Legislature. Article shared by KK Ghai, <https://www.yourarticlelibrary.com/constitution/legislature-meaning-functions-and-types-of-legislature/40337>.

¹⁸ Legislature: Meaning, Functions and Types of Legislature. Article shared by KK Ghai, <https://www.yourarticlelibrary.com/constitution/legislature-meaning-functions-and-types-of-legislature/40337>.

¹⁹ Ann Seidman, Robert B. Seidman, Nalin Abeyesekere, Soạn thảo Luật pháp vì tiến bộ xã hội dân chủ, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2003, tr.13.

CÔNG NHẬN VÀ CHO THI HÀNH PHÁN QUYẾT TRỌNG TÀI NƯỚC NGOÀI - KINH NGHIỆM TỪ CÔNG ƯỚC NEW YORK NĂM 1958 VÀ LUẬT MẪU UNCITRAL

Nguyễn Thị Thanh Ngân

Công ty cổ phần Superbrain Group

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Phán quyết của trọng tài nước ngoài, Công ước New York năm 1958, Luật Mẫu UNCITRAL.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 11/01/2021
Biên tập : 26/01/2021
Duyệt bài : 03/02/2021

Article Infomation:

Keywords: Foreign arbitral awards; the New York Convention 1958; UNCITRAL Model Law on International Arbitration 1985

Article History:

Received : 11 Jan. 2021
Edited : 26 Jan. 2021
Approved : 03 Feb. 2021

Tóm tắt:

Đứng trước sự phát triển mạnh mẽ của nền kinh tế quốc tế và giao lưu thương mại, nhu cầu công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài tại Việt Nam cũng bắt đầu tăng theo. Với nhiều nỗ lực trong việc phát triển phương thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài, đánh dấu sự ra đời của Luật Trọng tài thương mại năm 2010 (Luật TTTM năm 2010) và cải thiện thủ tục công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài bằng những sửa đổi, bổ sung các quy định tương ứng trong Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 (Bộ luật TTDS năm 2015). Tuy nhiên, trong suốt thời gian qua hoạt động công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài tại Việt Nam vẫn còn nhiều bất cập. Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày, phân tích các quy định về công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài tại Công ước New York năm 1958; Luật Mẫu UNCITRAL về trọng tài quốc tế năm 1985 (Luật Mẫu); và các quy định của pháp luật Việt Nam về công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài, trong đó chỉ ra một số bất cập và đưa ra kiến nghị hoàn thiện.

Abstract:

Faced with the strong development of the international economy and trade exchanges, the demand for recognition and enforcement of foreign arbitral awards in Vietnam has increased. With efforts in developing the method of dispute settlement by arbitration, marking issuance of the Law on Commercial Arbitration 2010 and the improved procedures for recognition and enforcement of awards of foreign arbitration by amending the corresponding provisions in the Civil Procedure Code of 2015. However, several shortcomings have been unveiled in recognizing and enforcing foreign arbitral awards in Vietnam for the last time. Within the scope of this article, the author provides an introduction and analysis of the provisions on recognition and enforcement of foreign arbitral awards in the New York Convention 1958; UNCITRAL Model Law on International Arbitration 1985 (Model Law); and the provisions of Vietnamese law on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, which point out some shortcomings and make recommendations for improvement.

1. Dẫn nhập

Số liệu thống kê gần đây cho thấy, tỷ lệ không công nhận phán quyết của trọng tài

nước ngoài tại Việt Nam còn ở mức cao so với các nước trong khu vực và trên thế giới, ảnh hưởng đến hiệu quả giải quyết tranh

chấp bằng trọng tài¹. Nguyên nhân xuất phát từ việc các tòa án cấp sơ thẩm vẫn còn gặp một số khó khăn trong việc diễn giải các quy định có liên quan của Bộ luật TTDS cũng như Công ước New York năm 1958 (Công ước). Từ đó, dẫn đến việc áp dụng không thống nhất các quy định này trong giải quyết đơn yêu cầu công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài. Việc tòa án không công nhận phán quyết của trọng tài nước ngoài với tỷ lệ cao mà không có cơ sở thuyết phục có thể gián tiếp khuyến khích, tạo điều kiện cho các doanh nghiệp vi phạm hợp đồng, vi phạm thỏa thuận ảnh hưởng đến uy tín của doanh nghiệp, tổ chức cá nhân của Việt Nam trong hoạt động kinh doanh², từ đó làm suy giảm uy tín của Việt Nam trên trường quốc tế. Bên cạnh đó, việc Việt Nam không công nhận phán quyết của trọng tài nước ngoài phù hợp với Công ước còn có thể dẫn đến việc phía nước ngoài kiện Chính phủ Việt Nam theo các hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư cũng như các điều ước quốc tế khác mà Việt Nam là thành viên, gây ra hệ lụy phức tạp, tổn kém về nguồn lực xử lý.

2. Quy định của Công ước New York năm 1958, Luật Mẫu về công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài

Thể thức trọng tài là một phương thức giải quyết tranh chấp mà trong đó các bên thống nhất đưa tranh chấp ra một bên thứ ba là bên sẽ đưa ra quyết định chung thẩm

và có tính ràng buộc thay vì đưa ra tòa án. Phán quyết trọng tài có 03 (ba) đặc điểm: (i) có sự đồng thuận dựa trên sự thỏa thuận của các bên; (ii) là biện pháp giải quyết tranh chấp có tính chung thẩm (có hiệu lực pháp luật ngay) và ràng buộc các bên; (iii) là phương thức thay thế tố tụng tại tòa án.

Khác với quyết định của trọng tài là quyết định được ban hành trong quá trình giải quyết tranh chấp, phán quyết của trọng tài là quyết định giải quyết toàn bộ tranh chấp và chấm dứt tố tụng trọng tài. Những phán quyết này sẽ được xem xét để công nhận và cho thi hành tại một quốc gia khác không phải là quốc gia nơi phán quyết được tuyên.

2.1. Quy định của Công ước New York năm 1958 về công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài

Với mong muốn thiết lập một cơ chế công nhận và cho thi hành đơn giản, hiệu quả, Công ước tiếp cận trên tinh thần ủng hộ cho việc thi hành theo cơ chế chọn - bỏ, điều đó có nghĩa là, về cơ bản các phán quyết của trọng tài nước ngoài sẽ được công nhận và cho thi hành tại các quốc gia là thành viên của Công ước, chỉ trừ một số trường hợp hữu hạn mà bị từ chối. Các phán quyết trọng tài nước ngoài sẽ được thi hành như những quyết định của tòa án địa phương và hệ thống các cơ quan tư pháp của Nhà nước có thể áp dụng các biện pháp cưỡng chế để thi hành phán quyết³.

¹ Nguyễn Mạnh Dũng (2020), *Báo cáo đánh giá, so sánh quy định của pháp luật Việt Nam về công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài với Luật Mẫu UNCITRAL, đề xuất khả năng áp dụng Luật Mẫu tại Việt Nam*, tr.6.

² Hiện nay, nhiều đối tác nước ngoài như Hoa Kỳ, Vương quốc Anh, Bắc Ai Len, Thụy Sĩ, Hiệp hội trọng tài Bông quốc tế,... đã nhiều lần gửi thư và gặp các cơ quan của Việt Nam (Bộ Tư pháp, Bộ Ngoại giao, Bộ Công thương, Tòa án nhân dân tối cao,...) chính thức bày tỏ quan ngại về tỷ lệ lớn các phán quyết của trọng tài nước ngoài không được công nhận tại Việt Nam, việc giải thích các yêu cầu công nhận và thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài tại Việt Nam chưa phù hợp với Công ước.

³ Tòa án nhân dân tối cao (2018), *Chuyên đề: Công nhận và cho thi hành phán quyết của Trọng tài nước ngoài tại Việt Nam*, tài liệu tập huấn trực tuyến ngày 25/6/2018 của Tòa án nhân dân tối cao, tr.2.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

Công ước xác định những nguyên tắc chính trong quá trình công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài như sau:

- Các quốc gia thành viên Công ước thừa nhận giá trị hiệu lực của một thỏa thuận trọng tài bằng văn bản, đồng thời đảm bảo các tòa án của họ sẽ từ chối thụ lý vụ kiện trong trường hợp các bên tranh chấp đã có một thỏa thuận trọng tài;

- Các quốc gia thành viên bảo đảm việc công nhận và cho thi hành trên lãnh thổ của quốc gia mình một phán quyết của trọng tài đã được tuyên trên lãnh thổ quốc gia thành viên khác;

- Các quốc gia thành viên không được có sự phân biệt đối xử giữa công nhận và thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài so với phán quyết của trọng tài trong nước;⁴

- Công ước không loại trừ quyền được áp dụng các quy định có lợi hơn đối với việc công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài được quy định trong các điều ước quốc tế khác hoặc pháp luật quốc gia.

Bên cạnh đó, Công ước cũng đề ra một số trường hợp mà căn cứ theo đó, quốc gia thành viên có thể từ chối công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài của quốc gia thành viên khác, bao gồm:

- Nhóm 1: Các trường hợp mà người phải thi hành có nghĩa vụ chứng minh: (i) các bên không có năng lực thỏa thuận trọng tài hoặc thỏa thuận trọng tài vô hiệu; (ii) vi phạm thủ tục thông báo hoặc không thể trình bày vụ việc; (iii) phán quyết vượt khỏi yêu cầu khởi kiện; (iv) vi phạm thủ tục tố tụng trọng tài; (v) phán quyết chưa có hiệu lực pháp luật hoặc bị đình chỉ, bị hủy theo pháp luật hoặc cơ quan có thẩm quyền của nước nơi phán quyết được tuyên.

Theo đó, bên phải thi hành có nghĩa vụ chứng minh các bên trong một thỏa thuận trọng tài, theo pháp luật của mỗi bên không có đủ năng lực pháp luật để tham gia thỏa thuận hoặc thỏa thuận trọng tài không có giá trị pháp luật theo pháp luật các bên chịu sự điều chỉnh hoặc theo pháp luật của nước nơi phán quyết được tuyên.

Một trường hợp khác, bên phải thi hành phán quyết phải chứng minh được rằng mình không được thông báo một cách phù hợp về việc chỉ định trọng tài viên hoặc về tố tụng trọng tài hoặc do một nguyên nhân khác không thể trình bày vụ việc của mình.

Bên cạnh đó, liên quan đến trường hợp vượt quá yêu cầu khởi kiện, người phải thi hành phải chứng minh phán quyết giải quyết tranh chấp không được dự liệu trong các điều khoản của đơn yêu cầu đưa ra trọng tài giải quyết hay nằm ngoài điều khoản đó hoặc phán quyết trọng tài bao gồm các quyết định nằm ngoài phạm vi yêu cầu giải quyết bằng trọng tài. Tuy nhiên, trong trường hợp các quyết định nằm ngoài đó có thể tách rời với các quyết định nằm trong phạm vi yêu cầu thì phần quyết định thuộc phạm vi yêu cầu đó vẫn có thể được xem xét công nhận và cho thi hành.

Vi phạm thủ tục tố tụng trọng tài: Đây là trường hợp mà quá trình tiến hành tố tụng hoặc thành phần tham gia tố tụng trọng tài vi phạm sự thỏa thuận của các bên hoặc pháp luật nơi tiến hành tố tụng (nếu không có thỏa thuận). Phán quyết chưa có hiệu lực pháp luật hoặc bị đình chỉ, bị hủy theo pháp luật hoặc cơ quan có thẩm quyền của nước nơi phán quyết được tuyên cũng là một căn cứ từ chối công nhận và cho thi hành theo các điều khoản của Công ước.

⁴ Không phân biệt đối xử nghĩa là không được đặt ra các điều kiện khó khăn đáng kể hoặc các khoản phí cao hơn so với công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài trong nước.

- Nhóm 2: Các trường hợp tòa án tự xem xét để ra quyết định từ chối công nhận và cho thi hành: (i) đối tượng tranh chấp theo pháp luật của nước có yêu cầu công nhận và cho thi hành không được giải quyết bằng trọng tài; (ii) việc công nhận và cho thi hành là trái với trật tự công cộng của nơi công nhận và cho thi hành phán quyết.

Như vậy, Công ước quy định rất rõ các nguyên tắc và các căn cứ từ chối công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài, tạo điều kiện thuận lợi để các quốc gia thành viên thực thi Công ước một cách có hiệu quả nhất.

2.2. Quy định của Luật Mẫu về công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài

Khác với Công ước chỉ quy định về hai hoạt động là thi hành thỏa thuận trọng tài và công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài, các quy định của Luật Mẫu bao gồm toàn bộ quá trình tố tụng trọng tài. Bên cạnh đó, Luật Mẫu không có tính chất như một điều ước quốc tế, không buộc các quốc gia phải tuân thủ tuyệt đối. Luật Mẫu chỉ mang tính chất khuyến nghị và mềm dẻo, linh hoạt để các quốc gia vận dụng và chuyển hóa vào hệ thống pháp luật trong nước, đảm bảo tối đa sự hài hòa pháp luật về trọng tài của các quốc gia⁵.

Hiện nay, Luật Mẫu ngày càng khẳng định vị trí của mình khi nhận được sự đồng thuận của nhiều quốc gia đối với các vấn đề quan trọng trong thực tiễn tố tụng trọng tài. Chỉ tính riêng khu vực ASEAN, đã có tới 7/10 quốc gia thành viên áp dụng Luật Mẫu⁶. Đặc biệt, trong những năm gần đây, nhiều quốc gia và vùng lãnh thổ đã đưa Luật Mẫu trở thành pháp luật điều chỉnh hoạt động trọng tài ở nước mình⁷.

Tính chất quốc tế của trọng tài theo quy định của Luật Mẫu không được xác định trên cơ sở quốc tịch của trọng tài viên⁸. Theo đó, tính quốc tế trước tiên phụ thuộc vào địa điểm kinh doanh của các bên trong thỏa thuận trọng tài. Nếu địa điểm kinh doanh của các bên tại các quốc gia khác nhau, thì trọng tài được xem là “quốc tế”. Trong trường hợp địa điểm kinh doanh của các bên không cùng ở tại một quốc gia, các yếu tố khác sẽ được xem xét để xác định địa điểm tố tụng trọng tài, bất kỳ địa điểm nào mà một phần đáng kể của các nghĩa vụ trong quan hệ thương mại được thực hiện, ... Bên cạnh đó, yếu tố quốc tế của trọng tài còn có thể được xác định theo thỏa thuận của các bên⁹.

Công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài¹⁰ được quy định tại Điều 35 và các căn cứ từ chối công nhận và cho thi hành quy định tại Điều 36 Luật Mẫu. Có thể thấy

⁵ Nguyễn Mạnh Dũng (2020), *tlđd* (1), tr.10.

⁶ Bao gồm: Brunei, Malaysia, Philippines, Campuchia, Myanmar, Singapore, Thái Lan. Bên cạnh đó Luật Mẫu cũng được áp dụng tại nhiều quốc gia nơi có hệ thống trọng tài phát triển như Anh, Singapore, Hồng Kông, Nhật bản, Hàn Quốc,...

⁷ Điển hình như Qatar, Mông Cổ, Nam Phi, MaCao, ...

⁸ Theo khoản 3 Điều 1 Luật Mẫu.

⁹ Các bên đồng ý rằng nội dung của thỏa thuận trọng tài liên quan đến nhiều hơn một quốc gia.

¹⁰ Luật Mẫu không giải thích hoặc định nghĩa như thế nào là phán quyết trọng tài. Thay vào đó Luật Mẫu chỉ quy định phán quyết trọng tài bao gồm cả phán quyết theo thỏa thuận ghi nhận sự thỏa thuận của các bên trong quá trình tiến hành tố tụng trọng tài; phán quyết phải bằng văn bản do trọng tài viên hoặc các trọng tài viên ký. Nội dung phán quyết bao gồm: (i) lý do đưa ra phán quyết và (ii) ngày tháng, địa điểm tố tụng trọng tài (Xem Điều 30, Điều 31 Luật Mẫu).

tiêu đề của chương VII, Điều 35 và Điều 36 đều không nhắc tới “phán quyết trọng tài nước ngoài” như Công ước. Nội dung của Điều 35 cũng khẳng định việc công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài là “*không phụ thuộc vào quốc gia phán quyết được tuyên*”. Việc áp dụng chung thủ tục công nhận và cho thi hành với tất cả các phán quyết không phân biệt nơi phán quyết được tuyên để tạo ra cơ chế công bằng cho cả phán quyết trọng tài trong nước và phán quyết trọng tài quốc tế. Như vậy, có thể thấy, phạm vi áp dụng của Luật Mẫu là rộng hơn Công ước bởi lẽ việc công nhận và cho thi hành không chỉ bị giới hạn trong phạm vi phán quyết “nước ngoài”.

Luật Mẫu không quy định về thời hạn công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài. Theo đó, người được thi hành phán quyết trọng tài tùy theo điều kiện và khả năng của bản thân có thể nộp đơn đề nghị tòa án nơi phán quyết được thi hành bất cứ lúc nào. Tuy nhiên, ở các quốc gia thành viên của Công ước nơi mà phán quyết sẽ được công nhận và cho thi hành hầu hết đều quy định về thời hạn để người được thi hành nộp đơn yêu cầu công nhận và cho thi hành.

Luật Mẫu còn bổ sung một quy định về việc tòa án nơi công nhận hoặc thi hành có thể hoãn việc ra quyết định nếu có đơn yêu cầu hủy hoặc đình chỉ phán quyết trọng tài tại quốc gia nơi phán quyết được tuyên và khi đó tòa án, theo yêu cầu của bên đề nghị công nhận và cho thi hành phán quyết yêu cầu bên phải thi hành nộp phí bảo đảm. Đây là quy định nhằm mục đích đảm bảo và cân bằng quyền lợi của các bên trong tố tụng trọng tài ở giai đoạn công nhận và cho thi hành. Tuy nhiên, việc có hoãn ra quyết định

hay không là quyền của tòa án nơi công nhận và cho thi hành.

Các quyết định về biện pháp tạm thời cũng sẽ được công nhận và cho thi hành theo Luật Mẫu. Các quy định về công nhận và cho thi hành quyết định về biện pháp tạm thời không bị giới hạn bởi việc hội đồng trọng tài ban hành biện pháp tạm thời tại nơi tiến hành tố tụng trọng tài. Tòa án nơi quốc gia có yêu cầu công nhận hoặc cho thi hành có thể buộc bên đưa ra yêu cầu thực hiện bảo đảm phù hợp nếu xét thấy là hành động cần thiết để bảo vệ quyền của bên thứ ba. Tòa án cũng sẽ không xem xét lại nội dung của biện pháp bảo đảm mà chỉ xem xét các căn cứ để từ chối công nhận và cho thi hành.

3. Quy định của pháp luật Việt Nam về công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài

Theo pháp luật Việt Nam, trọng tài nước ngoài là trọng tài được thành lập trên cơ sở quy định của pháp luật nước ngoài do các bên thỏa thuận lựa chọn để tiến hành giải quyết tranh chấp có thể phát sinh ở ngoài lãnh thổ Việt Nam hoặc trong lãnh thổ Việt Nam¹¹. Phán quyết của trọng tài nước ngoài là phán quyết do trọng tài nước ngoài tuyên để giải quyết tranh chấp do các bên thỏa thuận lựa chọn¹², tức là không phụ thuộc vào địa điểm giải quyết tranh chấp. Luật TTTM năm 2010 không quy định rõ địa điểm tố tụng trọng tài có ảnh hưởng như thế nào đến tính chất “nước ngoài” của trọng tài và căn cứ nào để xác định trọng tài được thành lập theo pháp luật nước ngoài¹³. Đối với trọng tài quy chế, việc xác định trọng tài đối với vụ việc cụ thể có thể được xác định

¹¹ Khoản 11 Điều 3 Luật TTTM năm 2010.

¹² Khoản 12 Điều 3 Luật TTTM năm 2010.

¹³ Nguyễn Mạnh Dũng (2020), *tlđđ (1)*, tr.19.

đễ dàng hơn. Tuy nhiên, đối với trọng tài vụ việc mà tố tụng trọng tài hoàn toàn phụ thuộc vào sự thỏa thuận của các bên thì việc xác định trọng tài được thành lập theo nước nào có thể gặp không ít khó khăn, nhất là khi yếu tố địa điểm tố tụng trọng tài không được nhắc đến. Với quy định hiện hành của pháp luật Việt Nam, việc xác định một phán quyết trọng tài có phải là phán quyết trọng tài nước ngoài hay không sẽ là rất khó khăn.

Hiện nay, thủ tục công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài được quy định trong phần thứ bảy Bộ luật TTDS năm 2015. Để phân biệt giữa phán quyết trọng tài (quyết định giải quyết nội dung vụ việc) và các quyết định khác của trọng tài (về trình tự tố tụng), Bộ luật TTDS năm 2015 đã sử dụng từ “phán quyết” thay cho “quyết định”, đồng thời dẫn chiếu đến các khái niệm đã được định nghĩa trong pháp luật trọng tài¹⁴. Bộ luật TTDS năm 2015 cũng đã bổ sung trở lại nghĩa vụ chứng minh của bên phải thi hành trong các trường hợp không công nhận theo quy định của Công Ước¹⁵. Trình tự thủ tục công nhận và cho thi hành có những sửa đổi theo hướng rút ngắn thời hạn, giảm bớt khâu trung gian để đẩy mạnh tiến trình công nhận và cho thi hành.

¹⁴ Luật Trọng tài thương mại năm 2010; Nghị định số 63/2011/NĐ-CP ngày 28/7/2011 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Trọng tài thương mại và các văn bản sửa đổi, bổ sung; Thông tư số 12/2012/TT-BTP ngày 07/11/2012/TT-BTP ngày 07/11/2012 của Bộ Tư pháp ban hành một số biểu mẫu và tổ chức hoạt động của trọng tài thương mại; Nghị quyết số 01/2014/NQ - HĐTP ngày 20/3/2014 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn thi hành một số quy định của Luật Trọng tài thương mại.

¹⁵ Văn bản điều chỉnh việc công nhận và cho thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài đầu tiên là Pháp lệnh công nhận và cho thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài năm 1995 (Pháp lệnh năm 1995). Pháp lệnh đã quy định nhiều nội dung rất gần với các quy định của Công ước và Luật Mẫu, trong đó có quy định các trường hợp không công nhận và cho thi hành nếu bên phải thi hành có sự chứng minh hợp lý (Xem Điều 16 Pháp lệnh năm 1995). Tuy vậy, tại thời điểm đó, các quy định về tố tụng dân sự của Việt Nam còn chưa được thống nhất nên hiệu quả mà Pháp lệnh 1995 mang lại là không cao. Tiếp theo đó, năm 2004, Bộ luật TTDS năm 2004, tại phần thứ sáu quy định về thủ tục công nhận và cho thi hành tại Việt Nam quyết định của trọng tài nước ngoài, Điều 370 Bộ luật TTDS năm 2004 lại bỏ nội dung về nghĩa vụ chứng minh các trường hợp không công nhận thuộc về người phải thi hành, gây ra nhiều vướng mắc trong thực tiễn áp dụng dẫn đến nhiều trường hợp quyết định của trọng tài nước ngoài không được công nhận và cho thi hành.

¹⁶ Điều 2 Quyết định số 453.

Trên cơ sở Công ước, khi gia nhập Việt Nam đã giới hạn phạm vi áp dụng của Công ước tại Quyết định số 453/QĐ-CTN ngày 28/7/1995 của Chủ tịch nước về việc tham gia Công ước New York năm 1958 (Quyết định số 453). Điều 2 Quyết định số 453 đưa ra 03 (ba) điều bảo lưu cơ bản của Việt Nam¹⁶:

(1) Công ước chỉ áp dụng đối với việc công nhận và cho thi hành tại Việt Nam quyết định của trọng tài nước ngoài được tuyên tại lãnh thổ của các quốc gia thành viên của Công ước; đối với quyết định trọng tài nước ngoài được tuyên tại lãnh thổ quốc gia chưa ký kết hoặc tham gia Công ước, Công ước áp dụng tại Việt Nam theo nguyên tắc có đi có lại.

(2) Chỉ áp dụng Công ước đối với tranh chấp phát sinh từ các quan hệ pháp luật thương mại.

(3) Mọi sự giải thích Công ước trước tòa án hoặc cơ quan có thẩm quyền khác của Việt Nam phải tuân thủ các quy định của Hiến pháp và pháp luật Việt Nam.

Hiện nay, khoản 3 Điều 2 Bộ luật TTDS năm 2015 quy định: “Bộ luật TTDS được áp dụng đối với việc giải quyết việc dân sự có yếu tố nước ngoài; trường hợp điều ước

quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định khác thì áp dụng quy định của điều ước quốc tế đó”.

Theo quy định của Điều 424 Bộ luật TTDS năm 2015, Tòa án Việt Nam xem xét đơn yêu cầu công nhận và cho thi hành tại Việt Nam phán quyết của trọng tài nước ngoài theo hai nguyên tắc cơ bản: trên cơ sở điều ước quốc tế¹⁷ và trên nguyên tắc có đi có lại¹⁸.

Bộ luật TTDS năm 2015 đã nội luật hóa Điều V của Công ước về các trường hợp từ chối công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài tại Việt Nam (Điều 459). Theo đó, căn cứ để tòa án không công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài gồm hai nhóm sau:

- Nhóm 1: Bên có nghĩa vụ phải thi hành cung cấp chứng cứ cho tòa án chứng minh rằng: (i) các bên ký thỏa thuận trọng tài không có năng lực để ký kết theo pháp luật mỗi bên; (ii) thỏa thuận trọng tài không có giá trị pháp lý; (iii) bên phải thi hành không được thông báo kịp thời và hợp thức về việc giải quyết vụ tranh chấp hoặc không thể thực hiện được quyền tố tụng của mình (với lý do chính đáng); (iv) phán quyết được tuyên không được các bên yêu cầu giải quyết hoặc vượt quá yêu cầu của các bên; (v) thành phần, thủ tục giải quyết tranh chấp không phù hợp; (vi) phán quyết chưa có hiệu lực bắt buộc đối với các bên; (vii) phán quyết bị cơ quan có thẩm quyền của nước nơi phán quyết đã được tuyên hoặc của nước có pháp luật đã được áp dụng hủy bỏ hoặc đình chỉ thi hành.

¹⁷ Điều a khoản 1 Điều 424 Bộ luật TTDS 2015.

¹⁸ Điều b khoản 1 Điều 424 Bộ luật TTDS 2015.

¹⁹ Một tranh chấp có thể được coi là không thể trọng tài nếu nó thuộc thẩm quyền riêng biệt của Tòa án Việt Nam theo Điều 470 Bộ luật TTDS năm 2015.

²⁰ Tòa án nhân dân tối cao (2018), *tlđđ* (2), tr.16.

²¹ Tòa án nhân dân tối cao (2018), *tlđđ* (2), tr. 3.

- Nhóm 2: Khi tòa án Việt Nam xét thấy: (i) vụ tranh chấp không được giải quyết theo thể thức trọng tài theo pháp luật Việt Nam¹⁹; và (ii) việc công nhận và cho thi hành phán quyết tại Việt Nam là trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam.

Khi xem xét đơn yêu cầu công nhận và cho thi hành, Hội đồng trọng tài không được xét xử lại tranh chấp đã được trọng tài nước ngoài ra phán quyết mà chỉ được kiểm tra, đối chiếu phán quyết của trọng tài nước ngoài, giấy tờ, tài liệu kèm theo đơn yêu cầu để làm cơ sở cho việc ra quyết định công nhận hoặc không công nhận phán quyết đó. Hội đồng xét đơn yêu cầu phải đánh giá chứng cứ do các bên xuất trình một cách cân trọng, kỹ lưỡng và vô tư²⁰. Khi một phán quyết trọng tài nước ngoài được tòa án Việt Nam công nhận và cho thi hành tại Việt Nam thì phán quyết đó sẽ có “hiệu lực pháp luật” như quyết định của tòa án Việt Nam đã có hiệu lực pháp luật. Do đó, khi tòa án được yêu cầu công nhận phán quyết trọng tài, tòa án không chỉ được yêu cầu công nhận hiệu lực pháp lý của phán quyết mà còn phải đảm bảo phán quyết đó được thi hành²¹. Điều 427 Bộ luật TTDS năm 2015 quy định, phán quyết được công nhận sẽ được thi hành theo thủ tục thi hành án dân sự và chỉ được thi hành sau khi có quyết định của tòa án Việt Nam công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài có hiệu lực pháp luật.

Do vậy, công nhận và cho thi hành tại Việt Nam phán quyết của trọng tài nước

ngoài là một thủ tục tố tụng đặc biệt do tòa án tiến hành nhằm xem xét để công nhận tính hiệu lực của phán quyết trọng tài nước ngoài trên phạm vi lãnh thổ của Việt Nam.

Tuy nhiên, ranh giới giữa việc xem xét các yêu cầu để ra quyết định có công nhận phán quyết trọng tài hay không với việc xem xét nội dung của phán quyết trong nhiều trường hợp khó phân biệt rõ ràng như căn cứ liên quan đến năng lực của các bên, hiệu lực của thỏa thuận trọng tài hoặc vi phạm các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam.

Theo thống kê số liệu giai đoạn báo cáo từ ngày 01/02/2012 đến ngày 30/9/2019²² có 33 yêu cầu công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài không được tòa án thụ lý giải quyết; 84 vụ việc thu thập được các quyết định giải quyết và đưa ra kết quả giải quyết²³ tập trung ở các tòa án Hà Nội, Thành phố Hồ Chí Minh, Bình Dương, Long An²⁴ trong đó 39 vụ việc được công nhận và cho thi hành, 33 vụ việc không được công nhận, 12 vụ việc đình chỉ giải quyết.

Một nghiên cứu chỉ ra rằng²⁵, việc tòa án không công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài tại Việt Nam thường dựa vào các lý do như: (i) các bên tham gia thỏa thuận trọng tài không có năng lực để ký thỏa thuận; (ii) cá nhân, tổ chức có nghĩa vụ thi hành không được thông báo

kịp thời các thông tin hoặc không thể tham gia thực hiện quyền tố tụng của mình với lý do chính đáng; (iii) việc công nhận và cho thi hành là trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam.

Những bất cập nêu trên xuất phát từ những nguyên nhân sau đây:

Thứ nhất, chưa có văn bản hướng dẫn thống nhất về xác định người phải thi hành, nguyên tắc có đi có lại, căn cứ hủy phán quyết và từ chối công nhận do vi phạm nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam.

Thứ hai, cách hiểu và áp dụng Công ước của các tòa án không được thống nhất (có tòa án sẽ đánh giá quyết định của trọng tài nước ngoài so với quy định của Công ước và Bộ luật TTDS; có tòa án lại không đề cập gì đến Công ước hoặc có tòa án chỉ nhắc đến tên Công ước mà không có phân tích gì thêm).

Thứ ba, công tác tổng kết, rà soát, đánh giá, đôn đốc việc công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài cũng như thực hiện Công ước chưa được quan tâm đúng mức.

4. Khả năng áp dụng Luật Mẫu trong thủ tục công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài tại Việt Nam

Mặc dù Công ước đã có hiệu lực tại Việt Nam trong 25 năm, tỉ lệ công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài ở

²² Có 55/66 Tòa án có báo cáo. Số liệu được nêu có thể không phản ánh hoàn toàn chính xác thực trạng công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài ở Việt Nam do số liệu cung cấp không đầy đủ.

²³ Số lượng được giải quyết theo Bộ luật TTDS năm 2015 là 23 vụ việc, trong đó 11 vụ việc được công nhận và cho thi hành, 5 vụ việc không công nhận và 7 vụ việc đình chỉ giải quyết.

²⁴ Tòa án Tp. Hà Nội: 15 vụ việc; Tòa án Tp. Hồ Chí Minh: 38 vụ việc; Tòa án tỉnh Bình Dương: 5 vụ việc; Tòa án tỉnh Long An: 5 vụ việc.

²⁵ Nguyễn Mạnh Dũng (2020), *tlđd* (1), tr. 29. Các căn cứ này được quy định tại các điểm a, b, c, d khoản 1 và điểm b khoản 2 Điều V Công ước; điểm a, c khoản 1 Điều 370 Bộ luật TTDS năm 2004; điểm b khoản 2 Điều 370 Bộ luật TTDS năm 2004. Đối với 5 vụ việc không được công nhận kể từ khi Bộ luật TTDS năm 2015, tòa án dựa vào căn cứ tại điểm a, c khoản 1 Điều 459, điểm b khoản 2 Điều 459 Bộ luật TTDS năm 2015.

Việt Nam vẫn ở mức thấp, vì vậy, đặt ra câu hỏi nếu áp dụng Luật Mẫu vào Việt Nam có làm tăng cường số lượng các vụ việc mà tòa án Việt Nam công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài hay không?

Có thể thấy rằng, Luật Mẫu thể hiện các thực tiễn quốc tế tốt nhất về trọng tài, dựa trên ý tưởng chính là hạn chế sự can thiệp tư pháp của tòa án vào tố tụng trọng tài, từ việc tiến hành thủ tục tố tụng trọng tài đến việc phân đôi phán quyết cuối cùng. Việc áp dụng các quy định của Luật Mẫu sẽ tăng cường sự hấp dẫn của các quốc gia để các bên đặc biệt là bên nước ngoài lựa chọn làm địa điểm tố tụng trọng tài, thay vì áp dụng các thủ tục tố tụng trọng tài trong nước có tính cục bộ và địa phương, các bên có thể sẽ dễ chấp nhận khuôn khổ quốc tế hơn.

Xét về điểm thuận lợi, Đảng và Nhà nước ta đã nhiều lần nhấn mạnh ưu tiên cho phương pháp giải quyết tranh chấp bằng trọng tài. Điều này tạo tiền đề quan trọng cho những cải cách để pháp luật về trọng tài của Việt Nam tiến gần hơn các quy định của quốc tế. Bên cạnh đó, với việc cùng xây dựng trên nền tảng Công ước các quy định về hủy và từ chối công nhận phán quyết trọng tài có nhiều điểm tương đồng. Do đó, việc áp dụng Luật Mẫu sẽ làm tăng khả năng thực thi hiệu quả của Công ước. Với mục tiêu hài hòa và hoàn thiện pháp luật quốc gia, Luật Mẫu phản ánh sự đồng thuận quốc tế các vấn đề cơ bản nhất của pháp luật về thủ tục tố tụng trọng tài, đây là cơ chế mềm dẻo để các quốc gia khi áp dụng có thể thay đổi phù hợp.

Với việc áp dụng toàn bộ nội dung của Luật Mẫu vào Việt Nam sẽ không chỉ “quốc tế hóa” các quy định của pháp luật trọng tài, tạo niềm tin cho các bên trong việc lựa chọn trọng tài làm phương thức giải quyết tranh chấp mà còn hỗ trợ phát triển nền kinh tế thông qua thu hút đầu tư và phát triển dịch vụ pháp lý giải quyết tranh chấp. Từ đó, tăng vị thế của các doanh nghiệp Việt Nam trong việc lựa chọn địa điểm tố tụng trọng tài.

Mặc dù có nhiều thuận lợi, đứng trước bối cảnh kinh tế - xã hội của Việt Nam, việc áp dụng Luật Mẫu cũng gặp nhiều khó khăn. Việc sửa đổi quy định của pháp luật về trọng tài trước mắt không được các nhà lập pháp ủng hộ kể cả Luật TTTM năm 2010 hay Bộ luật TTDS năm 2015²⁶. Bên cạnh đó, Luật Mẫu được quy định khá linh hoạt nhưng việc áp dụng phải đảm bảo được nội dung và mục đích của nó. Việc thay đổi từ ngữ, bổ sung thêm các điều khoản có thể dẫn đến thay đổi về ý nghĩa và nội dung của các quy định dẫn đến mục tiêu áp dụng Luật Mẫu như một tiêu chuẩn quốc tế là khó thực hiện được. Hơn nữa, nguồn lực để thực thi các quy định mới, kể cả chuyên môn hóa đội ngũ thẩm phán thực hiện nhiệm vụ công nhận và cho thi hành còn thiếu, dẫn đến khó khăn trong công tác thực thi.

Mặc dù có nhiều khó khăn trong việc chính thức áp dụng Luật Mẫu tại Việt Nam nhưng những vấn đề này sẽ được khắc phục trong quá trình xây dựng pháp luật đáp ứng yêu cầu thực tiễn. Việc xây dựng Luật TTTM năm 2010 với các quy định rất gần với Luật Mẫu thay thế cho Pháp lệnh trọng tài năm 2003 là một minh chứng ■

²⁶ Trong báo cáo đánh giá số 74/BC-BTP ngày 8/4/2016 của Bộ Tư pháp Sơ kết 4 năm thi hành Luật TTTM không hề đề cập đến việc sửa đổi, bổ sung Luật TTTM năm 2010. Việc sửa đổi các quy định của Bộ luật TTDS năm 2015 về công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài còn khó hơn khi chưa có tổng kết quá trình thi hành đạo luật này.

CHÍNH SÁCH THUẾ TRONG MỐI TƯƠNG QUAN VỚI HOẠT ĐỘNG KINH DOANH BẤT ĐỘNG SẢN

Bùi Trang Kim Yên*

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

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Chính sách thuế, kinh doanh bất động sản.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 02/4/2021

Biên tập : 22/4/2021

Duyệt bài : 25/4/2021

Article Information:

Keywords: Tax, tax policy, tax obligation, real estate business.

Article History:

Received : 02 Apr. 2021

Edited : 22 Apr. 2021

Approved : 25 Apr. 2021

Tóm tắt:

Với vai trò là một trong những công cụ tài chính hữu hiệu để Nhà nước quản lý nền kinh tế, chính sách thuế có ảnh hưởng không nhỏ đến hoạt động sản xuất kinh doanh nói chung và hoạt động kinh doanh bất động sản nói riêng. Khi hoạch định chính sách thuế, Nhà nước không chỉ hướng đến mục tiêu tạo nguồn thu cho ngân sách mà còn phải hướng đến thúc đẩy sự phát triển lành mạnh của thị trường bất động sản, kiểm soát đầu cơ và khuyến khích đầu tư vào lĩnh vực này. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích tác động của chính sách thuế đến hành vi kinh tế, quyết định đầu tư của doanh nghiệp kinh doanh bất động sản và khách hàng, nhà đầu tư và đề xuất kiến nghị hoàn thiện chính sách thuế phù hợp với xu hướng phát triển của hoạt động kinh doanh bất động sản.

Abstract:

Tax policy is one of the most effective financial instruments for the economic management of the Government, which has a significant impact on production and business activities, especially real estate business. When a tax policy is to be developed, the Government not only aims to generate the sources of revenue for the national budget but also fosters the workable development of the real estate market, controls speculation, and encourages investment in this field. In the present paper, the correlation between tax policy and real estate business will be analyzed under the influence of taxation obligation and preferential tax regimes on economic behavior, the investment decision of real estate firms, customers, and investor in general. The author also attempts to make some suggestions for planning appropriate tax policy, which is in line with the upward trend in the real estate business development.

Với vai trò cung cấp những sản phẩm mang tính chất đầu vào cho hầu hết các ngành nghề kinh doanh như mặt bằng sản xuất, trụ sở văn phòng, địa điểm khai thác du lịch nghỉ dưỡng..., hoạt động kinh doanh bất động sản đang giữ một vị trí quan trọng trong việc xây dựng một nền kinh tế phát triển bền vững. Chính vì vậy, mục tiêu quản lý và điều tiết hoạt động kinh doanh bất động sản luôn được Nhà nước thực hiện bằng nhiều biện pháp và

cách thức khác nhau. Để phù hợp với bối cảnh hội nhập quốc tế, cách thức của Nhà nước can thiệp và quản lý thị trường bất động sản đang thay đổi theo xu hướng thay thế dần các mệnh lệnh hành chính bằng các biện pháp kinh tế. Trong đó, chính sách thuế được xem là công cụ tài chính hữu hiệu có tác động trực tiếp đến hành vi kinh tế của các chủ thể tham gia vào thị trường¹ nói chung và thị trường bất động sản nói riêng. Vì chính sách thuế đặt ra những

¹ Gareth D. Myles (2000), "Taxation and Economic Growth", Fiscal Studies (2000) vol. 21, No. 1, pp. 141-168; Marina Kesner - Škreb (1999), "Tax policy and economic growth", Economic Trends and Economic Policy, 1999, No. 73, pp. 62-121.

nghĩa vụ tài chính mà các chủ thể phải thực hiện đối với Nhà nước; thông qua đó, thuế trở thành một loại chi phí giao dịch hoặc cấu thành vào giá cả hàng hóa, dịch vụ. Với mục tiêu tối đa hóa lợi ích, các chủ thể sẽ đưa ra hành vi tích cực như tăng cường đầu tư, tạo thêm nhiều sản phẩm bất động sản nếu hoạt động điều tiết của chính sách thuế được quy định một cách phù hợp²; ngược lại, những lỗ hổng, bất cập trong chính sách thuế sẽ tạo động cơ cho các chủ thể đưa ra những hành vi tiêu cực như đầu cơ, kê khai giá giao dịch không trung thực, thực hiện giao dịch giả tạo nhằm trốn thuế và vô hình chung tạo nên sự thiếu lành mạnh và ổn định của thị trường bất động sản.

Hoạch định một chính sách thuế vừa giải quyết được mục tiêu tạo nguồn thu cho ngân sách, vừa tạo động lực phát triển hoạt động kinh doanh bất động sản một cách lành mạnh và bền vững luôn là vấn đề giành được nhiều sự quan tâm. Đặc biệt trong tình hình hiện nay, nhu cầu khôi phục và định hướng phát triển thị trường bất động sản sau những khó khăn kinh tế từ dịch Covid-19 đặt ra yêu cầu đẩy mạnh hoạt động hỗ trợ từ phía Nhà nước về nhiều mặt, trong đó có hỗ trợ cả về chính sách thuế. Tuy nhiên, hỗ trợ về thuế với hình thức và mức độ ra sao, áp dụng cho những đối tượng nào còn phải xem xét một cách tổng thể đến mối tương quan giữa chính sách thuế với hoạt động kinh doanh bất động sản hiện nay, biểu hiện qua sự tác động của thuế đến hành vi của các chủ thể tham gia vào thị trường này.

1. Tác động của chính sách thuế đến hành vi kinh tế của doanh nghiệp có hoạt động kinh doanh bất động sản

Xuất phát từ những đặc thù của hoạt động kinh doanh bất động sản như chu kỳ kinh doanh

dài, nhu cầu huy động vốn cao và các sản phẩm cung cấp có tính cá biệt, xu hướng tăng giá mạnh do vị trí cố định và thuộc tính khan hiếm của đất, việc điều tiết khoản thu nhập có được từ hoạt động này của các doanh nghiệp cũng có sự khác biệt so với việc điều tiết thu nhập có được từ các hoạt động kinh doanh khác. Cụ thể, theo quy định của pháp luật về thuế thu nhập doanh nghiệp (TNDN), dù vẫn áp dụng mức thuế suất phổ thông là 20% nhưng các doanh nghiệp có hoạt động chuyển nhượng bất động sản phải theo dõi hạch toán riêng doanh thu, chi phí của hoạt động này, không được hưởng ưu đãi thuế; bất động sản tạo lập được xếp vào danh mục hàng hóa hoặc bất động sản đầu tư,³ không được coi là tài sản cố định của doanh nghiệp để trích khấu hao. Trong quá trình kinh doanh, nếu có phát sinh các khoản lỗ từ hoạt động chuyển nhượng bất động sản, doanh nghiệp chỉ được khấu trừ lỗ một chiều vào lãi của hoạt động kinh doanh khác, kể cả trong trường hợp giải thể⁴. Nếu hoạt động chuyển nhượng bất động sản mang lại lợi nhuận, doanh nghiệp phải tiến hành nộp thuế TNDN với mức thuế suất 20% cho khoản thu nhập này mà không được phép bù đắp cho khoản lỗ phát sinh từ các hoạt động kinh doanh khác.

Điều đáng lưu ý là doanh thu trong việc xác định thuế TNDN từ hoạt động chuyển nhượng bất động sản có sự gắn liền một cách trực tiếp hoặc gián tiếp với bảng giá đất do Ủy ban nhân dân (UBND) cấp tỉnh ban hành trong khi những bất cập về giá đất chưa tìm được lời giải thích hợp. Bởi lẽ, trên thực tế, giá đất do UBND cấp tỉnh ban hành, dù được điều chỉnh định kỳ bằng hệ số điều chỉnh giá đất, vẫn không theo kịp giá giao dịch trên thị trường. Đối với doanh thu, trong trường hợp

² Ergete Ferede and Bev Dahlby (2012), “The impact of tax cuts on economic growth: Evidence from the canadian provinces”, National Tax Journal, September 2012, 65 (3), 563-594, pp. 564, 565.

³ Xem thêm chuẩn mực kế toán Việt Nam số 05 về bất động sản đầu tư ban hành kèm theo Quyết định số 234/2003/QĐ-BTC ngày 30/12/2003 của Bộ Tài chính.

⁴ Theo Điều 2 Thông tư số 96/2015/TT-BTC, doanh nghiệp khi giải thể chỉ được bù trừ lãi của hoạt động chuyển nhượng bất động sản vào lỗ của hoạt động kinh doanh khác khi thanh lý bất động sản là tài sản cố định.

giá chuyên nhượng bất động sản trên hợp đồng thấp hơn bằng giá đất do UBND cấp tỉnh ban hành thì doanh thu được xác định theo giá đất của UBND cấp tỉnh. Trong trường hợp doanh nghiệp kinh doanh bất động sản bán sản phẩm cho khách hàng là cá nhân hoặc tổ chức không đặt nặng vấn đề giá giao dịch (ví dụ doanh nghiệp tính nộp thuế trực tiếp trên doanh thu sẽ không được trừ chi phí khi xác định thu nhập tính thuế), việc kê khai giá giao dịch thấp hơn hoặc bằng với giá đất của UBND cấp tỉnh sẽ giúp doanh nghiệp giảm số thuế phải nộp cho Nhà nước. Đây được coi là hành vi trốn thuế khá phổ biến của các doanh nghiệp kinh doanh bất động sản⁵.

Mặc dù pháp luật về thuế đã có những quy định chuyên biệt để điều tiết thu nhập từ chuyên nhượng bất động sản, nhưng chỉ mới dừng lại ở việc yêu cầu doanh nghiệp hạch toán và kê khai riêng doanh thu, chi phí từ hoạt động này. Các vấn đề khác có liên quan đến nghĩa vụ thuế TNDN vẫn được áp dụng chung, không phân biệt lĩnh vực kinh doanh. Do đó, quy định về xác định nghĩa vụ thuế chưa thật sự phù hợp với đặc thù của lĩnh vực kinh doanh bất động sản. Gần đây nhất là các quy định tại Nghị định số 132/2020/NĐ-CP ngày 05/11/2020 của Chính phủ (Nghị định số 132) quy định về quản lý thuế đối với doanh nghiệp có giao dịch liên kết. Theo quy định của điểm 1 khoản 2 Điều 5 Nghị định số 132, nếu doanh nghiệp có phát sinh việc vay tiền của cá nhân điều hành, kiểm soát doanh nghiệp hoặc người có liên quan mật thiết với cá nhân này⁶ với giá trị từ 10% vốn chủ sở hữu tại thời điểm vay thì

được xem là có phát sinh giao dịch liên kết. Hệ quả pháp lý đặt ra đối với doanh nghiệp có phát sinh giao dịch liên kết trước hết là việc bị khống chế mức chi phí lãi vay được trừ khi tính thuế TNDN. Việc khống chế chi phí lãi vay này chỉ không áp dụng đối với doanh nghiệp là tổ chức tín dụng, tổ chức kinh doanh bảo hiểm, khoản vay ODA, khoản vay thực hiện chương trình mục tiêu quốc gia hoặc thực hiện chính sách phúc lợi xã hội của Nhà nước⁷. Như vậy, doanh nghiệp kinh doanh bất động sản không được miễn trừ khỏi quy định về khống chế mức chi phí lãi vay theo Nghị định số 132/2020/NĐ-CP; dù rằng, kinh doanh bất động sản là lĩnh vực đòi hỏi nguồn vốn lớn mà thông thường chủ sở hữu phải huy động vốn bằng nhiều hình thức bao gồm cả hoạt động vay từ nhiều nguồn. Trong khi đó, vốn pháp định đối với kinh doanh bất động sản chỉ đang ở mức 20 tỷ đồng nên việc doanh nghiệp có phát sinh hoạt động vay tiền của chủ sở hữu với khoản vay có giá trị từ 10% vốn chủ sở hữu không phải hiếm gặp. Trên thực tế, khoản vay từ chủ sở hữu này có thể chỉ chiếm một phần rất nhỏ trong tổng vốn vay của doanh nghiệp kinh doanh bất động sản. Chi phí lãi vay không được trừ khi tính thuế sẽ dẫn đến số thuế phải nộp cao hơn. Vì vậy, doanh nghiệp muốn đảm bảo lợi nhuận sẽ phải cân nhắc lại bài toán giữa chi phí và giá bán ra của sản phẩm bất động sản. Điều này có thể khiến cho giá cả bất động sản tăng cao và trở thành một tác động tiêu cực cho thị trường.

Bên cạnh việc thực hiện nghĩa vụ thuế TNDN, doanh nghiệp có hoạt động kinh doanh

⁵ Ngô Thị Hồng Ánh, “Doanh nghiệp chuyên nhượng bất động sản ở Việt Nam: Khe hở pháp luật thuế và khuyến nghị”, đăng trên <http://tapchicongthuong.vn/bai-viet/doanh-nghiep-chuyen-nhuong-bat-dong-san-o-viet-nam-khe-ho-phap-luat-thue-va-va-khuyen-nghi-68927.htm>, truy cập ngày 22/6/2020.

⁶ Theo quy định tại điểm g khoản 2 Nghị định số 132/2020/NĐ-CP các cá nhân có mối liên hệ mật thiết với cá nhân điều hành, kiểm soát doanh nghiệp bao gồm cá nhân thuộc một trong các mối quan hệ vợ, chồng; cha mẹ đẻ, cha mẹ nuôi, cha dượng, mẹ kế, cha mẹ vợ, cha mẹ chồng; con đẻ, con nuôi, con riêng của vợ hoặc chồng, con dâu, con rể; anh, chị, em cùng cha mẹ, anh, chị em cùng cha khác mẹ, anh, chị, em cùng mẹ khác cha, anh rể, em rể, chị dâu, em dâu của người cùng cha mẹ hoặc cùng cha khác mẹ, cùng mẹ khác cha; ông bà nội, ông bà ngoại; cháu nội, cháu ngoại; cô, dì, chú, cậu, bác ruột và cháu ruột.

⁷ Xem thêm khoản 3 Điều 16 Nghị định số 132/2020/NĐ-CP.

bất động sản còn phải thực hiện nghĩa vụ nộp thuế giá trị gia tăng (GTGT) tính trên phần giá trị tăng thêm của bất động sản đưa vào kinh doanh. Thuế GTGT của hoạt động kinh doanh bất động sản là 10%, kinh doanh nhà ở xã hội là 5% và áp dụng trên cơ sở không tính giá trị chuyển quyền sử dụng đất⁸. Việc xác định giá trị bất động sản chuyển nhượng làm cơ sở tính thuế GTGT sẽ được xác định theo nguyên tắc trừ đi giá trị của quyền sử dụng đất. Thông tư số 219/2013/TT-BTC ngày 31/12/2013 của Bộ Tài chính (Thông tư số 219) quy định cách xác định giá trị quyền sử dụng đất được trừ cho 07 trường hợp cụ thể và phổ biến. Tuy nhiên, cách xác định giá đất được trừ trong Thông tư số 219 lại dẫn đến cách áp dụng tính thuế GTGT cho cả trường hợp chuyển quyền sử dụng đất không gắn với hạ tầng. Tình trạng này xuất phát từ việc hiểu chưa chính xác về đối tượng không chịu thuế và áp dụng một cách máy móc. Ví dụ, điểm a4 khoản 10 Điều 7 Thông tư số 219 đưa ra ví dụ số 37⁹ hướng dẫn cách xác định giá đất được trừ cho trường hợp chuyển nhượng đất có nguồn gốc từ nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất của tổ chức, cá nhân khác mà không đầu tư gì thêm trên đất (không xây dựng hạ tầng). Cách hướng dẫn này mâu thuẫn với việc xác định hoạt động chuyển quyền sử dụng đất thuộc đối tượng không chịu thuế theo quy định tại Điều 4 của Thông tư này. Sau 05 năm áp dụng, ví dụ số 37 mới bị bãi bỏ bởi Thông tư số 82/2018/TT-BTC ngày 30/8/2018 của Bộ Tài chính. Tuy nhiên, việc bãi bỏ lại không đi kèm với cách thức giải quyết cho những trường hợp đã thu thuế GTGT đối với hoạt động chuyển quyền

sử dụng đất không gắn với hạ tầng trước đây do căn cứ vào hướng dẫn tại ví dụ số 37. Điều này đồng nghĩa với việc quyền lợi của những doanh nghiệp trước đây đã bị thu thuế GTGT từ cách hiểu chưa đúng về hoạt động chuyển quyền sử dụng đất vẫn bị bỏ ngỏ, chưa được giải quyết thỏa đáng.

Song song với việc điều tiết nguồn thu cho ngân sách, chính sách thuế còn giữ vai trò tạo động lực cho các doanh nghiệp kinh doanh bất động sản chung tay với Nhà nước giải quyết các vấn đề về an sinh xã hội mà cụ thể là giải quyết nhu cầu về nhà ở cho đối tượng chính sách và bộ phận dân cư có thu nhập thấp. Đối với những doanh nghiệp thực hiện các dự án nhà ở xã hội, Nhà nước dành riêng những ưu đãi về nghĩa vụ thuế. Theo đó, điểm b khoản 1 Điều 58 Luật Nhà ở năm 2014 quy định: “*Ưu đãi chủ đầu tư dự án xây dựng nhà ở xã hội:*

1. Doanh nghiệp, hợp tác xã tham gia đầu tư xây dựng nhà ở xã hội không phải bằng nguồn vốn hoặc hình thức quy định tại khoản 1 Điều 53 của Luật này để cho thuê, cho thuê mua, bán thì được hưởng các ưu đãi sau đây:

...

b) Được miễn, giảm thuế giá trị gia tăng, thuế thu nhập doanh nghiệp theo quy định của pháp luật về thuế; trường hợp xây dựng nhà ở xã hội để cho thuê thì được giảm thuế giá trị gia tăng, thuế thu nhập doanh nghiệp nhiều hơn so với trường hợp xây dựng nhà ở xã hội để cho thuê mua, bán”.

Như vậy, pháp luật về thuế đã có những quy định nhằm ưu đãi cho hoạt động kinh doanh nhà ở xã hội với các mức thuế suất

⁸ Căn cứ khoản 6 Điều 4 Thông tư số 219/2013/TT-BTC, chuyển quyền sử dụng đất là đối tượng không chịu thuế GTGT.

⁹ Toàn văn ví dụ 37 như sau: *Tháng 8/2013, Công ty A nhận chuyển nhượng (mua) 200m² đất của cá nhân B ở Khu dân cư Bình An thuộc tỉnh X với giá chuyển nhượng là 6 tỷ đồng. Công ty A có hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất có công chứng phù hợp với quy định của pháp luật về đất đai, chứng từ thanh toán tiền cho cá nhân B số tiền 6 tỷ đồng. Công ty A không đầu tư xây dựng gì trên mảnh đất này. Tháng 10/2014, Công ty A chuyển nhượng mảnh đất mua từ cá nhân B nêu trên với giá 9 tỷ đồng (bán lại với giá 9 tỷ đồng) thì Công ty A thực hiện lập hóa đơn GTGT và kê khai, nộp thuế GTGT, giá đất được trừ trong giá tính thuế GTGT là giá đất tại thời điểm nhận chuyển nhượng (6 tỷ đồng).*

thấp là mức thuế suất 10% cho thuế TNDN¹⁰ và mức thuế suất 5% đối với thuế GTGT¹¹. Tuy nhiên, những quy định nhằm tạo sự ưu đãi cho hoạt động kinh doanh nhà ở xã hội trong pháp luật thuế chưa hoàn toàn phản ánh đúng tinh thần của điểm b khoản 1 Điều 58 Luật Nhà ở năm 2014. Pháp luật thuế đã áp dụng cùng một mức thuế suất ưu đãi cho toàn bộ hoạt động kinh doanh nhà ở xã hội. Mặc dù Hiệp hội bất động sản thành phố Hồ Chí Minh đã có công văn kiến nghị về bất cập này nhưng không được Tổng cục Thuế chấp thuận, vì lý do là việc áp dụng cùng một mức thuế suất ưu đãi cho toàn bộ hoạt động kinh doanh nhà ở xã hội dựa trên việc viện dẫn quy định tại khoản 2 Điều 156 Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 về áp dụng văn bản có hiệu lực pháp lý cao hơn. Cách giải thích như trên của Tổng cục Thuế chưa thật sự thuyết phục vì thiếu cơ sở để khẳng định Luật Nhà ở có hiệu lực pháp lý thấp hơn Luật Thuế GTGT và Luật Thuế TNDN¹².

Bên cạnh đó, quy định của điểm b khoản 1 Điều 58 Luật Nhà ở năm 2014 quy định hoạt động kinh doanh nhà ở xã hội sẽ được: “miễn, giảm thuế giá trị gia tăng, thuế thu nhập doanh nghiệp” là chưa hợp lý. Bởi lẽ, việc miễn, giảm thuế TNDN thì có thể được

áp dụng nhưng đối với thuế GTGT thì không thể miễn, giảm thuế, mà chỉ có thể áp dụng thuế suất thấp hơn thuế suất thông thường để làm giảm số thuế GTGT phải nộp.

Bên cạnh những bất cập trên, thực tiễn cho thấy, mức ưu đãi về thuế TNDN và thuế GTGT đối với kinh doanh nhà ở xã hội dường như vẫn chưa phát huy được vai trò trong việc khuyến khích doanh nghiệp thực hiện dự án. Ví dụ, ở Hà Nội, tính đến hết năm 2018, kế hoạch phát triển nhà ở xã hội mới chỉ đạt được 14%, dẫn đến hệ quả còn thiếu 4,7 triệu m² nhà ở; các dự án nhà ở xã hội trong giai đoạn 2016 - 2020 đều chậm tiến độ, thậm chí một số dự án không được triển khai thực hiện và nằm trong diện bị thu hồi đất¹³. Bên cạnh đó, tình trạng doanh nghiệp triển khai dự án nhà ở xã hội để tranh thủ ưu đãi về giao đất, cho thuê đất sau đó tìm cách chuyển đổi sang nhà ở thương mại vẫn diễn ra phổ biến. Kết quả kiểm toán nhà nước đối với Chương trình nhà ở xã hội trên địa bàn 03 quận, huyện của Hà Nội là Thanh Trì, Long Biên, Đông Anh giai đoạn 2015 - 2018 đã ghi nhận 03 trường hợp đã được cơ quan có thẩm quyền cho phép chuyển dự án nhà ở xã hội sang nhà ở thương mại trái với quy định của pháp luật¹⁴. Tình trạng này cũng diễn ra ở Thành phố Hồ Chí Minh¹⁵.

¹⁰ Điểm d khoản 3 Điều 19 Thông tư số 78/2014/TT-BTC ngày 18 tháng 6 năm 2014 của Bộ Tài chính hướng dẫn thi hành Nghị định số 218/2013/NĐ-CP ngày 26 tháng 12 năm 2013 của Chính phủ quy định và hướng dẫn thi hành Luật Thuế thu nhập doanh nghiệp; điểm b khoản 2 Điều 13 Luật thuế TNDN số 14/2008/QH12 ngày 03/6/2008 đã được sửa đổi, bổ sung theo quy định tại khoản 7 Điều 1 Luật số 32/2013/QH13.

¹¹ Khoản 16 Điều 10 Thông tư số 219/2013/TT-BTC ngày 31 tháng 12 năm 2013 của Bộ Tài chính hướng dẫn thi hành Luật Thuế giá trị gia tăng và Nghị định số 209/2013/NĐ-CP ngày 18 tháng 12 năm 2013 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều Luật Thuế giá trị gia tăng; điểm q khoản 2 Điều 8 Luật thuế GTGT số 13/2008/QH12 ngày 03/6/2008 đã được sửa đổi, bổ sung theo quy định tại khoản 3 Điều 1 Luật số 31/2013/QH13.

¹² Xem thêm công văn số 1504/TCT-CS ngày 16/4/2020 của Tổng cục Thuế về chính sách thuế.

¹³ Văn Dũng, “Nhiều dự án nhà ở xã hội biến thành nhà thương mại trái quy định”, đăng trên <https://m.vcci.com.vn/nhieu-du-an-noxh-bien-thanh-nha-thuong-mai-trai-quy-dinh>, truy cập ngày 22/6/2020.

¹⁴ Hồng Khanh, “Trái lệnh Thủ tướng, Hà Nội chuyển dự án nhà xã hội thành nhà thương mại”, đăng trên <https://vietnamnet.vn/vn/bat-dong-san/thi-truong/trai-lenh-thu-tuong-ha-noi-chuyen-nha-xa-hoi-thanh-nha-thuong-mai-602813.html>, truy cập ngày 22/6/2020.

¹⁵ Bình Quang, “Doanh nghiệp gặp khó với nhà ở xã hội hiện tại, đua nhau xin chuyển thương mại”, đăng trên <https://gocnhin.com.vn/11367/doanh-nghiep-gap-kho-voi-nha-o-xa-hoi-hien-tai-dua-nhau-xin-chuyen-thuong-mai.html>, truy cập ngày 22/6/2020.

Mặt khác, đặt trong mối tương quan với các ngành nghề kinh doanh khác, các sản phẩm bất động sản là yếu tố đầu vào của chuỗi hoạt động kinh doanh nên khi đặt ra các biện pháp phục hồi nền kinh tế không thể bỏ qua việc hỗ trợ về thuế cho hoạt động kinh doanh bất động sản. Nghị định số 41/2020/NĐ-CP ngày 08/4/2020 của Chính phủ về gia hạn thời hạn nộp thuế và tiền thuê đất đã đưa ngành nghề kinh doanh bất động sản vào diện được hỗ trợ. Tuy nhiên, thời gian gia hạn chỉ kéo dài 05 tháng và chỉ gia hạn đối với một số nghĩa vụ thuế như: thuế GTGT phải nộp của tháng 3 đến tháng 6 năm 2020 (nếu kê khai theo tháng) và quý 1, quý 2 năm 2020 (nếu kê khai theo quý); thuế TNDN còn phải nộp theo quyết toán của kỳ tính thuế năm 2019, thuế TNDN tạm nộp quý 1 và quý 2 năm 2020¹⁶. Riêng thuế TNDN còn phải nộp năm 2019 thường bị các doanh nghiệp nhầm lẫn sẽ được gia hạn toàn bộ số tiền thuế phát sinh trên tờ khai quyết toán năm (chỉ tiêu D trên tờ khai quyết toán). Trong khi đó, số thuế được gia hạn thực chất chỉ là 20% số thuế phát sinh theo tờ khai quyết toán năm (chỉ tiêu H trên tờ khai quyết toán). Bởi lẽ, đối với 80% số thuế TNDN phát sinh trên tờ khai quyết toán, doanh nghiệp đã phải trích tạm nộp theo từng quý trong năm 2019¹⁷.

Do ảnh hưởng của đại dịch Covid-19, để hỗ trợ doanh nghiệp, ngày 25/9/2020, Chính phủ ban hành Nghị định số 114/2020/NĐ-CP quy định chi tiết về giảm thuế TNDN theo Nghị quyết số 116/2020/QH14 ngày 19/6/2020 của Quốc hội. Việc giảm thuế TNDN theo Nghị định này chỉ mới dừng lại ở việc hỗ trợ cho các doanh nghiệp có tổng doanh thu trong năm 2020 không quá 200 tỷ đồng, không phân biệt ngành nghề kinh doanh và tỷ lệ lợi nhuận trên doanh thu¹⁸. Nói cách khác, nếu hoạt động kinh doanh bất động sản trong năm 2020 vượt

mức 200 tỷ đồng thì doanh nghiệp không được hưởng chính sách miễn thuế TNDN. Quy định này chưa thật sự phù hợp với đặc trưng của lĩnh vực kinh doanh bất động sản, vì lý do sau: Thông thường, giá giao dịch bất động sản cao dẫn đến doanh thu lớn, trong khi đó, chi phí để tạo ra nguồn doanh thu này cũng khá cao dẫn đến hiện tượng doanh thu lớn nhưng lợi nhuận thực tế đạt được chưa đủ chống đỡ trước khó khăn của tình hình dịch bệnh. Do đó, nếu chỉ căn cứ vào yếu tố quy mô doanh thu để xét giảm thuế thì các doanh nghiệp kinh doanh bất động sản khó có điều kiện đáp ứng.

Nhìn một cách tổng quan, các biện pháp hỗ trợ của Nhà nước hiện nay tuy đã được triển khai kịp thời, nhưng mức độ hỗ trợ chưa cao và chưa tháo gỡ được khó khăn về mặt tài chính của doanh nghiệp kinh doanh bất động sản. Vì vậy, chính sách miễn giảm thuế không tạo được động lực để các doanh nghiệp kinh doanh bất động sản giảm giá thuê mặt bằng, giảm tiến độ trả tiền thuê hoặc miễn tiền thuê trong một thời gian nhất định cho đối tác. Hệ quả là các doanh nghiệp sử dụng mặt bằng thuê cũng khó giảm được gánh nặng chi phí, đồng thời rủi ro về việc phát sinh các tranh chấp từ việc hủy hợp đồng thuê mặt bằng cũng khó tránh khỏi.

2. Tác động của chính sách thuế đến hành vi kinh tế của khách hàng, nhà đầu tư

Sau khi các sản phẩm bất động sản được doanh nghiệp phân phối đến tay khách hàng, các bất động sản này có thể được đưa vào sử dụng trực tiếp bởi khách hàng hoặc tiếp tục được đưa vào lưu thông trên thị trường thông qua các giao dịch dân sự. Khác với cách thức điều tiết thu nhập có được của các doanh nghiệp kinh doanh bất động sản, khi đối tượng khách hàng là cá nhân tiếp tục chuyển nhượng bất động sản cho người khác để hưởng khoảng

¹⁶ Xem thêm Điều 3 Nghị định số 41/2020/NĐ-CP ngày 08/4/2020.

¹⁷ Điều 17 Thông tư số 151/2014/TT-BTC ngày 10/10/2014 của Bộ Tài chính quy định doanh nghiệp phải tự xác định và tạm nộp thuế TNDN theo từng quý, nếu không thực hiện sẽ phải nộp thêm tiền chậm nộp.

¹⁸ Xem thêm Điều 3 Nghị định số 114/2020/NĐ-CP ngày 25/9/2020.

chênh lệch giá trị thì nghĩa vụ thuế họ phải thực hiện được gọi tên là thuế thu nhập chuyên nhượng (TNCN). Theo quy định hiện nay, TNCN được áp dụng với mức thuế suất 2% trên toàn bộ giá chuyên nhượng bất động sản¹⁹. Cách tính thuế TNCN này vừa chưa đúng với bản chất của thuế thu nhập (vì không đánh trên thu nhập mà đánh trên toàn bộ giá chuyên nhượng), vừa không tạo được động cơ cho cá nhân kê khai trung thực giá giao dịch. Từ đây hình thành một thị trường bất động sản thiếu minh bạch. Hành vi trốn thuế TNCN bằng cách lập 02 hợp đồng mua bán với 02 mức giá khác nhau với mục đích vừa ràng buộc trách nhiệm của bên mua và bên bán, vừa tránh phải đóng thuế cao đã trở nên phổ biến và tạo nên tâm lý xem đây là biện pháp “tránh thuế” an toàn của người dân. Đến khi các vụ án truy cứu trách nhiệm hình sự về tội trốn thuế đối với hành vi này thì hồi chuông cảnh báo về mức độ nguy hiểm mới được gióng lên²⁰.

Giải pháp áp dụng bảng giá đất để làm cơ sở tính thuế TNCN trong trường hợp cá nhân kê khai giá giao dịch quá thấp theo quy định hiện hành không phát huy được hiệu quả chống thất thu ngân sách vì giá đất do Nhà nước ấn định luôn trong trạng thái thấp hơn nhiều và không theo kịp biến động của giá thị trường. Mặc dù cơ quan thuế được trao quyền ấn định thuế²¹ khi có cơ sở xác định giá tính thuế không phù hợp với giá giao dịch thông thường, nhưng việc ấn định mức thuế đối với các giao dịch bất động sản gặp nhiều khó khăn vì sự không ổn định của thị trường và bản thân bất động sản đã chịu

sự chi phối của nhiều yếu tố như phong thủy, tính cá biệt của vị trí thửa đất...

Không chỉ riêng các quy định của pháp luật thuế hiện hành, dự báo về việc thay đổi chính sách thuế cũng tác động không nhỏ đến tâm lý và hành vi của khách hàng và các nhà đầu tư vào lĩnh vực bất động sản. Dự thảo Luật thuế Tài sản được Bộ Tài chính soạn thảo đặt ra vấn đề đánh thuế đối với việc nắm giữ bất động sản thứ hai đã và đang tạo tâm lý không an toàn cho nhà đầu tư vốn nhàn rỗi vào bất động sản²². Mục tiêu hạn chế đầu cơ của Dự thảo Luật Thuế tài sản chưa đạt được đã có thể gây ra tình trạng cản trở đầu tư. Vì theo quy định của Dự thảo Luật, người nắm giữ bất động sản thứ hai phải thực hiện nghĩa vụ nộp thuế phụ thuộc vào giá trị của bất động sản thứ hai. Việc nắm giữ càng lâu, lũy kế số thuế đã đóng càng tăng lên và khi thực hiện giao dịch đối với bất động sản này, chủ sở hữu buộc phải tính vào giá bán phần chi phí thuế mình đã bỏ ra và dẫn đến giá bất động sản tăng cao. Trong khi đó, hoạt động đầu cơ chủ yếu nắm giữ bất động sản trong thời gian ngắn và bán đi khi có chênh lệch giá nên số thuế phải đóng vì nắm giữ tài sản sẽ không nhiều.

3. Kiến nghị

Để khơi thông nguồn lực cho hoạt động kinh doanh bất động sản và tạo được sự tác động tích cực đến các chủ thể tham gia vào thị trường, tác giả đề xuất một số kiến nghị hoàn thiện chính sách thuế như sau:

¹⁹ Điều 18 Nghị định số 65/2013/NĐ-CP ngày 27 tháng 6 năm 2013 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều của Luật Thuế thu nhập cá nhân và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Thuế thu nhập cá nhân đã được sửa đổi, bổ sung theo quy định tại khoản 11 Điều 2 Nghị định số 12/2015/NĐ-CP ngày 12 tháng 02 năm 2015 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của các Luật về thuế và sửa đổi, bổ sung một số điều của các Nghị định về thuế.

²⁰ Duy Thanh, “Vụ án luật sư Trần Vũ Hải: Xét hỏi để làm rõ ai trốn thuế”, đăng trên <https://tuoitre.vn/vu-an-luat-su-tran-vu-hai-xet-hoi-de-lam-ro-ai-tron-thue-20200217203802583.htm>, truy cập ngày 22/6/2020.

²¹ Điều 50 Luật Quản lý thuế 38/2019/QH14.

²² Nhân Hà, “Những chính sách ít nhiều có tác động đến thị trường bất động sản”, đăng tại <https://nhadautu.vn/nhung-chinh-sach-it-nhieu-co-tac-dong-den-thi-truong-bat-dong-san-d9549.html>, truy cập ngày 22/6/2020.

Thứ nhất, sửa đổi các quy định về thuế cho phù hợp với chính sách ưu đãi thuế đối với hoạt động kinh doanh nhà ở xã hội theo đúng tinh thần của Luật Nhà ở là có sự phân hóa về ưu đãi thuế giữa xây dựng nhà ở xã hội để cho thuê, cho thuê mua và để bán nhằm khuyến khích doanh nghiệp cung ứng các sản phẩm nhà ở phục vụ cho nhu cầu an sinh xã hội. Theo đó, đưa mức thuế suất thuế GTGT dưới 5% (không thể là 0% vì 0% là mức thuế suất áp dụng cho hàng hóa, dịch vụ xuất khẩu²³) và thuế suất thuế TNDN dưới 10% để áp dụng cho hoạt động kinh doanh nhà ở xã hội. Với những mức thuế suất thấp hơn này, pháp luật thuế có thể điều chỉnh thuế cho hai nhóm hoạt động này khác nhau, trong đó hoạt động kinh doanh nhà ở xã hội để cho thuê sẽ chịu mức thuế suất thấp hơn hoạt động xây dựng nhà ở xã hội để cho thuê mua, bán.

Bên cạnh đó, nhằm bảo đảm sự tương thích với đề xuất điều chỉnh mức thuế suất của các loại thuế tương ứng cho doanh nghiệp xây dựng nhà ở xã hội nêu trên mà không phải thay đổi quy định về miễn, giảm thuế trong nội dung các quy định về từng loại thuế cụ thể của pháp luật thuế, cần sửa đổi cụm từ “được miễn, giảm thuế giá trị gia tăng, thuế thu nhập doanh nghiệp theo quy định của pháp luật về thuế” của điểm b khoản 1 Điều 58 Luật Nhà ở năm 2014 thành “được hưởng mức thuế giá trị gia tăng, thuế thu nhập doanh nghiệp thấp hơn hoạt động kinh doanh thông thường theo quy định của pháp luật về thuế”.

Thứ hai, cần xây dựng lộ trình điều tiết thu nhập từ kinh doanh bất động sản

theo mục đích sử dụng và khả năng sinh lợi. Ví dụ, bất động sản nghỉ dưỡng sinh lợi cao hơn bất động sản dùng làm mặt bằng kinh doanh xuất phát từ lợi thế vị trí địa lý của đất và tính khan hiếm cao. Do đó, thu nhập có được từ hoạt động kinh doanh bất động sản nghỉ dưỡng này nên chịu mức thuế cao hơn để tạo nguồn thu cho Nhà nước phát triển hạ tầng, tái phân phối lại lợi ích xã hội.

Thứ ba, để kiểm soát giá giao dịch và thúc đẩy các bên khai báo trung thực, cần quy định nghĩa vụ thanh toán qua ngân hàng của cá nhân khi tham gia vào giao dịch bất động sản, nâng cao trách nhiệm của các tổ chức hành nghề công chứng trong việc cung cấp thông tin cho cơ quan thuế. Trong dài hạn khi cơ sở dữ liệu về bất động sản được hoàn thiện và giá giao dịch được kiểm soát một cách minh bạch, việc thống nhất phương pháp tính thuế trên thu nhập có được từ giao dịch bất động sản cần được áp dụng chung cho cả cá nhân lẫn tổ chức, thay vì áp thuế trên toàn bộ giá giao dịch của cá nhân như hiện nay²⁴. Việc điều tiết thuế như trên sẽ đảm bảo tính công bằng, hợp lý (nhà nước chỉ điều tiết khi có thu nhập) và góp phần minh bạch hóa các hoạt động giao dịch bất động sản để cung cấp thông tin, số liệu chính xác cho hoạt động giao dịch bất động sản nhằm tạo cơ sở giúp nhà nước quản lý được toàn bộ thị trường bất động sản và có những chính sách, chiến lược phát triển thị trường bất động sản phù hợp ■

²³ Khoản 1 Điều 8 Luật Thuế giá trị gia tăng số 13/2008/QH12 ngày 03 tháng 6 năm 2008 của Quốc hội được sửa đổi, bổ sung lần thứ nhất theo quy định tại khoản 3 Điều 1 của Luật số 31/2013/QH13 sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật thuế giá trị gia tăng và được sửa đổi, bổ sung lần thứ hai theo quy định tại khoản 2 Điều 1 của Luật số 106/2016/QH13 sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật thuế giá trị gia tăng, Luật thuế tiêu thụ đặc biệt và Luật quản lý thuế.

²⁴ Theo đó, thuế phải nộp từ hoạt động chuyển nhượng bất động sản được xác định bằng công thức: Thuế phải nộp = (giá chuyển nhượng bất động sản - giá mua bất động sản - chi phí hợp lý) x thuế suất.

NỘI DUNG CỦA DI CHỨC THEO QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015

Hoàng Thị Loan*

*TS. Đại học Luật Hà Nội

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Di chúc, nội dung của di chúc, điều khoản của di chúc, Bộ luật Dân sự năm 2015.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 17/3/2021

Biên tập : 06/4/2021

Duyệt bài : 08/4/2021

Article Information:

Keywords: Wills, contents of written wills, term of wills.

Article History:

Received : 17 Mar. 2021

Edited : 06 Apr. 2021

Approved : 08 Apr. 2021

Tóm tắt:

Trong phạm vi bài viết này, tác giả tập trung trình bày, phân tích các quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 về nội dung của di chúc, đặc biệt đã chỉ ra một số hạn chế và đưa ra kiến nghị hoàn thiện.

Abstract:

Within the scope of this article, the author focuses on a analysis of the provisions of the Civil Code of 2015 on the content of wills, especially pointing out some limitations and making recommendations for further improvements.

1. Các quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 về nội dung của di chúc

Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 dành một chương riêng - Chương XXII quy định về thừa kế theo di chúc. Nội dung này bao gồm các vấn đề sau:

Thứ nhất, điều kiện để nội dung của di chúc được coi là hợp pháp.

Mặc dù nội dung của di chúc hoàn toàn do người để lại di sản tự định đoạt nhưng để được pháp luật bảo vệ, theo quy định của BLDS năm 2015, nội dung của di chúc phải đáp ứng các yêu cầu sau:

- Có nội dung không vi phạm điều cấm của luật.

Điều b khoản 1 Điều 630 BLDS năm 2015 quy định: “*Nội dung của di chúc không vi phạm điều cấm của pháp luật, trái đạo đức xã hội*”. Theo quy định này, khi người để lại di sản thực hiện quyền lập di chúc của mình chỉ cần đảm bảo không vi phạm những quy định của luật không cho phép người lập di chúc thực hiện. Hiện nay, hầu hết các văn bản quy phạm pháp luật đều liệt kê hành vi bị cấm tương ứng với phạm vi điều chỉnh của văn bản. Ví dụ, Luật Thương mại năm 2005 (Điều 70, 71), Luật Doanh nghiệp năm 2014 (Điều 17, 39), Luật Đất đai năm 2013 (Điều 12)... Trong khi đó, BLDS năm 2015 chỉ liệt kê một số hành vi bị cấm như: “*Cấm lợi dụng việc xác định lại dân tộc nhằm mục đích trục lợi hoặc gây chia rẽ, phương hại*

đến sự đoàn kết của các dân tộc Việt Nam”¹ hay “*nghiêm cấm việc tổ chức họ dưới hình thức cho vay nặng lãi*”². Đối với hoạt động xác lập giao dịch nói chung và di chúc nói riêng, BLDS năm 2015 không quy định cụ thể trường hợp nào cấm, không cho phép thực hiện. Do vậy, điều kiện nội dung của di chúc không vi phạm điều cấm của luật³ cần hiểu theo hướng các điều khoản tổng hợp ý chí của người lập di chúc không rơi vào các trường hợp cấm được liệt kê trong các văn bản luật cụ thể. Việc quy định nội dung của di chúc không vi phạm điều cấm của luật là điểm mới của BLDS năm 2015. Đây cũng là một quy định thể hiện đúng tinh thần của Hiến pháp khi quy định tại khoản 2 Điều 14: “*Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng*”.

- Có nội dung không trái đạo đức xã hội.

Theo quy định của Điều 123 BLDS năm 2015, “*đạo đức xã hội là những chuẩn mực ứng xử chung trong đời sống xã hội, được cộng đồng thừa nhận và tôn trọng*”. Đề cập tới yếu tố đạo đức xã hội, chúng ta có thiên hướng về việc giải thích sự vật, hiện tượng phản ánh nét văn hóa, truyền thống, chuẩn mực về giá trị ứng xử trong đời sống của cộng đồng, quốc gia. Mỗi một quốc gia sẽ mang những nét đặc thù riêng về các chuẩn mực đạo đức này. Việt Nam là quốc gia mang nét đặc trưng vùng lúa nước, sản xuất nông nghiệp nên cuộc sống giữa những người dân cũng phản ánh sự yêu thương, trân quý, trọng tình, trọng nghĩa của các mối quan hệ con người, đặc biệt là quan hệ giữa những

người thân thích với nhau. Cho nên, việc lập di chúc của cá nhân cũng được điều tiết theo hướng không thể để nội dung của di chúc trái với đạo đức xã hội. Về quy định này, có quan điểm cho rằng: “Việc lập di chúc có nội dung không trái pháp luật của một người mới chỉ là việc họ thực hiện bổn phận của công dân. Ngoài bổn phận công dân, họ còn phải thực hiện bổn phận làm người. Đạo làm người đòi hỏi các cá nhân khi lập di chúc phải luôn luôn hướng tới phong tục, tập quán, truyền thống nhân bản và tinh thần tương thân tương ái của cộng đồng gia đình cũng như cộng đồng dân tộc”⁴. Vì vậy, các giao dịch nói chung và việc lập di chúc nói riêng ngoài tuân thủ quy định của pháp luật, nội dung của di chúc còn không được trái đạo đức xã hội. Tức nội dung của di chúc thể hiện được quyền định đoạt thuộc về sự tự do của cá nhân nhưng phải đảm bảo những chuẩn mực ứng xử chung trong đời sống xã hội, được cộng đồng thừa nhận và tôn trọng.

Xét về bản chất, đạo đức xã hội là yếu tố khó định lượng, nó không tồn tại giống quy định của pháp luật. Trong khoa học pháp lý chưa cho thấy sự độc lập trong việc xác định nội dung của di chúc trái đạo đức xã hội mà không vi phạm quy định của pháp luật. Điều này được giải thích rằng, quy định pháp luật của một quốc gia luôn phản ánh rõ nét kinh tế, chính trị, văn hóa, truyền thống... của quốc gia đó. Vì vậy, các quy định của pháp luật Việt Nam hầu hết phản ánh được sự phù hợp về đạo đức xã hội của người Việt Nam. Do đó, khi một bản di chúc bị tuyên có nội dung vi phạm điều cấm của pháp luật thường nó cũng sẽ trái đạo đức xã hội.

¹ Điều 29 BLDS năm 2015

² Điều 471 BLDS năm 2015

³ Khoản 1 Điều 630 BLDS năm 2015

⁴ Phạm Văn Tuyết (2003), *Thừa kế theo di chúc theo quy định của Bộ luật Dân sự*, Luận án tiến sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, Hà Nội, tr.94.

Việc lập di chúc là một trong các hành vi thực hiện quyền tự định đoạt của cá nhân liên quan đến tài sản. Bên cạnh quy định nội dung của giao dịch không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội, BLDS năm 2015 và các văn bản quy phạm có liên quan đã quy định nội dung quyền định đoạt tài sản của cá nhân. Đồng thời khoanh vùng, hành vi bị cấm liên quan tới quyền tự định đoạt của cá nhân có thể làm mất hiệu lực của di chúc. Điều này tạo ra hành lang pháp lý rõ ràng trong việc tôn trọng, bảo đảm quyền tự định đoạt của cá nhân và loại bỏ khả năng xâm phạm, lạm dụng tài sản của chủ thể khác để thực hiện tư lợi cá nhân hoặc mang lợi bất chính cho chủ thể nhất định thông qua bản di chúc.

Thứ hai, nội dung cụ thể của di chúc.

Khoản 1 Điều 631 BLDS năm 2015 xác định, di chúc gồm các nội dung chủ yếu sau:

Một là, ngày, tháng, năm lập di chúc.

Điều khoản này giúp chúng ta xác định mốc thời gian thực hiện hành vi lập di chúc. Quy định này có ý nghĩa đối với việc xác định văn bản quy phạm pháp luật đang điều chỉnh⁵. Ngoài ra, yêu cầu nội dung của di chúc phải có ngày, tháng, năm lập di chúc còn ý nghĩa trong việc giải quyết tranh chấp đối với trường hợp một người lập nhiều bản di chúc đối với một tài sản. Khoản 5 Điều 643 BLDS năm 2015 quy định: “*Khi một người để lại nhiều bản di chúc đối với một tài sản thì chỉ bản di chúc sau cùng có hiệu lực*”. Như vậy, di chúc không được ghi ngày, tháng, năm lập sẽ không thể giải quyết tranh chấp trong trường hợp này. Hơn nữa, việc không ghi ngày, tháng, năm lập di chúc sẽ không thể xác định di chúc được lập trước hay sau khi người để lại di sản chết. Điều này có thể dẫn tới thực trạng, di chúc bị giả mạo.

Hai là, họ, tên của người lập di chúc.

Đây là điều khoản cá biệt hóa cá nhân và hành vi của người lập di chúc. Một bản di chúc luôn mang “sứ mệnh” là căn cứ để phân chia di sản. Nhưng quá trình phân chia phải gắn liền với việc xác định người để lại di sản là ai, họ đã chết hay chưa. Việc ghi nhận điều khoản này không chỉ mang lại lợi ích cho người lập di chúc mà còn bảo đảm quyền, lợi ích của những người thừa kế, người liên quan đến người xác lập di chúc. Do đó, họ và tên của người lập di chúc vẫn nên ghi nhận là điều khoản cần phải có trong di chúc.

Ba là, nơi cư trú của người lập di chúc.

Nơi cư trú của cá nhân là chỗ ở hợp pháp mà người đó thường xuyên sinh sống. Nơi cư trú của công dân là nơi thường trú hoặc nơi tạm trú⁶. Theo quy định của pháp luật, việc xác định nơi cư trú của công dân có ý nghĩa: là nơi cá nhân thực hiện các quyền và nghĩa vụ đối với nhà nước với tư cách là công dân; là nơi mà cơ quan nhà nước có thẩm quyền đăng ký và lưu trữ các giấy tờ về hộ tịch có liên quan đến cá nhân (đăng ký khai sinh, khai tử...); là nơi cơ quan nhà nước có thẩm quyền tổng đạt các giấy tờ có liên quan đến cá nhân; là địa điểm thực hiện nghĩa vụ trong quan hệ nghĩa vụ khi các bên không có thỏa thuận về địa điểm này và đối tượng của nghĩa vụ là động sản; là căn cứ để tòa án tuyên bố một cá nhân mất tích hay đã chết; là địa điểm mở thừa kế khi cá nhân chết; là nơi tòa án có thẩm quyền giải quyết tranh chấp nếu đó là nơi cư trú của bị đơn dân sự... Tuy nhiên, đối với việc lập di chúc dù ở dạng thức nào, việc ghi nơi cư trú của người lập di chúc trong bản di chúc cũng không thực sự có ý nghĩa. Vì thực tế, khi một cá nhân chết, cơ quan hành chính cấp cơ sở và quản lý hộ tịch phải hoàn tất

⁵ Xem khoản 1 Điều 156 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015.

⁶ Điều 12 Luật Cư trú năm 2006.

các thủ tục theo quy định mai táng, cấp giấy chứng tử. Đây là căn cứ để xác định nơi cư trú của cá nhân đã chết. Riêng về bản di chúc, chính những người thừa kế được hưởng trong di chúc hoặc những người có liên quan khi hoàn tất các thủ tục hưởng thừa kế, giải quyết tranh chấp (nếu có) sẽ kê khai, xác nhận nơi cư trú của người để lại di sản. Vì vậy, điều khoản nơi cư trú của cá nhân lập di chúc có thể có hoặc không trong bản di chúc.

Bốn là, họ, tên người, cơ quan, tổ chức được hưởng di sản.

Họ, tên người, cơ quan, tổ chức được hưởng di sản là một trong các yếu tố cá biệt hóa chủ thể. Đối với di chúc, một trong các nội dung được quan tâm lớn nhất là chủ thể được hưởng di sản thừa kế. Nếu không có điều khoản này, quan hệ thừa kế theo di chúc sẽ không xuất hiện, việc dịch chuyển di sản sẽ không thể diễn ra hoặc diễn ra nhưng không theo mong muốn thực sự của người có di sản để lại. Kể cả trường hợp đặc biệt, thai nhi - chưa phải là chủ thể của quan hệ pháp luật xuất hiện, việc cá biệt hóa thai nhi thông qua họ, tên của người mang thai, hoặc người nào đó vẫn phải tồn tại mới có thể thực hiện việc phân chia di sản trên thực tế. Do đó, đây là điều khoản chủ yếu trong di chúc và phải là điều khoản bắt buộc.

Năm là, di sản để lại và nơi có di sản.

Một trong những yếu tố ảnh hưởng lớn tới hiệu lực của di chúc chính là di sản thừa kế. Một bản di chúc được lập hợp pháp nhưng di sản không còn tồn tại vào thời điểm mở thừa kế, việc phân chia sẽ không thể diễn ra. Điều này dẫn tới nhiều trường hợp chỉ có người lập di chúc mới biết rõ được mình có bao nhiêu loại tài sản, tài sản đó đang ở đâu. Điều khoản này có ý nghĩa sau: (i) tạo điều kiện thuận lợi cho việc kê khai di sản và xác nhận di sản; (ii) xác định Tòa án nơi có thẩm quyền thụ lý giải quyết các tranh chấp liên quan tới di sản thừa kế (điểm c

khoản 1 Điều 39 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 quy định “*Đối tượng tranh chấp là bất động sản thì chỉ Tòa án nơi có bất động sản có thẩm quyền giải quyết*”); (iii) xác định thẩm quyền cơ quan liên quan thực hiện vấn đề quản lý di sản trong trường hợp không có người thừa kế (khoản 3 Điều 616 BLDS năm 2015); (iv) xác định hiệu lực của di chúc trong trường hợp di sản không còn. Theo đó, người thừa kế, các cơ quan liên quan được đảm bảo sự thuận tiện trong quá trình thực hiện quyền năng của mình đối với di sản.

Sáu là, phân định di sản thừa kế trong di chúc.

Đây là điều khoản không được liệt kê trong khoản 1 Điều 631 BLDS năm 2015 nhưng đây là điều khoản rất quan trọng. Nó tạo ra rõ ràng và khác biệt với trình tự phân chia di sản thừa kế theo pháp luật. Về nguyên tắc, hưởng theo pháp luật là hưởng bằng nhau. Hưởng theo di chúc là khác nhau vì tùy thuộc vào ý chí của người để lại di sản. Chính vì vậy, dù là định đoạt bằng nhau hay định đoạt khác nhau thì di chúc cần phải có điều khoản phân định phần giá trị di sản mà mỗi người thừa kế được hưởng để định hướng phân chia cụ thể.

Thứ ba, điều khoản mở rộng.

Khoản 2 Điều 631 BLDS năm 2015 quy định: “*Ngoài các nội dung quy định tại khoản 1 Điều này, di chúc có thể có các nội dung khác*”. Đây là điều khoản thể hiện rõ việc tự do lựa chọn các nội dung khác quy định bắt buộc từ pháp luật của người lập di chúc. Điều khoản này là một trong các nội dung mới của BLDS năm 2015 so với các văn bản quy phạm trước đây. Chúng tôi cho rằng, các văn bản quy phạm pháp luật trước đây không có điều luật nào ghi nhận nội dung của di chúc có điều kiện, nhưng xét về nguyên tắc thực hiện pháp luật, các chủ thể được phép làm những gì pháp luật không cấm. Do đó, quy định loại trừ các yêu cầu

bắt buộc đối với nội dung của di chúc, di chúc có thể có các nội dung khác là một quy định không cần thiết.

Thứ tư, điều khoản sử dụng từ viết tắt, viết ký hiệu, đánh dấu số trang trong di chúc.

Khoản 3 Điều 631 BLDS năm 2015 quy định: “Di chúc không được viết tắt hoặc viết bằng ký hiệu, nếu di chúc gồm nhiều trang thì mỗi trang phải được ghi số thứ tự và có chữ ký hoặc điểm chỉ của người lập di chúc. Trường hợp di chúc có sự tẩy xóa, sửa chữa thì người tự viết di chúc hoặc người làm chứng di chúc phải ký tên bên cạnh chỗ tẩy xóa, sửa chữa”. Thực tế cho thấy, việc viết tắt, viết bằng ký hiệu trong nội dung của di chúc trong nhiều trường hợp là ý chí của chính cá nhân viết di chúc. Họ hiểu được những từ viết tắt, ký hiệu được sử dụng trong di chúc. Nhưng di chúc được luật định có hiệu lực khi người lập chết đi. Do đó, nội dung của di chúc có bao gồm cả từ viết tắt, viết bằng ký hiệu sẽ không phản ánh được một cách trung thực ý chí của cá nhân lập di chúc. Điều này có thể dẫn tới tình trạng nội dung của di chúc được hiểu bằng nhiều cách khác nhau. Bên cạnh đó, bản di chúc gồm nhiều trang cũng là điều thường thấy ở thực tế. Nếu di chúc được viết với dung lượng nhiều trang thì luật cũng định rằng mỗi trang đều phải ghi số thứ tự, có chữ ký hoặc điểm chỉ của người lập di chúc, để tránh tình trạng không đảm bảo được tính liên mạch về nội dung của di chúc, đồng thời không đảm bảo được tính khách quan của việc lập di chúc. Hoặc trong quá trình lập di chúc có xuất hiện sự tẩy xóa, sửa chữa, pháp luật cũng quy định người tự viết di chúc hoặc người làm chứng phải ký tên bên cạnh chỗ tẩy xóa, sửa chữa. Những quy định này hướng tới tính thống nhất trong áp dụng đối với các trường hợp vi phạm điều khoản này.

Xuất phát từ vị trí của di chúc trong chế định thừa kế và giá trị thực sự của nó đối với

quyền, lợi ích của người thừa kế, người có liên quan, Nhà nước đặt ra quy phạm mang tính mệnh lệnh khi yêu cầu về tính trang trọng, tính chính thống đối với thể thức của bản di chúc. Điều này cũng tránh được nhiều tranh cãi, mâu thuẫn trong quá trình giải thích nội dung của di chúc. Tuy nhiên, quy định của khoản 3 Điều 631 BLDS năm 2015 là chưa thực sự hợp lý và trong nhiều trường hợp pháp luật không đảm bảo được nguyên tắc tôn trọng quyền lập di chúc của cá nhân. Trên thực tế, di chúc có nội dung được viết tắt, viết bằng ký hiệu mà người khác vẫn hiểu được hoặc vẫn đưa tới một cách hiểu thống nhất thì cần được coi là hợp pháp. Ví dụ: Nội dung của di chúc định đoạt tài sản là tiền ngoại tệ được sử dụng ký hiệu hoặc từ viết tắt là USD (đô la Mỹ), ¥ (nhân dân tệ Trung Quốc), JPY (yên Nhật), £ (bảng Anh), € (Euro)... hoặc nội dung của di chúc có nhắc tới các chủ thể như BIDV (Ngân hàng đầu tư và phát triển Việt Nam), Agribank (Ngân hàng Nông nghiệp và phát triển nông thôn)... Hoặc các cơ quan nhà nước như UBND (Ủy ban nhân dân)... Tham khảo BLDS các nước như Nhật, Pháp, Thái Lan... cho thấy, pháp luật dân sự của các nước này không quy định cụ thể về vấn đề này.

Thứ năm, nội dung của di chúc có đặt điều kiện.

Việc đặt điều kiện hay triển khai những nội dung khác trong di chúc như thế nào là tùy thuộc vào ý chí của người để lại di sản, chỉ cần nội dung này đảm bảo sự không vi phạm điều cấm của pháp luật và trái đạo đức xã hội. Tuy nhiên, thực tế cho thấy, nội dung di chúc của một cá nhân xuất phát từ tư duy rất “đời thường”, cho nên có những di chúc đặt ra điều kiện như sau: (i) Di chúc định đoạt di sản cho vợ nhưng chỉ cho hưởng nếu vợ không kết hôn với người khác; (ii) di chúc định đoạt cho con nhà và quyền sử dụng đất nhưng với điều kiện không được

bán và tặng cho người khác; (iii) di chúc định đoạt cho con được hưởng thừa kế với điều kiện phải chăm sóc một người nào đó bị bệnh tâm thần, bị mất khả năng lao động, già yếu đến khi người này chết...

Chúng tôi cho rằng, xuất phát từ nhiều lý do, người lập di chúc định đoạt tài sản của mình cho người khác mong muốn tài sản của họ được duy trì và tồn tại lâu, mang lại ý nghĩa, giá trị vật chất cho người thừa kế. Vậy nên, họ sẽ cố níu kéo ở mức có thể bằng việc đặt điều kiện trong di chúc rằng không được bán, không được thế chấp, cầm cố ... và hy vọng nội dung di chúc đó sẽ được thực hiện khi họ chết đi. Những tư duy này hoàn toàn là bình thường ở đời sống xã hội nhưng xét về mặt pháp lý, người lập di chúc đang xác lập một giao dịch và thông qua giao dịch này sẽ làm phát sinh, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ của người hưởng di sản. Nếu chúng ta hiểu đây là quyền của người thừa kế sẽ không trọn vẹn, vì đã tồn tại là quyền, cá nhân đó có thể thực hiện hoặc không. Còn nếu coi đây là nghĩa vụ thì nghĩa vụ này vi phạm quy định của pháp luật. Vì người thừa kế chỉ phải thực hiện nghĩa vụ về tài sản do người chết để lại trong phạm vi di sản được hưởng. Rõ ràng, từ góc độ đời sống xã hội, chúng ta cũng nhận thấy một sự o ép, bó buộc, áp đặt ý chí của một chủ thể lên một chủ thể khác. Tuy nhiên, xét dưới góc độ pháp lý, việc hưởng thừa kế trong trường hợp này hay không vẫn do người thừa kế chủ động lựa chọn chứ không có sự áp đặt. Chính vì vậy, người thừa kế đã lựa chọn chấp nhận điều này đồng nghĩa với việc gắn kết nhận thức, hành vi của mình với điều kiện có trong di chúc. Nên di chúc có đặt điều kiện nhưng không vi phạm điều cấm của luật vẫn có giá trị pháp lý.

2. Kiến nghị

Nhằm tiếp tục hoàn thiện các quy định của BLDS năm 2015 về nội dung di chúc, tác giả đề xuất một số kiến nghị như sau:

Thứ nhất, sửa đổi khoản 1, 2 Điều 631 BLDS năm 2015 theo hướng làm rõ hơn nội dung của di chúc.

Khoản 1 Điều 631 BLDS năm 2015 quy định: “*Di chúc gồm các nội dung chủ yếu sau... ”*. Cách thể hiện này tạo nên cách hiểu đây là điều khoản chỉ dẫn áp dụng, tức là có thể có hoặc không đưa vào nội dung của di chúc. Bên cạnh đó, quy định của khoản 1 và khoản 2 điều này sẽ không mâu thuẫn với nhau nếu xác định khoản 1 là nội dung cần phải có và khoản 2 là chỉ dẫn thêm nội dung khác. Theo đó, khoản 1, 2 Điều 631 BLDS năm 2015 sẽ được sửa đổi lại như sau:

Điều 631

1. *Nội dung của di chúc do người lập di chúc định đoạt.*

2. *Trong nội dung của di chúc phải có ngày, tháng, năm lập; họ, tên của người lập di chúc; họ, tên (hoặc yếu tố cá biệt khác) của cá nhân, tên của cơ quan, tổ chức được hưởng di sản. Ngoài ra, di chúc có thể có các nội dung khác phụ thuộc vào ý chỉ định đoạt của người lập di chúc.*

.....

Thứ hai, sửa đổi khoản 3 Điều 631 BLDS năm 2015 theo hướng cho phép viết tắt trong di chúc nhưng cần giải thích (đối với từ ngữ thông dụng thì không cần giải thích). Theo đó, khoản 3 Điều 631 BLDS năm 2015 sẽ được sửa đổi lại như sau:

3. *Nội dung của di chúc có thể viết tắt hoặc viết bằng ký hiệu nhưng phải được giải thích đối với từ viết tắt hoặc ký hiệu đầu tiên, trừ trường hợp những từ viết tắt hoặc ký hiệu thông dụng. Nếu di chúc gồm nhiều trang thì mỗi trang cần được ghi số thứ tự và có chữ ký hoặc điểm chỉ của người lập di chúc.*

Trường hợp di chúc có sự tẩy xóa, sửa chữa thì người tự viết di chúc hoặc người làm chứng di chúc phải ký tên bên cạnh chỗ tẩy xóa, sửa chữa ■

VĂN BẢN HƯỚNG DẪN THI HÀNH BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 2015

Ngô Văn Lượng*

**ThS. Phó Viện trưởng Viện Kiểm Sát nhân dân huyện Tháp Mười, tỉnh Đồng Tháp.*

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Văn bản hướng dẫn thi hành, Bộ luật Hình sự năm 2015.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 18/12/2020

Biên tập : 22/01/2021

Duyệt bài : 24/01/2021

Article Information:

Keywords: Guidelines of enforcement, the Penal Code of 2015.

Article History:

Received : 18 Dec. 2020

Edited : 22 Jan. 2021

Approved : 24 Jan. 2021

Tóm tắt:

Hướng dẫn thi hành Bộ luật Hình sự là điều cần thiết trong quá trình đưa Bộ luật Hình sự vào áp dụng trong đời sống xã hội. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích chỉ ra những hạn chế, bất cập trong việc ban hành văn bản hướng dẫn thi hành Bộ luật Hình (BLHS) năm 2015 và đề xuất kiến nghị tăng cường và nâng cao chất lượng của công tác này.

Abstract:

Guidelines for the enforcement of the Penal Code are essential in the process of applying the Penal Code in social activities. Within the scope of this article, the author provides an analysis of and points out the shortcomings in the promulgation of documents providing guidelines of enforcement of the Penal Code of 2015 and proposes recommendations to strengthen and improve the enforcement quality of the Penal Code.

Khi xây dựng pháp luật nói chung và pháp luật hình sự nói riêng, cơ quan nhà nước có thẩm quyền luôn cố gắng tới mức cao nhất dự liệu trước những tình huống (hoàn cảnh, điều kiện) có thể xảy ra trong thực tế đời sống xã hội cần phải điều chỉnh. Tuy nhiên, đời sống xã hội hết sức đa dạng, hành vi vi phạm pháp luật phát sinh theo tiến trình phát triển của xã hội nên pháp luật hình sự cũng cần thay đổi cho phù hợp với cuộc sống. Vì vậy, từ năm 1985 đến nay, trong 35 năm nhưng đã 03 lần pháp điển hóa với 03 Bộ luật Hình sự (BLHS năm 1985; năm 1999 và năm 2015) có đến 8 lần sửa

đổi, bổ sung. Đặc biệt là lần sửa đổi năm 2015 được xác định là sửa đổi cơ bản và toàn diện¹. Bên cạnh đó, để các quy định của BLHS năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2017 (BLHS năm 2015) đi vào cuộc sống, nhiều văn bản hướng dẫn thi hành BLHS đã được ban hành. Nhìn chung, việc ban hành văn bản quy phạm pháp luật hướng dẫn thi hành BLHS năm 2015 kịp thời, đáp ứng yêu cầu của công tác phòng, chống tội phạm. Bên cạnh đó, việc ban hành văn bản hướng dẫn thi hành BLHS năm 2015 còn một số bất cập sau:

¹ Xem cụ thể hơn: TS. Trần Văn Dũng, Một số điểm mới của Bộ luật Hình sự năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều bởi Luật số 12/2017/QH-14 “Về sửa đổi, bổ sung một số điều Bộ luật Hình sự 2015” (các tr.1- 14) của Báo cáo tại Tọa đàm khoa học (Hà Nội, ngày 12/7/2017) - Trong tập: Tọa đàm khoa học “Giới thiệu và bình luận về Phần những quy định chung của Bộ luật Hình sự 2015, sửa đổi 2017” do Bộ môn Tư pháp hình sự - Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội tổ chức.

Thứ nhất, một số trường hợp chậm ban hành văn bản hướng dẫn thi hành Bộ luật Hình sự năm 2015

Theo quy định của Điều 3 Nghị quyết số 41/2017/QH14 ngày 20/6/2017 của Quốc hội, Quốc hội giao cho Chính phủ quy định chi tiết về các biện pháp giám sát, giáo dục áp dụng trong trường hợp được miễn trách nhiệm hình sự quy định tại Mục 2 Chương XII của BLHS năm 2015. Tuy nhiên, cho đến nay, Chính phủ chưa ban hành văn bản quy định chi tiết về vấn đề này mà tiếp tục thực hiện Nghị định số 52/2001/NĐ-CP hướng dẫn thi hành biện pháp tư pháp đưa vào trường giáo dưỡng; Nghị định số 53/2001/NĐ-CP hướng dẫn thi hành các hình phạt cấm cư trú và quản chế; Nghị định số 54/2001/NĐ-CP hướng dẫn thi hành hình phạt trục xuất.

Thứ hai, ban hành văn bản hướng dẫn không đúng thể thức

Tòa án nhân dân tối cao (TANDTC) ban hành văn bản hướng dẫn với hình thức là giải đáp, công văn. Ví dụ, Giải đáp số 01-2017/GĐ-TANDTC ngày 7/4/2017 của Tòa án nhân dân tối cao về giải đáp một số vấn đề về nghiệp vụ... (Giải đáp số 01).

Viện Kiểm sát nhân dân tối cao (KSNDTC) không phải là cơ quan hướng dẫn thi hành Bộ luật Hình sự, nhưng với trách nhiệm giải đáp cho cán bộ trong ngành nhận thức pháp luật hình sự, Viện KSNDTC cũng ban hành nhiều văn bản. Với việc giải đáp của ngành kiểm sát thì cán bộ trong ngành nghiên cứu thực hiện, tuy nhiên đối với cán bộ ngành Tòa án thì có nơi vận dụng, nơi không. Ví dụ, Công văn số 5887/VKSTC-V14 ngày 05/12/2019 của Viện KSNDTC về việc giải đáp một số khó khăn, vướng mắc

liên quan đến quy định của BLHS năm 2015, Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015; theo đó, Mục 14.I giải đáp nỗ thủy tinh là một đơn vị dụng cụ sử dụng trái phép chất ma túy.

Bộ Công an ban hành công văn hướng dẫn áp dụng Bộ luật Hình sự, ví dụ như Công văn số 552/c44 ngày 23/02/2018 của Bộ Công an về hướng dẫn xử lý trách nhiệm hình sự đối với người mất khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi của mình do dùng chất ma túy...

Thứ ba, văn bản hướng dẫn thi hành Bộ luật Hình sự năm 2015 không thống nhất, không đồng bộ

Việc ban hành văn bản của nhiều cơ quan chưa thống nhất và đồng bộ, điển hình như hướng dẫn về tình tiết “*phạm tội lần đầu*”... được quy định tại điểm i khoản 1 Điều 51 và Điều 66 BLHS năm 2015.

Mục 4.I Giải đáp số 01-2017/GĐ-TANDTC 07/4/2017 của Tòa án nhân dân tối cao (Giải đáp số 01) giải thích phạm tội lần đầu là: “*Từ trước đến nay chưa phạm tội lần nào. Nếu trước đó đã phạm tội và bị kết án, nhưng đã được xóa án tích hoặc chưa bị kết án, nhưng đã hết thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc chưa bị kết án, chưa hết thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự nay bị truy cứu trách nhiệm hình sự trong cùng lần phạm tội sau, thì không được coi là phạm tội lần đầu*”.

Khoản 2 Điều 2 Nghị quyết số 01/2018/NQ-HĐTP 24/4/2018 của Hội đồng thẩm phán TANDTC (Nghị quyết số 01) hướng dẫn áp dụng Điều 66 và Điều 106 của BLHS năm 2015 về tha tù trước thời hạn quy định: “*Được coi là phạm tội lần đầu và có thể xem xét nếu thuộc một trong các trường hợp sau đây: “a” Trước đó chưa*

phạm tội lần nào; “b” Trước đó đã thực hiện hành vi phạm tội nhưng được miễn trách nhiệm hình sự; “c” Trước đó đã thực hiện hành vi phạm tội nhưng được áp dụng biện pháp tư pháp giáo dục tại trường giáo dưỡng; “d” Trước đó đã bị kết án nhưng thuộc trường hợp được coi là không có án tích”.

Như vậy, cùng một thuật ngữ “phạm tội lần đầu” có 2 văn bản hướng dẫn áp dụng. Theo quy định của khoản 2 và 3 Điều 156 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015:

“2. Trong trường hợp các văn bản quy phạm pháp luật có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng văn bản có hiệu lực pháp lý cao hơn;

3. Trong trường hợp các văn bản quy phạm pháp luật do cùng một cơ quan ban hành có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng quy định của văn bản quy phạm pháp luật ban hành sau”.

Nếu dựa trên quy định của Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật thì sẽ áp dụng theo Nghị quyết số 01 (bởi Nghị quyết của Hội đồng Thẩm phán TAND tối cao là văn bản quy phạm pháp luật² còn Giải đáp số 01 chỉ là văn bản giải thích luật của TANDTC đồng thời ban hành trước Nghị quyết, trái với Nghị quyết của Hội đồng Thẩm phán³. Tuy nhiên, trên thực tế xét xử của Tòa án cho thấy, tùy vào trường hợp cụ thể, các Thẩm phán áp dụng văn bản giải thích “phạm tội lần đầu” khác nhau⁴. Cụ thể, đối với tình tiết giảm nhẹ

trách nhiệm hình sự quy định tại điểm i khoản 1 Điều 51 BLHS năm 2015 thì Mục 4.I Giải đáp số 01 được áp dụng; khi áp dụng tình tiết thực hiện Điều 66 và Điều 106 của BLHS về tha tù trước thời hạn thì khoản 2 Điều 2 Nghị quyết số 01 được vận dụng để xử lý.

Thứ tư, chậm hệ thống hóa văn bản hướng dẫn áp dụng Bộ luật Hình sự năm 2015

Cho đến nay, khái niệm “có tính chất côn đồ” trong quy định của BLHS năm 2015 vẫn chưa được giải thích một cách chính thức. Ngày 17/10/2018, Hội đồng Thẩm phán TANDTC thông qua Án lệ số 17/2018/AL về tình tiết “Có tính chất côn đồ” trong tội “Giết người” có đồng phạm và được công bố theo Quyết định số 269/QĐ-CA ngày 06/11/2018 của Chánh án TANDTC. Tuy nhiên, đây cũng chỉ là giới thiệu riêng lẻ một vấn đề mà chưa bao hàm hết nội dung khái niệm về “tính chất côn đồ” được áp dụng trong pháp luật hình sự. Chính vì việc mang yếu tố định tính việc đánh giá một hành vi phạm tội “có tính côn đồ” hay không chủ yếu dựa vào cảm quan của người đánh giá nên trên thực tiễn rất nhiều vụ án hình sự bị hủy, sửa án, điển hình như: Thông báo rút kinh nghiệm số 529/TB-VKSTC-VPT1 ngày 13/8/2014 của Viện KSND tối cao; Thông báo rút kinh nghiệm số 554/TB-VKSTC ngày 16/11/2018 của Viện KSND tối cao; Thông báo rút kinh nghiệm số 54/TB-VC1-HS ngày 27/11/2018 của Viện kiểm sát nhân dân Cấp cao Hà Nội⁵.

² Xem khoản 7 Điều 5 Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015.

³ Xem khoản 1 Điều 159 Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015.

⁴ Xem: Đào Thị Lan Phương, *Áp dụng tình tiết phạm tội lần đầu - Hiểu như thế nào cho đúng*, <http://vienkiemsathaiphong.gov.vn/vks/132/3105/4269/14037/VKSND-Quan--Huyen/Ap-dung-tinh-tiet-pham-toi-lan-dau---Hieu-nhu-the-nao-cho-dung.aspx>, truy cập ngày 10/12/2020.

⁵ Xem: Tổng hợp 57 Thông báo rút kinh nghiệm của Viện Kiểm sát về án hình sự, <https://amilawfirm.com/tong-hop-57-thong-bao-rut-kinh-nghiem-cua-vien-kiem-sat-ve-an-hinh-su/>, truy cập ngày 10/12/2020.

Tương tự, quy định về “Phạm tội có tổ chức”. Theo quy định của khoản 2 Điều 17 BLHS năm 2015, “*Phạm tội có tổ chức là hình thức đồng phạm có sự câu kết chặt chẽ giữa những người cùng thực hiện tội phạm*”. Tuy nhiên, cần hiểu như thế nào là “có sự câu kết chặt chẽ giữa những người cùng thực hiện tội phạm” thì cho đến nay, các Tòa án vẫn áp dụng hướng dẫn tại Mục I Nghị quyết số 02-/HĐTP/NQ 16/11/1988 hướng dẫn bổ sung Nghị quyết số 02-HĐTP 05-01-1986, mặc dù Nghị quyết trên là hướng dẫn BLHS đầu tiên (BLHS năm 1985).

Thứ năm, văn bản hướng dẫn áp dụng Bộ luật Hình sự năm 2015 chưa rõ nghĩa

Công văn số 89/TANDTC-PC ngày 30/6/2020 của TANDTC “*về việc thông báo kết quả giải đáp trực tuyến một số vướng mắc trong xét xử*” hướng dẫn về tội “*Giao cho người không đủ điều kiện điều khiển phương tiện tham gia giao thông đường bộ*” quy định tại Điều 264 BLHS năm 2015. Mục 9.I Công văn giải thích “*người khác ở trong trường hợp này được hiểu là bất kỳ người nào, trừ người giao phương tiện giao thông*”. Giải thích này dẫn đến nhiều cách hiểu khác nhau: *Cách hiểu thứ nhất*, người khác, tức là người bị đối tượng điều khiển phương tiện giao thông gây thiệt hại về tính mạng, sức khỏe hay tài sản; *cách hiểu thứ hai*, người khác là, ngoài người bị đối tượng điều khiển phương tiện giao thông gây thiệt hại về tính mạng, sức khỏe hay tài sản còn có cả người điều khiển phương tiện, tức là người được giao phương tiện, chỉ trừ người giao phương tiện mà thôi⁶.

⁶ Ngô Văn Lượng, *Bắt cập trong quy định về người không đủ điều kiện điều khiển phương tiện tham gia giao thông đường bộ*, Tạp chí kiểm sát số 02-2021, tr.61.

Để đảm bảo tính hợp hiến, hợp pháp, tính thống nhất trong văn bản hướng dẫn thi hành BLHS năm 2015, chúng tôi kiến nghị:

(1) Cần mở rộng thẩm quyền hướng dẫn áp dụng pháp luật hình sự dưới hình thức thông tư liên tịch để hướng dẫn áp dụng thống nhất pháp luật. Việc mở rộng trên phù hợp với Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015.

(2) Thực hiện kịp thời Nghị quyết số 41 của Quốc hội, Chính phủ, TANDTC, VKSNDTC khẩn trương phối hợp rà soát các văn bản hướng dẫn thi hành về pháp luật hình sự, trên cơ sở đó, thống nhất ban hành một văn bản chung hướng dẫn áp dụng các vấn đề chưa rõ trong BLHS năm 2015.

(3) Trong phạm vi, quyền hạn và trách nhiệm của mình, TANDTC cần kịp thời tổng kết thực tiễn xét xử, tạt ban hành hay phối hợp các cơ quan liên quan ở trung ương hướng dẫn áp dụng thống nhất pháp luật hình sự.

(4) Tăng cường công tác thẩm định, kiểm tra văn bản quy phạm pháp luật nói chung và văn bản quy phạm pháp luật cũng như văn bản hướng dẫn áp dụng pháp luật hình sự nói riêng; Ủy ban Thường vụ Quốc hội cần tăng cường thực hiện giám sát việc ban hành văn bản hướng dẫn thi hành BLHS, góp phần bảo đảm quyền con người, quyền công dân.

(5) Tiếp tục nghiên cứu sửa đổi, bổ sung BLHS năm 2015 theo hướng: Những vấn đề có thể giải thích thì giải thích ngay trong luật, những vấn đề có thể thay đổi thường xuyên thì quy định linh hoạt để đảm bảo tính ổn định của BLHS; hạn chế việc hướng dẫn, chỉ dẫn áp dụng BLHS ■

BÀN VỀ THỦ TỤC ÁP DỤNG, THAY ĐỔI, HỦY BỎ BIỆN PHÁP KHẨN CẤP TẠM THỜI PHONG TỎA TÀI KHOẢN TẠI NGÂN HÀNG

Hà Giang*

* Tòa án Quận Thốt Nốt, Thành phố Cần Thơ.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: biện pháp khẩn cấp tạm thời, phong tỏa tài khoản tại ngân hàng, Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 15/4/2021
Biên tập : 25/4/2021
Duyệt bài : 26/4/2021

Article Information:

Keywords: Provisional emergency measures; freezing accounts at banks; the Civil Procedure Code of 2015.

Article History:

Received : 15 Apr. 2021
Edited : 25 Apr. 2021
Approved : 26 Apr. 2021

Tóm tắt:

Các biện pháp khẩn cấp tạm thời được quy định tại Chương VIII Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015, trong đó có biện pháp phong tỏa tài khoản tại ngân hàng. Trong quá trình giải quyết vụ án, để tránh việc tẩu tán tài sản và đáp ứng nhu cầu của thực tiễn giải quyết tranh chấp dân sự là nhanh chóng, kịp thời và an toàn pháp lý cho các bên đương sự, pháp luật đã quy định về thủ tục áp dụng, thay đổi, hủy bỏ phong tỏa tài khoản tại ngân hàng. Tuy nhiên, thực tiễn áp dụng pháp luật cho thấy vẫn còn những vướng mắc nhất định. Do đó, cần có những giải pháp hoàn thiện quy định của pháp luật về biện pháp phong tỏa tài khoản tại ngân hàng nhằm bảo đảm áp dụng pháp luật được thống nhất, kịp thời, bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của đương sự.

Abstract:

Provisional emergency measures are specified in Chapter VIII of the Civil Procedure Code of 2015, including measures of freezing accounts at banks. In the process of resolving the case, if there are grounds to believe that the obligor has an account at the bank and that the application of the measure of freezing accounts at banks is necessary to keep the assets in an account at the bank, all transactions with accounts are disabled to avoid the dispersal of assets, contributing to the correct enforcement of the law, meeting the needs of the practice of fast and timely civil dispute resolution and legal safety for the involved parties. The law has provided for the procedures for application, changing, cancellation of the application of provisional emergency measures of freezing accounts at banks, however, in practice there are still certain problems. Therefore, it is necessary to have recommendations and solutions to contribute to a more unified application of the law, to promptly protect the legitimate rights and interests of the involved parties according to the provisional emergency measures.

1. Thủ tục nhận và xử lý đơn yêu cầu áp dụng, thay đổi, hủy bỏ biện pháp khẩn cấp tạm thời phong tỏa tài khoản tại ngân hàng

a) Thủ tục nhận và xử lý đơn yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời phong tỏa tài khoản tại ngân hàng

Về bản chất, biện pháp khẩn cấp tạm thời (KCTT) nói chung, biện pháp *phong tỏa tài*

khoản tại ngân hàng (TKNH) nói riêng là một công cụ mà các bên tranh chấp được sử dụng để bảo vệ các quyền và lợi ích của mình một cách tạm thời cho đến khi vụ án được giải quyết xong. Vì tính chất của việc yêu cầu áp dụng biện pháp KCTT phong tỏa TKNH bắt nguồn từ yêu cầu cấp bách, do tình thế khẩn cấp nên thủ tục nhận và xử lý

đơn trong nhiều trường hợp cũng có sự khác biệt, cụ thể như sau:

Trường hợp 1: Đối với yêu áp dụng biện pháp KCTT phong tỏa TKNH trong quá trình giải quyết vụ án theo quy định của khoản 1 Điều 111 Bộ luật TTDS năm 2015.

Một là, Tòa án nhận đơn yêu cầu trước khi mở phiên tòa thì Thẩm phán được phân công giải quyết vụ án phải xem xét, giải quyết. Do việc yêu cầu áp dụng biện pháp KCTT phong tỏa TKNH nên bắt buộc phải thực hiện biện pháp bảo đảm. Do đó, trong thời hạn 03 ngày làm việc, kể từ ngày nhận đơn, ngay sau khi người đó thực hiện xong biện pháp bảo đảm thì Thẩm phán phải ra ngay quyết định áp dụng biện pháp KCTT; nếu không chấp nhận yêu cầu thì Thẩm phán phải thông báo bằng văn bản và nêu rõ lý do cho người yêu cầu¹.

Theo quy định của điểm a khoản 1 Điều 10 Nghị quyết số 02/2020/NQ-HĐTP ngày 24/9/2020 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao (Nghị quyết số 02), nếu tài liệu, chứng cứ để chứng minh cho yêu cầu áp dụng chưa đầy đủ thì Thẩm phán yêu cầu họ bổ sung trong thời hạn 24 giờ, kể từ thời điểm nhận được yêu cầu của Thẩm phán. Thẩm phán có thể hỏi thêm ý kiến của họ. Như vậy, từ thời điểm nhận đơn cho đến khi ra quyết định áp dụng biện pháp KCTT phong tỏa TKNH có thể kéo dài 04 ngày.

Hai là, khi Hội đồng xét xử (HĐXX) nhận được đơn yêu cầu áp dụng biện pháp KCTT tại phiên tòa thì HĐXX xem xét, thảo luận, giải quyết tại phòng xử án. Nếu chấp nhận, HĐXX ra quyết định áp dụng biện pháp KCTT ngay hoặc sau khi người yêu cầu đã thực hiện xong biện pháp bảo đảm. Việc thực hiện biện pháp bảo đảm được bắt đầu từ thời điểm HĐXX ra quyết định buộc

thực hiện biện pháp bảo đảm, nhưng người yêu cầu phải xuất trình chứng cứ về việc đã thực hiện xong trước khi HĐXX vào phòng nghị án, nếu không chấp nhận thì HĐXX phải thông báo ngay tại phòng xử án và ghi vào biên bản phiên tòa.

Theo quy định của điểm c khoản 1 Điều 10 Nghị quyết số 02, nếu tài liệu, chứng cứ để chứng minh cho sự cần thiết áp dụng biện pháp KCTT chưa đầy đủ, HĐXX tạm ngừng phiên tòa theo quy định tại điểm c khoản 1 Điều 259 Bộ luật TTDS năm 2015 trong thời hạn 02 ngày làm việc và đề nghị người yêu cầu bổ sung chứng cứ.

Trường hợp 2: Đối với yêu áp dụng biện pháp KCTT phong tỏa TKNH đồng thời với việc nộp đơn khởi kiện theo quy định của khoản 2 Điều 111 Bộ luật TTDS năm 2015.

Theo đó, sau khi nhận được đơn yêu cầu cùng với đơn khởi kiện và chứng cứ kèm theo, Chánh án Tòa án phân công ngay một Thẩm phán thụ lý giải quyết đơn yêu cầu. Trong thời hạn 48 giờ, kể từ thời điểm nhận được đơn yêu cầu, Thẩm phán phải xem xét và ra quyết định áp dụng biện pháp KCTT; nếu không chấp nhận yêu cầu thì Thẩm phán phải thông báo bằng văn bản và nêu rõ lý do cho người yêu cầu biết².

Theo quy định của Điều 11 Nghị quyết số 02, trường hợp nhận được đơn yêu cầu áp dụng biện pháp KCTT ngoài giờ làm việc (kể cả ngày nghỉ), người tiếp nhận đơn phải báo cáo ngay với Chánh án Tòa án. Chánh án phân công ngay một Thẩm phán thụ lý giải quyết đơn. Trong thời hạn 48 giờ, kể từ thời điểm nhận được đơn yêu cầu áp dụng biện pháp KCTT phong tỏa TKNH, Thẩm phán phải xem xét đơn khởi kiện và chứng cứ kèm theo để xác định yêu cầu khởi kiện có thuộc thẩm quyền thụ lý, giải quyết của Tòa án đã nhận đơn hay không. Trường hợp

¹ Khoản 2 Điều 133 Bộ luật TTDS năm 2015.

² Khoản 3 Điều 133 Bộ luật TTDS năm 2015.

yêu cầu khởi kiện thuộc thẩm quyền thì tiếp tục xem xét giải quyết đơn yêu cầu áp dụng biện pháp KCTT phong tỏa TKNH. Trường hợp yêu cầu khởi kiện không thuộc thẩm quyền thì trả lại đơn khởi kiện, đơn yêu cầu áp dụng biện pháp KCTT và các chứng cứ kèm theo.

b) Thủ tục thay đổi, hủy bỏ biện pháp phong tỏa tài khoản tại ngân hàng

Khi xét thấy biện pháp KCTT đang được áp dụng không còn phù hợp mà cần thiết phải thay đổi hoặc áp dụng bổ sung biện pháp KCTT khác thì Tòa án ra ngay quyết định hủy bỏ biện pháp KCTT đã được áp dụng khi thuộc một trong các trường hợp sau đây:

(i) Người yêu cầu áp dụng biện pháp KCTT đề nghị hủy bỏ;

(ii) Người phải thi hành quyết định áp dụng biện pháp KCTT nộp tài sản hoặc có người khác thực hiện biện pháp bảo đảm thi hành nghĩa vụ đối với bên có yêu cầu;

(iii) Nghĩa vụ dân sự của bên có nghĩa vụ chấm dứt theo quy định của Bộ luật Dân sự;

(iv) Việc giải quyết vụ án được đình chỉ theo quy định;

(v) Quyết định áp dụng biện pháp KCTT không đúng theo quy định;

(vi) Căn cứ của việc áp dụng biện pháp KCTT không còn;

(vii) Vụ việc đã được giải quyết bằng bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật;

(viii) Các trường hợp Tòa án trả lại đơn khởi kiện theo quy định của Bộ luật TTDS.

Trường hợp đã có bản án, quyết định của Tòa án có hiệu lực pháp luật thì việc giải quyết yêu cầu hủy quyết định áp dụng biện pháp KCTT do một Thẩm phán được Chánh án của Tòa án đã ra quyết định áp dụng biện pháp KCTT phân công giải quyết³.

Theo quy định tại Điều 139 Bộ luật TTDS năm 2015, Quyết định áp dụng, thay đổi, hủy bỏ biện pháp KCTT phong tỏa TKNH có hiệu lực thi hành ngay. Tòa án phải cấp hoặc gửi quyết định ngay sau khi ra quyết định cho người có yêu cầu, người bị áp dụng, cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan, cơ quan thi hành án dân sự có thẩm quyền và Viện kiểm sát cùng cấp.

c) Các vấn đề cần lưu ý khi áp dụng, thay đổi, hủy bỏ biện pháp khẩn cấp tạm thời phong tỏa tài khoản tại ngân hàng

Thứ nhất, người yêu cầu áp dụng biện pháp KCTT phong tỏa TKNH phải nộp cho Tòa án chứng từ bảo lãnh được bảo đảm bằng tài sản của ngân hàng hoặc tổ chức tín dụng khác hoặc của cơ quan, tổ chức, cá nhân khác hoặc gửi một khoản tiền, kim khí quý, đá quý hoặc giấy tờ có giá do Tòa án ấn định nhưng phải tương đương với tổn thất hoặc thiệt hại có thể phát sinh do hậu quả của việc áp dụng biện pháp KCTT không đúng để bảo vệ lợi ích của người bị áp dụng biện pháp KCTT và ngăn ngừa sự lạm dụng quyền yêu cầu áp dụng biện pháp KCTT từ phía người có quyền yêu cầu.

Bộ luật TTDS năm 2015 không quy định như thế nào là phải tương đương với tổn thất hoặc thiệt hại có thể phát sinh do hậu quả của việc áp dụng biện pháp KCTT không đúng. Tuy nhiên, theo hướng dẫn của Điều 13 Nghị quyết số 02, để ấn định một khoản tiền, kim khí quý, đá quý hoặc giấy tờ có giá tương đương với tổn thất hoặc thiệt hại có thể phát sinh do hậu quả của việc áp dụng biện pháp KCTT không đúng thì Thẩm phán hoặc HĐXX phải dự kiến và tạm tính có tính chất tương đối thiệt hại thực tế có thể xảy ra nhưng không thấp hơn 20% giá trị tạm tính của tài sản bị áp dụng biện pháp KCTT, trừ trường hợp có chứng cứ rõ ràng chứng minh tổn thất hoặc thiệt hại thấp hơn 20% giá trị tạm tính của tài sản bị áp dụng biện pháp KCTT.

³ Điều 137, Điều 138 Bộ luật TTDS năm 2015.

Việc dự kiến và tạm tính thiệt hại thực tế có thể xảy ra tùy thuộc vào từng biện pháp KCTT cụ thể, từng trường hợp cụ thể và được thực hiện như sau:

(i) Thẩm phán hoặc HĐXX đề nghị người yêu cầu áp dụng biện pháp KCTT dự kiến và tạm tính thiệt hại thực tế có thể xảy ra;

(ii) Dự kiến và tạm tính thiệt hại thực tế có thể xảy ra phải được lập thành văn bản, nêu rõ các khoản thiệt hại và mức thiệt hại có thể xảy ra, các căn cứ, cơ sở của việc dự kiến và tạm tính đó; nêu tại phiên tòa thì không phải lập thành văn bản nhưng phải ghi vào biên bản phiên tòa;

(iii) Thẩm phán hoặc HĐXX xem xét các dự kiến và tạm tính thiệt hại thực tế có thể xảy ra, căn cứ vào các quy định của các văn bản quy phạm pháp luật liên quan để ấn định một khoản tiền, kim khí quý, đá quý hoặc giấy tờ có giá và buộc người yêu cầu áp dụng biện pháp KCTT thực hiện biện pháp bảo đảm.

Theo quy định, khoản tiền, kim khí quý, đá quý hoặc giấy tờ có giá phải được gửi vào tài khoản phong tỏa tại ngân hàng nơi có trụ sở của Tòa án quyết định áp dụng biện pháp KCTT trong thời hạn do Tòa án ấn định. Trong trường hợp thực hiện biện pháp bảo đảm vào ngày lễ hoặc ngày nghỉ thì khoản tiền bảo đảm được gửi giữ tại Tòa án. Tòa án phải làm thủ tục giao nhận và gửi ngay khoản tiền đó vào ngân hàng vào ngày làm việc tiếp theo. Mặc dù, Bộ luật TTDS không quy định trường hợp có nhiều ngân hàng nơi có trụ sở của Tòa án cũng như thời hạn thực hiện biện pháp bảo đảm. Tuy nhiên, theo hướng dẫn của Điều 14 Nghị quyết số 02, trường hợp nơi có trụ sở của Tòa án quyết định áp dụng biện pháp KCTT có nhiều ngân hàng, thì người phải thực hiện biện pháp bảo đảm được lựa chọn một ngân hàng trong số các ngân hàng đó

và thông báo tên, địa chỉ của ngân hàng mà mình lựa chọn cho Tòa án biết để ra quyết định thực hiện biện pháp bảo đảm.

Thứ hai, theo quy định của khoản 4 Điều 133 Bộ luật TTDS năm 2015, chỉ được phong tỏa tài khoản tương đương với nghĩa vụ tài sản mà người bị áp dụng có nghĩa vụ phải thực hiện. BLTTDS 2015 không quy định như thế nào là tương đương với nghĩa vụ tài sản mà người bị áp dụng có nghĩa vụ phải thực hiện. Tuy nhiên, theo hướng dẫn của Điều 12 Nghị quyết số 02, khi áp dụng biện pháp KCTT phong tỏa TKNH cần phân biệt như sau:

(i) Việc xác định nghĩa vụ tài sản mà người bị áp dụng biện pháp KCTT có nghĩa vụ thực hiện phải căn cứ theo đơn khởi kiện, đơn phản tố của bị đơn và đơn yêu cầu độc lập của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan;

(ii) Tòa án chỉ được phong tỏa tài khoản có giá trị bằng hoặc thấp hơn nghĩa vụ tài sản mà người bị áp dụng biện pháp KCTT có nghĩa vụ phải thực hiện. Người yêu cầu áp dụng biện pháp KCTT có nghĩa vụ chứng minh giá trị tài khoản bị phong tỏa. Người yêu cầu áp dụng biện pháp KCTT phải chịu trách nhiệm về tính trung thực, chính xác của tài liệu liên quan đến việc xác định giá trị tài khoản cần phong tỏa;

(iii) Trường hợp tài sản bị yêu cầu phong tỏa là tài sản không thể phân chia được (không thể phong tỏa một phần tài sản) có giá trị cao hơn nghĩa vụ tài sản mà người bị áp dụng biện pháp KCTT có nghĩa vụ phải thực hiện theo đơn khởi kiện, Tòa án giải thích cho người yêu cầu biết để họ làm đơn yêu cầu áp dụng phong tỏa tài sản khác hoặc áp dụng biện pháp KCTT khác. Nếu họ vẫn giữ nguyên đơn yêu cầu, Tòa án căn cứ vào khoản 4 Điều 133 của Bộ luật TTDS năm 2015 không chấp nhận đơn yêu cầu áp dụng biện pháp KCTT của họ.

2. Thực tiễn áp dụng quy định của pháp luật về biện pháp khẩn cấp tạm thời phong tỏa tài khoản tại ngân hàng

- *Vụ việc thứ nhất:* Tranh chấp hợp đồng mua bán hàng hóa giữa nguyên đơn bà Ngô Thị A, bị đơn Công ty V⁴. Giữa bà A và Công ty V có ký nhiều hợp đồng mua bán gà thịt. Bà A đã bán cho Công ty V số lượng gà thịt theo 02 đợt giao nhận nhưng Công ty V chưa thanh toán tiền hàng là 3.329.247.562 đồng. Nay bà A khởi kiện yêu cầu Công ty V phải trả cho bà A tổng số tiền là 5.308.799.110 đồng. Trong đó, bao gồm: Tiền mua hàng chưa thanh toán là: 3.329.247.562 đồng, tiền bồi thường thiệt hại thực tế đã phát sinh là: 1.500.000.000 đồng, tiền phạt tương đương 8% giá trị hợp đồng do bị đơn vi phạm nghĩa vụ thanh toán là 479.551.548 đồng.

Ngày 15/8/2016, Tòa án ban hành Quyết định áp dụng biện pháp KCTT số 02/2016/QĐ-BPKCTT, phong tỏa tài khoản của Công ty V tại Ngân hàng Thương mại Cổ phần N - Chi nhánh Long An với số tiền là 5.308.799.110 đồng (có buộc bà A thực hiện biện pháp bảo đảm, số tiền 500.000.000 đồng).

Theo Bản án sơ thẩm số 02/2017/DS-ST ngày 19/01/2017 của TAND huyện B, tỉnh Bình Dương tuyên xử: Chấp nhận yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn. Buộc Công ty V phải thanh toán cho bà Ngô Thị A tổng số tiền 5.308.799.110 đồng. Ngoài ra, bản án còn tuyên về quyết định áp dụng BPKCTT.

Tại phiên tòa phúc thẩm, đại diện Viện Kiểm sát nhân dân (VKSND) tỉnh Bình Dương có ý kiến: Đề nghị HĐXX chấp nhận kháng cáo của bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan hủy bản án sơ thẩm; trong đó, phần quyết định của bản án sơ thẩm tuyên giữ nguyên quyết định áp dụng biện pháp KCTT nhưng tuyên hủy quyết định buộc thực hiện biện pháp bảo đảm. Tòa án cấp sơ

thẩm áp dụng biện pháp KCTT như vậy là không đúng quy định của pháp luật.

Cấp phúc thẩm nhận định: Tòa án cấp sơ thẩm tuyên duy trì Quyết định áp dụng biện pháp KCTT số 02/2016/QĐ-BPKCTT ngày 15/8/2016, nhưng tuyên hủy bỏ Quyết định buộc thực hiện biện pháp bảo đảm. Mặt khác, bị đơn là Công ty V là doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, đang hoạt động bình thường, nhưng Tòa án cấp sơ thẩm áp dụng biện pháp KCTT “phong tỏa tài khoản tại ngân hàng” của bị đơn để bảo đảm cho việc thi hành án là không đúng. Tòa án cấp phúc thẩm, căn cứ vào đơn yêu cầu của bị đơn và Điều 291 của Bộ luật TTDS năm 2015 đã ra quyết định hủy bỏ biện pháp KCTT nêu trên. Từ đó, HĐXX cấp phúc thẩm không xem xét việc áp dụng biện pháp KCTT trong phần quyết định của bản án.

- *Vụ việc thứ hai:* Tranh chấp liên quan đến yêu cầu tuyên bố văn bản công chứng vô hiệu và yêu cầu hủy giấy chứng nhận quyền sử dụng đất giữa nguyên đơn Công ty TNHH H, bị đơn là bà Lê Thị C và ông Nguyễn Ngọc Kh⁵. Theo đó, tài sản là quyền sử dụng đất của bà Lê Thị C sẽ được dùng để thi hành án theo bản án số 06/2014/KDTM-ST ngày 30/9/2014 đã có hiệu lực của TAND thị xã Đ, tỉnh Bình Phước đối với Công ty H. Bà Lê Thị C chuyển nhượng tài sản này cho Ông Nguyễn Ngọc Kh là hành vi tẩu tán tài sản nhằm trốn tránh nghĩa vụ thi hành án. Vì vậy, Công ty H yêu cầu Tòa án tuyên: hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất giữa Bà Lê Thị C và Ông Nguyễn Ngọc Kh là vô hiệu; hủy giấy chứng nhận quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất.

Tại Bản án sơ thẩm số 10/2018/DS-ST ngày 29/5/2018 của TAND thị xã Đ tuyên: không chấp nhận toàn bộ yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn Công ty H; quyết định áp

⁴ Bản án số 16/2017/KDTM-PT ngày 25/9/2017 của TAND tỉnh Bình Dương.

⁵ Bản án số 111/2018/DS-PT ngày 30/10/2018 của TAND tỉnh Bình Phước.

dụng BPKCTT số 04/2018/QĐ-BPKCTT ngày 19/4/2018 của TAND thị xã Đ sẽ hết hiệu lực khi bản án này có hiệu lực pháp luật.

Quan điểm của Đại diện VKSND tỉnh Bình Phước: Đề nghị HĐXX áp dụng khoản 4 Điều 308, Điều 311 của Bộ luật TTDS năm 2015 hủy bản án sơ thẩm và đình chỉ giải quyết vụ án do đây là việc dân sự.

Cấp phúc thẩm nhận định, ý kiến của đại diện VKSND tỉnh Bình Phước tại phiên tòa phúc thẩm cho rằng đây là việc dân sự nên cần hủy bản án sơ thẩm, đình chỉ xét xử phúc thẩm là không phù hợp nên không được chấp nhận. Tuyên: không chấp nhận yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn Công ty H. Đồng thời, hủy bỏ Quyết định áp dụng BPKCTT số 04/2018/QĐ-BPBD ngày 17/4/2018 của TAND thị xã Đ. Giải tỏa đối với tài khoản bị phong tỏa: 0251002695943; Tên tài khoản: Công ty TNHH H Việt Nam; Số tiền phong tỏa: 50.000.000 đồng theo xác nhận phong tỏa tài khoản tại Ngân hàng TMCP N Việt Nam - Chi nhánh Bình Phước ngày 19/4/2018.

- Nhận xét:

Một là, giữa VKSND và Tòa án cấp phúc thẩm chưa có sự thống nhất về cách nhận định. Cụ thể, đối với vụ việc thứ nhất, đại diện VKSND đề nghị hủy bản án sơ thẩm do phần quyết định của bản án tuyên giữ nguyên quyết định áp dụng biện pháp KCTT nhưng tuyên hủy quyết định buộc thực hiện biện pháp bảo đảm là không đúng quy định của pháp luật. Nhận định này của VKSND không được Tòa án cấp phúc thẩm chấp nhận; bởi lẽ, trong giai đoạn chuẩn bị xét xử phúc thẩm, căn cứ vào đơn yêu cầu của bị đơn và Điều 291 Bộ luật TTDS năm 2015, Tòa án cấp phúc thẩm đã ra quyết định hủy bỏ biện pháp KCTT nêu trên. Từ đó, HĐXX cấp phúc thẩm không xem xét việc áp dụng biện pháp KCTT trong phần quyết định của bản án.

Tác giả cho rằng, nhận định của Tòa án cấp phúc thẩm như trên là đúng pháp luật. Bởi lẽ, Tòa án cấp phúc thẩm đã hủy bỏ biện

pháp KCTT phong tỏa TKNH ở giai đoạn chuẩn bị xét xử phúc thẩm nên không cần thiết phải hủy bản án sơ thẩm. Tuy nhiên, bản án sơ thẩm tuyên giữ nguyên quyết định áp dụng biện pháp KCTT nhưng tuyên hủy quyết định buộc thực hiện biện pháp bảo đảm là không phù hợp.

Hai là, giữa Tòa án cấp sơ thẩm và Tòa án phúc thẩm chưa thống nhất về việc tuyên áp dụng biện pháp KCTT. Cụ thể, đối với vụ việc thứ hai, Tòa án cấp sơ thẩm tuyên: “*Quyết định áp dụng biện pháp KCTT số 04/2018/QĐ-BPKCTT ngày 19/4/2018 của TAND thị xã Đ sẽ hết hiệu lực khi bản án này có hiệu lực pháp luật*”; Tòa án cấp phúc thẩm tuyên: “*Hủy bỏ Quyết định áp dụng biện pháp KCTT số 04/2018/QĐ-BPBD ngày 17/4/2018 của TAND thị xã Đ. Giải tỏa đối với tài khoản bị phong tỏa: 0251002695943; Tên tài khoản: Công ty TNHH H Việt Nam; Số tiền phong tỏa: 50.000.000 đồng theo xác nhận phong tỏa tài khoản tại Ngân hàng TMCP N Việt Nam - Chi nhánh Bình Phước ngày 19/4/2018*”.

Tác giả cho rằng, trong trường hợp này, quyết định của Tòa án cấp sơ thẩm là chưa đúng pháp luật. Bởi lẽ, theo quy định của khoản 1 Điều 139 Bộ luật TTDS năm 2015, quyết định áp dụng, thay đổi, hủy bỏ biện pháp KCTT có hiệu lực thi hành ngay. Tuy nhiên, đương sự vẫn có quyền kháng cáo, VKDND có quyền kháng nghị đối với quyết định của Tòa án cấp sơ thẩm. Do đó, thời điểm “*hết hiệu lực khi bản án này có hiệu lực pháp luật*” và “*có hiệu lực thi hành ngay*” là hai thời điểm hoàn toàn khác nhau nên việc tuyên hủy bỏ quyết định áp dụng biện pháp KCTT của cấp phúc thẩm nêu trên là phù hợp.

Theo hướng dẫn của Nghị quyết số 02, Tòa án áp dụng, thay đổi, hủy bỏ biện pháp KCTT trước khi mở phiên tòa hoặc tại phiên tòa bằng một quyết định riêng và phải ghi rõ trong bản án. Việc Tòa án cấp phúc thẩm

không ban hành quyết định riêng là không đúng quy định⁶.

Ba là, giữa các cấp tòa và VKSND không thống nhất cách hiểu về bản chất vụ việc nên dẫn đến đường lối giải quyết khác nhau. Cụ thể, đối với vụ việc thứ hai, Tòa án cấp sơ thẩm xác định giữa các bên có sự tranh chấp nên áp dụng trình tự, thủ tục giải quyết vụ án, nên trường hợp này Tòa án cấp sơ thẩm được áp dụng biện pháp KCTT. Tuy nhiên, quan điểm của VKSND lại cho rằng, yêu cầu tuyên bố văn bản công chứng vô hiệu là việc dân sự nên không được áp dụng biện pháp KCTT đề nghị hủy bản án sơ thẩm và đình chỉ giải quyết vụ án; Tòa án cấp phúc thẩm lại nhận định rằng, có tranh chấp nên không phải là việc dân sự, từ đó không chấp nhận đề nghị của VKSND.

Tác giả cho rằng, nhận định của Tòa án cấp phúc thẩm là phù hợp với bản chất của vụ việc. Bởi lẽ, giữa các bên, ngoài tranh chấp liên quan đến văn bản công chứng, còn có tranh chấp liên quan đến giấy chứng nhận quyền sử dụng đất. Do đó, theo quy định của Điều 26 Bộ luật TTDS năm 2015, đây thuộc trường hợp những tranh chấp về dân sự thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án. Vì vậy, Tòa án cấp sơ thẩm và Tòa án cấp phúc thẩm xem xét áp dụng biện pháp KCTT là có căn cứ.

Tuy nhiên, Bộ luật TTDS năm 2015 cũng như Nghị quyết số 02 không quy định thời điểm chấm dứt hiệu lực của quyết định áp dụng, thay đổi, hủy bỏ biện pháp KCTT. Điều này dẫn đến nhiều cách hiểu và xử lý khác nhau như những trường hợp đã phân tích nêu trên. Tác giả cho rằng, xét về mặt thực tế nếu như sau khi ra quyết định áp dụng biện pháp KCTT mà quyết định của

Thẩm phán là có sai lầm hoặc không đúng pháp luật mà không cần thiết phải thay thế bằng một biện pháp KCTT khác thì để đảm bảo quyền lợi chính đáng của người bị áp dụng biện pháp KCTT, Tòa án phải thay đổi, hủy bỏ quyết định đã áp dụng⁷. Xét về hiệu lực quyết định áp dụng, thay đổi, hủy bỏ biện pháp KCTT là loại quyết định đặc thù trong TTDS, có hiệu lực thi hành ngay và không thể bị kháng cáo, kháng nghị. Tuy vậy, đương sự vẫn có quyền khiếu nại đối với quyết định này nếu không đồng ý với quyết định để được xem xét lại việc ra quyết định⁸. Tuy nhiên, việc không quy định thời điểm chấm dứt hiệu lực của quyết định là còn thiếu sót, dẫn đến nhiều cách hiểu và áp dụng trên thực tiễn khác nhau.

3. Kiến nghị

Để bảo đảm áp dụng thống nhất pháp luật về áp dụng biện pháp KCTT phong tỏa TKNH trên thực tiễn, tác giả kiến nghị TANDTC cần tiếp tục hướng dẫn về thời điểm chấm dứt hiệu lực của quyết định áp dụng, thay đổi, hủy bỏ biện pháp KCTT; theo đó, hiệu lực của quyết định sẽ đương nhiên chấm dứt trong các trường hợp sau đây:

Thứ nhất, trường hợp bản án đã quyết định không chấp nhận yêu cầu khởi kiện hoặc yêu cầu phản tố, yêu cầu độc lập mà người khởi kiện, người phản tố hoặc người có yêu cầu độc lập chính là người đã yêu cầu áp dụng biện pháp KCTT phong tỏa TKNH.

Thứ hai, trường hợp bản án đã quyết định chấp nhận yêu cầu khởi kiện hoặc yêu cầu phản tố hoặc yêu cầu độc lập thì tính đến thời điểm có quyết định thi hành án của cơ quan thi hành án ■

⁶ Khoản 1 Điều 19 Nghị quyết số 02/2020/NQ-HĐTP.

⁷ Trần Anh Tuấn, *Chế định BPKCTT trong BLTTDS Việt Nam*, Trường Đại học Kiểm sát, <https://tks.edu.vn/thong-tin-khoa-hoc/chi-tiet/81/401>, truy cập ngày 07/3/2021.

⁸ Đoàn Tấn Minh, Nguyễn Ngọc Điệp (2016), *Bình luận khoa học Bộ luật TTDS năm 2015*, Nxb. Lao động, tr.132.

PHÁP LUẬT VỀ TÌNH TRẠNG KHẨN CẤP CỦA LIÊN BANG NGA VÀ NHỮNG GỢI MỞ CHO VIỆT NAM

Cao Vũ Minh*

* TS. Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Tình trạng khẩn cấp, pháp luật về tình trạng khẩn cấp, Liên bang Nga.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 17/3/2021

Biên tập : 16/4/2021

Duyệt bài : 18/4/2021

Article Infomation:

Keywords: State of emergency; legal regulations on state of emergency; the Russian Federation.

Article History:

Received : 17 Mar. 2021

Edited : 16 Apr. 2021

Approved : 18 Apr. 2021

1. Pháp luật về tình trạng khẩn cấp của Liên bang Nga

1.1. Cơ sở pháp lý ban hành tình trạng khẩn cấp

“Tình trạng khẩn cấp” (*state of emergency*) là trạng thái xã hội, do nhiều nguyên nhân tác động, lâm vào khủng hoảng nghiêm trọng đe dọa sự sống còn của quốc gia. Do đó, nhằm bảo vệ đất nước; bảo đảm lợi ích công cộng; bảo vệ tính mạng, tài sản của cá nhân, tổ chức, các cơ quan có thẩm quyền thiết lập những biện pháp, quy tắc đặc biệt không được áp dụng trong điều

Tóm tắt:

Tình trạng khẩn cấp là trạng thái xã hội đang lâm vào khủng hoảng nghiêm trọng do nhiều nguyên nhân tác động, đe dọa sự sống còn của quốc gia. Việc tuyên bố tình trạng khẩn cấp có khả năng làm gia tăng quyền lực cho các cơ quan nhà nước. Tương ứng với sự gia tăng quyền lực nhà nước là sự hạn chế quyền và lợi ích của con người, của công dân. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích pháp luật về tình trạng khẩn cấp của Liên bang Nga và đưa ra các gợi mở cho Việt Nam trong việc hoàn thiện pháp luật về tình trạng khẩn cấp ở Việt Nam.

Abstract:

A state of emergency is a state in which the state is in serious crisis due to different causes that provide affects threats to the national survival. The declaration of a state of emergency is likely to increase the power of state agencies. Corresponding to the increase of state power is the restriction of rights and interests of inhabitants. This article provides an analysis of the state of emergency law of the Russian Federation, and suggests experiences of Vietnam.

kiện bình thường¹. Nói cách khác, *tình trạng khẩn cấp* là tình huống mà chính quyền, vì lợi ích chung, có thể ban hành những chính sách hoặc thực hiện những hành động mà thông thường không được áp dụng.

Tại Liên bang Nga, tình trạng khẩn cấp chỉ được áp dụng theo những quy định được ghi nhận trong Hiến pháp Liên bang Nga năm 1993 và Luật Tình trạng khẩn cấp Liên bang Nga năm 2001 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2005 (Luật Tình trạng khẩn cấp năm 2001). Điều 1 Luật Tình trạng khẩn cấp năm 2001 quy định: “Tình trạng khẩn

¹ Oren Gross - Fionnuala Ní Aoláin, *Law in Times of Crisis: Emergency powers in theory and practice*, Cambridge University Press, 2006, p. 249.

cấp là một chế độ pháp lý đặc biệt ..., được áp dụng trên toàn lãnh thổ Liên bang Nga hoặc ở địa phương, cho phép hạn chế đối với các quyền, tự do của công dân Liên bang Nga, người nước ngoài, người không có quốc tịch, quyền của các tổ chức xã hội, hiệp hội, hoặc đặt ra những nghĩa vụ bổ sung cho các chủ thể này”. Như vậy, cơ sở pháp lý của việc ban hành tình trạng khẩn cấp ở Liên bang Nga là Hiến pháp và Luật Tình trạng khẩn cấp.

1.2. Phân định tình trạng khẩn cấp

Theo quy định của Điều 3 Luật Tình trạng khẩn cấp năm 2001, tình trạng khẩn cấp chỉ được ban hành trong trường hợp đe dọa trực tiếp đến tính mạng và an ninh của công dân, của con người hoặc nền tảng của chế độ hiến định Liên bang Nga. Pháp luật Liên bang Nga quy định hai trường hợp dẫn đến tình trạng khẩn cấp là: (i) Cường ép bằng vũ trang, khủng bố, bạo loạn để thay đổi chế độ hiến định Liên bang Nga hoặc các hành vi bạo lực đe dọa trực tiếp đến tính mạng và an ninh của công dân, hoạt động bình thường của các cơ quan nhà nước; (ii) Tình trạng khẩn cấp do hiện tượng thiên nhiên nguy hiểm, thiên tai, dịch bệnh hoặc các thảm họa khác kéo theo gây thiệt hại đối với con người².

Nếu căn cứ vào nội dung và nguyên nhân phát sinh thì trường hợp (i) được xem là tình trạng khẩn cấp về an ninh, quốc phòng. Đây là tình trạng khẩn cấp có nguyên nhân từ ý chí, hành vi của con người. Trong khi đó, trường hợp (ii) được xem là tình trạng khẩn cấp về thiên tai, dịch bệnh, rủi ro công nghệ... Đây là tình trạng khẩn cấp có

nguyên nhân từ sự biến - tức là những hiện tượng của đời sống khách quan xảy ra mà không phụ thuộc vào ý chí của con người như thiên tai, dịch bệnh...³.

1.3. Thủ tục ban hành tình trạng khẩn cấp

Theo quy định của Luật Tình trạng khẩn cấp năm 2001, khi có những tình huống đã được dự liệu phát sinh trên thực tế, Tổng thống Liên bang Nga sẽ ban hành sắc lệnh về tình trạng khẩn cấp (Điều 5). Sắc lệnh của Tổng thống Liên bang Nga về việc ban hành tình trạng khẩn cấp sẽ được báo cáo cho Hội đồng Liên bang (Thượng viện) và Duma Quốc gia (Hạ viện), và công bố ngay lập tức qua các kênh phát thanh, truyền hình, báo chí (Điều 6). Khi nhận được báo cáo của Tổng thống về việc ban bố tình trạng khẩn cấp, hai viện của Quốc hội liên bang sẽ cho ý kiến, nhưng quyết định cuối cùng về việc phê chuẩn sắc lệnh này thuộc về Hội đồng Liên bang⁴.

Trong thời hạn không quá 72 giờ kể từ khi công bố sắc lệnh của Tổng thống Liên bang Nga về việc ban hành tình trạng khẩn cấp, Hội đồng Liên bang sẽ xem xét vấn đề phê chuẩn sắc lệnh. Trong trường hợp sắc lệnh của Tổng thống Liên bang Nga không được Hội đồng Liên bang thông qua, sắc lệnh sẽ hết hiệu lực sau 72 giờ kể từ thời điểm ban hành (Điều 7). Như vậy, quy định về thẩm quyền của Tổng thống Liên bang Nga ban hành tình trạng khẩn cấp là nhằm bảo đảm tính nhanh chóng, kịp thời ứng phó với tình trạng khẩn cấp; trong khi đó, sự phê chuẩn của Hội đồng Liên bang là nhằm bảo đảm cho tính cẩn trọng khi ban hành và áp dụng tình trạng khẩn cấp.

² Article 3 Federal Constitutional Law on State of Emergency (2001 as amended 2005).

³ Nguyễn Cửu Việt (chủ biên), *Giáo trình Lý luận chung về nhà nước và pháp luật*, Nxb. Đại học quốc gia Hà Nội, 2003, tr. 385.

⁴ Mai Văn Thắng, “Mô hình phân quyền ở Liên bang Nga (Kỳ I)”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 13, năm 2012.

1.4. Phạm vi, nội dung và thời hạn áp dụng tình trạng khẩn cấp

Theo Luật Tình trạng khẩn cấp năm 2001, tình trạng khẩn cấp có thể được áp dụng trên phạm vi toàn lãnh thổ Liên bang Nga hoặc trong từng địa phương cụ thể. Sắc lệnh của Tổng thống Liên bang Nga về việc ban hành tình trạng khẩn cấp gồm những nội dung sau: a) Các tình huống làm cơ sở cho việc ban hành tình trạng khẩn cấp; b) Các lập luận để biện minh cho việc đưa ra tình trạng khẩn cấp; c) Phạm vi biên giới lãnh thổ áp dụng tình trạng khẩn cấp; d) Lực lượng và phương tiện bảo đảm chế độ trong tình trạng khẩn cấp; e) Danh mục các biện pháp được áp dụng trong tình trạng khẩn cấp; f) Các cơ quan nhà nước chịu trách nhiệm thi hành; g) Thời gian có hiệu lực của tình trạng khẩn cấp.

Thời hạn áp dụng tình trạng khẩn cấp trên toàn lãnh thổ Liên bang Nga không được vượt quá 30 ngày; thời hạn áp dụng tình trạng khẩn cấp trong từng địa phương là không vượt quá 60 ngày. Nếu các nguyên nhân gây ra tình trạng khẩn cấp được loại bỏ trước ngày kết thúc thời hạn có hiệu lực, Tổng thống Liên bang Nga sẽ hủy bỏ tình trạng khẩn cấp toàn bộ hoặc một phần. Khi hết thời hạn nêu trên, tình trạng khẩn cấp được coi như chấm dứt. Trong trường hợp nguyên nhân gây ra tình trạng khẩn cấp chưa được loại trừ, Tổng thống Liên bang Nga có thể ban hành sắc lệnh gia hạn thời gian áp dụng tình trạng khẩn cấp.

1.5. Các biện pháp đặc biệt áp dụng trong tình trạng khẩn cấp

Luật Tình trạng khẩn cấp Liên bang Nga quy định các biện pháp chung được áp dụng trong tình trạng khẩn cấp bao gồm: a) Hạn chế quyền tự do đi lại, tự do cư trú trên toàn

lãnh thổ; b) Tăng cường trật tự, an ninh; c) Hạn chế đối với các loại hoạt động kinh tế và tài chính riêng lẻ; d) Thiết lập một quy trình đặc biệt để mua bán, phân phối các sản phẩm thực phẩm và các vật dụng cần thiết hàng ngày; e) Cấm hoặc hạn chế các cuộc mít tinh, biểu tình, tuần hành, dã ngoại...; f) Cấm đình công; g) Hạn chế giao thông và việc kiểm tra các phương tiện giao thông; h) Đình chỉ hoạt động của các cơ sở sản xuất nguy hiểm và hoạt động của các tổ chức sử dụng chất nổ, chất phóng xạ, hóa học và sinh học nguy hiểm; j) Di dời các giá trị vật chất và văn hóa đến các khu vực an toàn hơn.

Ngoài các biện pháp chung nêu trên, pháp luật Liên bang Nga còn quy định các biện pháp đặc thù áp dụng trong tình trạng khẩn cấp về an ninh, quốc phòng hoặc tình trạng khẩn cấp về thiên tai, dịch bệnh, rủi ro công nghệ. Nói cách khác, có những biện pháp chỉ áp dụng đặc thù trong tình trạng khẩn cấp về an ninh, quốc phòng mà không thể áp dụng cho tình trạng khẩn cấp về thiên tai, dịch bệnh, rủi ro công nghệ. Ngược lại, có những biện pháp chỉ áp dụng riêng khi xảy ra tình trạng khẩn cấp về thiên tai, dịch bệnh, rủi ro công nghệ mà không đồng thời áp dụng cho tình trạng khẩn cấp về an ninh, quốc phòng. Đơn cử, có những biện pháp được áp dụng đặc thù trong tình trạng khẩn cấp về an ninh, quốc phòng như: a) Ra lệnh giới nghiêm; b) Đình chỉ hoạt động của các đảng phái chính trị và các hiệp hội xã hội khác; c) Hạn chế hoặc cấm buôn bán vũ khí, đạn dược, chất nổ, chất độc; d) Trục xuất đối với những người vi phạm chế độ tình trạng khẩn cấp mà không phải là công dân Liên bang Nga... Ngược lại, có những biện pháp được áp dụng đặc thù trong tình trạng khẩn cấp về thiên tai, dịch bệnh,

rủi ro công nghệ như: a) Bắt buộc cư dân định cư tạm thời tại những khu vực an toàn hơn; b) Thực hiện kiểm dịch, thực hiện các hoạt động vệ sinh, chống dịch bệnh; c) Sử dụng dự trữ vật chất của chính phủ; d) Huy động các nguồn lực của các tổ chức...

2. Các gợi mở cho Việt Nam trong việc hoàn thiện pháp luật về tình trạng khẩn cấp

2.1. Gợi mở về cơ sở pháp lý điều chỉnh vấn đề tình trạng khẩn cấp

Hiện nay, ở Việt Nam, tình trạng khẩn cấp được điều chỉnh trong rất nhiều văn bản khác nhau như: Pháp lệnh Tình trạng khẩn cấp năm 2000, Luật An ninh quốc gia năm 2004, Luật Phòng, chống thiên tai năm 2013, Luật Quốc phòng năm 2018. Trong đó, Pháp lệnh Tình trạng khẩn cấp năm 2000 là văn bản cụ thể nhất quy định về tình trạng khẩn cấp.

Theo khoản 13 Điều 70 Hiến pháp năm 2013, Quốc hội quy định về tình trạng khẩn cấp. Khi tình trạng khẩn cấp được công bố, các cơ quan nhà nước có thể hạn chế một số quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức. Khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013 quy định: “quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng”. Quy định trên cho thấy hình thức pháp lý của việc hạn chế quyền con người, quyền công dân là văn bản luật do Quốc hội ban hành. Theo tác giả, điều đó có nghĩa việc hạn chế quyền con người, quyền công dân không thể được

quy định trong các văn bản khác ngoài luật như pháp lệnh, nghị quyết, nghị định... Do đó, việc duy trì Pháp lệnh Tình trạng khẩn cấp năm 2000 với nhiều quy định hạn chế quyền con người, quyền công dân là không phù hợp với nguyên tắc pháp quyền⁵. Trên cơ sở kinh nghiệm lập pháp của Liên bang Nga, tác giả cho rằng, cần nghiên cứu và sớm ban hành *Luật Tình trạng khẩn cấp* để thay thế cho Pháp lệnh Tình trạng khẩn cấp năm 2000.

2.2. Gợi mở về phân định tình trạng khẩn cấp

Hiện nay, pháp luật Việt Nam chia tình trạng khẩn cấp thành 05 dạng: *i)* tình trạng khẩn cấp về quốc phòng; *ii)* tình trạng khẩn cấp về an ninh quốc gia; *iii)* tình trạng khẩn cấp về thiên tai; *iv)* tình trạng khẩn cấp về thảm họa; *v)* tình trạng khẩn cấp về dịch bệnh⁶. So với pháp luật về tình trạng khẩn cấp của Liên bang Nga thì phân định tình trạng khẩn cấp của Việt Nam đa dạng hơn. Tuy nhiên, sự đa dạng này vẫn chưa khoa học vì còn tồn tại nhiều mâu thuẫn, chồng lấp. Ví dụ, Luật Quốc phòng năm 2018 không chỉ quy định tình trạng khẩn cấp về quốc phòng mà còn điều chỉnh cả tình trạng khẩn cấp về thảm họa với tính chất là hệ quả của tình trạng khẩn cấp về quốc phòng. Điều này đã tạo ra sự chòng chẹo xoay quanh việc áp dụng các biện pháp ứng phó được quy định trong Pháp lệnh Tình trạng khẩn cấp năm 2000 với Luật Quốc phòng năm 2018.

Mỗi loại tình trạng khẩn cấp khác nhau sẽ có nguyên nhân làm phát sinh khác nhau. Pháp luật Liên bang Nga cũng thừa

⁵ Đỗ Đức Minh, “*Khái niệm, nội dung của nguyên tắc pháp quyền*”, Tạp chí Nhà nước và pháp luật, số 6, năm 2018.

⁶ Cao Vũ Minh, “*Thảm quyền của các cơ quan nhà nước trong tình trạng khẩn cấp và những vấn đề cần hoàn thiện*”, Tạp chí Nhà nước và pháp luật, số 02, năm 2021.

nhận điều này và quy định hai trường hợp làm phát sinh tình trạng khẩn cấp. Theo tác giả, việc xác định nguyên nhân làm phát sinh tình trạng khẩn cấp để phân chia trường hợp và áp dụng các biện pháp đặc thù ứng phó là điều cần thiết. Do đó, *Luật Tình trạng khẩn cấp* cần phân định tình trạng khẩn cấp thành các loại sau: *i) tình trạng khẩn cấp về an ninh, quốc phòng, ii) tình trạng khẩn cấp về thiên tai, dịch bệnh, rủi ro công nghệ.* Bên cạnh đó, Hiến pháp năm 2013 chỉ quy định 06 trường hợp có thể hạn chế quyền con người, quyền công dân là: *i) quốc phòng; ii) an ninh quốc gia; iii) trật tự; iv) an toàn xã hội; v) đạo đức xã hội; vi) sức khỏe của cộng đồng*⁷. Việc Hiến pháp ghi nhận các trường hợp hạn chế quyền con người, quyền công dân không phải là tạo điều kiện cho các cơ quan nhà nước hạn chế quyền con người mà để nhằm kiểm soát hành vi lạm quyền của cơ quan nhà nước trong hạn chế quyền con người, quyền công dân⁸. Do đó, việc phân định thành hai trường hợp tình trạng khẩn cấp như đề xuất ở trên sẽ tạo điều kiện thuận lợi cho việc tìm kiếm nguyên nhân trả lời cho câu hỏi hạn chế quyền con người, quyền công dân. Cụ thể, tình trạng khẩn cấp về an ninh, quốc phòng có thể là nguyên nhân hạn chế quyền con người, quyền công dân vì liên quan đến quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội; tình trạng khẩn cấp về thiên tai, dịch bệnh, rủi ro công nghệ có thể là nguyên nhân hạn chế quyền con người, quyền công dân vì liên quan đến sức khỏe của cộng đồng.

⁷ Bùi Tiến Đạt, “*Hiến pháp hóa nguyên tắc giới hạn quyền con người: Cần nhưng chưa đủ*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 6, năm 2015.

⁸ Nguyễn Văn Quân, “*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, năm 2019.

⁹ Khoản 1 Điều 44 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014.

2.3. *Gợi mở về thủ tục ban hành tình trạng khẩn cấp*

Theo quy định của khoản 10 Điều 74 Hiến pháp năm 2013, Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH) có thẩm quyền ban bố, bãi bỏ tình trạng khẩn cấp. Trên cơ sở nghị quyết của UBTVQH Quốc hội, Chủ tịch nước sẽ ban hành văn bản quy phạm pháp luật để công bố, bãi bỏ tình trạng khẩn cấp. Tuy nhiên, do nhiều nguyên nhân khác nhau, UBTVQH có thể không kịp thời ban bố tình trạng khẩn cấp. Điều này làm cho khả năng ứng phó của đất nước trở nên chậm chạp. Dự liệu được khả năng trên, Hiến pháp năm 2013 quy định, Chủ tịch nước có quyền “*công bố, bãi bỏ tình trạng khẩn cấp trong cả nước hoặc ở từng địa phương trong trường hợp UBTVQH không thể họp được*”.

Khi UBTVQH ban bố hoặc Chủ tịch nước công bố tình trạng khẩn cấp (trong trường hợp UBTVQH không thể họp được) thì không cần báo cáo hay trình bất kỳ một chủ thể nào khác phê chuẩn. Điều này có phần khác biệt so với quy định về thẩm quyền ban hành tình trạng khẩn cấp của Tổng thống Liên bang Nga vì sắc lệnh của Tổng thống Liên bang Nga phải được trình lên Hội đồng Liên bang để phê duyệt.

Trong trường hợp UBTVQH ban bố tình trạng khẩn cấp: Do UBTVQH là cơ quan thường trực của Quốc hội nên khi ban bố tình trạng khẩn cấp sẽ bảo đảm tính nhanh chóng, kịp thời⁹. UBTVQH lại hoạt

động theo nguyên tắc tập thể nên sẽ huy động được trí tuệ tập thể, từ đó bảo đảm sự cần trọng, toàn diện khi ban bố tình trạng khẩn cấp¹⁰.

Trong trường hợp UBTVQH không thể họp được mà Chủ tịch nước công bố tình trạng khẩn cấp, tác giả cho rằng, cần có cơ chế kiểm soát. Từ kinh nghiệm của Liên bang Nga, tác giả cho rằng, cần bổ sung thủ tục, sau khi công bố tình trạng khẩn cấp, Chủ tịch nước phải báo với Ủy ban thường vụ Quốc hội. Thủ tục này không những không vô hiệu hóa thẩm quyền của Chủ tịch nước mà còn góp phần tăng cường trách nhiệm của UBTVQH với tư cách là cơ quan thường trực của Quốc hội trong quyết định những vấn đề hệ trọng quốc gia.

2.4. Gợi mở về phạm vi, nội dung và thời hạn áp dụng tình trạng khẩn cấp

Theo quy định của Hiến pháp năm 2013, tình trạng khẩn cấp ở Việt Nam có thể được áp dụng trong phạm vi cả nước hoặc ở từng địa phương cụ thể. Nội dung này có sự tương đồng với các quy định về tình trạng khẩn cấp trong pháp luật Liên bang Nga. Tuy nhiên, các quy định hiện hành của Việt Nam không xác định cụ thể những nội dung cần phải làm rõ khi ban hành tình trạng khẩn cấp như: cơ sở cho việc ban hành tình trạng khẩn cấp, các lập luận để biện minh cho việc đưa ra tình trạng khẩn cấp, thời gian có hiệu lực của tình trạng khẩn cấp. Việc tuyên bố tình trạng khẩn cấp làm gia tăng

quyền lực cho các cơ quan nhà nước, hạn chế quyền và lợi ích của con người, của công dân¹¹. Do đó, theo kinh nghiệm của Liên bang Nga, cần minh định những nội dung làm cơ sở cho việc ban hành tình trạng khẩn cấp.

2.5. Gợi mở về các biện pháp đặc biệt áp dụng trong tình trạng khẩn cấp

Như đã đề cập ở trên, ở nước ta hiện nay tồn tại của nhiều văn bản khác nhau quy định về tình trạng khẩn cấp, mỗi văn bản lại điều chỉnh một lĩnh vực tình trạng khẩn cấp khác nhau nên các biện pháp đặc biệt áp dụng trong tình trạng khẩn cấp khá tản mạn. Trên cơ sở kinh nghiệm lập pháp của Liên bang Nga, tác giả cho rằng, cần minh định giữa biện pháp đặc biệt áp dụng trong tình trạng khẩn cấp với các biện pháp áp dụng trong điều kiện bình thường; xác định những biện pháp đặc thù áp dụng phù hợp với từng loại tình trạng khẩn cấp. Ví dụ, tổng động viên, động viên cục bộ, thiết quân luật chỉ nên được quy định là các biện pháp đặc biệt áp dụng trong tình trạng khẩn cấp về an ninh, quốc phòng chứ không thể được áp dụng trong tình trạng khẩn cấp về thiên tai, dịch bệnh, rủi ro công nghệ. Việc thiết kế những biện pháp đặc thù áp dụng phù hợp với phân loại từng tình trạng khẩn cấp vừa tạo điều kiện cho các cơ quan nhà nước dễ dàng nhận thức, kịp thời ứng phó với tình hình thực tế, vừa hạn chế tình trạng lạm quyền, tùy tiện, vi phạm quyền con người, quyền công dân ■

¹⁰ Khoản 2 Điều 44 và khoản 1 Điều 45 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014 quy định: “Ủy ban thường vụ Quốc hội gồm Chủ tịch Quốc hội, các Phó Chủ tịch Quốc hội và các Ủy viên Ủy ban thường vụ Quốc hội do Chủ tịch Quốc hội làm Chủ tịch và các Phó Chủ tịch Quốc hội làm Phó Chủ tịch. Các thành viên Ủy ban thường vụ Quốc hội chịu trách nhiệm tập thể về việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của Ủy ban thường vụ Quốc hội”.

¹¹ Oren Gross - Fionnuala Ní Aoláin, *Law in Times of Crisis: Emergency powers in theory and practice*, Cambridge University Press, 2006, p. 267.

QUYỀN SUNG CÔNG VÌ LỢI ÍCH CÔNG CỘNG THEO PHÁP LUẬT CỘNG HÒA PHÁP

Nguyễn Dương Anh Thắng*

*ThS. Khoa Khoa học cơ bản, Trường Cao đẳng Kinh tế - Kỹ thuật Cần Thơ

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Lợi ích công cộng, quyền sung công tài sản, quyền sung công tài sản vì lợi ích công cộng tại Cộng hòa Pháp.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 09/11/2020

Biên tập : 03/3/2021

Duyệt bài : 05/3/2021

Tóm tắt:

Việc xây dựng các công trình công cộng để phục vụ cho nhu cầu dân sinh, hạ tầng giao thông hay các không gian và dịch vụ công cộng luôn là trọng tâm trong các chính sách phát triển kinh tế, xã hội của các quốc gia. Nếu như tại Việt Nam, với vai trò là đại diện chủ sở hữu về đất đai, Nhà nước có thể tiến hành thu hồi đất theo quy hoạch để thực hiện các dự án vì mục đích quốc phòng, an ninh, phát triển kinh tế - xã hội thì đối với Cộng hòa Pháp, nơi mà quyền sở hữu tài sản nói chung và bất động sản nói riêng là bất khả xâm phạm và thiêng liêng, Nhà nước sẽ có các biện pháp khác trong trường hợp cần sử dụng đất cho các mục đích công cộng mà một trong số đó là quyền sung công vì lợi ích công cộng (l'expropriation pour cause d'utilité publique). Trong phạm vi bài viết này, tác giả tập trung giới thiệu cơ sở pháp lý và phạm vi áp dụng của quyền sung công tài sản vì lợi ích công cộng tại Pháp, và có một số liên hệ với các quy định của pháp luật Việt Nam về thu hồi đất để phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng.

Article Infomation:

Keywords: Public utilities, right to expropriate property, right to expropriate property for public utilities in the Republic of France.

Article History:

Received : 09 Nov. 2020

Edited : 03 Mar. 2021

Approved : 05 Mar. 2021

Abstract:

The construction of public facilities for the needs of people's livelihood, transport infrastructure or public spaces and services has always been the focus of economic and social development policies of the countries. In case of Vietnam, as the representative of the land owner, the State has its right to conduct land acquisition according to the planning to implement projects for the purposes of national defense, security and economic developments for society, while Republic of France, where property ownership in general and real estate in particular is inviolable and sacred, the State shall take other measures in case it is necessary to use land for public purposes, one of which is the right to expropriation for the public utilities (l'expropriation pour cause d'utilité publique). Within the scope of this article, the author focuses on introducing the legal ground and scope of application of the right to expropriate property for the public interest in France, and has some connection with the provisions of Vietnamese law on land recovery for socio-economic development for national benefits and the public utilities.

1. “Lợi ích công cộng”, điều kiện tiên quyết để áp dụng quyền sung công

Tại Cộng hòa Pháp, quyền tài sản là một quyền tự nhiên được quy định bởi Bộ luật Dân sự và được Hiến pháp bảo đảm. Nó được nêu rõ trong bản Tuyên ngôn Nhân quyền và Dân quyền năm 1789 với tư cách là một trong bốn quyền tự nhiên và không thể tước đoạt của con người. Chính vì vậy, để thực hiện việc sung công tài sản thì “lợi ích công cộng” luôn được xem là yếu tố quan trọng hàng đầu.

Cần phải khẳng định rằng, lợi ích công cộng, hay còn có thể gọi là lợi ích chung luôn là một trong các yếu tố cơ bản của ngành luật hành chính và đóng vai trò định hướng trong các hoạt động quản lý của một quốc gia, nhằm duy trì và bảo vệ hệ thống pháp luật, phát triển kinh tế, xã hội, bảo vệ môi trường, v.v.. Tại Cộng hòa Pháp, các chủ thể có thẩm quyền thực hiện quyền sung công tài sản trên nhiều lĩnh vực khác nhau như quy hoạch đô thị, bảo vệ di sản và môi trường. Tuy nhiên, dù là trong trường hợp

nào, thì lợi ích công cộng luôn là điều kiện đầu tiên cần xét đến. Vấn đề này đã được quy định cụ thể tại Điều L. 1 Luật Sung công vì lợi ích công cộng¹. Theo đó, việc sung công toàn bộ hay một phần bất động sản hoặc các quyền (đối với) bất động sản (Droits réels immobiliers) chỉ có thể được thực hiện nếu như trước đó, qua các cuộc điều tra khảo sát chính thức, đã được chứng minh là phù hợp với lợi ích công cộng và rằng, các chủ sở hữu đối với bất động sản, các quyền bất động sản, các chủ thể khác có liên quan cũng như phần diện tích bị sung công đều đã được xác định. Bên cạnh đó, người có tài sản bị sung công phải được nhận trước một khoản bồi thường tương xứng. Đây là một sự bổ sung quan trọng không chỉ để phù hợp với quy định tại Điều 17 Tuyên ngôn Nhân quyền và Dân quyền năm 1789² mà còn nhằm bảo vệ quyền lợi cho các chủ sở hữu đối với bất động sản bị sung công vì lợi ích công cộng.

Nhằm đảm bảo tính dân chủ, công khai, minh bạch và công bằng, khi một dự án sung công vì lợi ích công cộng được dự kiến thực hiện, cơ quan hành chính trước tiên, phải tiến hành một cuộc điều tra công khai được thông báo rộng rãi trên các phương tiện thông tin đại chúng cũng như niêm yết tại Tòa Thị chính để lấy ý kiến của người dân đối với dự án. Cùng với đó, các cơ quan có thẩm quyền cũng phải thực hiện các cuộc điều tra, khảo sát về thửa đất nhằm xác định các chủ sở hữu và phần diện tích bất động sản nằm trong phạm vi chịu ảnh hưởng của dự án. Theo

quy định của pháp luật Pháp, khi dự án được thông qua, Tỉnh trưởng, Bộ trưởng hoặc Hội đồng Nhà nước sẽ có thẩm quyền ban hành bản “Tuyên bố về lợi ích công cộng”³ nhằm tạo cơ sở pháp lý để tiến hành việc sung công bất động sản, đồng thời đưa ra quyết định về việc chuyển nhượng các tài sản có liên quan nhằm tạo cơ sở cho việc bồi thường đối với các chủ thể bị ảnh hưởng. Tuy nhiên, với bản chất là các quyết định hành chính, các chủ sở hữu bất động sản chịu thiệt hại vẫn có quyền khởi kiện tại Tòa Hành chính nhằm bảo vệ quyền lợi cho mình. Điều này cũng dẫn đến một câu hỏi được đặt ra là khi xảy ra tranh chấp, các Thẩm phán hành chính sẽ căn cứ vào các tiêu chí nào để xác định một dự án sung công đảm bảo yếu tố “vì lợi ích công cộng”?

2. Việc xác minh yếu tố “lợi ích công cộng” theo pháp luật Cộng hòa Pháp

Trong hệ thống pháp luật của Pháp, các bản án đã tuyên hay còn gọi là án lệ đóng vai trò rất quan trọng trong việc giải thích và bổ sung các khiếm khuyết của các văn bản quy phạm pháp luật, đặc biệt trong vấn đề xác minh yếu tố “lợi ích công cộng” nhằm tạo cơ sở pháp lý cho việc sung công tài sản. Trên thực tế, nguyên tắc xác minh yếu tố “lợi ích công cộng” lần đầu tiên được đề cập trong một bản án nổi tiếng được tuyên vào ngày 28/5/1971, liên quan đến dự án có tên là: “Thành phố mới phía Đông” (Ville nouvelle Est). Theo đó, Chính phủ Pháp tiến hành sung công nhiều bất động sản để tạo ra một không gian mới

¹ Luật này là sự pháp điển hóa các quy định của Sắc lệnh số 2014-1345 ngày 6/11/2014 và Quyết định số 2014-1635 ngày 26/12/2014.

² Theo quy định tại Điều 17 Tuyên ngôn Nhân quyền và Dân quyền năm 1789, tài sản là một quyền thiêng liêng và bất khả xâm phạm. Không ai có thể bị tước đoạt tài sản, trừ khi điều đó là thực sự cần thiết vì lợi ích công cộng và phù hợp với quy định của pháp luật. Người có tài sản bị tước đoạt phải được nhận trước một khoản bồi thường tương xứng.

³ Điều R. 121-1, R. 121-2 Luật Sung công vì lợi ích công cộng.

trong thành phố Lille nhằm phục vụ cho các mục đích văn hóa, xã hội⁴. Trong vụ việc này, Hội đồng Nhà nước⁵ đã ra phán quyết rằng “yếu tố lợi ích công cộng trong các dự án sung công bất động sản chỉ được xem là hợp pháp nếu những thiệt hại đối với tài sản tư nhân, chi phí tài chính và có thể là những bất lợi xã hội mà nó gây ra là thấp hơn so với những lợi ích mà nó mang lại”⁶.

Dựa trên cơ sở Bản án đã tuyên vào năm 1971, Hội đồng Nhà nước một lần nữa khẳng định lại và quy định rõ 03 điều kiện để xác minh yếu tố “lợi ích công cộng” đối với một dự án sung công tài sản theo một phán quyết được tuyên vào ngày 19/10/2012⁷. Bao gồm:

Thứ nhất, dự án sung công phải phù hợp với lợi ích chung của quốc gia;

Thứ hai, các chủ thể có thẩm quyền không thể thực hiện dự án trong các điều kiện tương tự mà không tiến hành sung công tài sản;

Thứ ba, thiệt hại đối với tài sản tư nhân, chi phí tài chính và, tùy theo trường hợp, những bất lợi về kinh tế hoặc xã hội mà dự án gây ra là thấp hơn so với những lợi ích mà nó mang lại.

Tuy nhiên, quyền sung công tài sản không chỉ giới hạn trong các dự án hội đủ các điều kiện vừa nêu; trên thực tế, vẫn có một số

trường hợp đặc biệt Nhà nước tiến hành việc sung công tài sản ngay lập tức nhằm đảm bảo điều kiện cư trú của người dân (sung công nhằm mục đích loại bỏ các tòa nhà không đảm bảo an toàn cho sức khỏe của người cư trú⁸; những tòa nhà đã bị các cơ quan có thẩm quyền ra tuyên bố là nguy hiểm cần phải bị phá hủy hoặc cấm cư trú vĩnh viễn⁹ hay việc phục hồi các bất động sản bị từ bỏ¹⁰) và phòng ngừa các rủi ro về thiên tai.

3. Các loại tài sản nào có thể bị sung công vì lợi ích công cộng?

Theo quy định của Điều 544 Bộ luật Dân sự Pháp, tài sản là quyền được hưởng thụ và định đoạt mọi thứ theo cách tuyệt đối nhất, miễn là chúng không được sử dụng theo cách bị cấm theo quy định của pháp luật. Trên thực tế, chủ sở hữu có 03 quyền chính đối với tài sản, bao gồm:

Thứ nhất, quyền sử dụng (l’usus);

Thứ hai, quyền được hưởng hoa lợi, lợi tức (le fructus);

Thứ ba, quyền định đoạt (l’abusus).

Tài sản về cơ bản bao gồm động sản, bất động sản, hữu hình hoặc vô hình. Chiếu theo quy định tại Điều L. 1 Luật Sung công vì lợi ích công cộng và các án lệ có liên quan, đối tượng tiến hành sung công chỉ bao gồm bất động sản và quyền bất động sản¹¹, trừ một

⁴ Án lệ của Hội đồng Nhà nước ngày 28/5/1971, *Ville nouvelle Est*, <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/1971-05-28/78825>, truy cập ngày 01/4/2021.

⁵ Là cơ quan tham vấn cho Chính phủ và cũng là cơ quan đứng đầu hệ thống Tòa án Hành chính nước Cộng hòa Pháp.

⁶ Michel Huyghe và Isidro Perez Mas, *Sách chuyên khảo về sung công tài sản*, (Traité de l’expropriation des biens), Nxb. Le Moniteur, 2014, tr. 25.

⁷ Án lệ của Hội đồng Nhà nước ngày 19/10/2012, đoạn thứ 03, *Commune de Levallois-Perret c/ Boyer, paragraphe 03*, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000026636523/>, truy cập ngày 01/4/2021.

⁸ Khoản 1 Điều L. 511-1 Luật Sung công vì lợi ích công cộng.

⁹ Điều L. 511-2 Bộ luật Xây dựng và Nhà ở Cộng hòa Pháp.

¹⁰ Điều L. 2243-3 và L. 2243-4 của Luật Chính quyền địa phương Cộng hòa Pháp.

¹¹ Xem phần 1.1.

số trường hợp đặc biệt liên quan đến động sản¹². Tuy nhiên, điều quan trọng là cần xác định các loại bất động sản hay quyền bất động sản nào có thể bị sung công vì lợi ích công cộng.

3.1. Liên quan đến bất động sản

Theo quy định của Điều L. 1, quyền sung công có thể tiến hành trên toàn bộ hay một phần bất động sản có liên quan, thậm chí có thể thực hiện đối với riêng phần lòng đất của bất động sản để xây dựng các đường hầm¹³.

Bất động sản có thể thuộc quyền sở hữu của khu vực tư hoặc khu vực công. Nhìn chung, bất động sản thuộc khu vực tư là đối tượng chính để thực hiện quyền sung công vì lợi ích công cộng. Đó có thể là đất xây dựng, đất canh tác hay các tòa nhà, v.v.. Liên quan đến các bất động sản thuộc sở hữu chung như tòa nhà chung cư, các văn bản pháp luật cũng như phán quyết của Tòa án đều khẳng định rằng, các cơ quan có thẩm quyền hoàn toàn có thể quyết định sung công một phần hoặc toàn bộ các khu vực sở hữu riêng (các căn hộ) hay các khu vực thuộc sở hữu chung (ví dụ như một khu vườn hay một khoảng sân sinh hoạt chung) vì lợi ích công cộng. Mặt khác, Nhà nước cũng có quyền sung công các bất động sản đã được cho thuê

trong trường hợp luật pháp không có quy định khác¹⁴.

Trái ngược với khu vực tư, về nguyên tắc, các tài sản thuộc khu vực công “không thể được chuyển nhượng (Inaliénabilité)”¹⁵. Vì lý do này, các bất động sản thuộc khu vực công không phải là đối tượng bị sung công vì lợi ích công cộng mà chỉ có thể thay đổi mục đích sử dụng¹⁶. Trên thực tế, quyền sung công vì mục đích công cộng bắt buộc chủ sở hữu đối với bất động sản phải nhượng lại phần tài sản của mình để phục vụ cho lợi ích chung và nhận lại một khoản bồi thường tương xứng. Nói cách khác, điều này dẫn đến hệ quả pháp lý là sự chuyển quyền sở hữu sang khu vực công đối với phần bất động sản có liên quan. Tuy nhiên, đối với các bất động sản vốn thuộc khu vực công, do trong đa số các trường hợp không có sự thay đổi chủ sở hữu (vẫn phục vụ cho các mục đích công cộng) nên Nhà nước có thể thực hiện các thủ tục thay đổi mục đích sử dụng theo quy định của pháp luật. Trong một số trường hợp đặc biệt có sự thay đổi về chủ sở hữu hay các xung đột về lợi ích giữa các chủ thể thuộc khu vực công¹⁷, Nhà nước vẫn có quyền quyết định việc thay đổi mục đích sử dụng đối với bất động sản có liên quan dựa trên quy định tại

¹² Các bằng sáng chế liên quan đến quốc phòng theo quy định của Sắc luật ngày 30/10/1935; các động sản cần thiết cho các nhà máy vũ khí theo Luật ngày 11/8/1936 cũng như các tài sản văn hóa hàng hải theo quy định của Luật số 89-874 ngày 1/12/1989.

¹³ Theo quy định của Điều 522 Bộ luật Dân sự Pháp, tài sản là bất động sản bao gồm cả phần không gian phía trên và phía dưới lòng đất. Tuy nhiên, phần không gian phía trên bất động sản không bao gồm khu vực không phận.

¹⁴ Án lệ của Hội đồng Nhà nước được tuyên ngày 18/01/1963.

¹⁵ Điều L. 3111-1 Luật về tài sản của các pháp nhân theo luật công.

¹⁶ Về mặt kỹ thuật, các tài sản công chỉ có thể được chuyển nhượng sau khi thực hiện quy trình giáng loại (Déclassement) nhằm loại bỏ tài sản khỏi khu vực công.

¹⁷ Ví dụ, khi Nhà nước quyết định thực hiện một dự án vì lợi ích công cộng theo đề xuất của một Tổ chức công cộng nhưng dự án này lại ảnh hưởng đến phần bất động sản công thuộc quản lý của một cơ quan Nhà nước khác.

các Điều L. 132-3 và L. 132-4 Luật Sung công vì lợi ích công cộng Pháp¹⁸. Các thủ tục giáng loại tài sản công hay bất động liên quan đến chi phí quản lý giữa các cơ quan nhà nước cũng như thiệt hại có liên quan sẽ do các cơ quan có thẩm quyền giải quyết theo quy định của pháp luật.

3.2. Liên quan đến quyền bất động sản

Theo quan niệm La-tinh, quyền đối vật là các quyền được thực hiện trên các vật cụ thể và xác định (động sản hoặc bất động sản)¹⁹. Trong lĩnh vực bất động sản, quyền sở hữu được xem là một ví dụ của quyền đối vật. Theo đó, chủ sở hữu bất động sản sẽ có các quyền đối với bất động sản có liên quan, ví dụ như quyền cư trú, quyền sử dụng, quyền cho thuê dài hạn, v.v. Dựa trên quy định tại Điều L. 1 Luật Sung công vì lợi ích công cộng, đối tượng tiến hành sung công ngoài các bất động sản còn có thể là các quyền đối với bất động sản nêu trên. Liên quan đến quyền bất động sản thì quyền địa dịch cũng là một trường hợp đặc biệt cần làm rõ. Đây cũng là một dạng quyền đối vật nhưng điểm đặc biệt là nó được xác lập đối với tài sản là bất động sản thuộc sở hữu của chủ thể khác²⁰. Theo pháp luật nước Cộng hòa Pháp, quyền sung công đối với bất động sản không được phép áp dụng để xác lập quyền địa dịch. Lý do là bởi vì quyền địa dịch không dẫn đến việc chuyển quyền sở hữu đối với bất động sản như đối với quyền sung công vì lợi ích công cộng.

¹⁸ Các quy định nêu trên có nguồn gốc từ “lý luận về chuyển giao quyền quản lý” (théorie de transfert de gestion) vốn được các Thẩm phán Pháp áp dụng trong quá khứ.

¹⁹ Quyền đối vật được phân biệt với quyền đối nhân, bao gồm các quyền tương ứng với các nghĩa vụ tài sản mà người khác phải thực hiện vì lợi ích của người có quyền. Nguyễn Ngọc Điện, *Một số vấn đề về quyền tài sản và hướng hoàn thiện*, <https://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2009/08/24/3683/>, truy cập ngày 09/5/2020.

²⁰ Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 2015 sử dụng thuật ngữ “quyền đối với bất động sản liền kề” thay vì “địa dịch”. Tuy nhiên, trên thực tế, hai thuật ngữ này không thực sự đồng nghĩa vì quyền địa dịch còn có thể áp dụng đối với hai bất động sản cách xa nhau chứ không nhất thiết là liền kề.

4. Nguyên tắc bồi thường khi Nhà nước tiến hành sung công bất động sản

Điều khoản đầu tiên của Luật Sung công vì lợi ích công cộng đã đặt ra nguyên tắc chung đối với việc bồi thường, đó là chủ sở hữu của bất động sản phải được nhận trước một khoản bồi thường tương xứng. Trên cơ sở này, Điều L. 321-1 Luật Sung công vì lợi ích công cộng đã làm rõ nội dung của nguyên tắc bằng cách xác định rằng khoản bồi thường được trao bao gồm tất cả các “thiệt hại vật chất, trực tiếp và chắc chắn” do việc tước quyền sở hữu gây ra.

Về lý thuyết, khoản bồi thường phải đảm bảo cho chủ sở hữu bất động sản bị sung công có thể khôi phục lại tài sản của mình trong tình trạng tương tự như khi chưa thực hiện việc sung công vì lợi ích công cộng. Tuy nhiên, có một điểm cần lưu ý là các thiệt hại về tinh thần sẽ không được xem xét khi tính bồi thường, phù hợp với nguyên tắc “bồi thường thiệt hại về vật chất” được làm rõ tại Điều L. 321-1. Việc không thừa nhận các thiệt hại về tinh thần đã được cụ thể hóa bằng Quyết định số 2010-87 ngày 21/01/2011 của Hội đồng Hiến pháp Cộng hòa Pháp. Mặt khác, việc quy định rằng khoản bồi thường bao gồm tất cả các thiệt hại vật chất cũng ngụ ý rằng Nhà nước không chỉ tính đến giá trị thị trường của tài sản bị tước đoạt mà còn tính đến những hậu quả về vật chất liên quan trực tiếp đến việc tước quyền sở hữu gây ra bởi hoạt động sung công vì lợi ích công cộng.

Cũng cần lưu ý rằng, việc bồi thường chỉ được giới hạn trên các quyền hoặc lợi ích hợp pháp được pháp luật bảo vệ²¹. Do đó, các công trình xây dựng trái phép hoặc mang tính tạm thời sẽ không được xem xét tính bồi thường. Bên cạnh nguyên tắc được nêu tại Điều L. 321-1, Điều L. 321-3 Luật Sung công vì lợi ích công cộng còn có sự phân biệt giữa khoản bồi thường chính và các khoản bồi thường phụ khi tiến hành sung công bất động sản. Đây có thể xem là những sự hỗ trợ của Nhà nước dành cho các chủ sở hữu, giúp các chủ thể này nhanh chóng khôi phục lại tài sản của mình.

5. Một số liên hệ với pháp luật Việt Nam

Từ những khác biệt về kinh tế, xã hội, chế độ chính trị và định hướng chính trị, Việt Nam và Pháp đã có cách tiếp cận khác nhau trong việc xác định chủ sở hữu đối với đất đai. Cụ thể, nếu như tại Pháp tồn tại đồng thời nhiều hình thức sở hữu đất đai, bao gồm hình thức sở hữu tư nhân về đất đai, sở hữu chung và sở hữu nhà nước đối với đất đai và công trình xây dựng công cộng thì tại Việt Nam, đất đai thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước đại diện chủ sở hữu và thống nhất quản lý²². Tuy nhiên, không thể phủ nhận rằng hệ thống pháp luật của hai quốc gia vẫn có một số điểm chung khi điều chỉnh các mối quan hệ pháp luật liên quan đến loại tài sản đặc biệt này mà trong đó, yếu tố lợi ích quốc gia, công cộng liên quan đến quyền thu hồi đất để phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng tại Việt Nam và quyền sung công bất động sản vì

lợi ích công cộng tại Pháp là một ví dụ cụ thể. Vậy điểm chung của các quy định này là gì?

Thứ nhất, xét trên bản chất mối quan hệ pháp luật giữa Nhà nước và chủ sở hữu bất động sản tại Pháp hay giữa Nhà nước với người sử dụng đất tại Việt Nam, cần phải xác định rõ ràng, mặc dù pháp luật Việt Nam không công nhận quyền sở hữu tư nhân đối với đất đai, nhưng vẫn trao cho người sử dụng đất hầu hết các quyền định đoạt đối với đất đai như chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, tặng cho, thế chấp, góp vốn quyền sử dụng đất khi có Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất²³. Nói cách khác, tại Việt Nam vẫn tồn tại một “thị trường bất động sản” riêng dựa trên cơ sở quyền sử dụng đất hợp pháp được Nhà nước công nhận.

Thứ hai, với vai trò là đại diện chủ sở hữu, Nhà nước Việt Nam không chỉ có quyền xác lập các mối quan hệ pháp luật đất đai thông qua các quyết định giao đất mà còn có khả năng chấm dứt các quan hệ pháp luật đó thông qua việc thu hồi đất. Tuy nhiên, các trường hợp thu hồi đất tại Việt Nam được giới hạn cụ thể theo quy định của pháp luật. Theo đó, Nhà nước chỉ tiến hành thu hồi đất vì mục đích quốc phòng, an ninh; phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng; thu hồi đất do vi phạm pháp luật về đất đai; thu hồi đất do chấm dứt việc sử dụng đất theo pháp luật, tự nguyện trả lại đất, có nguy cơ đe dọa tính mạng con người²⁴. Như vậy, có thể thấy rằng, cả Pháp

²¹ René Hostiou và Jean-François Struillou, *Sung công và ưu tiên mua* (Expropriation et préemption), Nxb. LexisNexis, 2016, tr. 288

²² Điều 4 Luật Đất đai năm 2013.

²³ Khoản 1 Điều 168 Luật Đất đai năm 2013.

²⁴ Khoản 1 Điều 16 Luật Đất đai năm 2013.

và Việt Nam, việc xác định rõ lý do của việc sung công bất động sản hay việc thu hồi đất đóng vai trò hết sức quan trọng nhằm đảm bảo tính dân chủ, công khai, minh bạch và công bằng. Đặc biệt tại Việt Nam, việc xác định rõ mục đích thu hồi đất là cần thiết để không xảy ra tình trạng đất đã thu hồi nhưng không biết sử dụng cho mục đích gì²⁵.

Thứ ba, việc sung công bất động sản và thu hồi đất về lý thuyết đều mang tính vĩnh viễn. Cụ thể, việc thu hồi đất nhằm thực hiện quy hoạch, kế hoạch là việc Nhà nước dịch chuyển quyền sử dụng đất vĩnh viễn từ người sử dụng đất sang Nhà nước một cách bắt buộc theo thủ tục hành chính không do lỗi của người sử dụng đất²⁶. Đối với Cộng hòa Pháp, ngoại trừ những khác biệt trong các quy trình thủ tục tiến hành²⁷, về cơ bản, việc sung công bất động sản cũng dẫn đến hệ quả pháp lý là sự dịch chuyển quyền sở hữu đối với bất động sản từ chủ sở hữu sang Nhà nước một cách bắt buộc vì lợi ích công cộng. Việc thiếu sự đồng thuận của chủ sở hữu trong “giao dịch” chuyển quyền sở hữu đối với bất động sản cho Nhà nước được xem là một sự khác biệt với quyền ưu tiên mua (*Droit de préemption*), vốn được xem là một phương pháp khác để Nhà nước có thể sở hữu đất đai của tư nhân.

Thứ tư, ngoại trừ một số trường hợp đặc biệt, yếu tố lợi ích quốc gia, công cộng luôn được xem là lý do chính để tiến hành sung công bất động sản hay

thu hồi đất. Đây là những lợi ích chung nhằm phục vụ cho xã hội, ví dụ như việc xây dựng trường học, bệnh viện, hệ thống giao thông công cộng, v.v. Tuy nhiên, điểm chung ở đây là cả hai quốc gia đều có nhiều cơ chế chính sách để cân bằng giữa lợi ích công cộng và lợi ích chính đáng của người có đất bị thu hồi hay các chủ sở hữu bất động sản bị sung công. Tại Pháp, việc “người có bất động sản bị sung công phải được nhận trước một khoản bồi thường tương xứng” được xem là một trong những điều kiện quan trọng hàng đầu để tiến hành việc sung công; tại Việt Nam, Luật Đất đai năm 2013 và các văn bản hướng dẫn thi hành cũng có các quy định cụ thể về bồi thường và cả hỗ trợ, tái định cư cho người có đất bị thu hồi để phục vụ cho lợi ích chung của xã hội.

Trong nhiều năm qua, Việt Nam đã có nhiều nỗ lực trong việc điều chỉnh hệ thống pháp luật trong lĩnh vực đất đai, đặc biệt là đối với việc thu hồi đất để phát triển kinh tế, xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng. Bên cạnh đó, việc ghi nhận và mở rộng quyền sở hữu tư nhân tại Điều 32 Hiến pháp năm 2013 cũng cho thấy cam kết của Nhà nước trong việc bảo vệ quyền tư hữu tài sản một cách công bằng cho tất cả công dân Việt Nam cũng như các thể nhân, pháp nhân nước ngoài đang làm ăn, sinh sống tại nước ta. Trên cơ sở đó, việc thu hồi đất hay trưng mua, trưng dụng tài sản chỉ có thể được thực hiện nếu các

²⁵ Phan Trung Hiền, Châu Hoàng Thân, Trần Vang Phủ, *Giáo trình pháp luật về quy hoạch và giải phóng mặt bằng*, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, 2017, tr. 145.

²⁶ Phan Trung Hiền, Châu Hoàng Thân, Trần Vang Phủ, *Giáo trình pháp luật về quy hoạch và giải phóng mặt bằng*, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, 2017, tr. 146.

²⁷ Tại Pháp, thủ tục sung công bất động sản vì lợi ích công cộng được chia thành 02 giai đoạn, bao gồm giai đoạn hành chính nhằm xác minh yếu tố lợi ích công cộng cũng như xác định các chủ sở hữu, diện tích bất động sản bị sung công và giai đoạn tư pháp liên quan đến các thủ tục chuyển quyền sở hữu tài sản và bồi thường cho chủ sở hữu.

chủ thể có thẩm quyền tuân thủ đầy đủ các nguyên tắc hiến định được nêu rõ tại khoản 3 Điều 54²⁸ và khoản 3 Điều 32²⁹ Hiến pháp năm 2013. Đây được xem là một điều kiện quan trọng và là yêu cầu bắt buộc để hội nhập quốc tế cũng như thu hút đầu tư nhằm mục tiêu phát triển kinh tế, xã hội của quốc gia.

Hiến pháp năm 2013, Luật Đất đai năm 2013 cũng như các văn bản hướng dẫn thi hành đã mang đến nhiều thay đổi quan trọng so với Luật Đất đai năm 2003, nhất là đối với việc xác định các trình tự, thủ tục thu hồi đất vì mục đích quốc phòng; phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng cũng như các hình thức bồi thường về đất và bồi thường đối với tài sản gắn liền với đất. Tuy nhiên, trên thực tế, các quy định hiện hành vẫn còn thể hiện một số bất cập trong việc cân bằng lợi ích của quốc gia và lợi ích chính đáng của người có đất bị thu hồi mà một trong những vấn đề quan trọng nhất cần giải quyết liên quan đến việc xác định giá đất để tính bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất. Đối với vấn đề này, pháp luật đất đai tại Việt Nam vẫn chưa thể “lượng hóa” một cách cụ thể các cụm từ định tính như: “phù hợp với giá đất phổ biến trên thị trường”³⁰, “sát với giá đất thực tế trên thị trường”³¹, v.v.. Trong

khi đó, các quy định về sung công vì lợi ích công cộng tại Pháp lại nhấn mạnh nguyên tắc bồi thường “tương xứng với thiệt hại”, đồng thời quy định rõ các mốc thời gian giúp các chủ thể có thẩm quyền sung công xác định giá trị bất động sản tính bồi thường như “ngày định giá tài sản” (La date d'évaluation), “ngày tham chiếu” (La date de référence)³².

Không thể phủ nhận rằng, để đạt được những lợi ích chung của quốc gia, công cộng, các chủ thể sử dụng đất bắt buộc phải chịu những thiệt hại nhất định đối với quyền lợi hợp pháp của mình. Tuy nhiên, để đảm bảo tính dân chủ, công khai, minh bạch và công bằng, thiết nghĩ các văn bản pháp luật có liên quan cần quy định cụ thể hơn nhằm đảm bảo lợi ích chính đáng của người sử dụng đất mà trong đó, việc học hỏi kinh nghiệm từ các nước đã có lịch sử lâu đời trong việc điều chỉnh các mối quan hệ về pháp luật đất đai là việc làm cần thiết và quan trọng. Hy vọng rằng việc so sánh và phân tích các quy định của pháp luật Pháp hiện hành sẽ mang đến cho Việt Nam thêm một số giải pháp nhằm hoàn thiện các quy định của pháp luật liên quan đến thu hồi đất trong bối cảnh chúng ta đang tập trung đẩy mạnh phát triển và hội nhập kinh tế quốc tế ■

²⁸ Theo quy định của khoản 3 Điều 54 Hiến pháp năm 2013, Nhà nước thu hồi đất do tổ chức, cá nhân đang sử dụng trong trường hợp thật cần thiết do luật định vì mục đích quốc phòng, an ninh; phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng. Việc thu hồi đất phải công khai, minh bạch và được bồi thường theo quy định của pháp luật.

²⁹ Theo quy định của khoản 3 Điều 32 Hiến pháp năm 2013, trường hợp thật cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh hoặc vì lợi ích quốc gia, tình trạng khẩn cấp, phòng, chống thiên tai, Nhà nước trưng mua hoặc trưng dụng có bồi thường tài sản của tổ chức, cá nhân theo giá thị trường.

³⁰ Điểm c khoản 1 Điều 112 Luật Đất đai năm 2013.

³¹ Phan Trung Hiền, Xác định giá đất để tính bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất, <http://www.lappphap.vn/Pages/tintuc/tinchitiet.aspx?tintucid=207993>, truy cập ngày 01/4/2021.

³² Điều L. 322-2 Luật Sung công vì lợi ích công cộng.

PHÂN CẤP, ỦY QUYỀN TỔ CHỨC CHÍNH QUYỀN ĐÔ THỊ THÀNH PHỐ HỒ CHÍ MINH

Phan Hải Hồ*

**TS. Học viện Cán bộ Thành phố Hồ Chí Minh*

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Phân cấp, ủy quyền tổ chức chính quyền đô thị; thành phố Thủ Đức, Thành phố Hồ Chí Minh.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 26/3/2021

Biên tập : 23/4/2021

Duyệt bài : 25/4/2021

Article Infomation:

Keywords: Decentralization, authorization, urban government, Thu Duc city, Ho Chi Minh City.

Article History:

Received : 26 Mar. 2021

Edited : 23 Apr. 2021

Approved : 25 Apr. 2021

1. Đặt vấn đề

Để nghiên cứu những khó khăn, thách thức về phân cấp, ủy quyền tổ chức thực hiện chính quyền đô thị tại Thành phố Hồ Chí Minh (Tp. HCM), cần làm rõ nội hàm của thuật ngữ “phân cấp”, “ủy quyền”.

Phân cấp được hiểu trong bài viết này là chuyển giao nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan nhà nước cấp trên cho cơ quan nhà nước cấp dưới thực hiện thường xuyên, lâu dài, ổn định trên cơ sở quy định của pháp luật (mang tính chiều dọc, có thứ bậc từ trên xuống). Điều 13 Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2019 (Luật Tổ chức CQĐP) quy định: “*Căn cứ vào yêu cầu công tác, khả năng thực hiện và điều kiện, tình hình cụ thể của địa phương,*

Tóm tắt:

Hiện nay, Thành phố Hồ Chí Minh đã được Quốc hội cho phép tổ chức chính quyền đô thị và thành lập thành phố Thủ Đức, đồng thời Nghị quyết Đại hội đại biểu Đảng bộ Thành phố Hồ Chí Minh lần thứ XI cũng đã xác định 03 chương trình đột phá và 01 chương trình trọng điểm nhiệm kỳ 2020 - 2025. Theo đó, phân cấp, ủy quyền được xem là chìa khóa vận hành hiệu quả chính quyền đô thị và các quyết sách của Đảng bộ Thành phố Hồ Chí Minh. Tuy nhiên, pháp luật hiện hành chưa có quy định đặc thù về phân cấp, ủy quyền cho chính quyền đô thị nói chung và thành phố Thủ Đức nói riêng. Vì vậy, thực tế triển khai công việc này đã gặp nhiều khó khăn, thách thức.

Abstract:

Currently, Ho Chi Minh City has been allowed by the National Assembly to organize an urban government and establish Thu Duc city, and the Resolution of the 11th Ho Chi Minh City Party Congress has also determined 03 breakthrough programs and 01 key program for the period of 2020 - 2025. Accordingly, decentralization and authorization are considered the key to effective operation of urban government and the decisions of the Party Committee of Ho Chi Minh City. However, the current law does not have specific provisions on decentralization and authorization for urban authorities in general and Thu Duc city in particular. Therefore, the actual implementation of this work has encountered many difficulties and challenges.

cơ quan nhà nước ở trung ương và địa phương được quyền phân cấp cho chính quyền địa phương hoặc cơ quan nhà nước cấp dưới... Việc phân cấp phải bảo đảm các nguyên tắc và phải được quy định trong văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan nhà nước phân cấp... Phải bảo đảm điều kiện về tài chính, nguồn nhân lực và điều kiện cần thiết khác để thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn mà mình phân cấp...”.

Ủy quyền, là giao quyền cho người khác thay mặt mình sử dụng quyền mà mình có được một cách hợp pháp. Trong hệ thống nhà nước, việc ủy quyền được thực hiện bằng văn bản. Điều 14 Luật Tổ chức CQĐP quy định: “*Trong trường hợp cần thiết,... cơ quan hành chính nhà nước cấp trên có thể ủy quyền cho Ủy ban nhân dân (UBND) cấp dưới trực tiếp,... Chủ tịch UBND*

có thể ủy quyền cho Phó Chủ tịch UBND cùng cấp, người đứng đầu cơ quan chuyên môn thuộc UBND cùng cấp, Chủ tịch UBND cấp dưới trực tiếp thực hiện một hoặc một số nhiệm vụ, quyền hạn của mình...”.

Như vậy, hai thuật ngữ nêu trên đã xuất hiện trong Luật Tổ chức chính quyền địa phương với các quy định cơ bản để triển khai các nhiệm vụ của chính quyền địa phương, đặc biệt là chính quyền đô thị.

2. Thực tiễn phân cấp, ủy quyền tại Thành phố Hồ Chí Minh thời gian qua

2.1. Các vấn đề và lĩnh vực được phân cấp, ủy quyền

Hiện nay, theo Nghị quyết số 131/2020/QH14 ngày 16/11/2020 của Quốc hội (Nghị quyết số 131), Tp. HCM được tổ chức chính quyền đô thị; Nghị quyết số 1111/NQ-UBTVQH14 ngày 09/12/2020 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội (Nghị quyết số 1111) thành lập thành phố Thủ Đức thuộc Tp. HCM.

Đối với việc phân cấp, ủy quyền tổ chức chính quyền đô thị, các văn bản nêu trên chỉ là quy định chung: Hội đồng nhân dân (HĐND), UBND phường, quận, thành phố Thủ Đức và Thành phố hiện nhiệm vụ, quyền hạn quy định tại Luật Tổ chức chính quyền địa phương, quy định khác của pháp luật có liên quan. Vì vậy, việc phân cấp, ủy quyền tổ chức chính quyền đô thị vẫn được thực hiện theo Nghị định số 93/2001/NĐ-CP ngày 12/12/2001 của Chính phủ về phân cấp quản lý một số lĩnh vực cho Tp. HCM (Nghị định số 93) và Nghị quyết số 54/2017/QH14 quy định về thí điểm cơ chế, chính sách đặc thù phát triển Tp. HCM trên các lĩnh vực (Nghị quyết số 54). Theo đó, Tp. HCM được ủy quyền thực hiện một số hoạt động sau: (1) quản lý đất đai thì HĐND Tp. HCM quyết định chuyển mục đích sử dụng đất trồng lúa từ 10 ha trở lên; (2) quản lý đầu tư thì HĐND Tp. HCM quyết định chủ trương đầu tư đối với các dự án nhóm A sử dụng ngân sách Tp. HCM theo quy định của Luật Đầu tư công; (3) quản lý tài chính - ngân sách nhà nước thì ngân sách Tp. HCM được hưởng 100% số thu tăng thêm

từ các khoản thu do việc điều chỉnh chính sách thu so với quy định hiện hành để đầu tư cơ sở hạ tầng kinh tế - xã hội; (4) cơ chế thu nhập thì HĐND Tp. HCM được quyền quyết định bố trí ngân sách Tp. HCM để chi thu nhập bình quân tăng thêm cho cán bộ, công chức, viên chức thuộc hệ thống chính trị do Tp. HCM quản lý; (5) tổ chức bộ máy thì UBND Tp. HCM được quyền điều chỉnh tên gọi, chức năng, nhiệm vụ các phòng thuộc các cơ quan chuyên môn thuộc UBND Tp. HCM để phù hợp với đặc điểm của Tp. HCM...

2.2. Thuận lợi và khó khăn, thách thức

Quy định của pháp luật hiện hành về phân cấp, ủy quyền cho chính quyền đô thị Tp. HCM cho thấy những thuận lợi, khó khăn và thách thức sau đây:

a) Thuận lợi

Một là, thể hiện tính thực tiễn và tính khoa học về tổ chức chính quyền địa phương - phân cấp càng mạnh thì chính quyền địa phương càng chủ động, càng đổi mới về cách thức điều hành bộ máy chính quyền địa phương.

Hai là, tuân thủ các nguyên lý của tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước - chính quyền trung ương hoạch định chính sách, pháp luật vĩ mô; địa phương thực thi thống nhất, theo cơ chế tự chủ địa phương trong phạm vi khuôn khổ pháp luật, phù hợp với thực tiễn.

Ba là, tạo ra cơ chế phân cấp, ủy quyền, chủ động thực hiện các công việc mang tính nội bộ của Tp. HCM phù hợp với thực tiễn thời gian qua, ví dụ, Tp. HCM ban hành Quyết định số 4712/QĐ-UBND ngày 20/10/2018 về ủy quyền cho các sở, ngành, UBND các quận, huyện thực hiện một số nhiệm vụ, quyền hạn của UBND Tp. HCM.

Bốn là, chính quyền Tp. HCM có quyết định phù hợp, gần gũi, sâu sát với người dân nhưng đồng thời phải trách nhiệm hơn với các quyết định của mình. Đồng thời, việc phân cấp, ủy quyền này cũng giúp Tp. HCM đánh giá được năng lực điều hành của thủ trưởng các cơ quan, đơn vị, thành phố Thủ Đức và quận, huyện.

CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG

Năm là, Tp. HCM đã kịp thời nhận biết các vướng mắc, khó khăn phát sinh; những lĩnh vực cần tiếp tục đề xuất trung ương tiếp tục phân cấp, ủy quyền phù hợp với tổ chức chính quyền đô thị.

Sáu là, Nghị quyết số 54, Nghị quyết số 131 và Nghị quyết số 1111 tạo cơ chế đặc thù để Tp. HCM phát triển thành đô thị đặc biệt, có tổ chức chính quyền đô thị và thành phố thuộc Tp. HCM đầu tiên của cả nước. Điều này giúp Tp. HCM phát huy được nguồn lực về con người, đất đai, tài chính và khả năng sáng tạo, chủ động của đội ngũ cán bộ, công chức, viên chức Tp. HCM.

b) Khó khăn, thách thức

** Khó khăn, thách thức chung cho chính quyền đô thị Thành phố*

Thứ nhất, việc tổ chức thực hiện chính quyền đô thị là vấn đề mới, chưa có tiền lệ nên việc triển khai các nội dung phân cấp, ủy quyền phải thực hiện thận trọng, nghiên cứu kỹ, đảm bảo quy trình và thẩm quyền. Do vậy, quá trình triển khai mất nhiều thời gian, công sức, chưa đảm bảo đúng tiến độ công việc, hiệu quả chưa cao, chưa đáp ứng yêu cầu của người dân Tp. HCM khi có những kỳ vọng phát triển vượt bậc của tổ chức chính quyền đô thị, thành phố Thủ Đức trong Tp. HCM.

Thứ hai, hệ thống thể chế chưa hoàn thiện vì lần đầu có chính quyền đô thị và chính quyền Thành phố Thủ Đức nhưng chưa có Nghị định quy định riêng biệt về thẩm quyền, chức năng của thành phố Thủ Đức, các quy định của Luật Tổ chức CQĐP, Nghị quyết số 131 còn chung chung... Do vậy, khi triển khai thực hiện gặp nhiều khó khăn, vướng mắc; Chính phủ và các bộ, ngành chưa kịp thời có các văn bản hướng dẫn, chưa có sự chỉ đạo thống nhất để triển khai có hiệu quả.

Thứ ba, theo quy định tại khoản 2 Điều 4 Nghị quyết số 131, UBND quận làm việc theo chế độ thủ trưởng, bảo đảm nguyên tắc tập trung dân chủ. Tuy nhiên, Luật Đất đai năm 2013 và Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2019 quy định thẩm quyền

cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất và thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật đều thuộc thẩm quyền tập thể UBND. Do vậy, thực tế các quận còn lúng túng khi triển khai và các công việc này vẫn còn bỏ ngỏ, chờ các quy định hoặc hướng dẫn cụ thể từ các cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Thứ tư, công tác kiểm tra, giám sát vẫn chủ yếu theo các quy định của pháp luật chung cho cả nước nên chưa có các hướng dẫn hoặc quy định đặc thù cho chính quyền đô thị thực hiện theo cơ chế phân cấp, ủy quyền. Từ đó, gây nhiều khó khăn cho việc triển khai trên địa bàn Tp. HCM, tạo nên tâm lý e ngại của một số doanh nghiệp về tính minh bạch, tính công tâm của chính quyền và phần nào cũng giảm đi sự phát triển như kỳ vọng về tổ chức chính quyền đô thị.

** Khó khăn, thách thức cho thành phố Thủ Đức*

Hiện nay, Luật Tổ chức CQĐP, Nghị quyết số 131 và Nghị quyết số 1111 chỉ quy định chung, Chính phủ chưa có nghị định riêng biệt, đặc thù cho thành phố Thủ Đức (như đã nêu ở trên) nên phát sinh các khó khăn, thách thức cơ bản sau:

Một là, Tp. HCM chưa thể thực hiện cơ chế phân cấp, ủy quyền nội bộ về thẩm quyền, chức năng, nhiệm vụ nên Thành phố Thủ Đức hiện nay chỉ có thẩm quyền ngang với quận, huyện, chưa phát huy hiệu quả chính quyền thành phố thuộc thành phố, cụ thể:

(i) Tp. HCM chưa thực hiện việc phân cấp, ủy quyền cho thành phố Thủ Đức về các lĩnh vực: thẩm quyền cấp phép đầu tư; thẩm quyền cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, thẩm quyền phê duyệt dự án đầu tư, chế độ chính sách của cán bộ, công chức... nên thẩm quyền hiện nay của thành phố Thủ Đức vẫn phải thực hiện theo thẩm quyền quận, huyện được quy định trong các văn bản của Trung ương và Tp. HCM (như đã nêu ở trên).

(ii) Tp. HCM vẫn chưa phân cấp, ủy quyền cho thành phố Thủ Đức quản lý trực tiếp 3 định chế trọng tâm: Khu đại học quốc gia,

Khu công nghệ cao, Trung tâm tài chính Thủ Thiêm (khi được thành lập) nên chưa phát huy thế mạnh của “kiềng 3 chân: tri thức, khoa học - công nghệ và tài chính” như mục đích ban đầu đặt ra.

Hai là, đặc thù của Thành phố Thủ Đức - đơn vị hành chính “cấp huyện không lờ” với tổng cộng số lượng công việc của 3 quận nhưng biên chế lại giảm, tạo ra sự quá tải về công việc, gây áp lực thời hạn giải quyết hồ sơ nhưng không có chính sách đãi ngộ đặc biệt nào cho “những người làm việc bằng 3”, từ đó làm giảm hiệu lực, hiệu quả của bộ máy hành chính thành phố thuộc Tp. HCM.

Ba là, trụ sở hệ thống chính trị thành phố Thủ Đức phân chia thành các khu vực theo địa bàn hành chính 3 quận trước đây đã gây khó khăn cho cá nhân, tổ chức đến liên hệ công việc, trong khi mức độ cung ứng dịch vụ công trực tuyến chỉ đáp ứng mức độ 2, mức độ 3 (mức độ 4 rất ít) và việc xây dựng thành phố thông minh (Smart City) đang trong giai đoạn hình thành (đang triển khai thực hiện đề án “Xây dựng Tp. HCM trở thành đô thị thông minh giai đoạn 2017 - 2020, tầm nhìn đến năm 2025”).

3. Một số đề xuất, kiến nghị

Từ những khó khăn, thách thức của chính quyền đô thị Tp. HCM nói chung, thành phố Thủ Đức nói riêng, chúng tôi đề xuất một số kiến nghị như sau:

3.1. Định hướng phân cấp, ủy quyền tổ chức chính quyền đô thị

Thứ nhất, khi thực hiện phân cấp, ủy quyền giữa trung ương với địa phương cần xác định rõ cơ chế đặc thù cho chính quyền đô thị Tp. HCM; ví dụ, cần phân biệt rõ Tp. HCM với các địa phương khác để tránh việc đồng nhất hóa về chủ trương, chính sách và pháp luật.

Thứ hai, tổ chức chính quyền Tp. HCM và thành phố Thủ Đức cần có cơ chế, khung pháp lý về phân cấp, ủy quyền trong tổ chức chính quyền đô thị, không thể quy định dẫn chiếu chung chung là “*quy định khác của pháp luật có liên quan*”. Do vậy, cần quy định cụ thể để triển

khai, đảm bảo việc tăng cường cơ chế tự chủ, tự chịu trách nhiệm trong phân cấp, ủy quyền vì chính quyền đô thị có tư cách “pháp nhân công địa phương”, mang tính đặc thù của quyền lực công, tạo ra công quyền khi hành động. Theo đó, sẽ tạo ra sự phân cấp, ủy quyền từ Trung ương cho Tp. HCM và trong nội bộ Tp. HCM dựa trên tính phù hợp với lợi ích công và đảm bảo thi hành có hiệu quả tại địa phương.

Thứ ba, cần xây dựng cơ chế phân cấp, ủy quyền theo cách thức đổi mới nội dung và phương thức của cơ chế quản lý phù hợp với mô hình chính quyền đô thị. Phân định rõ quyền hạn, trách nhiệm của Tp. HCM và thành phố Thủ Đức, các quận, huyện. Nâng cao thẩm quyền quyết định của thành phố Thủ Đức trong các nội dung thẩm quyền thuộc Tp. HCM trước đây, loại bỏ cơ chế ngang hàng với quận, huyện thì mới phát huy hiệu quả sức mạnh thành phố thuộc Tp. HCM.

Thứ tư, cần mở rộng việc phân cấp, ủy quyền của Chính phủ cho chính quyền đô thị Tp. HCM. Ví dụ, nếu Tp. HCM vẫn áp dụng mô hình cơ cấu, cách thức tổ chức và những quyền lực công tương tự như các tỉnh, thành khác thì chắc chắn không hiệu quả, chính quyền Tp. HCM như bị “trói tay chân” trong các hành động và quyết sách của mình. Do vậy, cần nghiên cứu vận dụng, trao quyền tự chủ, tự chịu trách nhiệm nhiều hơn cho chính quyền đô thị, đặc biệt là cơ chế phân cấp, ủy quyền mạnh, trao quyền “thực quyền” cho chính quyền Tp. HCM để gia tăng năng lực cạnh tranh đô thị thời gian tới.

Thứ năm, nên thực hiện theo định hướng: chính quyền đô thị tùy theo tính chất đô thị hóa và quy mô diện tích đô thị trực thuộc. Theo đó, thành phố Thủ Đức sẽ có địa vị pháp lý độc lập hơn, nhiều quyền chủ động hơn so với quận, huyện như hiện nay (thẩm quyền nhỏ hơn chính quyền Tp. HCM nhưng lớn hơn thẩm quyền quận, huyện).

3.2. Hoàn thiện thể chế

Thứ nhất, cần xem xét sửa đổi, bổ sung các văn bản (Luật Đất đai, Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật...) có liên quan đến thẩm

quyền của chính quyền đô thị như “ché độ thủ trưởng, bảo đảm nguyên tắc tập trung dân chủ” của UBND quận, phường. Theo đó, cần quy định theo hướng mở “trừ trường hợp thẩm quyền của UBND các cấp theo mô hình tổ chức chính quyền đô thị...” để dễ áp dụng trên thực tế.

Thứ hai, cần nghiên cứu ban hành văn bản phân cấp thẩm quyền riêng biệt cho thành phố Thủ Đức và quận, phường thuộc Tp. HCM. Theo đó, Tp. HCM được phân cấp, ủy quyền chủ động thực hiện những nhiệm vụ, quyền hạn theo quy trình, thủ tục phù hợp với khả năng và tình hình thực tiễn của địa phương; các bộ, ngành có trách nhiệm phối hợp với Tp. HCM triển khai thực hiện các đề án có liên quan...

3.3. Hoàn thiện tổ chức bộ máy và hoạt động của chính quyền đô thị

Một là, Tp. HCM được tự chủ thiết kế cơ chế phân cấp, ủy quyền tổ chức chính quyền đô thị cho phù hợp: cơ cấu tổ chức, biên chế, cấu trúc quy mô hành chính, các cơ quan chuyên môn phù hợp với tính chất đặc biệt của chính quyền đô thị (thành phố Thủ Đức, quận, phường không có HĐND); được chủ động tăng số lượng người hoạt động không chuyên trách tại phường vì không có HĐND cùng cấp (không thể cào bằng như các địa phương theo Nghị định số 34).

Hai là, trong quá trình hoạt động, tùy theo hiệu quả và nhu cầu, Tp. HCM được quyền tự quyết định bộ máy giúp việc; quy định chức năng, nhiệm vụ trong nội bộ các bộ phận giúp việc hoặc phân giao, ủy quyền cho chính quyền thành phố Thủ Đức thực hiện một số nhiệm vụ, quyền hạn thuộc thẩm quyền của Tp. HCM và có sự giám sát chặt chẽ trong quá trình thực thi (đã đề cập ở phần trên về thẩm quyền được phân cấp, ủy quyền).

3.4. Hoàn thiện chế độ, chính sách đãi ngộ

Ngoài các quy định về chế độ, chính sách ưu đãi chung cho cả Tp. HCM theo Nghị quyết số 54, cần trao cho Tp. HCM quyền hạn thực hiện chính sách đãi ngộ đặc thù cho đội ngũ cán bộ, công chức, viên chức của thành phố Thủ Đức (nhân hệ số lương, phụ cấp ưu đãi...).

3.5. Đối với Thành phố Hồ Chí Minh

Thứ nhất, sớm xây dựng quy chế về phân cấp, ủy quyền trong nội bộ Tp. HCM theo mô hình chính quyền đô thị trong phạm vi thẩm quyền được giao tại Nghị quyết số 54, trên cơ sở quy định của Luật Tổ chức QĐP, Nghị quyết số 131 và Nghị quyết số 1111. Theo đó, cần thực hiện:

(i) Rà soát để kịp thời sửa đổi, bổ sung Quyết định số 4712/QĐ-UBND ngày 20/10/2018 về ủy quyền cho các sở, ngành, UBND các quận, huyện thực hiện một số nhiệm vụ, quyền hạn của UBND Tp. HCM.

(ii) Quy định những thẩm quyền cụ thể của thành phố Thủ Đức, của UBND quận, phường theo các cơ chế, chính sách đặc thù của chính quyền đô thị.

(iii) Nghiên cứu cơ chế thí điểm phân cấp, ủy quyền từ Tp. HCM cho thành phố Thủ Đức được quản lý trực tiếp Khu công nghệ cao, Khu đại học quốc gia, Khu chế xuất Linh Trung, Trung tâm tài chính Thủ Thiêm (khi được thành lập) để tăng tính chủ động, tăng thẩm quyền phát huy tối ưu mô hình chính quyền đặc biệt - Thành phố thuộc Tp. HCM trong thời gian tới.

Thứ hai, đẩy mạnh việc cung ứng dịch vụ công trực tuyến và đảm bảo hầu hết các dịch vụ công trực tuyến đều được cung ứng ở mức độ 3 và mức độ 4; nhanh chóng triển khai thực hiện đề án “*Xây dựng Tp. HCM trở thành đô thị thông minh giai đoạn 2017 - 2020, tầm nhìn đến năm 2025*”. Từ đó, giải quyết được bài toán về khoảng cách địa lý đối với các trung tâm giải quyết hồ sơ cho người dân như thành phố Thủ Đức; giảm bớt phiền hà, góp phần cải cách thủ tục hành chính và ngăn ngừa tham nhũng.

• Với cơ chế phân cấp, ủy quyền đặc thù của tổ chức chính quyền đô thị, sự đồng thuận về chủ trương từ trung ương cho Tp. HCM, sự năng động, sáng tạo, mạnh dạn triển khai thực hiện của chính quyền các cấp, chắc chắn chính quyền đô thị, trong đó có mô hình thành phố Thủ Đức sẽ phát huy hiệu quả trong thời gian tới ■

