

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

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



Số 20 (348)

Kỳ 2 - Tháng 10/2017

- ❖ TIÊU CHÍ NHẬN DẠNG VÀ ĐỀ XUẤT XÂY DỰNG ÁN LỆ
- ❖ XỬ LÝ NGÂN HÀNG YẾU KÉM VÀ CÁC KIẾN NGHỊ SỬA ĐỔI LUẬT CÁC TỔ CHỨC TÍN DỤNG
- ❖ THU HỒI TÀI SẢN THAM NHŨNG: KINH NGHIỆM QUỐC TẾ VÀ NHỮNG GIÁ TRỊ THAM KHẢO CHO VIỆT NAM



# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

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

## Mục lục Số 20/2017

### NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** **Kỷ niệm 100 năm Cách mạng Tháng Mười Nga**  
Lênin với công cuộc chống quan liêu, tham nhũng  
**TS. Bùi Ngọc Thanh**
- 8** Tiêu chí nhận dạng và đề xuất xây dựng án lệ  
**PGS, TS. Nguyễn Ngọc Điện**
- 14** Những điểm mới về chính quyền địa phương trong Hiến pháp năm 2013 và Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015  
**TS. Trần Thị Diệu Oanh**

### BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 19** Xử lý ngân hàng yếu kém và các kiến nghị sửa đổi Luật Các tổ chức tín dụng  
**TS. Nguyễn Thị Lan Hương**

### CHÍNH SÁCH

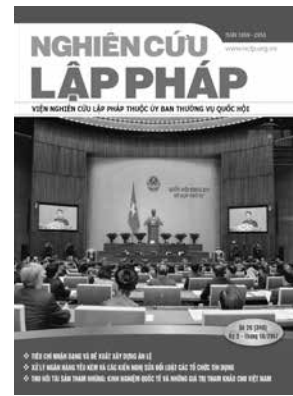
- 29** Một số kiến nghị nhằm hoàn thiện chính sách, pháp luật về thủy sản  
**TS. Nguyễn Minh Sơn – Bùi Thị Thùy Linh**

### THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 39** Những vướng mắc về xây dựng chính sách trong đề nghị xây dựng văn bản quy phạm pháp luật  
**ThS. Bùi Thu Hằng**
- 48** Bảo vệ trẻ em bằng pháp luật và sự chung tay của nhiều chủ thể  
**ThS. Vũ Thị Phương**

### KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 55** Thu hồi tài sản tham nhũng: kinh nghiệm quốc tế và những giá trị tham khảo cho Việt Nam  
**ThS. Đỗ Thu Huyền**



#### HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. NGUYỄN ĐÌNH QUYỀN (CHỦ TỊCH)  
TS. NGUYỄN VĂN GIÀU  
PGS, TS. NGUYỄN THANH HẢI  
PGS, TS. ĐÌNH VĂN NHẢ  
PGS, TS. LÊ BỘ LĨNH  
TS. NGUYỄN VĂN LUẬT  
PGS, TS. HOÀNG VĂN TÚ  
TS. NGUYỄN VĂN HIỂN  
PGS, TS. NGÔ HUY CƯỜNG  
TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

#### PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

#### TRỤ SỞ:

27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI  
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206  
FAX: 0243.2121201  
Email: nclp@qh.gov.vn  
Website: www.nclp.org.vn

#### THIẾT KẾ:

BÙI HUYỀN

#### 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 CÔNG TY CỔ PHẦN IN HÀ NỘI

**GIÁ: 19.500 ĐỒNG**

**Ảnh bìa:** Chủ tịch Quốc hội Nguyễn Thị Kim Ngân phát biểu khai mạc Kỳ họp thứ tư Quốc hội Khóa XIV

**Ảnh:** Văn Bình

# LEGISLATIVE STUDIES

www.nclp.org.vn

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

## Legis No 20/2017

### STATE AND LAW

#### 3 **100th Anniversary of the Russian October Revolution**

Leninism with Fight against Bureaucracy and Corruption

**Dr. Bui Ngoc Thanh**

#### 8 Criteria for Identification and Proposal of Case Laws

**Prof., Dr. Nguyen Ngoc Dien**

#### 14 New Provisions on Local Government in the Constitution of 2013 and the Law on Local Government of 2015

**Dr. Tran Thi Dieu Oanh**

### DISCUSSION OF BILLS

#### 19 Resolvment of Poor Bank and Proposed Amendments to the Law on Credit Institutions

**Dr. Nguyen Thi Lan Huong**

### POLICIES

#### 29 Recommendations for Improvements of Fisheries Policy and Legislation

**Dr. Nguyen Minh Son**

**Bui Thi Thuy Linh**

### LEGAL PRACTICE

#### 39 Policy Development Constraints in Proposal for Formulation of Legal Documents

**LLM. Bui Thu Hang**

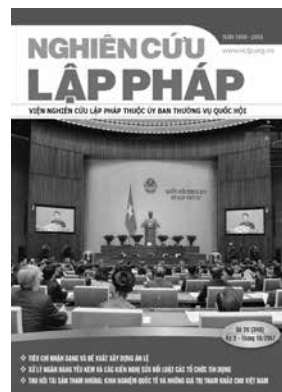
#### 48 Children Protection by Laws and the Hands of Stakeholders

**LLM. Vu Thi Phuong**

### FOREIGN EXPERIENCE

#### 55 Revocation of Corrupted Assets: International Practices and Experience and Reference for Vietnam

**LLM. Do Thu Huyen**



#### EDITORIAL BOARD:

Dr. NGUYEN DINH QUYEN (Chairman)

Dr. NGUYEN VAN GIAU

Prof, Dr. NGUYEN THANH HAI

Prof, Dr. DINH VAN NHA

Prof, Dr. LE BO LINH

Dr. NGUYEN VAN LUAT

Prof, Dr. HOANG VAN TU

Dr. NGUYEN VAN HIEN

Prof, Dr. NGO HUY CUONG

Dr. NGUYEN HOANG THANH

#### CHEF EDITOR IN CHARGE:

TS. NGUYEN HOANG THANH

#### OFFICE:

27A VONG THI - TAY HO - HA NOI

ĐT: 0243.2121204/0243.2121206

FAX: 0243.2121201

Email: nclp@qh.gov.vn

Website: www.nclp.org.vn

#### DESIGN:

BUI HUYEN

#### LICENSE OF PUBLISHMENT:

Nº 438/GP-BTTTT DATE 29-10-2013

MINISTRY OF INFORMATION

AND COMMUNICATION

#### DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202

#### ACCOUNT NUMBER:

0991000023097

LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE

VIETCOMBANK

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY HANOI PRINTING

JOINT STOCK COMPANY

Price: **19.500 VND**

# KỶ NIỆM 100 NĂM CÁCH MẠNG THÁNG 10 NGA

## LÊNIN VỚI CÔNG CUỘC CHỐNG QUAN LIÊU, THAM NHŨNG

**Bùi Ngọc Thanh\***

\*TS, Nguyên Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Lênin; bảo vệ Đảng; chống quan liêu; chống tham nhũng

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 12/09/2017

Biên tập: 20/09/2017

Duyệt bài: 25/09/2017

### Tóm tắt:

Theo Lênin, bảo vệ Đảng, bảo vệ chính quyền cách mạng gồm nhiều loại việc, trong đó có việc phải làm cho nội bộ Đảng trong sạch, vững mạnh, ngày càng gắn bó mật thiết với Nhân dân. Quan liêu, xa rời dân chúng, xa lạ với thực tế, lại dần thân vào mê lộ tham nhũng, đánh mất lòng tin đối với Nhân dân, làm sao có thể phản ánh và thể hiện được nguyện vọng chính đáng của Nhân dân.

### Article Infomation:

*Keywords:* Lenin, Party protection, anti- bureaucracy; anti- corruption.

*Article History:*

Received: 12 Sep. 2017

Edited: 20 Sep. 2017

Approved: 25 Sep. 2017

### Abstract:

Under Lenin's viewpoints, protection of the Party and protection of the revolutionary government consists of several things to do, one of these to be done is to make the party internal transparent and strong, increasingly close to the People. The all of the bureaucracy, keeping a gap to the residents, unrealistic viewpoints, corruption addicted, lost faith from the People cannot reflect and respond to the legitimate aspirations of the People.

Theo Lênin, bảo vệ Đảng, bảo vệ chính quyền cách mạng gồm nhiều loại việc, trong đó có ba loại việc cơ bản. *Một là*, chống giặc ngoài; *hai là*, trấn áp thù trong; *ba là*, phải làm cho nội bộ Đảng trong sạch, vững mạnh, ngày càng gắn bó mật thiết với Nhân dân. Một khi đã đập tan các cuộc xâm lăng, đã trấn áp một cách căn bản bọn phản cách mạng thì chính loại việc thứ ba lại là loại việc phải được đặt lên hàng đầu.

Ở mặt trận này ít có “khói súng” nhưng vô cùng gian khổ và đầy tính quyết liệt. Lênin dạy, có nhiều thứ bệnh tật, tệ nạn đã làm cho không ít cán bộ, đảng viên vấp ngã, trong đó hai thứ trọng bệnh là *quan liêu* và *bao che, tham nhũng*. Hai thứ trọng bệnh này được Người liệt vào loại tệ nạn nguy hiểm “giết người êm ái” nhất. Người nói, “toàn bộ công việc của tất cả các cơ quan kinh tế của chúng ta bị khốn khổ trước hết về tệ quan liêu... Nếu có cái gì sẽ làm tiêu

vong chúng ta thì chính là cái đó”<sup>1</sup> và “Hiện giờ có ba kẻ thù chính đang đứng trước mỗi người, bắt kể người đó làm việc gì, ở cương vị nào... kẻ thù thứ nhất - tính kiêu ngạo cộng sản; kẻ thù thứ hai - nạn mù chữ; kẻ thù thứ ba - nạn hối lộ”<sup>2</sup>. Người giải thích rằng, “... nếu còn có thể hối lộ được, thì cũng không thể nói đến chính trị. Trong trường hợp này, thậm chí cũng không thể nói đến làm chính trị được, vì mọi biện pháp đều sẽ lơ lửng trên không trung, sẽ hoàn toàn không mang lại kết quả gì cả. Một đạo luật chỉ có thể đưa đến kết quả xấu hơn, nếu trên thực tiễn nó được đem áp dụng trong điều kiện nạn hối lộ còn được dung thứ và đang thịnh hành”<sup>3</sup>

Thật là chí lý, đã quan liêu, xa rời dân chúng, xa lạ với thực tế, lại dấn thân vào mê lộ tham nhũng thì làm gì còn có lòng tin đối với Nhân dân, làm sao có thể phản ánh và thể hiện được nguyện vọng chính đáng của Nhân dân. Chính vì thế nên Lenin đã xử lý rất nghiêm khắc hai thứ trọng tội này. Trong vô vàn sự kiện, xin chỉ nêu ra ba trường hợp làm ví dụ.

### VỀ MỘT TRONG NHỮNG TỘI QUAN LIÊU

Tháng 5 năm 1920, Ban Kim khí thuộc Hội đồng Kinh tế quốc dân tối cao được giao nhiệm vụ chỉ đạo tổ chức sản xuất máy cày kiểu Phaulơ để phục vụ nông nghiệp. Những người được giao việc lại chỉ trao đổi thư từ, điện thoại qua lại mà không làm việc trực tiếp cận kề với các bộ, ngành liên quan để giải quyết cụ thể, do đó công việc “giẫm chân tại chỗ”. Một năm rưỡi sau, vào ngày 21/11/1921, Hội đồng Lao động và Quốc phòng phải ra một nghị quyết khác để Ban Kim khí thi hành, đồng thời giao cho Bộ Dân ủy Tư pháp điều tra tình trạng

quan liêu, luộm thuộm suốt một năm rưỡi qua. Sau đó, vụ án này được chuyển đến Tòa án quân sự Mátxcova, vì kết quả điều tra cho thấy, nhiều cán bộ trong Hội đồng Kinh tế quốc dân tối cao và trong Bộ Dân ủy Nông nghiệp không chấp hành nghiêm chỉnh nhiệm vụ được giao. Tuy nhiên, Tòa án lại quyết định không xử phạt họ vì chiếu cố đến công lao những đồng chí này trong sự nghiệp khôi phục kinh tế. Sau khi xem xét, Hội đồng Lao động và Quốc phòng đã lưu ý Đoàn chủ tịch Hội đồng Kinh tế quốc dân tối cao và Ban lãnh đạo Bộ Dân ủy Nông nghiệp về thái độ thiếu nghiêm túc trong việc phục vụ nông nghiệp, nông dân. Trong việc quyết định không xử phạt các cán bộ có tội, có sự tác động của Chủ tịch Hội đồng Kinh tế quốc dân tối cao Bôgôđanốp, vì vậy, Lenin đã có giác thư với lời lẽ rất thẳng thắn như sau:

“Gửi P.A. Bôgôđanốp

23.XII.1921

Đồng chí Bôgôđanốp!

Tôi cho rằng tất cả những ý kiến của đồng chí về vụ những chiếc cày kiểu Phaulơ là sai hoàn toàn và sai về nguyên tắc. Quả thật, sự sai lầm của đồng chí không đến nỗi thô lỗ (xin lỗi, tôi đã dùng chữ quá nặng) như sai lầm của Ôxinxki, đồng chí ấy đã công nhiên biến thành người bảo vệ cho chủ nghĩa quan liêu xấu xa, nhưng dù sao thì đồng chí cũng *không tốt đẹp gì*.

Đừng nên sợ Tòa án (Tòa án của chúng ta là Tòa án vô sản) và công khai, mà phải đưa tệ quan liêu giấy tờ ra tòa án công luận; chỉ có như vậy chúng ta mới thực sự chữa khỏi bệnh đó...

Ý nghĩa xã hội của nó có phải sẽ lớn

1 V.I.Lenin Toàn tập, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2006, tập 54, tr. 235.

2 Sdd, tập 44, tr. 217.

3 Sdd, tập 44, tr. 218.

gấp 1.000 lần so với lỗi bí mật, đập đi một cách ngu xuẩn - trong nội bộ Trung ương Đảng - đối với một vụ dơ dáy mà không đưa ra công khai hay không?

Đồng chí hết sức sai nguyên tắc. Chúng ta không biết phán xử một cách công khai tệ quan liêu dơ dáy; vì sự bất lực đó mà tất cả chúng ta và Bộ Dân ủy Tư pháp đáng bị treo cổ lên những chiếc thòng lọng thối hoắc. Tôi vẫn chưa mất hết hy vọng rằng sẽ có một khi nào đó, vì khuyết điểm đó, chúng ta sẽ bị treo cổ *một cách đáng đời...*

Gửi lời chào cộng sản

V.ULIANÓP (LÊNIN)<sup>4</sup>

### Về một tội bao che

Trong các tháng Giêng, Hai năm 1922, có nhiều đơn tố giác về những việc làm tiêu cực của Phòng Nhà đất trung ương thuộc Xôviết Mátxcova, vì vậy các cơ quan chức năng đã quyết định mở cuộc thanh tra. Văn phòng Hội đồng Dân ủy đã cử đồng chí Đivincốpxki tham gia cuộc thanh tra này. Kết quả cuộc thanh tra đã xác nhận những tiêu cực của một số cán bộ phụ trách Phòng Nhà đất trung ương và sự a tòng của đảng viên Xôvétnhicốp - Cục trưởng Cục Công trình công cộng Mátxcova. Ngày 14/3/1922, Thường vụ Ban chấp hành Đảng bộ Mátxcova đã họp với sự tham gia của Đoàn Chủ tịch Xôviết Mátxcova. Cuộc họp đã kết luận rằng, kết quả thanh tra là không có căn cứ và quyết định chuyển việc này cho một tiểu ban của Đảng để xem xét lại. Ngay lập tức, ngày 15/3/1922, đồng chí Đivincốpxki đã viết báo cáo cho đồng chí Goócbumốp để chuyển tới tất cả các Ủy viên Bộ Chính trị Ban chấp hành Trung ương Đảng Bôn-sê-vich Nga để biết. Đồng chí Đivincốpxki nói, quyết định của Đảng bộ Mátxcova là “sự chôn vùi

toàn bộ vụ án loại một” và lưu ý rằng, quyết định đó mâu thuẫn với chỉ thị của Lênin là phải thẳng tay truy nã, trừng trị “tệ ăn cướp, quan liêu, đặc biệt, nếu như cái tệ đó là do những phần tử khả nghi chui vào Đảng thực hiện”. Vì vậy, đồng chí Đivincốpxki đề nghị phải hủy bỏ quyết định của Ban Thường vụ Đảng bộ Mátxcova và phải truy tố những kẻ phạm tội trước tòa án...

Những người tố giác có gửi cả đơn cho Lênin và khi biết tình hình trên, tuy bận nhiều việc nhưng Người đã chỉ đạo như sau:

“THƯ GỬI BỘ CHÍNH TRỊ BAN CHẤP HÀNH TRUNG ƯƠNG ĐẢNG CỘNG SẢN (B) NGA

*Gửi đồng chí Mólôtốp để chuyển cho các Ủy viên Bộ Chính trị.*

Ban Chấp hành Đảng bộ Mátxcova (trong đó có cả đồng chí Dêlênxki) không phải lần đầu đã thực tế *nhẹ tay* với những đảng viên cộng sản phạm tội mà lẽ ra phải treo cổ.

Việc làm này là do “nhầm”. Song cái “nhầm” này hết sức nguy hiểm. *Tôi đề nghị:*

1. *Chấp nhận* đề nghị của đồng chí Đivincốpxki.

2. Tuyên bố *ngghiêm khắc cảnh cáo Ban chấp hành Đảng bộ Mátxcova* về tội *nhẹ tay* với những đảng viên cộng sản (hình thức nhẹ tay - một ủy ban đặc biệt).

3. Khẳng định với tất cả các Tỉnh ủy rằng Ban Chấp hành Trung ương sẽ *khai trừ ra khỏi Đảng* những ai có chút mưu toan “tác động” đến Tòa án nhằm “giảm nhẹ” trách nhiệm của những đảng viên cộng sản.

4. Ra thông tri báo cho Bộ Dân ủy Tư pháp (sao gửi cho các Tỉnh ủy) biết rằng Tòa án phải trừng phạt các đảng viên cộng sản

4 Sdd, tập 54, tr. 112-115.

một cách *ngghiêm khắc hơn* là đối với những người không phải là đảng viên cộng sản.

Nếu không chấp hành chỉ thị này, các Thẩm phán nhân dân và các Ủy viên Ban lãnh đạo Bộ Dân ủy Tư pháp sẽ *bị đuổi ra khỏi cơ quan làm việc*.

5. Ủy nhiệm cho Đoàn Chủ tịch Ban Chấp hành trung ương các Xôviết toàn Nga *quất cho* Đoàn chủ tịch Xôviết Mátxcova một đòn cảnh cáo trên báo chí.

Lênin

18-III

P.S. Thật quá ư nhục nhã và kỳ quái: một đảng cầm quyền lại bảo vệ những tên vô lại “của mình”<sup>5</sup>

Như vậy, việc giải quyết một vụ tiêu cực cùng lúc cho ta nhiều bài học, trong đó có bài học sống động là, đi đôi với chống tiêu cực phải phát quang những nơi ần náu của tiêu cực; phải nghiêm trị những kẻ gây ra tiêu cực đồng thời phải xử lý nghiêm minh những kẻ bao che cho tiêu cực, bất kể đó là ai, ở cương vị nào, cao đến đâu.

### VỀ MỘT TỘI THAM NHƯNG

Bốn cán bộ thuộc Ban Điều tra Mátxcova đã phạm tội ăn hối lộ lại còn hăm dọa người khác. Ngày 2/5/1918, Tòa án Mátxcova đã quyết định xử nhẹ, chỉ phạt họ có 6 tháng tù. Biết được việc này, Lênin đã viết thư cho Ủy viên lãnh đạo Bộ Dân ủy Tư pháp N.V.Crulencô yêu cầu cho Ban Chấp hành Trung ương biết danh sách những người bị kết án và danh sách các quan tòa đã xử vụ án. Sau khi nhận được báo cáo, Lênin đã chuyển cho Ban Chấp hành Trung ương Đảng và kèm theo bức thư của Người, trong đó đặc biệt lưu ý đến tài liệu của Crulencô cung cấp. Nội dung bức thư như sau;

“Gửi Ban chấp hành Trung ương Đảng Cộng sản Nga

Tôi đề nghị ghi vào chương trình nghị sự vấn đề khai trừ các đảng viên là quan tòa trong vụ xử (2/5/1918) những tên ăn hối lộ - những tên này đã bị xác nhận và đã tự thú nhận là có ăn tiền hối lộ - đã chỉ kết án những tên kia có 6 tháng tù.

Kết án bọn ăn hối lộ nhẹ đến mức lỗ bịch như thế, mà lẽ ra phải xử bắn chúng, đó là một hành động đáng *sỉ nhục* đối với một người cộng sản và một người cách mạng. Phải đưa các đồng chí đó ra *truy tố* trước tòa án dự luận và *khai trừ họ ra khỏi đảng*, vì chỗ đứng của họ là ở bên cạnh bọn Kêrenski hay bọn Máctốp, chứ không phải ở bên cạnh những người cộng sản cách mạng.

4.V.1918

Lênin”<sup>6</sup>(6)

Vụ án trên đã được xét xử lại, kết quả là ba trong bốn bị cáo phải lãnh án 10 năm tù giam chứ không phải chỉ có 6 tháng.

Cũng trong những ngày ấy, Lênin đã gửi cho Bộ trưởng Bộ Dân ủy Tư pháp Đ.I.Cuócxki một bức thư ngắn, yêu cầu phải soạn thảo thật nhanh một dự án Sắc lệnh với những điều khoản trừng phạt tội tham nhũng, ăn hối lộ, mua chuộc, lộ tin để ăn tiền. Theo kết quả xét xử lại vụ án nói trên thì những tội này không thể dưới 10 năm tù, ngoài ra còn phải 10 năm lao động khổ sai. Bộ Dân ủy Tư pháp đã trình dự án Sắc lệnh này và Hội đồng Bộ trưởng Dân ủy trong phiên họp ngày 8/5/1918 đã xem xét; Lênin đã cho ý kiến chỉnh lý và Sắc lệnh đã được phê chuẩn ban hành.

Như vậy, việc xét xử lại một vụ án và việc dự thảo rồi đi đến phê chuẩn một Sắc

5 Sdd, tập 45, tr. 64-65.

6 Sdd, tập 46, tr. 346.



lệnh được tiến hành với tốc độ vô cùng khẩn trương, nhanh chóng, chỉ vền vẹn trong một tuần lễ (từ ngày 2 đến ngày 8/5/1918).

\*

Ba ví dụ trên đây cho thấy, việc giữ gìn kỷ cương phép nước, thái độ công minh, chính trực của người lãnh đạo đối với cán bộ, đảng viên chỉ có thể làm cho Đảng trong sạch, vững mạnh hơn, tuyệt nhiên không có ảnh hưởng gì đến uy tín của Đảng. Lênin cũng đã nói rõ điều này: Người cộng sản nếu không tự bôi nhọ mình thì không ai có thể hạ thấp được uy tín của họ.

Điều đáng lưu ý là, việc bảo vệ Đảng, bảo vệ chính quyền, bảo vệ chế độ không chỉ bằng “súng” mà trước hết phải bằng tư tưởng trong sáng, lòng kiên định, bằng cái đầu tinh táo. Lịch sử đã cho thấy, một siêu cường có vô số xe tăng, đại bác, máy bay, tàu ngầm, các vũ khí hạng nặng tối tân và có hàng nghìn đầu đạn hạt nhân, lực lượng quân sự mạnh vào bậc nhất, nhưng một khi cái đầu đã nghĩ khác, một khi đảng viên của Đảng lãnh đạo mỗi người nói theo một giọng điệu và trong dân chúng “trống đánh xuôi, kèn thổi ngược” thì mạnh như thế chứ mạnh hơn nữa vẫn không cứu vãn được sự đổ vỡ. Chỉ tiếc một điều là, Lênin đã dự báo để cảnh giác, đề phòng, nhưng ở đó lại không cảnh giác, cũng chẳng đề phòng được. Người dạy “...chỉ khi nào biểu hiện được đúng ý nguyện của nhân dân, thì chúng ta mới quản lý nhà nước được. Nếu không, Đảng Cộng sản sẽ không lãnh đạo được giai cấp vô sản, giai cấp vô sản sẽ không lôi cuốn được quần

chúng theo mình, và tất cả bộ máy sẽ tan rã”<sup>7</sup>. Đây cũng chính là bài học mà Lênin để lại cho tất cả các Đảng Cộng sản chân chính. Lời dạy của Người càng có tính thời sự và ý nghĩa sâu sắc trong thời đại ngày nay.

Những bài học lịch sử đắt giá trên đây càng cho chúng ta thấy rõ tầm nhìn và sự kiên định của Đảng ta. Từ khi thành lập đến nay (nhất là từ khi Đảng cầm quyền), ở bất kỳ giai đoạn nào, bất kỳ thời kỳ nào, Đảng ta cũng luôn luôn cảnh tỉnh và đặt đúng tầm, đúng vị trí *then chốt* của công tác xây dựng và chỉnh đốn Đảng. Cách đây đúng 30 năm (trước khi Liên Xô và Đông Âu sụp đổ), ngay từ năm 1987, Đảng ta đã nhìn rõ những khuyết tật nghiêm trọng của đảng viên trong thời bình, “giảm sút ý chí chiến đấu, giảm sút tinh thần trách nhiệm; bảo thủ trì trệ; kém ý thức tổ chức, kỷ luật... tham ô, hối lộ, đầu cơ, buôn lậu, sống sa đọa, trụy lạc, lợi dụng chức quyền dành cho mình những đặc quyền đặc lợi... quan liêu, hống hách, ức hiếp quần chúng”<sup>8</sup>. Và từ đó Đảng ta kiên quyết phải “làm trong sạch và nâng cao sức chiến đấu của tổ chức đảng; làm trong sạch và nâng cao hiệu lực quản lý của bộ máy nhà nước; làm lành mạnh các quan hệ xã hội và thực hiện công bằng xã hội”<sup>9</sup>. Với phương châm, biện pháp là, “kiên quyết loại ra khỏi Đảng, bộ máy nhà nước và trừng trị nghiêm khắc những kẻ thoái hóa, biến chất, bọn làm ăn phi pháp... Xây dựng lối sống có lý tưởng, lành mạnh, trung thực, tiết kiệm, sống bằng lao động của mình, chăm lo lợi ích tập thể, bảo vệ của công; chống lối sống ích kỷ, dối trá,

(Xem tiếp trang 28)

7 Sdd, tập 45, tr. 134.

8 Văn kiện Đảng toàn tập, tập 48 (1987), trang 387-396 Nghị quyết của Bộ Chính trị số 04-NQ/TW ngày 12/9/1987 về cuộc vận động làm trong sạch và nâng cao sức chiến đấu của tổ chức đảng và bộ máy nhà nước, làm lành mạnh các quan hệ xã hội.

9 Văn kiện Đảng toàn tập, tập 48 (1987), trang 387-396 Nghị quyết của Bộ Chính trị số 04-NQ/TW ngày 12/9/1987 về cuộc vận động làm trong sạch và nâng cao sức chiến đấu của tổ chức đảng và bộ máy nhà nước, làm lành mạnh các quan hệ xã hội.

## TIÊU CHÍ NHẬN DẠNG VÀ ĐỀ XUẤT XÂY DỰNG ÁN LỆ

**Nguyễn Ngọc Điện\***

\* PGS, TS, Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* án lệ, tiền lệ, giải thích luật, trường hợp tương tự,

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 22/09/2017

Biên tập: 02/10/2017

Duyệt bài: 09/10/2017

### Tóm tắt:

Án lệ được hiểu là cách giải quyết của toà án đối với vấn đề pháp lý đặt ra trong khuôn một vụ án áp dụng được trong các trường hợp tương tự. Ở các nước theo luật thành văn, cách giải quyết ấy trước hết là kết quả phân tích, giải thích một hoặc nhiều quy định của pháp luật. Ở các nước theo thông luật, đó là kết quả sự tích hợp nhận thức của thẩm phán đối với các chuẩn mực khách quan chi phối quan hệ tranh chấp được xem xét. Dù được hình thành trong hệ thống nào, thì để được coi là án lệ, cách giải quyết ấy phải thoả mãn một loạt điều kiện, bao gồm tính phức tạp và tính tiêu biểu của vấn đề, cũng như tính có chất lượng của giải pháp đề ra.

### Article Information:

*Keywords:* case law, precedent, interpretation of law, similar case

*Article History:*

Received: 22 Sep. 2017

Edited: 02 Oct. 2017

Approved: 09 Oct. 2017

### Abstract:

Case law is the set of solutions of legal issues raised within the framework of a lawsuit and that might be cited to be applied in similar cases. In the jurisdictions of civil law, these solutions are acknowledged as a result of analysis and interpretation of law rules. In the jurisdictions of Common Law, they are known as a result of judge's accumulative perception of objective norms governing the litigious relationship. Whatever is the legal system in which it is formed, to be recognized as a part of case law, the solution of a legal issue must meet a set of requirements, including those related to the complexity and the typical character of the legal issue as well as the quality of its solution.

## 1. Khái niệm và tính chất của án lệ

Ở các nước tiên tiến, án lệ được coi là một loại chuẩn mực đặc thù hình thành từ sự lặp đi lặp lại một giải pháp cho một vấn đề

giống nhau được đặt ra trong nhiều bản án khác nhau. Sự lặp đi lặp lại ấy thể hiện sự trùng hợp trong suy nghĩ của các quan toà về cách hiểu và áp dụng luật trong những trường hợp tương tự<sup>1</sup>.

1 Tham khảo: G. Cornu, Droit civil – Introduction. Les personnes, Les biens, Montchrestien, Paris 1990, tr. 145 và kế tiếp. Đặc biệt đáng chú ý là định nghĩa án lệ do tác giả đưa ra: “la jurisprudence se définit comme l’habitude prise par les tribunaux d’appliquer une règle de droit d’une certaine façon” (Án lệ là thói quen của các toà án áp dụng quy tắc pháp lý theo một cách nào đó).

Các nước theo luật thành văn, như Pháp, không coi án lệ là luật, mà chỉ là cách áp dụng luật của thẩm phán và có thể được các thẩm phán khác tham khảo khi xét xử vụ án có nội dung, tính chất, tình tiết tương tự<sup>2</sup>. Tư tưởng chủ đạo là: thẩm phán nói luật chứ không tạo ra luật. Trong điều kiện luật có thể được nói theo nhiều cách, thì cách thẩm phán nói luật trở nên đáng chú ý, hay đúng hơn là có ý nghĩa định hướng mạnh mẽ đối với xã hội. Ở những nước này, người dân có xu hướng dựa vào án lệ để chấn chỉnh hành vi của mình trong giao tiếp, nhằm tránh rơi vào thế bất lợi trong trường hợp có tranh chấp. Nhưng án lệ không phải là luật và không được đảm bảo thực hiện bằng pháp luật. Thẩm phán cũng không bị buộc phải xử theo một tiền lệ nào đó, dù tiền lệ đó đã được nhất trí chấp nhận trong giới quan toà.

Ở các nước theo thông luật (common law), các chuẩn mực chi phối hành vi của con người trong quan hệ xã hội hình thành từ các nguồn đa dạng. Trong trường hợp có tranh chấp, xung đột, thẩm phán dựa vào các chuẩn mực ấy để xét xử. Giải pháp của thẩm phán đối với vấn đề pháp lý, đến lượt mình, tạo thành một chuẩn mực riêng biệt. Chuẩn mực đó trở thành một tiền lệ (precedent) mà bất kỳ ai cũng có thể viện dẫn để đòi hỏi thẩm phán cùng cấp hoặc cấp dưới phải xử vụ việc tương tự theo cùng một cách. Quyền viện dẫn án lệ được cho là xuất phát từ Lễ công bằng (Equity) ràng buộc người cầm cân nảy mực theo quy tắc “tiền lệ phải được tôn trọng” - stare decisis: một người đã được hưởng cách xét xử như thế, thì không lý do gì người khác không được hưởng cùng một cách xét xử trong trường hợp tương tự.

Ở Việt Nam, án lệ đã được định nghĩa

chính thức trong văn bản quy phạm pháp luật. Điều 1 Nghị quyết số 03/2015/NQ-HĐTP ngày 28/10/2015 của Hội đồng Thẩm phán Toà án nhân dân tối cao - TANDTC (Nghị quyết số 03) quy định: “Án lệ là những lập luận, phán quyết trong bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án về một vụ việc cụ thể được Hội đồng Thẩm phán TANDTC lựa chọn và được Chánh án TANDTC công bố là án lệ để các Tòa án nghiên cứu, áp dụng trong xét xử”.

Như vậy, cũng như ở các nước, ở Việt Nam, án lệ được hình thành từ cách xét xử của Tòa án. Nhưng, khác với án lệ các nước, án lệ ở Việt Nam ra đời theo một quy trình chặt chẽ (và phức tạp) với vai trò trung tâm chủ động của Hội đồng thẩm phán TANDTC. Sự xác nhận của cơ quan này là điều kiện cần thiết để một cách xét xử nào đó trở thành án lệ. Nói cách khác, ở Việt Nam, án lệ phải được chính thức hoá theo một thủ tục chặt chẽ và có tính ràng buộc đối với thẩm phán khác. Điều 8 khoản 2 Nghị quyết 03 khẳng định: “Khi xét xử, Thẩm phán, Hội thẩm phải nghiên cứu, áp dụng án lệ để giải quyết các vụ việc tương tự, bảo đảm những vụ việc có tình tiết, sự kiện pháp lý giống nhau phải được giải quyết như nhau”.

## **2. Tiêu chí nhận dạng án lệ**

Điều 2 Nghị quyết 03 quy định án lệ được lựa chọn phải đáp ứng được các tiêu chí sau đây:

1. Chứa đựng lập luận để làm rõ quy định của pháp luật còn có cách hiểu khác nhau; phân tích, giải thích các vấn đề, sự kiện pháp lý và chỉ ra nguyên tắc, đường lối xử lý, quy phạm pháp luật cần áp dụng trong một vụ việc cụ thể;

2 Tham khảo G. Cornu, sdd, tr. 166; F. Terré, Introduction à l'étude du droit, Dalloz, Paris, 1994, tr. 200 và kế tiếp.

2. Có tính chuẩn mực;

3. Có giá trị hướng dẫn áp dụng thống nhất pháp luật trong xét xử, bảo đảm những vụ việc có tình tiết, sự kiện pháp lý như nhau thì phải được giải quyết như nhau.

Dù có ít nhiều khác biệt trong quan niệm về cách hình thành, Việt Nam và các nước đều thừa nhận rằng án lệ có nguồn gốc từ thực tiễn xét xử. Cụ thể, thẩm phán được giao thụ lý một vụ việc nào đó và có trách nhiệm ra quyết định xử lý. Nếu quyết định ấy chỉ là kết quả áp dụng luật theo phương pháp tam đoạn luận của logic sơ cấp, thì không có gì đáng chú ý, bởi bất kỳ ai cũng có thể đạt được kết quả áp dụng luật ấy một cách dễ dàng. Khó khăn chỉ nảy sinh trong trường hợp tình huống của vụ việc phức tạp khiến cho việc áp dụng luật đòi hỏi những lập luận chặt chẽ, tinh vi và nhất là có tính thuyết phục. Từ đó, vai trò của thẩm phán trở nên quan trọng.

Cần nhấn mạnh rằng, trong một hệ thống tư pháp lành mạnh, người thẩm phán luôn được độc lập, kể cả đối với thẩm phán toà án cấp trên, trong quá trình cân nhắc để đi đến quyết định lựa chọn cách hiểu, cách áp dụng pháp luật mà bản thân mình cho đúng đắn. Sự giống nhau về nội dung của các quyết định thường là do các thẩm phán sử dụng các công cụ, phương pháp phân tích như nhau trong quá trình tiếp cận tìm hiểu luật viết, nhờ đó thu được cùng một kết quả.

Là cách giải quyết được nhiều thẩm phán lựa chọn đối với cùng một vấn đề pháp lý, theo thời gian, án lệ được nhận ra như một xu hướng giải thích luật của cơ quan xét xử. Các quan toà đi theo xu hướng đó trong

quá trình xem xét giải quyết một vụ việc, cũng giống như người dân tuân theo một tục lệ khi tham gia vào một giao ước trong cuộc sống dân sự.

Tóm lại, có thể ghi nhận rằng, một án lệ cần hội đủ các tiêu chí sau đây: giải pháp có tác dụng giải quyết một vụ việc phức tạp trong điều kiện không thể có được điều luật cần thiết được áp dụng một cách trực tiếp; giải pháp có thể được áp dụng nhiều lần do có nhiều trường hợp tương tự được ghi nhận trong thực tiễn; giải pháp có chất lượng và có tính thuyết phục cao.

### 2.1 Tính phức tạp

*Tính phức tạp của tình huống.* Tình huống được gọi phức tạp về phương diện xây dựng án lệ không hẳn do tính phức tạp của việc áp dụng kết hợp nhiều điều luật. Về mặt lý thuyết, thẩm phán phải được rèn luyện trong quá trình đào tạo chuyên môn, về kỹ năng phân tích luật, đặc biệt là kỹ năng sử dụng các phương pháp phân tích của logic. Nếu đối với một vấn đề mà việc giải quyết cần áp dụng nhiều điều luật, nhưng phương pháp áp dụng luật cũng như tính hợp lý của giải pháp là rõ ràng, không thể tranh cãi, thì không có án lệ<sup>3</sup>.

Sự phức tạp của tình huống pháp lý dẫn đến việc xây dựng án lệ trước hết là do sự lệch pha giữa luật và thực tiễn: luật quy định một đằng trong khi thực tiễn lại diễn ra một nẻo, khiến cho việc áp dụng luật để giải quyết vấn đề thực tiễn đặc thù trở nên khó khăn. Ở góc nhìn thực tiễn trong trường hợp đặc thù, có thể luật quy định không rõ ràng; cũng có thể luật thiếu hẳn quy định cần thiết. Cũng có trường hợp luật có quy định, nhưng

3 Nếu việc xét xử chỉ đơn giản là việc áp dụng theo đúng câu chữ của một điều luật được diễn đạt rõ ràng, minh thị, thì công việc của thẩm phán là thuần túy cơ học, không có ý nghĩa sáng tạo: F. Terré, Introduction à l'étude du droit, Dalloz, Paris, 1994, tr. 201.

việc áp dụng quy định của luật một cách máy móc khiến giải pháp thiếu tính thuyết phục, không được sự đồng thuận của xã hội. Thậm chí có trường hợp luật quy định mâu thuẫn, khiến thẩm phán gặp khó khăn trong việc lựa chọn quy phạm áp dụng.

Tình huống trong án lệ số 03/2016/AL có thể được coi là tiêu biểu về tính phức tạp<sup>4</sup>. Anh N và chị H kết hôn năm 1992 và ly hôn năm 2009; năm 1993, vợ chồng được cha mẹ chồng tặng cho quyền sử dụng một thửa đất. Việc tặng cho không được công chứng, chứng thực, nhưng bên được tặng cho đã hoàn tất thủ tục đăng ký và được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất. Khi ly hôn, các bên tranh chấp đòi được chia quyền sử dụng đối với phần đất này.

Khi tiếp nhận vụ tranh chấp như thế này, toà án phải đặt ra và giải quyết 2 vấn đề: 1, Bên tranh chấp có hay không có quyền sở hữu đối với tài sản chia (bởi đơn giản, người ta chỉ có quyền yêu cầu chia những gì mình có quyền đòi chia, chứ không thể yêu cầu chia tài sản của người khác)? và 2, Phải chia như thế nào cho đúng?

Đối với vấn đề thứ nhất, trong điều kiện không có ai tranh chấp về quyền sở hữu đối với tài sản, thì toà án không cần và cũng không có quyền truy vấn căn cứ về tư cách chủ sở hữu của đương sự. Nhưng vụ tranh chấp được xác định là phức tạp do luật có hiệu lực ở thời điểm tranh chấp coi chiếm hữu là một phần nội dung quyền sở hữu, chứ không phải là một quan hệ thực tế, độc lập với quyền sở hữu; bởi vậy, cần thẩm tra tư cách chủ sở hữu của bên yêu cầu chia trước khi giải quyết vấn đề chia như thế nào. Tuy nhiên, luật lại không quy định rõ việc thẩm

tra dựa vào những tiêu chí nào, loại bằng chứng nào. Trong khi đó, có một quy định của luật theo đó, việc tặng cho quyền sử dụng đất phải được công chứng hoặc chứng thực; bên đương sự không thoả mãn điều kiện này. Hậu quả là tư cách chủ sở hữu đối với tài sản mà họ yêu cầu chia trở nên mập mờ, đặc biệt là đối với toà án.

## **2.2 Tính tiêu biểu**

*Có nhiều trường hợp tương tự.* Được gọi là tiêu biểu một khi quyết định được đưa ra để giải quyết một trường hợp mà người ta có thể ghi nhận nhiều lần trong thực tiễn. Việc xử lý trường hợp tạo ra một tiền lệ và việc xử lý đúng đắn, thuyết phục tạo ra khuôn mẫu để các thẩm phán tham khảo một cách nghiêm túc mỗi khi thụ lý một vụ có tính tiết cơ bản tương tự.

Án lệ số 03/2016/AL dẫn trên có tính tiêu biểu, bởi rất nhiều những tình huống tương tự, đặc biệt trong thực tiễn giao dịch tại các vùng nông thôn: các bên chuyển dịch quyền sử dụng đất mà không tuân theo xác lập quyền đối với tài sản không theo các quy định của luật về hình thức cũng như về nội dung; nhưng bên nhận chuyển giao tiếp nhận tài sản trên thực tế và sử dụng tài sản trong những điều kiện bình thường, không bị quấy nhiễu, tranh chấp.

Trái lại, trường hợp được ghi nhận tại một dự thảo án lệ từ Quyết định Giám đốc thẩm số 39/2006/DS-GĐT ngày 06/11/2006 của Hội đồng Thẩm phán TANDTC khó có thể được coi là tiêu biểu để xây dựng án lệ. Cụ K lập di chúc để tài sản lại cho ông Đ với điều kiện nuôi dưỡng bà H (con riêng của cụ K) cho đến suốt đời. Sau khi thừa kế được mở, ông Đ tiếp nhận di sản theo di chúc và

4 Quyết định giám đốc thẩm số 208/2013/DS-GĐT ngày 03/5/2013 của Hội đồng Thẩm phán TANDTC, được công nhận là án lệ theo Quyết định số 220/QĐ-CA ngày 06/4/2016 của Chánh án TANDTC.

thực hiện nghĩa vụ nuôi dưỡng đối với bà H. Tuy nhiên, bà H. yêu cầu nuôi dưỡng vượt quá khả năng đáp ứng của ông Đ, từ đó, hai bên xảy ra mâu thuẫn. Bà H yêu cầu không công nhận cho ông Đ được hưởng di sản theo di chúc và chia di sản theo pháp luật. Tất nhiên, cũng như trong các trường hợp luật chỉ quy định điều kiện áp dụng định tính mà không có điều kiện áp dụng định lượng, thẩm phán cần cân nhắc điều kiện áp dụng định lượng tùy trường hợp. Trong vụ án nêu trên, Tòa án phải giải quyết vấn đề ông Đ phải nuôi dưỡng bà H như thế nào mới gọi là đáp ứng đòi hỏi của người lập di chúc. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra có vẻ quá đặc thù, ít khả năng xuất hiện trở lại trong thực tiễn.

### 2.3 Tính có chất lượng của giải pháp

Một giải pháp đối với vấn đề pháp lý do các thẩm phán đề ra sẽ được các thẩm phán khác chú ý nghiên cứu theo hướng tiếp thu kinh nghiệm một các tích cực để vận dụng, một khi giải pháp đạt chất lượng theo một tiêu chí kép: kỹ thuật và nhân văn.

*Chất lượng kỹ thuật.* Chất lượng kỹ thuật của giải pháp thể hiện trước hết trong việc lựa chọn điều luật và lựa chọn phương pháp phân tích luật. Áp dụng pháp luật để xét xử là quá trình hoạt động trí tuệ của thẩm phán; việc lựa chọn điều luật phù hợp cũng như lựa chọn phương pháp phân tích luật đúng đắn cho phép thu được giải pháp vừa hợp lý, vừa hợp với mục tiêu áp dụng pháp luật mà người làm luật mong muốn là đòi hỏi mà nhà chức trách, xã hội đặt ra đối với hoạt động trí tuệ ấy.

Án lệ số 03/2016/AL nêu trên có thể được thừa nhận là giải pháp đạt chất lượng

kỹ thuật. Để trả lời câu hỏi liệu đương sự có tư cách để yêu cầu chia tài sản, tòa án đánh giá minh chứng (giấy chứng nhận quyền sử dụng đất) sau đó là căn cứ để cấp giấy này (giao dịch tặng cho). Để đánh giá tính hợp pháp của căn cứ cấp giấy, tòa án dựa vào một quy định của BLDS năm 1995 về điều kiện có giá trị của giao dịch tặng cho quyền sử dụng đất (Điều 463). Quy định của luật theo đó việc tặng cho quyền sử dụng đất phải được công chứng hoặc chứng thực mới có giá trị đã không được tôn trọng. Về mặt lý thuyết, giao dịch trong trường hợp cụ thể của án lệ phải bị vô hiệu. Tuy nhiên, tòa án xét thấy các bên đều tự nguyện, có đầy đủ năng lực và đã xác lập giao dịch với đầy đủ ý thức về việc mình làm; hơn nữa, việc đặt ra các điều kiện về công chứng, chứng thực giao dịch cũng nhằm đạt mục tiêu ấy - bảo đảm sự tự nguyện của bên giao dịch và ngăn ngừa tranh chấp. Một khi các mục tiêu ấy đã đạt được mà không cần áp dụng luật thì việc áp dụng luật cũng bị loại trừ. Đó cũng là cách áp dụng luật theo nguyên tắc “luật ngừng lại ở nơi ngừng lại của lý lẽ” - *cessante ratione legis cessat ejus dispositio* - được thừa nhận rộng rãi trong học thuyết pháp lý của các nước phương Tây<sup>5</sup>.

Trái lại, án lệ số 02/2016/AL là một ví dụ về giải pháp pháp lý không đạt chất lượng kỹ thuật<sup>6</sup>. Bà Th (Việt kiều Hà Lan) nhờ ông T (em ruột) đứng tên để nhận chuyển nhượng quyền sử dụng một miếng đất. Sau đó ông T chuyển nhượng quyền sử dụng đất cho công ty MC với giá 1.260.000.000 đồng. Bà Th kiện ông T đòi lại số tiền này. Tòa án quyết định chia đôi số tiền giữa ông T và bà Th với lý do ông T có công đầu tư

5 Xem G. Cornu, sdd, tr. 134; F. Terré, sdd, tr. 398.

6 Quyết định giám đốc thẩm số 27/2010/DS-GĐT ngày 08/7/2010 của Hội đồng Thẩm phán TANDTC, được công nhận là án lệ theo Quyết định số 220/QĐ-CA ngày 06/4/2016 của Chánh án TANDTC.

làm tăng giá trị sử dụng đất. Lập luận của Toà án như sau: giao dịch giữa ông T (người đứng tên) và người chuyển nhượng quyền sử dụng đất cho bà Th (gọi là người chuyển nhượng) là vô hiệu do giả tạo (theo Điều 129 BLDS năm 2005); giao dịch giữa bà Th và người chuyển nhượng cũng vô hiệu do vi phạm điều cấm của pháp luật (theo Điều 128 BLDS). Và một khi giao dịch vô hiệu thì các bên phải trả lại cho nhau những gì đã nhận bằng hiện vật hoặc bằng tiền (theo Điều 137 BLDS). Nhưng đã lập luận như thế, thì ông T phải trả lại số tiền (tương ứng với giá trị quyền sử dụng đất theo tình trạng lúc chuyển nhượng) cho người chuyển nhượng, rồi người chuyển nhượng trả số tiền đó lại cho bà Th. Nếu gọi người chuyển nhượng ra toà với tư cách người có quyền và nghĩa vụ liên quan, thì toà án có điều kiện thẩm định tình trạng của tài sản lúc chuyển nhượng, từ đó có điều kiện thẩm định công sức đầu tư của ông T. Toà án dẫn điều luật phù hợp, nhưng phân tích luật thiếu cơ sở khoa học, từ đó đã đưa ra giải pháp chia đôi thiếu thuyết phục.

*Chất lượng nhân văn.* Việc phân tích, giải thích luật để có căn cứ áp dụng luật trong việc giải quyết một vấn đề pháp lý có thể được thực hiện bằng nhiều phương pháp khoa học. Không loại trừ khả năng việc sử dụng các phương pháp khác nhau trong việc phân tích, giải thích cùng một điều luật lại cho ra kết quả khác nhau. Trong điều kiện luật quy định không rõ, thiếu sót hoặc mâu thuẫn, thì giải pháp được thẩm phán xây dựng cho vấn đề đặt ra phải thoả mãn tiêu chí kép để có thể được coi là khuôn mẫu: phù hợp với ý chí của nhà làm luật và hợp với đạo lý, lẽ công bằng. Cách lập luận là: nếu người làm luật dự kiến được tình huống mà thẩm phán đang xử lý ở thời điểm làm luật, thì hẳn với quan điểm làm luật được thể hiện trong điều luật, người làm luật sẽ quy

định như thế để đặt cơ sở giải quyết vấn đề đặt ra trong tình huống. Mặt khác, giải pháp đề ra phải thể hiện sự đề cao công lý và lẽ phải.

Án lệ số 3/2016/AL dẫn trên có thể được coi là đạt yêu cầu về chất lượng nhân văn: trong điều kiện luật vừa không quy định rõ, vừa thiếu sót, thì cần áp dụng như thế nào để tạo điều kiện thuận lợi cho giao lưu dân sự, bảo đảm thoả mãn lợi ích chính đáng của các bên và không gây thiệt hại cho Nhà nước, cho chủ thể khác.

Trái lại, giải pháp tại dự thảo án lệ theo Quyết định giám đốc thẩm số 363/2014/DS-GĐT ngày 16/9/2014 của Toà Dân sự TANDTC về vụ án dân sự “tranh chấp quyền sử dụng đất giáp ranh” không thể được coi là đạt chất lượng nhân văn. Anh E lấn ranh đất của bà B và bà B sau đó lấn ranh đất của bà C. Bà C kiện bà B đòi lại phần đất bị lấn chiếm. Toà án cho rằng, người lấn chiếm đất nếu chưa xây dựng nhà kiên cố thì phải trả lại phần đất đã lấn chiếm; đối với phần đất lấn chiếm đã xây dựng nhà kiên cố không thể tháo dỡ thì phải trả lại bằng giá trị theo giá thị trường tại thời điểm xét xử sơ thẩm. Giải pháp này trước hết không đạt chất lượng kỹ thuật vì không dựa vào một điều luật nào mà chỉ nói suông, theo cảm tính của thẩm phán. Giải pháp cũng không đạt chất lượng nhân văn, bởi nó có tác dụng bao che cho người có hành vi xâm phạm tài sản của người khác. Giải pháp tạo tiền lệ xấu và có nguy cơ dẫn đến hệ quả đặc biệt nghiêm trọng một khi được áp dụng theo kiểu dây chuyền trong trường hợp đất phân lô, tạo ra hiệu ứng domino có thể khiến một nạn nhân nào đó trong dây chuyền lấn ranh đất có thể không còn đủ đất để sử dụng, do phải chấp nhận hậu quả tích hợp của các vụ lấn ranh trước đó ■

# NHỮNG ĐIỂM MỚI VỀ CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG TRONG HIẾN PHÁP NĂM 2013 VÀ LUẬT TỔ CHỨC CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG NĂM 2015

**Trần Thị Diệu Oanh\***

\* TS, Học viện Hành chính Quốc gia

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* chính quyền địa phương, Hiến pháp, Luật Tổ chức chính quyền địa phương.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 11/09/2017

Biên tập: 18/09/2017

Duyệt bài: 03/10/2017

## Tóm tắt:

Hiến pháp năm 2013 và Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 đã đánh dấu bước phát triển mới trong quan điểm về chính quyền địa phương. Bài viết phân tích những điểm mới về chính quyền địa phương trong Hiến pháp năm 2013 và Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015.

## Article Information:

*Keywords:* Local government, Constitution, Law on Local Government Organization

*Article History:*

Received: 11 Sep. 2017

Edited: 18 Sep. 2017

Approved: 03 Oct. 2017

## Abstract:

The Constitution of 2013 and the Law on Local Government Organization of 2015 marked a new developing progress in the view of local government. The article provides analysis of the new features of local government in the Constitution of 2013 and in the Law on Local Government Organization of 2015.

## 1. Những điểm mới về chính quyền địa phương trong Hiến pháp năm 2013

Hiến pháp năm 2013 ra đời đánh dấu bước phát triển mới trong quan điểm về chính quyền địa phương (CQĐP). Bước phát triển mới về quan điểm thể hiện ở những điểm sau đây:

*Thứ nhất*, đổi tên chế định “Hội đồng nhân dân (HĐND) và Ủy ban nhân dân (UBND)” thành chế định “CQĐP”. Việc

thay đổi này đặt ra yêu cầu đổi mới mạnh mẽ mô hình CQĐP, đảm bảo sự gắn bó chặt chẽ giữa HĐND và UBND, tạo thành một thể thống nhất nhằm phát huy đầy đủ hiệu lực, hiệu quả của từng thiết chế của CQĐP.

*Thứ hai*, Hiến pháp năm 2013 có những điểm mới trong quy định về đơn vị hành chính. Kế thừa Điều 118, Hiến pháp năm 1992, Điều 110, Hiến pháp năm 2013 quy định các đơn vị hành chính của



nước Cộng hòa XHCN Việt Nam được phân định như sau: Nước chia thành tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương; tỉnh chia thành huyện, thị xã và thành phố thuộc tỉnh; thành phố trực thuộc trung ương chia thành quận, huyện, thị xã và đơn vị hành chính tương đương; huyện chia thành xã, thị trấn; thị xã và thành phố thuộc tỉnh chia thành phường và xã; quận chia thành phường. Đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt do Quốc hội thành lập.

Theo đó, ở thành phố trực thuộc trung ương, ngoài đơn vị hành chính quận, huyện, phường, thị xã còn có đơn vị hành chính tương đương với cấp quận, huyện, thị xã, đơn vị hành chính tương đương này có thể là thành phố. Như vậy, trong tương lai có thể có mô hình thành phố trong đơn vị hành chính thành phố trực thuộc trung ương. Điều này nhằm đáp ứng yêu cầu phát triển về kinh tế - xã hội của một số đô thị lớn như Hà Nội, Thành phố Hồ Chí Minh.

Bên cạnh đó, đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt là một loại hình tổ chức mới nhằm đáp ứng yêu cầu khai thác tiềm năng kinh tế của một số địa phương có vị trí thuận lợi về mặt địa kinh tế, thúc đẩy phát triển kinh tế - xã hội trong điều kiện kinh tế thị trường, khai thác tiềm năng của địa phương như huyện đảo Phú Quốc tỉnh Kiên Giang, huyện Vân Đồn tỉnh Quảng Ninh...

*Thứ ba*, Hiến pháp năm 2013 đã mở ra một xu hướng mới là “CQĐP” không chỉ là HĐND và UBND mà có thể có cả những thiết chế với tên gọi khác thực hiện sự quản lý, điều hành trên một lãnh thổ nhất định. CQĐP có thể chỉ là một cơ quan hành chính được thiết lập bằng nhiều cách thức khác nhau, có thể do cơ quan hành chính cấp trên quyết định thành lập, hay do HĐND cấp dưới bầu hoặc theo cách thức khác. Như vậy, chính Hiến pháp mở ra khả năng có nhiều cách thức thành lập cơ quan CQĐP ở các đơn vị hành chính khác nhau.

Bên cạnh đó, việc đổi tên CQĐP thể hiện tính tự chủ, tự chịu trách nhiệm CQĐP để phát huy sự sáng tạo, năng động của CQĐP. Đồng thời, khẳng định rõ hệ thống hành chính nhà nước thông suốt trong nhà nước đơn nhất.

*Thứ tư*, về mô hình CQĐP ở các đơn vị hành chính, cấp CQĐP phù hợp với đô thị, nông thôn và hải đảo. Hiến pháp năm 2013 quy định khái quát: “CQĐP được tổ chức ở các đơn vị hành chính của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam. Cấp CQĐP gồm có HĐND và UBND được tổ chức phù hợp với đặc điểm nông thôn, đô thị, hải đảo, đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt do luật định” (Điều 111).

Nội dung này có thể hiểu theo hai khía cạnh, đó là CQĐP sẽ được tổ chức ở các đơn vị hành chính, các cấp đơn vị hành chính và các cấp CQĐP cũng sẽ được tổ chức ở tất cả mọi đơn vị hành chính. Hoặc tùy theo tình hình, điều kiện nông thôn, đô thị, hải đảo, đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt sẽ có cách thức tổ chức khác nhau về CQĐP. Trong lịch sử nước ta, Luật Tổ chức CQĐP năm 1958 cũng đã quy định về cấp chính quyền địa phương, chỉ cấp tỉnh và cấp xã là tổ chức đầy đủ HĐND và UBND, còn cấp huyện và cấp xã chỉ có Ủy ban hành chính. Hiến pháp năm 1946, Luật Tổ chức CQĐP năm 1958 quy định nước chia thành cấp bộ, cấp tỉnh, cấp huyện, cấp xã. Sau đó, đến Hiến pháp năm 1959 và Luật tổ chức HĐND và UBND năm 1964 thì quy định này không còn nữa, tất cả các đơn vị hành chính đều tổ chức đầy đủ HĐND và UBND.

Với quy định này, có thể CQĐP được tổ chức ở mọi đơn vị hành chính hoặc không phải ở tất cả các đơn vị hành chính nào thì CQĐP cũng được tổ chức giống nhau, hay có thể không phải chính quyền ở bất kỳ một đơn vị hành chính nào cũng là một cấp chính quyền. Ở đâu được quy định là cấp chính quyền thì chính quyền ở đó bao gồm HĐND

và UBND, UBND do HĐND cùng cấp bầu ra; còn ở đâu không được quy định là cấp chính quyền thì có thể sẽ chỉ có cơ quan hành chính thực hiện nhiệm vụ quản lý hành chính và dịch vụ công tại địa bàn.

*Thứ năm*, Hiến pháp năm 2013 thể hiện sự phân công, phân cấp nhiệm vụ, quyền hạn giữa trung ương và địa phương, giữa các cấp CQĐP rõ hơn, bảo đảm sự chỉ đạo thống nhất của trung ương, đồng thời, phát huy tính sáng tạo, tự chủ, tự chịu trách nhiệm của CQĐP. Việc phân công, phân cấp phải kèm theo các điều kiện bảo đảm thực hiện nhiệm vụ đó, bảo đảm điều kiện vật chất, nhân lực để thực hiện công việc.

Điều 112 quy định về vai trò, chức năng, nhiệm vụ của CQĐP: “1. CQĐP tổ chức và bảo đảm việc thi hành Hiến pháp, pháp luật tại địa phương; quyết định các vấn đề của địa phương do luật định; chịu sự kiểm tra, giám sát của cơ quan nhà nước cấp trên. 2. Nhiệm vụ, quyền hạn của CQĐP được xác định trên cơ sở phân định thẩm quyền giữa các cơ quan nhà nước ở trung ương và địa phương và của mỗi cấp CQĐP. 3. Trong trường hợp cần thiết, CQĐP được giao thực hiện một số nhiệm vụ của cơ quan nhà nước cấp trên với các điều kiện bảo đảm thực hiện nhiệm vụ đó”.

Như vậy, Hiến pháp năm 2013 quy định rõ hơn chức năng và nhiệm vụ của HĐND và UBND. HĐND thực hiện hai loại chức năng là “quyết định” và “giám sát”: HĐND quyết định các vấn đề của địa phương do luật định; HĐND giám sát việc tuân theo Hiến pháp và pháp luật ở địa phương và việc thực hiện nghị quyết của HĐND. HĐND quyết định những vấn đề của địa phương do luật định thể hiện tính tự chủ, tự quản của địa phương. UBND do HĐND cùng cấp bầu là cơ quan chấp hành của HĐND, cơ quan hành chính nhà nước ở địa phương, chịu trách nhiệm trước HĐND và cơ quan hành chính nhà nước cấp trên.

UBND tổ chức việc thi hành Hiến pháp và pháp luật ở địa phương; tổ chức thực hiện nghị quyết của HĐND, đồng thời thực hiện các nhiệm vụ do cơ quan nhà nước cấp trên giao.

*Thứ bảy*, với quan điểm khẳng định chủ quyền nhân dân và phát huy quyền làm chủ của Nhân dân, sự tham gia của Nhân dân vào hoạt động của Nhà nước nên Hiến pháp khẳng định: “Việc thành lập, giải thể, nhập, chia, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính phải lấy ý kiến Nhân dân địa phương và theo trình tự, thủ tục do luật định”.

## 2. Những điểm mới về chế định chính quyền địa phương trong Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015

Luật Tổ chức CQĐP được Quốc hội thông qua ngày 19/6/2015 và chính thức có hiệu lực ngày 01/01/2016. Mục tiêu của Luật là nhằm tổ chức hợp lý CQĐP phù hợp với Hiến pháp năm 2013, bảo đảm CQĐP hoạt động có hiệu lực, hiệu quả, hệ thống hành chính nhà nước thống nhất từ trung ương đến cơ sở; tăng cường sự lãnh đạo của Đảng, phát huy vai trò dân chủ của Nhân dân trong việc giám sát hoạt động của CQĐP. Luật Tổ chức CQĐP năm 2015 có những điểm mới sau đây:

*Một là*, quy định của Luật Tổ chức CQĐP năm 2015 về nhiệm vụ, quyền hạn của HĐND và UBND trên các lĩnh vực nhằm thể hiện rõ sự gắn kết chặt chẽ, thống nhất giữa hai thiết chế HĐND và UBND hợp thành CQĐP.

*Hai là*, theo quy định của Luật Tổ chức CQĐP năm 2015, CQĐP ở đô thị và CQĐP ở nông thôn đều duy trì chính quyền hoàn chỉnh ở 3 cấp tỉnh, huyện, xã. Tuy nhiên, giữa CQĐP ở đô thị và CQĐP ở nông thôn có sự phân định cụ thể về nhiệm vụ và quyền hạn cụ thể ở từng cấp. Trong đó, chính quyền đô thị có nhiệm vụ, quyền hạn đặc trưng nhằm thể hiện sự khác biệt

với chính quyền nông thôn như: quyết định các vấn đề quy hoạch phát triển đô thị, xây dựng kết cấu hạ tầng đô thị, quản lý và tổ chức đời sống dân cư đô thị... Nhiệm vụ, quyền hạn của CQĐP quận và phường đã được điều chỉnh cho phù hợp với yêu cầu quản lý thống nhất, liên thông trong khu vực nội thành, nội thị tại các đô thị.

*Ba là*, Luật Tổ chức CQĐP năm 2015 xác định rõ nguyên tắc phân định thẩm quyền giữa chính quyền trung ương và CQĐP và giữa các cấp chính quyền.

Điều 11 Luật Tổ chức CQĐP năm 2015 quy định 6 nguyên tắc về phân định thẩm quyền giữa trung ương và CQĐP gồm: Bảo đảm quản lý nhà nước thống nhất về thể chế, chính sách, chiến lược và quy hoạch đối với các ngành, lĩnh vực; bảo đảm tính thống nhất, thông suốt của nền hành chính quốc gia. Phát huy quyền tự chủ, tự chịu trách nhiệm của CQĐP. Kết hợp chặt chẽ giữa quản lý theo ngành với quản lý theo lãnh thổ, phân định rõ nhiệm vụ quản lý nhà nước giữa CQĐP các cấp đối với các hoạt động kinh tế - xã hội trên địa bàn lãnh thổ.

Việc phân định thẩm quyền phải phù hợp điều kiện, đặc điểm nông thôn, đô thị, hải đảo và đặc thù của các ngành, lĩnh vực. Công việc liên quan đến phạm vi từ hai đơn vị hành chính cùng cấp trở lên thì thuộc thẩm quyền giải quyết của chính quyền cấp trên, trừ trường hợp luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết của UBTVQH, nghị định của Chính phủ có quy định khác. Nguyên tắc cuối cùng là CQĐP được bảo đảm nguồn lực để thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn đã được phân quyền, phân cấp.

Về phân quyền cho CQĐP được quy định rõ tại Điều 12 Luật Tổ chức CQĐP năm 2015 với tinh thần việc phân quyền cho các cấp CQĐP phải được quy định trong các luật; CQĐP tự chủ, tự chịu trách nhiệm trong việc thực hiện các nhiệm vụ, quyền

hạn được phân quyền. Cơ quan nhà nước cấp trên trong phạm vi nhiệm vụ quyền hạn của mình có trách nhiệm thanh tra, kiểm tra tính hợp hiến, hợp pháp trong việc thực hiện các nhiệm vụ được phân quyền cho các cấp CQĐP. Việc phân cấp cho CQĐP được quy định tại Điều 13 Luật Tổ chức CQĐP năm 2015, căn cứ vào yêu cầu công tác, khả năng thực hiện và điều kiện, tình hình cụ thể khác của địa phương, cơ quan nhà nước ở trung ương và địa phương được quyền phân cấp cho CQĐP hoặc cơ quan nhà nước cấp dưới thực hiện một cách liên tục, thường xuyên một hoặc một số nhiệm vụ, quyền hạn thuộc thẩm quyền của mình, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác. Việc phân cấp phải được quy định trong văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan nhà nước thực hiện phân cấp, trong đó xác định rõ nhiệm vụ quyền hạn phân cấp cho CQĐP hoặc cơ quan nhà nước cấp dưới, trách nhiệm cơ quan nhà nước phân cấp và cơ quan nhà nước được phân cấp. Một điểm mới trong Luật Tổ chức CQĐP năm 2015 là Luật quy định, trong trường hợp cần thiết, cơ quan hành chính nhà nước cấp trên có thể ủy quyền bằng văn bản cho UBND cấp dưới hoặc cơ quan, tổ chức khác thực hiện một hoặc một số nhiệm vụ, quyền hạn của mình trong khoảng thời gian xác định kèm theo các điều kiện cụ thể. Cơ quan hành chính nhà nước cấp trên khi ủy quyền cho UBND cấp dưới hoặc cơ quan, tổ chức khác phải bảo đảm các nguồn lực và điều kiện cần thiết khác để thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn mà mình ủy quyền, hướng dẫn, kiểm tra việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn đã ủy quyền và chịu trách nhiệm về kết quả thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn mà mình đã ủy quyền.

*Bốn là*, Luật Tổ chức CQĐP năm 2015 quy định về nguyên tắc, điều kiện thành lập, giải thể, nhập chia, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính và giao cho Chính phủ trình UBTVQH quy định cụ thể tiêu

chuẩn thành lập, nhập chia, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính. Quy định về thẩm quyền, quy định lấy ý kiến Nhân dân, nếu có trên 50% tổng số cử tri trên địa bàn tán thành thì cơ quan xây dựng đề án mới trình cấp có thẩm quyền xem xét.

Ngoài ra, Luật Tổ chức CQĐP còn bao hàm những quy định mới nhằm phát huy hiệu lực, hiệu quả của CQĐP về cơ cấu, tổ chức nhân sự và hoạt động của HĐND, UBND, các điều kiện bảo đảm cho hoạt động của CQĐP phù hợp với tinh thần của Hiến pháp năm 2013.

Đề thể chế hóa những điểm mới của Luật Tổ chức CQĐP năm 2015, cơ quan nhà nước có thẩm quyền đã ban hành nhiều văn bản pháp luật, cụ thể: Nghị quyết 1211/2016/UBTVQH/QH13 ngày 25/5/2016 của UBTVQH về tiêu chuẩn của đơn vị hành chính và phân loại đơn vị hành chính; Nghị quyết 1206/2016/UBTVQH/QH13 ngày 13/5/2016 của UBTVQH quy định về chế độ chính sách và các điều kiện bảo đảm hoạt động của đại biểu HĐND; Nghị quyết 1210/2016/UBTVQH/QH13

ngày 25/5/2016 của UBTVQH về phân loại đơn vị hành chính; Nghị định 08/2016/NĐ-CP ngày 25/1/2016 của Chính phủ quy định số lượng Phó Chủ tịch UBND và quy trình, thủ tục bầu, từ chức miễn nhiệm, bãi nhiệm, điều động, cách chức thành viên UBND; Nghị định 48/2016/NĐ-CP ngày 27/5/2016 của Chính phủ quy định cụ thể về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn, cơ cấu tổ chức và biên chế của Văn phòng HĐND tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương, đặc biệt là Dự thảo Luật Đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt sẽ được thông qua tại kỳ họp thứ 5 Quốc hội khóa XIV. Những văn bản này đã góp phần quan trọng triển khai Luật Tổ chức CQĐP năm 2015 trên thực tế.

Những điểm mới trong Hiến pháp năm 2013 và sự thể hiện những nội dung này trong Luật Tổ chức CQĐP năm 2015 và các văn bản pháp luật về CQĐP đã tạo cơ sở pháp lý vững chắc cho việc đổi mới CQĐP theo hướng tinh gọn, tăng cường tính minh bạch trong tổ chức và hoạt động, đảm bảo đúng định hướng của Đảng và Nhà nước nhằm đáp ứng yêu cầu phát triển đất nước trong thời kỳ mới ■

### TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Hiến pháp năm 1946, năm 1959, năm 1992 (sửa đổi, bổ sung 2001), năm 2013.
2. Luật Tổ chức CQĐP năm 1958, năm 2015.
3. Ngân hàng Thế giới, *Phân cấp ở Đông Á để CQĐP phát huy tác dụng*, Nxb. Văn hóa Thông tin; H., 2005
4. Bùi Xuân Đức, *Đổi mới và hoàn thiện bộ máy nhà nước trong giai đoạn hiện nay*, Nxb. Tư pháp; H., 2007.
5. Lê Minh Thông và Nguyễn Như Phát, *Những vấn đề lý luận và thực tiễn về CQĐP ở Việt Nam hiện nay*, Nxb. Chính trị quốc gia, H.; 2002.
6. Nguyễn Cửu Việt, *Tổ chức đơn vị hành chính lãnh thổ: cơ sở của cải cách hành chính địa phương*, Tạp chí Khoa học Pháp lý số 57/2010.
7. Nguyễn Huyền Hạnh, *Một số vấn đề về phân cấp quản lý Nhà nước ở Cộng hòa liên bang Đức*, Tạp chí Tổ chức Nhà nước; 2001.
8. Nguyễn Như Phát, *Tiến tới một hiến chương quốc tế về tự quản địa phương*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp; 2003.
9. Nguyễn Sỹ Dũng, *Một số mô hình của CQĐP các nước trên thế giới*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, Số đặc biệt năm 2001 về sửa đổi Hiến pháp; 2001.
10. Nguyễn Thị Phương, *CQĐP trong việc bảo đảm thực hiện quyền công dân ở Việt Nam*, Nxb. Chính trị - Hành chính; H., 2009.

# XỬ LÝ NGÂN HÀNG YẾU KÉM

## VÀ CÁC KIẾN NGHỊ SỬA ĐỔI LUẬT CÁC TỔ CHỨC TÍN DỤNG

**Nguyễn Thị Lan Hương\***

\* TS, GV, Bộ môn Luật Kinh doanh, Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* ngân hàng yếu kém, nợ xấu, can thiệp của nhà nước, VAMC, tập đoàn tài chính

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 10/10/2017

Biên tập: 14/10/2017

Duyệt bài: 17/10/2017

### Article Information:

*Keywords:* weakness bank, bad debts, government intervention, VAMC, corporations group

*Article History:*

Received: 10 Oct. 2017

Edited: 14 Oct. 2017

Approved: 17 Oct. 2017

### Tóm tắt:

Tái cơ cấu ngân hàng là biện pháp giải quyết tình trạng ngân hàng yếu kém (nợ xấu và quản lý kinh doanh kém). Trong bối cảnh yêu cầu giảm bớt sự can thiệp của nhà nước và không sử dụng ngân sách nhà nước để xử lý nợ xấu thì quá trình tái cơ cấu cần phải thực hiện theo phương án tự chủ của chính ngân hàng. Ngoài tổ chức lại ngân hàng theo các hình thức quy định trong Luật Doanh nghiệp, cần có sự hỗ trợ của VAMC<sup>1</sup> về mua nợ xấu và hỗ trợ quá trình tái cơ cấu của Ngân hàng Nhà nước. Để hỗ trợ ngân hàng tự giải quyết nợ xấu, Luật Các tổ chức tín dụng, Luật Doanh nghiệp cần hoàn thiện nội dung về lệ sở hữu, đầu tư chéo giúp cho hình thành các tập đoàn tài chính - ngân hàng, tập đoàn tài chính - công nghiệp - thương mại, ngoài ra, cần hoàn thiện các quy định về trách nhiệm của người quản lý, điều hành của ngân hàng, người đứng đầu chi nhánh và phòng giao dịch của ngân hàng...

### Abstract:

Restructure is a solution for the problem of weak banks (bad debts and poor business management). In the context where it is required less intervention by the government and no state budget for resolution of the bad debts, the restructuring process should be carried out in accordance with the bank's owned plan. In addition to the the bank reorganization in the forms stipulated in the Enterprise Law, VAMC's support for trading of bad debts and its supports to the restructuring process by the State Bank of Vietnam should be carried out. In order to support the banks to deal with the bad debts themselves, the Law on Credit Institutions and the Law on Enterprises should provide the provisions on loosening the ownership and cross-investments to help the formation of financial and banking groups and corporations. major - industrial - commercial, in addition, it is necessary to complete regulations on responsibilities of managers, executives of banks, heads of branches and transaction offices of banks.

Dự thảo sửa đổi Luật các Tổ chức tín dụng (Luật TCTD)<sup>2</sup> sắp được đệ trình Quốc hội xem xét đã ghi nhận nhiều điều khoản dự kiến sửa đổi, bổ sung nhằm tái cơ cấu

1 VAMC: Công ty Quản lý tài sản được thành lập và hoạt động theo Nghị định số 53/2013/NĐ-CP của Chính phủ, Quyết định số 843/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ và Quyết định số 1459/QĐ-NHNN của NHNN Việt Nam.

2 Dự thảo ngày 13/9/2017.

các tổ chức tín dụng (TCTD) lâm vào tình trạng kiểm soát đặc biệt - TCTD mất khả năng thanh toán và khả năng chi trả<sup>3</sup>. Tuy nhiên, hiện vẫn còn nhiều khả năng lựa chọn khi sửa đổi Luật TCTD. Có nên tiếp tục ghi nhận biện pháp tái cơ cấu mà Nhà nước mua ngân hàng yếu kém 0 đồng hay chỉ định sáp nhập ngân hàng yếu kém vào ngân hàng đang hoạt động tốt? Quy định về miễn trách nhiệm của người tham gia cơ cấu ngân hàng hay quy định về trách nhiệm và miễn trừ trách nhiệm đối với người quản lý, điều hành ngân hàng nói chung? Hoàn thiện quy định bắt buộc TCTD chủ động tái cơ cấu theo hướng nào? Vấn đề đặt ra trong bối cảnh hiện nay là phải xây dựng được các quy định pháp luật rõ ràng, ổn định, nhằm tạo ra hệ thống các biện pháp hỗ trợ để ngân hàng chủ động tái cơ cấu nhằm giảm bớt sự can thiệp của Nhà nước và buộc các TCTD, đặc biệt là các ngân hàng đang tồn tại và sẽ được thành lập phải kinh doanh an toàn, người quản lý, điều hành phải có trách nhiệm cao trong bảo vệ người gửi tiền, bảo vệ người góp vốn...

### 1. Xác định trách nhiệm trong xử lý tình trạng ngân hàng lỗi, yếu kém

#### 1.1 Thế nào là tình trạng ngân hàng lỗi, yếu kém

Thuật ngữ “TCTD yếu kém” được sử dụng rộng rãi trong quá trình tái cơ cấu TCTD, trong đó có ngân hàng thương mại (NHTM). Có thể hiểu, sự “yếu kém” của ngân hàng là kinh doanh thua lỗ, mất vốn và khả năng quản lý kém của người quản lý, điều hành. Sự tồn tại các ngân hàng “yếu kém” nếu không xử lý kịp thời sẽ là nguyên nhân gây sụp đổ hệ thống tài chính của nền kinh tế.

Tình trạng lỗi của ngân hàng thông thường được hiểu là tình trạng doanh thu từ

hoạt động ngân hàng bao gồm lãi suất cho vay, lợi nhuận đầu tư, các khoản phí thu được... không đủ để trang trải các chi phí vay vốn, chi phí quản lý, chi phí đầu tư, chi phí dự phòng và các chi phí khác. Trên thực tế, tình trạng lỗi của ngân hàng thường gắn với việc phải hạch toán các khoản nợ xấu - khoản nợ cho vay không có khả năng thu hồi.

Từ góc độ quản lý tài chính trong nội bộ ngân hàng, các cơ quan trong tổ chức nội bộ có trách nhiệm bảo đảm an toàn trong hoạt động kinh doanh bằng tuân thủ các quy định của pháp luật ngân hàng trong hoạt động huy động vốn, cho vay và đầu tư... Do hoạt động huy động và cho vay liên tục, nên hơn ai hết, người quản lý, điều hành có liên quan của ngân hàng là người có thể nắm bắt được thông tin liên quan đến lỗ, lãi thông qua quản lý từng dự án cho vay tại một phòng giao dịch, trong một chi nhánh và toàn bộ hệ thống ngân hàng trước khi kết quả kinh doanh được ghi nhận trên Bảng cân đối kế toán vào cuối năm tài chính. Với trách nhiệm quản lý, điều hành hoạt động kinh doanh theo Luật TCTD, cơ quan quản lý, điều hành của ngân hàng phải đưa ra những biện pháp kịp thời hạn chế những rủi ro là nguyên nhân phát sinh nợ xấu và cắt giảm chi phí cần thiết để duy trì hoạt động ngân hàng kinh doanh an toàn và có lãi.

#### 1.2 “Kiểm soát đặc biệt” nhằm xử lý ngân hàng lỗi, yếu kém

Luật TCTD đề cập tình trạng lỗi, yếu kém của TCTD tại quy định về “kiểm soát đặc biệt”. Theo Khoản 1 Điều 146 “kiểm soát đặc biệt” là việc một TCTD bị đặt dưới sự kiểm soát trực tiếp của Ngân hàng Nhà nước (NHNN) do có nguy cơ mất khả năng chi trả, mất khả năng thanh toán. Có nghĩa là tình trạng giao dịch có liên quan đến khoản nợ không được thu hồi và mất khả năng chi

3 Sáp nhập NHTMCP Nhà Hà Nội vào NHTMCP Sài Gòn - Hà Nội vào cuối năm 2012, và 03 Ngân hàng cổ phần tư nhân: Ngân hàng Xây dựng, Ngân hàng Đại dương và Ngân hàng Dầu khí Toàn cầu bị NHNN mua 0 đồng vào năm 2015.

trả các khoản nợ đến hạn cho người gửi tiền.

Biện pháp này được thực hiện khi TCTD lâm vào tình trạng: (i) Có nguy cơ mất khả năng chi trả; (ii) Nợ không có khả năng thu hồi có nguy cơ dẫn đến mất khả năng thanh toán; (iii) Khi số lỗ lũy kế của TCTD lớn hơn 50% giá trị thực của vốn điều lệ và các quỹ dự trữ ghi trong báo cáo tài chính đã được kiểm toán gần nhất; (iv) Hai năm liên tục bị xếp loại yếu kém theo quy định của NHNN; (v) Không duy trì được tỷ lệ an toàn vốn tối thiểu quy định tại điểm b, khoản 1 Điều 130 của Luật TCTD trong thời hạn một năm liên tục hoặc tỷ lệ an toàn vốn tối thiểu thấp hơn 4% trong thời hạn 06 tháng liên tục.

Phải khẳng định chế định về “kiểm soát đặc biệt” trong Luật TCTD là cơ sở pháp lý để NHNN trực tiếp kiểm soát NHTM lỗ, yếu kém. Tuy nhiên, xét về nguyên tắc tự chịu trách nhiệm trong hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp nói chung và ngân hàng nói riêng thì xử lý ngân hàng lỗ và yếu kém - ngay từ đầu đã không phải là trách nhiệm của NHNN, của Chính phủ mà là của chính bản thân ngân hàng. Bởi lẽ nếu ngân hàng không khẳng định uy tín trong hoạt động quản lý tiền gửi, cho vay và đầu tư thì ngân hàng không thể huy động nhận tiền gửi để cho vay - vốn dĩ là hoạt động cố hữu của ngân hàng<sup>4</sup>. Đây cũng là một trong những điều kiện cơ bản để ngân hàng được cấp phép thành lập - nhu cầu về hoạt động ngân hàng và bảo đảm an toàn.

Có thể nói rằng, khi ngân hàng lâm vào tình trạng “kiểm soát đặc biệt” thì NHNN có trách nhiệm hỗ trợ với tư cách

là cơ quan quản lý nhà nước chuyên ngành nhằm hỗ trợ ngân hàng phục hồi hoạt động kinh doanh, khắc phục tình trạng mất khả năng thanh toán, mất khả năng chi trả. Còn quy định về thẩm quyền và trách nhiệm của NHNN trong kiểm soát đặc biệt ngân hàng yếu kém thực chất nhằm củng cố niềm tin cho người gửi tiền bằng sự can thiệp kịp thời của Nhà nước nhằm bảo vệ người gửi tiền và sự ổn định của hệ thống tài chính.

Vấn đề đặt ra là sẽ phải lựa chọn cách thức nào để cải thiện và phục hồi hoạt động kinh doanh ngân hàng có hiệu quả. Thông thường, ở các nước trên thế giới, các biện pháp tái cơ cấu ngân hàng được thực hiện bao gồm: sáp nhập, hợp nhất, mua bán. Đây là các hình thức tổ chức lại công ty theo Luật Công ty. Ngoài ra, Chính phủ có thể quyết định quốc hữu hóa có thời hạn ngân hàng hoặc trao trách nhiệm cho cơ quan bảo hiểm tiền gửi tham gia quá trình tái cơ cấu ngân hàng<sup>5</sup>.

## **2. Trách nhiệm của các chủ thể trong xử lý ngân hàng lỗ, yếu kém**

### **2.1 Trách nhiệm của người quản lý, điều hành ngân hàng**

Trên thực tế, sự yếu kém của ngân hàng có thể phát sinh do yếu kém trong quản lý, điều hành dẫn đến tình trạng lỗ, nợ xấu. Đây là nguyên nhân buộc phải thay thế người quản lý điều hành.

Hoạt động cố hữu tạo ra doanh thu của ngân hàng là cho vay và đầu tư. Cho vay, ngoài tuân thủ các quy định cấm và hạn chế cho vay theo Luật TCTD, thì các trường hợp cho vay khác được phân định theo thẩm

4 Khoản tiền mà Ngân hàng nhận từ người gửi tiền chính là “tài sản nợ” của ngân hàng, buộc ngân hàng phải hoàn trả trong thời hạn nhất định theo thỏa thuận. Sự mất niềm tin của người gửi tiền vào ngân hàng khiến cho ngân hàng không phát huy vai trò, thậm chí còn gây hậu quả đê vỡ hệ thống các TCTD do người gửi tiền rút tiền hàng loạt.

5 Chẳng hạn, ở Nhật Bản, Tổ chức Bảo hiểm tiền gửi Nhật Bản ngoài chức năng chi trả bảo hiểm còn hỗ trợ cho quá trình tái cơ cấu ngân hàng, cụ thể là hỗ trợ vốn cho hợp nhất TCTD phá sản, quản lý tài sản tái cơ cấu tài sản tài chính, thiết lập hệ thống các biện pháp xử lý khủng hoảng tài chính và kế thừa hoạt động của TCTD phá sản. Xem thêm: Nguyễn Thị Lan Hương, “Pháp luật về các biện pháp hạn chế rủi ro trong hoạt động cho vay của các TCTD ở Nhật Bản” trong chuyên khảo: Pháp luật về các biện pháp hạn chế rủi ro trong hoạt động cho vay của các TCTD ở Việt Nam và một số nước trên thế giới; PGS.TS Lê Thị Thu Thủy chủ biên, Nxb. Đại học Quốc gia 2016, trang 198.

quyền nội bộ của ngân hàng. Về mặt pháp lý, cho dù giao dịch do giám đốc chi nhánh hoặc trưởng phòng giao dịch tiến hành cũng là nhân danh ngân hàng, những người đứng đầu này nhân danh ngân hàng thực hiện các giao dịch trong phạm vi ủy quyền và liên đới chịu trách nhiệm khi giao dịch vượt quá phạm vi ủy quyền.

Có thể xem xét mối quan hệ giữa cơ quan quản lý trong ngân hàng thương mại cổ phần (NHTMCP) - Hội đồng quản trị (HĐQT) và cơ quan điều hành - Tổng giám đốc. Luật Doanh nghiệp quy định: HĐQT bầu một thành viên của HĐQT làm Chủ tịch. Chủ tịch HĐQT có thể kiêm Giám đốc hoặc Tổng giám đốc trừ trường hợp quy định tại Khoản 2<sup>6</sup> và Điều lệ công ty, pháp luật về chứng khoán không có quy định khác (Điều 152). Tuy nhiên, quy định kiêm nhiệm theo Luật Doanh nghiệp trên không được áp dụng trong tổ chức NHTMCP. Theo Điều 34 Luật TCTD, Chủ tịch HĐQT NHTMCP không được đồng thời là người điều hành - Tổng giám đốc của TCTD đó và TCTD khác. Có nghĩa là, trong NHTMCP có sự tách bạch giữa sở hữu, quản lý và điều hành, tức là giữa cơ quan chủ sở hữu - Đại hội đồng cổ đông với HĐQT - cơ quan quản lý<sup>7</sup> và Tổng giám đốc - người điều hành và đại diện theo pháp luật.

Tuy rằng, cùng là chức danh quản lý, nhưng Tổng giám đốc ngân hàng chính là người đại diện theo pháp luật ký kết hợp đồng giao dịch theo thẩm quyền hoặc ủy quyền cho người đứng đầu chi nhánh ngân hàng thực hiện các giao dịch trong phạm vi điều lệ và quy định nội bộ quy định. Theo đó, căn cứ vào việc thực hiện nghĩa vụ điều hành kinh doanh để xác định trách nhiệm của các chủ thể liên quan đến tình trạng lỗ và yếu kém của ngân hàng. Người quản lý, điều hành phải có trách nhiệm bồi thường thiệt

hại gây ra cho ngân hàng khi quyết định và thực hiện các giao dịch trái pháp luật hoặc vượt quá thẩm quyền.

Trên thực tế, thời gian qua, hành vi gian lận của người quản lý, điều hành tại hội sở, chi nhánh và phòng giao dịch tại một số ngân hàng trong nhận tiền gửi, cho vay và đầu tư là nguyên nhân chính gây bất ổn hoạt động kinh doanh ngân hàng. Các hành vi này có dấu hiệu cấu thành tội phạm hình sự nên khởi kiện dân sự để yêu cầu bồi thường thiệt hại độc lập chưa trở thành biện pháp cứu trợ ngân hàng và bảo vệ cổ đông.

Vấn đề đặt ra là việc thực hiện biện pháp kiểm soát ngân hàng đang hoạt động và thực hiện phương án tái cơ cấu ngân hàng thuộc diện bị kiểm soát đặc biệt vừa phải nhằm bảo vệ người gửi tiền nhưng vẫn phải bảo vệ tài sản của ngân hàng và quyền lợi của cổ đông.

### 2.2 Trách nhiệm của cổ đông

Trong một NHTMCP, cổ đông nắm quyền kiểm soát sở hữu tỷ lệ lớn cổ phần có tiếng nói “trọng lượng” trong ngân hàng. Thông thường, cổ đông lớn có đại diện được bầu làm thành viên HĐQT và có thể trở thành người đại diện theo pháp luật - là Chủ tịch HĐQT hoặc Tổng giám đốc ngân hàng, theo đó, cổ đông lớn này tham gia vào các phiên họp ĐHĐCĐ hay HĐQT và cho dù có quyền và lợi ích vật chất lớn hơn cổ đông nhỏ lẻ, nhưng khi tham gia quản lý điều hành cũng phải vì lợi ích chung của ngân hàng, vì lợi ích của cổ đông và người gửi tiền nói chung.

Trong bối cảnh các NHTMCP có khả năng xã hội hóa nguồn vốn từ các cổ đông và thông qua sở hữu cổ phần, phần vốn góp gắn kết với các doanh nghiệp thuộc các ngành và lĩnh vực khác, thì tình trạng “thiếu vốn” có thể được giải quyết thông qua sự hỗ trợ

6 Công ty cổ phần (CTCP) do Nhà nước nắm giữ trên 50% tổng số cổ phiếu biểu quyết thì Chủ tịch HĐQT không được kiêm Giám đốc hoặc Tổng giám đốc.

7 Chủ tịch HĐQT là người đứng đầu HĐQT được trao thẩm quyền riêng trong đó có thẩm quyền giám sát.



của cổ đông góp vốn cũng như công ty nhận góp vốn. Giải pháp góp vốn bổ sung cũng có thể giúp cho ngân hàng vượt qua tình trạng khó khăn về tài chính. Tuy nhiên, hiện nay, do Luật TCTD hạn chế tỷ lệ góp vốn của tổ chức và cá nhân nên một tổ chức và cá nhân hoặc nhóm người liên quan - dù có khả năng về tài chính và khả năng kinh doanh tốt - cũng không thể có quyết định chi phối theo tỷ lệ biểu quyết tại ngân hàng<sup>8</sup>. Ngoài ra, ngân hàng cũng bị hạn chế góp vốn trong giới hạn pháp luật quy định<sup>9</sup>.

Theo cơ chế “ủy nhiệm” quản lý kinh doanh của cổ đông cho HĐQT, cổ đông nói chung có thể khởi kiện các thành viên HĐQT và cơ quan điều hành yêu cầu bồi thường thiệt hại gây ra cho ngân hàng.

Tóm lại, nếu kiểm soát trong nội bộ ngân hàng tốt sẽ hạn chế được rủi ro, bản thân ngân hàng và người liên quan có thể kịp thời đình chỉ việc giải ngân khoản vay, hoặc yêu cầu tuyên hủy hợp đồng tín dụng khi phát hiện ra gian lận, vi phạm để tránh thiệt hại lớn có thể xảy ra.

### **2.3 Trách nhiệm của NHNN**

NHNN là cơ quan quản lý nhà nước, có chức năng quản lý về tiền tệ, hoạt động ngân hàng, có trách nhiệm quản lý cấp phép thành lập ngân hàng, kiểm tra, giám sát, thanh tra các hoạt động ngân hàng, tái cơ cấu NHTM... Thẩm quyền thanh tra, kiểm tra và giám sát ngân hàng giúp cho NHNN phát hiện hành vi vi phạm của các NHTM hoặc hỗ trợ các ngân hàng khắc phục tình trạng mất khả năng thanh toán, mất khả năng chi trả. Tuy nhiên, hoạt động thanh tra và

giám sát ngân hàng theo trình tự, thủ tục luật định cũng chỉ phát huy vai trò khi bản thân ngân hàng phải tuân thủ đúng các nghĩa vụ và trách nhiệm trong quá trình kinh doanh và báo cáo chính xác, trung thực về hoạt động quản lý, kinh doanh. Theo đó, NHNN theo thẩm quyền và trách nhiệm luật định dễ dàng đánh giá thực trạng ngân hàng bị kiểm soát đặc biệt và đưa ra các biện pháp hỗ trợ kịp thời.

## **3. Một số kiến nghị hoàn thiện Luật các Tổ chức tín dụng**

### **3.1 Về phương án cơ cấu lại tổ chức tín dụng được kiểm soát đặc biệt**

Dự thảo sửa đổi Luật TCTD (Dự thảo) quy định bổ sung tại Điều 4 phương án cơ cấu lại TCTD được kiểm soát đặc biệt là một trong các phương án: (a) phương án phục hồi; (b) phương án giải thể; (c) phương án chuyển giao bắt buộc và (d) phương án phá sản. Bốn phương án này là sự tổng hợp các hình thức tổ chức lại doanh nghiệp được ghi nhận trong Luật Doanh nghiệp, Luật Phá sản và thực tiễn pháp lý áp dụng trong tái cơ cấu TCTD. Có thể nói, các phương án đã hướng tới dân sự hóa hoạt động tái cơ cấu TCTD bởi ghi nhận phương án phục hồi thông qua hình thức tự khắc phục hoặc sáp nhập, hợp nhất, chuyển nhượng toàn bộ cổ phần và phần vốn góp. Hoặc tự giải thể khi đáp ứng căn cứ theo Luật Doanh nghiệp, Luật TCTD và các văn bản hướng dẫn thi hành. Tuy nhiên, phương án chuyển giao bắt buộc được ghi nhận trong Dự thảo chưa rõ: “Phương án chuyển giao bắt buộc là phương án chủ sở hữu, thành viên góp vốn, cổ đông của NHTMCP được kiểm soát đặc biệt phải

8 Điều 55 Luật TCTD quy định về giới hạn sở hữu của cá nhân tổ chức. Cụ thể là:

1. Một cổ đông là cá nhân không được sở hữu vượt quá 5% vốn điều lệ của một TCTD.
  2. Một cổ đông là tổ chức không được sở hữu vượt quá 15% vốn điều lệ của một tổ chức tín dụng, trừ các trường hợp sau đây: (i) Sở hữu cổ phần theo quy định tại khoản 3 Điều 149 của Luật này để xử lý TCTD gặp khó khăn, bảo đảm an toàn hệ thống TCTD; (ii) Sở hữu cổ phần nhà nước tại TCTD cổ phần hóa; và (iii) Sở hữu cổ phần của nhà đầu tư nước ngoài quy định tại khoản 2 Điều 16 của Luật này.
  3. Cổ đông và người có liên quan của cổ đông đó không được sở hữu vượt quá 20% vốn điều lệ của một TCTD.
- 9 Tổng mức góp vốn, mua cổ phần của một NHTM vào các doanh nghiệp, kể cả các công ty con, công ty liên kết của NHTM đó không được vượt quá 40% vốn điều lệ và quỹ dự trữ của NHTM (Khoản 2 Điều 129 Luật TCTD).

chuyển giao toàn bộ cổ phần, phần vốn góp cho TCTD, nhà đầu tư khác nhận chuyển giao”. Để áp dụng phương án này cần làm rõ ai là người chỉ định chuyển giao, căn cứ chuyển giao, quyền và lợi ích của các bên<sup>10</sup>.

Trong thực hiện các phương án này đều có sự tham gia nhất định của NHNN trong chấp thuận phương án cũng như cần sự hỗ trợ về tài chính nhằm duy trì hoạt động bình thường của ngân hàng. Vấn đề đặt ra là cần cụ thể hóa về nghĩa vụ, trách nhiệm của ngân hàng bị kiểm soát đặc biệt, quyền lợi và nghĩa vụ của các bên có liên quan trong quá trình thực hiện phương án tái cơ cấu. Đây là vấn đề cần quy định rõ trong Dự thảo Luật Hỗ trợ tái cơ cấu các TCTD và xử lý nợ xấu đang được lấy ý kiến và sẽ được ban hành.

### 3.2 Xác định trách nhiệm của người quản lý, điều hành

Về bản chất, quan hệ giữa chủ sở hữu và cơ quan quản lý là quan hệ ủy nhiệm và được điều chỉnh bởi Luật Doanh nghiệp<sup>11</sup>. Theo đó, cơ quan quản lý có trách nhiệm thực hiện hoạt động quản lý công ty nhằm tối đa hóa lợi ích của người góp vốn. Trong NHTMCP, HĐQT, Tổng giám đốc có trách nhiệm báo cáo hoạt động kinh doanh và chịu trách nhiệm trước Đại hội đồng cổ đông trong quản lý và điều hành ngân hàng.

Ngoài ra, người quản lý, điều hành của ngân hàng phải có trách nhiệm trung thực với người gửi tiền. Chứng nhận bảo hiểm

tiền gửi được các ngân hàng niêm yết ở trụ sở và các địa điểm giao dịch cũng chỉ là bảo đảm cho khả năng chi trả từ bảo hiểm tiền gửi trong hạn mức theo quy định<sup>12</sup>. Do đó, cơ quan quản lý và điều hành của ngân hàng phải trực tiếp chịu trách nhiệm bảo toàn các nguồn vốn, trong đó có tiền gửi của tổ chức và cá nhân, thực hiện đúng nghĩa vụ thỏa thuận như cam kết hoàn trả gốc và lãi đúng hạn. Có nghĩa là phải thực hiện đúng nghĩa vụ theo quy định một cách trung thực, khẩn cấp. Đây cũng chính là bảo vệ uy tín của ngân hàng để duy trì liên tục hoạt động huy động vốn và cho vay.

Sự can thiệp của NHNN bằng thủ tục kiểm soát đặc biệt chỉ được coi là giải pháp cuối cùng cho cứu trợ ngân hàng thua lỗ, yếu kém. Trong thời gian qua, NHNN phải quyết định mua 0 đồng Ngân hàng Xây dựng, Ngân hàng Đại dương là giải pháp tình thế trong bối cảnh hàng loạt vi phạm của người quản lý, điều hành xảy ra, gây ảnh hưởng đến trật tự kinh doanh ngân hàng và người gửi tiền<sup>13</sup>.

Vấn đề đặt ra làm thế nào để cổ đông, người gửi tiền có thể nhận thức được nguy cơ rủi ro khi giao dịch tại ngân hàng và thực hiện quyền khởi kiện người quản lý điều hành vi phạm pháp luật để bảo vệ quyền lợi của ngân hàng và bảo vệ quyền lợi của chính mình.

Hiện nay, niêm yết cổ phiếu của NHTMCP không phải là quy định bắt buộc,

10 “Chuyển giao bắt buộc” là Phương án được thực hiện trong tái cơ cấu Ngân hàng Sài Gòn Thương tín (Sacombank).

11 Luật DN 2014 quy định quyền của ĐHCĐ trong bầu, miễn nhiệm và bãi nhiệm thành viên HĐQT, xem xét và xử lý vi phạm của HĐQT gây thiệt hại cho công ty và cổ đông (Điểm c, h Khoản 2 Điều 135 Luật Doanh nghiệp). Đây là quy định biểu hiện quan hệ ủy nhiệm kinh doanh của cổ đông cho các thành viên HĐQT.

12 Ngày 15/6/2017, Thủ tướng Chính phủ đã ký Quyết định 21/2017 về hạn mức trả tiền bảo hiểm theo quy định của Luật Bảo hiểm tiền gửi. Quyết định này có hiệu lực từ 05/08/2017. Theo đó, số tiền bảo hiểm được trả cho tất cả các khoản tiền gửi được bảo hiểm theo quy định của Luật Bảo hiểm tiền gửi (gồm cả gốc và lãi) của một cá nhân tại một tổ chức tham gia bảo hiểm tiền gửi tối đa là 75 triệu đồng. Trước đó, theo quy định của Nghị định số 89/1999/NĐ-CP ngày 1/9/1999 thì hạn mức bảo hiểm tối đa là 30 triệu đồng và theo quy định của Nghị định số 109/2005/NĐ-CP ngày 24/8/2005 sửa đổi, bổ sung thì hạn mức bảo hiểm tối đa là 50 triệu đồng áp dụng cho đến nay.

13 Hiện nay, các thành viên Chính phủ thống nhất sẽ không đặt ra vấn đề NHNN mua lại các ngân hàng với giá 0 đồng. Tham khảo: “Chính phủ nhất trí dừng mua ngân hàng giá 0 đồng”, Hoài Thu, <https://www.baomoi.com/>, Thứ tư, 12/4/2017.

nên tài sản, cổ phiếu của ngân hàng chưa niêm yết chưa được định giá bởi thị trường và ngân hàng chưa niêm yết chưa thực hiện chế độ công bố thông tin theo Luật Chứng khoán. Trong khi trách nhiệm của NHNN là thanh tra, kiểm tra và giám sát nhằm phát hiện vi phạm, nhưng với các ngân hàng chưa niêm yết thì việc thanh tra, kiểm tra và giám sát thiếu một kênh thông tin. Và cũng vì cổ phiếu của ngân hàng chưa niêm yết, nên thông tin không đủ để cổ đông và thị trường gây áp lực lên người quản lý, điều hành.

Bởi vậy việc quy định rõ trách nhiệm của người quản lý, điều hành trong Luật Doanh nghiệp và Luật TCTD, tạo ra cơ chế để cổ đông dễ dàng khởi kiện yêu cầu người quản lý, điều hành bồi thường sẽ giúp cho ngân hàng giảm bớt nợ xấu do lỗi bất cẩn trong điều hành và do những hành vi trái pháp luật của các thành viên quản lý, điều hành gây ra.

Ở nhiều nước, việc khởi kiện yêu cầu bồi thường thiệt hại do người quản lý, điều hành đối với công ty diễn ra thường xuyên theo chế độ đại diện khởi kiện của cổ đông. Nhờ việc xét xử công minh của tòa án, người quản lý điều hành có trách nhiệm bồi thường thiệt hại gây ra cho công ty<sup>14</sup>

Ngoài ra, quy định miễn trách nhiệm cũng cần được quy định áp dụng chung cho người quản lý điều hành của ngân hàng cũng như người tham gia cơ cấu tổ chức tín dụng khi thực hiện trách nhiệm miễn cán và trung thực.

### **3.3 Minh bạch và công khai hoạt động của chi nhánh, phòng giao dịch**

Tổ chức NHTM bao gồm cả hội sở, chi nhánh, phòng giao dịch, văn phòng đại

diện ở nước ngoài. Do đặc thù hoạt động huy động vốn và cho vay, mạng lưới chi nhánh và phòng giao dịch của NHTM được đặt tại nhiều địa phương. Dưới góc độ pháp luật, tất cả hội sở, chi nhánh, phòng giao dịch đều là một thể thống nhất, doanh thu và lợi nhuận của ngân hàng được xác định là tổng hợp các dữ liệu của hệ thống các bộ phận hợp thành. Tuy nhiên, trên thực tế, do đặc thù địa bàn kinh doanh và phạm vi đối tượng khách hàng gửi tiền và cho vay, ngoài thực hiện ủy quyền theo pháp luật thì người đứng đầu các chi nhánh, phòng giao dịch phải thực hiện các biện pháp kinh tế, tài chính để duy trì chi nhánh, phòng giao dịch trên địa bàn. Mức độ “tự chủ” của các đơn vị này thể hiện ở thỏa thuận về lãi suất huy động, quyết định khoản cho vay và lãi suất cho vay trong phạm vi thẩm quyền dựa trên cơ sở cạnh tranh thu hút khách hàng gửi tiền và đi vay, bởi vậy, nếu không có quy định thống nhất áp dụng trong nội bộ và kiểm soát thường xuyên thì các đơn vị này dễ “vượt rào” trong thỏa thuận.

Bởi vậy có thể nói, nếu không minh bạch và công khai hoạt động của chi nhánh và phòng giao dịch cũng như tạo ra cơ chế kiểm soát có hiệu quả từ bản thân cơ quan quản lý, điều hành ngân hàng đó cũng như NHNN khó có thể kịp thời phát hiện các giao dịch bất hợp pháp.

Trên thực tế, tình trạng nhận tiền gửi nhưng không ghi nhận trên hệ thống quản lý dữ liệu của ngân hàng trong thời gian qua cũng như việc thực hiện lạm dụng chức vụ, quyền hạn, thực hiện hành vi trái pháp luật trong nhận tiền gửi và cho vay cũng là “hồi chuông” cảnh báo sự “lông lẻo” trong quản lý hoạt động của chi nhánh và phòng giao

14 Năm 2000, Tòa án Nhật Bản ra phán quyết theo đơn kiện của đại diện cổ đông buộc 11 thành viên HĐQT và người điều hành của ngân hàng Daiwa và phải bồi thường 775 triệu đô la cho Ngân hàng do thiệt hại gây ra cho công ty là 530 triệu USD. Lý do khởi kiện là Ngân hàng Daiwa phải chịu khoản lỗ vào năm 1995 là 1,1 tỷ USD do đầu tư trái phiếu ở Hoa Kỳ do Chi nhánh ngân hàng Daiwa New York thực hiện. Trích dẫn trong: Current Business and Legal issues in Japan’ banking and Financial Industry, Mitsuru Misawa, 2011, 2nd Edition, p. 8-13

dịch của NHTM<sup>15</sup>. Để khắc phục tình trạng này, Dự thảo Luật TCTD sửa đổi cần có quy định chi tiết về định nghĩa, phạm vi thẩm quyền của chi nhánh, phòng giao dịch của ngân hàng ở trong và ngoài nước và trách nhiệm của người đứng đầu - Giám đốc chi nhánh, Trưởng Phòng giao dịch, nhằm giúp hình thành ý thức tự bảo vệ và kiểm soát vi phạm từ phía người gửi tiền, người đi vay và những người có liên quan.

### **3.4 Biện pháp mua nợ xấu của Công ty quản lý tài sản của các tổ chức tín dụng Việt Nam (VAMC)**

Theo số liệu của Ủy ban Giám sát tài chính quốc gia, trong năm 2015 chất lượng tín dụng có sự cải thiện, nợ quá hạn là 179.501 tỷ đồng, tỷ lệ nợ quá hạn là 4,4% (năm 2014 là 5,3%). Nợ xấu là 119.660 tỷ đồng, tương đương tỷ lệ 2,9% (năm 2014 là 3,7%), giá trị tuyệt đối khoảng 120.000 tỷ đồng. Trong đó, nợ xấu của 3 ngân hàng được mua 0 đồng đóng góp 30,8% nợ xấu hệ thống TCTD. Tuy nhiên, con số này chưa tính đến 243.000 tỷ đồng nợ xấu đang "mắc kẹt" tại VAMC<sup>16</sup>.

Phải nói rằng, nợ xấu luôn đồng hành cùng với ngân hàng, tuy nhiên, VAMC không thể giúp giải quyết triệt để vấn đề xử

lý nợ xấu của các ngân hàng chỉ bằng mua có thời hạn nợ xấu, giúp ngân hàng tạm thời "làm sạch" nợ xấu trên bảng cân đối kế toán với một khoản "chi phí" bán nợ<sup>17</sup>.

Thực chất khi xử lý mua nợ của VAMC, Nhà nước không phải bỏ tiền ngân sách để xử lý nhưng có thể coi là đây là giải pháp để cứu trợ ngân hàng thua lỗ do nợ xấu và cứu trợ khối tình trạng phá sản. Bởi vậy, với việc xây dựng Luật Hỗ trợ tái cơ cấu các TCTD<sup>18</sup> và xử lý nợ xấu, vị trí của VAMC cũng cần được luật hóa làm cơ sở điều chỉnh hợp lý quan hệ xử lý nợ trong quá trình tái cơ cấu các TCTD. Ngoài ra, cần quy định thứ tự ưu tiên thực hiện các biện pháp xử lý nợ xấu để tránh việc ôm đồm nợ xấu quá mức của VAMC và tăng cường trách nhiệm kiểm soát và tự xử lý nợ xấu của ngân hàng.

### **3.4 Thiết lập hệ thống giám sát nội bộ trong tập đoàn tài chính - ngân hàng**

Việc mất khả năng thanh toán của NHTM thông thường do khoản vay không được trả nợ đúng thời hạn hoặc không có khả năng thu hồi chuyển thành "nợ xấu". Việc tự thiết lập hệ thống hỗ trợ ngân hàng "yếu kém" có thể giúp các ngân hàng tự thân điều chỉnh chứ không chỉ dựa vào các thiết chế hỗ trợ của Nhà nước.

15 Trên thực tế, bài học từ vụ án "siêu lừa Huỳnh Thị Huyền Như", nguyên Trưởng Phòng giao dịch Điện Biên Phủ của Ngân hàng Công thương Việt Nam, Vietinbank chi nhánh TP Hồ Chí Minh bị cáo buộc vay trên 200 tỷ đồng với lãi suất cao để đầu tư bất động sản vào năm 2007. Từ năm 2010, kinh doanh thua lỗ, mất khả năng trả nợ, Huyền Như dùng nhiều mảnh khốe để có được hơn 4.000 tỷ đồng tiền gửi của nhiều cá nhân, tổ chức. Hay là gần đây, ngày 27/9/2017, TAND TP Hồ Chí Minh xét xử Trần Thị Thu Trang (41 tuổi, 5 cựu cán bộ, nhân viên nhà băng này bị truy tố tội Cố ý làm trái quy định của Nhà nước về quản lý kinh tế gây hậu quả nghiêm trọng. Bị cáo là Nguyên Phó phòng Kế toán giao dịch và Ngân quỹ Ngân hàng TMCP Bản Việt - Chi nhánh Gia Định) về tội Lừa đảo nhằm chiếm đoạt tài sản. Việc lừa đảo với hành vi rút 38 sổ tiết kiệm của khách hàng. Tham khảo thêm bài: "Cán bộ ngân hàng ở Sài Gòn rút 38 sổ tiết kiệm của khách", Hải Duyên, <https://vnexpress.net/Thứ tư, 27/9/2017 | 15:23 GMT+7>.

16 Tham khảo: Ngọc Mai, Nợ xấu "mắc kẹt" tại VAMC gấp đôi số nợ xấu trên sổ sách, Trí thức trẻ ngày 15/3/2016.

17 Nghị định 18/2016/NĐ-CP ngày 18/3/2016 sửa đổi bổ sung Nghị định 53/2013/NĐ-CP ngày 18/5/2016 ngày quy định: Đối với khoản nợ xấu được mua bằng trái phiếu đặc biệt, hàng năm, VAMC được thu một số tiền theo một tỷ lệ do NHNN quy định sau khi thống nhất với Bộ Tài chính tính trên số dư nợ gốc còn lại cuối kỳ của khoản nợ đang được hạch toán nội bảng trên bảng cân đối kế toán của VAMC. Đối với khoản nợ xấu được mua bằng trái phiếu đặc biệt, VAMC được thu một số tiền trên số tiền thu hồi khoản nợ xấu theo tỷ lệ do NHNN quy định sau khi thống nhất với Bộ Tài chính trừ đi số tiền VAMC đã thu theo quy định trên, trong trường hợp số tiền thu được từ thu hồi khoản nợ xấu lớn hơn số tiền đã thu trên. Còn trong trường hợp số tiền này nhỏ hơn số tiền VAMC đã thu theo quy định trên thì VAMC không phải hoàn trả TCTD số tiền đã thu theo quy định trên.

18 Dự Luật đang được lấy ý kiến. Tham khảo trên: [duthaonline.quochoi.vn/](http://duthaonline.quochoi.vn/)

Việc hỗ trợ ngân hàng yếu kém có thể được thực hiện bằng duy trì hỗ trợ liên kết trong tập đoàn tài chính - ngân hàng, tập đoàn tài chính - thương mại - công nghiệp.

Hiện nay, Luật TCTD đã là cơ sở hình thành tập đoàn tài chính ngân hàng - liên kết góp vốn giữa ngân hàng và các công ty con trong lĩnh vực tài chính. Tuy nhiên, do giới hạn sở hữu của tổ chức, cá nhân góp vốn vào ngân hàng và giới hạn góp vốn của ngân hàng vào các tổ chức kinh doanh khác<sup>19</sup> nên không thể kỳ vọng về hình thành tập đoàn tài chính - ngân hàng lớn mạnh có thể hỗ trợ ngân hàng lâm vào tình trạng kiểm soát đặc biệt. Bởi vậy các quy định của Luật TCTD cần được xem xét sửa đổi về tỷ lệ góp vốn của tổ chức, cá nhân vào ngân hàng, tỷ lệ vốn góp vào các tổ chức kinh tế của ngân hàng, hình thức tham gia góp vốn vào công ty con...<sup>20</sup>.

Ngoài ra, cần nghiên cứu hình thức “cứu trợ” ngân hàng dưới hình thức “sở hữu chéo”<sup>21</sup> tạm thời liên quan của các công ty trong tập đoàn đối với ngân hàng cho giải quyết tình trạng nợ xấu, trước khi tìm đến biện pháp cứu trợ cuối cùng của Nhà nước.

Đặc biệt, trong xu hướng lớn mạnh của các tập đoàn thương mại, xây dựng và công nghiệp trong nước, cần tạo ra cơ chế giúp cho tự thân các tập đoàn này được phép thực hiện một số hoạt động tín dụng

và định hướng trở thành cổ đông góp vốn thành lập ngân hàng. Như ở Nhật Bản, sự tồn tại của ngân hàng trong lịch sử và hiện tại thường gắn kết với các tập đoàn thương mại và công nghiệp, theo đó tình trạng sở hữu ổn định của các công ty trong tập đoàn giúp cho cơ cấu vốn của chủ sở hữu ngân hàng ổn định. Gần đây có xu hướng thành lập ngân hàng mới do nhu cầu hoạt động kinh doanh đa ngành, đa lĩnh vực. Có thể lấy ví dụ trường hợp Ngân hàng EAON. Ngân hàng này thành lập năm 2007 theo sáng kiến của CTCP Thương mại EAON, sau đó, với việc trao đổi cổ phần với công ty dịch vụ tín dụng EAON, công ty này đã trở thành công ty con của Ngân hàng EAON<sup>22</sup>. Như vậy, không nhất thiết phải thành lập ngân hàng đầy đủ các hoạt động và có thể tiến hành một số hoạt động tín dụng, sau đó khi đủ khả năng tài chính và kinh nghiệm cũng như thị trường mới nên thành lập ngân hàng.

Ở nước ta, một số tập đoàn tư nhân lớn cũng đã tham gia đầu tư vào Ngân hàng Phát triển thành phố Hồ Chí Minh (HD bank)<sup>23</sup>. Sự liên kết giữa HD Bank và công ty có lợi thế kinh doanh - Hãng hàng không Vietjet - giúp cho ngân hàng có thể duy trì lợi nhuận bền vững<sup>24</sup>.

Có thể nói, sự liên kết giữa ngân hàng và các công ty trong tập đoàn và định hình cơ chế phối kết hợp trong đầu tư, kinh doanh

19 Xem chú thích (7).

20 Theo khoản 2 Điều 129 Luật TCTD: “Tổng mức góp vốn, mua cổ phần của một ngân hàng thương mại vào các doanh nghiệp, kể cả các công ty con, công ty liên kết của ngân hàng thương mại đó không được vượt quá 40% vốn điều lệ và quỹ dự trữ của ngân hàng thương mại”.

21 Theo khoản 5 Điều 130 Luật TCTD, TCTD không được góp vốn, mua cổ phần của các doanh nghiệp, TCTD khác là cổ đông của chính TCTD đó. Quy định này nhằm hạn chế trống rỗng vốn do đầu tư chéo. Tuy nhiên, theo kinh nghiệm của Nhật Bản - quốc gia có kinh nghiệm trong duy trì sự liên kết sở hữu trong tập đoàn, Luật Thương mại Nhật Bản đã quy định cấm công ty con sở hữu cổ phần của công ty mẹ trừ một số trường hợp đặc biệt, sau đó, Luật công ty có quy định cấm thực hiện quyền biểu quyết của cổ đông là công ty sở hữu chéo ngược chiều trong trường hợp sở hữu chéo có dấu hiệu chi phối thực chất. Có nghĩa là vẫn có thể ghi nhận duy trì tình trạng sở hữu chéo để hỗ trợ xử lý nợ xấu của ngân hàng. Tham khảo thêm: Nhật Bản: “Hạn chế tình trạng sở hữu chéo”; TS. Nguyễn Thị Lan Hương, Tạp chí Tài chính & Đầu tư Số 5, 2013.

22 Tham khảo thông tin về Ngân hàng Eeon Nhật bản, tại <http://www.aeonbank.co.jp/>.

23 Tham khảo thêm: Lịch sử hình thành và phát triển HD Bank; <https://www.hdbank.com.vn>

24 Mới đây, HD Bank ra quyết định đầu tư mua cổ phiếu của Vietjet. Tham khảo: HDBank chi 350 tỷ mua thêm hơn 2,54 triệu cổ phiếu Vietjet, Phương Chi, Trí thức trẻ ngày 19/9/2017

và quản lý trong tập đoàn sẽ giúp cho củng cố vị trí của các ngân hàng và hỗ trợ cho xử lý nợ xấu phát sinh.

\*

Hoàn thiện pháp luật ngân hàng nhằm hỗ trợ tái cơ cấu ngân hàng lỗi, yếu kém đang đặt ra. Tuy nhiên, cần đặt mục đích hoàn thiện pháp luật nhằm phát triển bền vững có hiệu quả hoạt động kinh doanh tiền tệ nói chung. Luật TCTD sửa đổi cần đặt nền tảng tái cơ cấu ngân hàng theo những nguyên tắc thị trường. Trong xử lý nợ và lỗ của ngân hàng cần đề cao vai trò của thị trường và mục đích xử lý ngoài bảo vệ người gửi tiền thì cần phải bảo vệ cổ đông.

Ngoài ra, cần nhanh chóng thúc đẩy hoạt động của các tổ chức định giá chuyên nghiệp giúp cho khẳng định uy tín của ngân hàng cũng như uy tín và khả năng trả nợ của doanh nghiệp đi vay.

Trong bối cảnh hiện nay ở nước ta, buộc niêm yết cổ phiếu của NHTMCP có xác định điều kiện quy mô cũng là một giải pháp để gắn trách nhiệm của cổ đông lớn, người quản lý, điều hành với thị trường, với nhà đầu tư, với công chúng nói chung và người gửi tiền nói riêng ■

## LÊNIN VỚI CÔNG CUỘC CHỐNG QUAN LIÊU, THAM NHŨNG

(Tiếp theo trang 7)

ăn bám, xa hoa, lãng phí, mê tín dị đoan”<sup>10</sup>. Việc thực hiện tốt các Nghị quyết về xây dựng, chỉnh đốn Đảng đã đem lại những kết quả thiết thực, tạo ra những chuyển biến tích cực trong Đảng, trong toàn xã hội; góp phần đấu tranh với những suy nghĩ và hành vi sai trái; cảnh tỉnh, cảnh báo, răn đe và nỗ lực từng bước đẩy lùi tham nhũng tiêu cực. Nói đi đôi với làm, chỉ từ sau Nghị quyết số 04 ngày 12/9/1987 của Bộ Chính trị (khóa VI) đến nhiệm kỳ khóa VIII (1996-2001), gần 52 vạn đảng viên sa sút phẩm chất, đạo đức, thoái hóa, tiêu cực đã bị xử lý kỷ luật Đảng (trong đó khóa VI tới 22 vạn đảng viên, khóa VII 18 vạn và khóa VIII gần 11,7 vạn); trong đó có cả Ủy viên Bộ Chính trị, hàng chục

Ủy viên Trung ương, hàng trăm Ủy viên cấp ủy cấp tỉnh và tương đương; khá nhiều đảng viên là cấp ủy cấp huyện và tương đương. Riêng khóa VIII có hơn 23.700 đảng viên vi phạm về công tác tổ chức và sinh hoạt đảng phải xử lý; gần 39.500 đảng viên vi phạm chính sách, pháp luật, trong đó tham ô, tham nhũng có gần 7.200 đảng viên...<sup>11</sup>. Xử lý kỷ luật đúng người, đúng tội như vậy đã góp phần quan trọng trong việc giữ gìn và nâng cao tính nghiêm minh của kỷ luật Đảng. Bởi vậy chúng ta hoàn toàn có căn cứ để tin tưởng rằng, Nghị quyết Trung ương 4 khóa XII - một Nghị quyết rất hợp lòng dân đã, đang và sẽ được thực thi nghiêm túc và đạt hiệu quả cao hơn nhiều ■

10 Văn kiện Đảng toàn tập, tập 48 (1987), trang 387-396 Nghị quyết của Bộ Chính trị số 04-NQ/TW ngày 12/9/1987 về cuộc vận động làm trong sạch và nâng cao sức chiến đấu của tổ chức đảng và bộ máy nhà nước, làm lành mạnh các quan hệ xã hội.

11 Hội đồng lý luận Trung ương, Chương trình KX03, đề tài KX03.07 “Đổi mới công tác kiểm tra, kỷ luật trong Đảng nhằm nâng cao sức chiến đấu của Đảng trong giai đoạn cách mạng mới”, Hà Nội tháng 5/2005, trang 33-34 và 41.

# MỘT SỐ KIẾN NGHỊ NHẪM HOÀN THIỆN CHÍNH SÁCH, PHÁP LUẬT VỀ THỦY SẢN

**Nguyễn Minh Sơn\***

**Bùi Thị Thùy Linh\*\***

\* TS, Phó Chủ nhiệm Ủy ban Kinh tế của Quốc hội.

\*\* Vụ Kinh tế, Văn phòng Quốc hội.

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* chính sách và pháp luật, thủy sản, Luật Thủy sản năm 2003

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 17/08/2017

Biên tập: 12/10/2017

Duyệt bài: 18/10/2017

## Article Infomation:

*Keywords:* policies and laws, fisheries, Law on Fisheries of 2003

*Article History:*

Received: 17 Aug. 2017

Edited: 12 Oct. 2017

Approved: 18 Oct. 2017

## Tóm tắt:

Qua phân tích thực trạng hệ thống chính sách, pháp luật về thủy sản, bài viết chỉ ra những tồn tại, hạn chế trong các quy định liên quan đến bảo vệ nguồn lợi thủy sản, nuôi trồng, khai thác thủy sản, quản lý tàu cá và dịch vụ trong khai thác thủy sản; từ đó, đưa ra các đề xuất, kiến nghị sửa đổi, bổ sung Luật Thủy sản năm 2003, hoàn thiện tổ chức ngành thủy sản, tăng cường hợp tác quốc tế về thủy sản, gắn mục tiêu phát triển kinh tế biển với bảo đảm quốc phòng, an ninh trên biển.

## Abstract:

Based on the analysis of the applicable policies and legal frammework on the fisheries sector, this article provides the shortcomings and limitations of the regulations relating to the protection of the fisheries resources, aquaculture, capture fisheries, and management of fishing ships and fishery activity service-providing establishments, for which recommendations are proposed for amendments of and supplements to the Fisheries Law of 2003, enhancing fishery managing system, promoting international cooperation on fisheries and creating a close connection between developing marine economics and ensuring national defense and security.

## 1. Thực trạng hệ thống chính sách, pháp luật về thủy sản

### 1.1 Tác động tích cực của chính sách, pháp luật về thủy sản đối với phát triển kinh tế

*Thứ nhất*, hệ thống chính sách, pháp luật về thủy sản đã có tác động rõ rệt tới tăng trưởng kinh tế, thể hiện qua chỉ tiêu GDP, sản lượng thủy sản và giá trị sản xuất thủy sản.

Thực hiện chủ trương phát huy các nguồn lực, đổi mới để phát triển trong xu thế mở cửa và hội nhập đất nước, ngành thủy sản luôn coi xuất khẩu là động lực và ưu tiên đầu tư. Việc chú trọng đầu tư ngày một nhiều hơn và đúng hướng là tiền đề quan trọng để phát triển kinh tế thủy sản, tạo nên sự chuyển biến mạnh mẽ trong sản xuất kinh doanh, nâng cao năng lực, mở rộng quy mô sản xuất, kinh doanh, tạo ra nhiều việc làm

và tăng thu nhập cho lao động nghề cá cả nước, tạo nguồn thu lớn cho ngân sách nhà nước (NSNN).

Trong chiến lược phát triển ngành, các lĩnh vực khai thác và nuôi trồng thủy sản được định hướng phát triển phục vụ xuất khẩu. Ngược lại, thành công trong chế biến, xuất khẩu đã trở thành động lực thúc đẩy khai thác và nuôi trồng thủy sản phát triển. Ngành thủy sản đã chủ động đi trước trong hội nhập quốc tế, đẩy mạnh việc áp dụng khoa học công nghệ tiên tiến vào sản xuất, gắn sản xuất nguyên liệu với chế biến, xúc tiến thương mại, mở rộng thị trường xuất khẩu.

Tổng sản lượng thủy sản đã vượt qua ngưỡng 01 triệu tấn vào năm 1990, đạt 02 triệu tấn vào năm 1999, 05 triệu tấn vào năm 2010 và đạt mốc 06 triệu tấn vào năm 2014. Kim ngạch xuất khẩu đã vượt qua mức 500 triệu USD năm 1995, vượt ngưỡng 01 tỷ USD năm 2000, đạt 02 tỷ USD năm 2002, trên 03 tỷ USD năm 2006, qua mức 04 tỷ USD năm 2008, 06 tỷ USD năm 2011 và đạt 7,05 tỷ USD năm 2016. Sự tăng trưởng ổn định của ngành thủy sản trong giai đoạn này đã giữ vững vị thế cao của Việt Nam trong cộng đồng nghề cá trên thế giới, đứng thứ 10 về sản lượng khai thác thủy sản, thứ 4 về giá trị xuất khẩu thủy sản và thứ 3 về nuôi trồng các loài thủy sản.

*Thứ hai*, hệ thống chính sách, pháp luật về thủy sản đã có tác động đến việc chuyển dịch cơ cấu kinh tế ngành thủy sản theo hướng tăng tỷ trọng giá trị nuôi trồng thủy sản và giảm tỷ trọng giá trị khai thác thủy sản (*Biểu đồ 1*).

Từ chỗ là một nghề sản xuất phụ, mang tính chất tự cấp tự túc, nuôi trồng thủy sản đã trở thành một ngành sản xuất hàng

hoá tập trung với trình độ kỹ thuật tiên tiến, phát triển ở tất cả các vùng nước ngọt, nước lợ, nước mặn theo hướng bền vững, bảo vệ môi trường, hài hòa với các ngành kinh tế khác. Nuôi trồng thủy sản đang từng bước trở thành một trong những ngành sản xuất hàng hoá chủ lực, phát triển rộng khắp và có vị trí quan trọng và đang hướng đến xây dựng các vùng sản xuất tập trung. Các đối tượng có giá trị cao có khả năng xuất khẩu đã được tập trung đầu tư, khuyến khích phát triển, hiệu quả tốt. Phát huy được tiềm năng tự nhiên, nguồn vốn và sự năng động sáng tạo trong doanh nghiệp và ngư dân. Nuôi trồng thủy sản đang góp phần hết sức quan trọng trong chuyển dịch cơ cấu kinh tế trong nông nghiệp cũng như thực hiện xoá đói giảm nghèo ở các vùng miền của đất nước.

*Thứ ba*, hệ thống chính sách, pháp luật về thủy sản đã có tác động đến việc thu hút một lực lượng lớn lao động tham gia vào các hoạt động thủy sản, làm giảm sức ép về tình trạng thiếu việc làm trên phạm vi cả nước.

Luật Thủy sản tạo khung pháp lý thuận lợi phát triển các hoạt động thủy sản tác động đến thu hút lao động của ngành thủy sản, tăng liên tục từ 1,32 triệu người (năm 2003) lên khoảng 1,63 triệu người năm 2007 và trên 04 triệu lao động năm 2013. Như vậy, từ năm 2003 đến năm 2007, tỷ lệ tăng bình quân số lao động thường xuyên của ngành thủy sản từ 4-5%/năm<sup>1</sup>.

Tỷ trọng lao động ngành thủy sản trong tổng số lao động của nền kinh tế quốc dân có xu hướng tăng lên, từ 2,63 % (năm 2000), lên 3,27% (năm 2003) và lên 3,7% (năm 2007)<sup>2</sup>.

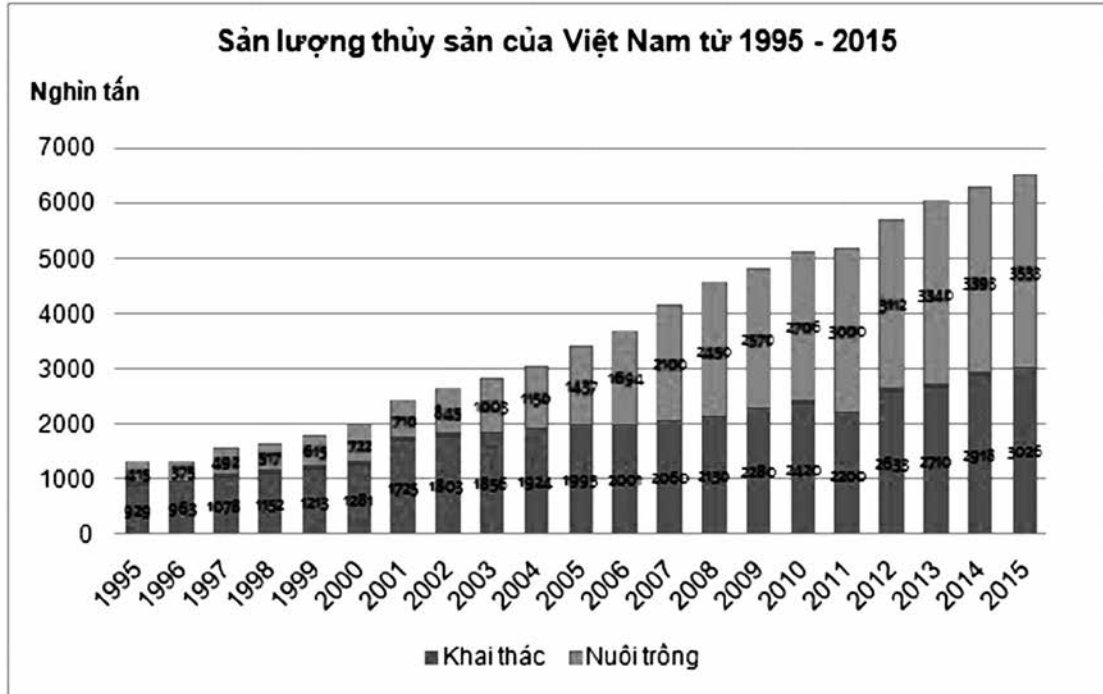
*Thứ tư*, hệ thống chính sách, pháp luật về thủy sản đã góp phần bảo vệ chủ quyền,

1 Phạm Thị Tinh (2016), Chính sách pháp luật về thủy sản, kiến nghị và giải pháp hoàn thiện.

2 Như trên.



Biểu đồ 1. Sản lượng thủy sản Việt Nam từ năm 1995 - 2015



Nguồn: Hiệp hội Chế biến và Xuất khẩu thủy sản Việt Nam (2016)

đảm bảo an ninh quốc phòng ở vùng sâu, vùng xa, đặc biệt là ở vùng biển và hải đảo.

Ngành thủy sản luôn giữ vai trò quan trọng trong bảo vệ an ninh, chủ quyền trên biển, ổn định xã hội và phát triển kinh tế các vùng ven biển, hải đảo, góp phần thực hiện chiến lược quốc phòng toàn dân và an ninh nhân dân. Triển khai thực hiện Nghị định số 67/2014/NĐ-CP ngày 07/7/2014 về một số chính sách phát triển thủy sản và Nghị định số 89/2015/NĐ-CP ngày 07/10/2015 sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 67/2014/NĐ-CP, số tàu hiện diện trên các vùng biển đã tăng mạnh, Nhà nước đã hỗ trợ trên 2,7 nghìn tỷ đồng, ngư dân bỏ ra khoảng 45 nghìn tỷ đồng để đóng 9.000 tàu; đã hỗ trợ cho ngư dân về bảo hiểm, hỗ trợ

2.329 máy thông tin liên lạc trên tàu, thành lập 4.400 tổ/đội khai thác trên biển<sup>3</sup>. Việc gia tăng số lượng tàu lớn đánh bắt xa bờ không chỉ nhằm khai thác các tiềm năng mới, cung cấp nguyên liệu cho chế biến mà còn góp phần bảo đảm quốc phòng, an ninh trên các vùng biển của nước ta.

Thứ năm, hệ thống pháp luật về thủy sản đã có tác động đến việc nâng cao ý thức chấp hành pháp luật của người dân.

Sau 12 năm triển khai thực hiện Luật Thủy sản và các văn bản hướng dẫn thi hành, người dân nuôi trồng, khai thác thủy sản đã phần nào có chuyển biến tốt hơn về ý thức chấp hành pháp luật so với trước đây. Một số hộ nuôi thủy sản đã có ý thức trong việc xử lý nước trước khi xả thải ra môi trường;

3 Tổng cục Thủy sản (2016), Báo cáo tình hình thực hiện kế hoạch năm 2015, Phương hướng nhiệm vụ, giải pháp chủ yếu thực hiện kế hoạch năm 2016, Hội nghị Tổng kết năm 2015 và triển khai Kế hoạch năm 2016, Kế hoạch 5 năm 2016 - 2020 ngành nông nghiệp và phát triển nông thôn, Hà Nội, ngày 05/1/2016, Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn.

không sử dụng hoá chất, kháng sinh cấm sử dụng, tự giác chấp hành nghiêm thủ tục đăng ký kinh doanh các ngành nghề thủy sản. Ở nhiều địa phương, người dân có ý thức hơn trong việc đánh bắt hải sản, đặc biệt đánh bắt hải sản ven bờ, như giảm các hình thức đánh bắt mang tính huỷ diệt (dùng xung điện, chất nổ, khai thác các đối tượng cá nhỏ, cá đang thời kỳ sinh sản...), chuyển đổi từ lối đánh bắt tự nhiên sang nuôi trồng có kế hoạch, kết hợp bảo vệ nguồn lợi thủy sản.

### **1.2 Một số tồn tại, hạn chế trong hệ thống chính sách, pháp luật về thủy sản**

#### **1.2.1 Đối với bảo vệ và phát triển nguồn lợi thủy sản**

*Thứ nhất*, cho đến nay việc đánh giá tổng thể nguồn lợi thủy sản, định kỳ điều tra trữ lượng nguồn lợi thủy sản, xây dựng bản đồ nguồn lợi thủy sản chưa được cơ quan có trách nhiệm triển khai thực hiện thường xuyên, bài bản. Việc điều tra, đánh giá nguồn lợi thủy sản mới chỉ được quan tâm và tiến hành ở trên biển mà chưa được thực hiện tại các vùng nước nội địa. Do vậy, chưa có số liệu đủ tin cậy về trữ lượng nguồn lợi thủy sản để cấp giấy phép khai thác, cũng như hoạch định các chính sách phát triển khai thác thủy sản.

*Thứ hai*, biện pháp bảo tồn, bảo vệ, tái tạo nguồn lợi thủy sản (cấm khai thác, phương thức khai thác) chưa được áp dụng đồng bộ, có hiệu quả tại các địa phương. Tình trạng ngư dân khai thác các loài cấm, loài thủy sinh quý hiếm có nguy cơ tuyệt chủng như san hô, cá heo, rùa biển... vẫn xảy ra.

*Thứ ba*, hầu hết các địa phương chưa bố trí kinh phí thỏa đáng cho công tác tái tạo nguồn lợi thủy sản. Công tác tái tạo nguồn lợi thủy sản tại nhiều địa phương chưa được quan tâm đúng mức, chưa được thực hiện định kỳ và thường xuyên. Việc bảo vệ, kiểm soát sau khi thả giống chưa được thực hiện

ảnh hưởng đến hiệu quả của việc tái tạo nguồn lợi thủy sản.

Nguyên nhân của những hạn chế nói trên là do:

*Một là*, nguồn kinh phí và năng lực điều tra, đánh giá nguồn lợi thủy sản còn hạn chế. Nhận thức về công tác bảo vệ, bảo tồn nguồn lợi thủy sản của ngư dân còn thấp; đời sống ngư dân còn nghèo; lực lượng kiểm tra, kiểm soát còn mỏng; việc bố trí kinh phí và đầu tư cho hoạt động thanh tra chuyên ngành trong lĩnh vực thủy sản còn hạn chế; chế tài xử lý chưa đầy đủ; công tác kiểm tra, kiểm soát, xử lý vi phạm chưa được thực hiện triệt để.

*Hai là*, Luật Thủy sản năm 2003 còn tồn tại một số bất cập liên quan đến quy định về bảo vệ và phát triển nguồn lợi thủy sản: (i) Quy định về khu bảo tồn biển, khu bảo tồn vùng nước nội địa đang có sự mâu thuẫn, chồng chéo về thẩm quyền và nội dung quản lý với Luật Đa dạng sinh học; (ii) Chưa quy định NSNN cấp đề hình thành Quỹ tái tạo nguồn lợi thủy sản. Các nội dung cụ thể về kinh phí hoạt động của Quỹ giao Chính phủ quy định. Tuy nhiên, Nghị định số 27/2005/NĐ-CP của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Thủy sản không quy định NSNN cấp ban đầu cho Quỹ cũng như một số nội dung khác mà trong Luật giao Chính phủ hướng dẫn thực hiện. Mặc dù Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Quyết định số 29/2007/QĐ-TTg thành lập và quy định về tổ chức, hoạt động của Quỹ tái tạo nguồn lợi thủy sản Việt Nam. Tuy nhiên, cho đến nay Quỹ này chưa đi vào hoạt động.

#### **1.2.2 Đối với khai thác thủy sản**

*Thứ nhất*, việc thực hiện các quy định về báo cáo khai thác và ghi nhật ký khai thác trên thực tế còn mang tính hình thức và đối phó, chưa mang lại hiệu quả thiết thực. Các số liệu thống kê được qua việc ghi nhật ký

khai thác và báo cáo khai thác chưa thể làm căn cứ tin cậy cho việc thống kê sản lượng khai thác thủy sản, xác định ngư trường khai thác và đánh giá hiện trạng của nguồn lợi thủy sản.

*Thứ hai*, việc cấp Giấy phép khai thác thủy sản cho ngư dân đã được các tỉnh thực hiện nhưng chưa thực sự mang lại lợi ích quản lý như mong đợi, chưa kiểm soát được hạn mức cấp phép khai thác cho từng vùng biển, từng đội tàu, dẫn đến có khả năng dư thừa năng lực khai thác thủy sản, đặc biệt là khai thác ở vùng biển ven bờ. Số lượng giấy phép khai thác thủy sản được cấp hiện nay chưa xuất phát từ thực trạng nguồn lợi thủy sản và quy hoạch phát triển đội tàu mà mới chỉ đáp ứng yêu cầu của người dân. Mặt khác, do tổ chức và năng lực hoạt động của thanh tra chuyên ngành thủy sản bị hạn chế nên chưa quản lý được tàu cá có hoạt động đúng như nội dung ghi trong Giấy phép khai thác hay không dẫn tới việc quản lý nghề và vùng khai thác cũng bị hạn chế theo.

*Thứ ba*, việc cấp văn bản chấp thuận đóng mới, cải hoán tàu cá theo quy định của Luật Thủy sản chưa đạt hiệu quả như mong đợi, hầu hết các địa phương vẫn triển khai thực hiện mang tính hình thức bởi còn thiếu các căn cứ để thực hiện thủ tục này.

*Thứ tư*, khai thác thủy sản xa bờ đã được quan tâm phát triển từ rất lâu. Tuy nhiên, đầu tư phát triển nghề khai thác xa bờ không những đòi hỏi có kinh phí lớn để trang bị các thiết bị khai thác hiện đại, đảm bảo an toàn cho người và tàu cá mà còn đòi hỏi ngư dân phải am hiểu ngư trường, kỹ thuật khai thác và khả năng áp dụng khoa học công nghệ. Trong khi đó hoạt động khuyến ngư trong khai thác thủy sản chưa được quan tâm đúng mức, Nhà nước đã có một số chính sách hỗ trợ đầu tư cho ngư dân đi khai thác xa bờ nhưng hiệu quả khai thác xa

bờ còn nhiều hạn chế.

*Thứ năm*, khai thác thủy sản gần bờ đã vượt quá giới hạn cho phép, nguồn lợi thủy sản ven bờ đang giảm xuống và có nguy cơ cạn kiệt. Tuy nhiên, khai thác nguồn lợi ven bờ vẫn là hoạt động của rất nhiều ngư dân, hộ ngư dân để kiếm sống, mưu sinh hàng ngày. Bên cạnh đó, lực lượng tuần tra, kiểm soát còn mỏng, kinh phí cấp cho lực lượng này còn hạn nên công tác tuần tra, kiểm soát không được tiến hành thường xuyên liên tục dẫn đến tình trạng vi phạm chưa được ngăn chặn kịp thời.

*Thứ sáu*, công tác quản lý vùng khai thác còn hạn chế và là việc khó thực hiện, có 18/28 tỉnh ven biển đã phân chia được ranh giới trên biển với các tỉnh lân cận; 8/28 tỉnh mới thực hiện phân chia được một phần ranh giới với các tỉnh lân cận và vẫn còn một số tỉnh chưa thực hiện phân chia ranh giới với các địa phương lân cận, đặc biệt là vùng biển ven bờ như: Quảng Ninh, Thừa Thiên Huế. Bên cạnh đó, ý thức của người dân về khai thác theo vùng, tuyến chưa cao. Nhiều tàu khai thác xa bờ vẫn đánh bắt tại vùng biển ven bờ và vùng lộng.

Nguyên nhân của những hạn chế nói trên là do:

*Một là*, các quy định quản lý về khai thác thủy sản chưa thực sự phù hợp với hiện trạng nghề cá quy mô nhỏ của Việt Nam.

*Hai là*, theo quy định của Luật Thủy sản năm 2003, việc cấp phép mới chỉ dừng lại ở khối tàu thực hiện hoạt động khai thác thủy sản. Tuy nhiên, trên thực tế, các cơ quan có thẩm quyền vẫn cấp Giấy phép khai thác thủy sản đối với tàu chuyên hoạt động dịch vụ hậu cần nghề cá. Do đó, cần bổ sung quy định đối với việc cấp phép cho các tàu thực hiện các hoạt động dịch vụ hậu cần nghề cá.

Ba là, về quản lý các vùng khai thác, Luật Biển Việt Nam đưa ra các quy định về vùng biển Việt Nam bao gồm nội thủy, lãnh hải, vùng tiếp giáp lãnh hải, vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa thuộc chủ quyền, quyền chủ quyền và quyền tài phán quốc gia của Việt Nam được xác định theo pháp luật Việt Nam, điều ước quốc tế về biên giới lãnh thổ mà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là thành viên và phù hợp với Công ước của Liên hiệp quốc về Luật Biển năm 1982 (khoản 1 Điều 3). Trong khi đó, Luật Thủy sản năm 2003 cũng như Nghị định 33/2010/NĐ-CP của Chính phủ về quản lý khai thác thủy sản của tàu cá trong vùng biển Việt Nam lại đưa ra các quy định quản lý tàu cá, khai thác và phân vùng khai thác theo vùng biển ven bờ, vùng lộng, vùng khơi, vùng biển cả.

Về lý thuyết, việc đưa ra các chuẩn khác nhau tùy thuộc vào yêu cầu của cơ quan quản lý, song với việc đưa ra nhiều chuẩn như nói trên khó có thể tạo ra mối liên kết giữa các lĩnh vực quản lý với nhau nhất là trong thời điểm hiện nay, hoạt động thủy sản luôn gắn với hoạt động bảo vệ chủ quyền quốc gia, đồng thời gây ra những phức tạp trong công tác quản lý thống kê. Các chuẩn này còn không đồng nhất với các thống kê nghề cá của Tổ chức Lương thực và Nông nghiệp Liên hiệp quốc và các nước trong khu vực. Đây là vấn đề cần xem xét vì khó có thể hội nhập với nghề cá các nước.

Bốn là, các quy định về khai thác thủy sản trong Luật Thủy sản năm 2003 chưa thực sự phù hợp với việc khai thác thủy sản trên các vùng nước nội đồng. Do đó, trong thời gian qua việc quản lý đối với hoạt động thủy sản trong nội đồng chưa được các cơ quan quản lý nhà nước về thủy sản từ trung ương đến địa phương chú trọng và có đầu tư phù hợp.

### 1.2.3 Nuôi trồng thủy sản

*Thứ nhất*, vấn đề quy hoạch nuôi trồng thủy sản còn chậm triển khai, mặc dù đã có quy hoạch tổng thể nhưng nhiều địa phương chưa xây dựng quy hoạch hoặc có nhưng thiếu tính khả thi trên thực tiễn. Việc quản lý quy hoạch, triển khai thực hiện theo quy hoạch ở một số vùng, một số nơi còn nhiều bất cập, đặc biệt những vùng phát triển nuôi trồng thủy sản trọng điểm, những khu vực sản xuất giống tập trung chưa được quan tâm đúng mức.

*Thứ hai*, một số đối tượng nuôi chủ lực như tôm thẻ, cá tra có thị trường, nghề nuôi phát triển nhanh, quá mức dẫn tới phát triển tự phát, mạnh ai nấy làm, không theo quy hoạch nên đã nảy sinh nhiều vấn đề tồn tại, bất cập về môi trường và dịch bệnh cũng như không đảm bảo các yếu tố về giống có chất lượng, lộn xộn trong quản lý cung ứng thức ăn và vật tư, hóa chất, chất xử lý cải tạo môi trường, phòng, trừ bệnh thủy sản, thị trường tiêu thụ cạnh tranh thiếu lành mạnh...

*Thứ ba*, việc đầu tư cơ sở hạ tầng về giao thông, thủy lợi tại các vùng nuôi trồng thủy sản tập trung tuy đã có các cơ chế, chính sách đầu tư, hỗ trợ phát triển song triển khai trên thực tế còn chậm do thiếu vốn, đầu tư thủy lợi phục vụ nuôi trồng thủy sản chưa có gắn kết chặt chẽ, hiệu quả thấp. Bên cạnh đó ý thức chấp hành pháp luật của người dân nuôi trồng thủy sản chưa cao, còn tự phát, hình thức nuôi manh mún, nhỏ lẻ, đầu tư không theo quy hoạch, thiết kế ao nuôi thiếu đồng bộ, do đó khó kiểm soát được dịch bệnh và nguy cơ gây ô nhiễm môi trường.

*Thứ tư*, Luật Thủy sản đã có quy định về mặt nước biển để nuôi trồng thủy sản. Tuy nhiên, cho đến nay người nuôi trồng thủy sản trên biển chưa được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng mặt nước biển để nuôi trồng thủy sản (trừ người nuôi trồng thủy sản

tham gia mô hình thí điểm tại tỉnh Quảng Ninh), tình trạng áp dụng các quy định này ở mỗi địa phương ven biển trong cả nước có sự khác nhau.

Nguyên nhân của tình trạng trên là do:

*Một là*, về quy hoạch nuôi trồng thủy sản, Luật Thủy sản năm 2003 mới chỉ quy định chung về nguyên tắc và thẩm quyền xây dựng quy hoạch phát triển nuôi trồng thủy sản; chưa phân định rõ về thẩm quyền lập, xét duyệt và phê duyệt quy hoạch của các cơ quan; chưa quy định căn cứ, điều kiện và thẩm quyền điều chỉnh, thay đổi, bổ sung quy hoạch phát triển nuôi trồng thủy sản.

*Hai là*, Luật chưa chi rõ cơ quan nào giúp việc cho UBND cấp tỉnh, cấp huyện trong việc thực hiện giao, cho thuê mặt nước biển để nuôi trồng thủy sản. Trình tự cụ thể của việc giao, cho thuê mặt nước biển để nuôi trồng thủy sản cũng chưa được quy định cụ thể mà chỉ đang vận dụng từ quy định của pháp luật về đất đai.

Luật cũng mới chỉ quy định thời gian tối đa để giao, cho thuê mặt nước biển để nuôi trồng thủy sản, không quy định thời gian tối thiểu. Điều này đã xảy ra trường hợp các địa phương có thể áp dụng tùy tiện, có thể là 3 năm hoặc 5 năm, trong khi có những loài thủy sản phải nuôi 2 năm mới được thu hoạch, như vậy chưa đảm bảo cho người được giao, được thuê có điều kiện đầu tư xây dựng cơ sở hạ tầng, đủ thời gian để thu hồi vốn đầu tư và có lãi trên diện tích mặt nước biển được giao, cho thuê.

*Ba là*, Luật chưa có quy định về chính sách hỗ trợ rủi ro trong nuôi trồng thủy sản.

#### 1.2.4 Đối với tàu cá và cơ sở dịch vụ hoạt động thủy sản

*Đối với quản lý tàu cá*, việc tổ chức thực hiện công tác đăng kiểm tàu cá gặp không ít khó khăn vì nhiều địa phương đến

nay chưa đủ điều kiện để tổ chức thực hiện việc phân cấp này. Ngoài ra, hiện nay công tác đăng kiểm tàu cá vẫn mang tính chất hình thức chưa đảm bảo chất lượng như mong đợi của người dân và các cơ quan quản lý. Việc giám sát hoạt động của tàu cá vẫn còn nhiều khó khăn trong triển khai thực hiện, nhất là vấn đề tổ chức bộ máy, biên chế và thống nhất trong phân công tổ chức thực hiện ở địa phương. Một số quy phạm pháp luật tuy cần thiết song lại chưa có đủ các điều kiện triển khai trên thực tế nên chưa được áp dụng hoặc tính khả thi chưa cao như quy định về phê duyệt hồ sơ thiết kế tàu cá, quy định về đánh dấu tàu, đánh dấu ngư cụ khai thác.

*Đối với cơ sở dịch vụ hoạt động thủy sản*, tổ chức và hoạt động của cảng cá chưa được thống nhất trên toàn quốc, dẫn đến tình trạng mỗi địa phương thực hiện một mô hình tổ chức và hoạt động khác nhau, có nơi Ban quản lý cảng cá trực thuộc UBND, có nơi lại thuộc Sở Nông nghiệp và Phát triển nông thôn. Điều này cũng gây khó khăn cho cơ quan quản lý ở Trung ương. Vấn đề xã hội hoá công tác đầu tư, quản lý, khai thác cảng cá còn thiếu cơ sở pháp lý và điều kiện triển khai thực hiện. Việc triển khai xây dựng các tiêu chuẩn, quy chuẩn về cảng cá, khu neo đậu tránh trú bão còn chậm dẫn đến tình trạng thiếu căn cứ khoa học trong việc triển khai đầu tư xây dựng. Một số cảng cá, khu neo đậu tránh trú bão của tàu cá được đầu tư xây dựng nhưng khi hoạt động chưa đạt hiệu quả như mong đợi.

Nguyên nhân của tình trạng trên là do:

*Một là*, kinh phí đầu tư cho công tác đăng kiểm tàu cá chưa thoả đáng, các trang thiết bị phục vụ cho công tác đăng kiểm còn rất sơ sài, nguồn nhân lực tổ chức thực hiện đăng kiểm tàu cá còn hạn chế về số lượng và năng lực thực hiện ở cả trung ương và địa phương.

Hai là, Luật Thủy sản năm 2003 còn một số bất cập trong quy định về quản lý tàu cá và cơ sở dịch vụ hoạt động thủy sản.

Về quản lý tàu cá, Luật chưa có khái niệm rõ ràng về tàu cá, gây khó khăn trong quá trình quản lý và xây dựng các văn bản hướng dẫn. Trong Luật quy định cấu trúc nổi dùng trong nuôi trồng thủy sản được coi là tàu cá và phải thực hiện chế độ quản lý như tàu cá. Có quá nhiều chỉ số quản lý liên quan đến tàu cá trong các quy phạm pháp luật không đồng nhất, ví dụ như cấp Giấy phép khai thác thì căn cứ vào trọng tải tàu nhưng khi phân cấp công tác đăng kiểm tàu cá lại căn cứ vào đường nước thiết kế. Điều kiện để thực hiện đăng kiểm tàu cá lại căn cứ vào cả hai yếu tố là công suất và đường nước thiết kế; các chuẩn 15CV liên quan đến bằng thuyền trưởng, máy trưởng, chuẩn 90CV liên quan đến tàu cá xa bờ; các chuẩn 30CV liên quan đến các tàu thuộc diện cấm và hạn chế phát triển; các chuẩn 40CV, 250CV, 400CV liên quan đến các loại bằng cấp thuyền trưởng, máy trưởng. Việc phân cấp thẩm quyền đăng ký tàu cá lại căn cứ vào chủ sở hữu tàu cá và theo phạm vi địa giới hành chính. Những bất cập này đã gây khó khăn trong quá trình quản lý và phân cấp quản lý tàu cá. Do đó, cần thống nhất về tiêu chí để quản lý tàu cá trong đăng ký, đăng kiểm, cấp phép khai thác và phân cấp quản lý tàu cá giữa trung ương và địa phương.

Việc đưa ra các chuẩn khác nhau để quản lý tàu cá khó có thể tạo ra mối liên kết trong các lĩnh vực quản lý, gây ra những phức tạp trong công tác quản lý thống kê. Các chuẩn này còn không đồng nhất với các thống kê nghề cá của FAO và các nước trong khu vực. Đây là vấn đề quan trọng cần xem xét vì rất khó có thể hội nhập với nước ngoài.

Về cảng cá, khu neo đậu tránh trú bão tàu cá, Luật Thủy sản năm 2003 mới quy định chung về nội dung này. Luật chưa điều chỉnh các nội dung như công bố cảng cá, phân loại cảng cá, vai trò vị trí của cảng cá, xã hội hoá đầu tư, khai thác cảng cá, quản lý tàu cá nước ngoài vào cảng cá Việt Nam.

## 2. Một số kiến nghị nhằm hoàn thiện hệ thống chính sách, pháp luật về thủy sản

*Thứ nhất*, cần xây dựng hoàn thiện hệ thống pháp luật về thủy sản, trong đó trước mắt tập trung xây dựng Luật Thủy sản (sửa đổi) theo đúng tiến độ và đảm bảo phù hợp với thực tiễn và xu hướng phát triển của ngành thủy sản. Cụ thể, cần sửa đổi Luật Thủy sản năm 2003 theo hướng:

(i) Về bảo vệ và phát triển nguồn lợi thủy sản, cần sửa đổi, bổ sung quy định về nguồn hình thành Quỹ tái tạo nguồn lợi thủy sản. Xác định rõ nguồn cấp ban đầu của NSNN cho Quỹ tái tạo nguồn lợi thủy sản. Sửa đổi quy định về khu bảo tồn biển, khu bảo tồn vùng nước nội địa theo hướng quy định rõ cách thức quản lý, tiêu chí quản lý, phân cấp quản lý. Phân định rõ thẩm quyền quản lý đối với khu bảo tồn vùng nước nội địa và kiểm soát các loài thủy sinh vật ngoại lai của Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn với Bộ Tài nguyên và Môi trường.

(ii) Về khai thác thủy sản, bổ sung quy định quản lý đối với một số nghề khai thác thủy sản không sử dụng tàu cá; quy định về vùng khai thác, quản lý nghề khai thác. Sửa đổi quy định về tiêu chí cấp Giấy phép khai thác thủy sản đảm bảo phù hợp với tiêu chí đăng ký và đăng kiểm tàu cá. Sửa đổi quy định về đăng ký kinh doanh để phù hợp với Luật Đầu tư, Luật Doanh nghiệp.

(iii) Về nuôi trồng thủy sản, bổ sung quy định về quản lý vật tư đầu vào trong nuôi trồng thủy sản (thức ăn thủy sản, chất xử lý

cải tạo môi trường trong nuôi trồng thủy sản, giống thủy sản...) đảm bảo phù hợp với Luật Đầu tư và việc quản lý nuôi trồng thủy sản theo chuỗi giá trị. Sửa đổi các trường hợp Nhà nước thu hồi mặt nước biển để nuôi trồng thủy sản, một số quy định về thời hạn giao, cho thuê mặt nước biển cho phù hợp với Luật Đất đai. Bổ sung quy định xác định rõ thẩm quyền của các tổ chức thuộc ngành nông nghiệp và phát triển nông thôn trong quản lý nhà nước về mặt nước biển để nuôi trồng thủy sản, tránh chồng chéo với trách nhiệm, thẩm quyền của ngành tài nguyên và môi trường trong quản lý tổng hợp tài nguyên biển. Sửa đổi, làm rõ nội hàm một số thuật ngữ cho phù hợp với Luật Tiêu chuẩn quy chuẩn kỹ thuật, Luật Chất lượng sản phẩm hàng hóa như: tiêu chuẩn Việt Nam, tiêu chuẩn ngành, thú y thủy sản, thuốc thú y... Bổ sung quy định về quan trắc cảnh báo môi trường trong nuôi trồng thủy sản; quy định về việc thừa nhận lẫn nhau về các tiêu chuẩn trong nuôi trồng thủy sản; quy định về quản lý bè cá dùng trong nuôi trồng thủy sản.

(iv) Về tàu cá và dịch vụ hoạt động thủy sản, bổ sung một điều quy định về Hệ thống thông tin quản lý tàu cá. Sửa đổi quy định về thủ tục hành chính trong phê duyệt hồ sơ thiết kế, đóng mới, cải hoán tàu cá; quy định tàu cá đóng mới, cải hoán theo mẫu truyền thống không bắt buộc có hồ sơ thiết kế, nhưng bắt buộc phải có hồ sơ hoàn công đảm bảo cải cách thủ tục hành chính. Bổ sung quy định quản lý đối với các cơ sở đóng mới, cải hoán tàu cá; định hướng phát triển tàu cá và xử lý đối với các tàu cá nhỏ để phát triển nghề cá hiện đại; quản lý đối với các loại vật tư dùng trong khai thác thủy sản. Sửa đổi quy định về cảng cá, bến cá, khu neo đậu tránh trú bão cho tàu cá theo hướng quy định cụ thể về cơ chế quản lý, tổ chức quản lý của cảng cá, bến

cá, khu neo đậu tránh trú bão cho tàu cá.

(v) Bổ sung quy định về đồng quản lý nghề cá trong hoạt động thủy sản nhằm phát huy tính hiệu quả của hình thức quản lý này, nâng cao ý thức, trách nhiệm của người dân trong hoạt động thủy sản. Theo đó, các quy định về mô hình, cách thức tổ chức hoạt động đồng quản lý, cơ quan có thẩm quyền thành lập, kinh phí hoạt động, quyền hạn và trách nhiệm của những người tham gia hoạt động đồng quản lý và đặc biệt là vấn đề chia sẻ lợi ích trong đồng quản lý cũng cần được quy định cụ.

(vi) Về quản lý cấp phép khai thác thủy sản theo hạn ngạch, Luật Thủy sản (sửa đổi) cần giao trách nhiệm cụ thể cho cơ quan có thẩm quyền quyết định hạn ngạch đầu vào và điều tiết số lượng tàu được phép khai thác dựa trên căn cứ khoa học đáng tin cậy (dựa trên kết quả điều tra, đánh giá trữ lượng nguồn lợi thủy sản trong vùng biển Việt Nam và sự gia tăng phát triển về số lượng tàu thuyền đánh bắt hải sản) để bảo vệ và phát triển nguồn lợi thủy sản.

(vii) Về xã hội hóa công tác đăng kiểm tàu cá: để thống nhất quản lý trong công tác đăng kiểm tàu cá, nhằm thực hiện chuyên môn hóa cao trong các hoạt động đăng kiểm cũng như tạo điều kiện để đầu tư các nguồn lực (nhân lực, vật lực, tài lực), huy động sự tham gia của các tổ chức, cá nhân đầu tư cho công tác đăng kiểm tàu cá, đảm bảo chất lượng của hoạt động đăng kiểm, khắc phục tình trạng “đăng kiểm hành chính” như hiện nay, đề nghị bỏ nội dung về phân cấp đăng kiểm trong các văn bản hiện hành, đồng thời bổ sung quy định về xã hội hóa đăng kiểm tàu cá, điều kiện và thủ tục công nhận các đơn vị đăng kiểm khi tiến hành xã hội hóa. Nội dung về xã hội hóa công tác đăng kiểm tàu cá cần dựa trên những tổng kết từ

đề án thí điểm đăng kiểm tàu cá theo vùng trọng điểm; đề án xã hội hoá công tác đăng kiểm tàu cá do Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn triển khai thực hiện để có những quy định mang tính đột phá, tách bạch giữa những hoạt động mang tính kỹ thuật theo dịch vụ công với công tác quản lý nhà nước về tàu cá.

(viii) Về kiểm ngư, cần thiết phải quy định bổ sung về kiểm ngư tại dự án Luật Thủy sản (sửa đổi) để thiết lập cơ sở pháp lý cao nhất cho tổ chức và hoạt động của Kiểm ngư Việt Nam nhằm tăng cường kiểm tra, giám sát các hoạt động khai thác thủy sản và bảo vệ nguồn lợi thủy sản. Đồng thời, việc có lực lượng kiểm ngư với thẩm quyền và trang thiết bị đủ mạnh và có cơ chế phối hợp với các lực lượng khác sẽ góp phần tăng cường sự hiện diện của các lực lượng chức năng Việt Nam trên biển; góp phần đảm bảo quốc phòng, an ninh, trật tự trên biển.

*Thứ hai*, cần kịp thời ban hành theo thẩm quyền văn bản quy phạm pháp luật quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành những nội dung sửa đổi mới trong Luật Thủy sản như: kiểm ngư; phân cấp thẩm quyền quản lý thủy sản cho địa phương; giao, cho thuê mặt nước biển để nuôi trồng thủy sản; quản lý tàu cá; quản lý chất lượng thủy sản; quản lý nuôi trồng thủy sản theo hướng bền vững, đảm bảo truy xuất nguồn gốc; quản lý khai thác thủy sản nội đồng, cấp giấy phép khai thác thủy sản...

*Thứ ba*, cần hoàn thiện tổ chức ngành thủy sản, tiếp tục kiện toàn, nâng cao năng lực hoạt động (nhân lực, cơ sở vật chất, kinh phí hoạt động) cho Tổng cục Thủy sản và các Chi cục chuyên ngành thủy sản tại địa phương để thực hiện những thẩm quyền, nhiệm vụ được phân cấp trong Luật Thủy sản (sửa đổi). Rà soát, bổ sung hoàn thiện

chức năng nhiệm vụ, quy chế hoạt động, cơ chế phối hợp của Tổng cục Thủy sản với các Cục, Vụ thuộc Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn và các cơ quan có liên quan. Chuyên môn hóa đội ngũ cán bộ làm công tác thủy sản, tăng cường năng lực cán bộ làm công tác thủy sản tại địa phương.

*Thứ tư*, tăng cường hợp tác quốc tế về thủy sản để tận dụng tối đa các nguồn lực, kinh nghiệm của các quốc gia và các tổ chức quốc tế trong việc hoàn thiện hệ thống pháp luật về thủy sản. Nghiên cứu các quy định của luật pháp quốc tế về khai thác thủy sản để nội luật hoá trong các quy định của quốc gia. Khuyến khích các doanh nghiệp, các Trường đại học, các Viện nghiên cứu khoa học liên doanh, liên kết với các nhà đầu tư nước ngoài để đầu tư phát triển thủy sản, đặc biệt trong việc ứng dụng khoa học công nghệ trong khai thác nuôi trồng và chế biến thủy sản, sử dụng công nghệ định vị, vệ tinh để quản lý hoạt động khai thác thủy sản... Tăng cường và mở rộng hợp tác quốc tế trong nghề cá, trước hết đối với các nước trong khu vực ASEAN và các nước trong khu vực Biển Đông. Đẩy mạnh việc đàm phán, ký kết các thỏa thuận hợp tác nghề cá song phương và đa phương với các nước, các tổ chức quốc tế trong khu vực và trên thế giới.

*Thứ năm*, trong quá trình hoàn thiện hệ thống chính sách, pháp luật về kinh tế biển, cần xem xét gắn mục tiêu phát triển kinh tế biển với bảo đảm quốc phòng, an ninh trên biển; có cơ chế phù hợp, đảm bảo tăng cường hoạt động hợp tác quốc tế của các lực lượng thực thi pháp luật trên biển với các nước trong khu vực, đặc biệt những quốc gia có biển liền kề nhằm đảm bảo an ninh khu vực ■



# NHỮNG VƯỚNG MẮC VỀ XÂY DỰNG CHÍNH SÁCH TRONG ĐỀ NGHỊ XÂY DỰNG VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT

**Bùi Thu Hằng\***

\* Vụ Các vấn đề chung về xây dựng pháp luật - Bộ Tư pháp

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* xây dựng văn bản quy phạm pháp luật; quy trình chính sách; thẩm định chính sách

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 14/06/2017

Biên tập: 02/08/2017

Duyệt bài: 07/08/2017

## Article Information:

*Keywords:* Development of legal documents; policy process; policy appraisal

*Article History:*

Received: 14 Jun 2017

Edited: 02 Aug. 2017

Approved: 07 Aug. 2017

## Tóm tắt:

Bài viết phân tích những bất cập, hạn chế trong quy trình xây dựng chính sách hiện hành, đồng thời đề xuất một số giải pháp nhằm nâng cao chất lượng xây dựng chính sách trong quy trình xây dựng và ban hành văn bản quy phạm pháp luật.

## Abstract:

This article provides analysis of the limitations, shortcomings in the current policy making process and also recommendations for solutions to improve the quality of policy developments in the process of developing and promulgating the legal documents and laws.

## 1. Mối quan hệ giữa chính sách và pháp luật

### 1.1 Khái niệm chính sách

Khái niệm “chính sách” được sử dụng phổ biến trong quy trình xây dựng và ban hành văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL). Ngay từ khi Luật Ban hành VBQPPL năm 1996 ra đời, khái niệm “chính sách” đã xuất hiện trong mục đích ban hành Luật này: “đề nâng cao chất lượng, hiệu quả công tác xây dựng pháp luật, kịp thời thể chế hoá đường lối, chính sách của Đảng, đáp ứng yêu cầu quản lý xã hội bằng pháp luật, xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam”.

Như vậy, có thể nói rằng, việc xây dựng chính sách đã được đưa vào quy trình lập pháp từ năm 1996, tuy nhiên, quy trình xây dựng chính sách chưa rõ ràng và cụ thể như quy định của Luật Ban hành VBQPPL năm 2015. Điều 22 Luật Ban hành VBQPPL năm 1996 quy định: “Lập chương trình, thông qua chương trình xây dựng luật, pháp lệnh được xây dựng trên cơ sở đường lối, chủ trương, chính sách của Đảng, chiến lược phát triển kinh tế - xã hội, quốc phòng, an ninh và yêu cầu quản lý nhà nước trong từng thời kỳ, bảo đảm các quyền, nghĩa vụ của công dân”.

Vấn đề xây dựng chính sách và đánh giá tác động của chính sách được đặc biệt đặt ra kể từ khi sửa đổi Luật Ban hành VBQPPL vào năm 2008. Tuy nhiên, trong giai đoạn này, việc tiếp cận trong xây dựng chính sách chủ yếu chỉ tập trung xây dựng chính sách đối với hình thức luật, pháp lệnh, nghị quyết của Quốc hội, nghị quyết của Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH). Chỉ đến khi xây dựng Luật Ban hành VBQPPL năm 2015, khái niệm chính sách, quy trình xây dựng chính sách, thẩm định chính sách và việc mở rộng phạm vi loại văn bản cần xây dựng theo quy trình chính sách mới được đặt ra.

Mặc dù Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 không giải thích thuật ngữ chính sách nhưng để cụ thể hóa quy định của pháp luật, Nghị định số 34/2016/NĐ-CP của Chính phủ quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Ban hành VBQPPL (sau đây gọi là Nghị định số 34) giải thích thuật ngữ “chính sách” như sau: “Chính sách là định hướng, giải pháp của Nhà nước để giải quyết vấn đề của thực tiễn nhằm đạt được mục tiêu nhất định”.

Tuy nhiên, trong quá trình thực hiện đã nảy sinh nhiều vấn đề khác nhau liên quan đến thuật ngữ “chính sách”. Cụ thể là:

*Thứ nhất*, nếu “chính sách” là *định hướng, giải pháp* của Nhà nước thì liệu có bao quát hết quy định tại khoản 2 Điều 19 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015: “*Các biện pháp cụ thể* để tổ chức thi hành Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết của UBTVQH, lệnh, quyết định của Chủ tịch nước; *các biện pháp để thực hiện chính sách kinh tế - xã hội*, quốc phòng, an ninh, tài chính, tiền tệ, ngân sách, thuế, dân tộc, tôn giáo, văn hóa, giáo dục, y tế, khoa học, công nghệ, môi trường, đối ngoại, chế độ công vụ, cán bộ, công chức, viên chức, quyền, nghĩa vụ của công dân và các vấn đề khác thuộc thẩm quyền quản lý, điều hành của Chính phủ...” và khoản 3 Điều

19: “*Vấn đề cần thiết thuộc thẩm quyền của Quốc hội, UBTVQH* nhưng chưa đủ điều kiện xây dựng thành luật hoặc pháp lệnh để đáp ứng yêu cầu quản lý nhà nước, quản lý kinh, tế, quản lý xã hội”. Vì theo quy định của Nghị định số 34 thì các nghị định quy định tại khoản 2 và 3 đều phải lập đề nghị xây dựng nghị định, nghĩa là phải xây dựng theo quy trình chính sách.

*Thứ hai*, nếu “chính sách” là *định hướng, giải pháp* của Nhà nước thì khái niệm này có phù hợp với quy định tại khoản 2, 3 và 4 Điều 27 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015: “2. *Chính sách, biện pháp* nhằm bảo đảm thi hành Hiến pháp, luật, VBQPPL của cơ quan nhà nước cấp trên; 3. *Biện pháp nhằm phát triển kinh tế - xã hội*, ngân sách, quốc phòng, an ninh ở địa phương; 4. *Biện pháp có tính chất đặc thù* phù hợp với điều kiện phát triển kinh tế - xã hội của địa phương”?

Hiểu theo quy định hiện hành thì chính sách là định hướng/giải pháp cụ thể nhằm giải quyết các vấn đề kinh tế, xã hội, an ninh, quốc phòng... đã hoặc mới phát sinh trong thực tiễn. Loại chính sách này chỉ có thể được thực thi với điều kiện được chuyển tải vào các văn bản pháp luật. Tuy nhiên, từ những câu hỏi đặt ra trong quá trình triển khai thi hành luật, nảy sinh một số vấn đề cần tiếp tục nghiên cứu và thống nhất cách hiểu về thuật ngữ “chính sách”.

*Một là*, nếu hiểu theo nghĩa hẹp “chính sách là giải pháp” là cách thức để giải quyết vấn đề hoặc phương pháp để giải quyết vấn đề (giải pháp hữu ích, giải pháp nâng cao năng lực quản lý, lãnh đạo) và có nhiều giải pháp để thực hiện thì vì sao không thống nhất một cách sử dụng thuật ngữ “chính sách là biện pháp” để phù hợp với quy định tại khoản 2 và 3 Điều 19 và khoản 2, 3 và 4 Điều 27 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015?

*Hai là*, nếu hiểu chính sách theo nghĩa

“biện pháp” là cách thức xử lý công việc hoặc cách thức để giải quyết vấn đề (biện pháp trừng phạt kinh tế, biện pháp ưu đãi thuế, biện pháp điều tiết tiền tệ, biện pháp chống lạm phát, biện pháp kỷ luật lao động) là khái niệm rộng, bao trùm thì có vẻ như là “chính sách là giải pháp” sẽ có nghĩa hẹp hơn là “chính sách là biện pháp”.

*Ba là*, liệu có cách hiểu khác về khái niệm “chính sách”, theo đó, chính sách là việc can thiệp của nhà nước vào các quan hệ xã hội phát sinh nhằm giải quyết các vấn đề của thực tiễn?

Tóm lại, dù hiểu theo nghĩa nào thì thuật ngữ “chính sách” vẫn là khái niệm mơ hồ, gây nhiều tranh cãi. Cách hiểu thiếu thống nhất về khái niệm này sẽ dẫn đến những bất cập trong quy trình xây dựng chính sách như đánh giá tác động của chính sách, thẩm định chính sách.

## **2.2 Vì sao phải xây dựng chính sách trước khi soạn thảo văn bản quy phạm pháp luật?**

Việc xây dựng một VBQPPL có thể được ví như việc xây dựng một ngôi nhà, trong đó, khâu hoạch định chính sách là quá trình chủ đầu tư “đặt hàng” cho kiến trúc sư. Theo đó, kiến trúc sư sẽ đưa ra thiết kế phù hợp với nhu cầu của chủ đầu tư, giải quyết được những bất cập trong cuộc sống hàng ngày. Nếu việc “đặt hàng” càng rõ ràng, chi tiết, cụ thể, có định hướng ổn định, thì bản vẽ của kiến trúc sư càng chính xác và đáp ứng được yêu cầu của chủ đầu tư.

Nhiều quốc gia trên thế giới coi trọng việc xây dựng chính sách trước khi bắt tay vào soạn thảo dự án luật. Mặc dù quy định

không giống nhau nhưng ở đa số các nước, quy trình xây dựng chính sách đều xuất phát từ Chính phủ. Ở Canada, quy trình chính sách được chia thành nhiều giai đoạn và quy định rõ trách nhiệm của từng chủ thể từ xây dựng đến phê duyệt chính sách<sup>1</sup>. Quy trình xây dựng chính sách thường bắt đầu bằng công đoạn đề xuất xây dựng chính sách và kết thúc bằng công đoạn phê duyệt chính sách<sup>2</sup>. Ở Nhật Bản, các ý tưởng hoặc đề xuất chính sách sẽ được xem xét ưu, nhược điểm, so sánh các phương pháp khác nhau để giải quyết vấn đề đặt ra<sup>3</sup>; toàn bộ quá trình xây dựng và hoạch định chính sách được coi là giai đoạn quan trọng nhất và được thực hiện theo một quy trình rất chuyên nghiệp và nghiêm túc, như các chương trình nghiên cứu thực tiễn, thu thập thông tin từ nghiên cứu điều tra cơ bản, tham khảo kinh nghiệm nước ngoài, các điều ước quốc tế, lấy ý kiến nhân dân<sup>4</sup>...

Trong quy trình lập pháp, ở Uganda, người ta chú trọng đến tăng cường hiệu quả của việc phân tích chính sách và hình thành chính sách trước khi soạn thảo luật<sup>5</sup>. Tiếp đó, khi đã có chính sách chuẩn, chính sách được quy phạm hóa thành các quy định pháp luật để bảo đảm tính khả thi của các quy định. Việc quy phạm hóa chính sách là nhiệm vụ của cơ quan soạn thảo chuyên biệt, độc lập, có chuyên môn cao, gắn với cơ quan đã hình thành chính sách. Trong công đoạn phân tích chính sách ở Uganda, người ta cho rằng, làm luật là một hoạt động rất tốn kém, vì vậy, trước hết cần xem xét có nhất thiết phải ban hành luật không, hay có thể áp dụng các biện pháp khác với chi phí thấp hơn là ban hành luật mà vẫn mang lại kết quả mong

1 Báo cáo kết quả nghiên cứu khảo sát quy trình lập pháp của Canada của Bộ Tư pháp (năm 2013).

2 Báo cáo tổng kết thi hành Luật Ban hành VBQPPL (năm 2013).

3 Báo cáo kinh nghiệm nước ngoài Luật Ban hành VBQPPL (năm 2014).

4 Bản thuyết minh dự án Luật Ban hành VBQPPL (năm 2014).

5 Báo cáo kết quả nghiên cứu khảo sát quy trình lập pháp tại Hồng Kông và Nhật Bản của Văn phòng Chính phủ (năm 2014).

muốn<sup>6</sup>. Để trả lời câu hỏi này, Uganda cho rằng không thể thiếu việc phân tích tương quan chi phí, lợi ích của phương án chính sách được đưa ra. Những tuyên ngôn đơn thuần về chính sách không tạo ra nghĩa vụ bắt buộc phải thi hành, mà cần phải chuyển hóa chúng thành các quy định pháp luật<sup>7</sup>.

Như vậy, không riêng gì ở Việt Nam, việc xây dựng chính sách, đánh giá tác động của chính sách là yêu cầu bắt buộc trước khi soạn thảo VBQPPL. Trong xây dựng pháp luật, khâu xây dựng chính sách có vai trò rất quan trọng, thể hiện đường lối, quyết tâm chính trị của Đảng, Nhà nước, nguyện vọng của nhân dân, của các đối tượng thi hành đối với vấn đề mà dự án, dự thảo VBQPPL điều chỉnh. Khi một chính sách được đề ra thì cần xem xét, đánh giá sự cần thiết, mức độ tác động về các mặt kinh tế - xã hội, tính khả thi, điều kiện bảo đảm thực hiện chính sách, từ đó, cơ quan, tổ chức được giao thiết kế các quy phạm cụ thể để thể hiện nội dung chính sách, thực thi chính sách.

Nếu chính sách không được xây dựng trước khi soạn thảo VBQPPL thì VBQPPL có tính dự báo thấp, nhất là về những vấn đề kinh tế - xã hội mới phát sinh, dẫn đến việc có những chính sách không đi vào được cuộc sống. Hệ quả là pháp luật được ban hành nhưng không được dự liệu và bảo đảm đầy đủ các điều kiện về thiết chế tổ chức thi hành, nguồn lực tài chính, tổ chức thi hành pháp luật.

Vì sao chính sách, tự bản thân nó, không thể tác động trực tiếp đến hành vi của từng chủ thể mà phải qua một công cụ "trung gian" đó là pháp luật? Vì, khác với chính sách, pháp luật có những đặc tính mà chính sách không thể có được, đó là tính bắt buộc chung và quy tắc về quyền lực công.

Có thể thấy rằng, giữa chính sách và pháp luật có mối quan hệ khăng khít không thể tách rời. Một VBQPPL sẽ bị coi là không có mục tiêu nếu thiếu một định hướng chính sách. Ngược lại, một chính sách sẽ bị coi là không có ý nghĩa, vô thường vô phạt, nếu nó không được thực hiện thông qua một VBQPPL cụ thể. Như vậy, việc Nhà nước ban hành pháp luật chính là để thực thi chính sách của mình. Chính sách của VBQPPL là tư tưởng cốt lõi đối với vấn đề mà dự án, dự thảo VBQPPL dự định điều chỉnh.

## 2. Những hạn chế trong quy trình chính sách hiện hành

### 2.1 Loại văn bản xây dựng theo quy trình chính sách

Theo quy định, các loại văn bản *Luật, Nghị quyết của Quốc hội; Pháp lệnh, Nghị quyết của UBTVQH; Nghị định của Chính phủ; Nghị quyết của Hội đồng nhân dân (HĐND) cấp tỉnh* là các VBQPPL phải xây dựng chính sách trước khi soạn thảo. Nhưng trong số các loại văn bản nêu trên, pháp luật hiện hành về ban hành VBQPPL cũng loại trừ một số văn bản không phải xây dựng chính sách trước khi soạn thảo.

*Thứ nhất*, tất cả các luật, pháp lệnh đều phải xây dựng chính sách khi lập đề nghị xây dựng VBQPPL.

*Thứ hai*, những nghị quyết sau đây của Quốc hội, UBTVQH, HĐND tỉnh phải xây dựng theo quy trình chính sách gồm:

- Nghị quyết của Quốc hội (1) về thực hiện thí điểm một số chính sách mới thuộc thẩm quyền quyết định của Quốc hội nhưng chưa có luật điều chỉnh; (2) Tạm ngưng hoặc kéo dài thời hạn áp dụng toàn bộ hoặc một phần luật, nghị quyết của Quốc hội đáp ứng các yêu cầu cấp bách về phát triển kinh tế - xã hội, bảo đảm quyền con người, quyền

6 Statutory Instrument Act, Canada 2003.

7 Legislation Act, 2006, bang Ontario, Canada

công dân;

- Nghị quyết của UBND tỉnh tạm ngưng hoặc kéo dài thời hạn áp dụng toàn bộ hoặc một phần pháp lệnh, nghị quyết của UBND tỉnh đáp ứng các yêu cầu cấp bách về phát triển kinh tế - xã hội;

- Nghị quyết của HĐND tỉnh quy định (1) Chính sách, biện pháp nhằm bảo đảm thi hành Hiến pháp, luật, VBQPPL của cơ quan nhà nước cấp trên; (2) Biện pháp nhằm phát triển kinh tế - xã hội, ngân sách, quốc phòng, an ninh ở địa phương; (3) Biện pháp có tính chất đặc thù phù hợp với điều kiện phát triển kinh tế - xã hội của địa phương.

*Thứ ba*, chỉ những nghị định sau mới phải xây dựng chính sách: (1) Nghị định quy định các biện pháp cụ thể để tổ chức thi hành Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết của UBND tỉnh, lệnh, quyết định của Chủ tịch nước; các biện pháp để thực hiện chính sách kinh tế - xã hội, quốc phòng, an ninh, tài chính, tiền tệ, ngân sách, thuế, dân tộc, tôn giáo, văn hóa, giáo dục, y tế, khoa học, công nghệ, môi trường, đối ngoại, chế độ công vụ, cán bộ, công chức, viên chức, quyền, nghĩa vụ của công dân và các vấn đề khác thuộc thẩm quyền quản lý, điều hành của Chính phủ; những vấn đề liên quan đến nhiệm vụ, quyền hạn của từ hai bộ, cơ quan ngang bộ trở lên; nhiệm vụ, quyền hạn, tổ chức bộ máy của các bộ, cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc Chính phủ và các cơ quan khác thuộc thẩm quyền của Chính phủ; (2) Nghị định quy định các vấn đề cần thiết thuộc thẩm quyền của Quốc hội, UBND tỉnh nhưng chưa đủ điều kiện xây dựng thành luật hoặc pháp lệnh để đáp ứng yêu cầu quản lý nhà nước, quản lý kinh tế, quản lý xã hội. Trước khi ban hành nghị định này phải được sự đồng ý của UBND tỉnh.

Việc giới hạn phạm vi loại văn bản phải xây dựng theo quy trình chính sách là hợp lý. Tuy nhiên, quy trình xây dựng chính

sách là hết sức phức tạp, nhiều công đoạn gồm: tổng kết những vấn đề thực tiễn, đánh giá tác động của chính sách, lấy ý kiến đề nghị xây dựng chính sách, thẩm định đề nghị xây dựng chính sách. Thông thường, quy trình lập đề nghị xây dựng VBQPPL phải mất ít nhất từ 4 đến 6 tháng. Trong khi đó Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 mở rộng phạm vi loại văn bản cần xây dựng chính sách bao gồm cả nghị định của Chính phủ về biện pháp tổ chức thi hành Hiến pháp, luật, pháp lệnh, nghị quyết và Nghị quyết của HĐND cấp tỉnh để quy định về chính sách và biện pháp nhằm bảo đảm thi hành VBQPPL của cơ quan nhà nước cấp trên là chưa thực sự phù hợp với thực tế.

Trên thực tế, đối với loại văn bản mang tính chất quản lý điều hành, đòi hỏi phải xử lý nhanh nhưng lại phải xây dựng theo quy trình chính sách hết sức phức tạp làm hạn chế khả năng phản ứng nhanh của Chính phủ và chính quyền địa phương đối với những vấn đề cấp bách của xã hội. Việc quy định nhiều loại văn bản phải xây dựng theo quy trình chính sách sẽ gây tốn kém, lãng phí và mất nhiều thời gian để xây dựng chính sách và có thể ở khía cạnh nào đó làm giảm hiệu quả quản lý, điều hành của Chính phủ, chính quyền địa phương.

Chúng tôi cho rằng, không phải tất cả các loại nghị định quy định tại khoản 2 Điều 19 và khoản 2 và 3 Điều 27 của Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 nhất thiết phải xây dựng theo quy trình chính sách, bởi vì, có một số trường hợp, nếu các VBQPPL không được ban hành ngay sẽ phá vỡ sự đồng bộ của hệ thống pháp luật. Ví dụ, khi ban hành nghị định của Chính phủ để bãi bỏ nghị định của Chính phủ thì liệu có cần thiết phải xây dựng theo quy trình chính sách? Chưa rõ mức độ thành công của quy định này nhưng ít nhất với việc phải thông qua chính sách trước khi soạn thảo nghị định theo quy định tại khoản 2 Điều 19 sẽ làm Chính phủ phải

dành quá nhiều thời gian cho công tác xây dựng chính sách. Bên cạnh đó, với tính mơ hồ của khái niệm “chính sách” cũng dẫn đến sự lúng túng trong quá trình thực hiện.

Theo quy định của Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015, địa phương là cấp tổ chức thực hiện chính sách, pháp luật. Do đó, HĐND tỉnh ban hành VBQPPL chủ yếu thực hiện các biện pháp để tổ chức thi hành Hiến pháp, luật và VBQPPL của cơ quan nhà nước cấp trên. Phần lớn các văn bản do HĐND tỉnh ban hành đều căn cứ vào VBQPPL của trung ương thì liệu có phải xây dựng chính sách không? Vì nếu ra nghị quyết lại phải xây dựng theo quy trình chính sách là một áp lực lớn đối với các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương.

Như vậy, việc áp dụng quy trình chính sách đối với các loại VBQPPL theo quy định tại khoản 2 Điều 19 và khoản 2, 3 Điều 27 cần phải cân nhắc và nghiên cứu lại. Thiết nghĩ, chúng ta nên giới hạn phạm vi loại VBQPPL cần thực hiện theo quy trình chính sách và sẽ hợp lý hơn nếu chỉ tập trung vào một số loại văn bản có tính chất đặc thù cần phải thực hiện theo quy trình chính sách theo quy định tại khoản 3 Điều 19 và khoản 4 Điều 27.

### **2.2 Những bất cập về đánh giá tác động của chính sách**

Đánh giá tác động của chính sách là vấn đề rất khó, đòi hỏi kỹ thuật và quy trình phức tạp, vì vậy, Quốc hội đã giao cho Chính phủ quy định chi tiết Điều 35 của Luật Ban hành VBQPPL năm 2015. Tuy nhiên, quy định của Luật có những vấn đề chưa chặt chẽ khi tách giữa xây dựng nội dung chính sách theo quy định tại Điều 34 với đánh giá tác động của chính sách theo quy định tại Điều 35. Nếu không tách bạch giữa nội dung chính sách và đánh giá tác động của chính sách thì quy trình xây dựng chính sách và đánh giá tác động chính sách sẽ khả thi hơn.

Do việc tách bạch giữa xây dựng nội dung của chính sách và đánh giá tác động của chính sách nên trong Nghị định số 34, Chính phủ quy định Điều 5 (xây dựng nội dung chính sách) với Điều 6 (Đánh giá tác động của chính sách) thành hai Điều riêng. Việc tách thành hai Điều như vậy dẫn đến cách hiểu là phải xây dựng nội dung chính sách trước rồi mới thực hiện đánh giá tác động của chính sách. Cách tiếp cận này tương đối khó hiểu và chưa phù hợp với thông lệ quốc tế - đánh giá tác động của chính sách để tìm ra chính sách và chứng minh chính sách đó là cần thiết. Sẽ hoàn hảo hơn nếu cả luật và nghị định không quy định tách bạch giữa xây dựng nội dung chính sách và đánh giá tác động của chính sách thành hai Điều độc lập.

Có thể nói rằng, đánh giá tác động của chính sách trước khi soạn thảo VBQPPL là một quy định tiến bộ nhưng việc triển khai thi hành thì còn rất hình thức do nguồn kinh phí hạn hẹp. Trong bối cảnh ngân sách nhà nước càng ngày càng bị thu hẹp mà chúng ta lại mở rộng phạm vi loại VBQPPL của cả trung ương và địa phương cần phải xây dựng chính sách và đánh giá tác động của chính sách thì chưa thực sự phù hợp.

Bên cạnh đó, còn có sự thiếu nhất quán trong việc sử dụng cụm từ đánh giá tác động của chính sách và đánh giá tác động của văn bản tại điểm c, khoản 2 Điều 128 của Luật Ban hành VBQPPL: “c) *Đánh giá tác động văn bản* trong trường hợp dự thảo quyết định có quy định cụ thể các chính sách đã được quy định trong văn bản của cơ quan nhà nước cấp trên; đánh giá tác động của thủ tục hành chính trong trường hợp được luật giao, đánh giá tác động về giới (nếu có)”. Việc quy định thiếu thống nhất như vậy sẽ dẫn đến nhiều cách hiểu khác nhau và khó khăn trong việc áp dụng quy trình đánh giá tác động của chính sách.

### **2.3 Quy trình thẩm định chính sách**

Theo quy định của Điều 39 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015, Bộ Tư pháp tiến hành thẩm định đề nghị xây dựng luật, pháp lệnh, nghị quyết trong thời hạn 20 ngày kể từ ngày nhận đủ hồ sơ hợp lệ. Điểm mới của Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 là cho phép các chủ thể có thể gửi đề nghị xây dựng luật, pháp lệnh, đề nghị xây dựng nghị định cho Bộ Tư pháp bất kỳ thời điểm nào trong năm và khi nhận đủ hồ sơ hợp lệ thì Bộ Tư pháp có trách nhiệm thẩm định đề nghị xây dựng luật, pháp lệnh, đề nghị xây dựng nghị định. Đối với những đề nghị xây dựng luật, pháp lệnh, nghị định có nội dung phức tạp và những đề nghị do Bộ Tư pháp chủ trì thì Hội đồng tư vấn thẩm định có không quá 1/3 số thành viên là người của Bộ Tư pháp. Ngoài ra, khi thẩm định đề nghị xây dựng VBQPPL phải có sự tham gia của đại diện Bộ Tài chính, Bộ Nội vụ.

Quy trình thẩm định đề nghị xây dựng luật, pháp lệnh là một quy trình tương đối phức tạp, gồm nhiều nội dung, hồ sơ đề nghị đòi hỏi cao về cả số lượng lẫn chất lượng. Tuy nhiên, việc tổ chức thẩm định trong thời gian qua chưa đáp ứng được yêu cầu của việc thẩm định đề nghị xây dựng VBQPPL. Hội đồng tư vấn thẩm định đề nghị xây dựng luật, pháp lệnh do lãnh đạo cấp vụ chủ trì, trong khi đó thẩm định dự thảo luật, pháp lệnh thì Chủ tịch Hội đồng là lãnh đạo cấp bộ với thành phần tham gia gồm nhiều bộ, ngành, có sự tham gia của nhiều chuyên gia, nhà khoa học. Bên cạnh đó, thành phần tham gia Hội đồng tư vấn thẩm định khi lập đề nghị xây dựng VBQPPL thiếu rất nhiều cơ quan quan trọng như Bộ Nội vụ, Bộ Tài chính, hoặc nếu có tham gia thì cũng chưa phát biểu được về những nội dung mà Luật yêu cầu. Vai trò của Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội trong việc thẩm định đánh

giá tác động xã hội hiện đang hết sức mờ nhạt.

Bên cạnh đó, quy định báo cáo thẩm định phải thể hiện rõ quan điểm của Bộ Tư pháp về việc đề nghị xây dựng luật, pháp lệnh đủ hoặc chưa đủ điều kiện trình chưa thực hiện được vì rất khó để kết luận đề nghị xây dựng VBQPPL đủ hay chưa đủ điều kiện trình do vấn đề chính sách còn nhiều tranh cãi, hồ sơ thẩm định thiếu những dữ liệu cần thiết để đánh giá và vẫn còn sự nể nang, chần chừ đối với cơ quan chủ trì soạn thảo.

Như đã phân tích ở trên, việc triển khai xây dựng nghị quyết của HĐND tỉnh còn ít nên việc thẩm định đề nghị xây dựng nghị quyết theo quy trình thẩm định chính sách cũng gặp nhiều vướng mắc do các Sở Tư pháp chưa có kinh nghiệm và kỹ năng thẩm định chính sách nên chưa tổ chức được các Hội đồng tư vấn thẩm định chính sách theo đúng nghĩa.

Ngoài ra, quy trình thẩm định chính sách cũng chưa bảo đảm sự công bằng về trình tự, thủ tục giữa các chủ thể có thẩm quyền đề nghị xây dựng VBQPPL. Trên thực tế, chỉ có các bộ, cơ quan ngang bộ khi lập đề nghị xây dựng luật, pháp lệnh mới phải thẩm định đề nghị xây dựng luật, pháp lệnh. Đối với các chủ thể khác khi lập đề nghị thì không phải qua bước thẩm định và phê duyệt đề nghị mà chỉ cần gửi xin ý kiến Chính phủ. Khi góp ý đề nghị xây dựng VBQPPL của các chủ thể có thẩm quyền đề nghị khác, do không quy định bắt buộc nên với đề nghị xây dựng VBQPPL của các chủ thể khác thường không thành lập Hội đồng tư vấn thẩm định đề nghị. Như vậy, dường như quy trình xây dựng chính sách, thẩm định chính sách của Chính phủ chặt chẽ hơn so với các chủ thể có quyền trình đề nghị khác.

### 2.4 Về áp dụng trình tự, thủ tục rút gọn với quy trình chính sách

Một câu hỏi rất thực tế là liệu có được áp dụng trình tự, thủ tục rút gọn đối với đề nghị xây dựng VBQPPL không?

Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 dành 01 chương (Chương XII) để quy định về việc xây dựng, ban hành VBQPPL theo trình tự, thủ tục rút gọn. Vấn đề đặt ra là trường hợp luật, pháp lệnh, nghị định (tại khoản 2, 3 Điều 19) hoặc nghị quyết của HĐND tỉnh (tại khoản 2, 3 và 4 Điều 27) thuộc một trong các trường hợp được áp dụng trình tự, thủ tục rút gọn theo quy định tại Điều 146 thì trước khi soạn thảo, cơ quan đề nghị xây dựng VBQPPL có phải thực hiện quy trình lập đề nghị xây dựng VBQPPL (xây dựng, phân tích, đánh giá, thẩm định, thông qua chính sách) không? Do chưa có quy định cụ thể nên có thể dẫn đến nhiều cách hiểu khác nhau.

#### *Cách hiểu thứ nhất:*

Không được áp dụng trình tự, thủ tục rút gọn khi lập đề nghị xây dựng VBQPPL. Chỉ được áp dụng quy định tại Chương XII (xây dựng, ban hành VBQPPL theo trình tự, thủ tục rút gọn), Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 cho quy trình soạn thảo dự án, dự thảo VBQPPL.

#### *Cách hiểu thứ hai:*

Không áp dụng trình tự, thủ tục rút gọn đối với luật, pháp lệnh, nghị quyết của Quốc hội, UBND tỉnh mà vẫn phải thực hiện quy trình chính sách trước khi tiến hành soạn thảo. Vì theo quy định của Luật Ban hành VBQPPL năm 2015, việc soạn thảo các dự án luật, pháp lệnh, nghị quyết chỉ được tiến hành sau khi được đưa vào chương trình xây dựng luật, pháp lệnh. Về thẩm quyền quyết định xây dựng, ban hành VBQPPL theo quy

định tại Điều 147 của Luật thì cơ quan nào ban hành văn bản cơ quan đó sẽ quyết định việc ban hành văn bản theo trình tự, thủ tục rút gọn. Quy định này chưa rõ là có được phép rút gọn đối với quy trình xây dựng chính sách không. Bên cạnh đó, Điều 51 của Luật quy định về việc điều chỉnh chương trình xây dựng luật, pháp lệnh yêu cầu việc chuẩn bị hồ sơ theo quy trình xây dựng chính sách, mà không cho phép áp dụng trình tự, thủ tục rút gọn. Trong khi đó, việc bổ sung vào chương trình thường là những vấn đề cấp bách, đòi hỏi phải ban hành văn bản ngay hoặc các trường hợp khác theo quy định tại Điều 146 của Luật.

Điều 37 Nghị định số 34 quy định về thẩm quyền đề nghị và quyết định ban hành VBQPPL theo thủ tục rút gọn cũng chỉ quy định về thẩm quyền đề nghị áp dụng trình tự thủ tục rút gọn đối với đề nghị xây dựng nghị định của Chính phủ, đề nghị xây dựng nghị quyết của HĐND tỉnh. Nếu hiểu theo quy định của Điều 37 thì cũng không áp dụng trình tự, thủ tục rút gọn khi lập đề nghị xây dựng luật, pháp lệnh. Việc áp dụng trình tự, thủ tục rút gọn đối với đề nghị xây dựng nghị định của Chính phủ, đề nghị xây dựng nghị quyết của HĐND tỉnh theo quy định tại khoản 4 Điều 37 của Nghị định số 34 thì nội dung văn bản đề nghị Thủ tướng Chính phủ, Thường trực HĐND tỉnh quyết định áp dụng trình tự, thủ tục rút gọn chỉ phải nêu rõ: (1) căn cứ áp dụng; (2) tên văn bản; (3) sự cần thiết ban hành; (4) đối tượng, phạm vi điều chỉnh; (5) nội dung chính của văn bản; (6) dự kiến cơ quan chủ trì soạn thảo và thời gian trình văn bản. Theo quy định trên, có thể hiểu rằng, cơ quan đề nghị xây dựng nghị định, nghị quyết của HĐND cấp tỉnh sẽ không phải thực hiện các bước lập đề nghị (như trong trường hợp thông thường).



Trường hợp đề nghị được chấp thuận, việc soạn thảo sẽ được tiến hành theo quy định tại Điều 148 của Luật Ban hành VBQPPL năm 2015.

Cách hiểu khác nhau trong việc áp dụng quy trình rút gọn dẫn tới việc thực hiện quy định này cũng rất khác nhau. Nếu hiểu theo hướng khi lập đề nghị xây dựng VBQPPL mà không được áp dụng trình tự, thủ tục rút gọn thì sẽ không phù hợp với quy định về các trường hợp được áp dụng trình tự, thủ tục rút gọn theo quy định tại Điều 146 của Luật Ban hành VBQPPL năm 2015.

\*

Năm 2017 là năm đầu tiên thực hiện việc lập đề nghị xây dựng VBQPPL theo quy trình chính sách, nhưng rõ ràng là đã có sự lúng túng của Chính phủ, của các cơ quan, tổ chức có liên quan khi triển khai quy định mới này. Mặc dù đã được chuẩn bị từ rất sớm, ngay khi Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 có hiệu lực nhưng quy trình lập đề nghị xây dựng luật, pháp lệnh vẫn chưa đạt được ý tưởng của nhà làm luật là xây dựng một quy trình xây dựng chính sách thực sự hiệu quả. Đối với các địa phương thì hầu như việc triển khai xây dựng nghị quyết của

HĐND theo quy trình chính sách rất hạn chế do đây là vấn đề mới mà địa phương chưa từng được tiếp cận; việc hướng dẫn đánh giá tác động của chính sách cũng chưa thực sự hiệu quả nên hầu hết các địa phương chưa chủ động trong việc xây dựng nghị quyết của HĐND theo quy trình chính sách. Sự lúng túng trong việc thực hiện quy trình xây dựng chính sách, trong đó có đánh giá tác động của chính sách, một phần xuất phát từ quy định của Luật và Nghị định số 34 chưa thực sự rõ ràng và phần lớn xuất phát từ việc cơ quan nhà nước chưa bắt nhịp được với những thay đổi cơ bản trong quy trình lập pháp với những đòi hỏi phức tạp về hồ sơ và yêu cầu, đòi hỏi khắt khe về trình tự, thủ tục.

Để khắc phục những hạn chế trong việc thực hiện quy trình chính sách, Bộ Tư pháp đã có những hướng dẫn cụ thể về xây dựng chính sách và đánh giá tác động của chính sách. Có thể tin tưởng rằng, với việc hướng dẫn cụ thể, bồi dưỡng nghiệp vụ thường xuyên về xây dựng chính sách, đánh giá tác động của chính sách cộng với tâm huyết của những người làm công tác xây dựng pháp luật, chúng ta sẽ có được những chính sách đồng bộ, khả thi, đáp ứng được yêu cầu của đời sống xã hội ■

---

## TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Báo cáo kết quả nghiên cứu khảo sát quy trình lập pháp của Canada của Bộ Tư pháp (năm 2013).
2. Báo cáo tổng kết thi hành Luật Ban hành VBQPPL (năm 2013).
3. Báo cáo kinh nghiệm nước ngoài Luật Ban hành VBQPPL (năm 2014).
4. Bản thuyết minh dự án Luật Ban hành VBQPPL (năm 2014).
5. Báo cáo kết quả nghiên cứu khảo sát quy trình lập pháp tại Hồng Kông và Nhật Bản của Văn phòng Chính phủ (năm 2014).
6. Statutory Instrument Act, Canada 2003.
7. Legislation Act, 2006, bang Ontario, Canada.

# BẢO VỆ TRẺ EM BẰNG PHÁP LUẬT VÀ SỰ CHUNG TAY CỦA NHIỀU CHỦ THỂ

**Vũ Thị Phượng\***

\* ThS, NCS, Khoa Luật, Trường Đại học Công đoàn.

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* bảo vệ trẻ em, môi trường an toàn, hệ thống hỗ trợ - bảo vệ trẻ em

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 25/09/2017

Biên tập: 05/10/2017

Duyệt bài: 10/10/2017

## Article Information:

*Keywords:* children protection, safety environment, support and protection system for children

*Article History:*

Received: 25 Sep. 2017

Edited: 05 Oct. 2017

Approved: 10 Oct. 2017

Theo báo cáo của Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội, mỗi năm trung bình cả nước có hơn 1.200 trẻ em bị xâm hại tình dục (chiếm hơn 60% số vụ xâm hại trẻ em - trong đó có những vụ bạo hành thể chất, tinh thần khác đối với các em). Đáng báo động hơn là hầu hết các vụ việc đó lại do những người thân thiết, quen biết của đứa trẻ gây ra. Họ đã lợi dụng sự tin tưởng của phụ huynh và đặc biệt là sự non nớt cả về thể chất và tinh thần của đứa trẻ để làm những việc phi nhân tính, gây ra những ảnh hưởng vô cùng khủng khiếp đối với các em. Hàng năm, các vụ việc bị phát hiện, xử lý đã phần

## Tóm tắt:

Trẻ em luôn luôn là đối tượng cần phải được quan tâm và ưu tiên bảo vệ nhất trong xã hội. Đem đến một môi trường an toàn là cách tốt nhất để bảo vệ các em. Để có một môi trường an toàn thì hệ thống pháp luật là điều kiện tiên quyết, bên cạnh đó là sự chung tay của các cơ quan hành pháp, tư pháp, của hệ thống hỗ trợ - bảo vệ trẻ em cũng như những người làm việc trong đó. Đồng thời, không thể thiếu vai trò của gia đình, nhà trường, cộng đồng..

## Abstract:

Children are always the object needing to be given priorities and protection in society. Safety environment is the best way to protect your children. In order to have a safety environment, the legal provision system plays a crucial role, in addition to the synergies of the executive entity, judicial entity and the children support and protection systems. Also, it is required the active roles of the family, schools and community.

nào đem lại sự công bằng, giảm bớt những tổn thương cho các em và ổn định cho xã hội. Tuy nhiên, làm thế nào để những tổn thương đó không xảy ra với các em mới thực sự là điều tốt nhất.

## 1. Trẻ em được bảo vệ bằng pháp luật

Trẻ em là người chưa phát triển đầy đủ về thể chất, tinh thần nhưng không phải là người không biết cảm nhận được về sự an toàn hay nguy hiểm. Do đó, khi trẻ được sống trong một môi trường được bảo vệ, trẻ sẽ được tự do phát triển lành mạnh, tự do học tập, vui chơi mà không phải đề phòng hay sợ hãi trước những mối nguy hiểm luôn rình

rập, ập đến bất kỳ lúc nào và đương nhiên, trẻ sẽ có cơ hội phát triển hết khả năng, tài năng, trí lực và tình cảm trong sáng để đến với xã hội với những phẩm chất tốt đẹp.

Pháp luật với tính bắt buộc chung có khả năng tác động đến tất cả các đối tượng điều chỉnh, với sức mạnh như những thước đo giá trị của cách hành xử nên pháp luật là một yếu tố quan trọng trong số các yếu tố có khả năng bảo vệ trẻ em. Một quốc gia, khi xây dựng cho mình một hệ thống pháp luật riêng thì pháp luật đó phải có tính tương thích với pháp luật quốc tế mà quốc gia đó là thành viên. Do đó, môi trường bảo vệ trẻ em hiệu quả nhất là môi trường đặt trong sự bảo vệ của pháp luật quốc tế và pháp luật quốc gia.

### **1.1 Trẻ em được bảo vệ bằng pháp luật quốc tế**

Việt Nam đã tham gia và nội luật hóa nhiều quy định từ các văn bản pháp luật quốc tế về quyền trẻ em. Trước hết là Tuyên ngôn quốc tế về Nhân quyền năm 1948. Tuyên ngôn “đòi hỏi sự tôn trọng nhân phẩm của con người, quyền tự do của mỗi người đồng thời đòi hỏi cả những nỗ lực liên tục ở mọi cấp độ để có thể hiện thực hóa việc hưởng các quyền con người trên phạm vi toàn cầu”<sup>1</sup>, và trẻ em phải được hưởng lợi từ tất cả những bảo đảm quyền con người dành cho người lớn

Tiếp theo là Công ước quốc tế về Quyền trẻ em năm 1989, Việt Nam phê chuẩn năm 1990, quy định trực tiếp các nguyên tắc bảo vệ quyền trẻ em như: nguyên tắc không phân biệt đối xử, bình đẳng về cơ hội, nguyên tắc lợi ích tốt nhất cho trẻ em và nguyên tắc quyền được sống, tồn tại và phát triển. Bên cạnh đó, Công ước đã quy định rất nhiều quyền cơ bản của trẻ em buộc các quốc gia thành viên phải tôn trọng.

Một số công ước khác mà Việt Nam tham gia cũng khẳng định trẻ em là một đối tượng được bảo vệ như Công ước quốc tế

về các Quyền dân sự và chính trị năm 1966, nêu rõ “Các trẻ em... phải được gia đình, xã hội và quốc gia bảo hộ” (Điều 24); Công ước quốc tế về các Quyền kinh tế, xã hội và văn hóa năm 1966 quy định “Thanh thiếu niên phải được bảo vệ chống mọi hình thức bóc lột về kinh tế và xã hội” (Điều 10); Quy tắc chuẩn tối thiểu của Liên hiệp quốc về việc áp dụng pháp luật với người chưa thành niên năm 1985 (gọi tắt là Quy tắc Bắc Kinh) đã khẳng định “Áp dụng tư pháp đối với người chưa thành niên cần chú trọng đến phúc lợi của người chưa thành niên và phải bảo đảm rằng, bất cứ việc xét xử nào đối với người chưa thành niên phạm tội phải luôn xem xét hoàn cảnh của người phạm tội cũng như hoàn cảnh dẫn đến hành vi phạm tội” (Mục 5 Phần 1 - Những quy định chung).

### **1.2 Trẻ em được bảo vệ bằng pháp luật trong nước**

Cùng với việc từng bước nội luật hóa các quy định của các văn bản pháp luật quốc tế, Việt Nam đã sớm xây dựng và từng bước hoàn thiện hệ thống pháp luật bảo vệ trẻ em.

Văn bản pháp lý trực tiếp quy định về bảo vệ trẻ em là Pháp lệnh về Bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em ngày 14/11/1979. Pháp lệnh này được nâng lên thành Luật Bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em năm 1991 (được sửa đổi bổ sung năm 2004). Sau một thời gian thực hiện, nhằm đáp ứng yêu cầu bảo vệ trẻ em trong tình hình mới, tại kỳ họp thứ 11, ngày 5/4/2016, Quốc hội khóa XIII đã thông qua Luật Trẻ em. Luật Trẻ em năm 2016 đã mở rộng phạm vi trẻ em được bảo vệ là trẻ em dưới 16 tuổi nói chung trong đó bao gồm cả trẻ em có quốc tịch Việt Nam và trẻ em là người nước ngoài cư trú trên lãnh thổ Việt Nam. Luật cũng chỉ rõ 14 hành vi vi phạm quyền trẻ em bị nghiêm cấm, như: nghiêm cấm hành vi tước đoạt quyền sống của trẻ em; nghiêm cấm hành vi bỏ rơi, bỏ mặc, mua bán, bắt cóc, đánh tráo, chiếm đoạt trẻ em; xâm hại tình dục, bạo lực, lạm

dụng, bóc lột trẻ em... (Điều 10). Luật Trẻ em không chỉ dừng lại ở việc bảo vệ, chăm sóc và giáo dục các em mà các vấn đề khác như bốn phận của các em, sự tham gia của các em về các vấn đề trẻ em, các cấp độ bảo vệ, chăm sóc thay thế cho trẻ, trách nhiệm thực hiện quyền trẻ em... cũng được quy định khá cụ thể và toàn diện.

Ngoài ra, một số văn bản luật khác cũng điều chỉnh những đến vấn đề bảo vệ trẻ em trong từng lĩnh vực cụ thể.

Bộ luật Dân sự năm 2015 điều chỉnh các vấn đề liên quan đến bảo vệ quyền được khai sinh, quyền được có họ, tên, quyền xác định lại dân tộc của trẻ em (từ Điều 26 đến Điều 30). Bên cạnh trường hợp trẻ em xác định được cha, mẹ thì Bộ luật cũng quy định đối với trường hợp trẻ bị bỏ rơi, chưa xác định được cha, mẹ để bảo vệ quyền nhân thân đối với các em có hoàn cảnh đặc biệt (Điều 26, Điều 30). Ngoài ra, để bảo đảm cơ sở pháp lý cho việc bảo vệ trẻ em trong quan hệ pháp luật dân sự, trong hoạt động tổ tụng dân sự, Bộ luật cũng xác định năng lực hành vi dân sự đối với người chưa thành niên, năng lực hành vi dân sự của trẻ em trong một số giao dịch dân sự mà các em được tự mình tham gia... (Điều 21).

Bộ luật Tổ tụng dân sự năm 2015, bằng quy định về quyền khởi kiện xác định cha, mẹ cho con là người chưa thành niên của cơ quan quản lý nhà nước về gia đình, cơ quan quản lý nhà nước về trẻ em, Hội liên hiệp Phụ nữ, đã tạo cơ sở pháp lý cho việc xác định cha, mẹ của trẻ em trong trường hợp các em bị thất lạc cha mẹ hoặc bị cha, mẹ chối bỏ (Điều 187). Bên cạnh đó, để bảo vệ quyền lợi của trẻ em chưa thành niên, Bộ luật còn quy định về trường hợp người từ đủ 15 tuổi đến dưới 18 tuổi được tham gia tố tụng thông qua người đại diện; đối với tranh chấp phát sinh từ giao dịch bằng tài sản riêng mà trẻ đã xác lập hoặc tranh chấp phát sinh từ hợp đồng lao động mà trẻ tham

gia, trẻ được tự mình khởi kiện để bảo vệ quyền lợi (khoản 6 Điều 69). Ngoài ra, để bảo vệ trẻ em trong hôn nhân và gia đình, Bộ luật còn bao hàm quy định bắt buộc phải xác định nguyên nhân phát sinh tranh chấp đối với vụ án hôn nhân và gia đình liên quan đến người chưa thành niên (khoản 3 Điều 208).

Bộ luật Lao động năm 2012 dành riêng một số quy định về lao động chưa thành niên như: cấm nhận trẻ em chưa đủ 15 tuổi vào làm việc, trừ một số nghề và công việc do Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội quy định... (Điều 120); cấm sử dụng người lao động chưa thành niên làm những công việc nặng nhọc, nguy hiểm hoặc tiếp xúc với các chất độc hại theo danh mục do Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội và Bộ Y tế ban hành (Điều 121). Các quy định này đã góp phần phòng ngừa các trường hợp bóc lột sức lao động trẻ em, buộc người sử dụng lao động sử dụng phải tôn trọng và đảm bảo các quyền lợi của trẻ em.

Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 đã nhấn mạnh mối quan hệ giữa các thành viên trong gia đình nhằm hướng tới xây dựng gia đình no ấm, bình đẳng, tiến bộ, hạnh phúc, bền vững; bảo vệ tốt hơn các quyền con người, quyền công dân, đặc biệt là quyền của phụ nữ và trẻ em trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình (Chương V - Quan hệ giữa cha, mẹ và con). Luật cũng chú ý bảo vệ quyền của trẻ em trong những vụ việc giải quyết hậu quả pháp lý của việc hủy kết hôn trái pháp luật và trong trường hợp nam, nữ chung sống với nhau như vợ chồng mà không đăng ký kết hôn thì quyền, nghĩa vụ của cha, mẹ, con được giải quyết theo quy định về quyền, nghĩa vụ của cha, mẹ, con khi ly hôn (Điều 12 và Điều 14). Bên cạnh đó, nhằm bảo đảm lợi ích tốt nhất của trẻ em, Luật còn ghi nhận nguyên tắc giao con dưới 36 tháng tuổi cho mẹ trực tiếp nuôi dưỡng, trẻ em từ đủ 7 tuổi có quyền được bày tỏ ý kiến mong muốn được sống chung với cha hoặc mẹ trong trường hợp cha mẹ ly

hôn hoặc thay đổi người trực tiếp nuôi con (Điều 81).

Bộ luật Hình sự (BLHS) - một văn bản quan trọng trong công tác đấu tranh phòng, chống tội phạm xâm phạm quyền, lợi ích hợp pháp của trẻ em - đã có những quy định cụ thể bảo vệ trẻ em trên hai phương diện: trẻ em là đối tượng tác động của tội phạm và trẻ em là chủ thể của tội phạm.

*Trên phương diện trẻ em là đối tượng tác động của tội phạm*, BLHS năm 2015, sửa đổi, bổ sung năm 2017 (BLHS năm 2015) đã thể hiện rõ quan điểm của Nhà nước ta trong xử lý các tội phạm với trẻ em theo hướng tăng nặng trách nhiệm hình sự. Cụ thể, hành vi mua bán người dưới 16 tuổi có thể bị xử lý với mức cao nhất là tù chung thân (Điều 151); hành vi đánh tráo người dưới 01 tuổi (Điều 152) và hành vi chiếm đoạt người dưới 16 tuổi (Điều 153 BLHS) đều được xác định mức cao nhất là loại tội rất nghiêm trọng; hành vi xâm hại tình dục trẻ em, xâm hại đến danh dự nhân phẩm của trẻ em bị xử lý theo các tội như tội “Hiếp dâm người dưới 16 tuổi” (Điều 142), tội “Cuồng dâm người từ đủ 13 đến dưới 16 tuổi” (Điều 144), tội “Giao cấu hoặc thực hiện hành vi quan hệ tình dục khác với người từ đủ 13 tuổi đến dưới 16 tuổi” (Điều 145), tội “Dâm ô đối với người dưới 16 tuổi” (Điều 146), tội “Sử dụng người dưới 16 tuổi vào mục đích khiêu dâm” (Điều 147), tội “Mua dâm người dưới 18 tuổi” (Điều 329). Đây là nhóm hành vi gây ra những sang chấn tâm lý tiêu cực mạnh mẽ và có thể ảnh hưởng lâu dài đến cuộc sống của trẻ nên đa phần được quy định là những tội phạm rất nghiêm trọng, đặc biệt nghiêm trọng. Bên cạnh đó, BLHS năm 2015 đã có những quy định mới thể hiện rõ hơn quan điểm bảo vệ quyền tự do và an ninh cá nhân cho trẻ em. Trong đó, đáng chú ý là các quy định như bổ sung hành vi “vứt bỏ con mới đẻ” là dấu hiệu định tội “Giết hoặc vứt bỏ con mới đẻ” (Điều 124), bổ sung “thực hiện các hành vi quan hệ tình

dục khác” bên cạnh hành vi giao cấu trong dấu hiệu định tội của các tội hiếp dâm người dưới 16 tuổi (Điều 142), Tội giao cấu hoặc thực hiện hành vi quan hệ tình dục khác với người từ đủ 13 tuổi đến dưới 16 tuổi (Điều 145) và hành vi “Sử dụng người dưới 16 tuổi vào mục đích khiêu dâm” (Điều 147)...

*BLHS năm 2015 cũng đã quy định cụ thể đối với người dưới 18 tuổi phạm tội* trên cơ sở kế thừa và sửa đổi, bổ sung chính sách xử lý hình sự đối với nhóm trẻ em này trong Chương XII - Những quy định đối với người dưới 18 tuổi phạm tội đã một lần nữa khẳng định “xử lý người dưới 18 tuổi phạm tội phải bảo đảm lợi ích tốt nhất của người dưới 18 tuổi và chủ yếu nhằm mục đích giáo dục, giúp đỡ họ sửa chữa sai lầm, phát triển lành mạnh, trở thành công dân có ích cho xã hội” (khoản 1 Điều 91). Bên cạnh việc quy định mới theo hướng thu hẹp phạm vi chịu trách nhiệm hình sự của các đối tượng phạm tội này (khoản 2 Điều 12), BLHS năm 2015 còn mở rộng hơn phạm vi miễn trách nhiệm hình sự cho người dưới 18 tuổi phạm tội so với BLHS năm 1999 (Điều 91) và lần đầu tiên ghi nhận các biện pháp giám sát, giáo dục như khiển trách, hòa giải tại cộng đồng, giáo dục tại xã phường, thị trấn đối với trường hợp người dưới 18 tuổi phạm tội được miễn trách nhiệm hình sự (Điều 92)...

Thủ tục tố tụng đối với người chưa thành niên phạm tội nói chung và trẻ em phạm tội nói riêng được xem là một thủ tục đặc biệt. Thủ tục này đã tối đa hóa các yêu cầu để trẻ em không bị ảnh hưởng tâm lý và đảm bảo lợi ích tốt nhất cho trẻ. Trên tinh thần đó, Điều 415 Bộ luật Tố tụng hình sự (TTHS) năm 2015 yêu cầu điều tra viên, kiểm sát viên, thẩm phán tiến hành tố tụng đối với vụ án có người dưới 18 tuổi phải có những hiểu biết cần thiết về tâm lý học, khoa học giáo dục cũng như về hoạt động đấu tranh phòng, chống tội phạm của người chưa thành niên và đây cũng là một trong những trường hợp bắt buộc phải có người bào chữa

tham gia tố tụng; Điều 416 quy định: trong quá trình điều tra, truy tố, xét xử bên cạnh việc xác định được các đối tượng cần chứng minh như các vụ án hình sự người đã thành niên phạm tội thì các cơ quan tiến hành tố tụng phải xác định thêm các đối tượng chứng minh đặc thù của người dưới 18 tuổi phạm tội nữa như mức độ nhận thức, điều kiện sống và giáo dục, nguyên nhân, điều kiện, hoàn cảnh phạm tội...

Ngoài ra, Bộ luật TTHS năm 2015 đã mở rộng đối tượng tiến hành tố tụng với tư cách là Hội thẩm. Theo đó, thành phần Hội đồng xét xử sơ thẩm vụ án phải có một Hội thẩm là giáo viên hoặc cán bộ Đoàn thanh niên hoặc là người có kinh nghiệm, hiểu biết tâm lý người dưới 18 tuổi (khoản 1 Điều 423); trường hợp đặc biệt cần bảo vệ bị cáo, bị hại là người dưới 18 tuổi thì Tòa án có thể quyết định xét xử kín (khoản 2 Điều 423); những người bắt buộc phải có mặt tham gia phiên tòa để trợ giúp tốt nhất cho bị cáo là người dưới 18 tuổi, trừ trường hợp những người này vắng mặt mà không vì lý do bất khả kháng hoặc không do trở ngại khách quan, bao gồm: người đại diện của bị cáo, đại diện của nhà trường, tổ chức nơi bị cáo học tập, sinh hoạt (khoản 3 Điều 423)...

### **2. Bảo vệ trẻ em với sự chung tay của nhiều chủ thể**

Như đã nói, môi trường bảo vệ trẻ em hiệu quả nhất là môi trường đặt trong sự bảo vệ của pháp luật quốc tế và pháp luật quốc gia. Bên cạnh đó, sự chung tay của các cơ quan tư pháp, của hệ thống hỗ trợ - bảo vệ trẻ em cũng như những người làm việc trong đó và các yếu tố gia đình, nhà trường, cộng đồng là những yếu tố then chốt cùng tạo nên một môi trường thực sự an toàn đối với trẻ em.

#### **2.1 Các cơ quan tư pháp**

Với chức năng nhiệm vụ bảo vệ pháp luật, các cơ quan điều tra, viện kiểm sát, tòa án, cơ quan thi hành án - trong phạm vi quyền

hạn của mình - có trách nhiệm phát hiện và xử lý kịp thời các hành vi xâm phạm quyền trẻ em trên nguyên tắc tuân thủ pháp luật và nguyên tắc vì lợi ích tốt nhất cho trẻ. Đặc biệt, các cơ quan này cần thực hiện nghiêm các quy định về người bào chữa, người đại diện, người bảo vệ quyền và lợi ích cho bị hại, đương sự... để đảm bảo các em được hỗ trợ về pháp lý, tâm lý.

Xử lý các trường hợp vi phạm pháp luật một cách công bằng vừa góp phần xoa dịu những thiệt hại mà các em phải gánh chịu, vừa có giá trị đấu tranh, phòng ngừa chung, đặc biệt là tạo được niềm tin cho người dân. Trẻ em - dù là chủ thể vi phạm pháp luật hay là nạn nhân - cũng đều được bảo vệ an toàn trên cơ sở các cơ quan tư pháp tôn trọng và thực thi pháp luật hiệu quả. Khi các em là nạn nhân, các em sẽ được các cơ quan tư pháp trả lại sự công bằng thông qua việc xử lý nghiêm những hành vi vi phạm đối với các em. Khi các em là chủ thể vi phạm pháp luật, các cơ quan tư pháp - với chức năng, nhiệm vụ của mình, trước tiên sẽ bảo đảm các quyền của các em được thực hiện, với nghiệp vụ sẽ tìm ra chứng cứ chứng minh đúng với mức độ vi phạm và những nguyên nhân, điều kiện vi phạm pháp luật của các em, từ đó áp dụng chế tài phù hợp và đúng với mục đích xử lý nhằm cải tạo, giáo dục các em.

#### **2.2 Các tổ chức hỗ trợ - bảo vệ trẻ em và các chuyên gia**

Bảo vệ trẻ em không chỉ là việc cung cấp cho các em các dịch vụ hỗ trợ và can thiệp khi xảy ra việc vi phạm pháp luật, mà còn là việc phòng ngừa khả năng trẻ em vi phạm pháp luật hoặc khả năng các em trở thành nạn nhân của các hành vi vi phạm pháp luật. Có ba cấp độ phòng ngừa. Cấp độ phòng ngừa thứ ba hướng đến việc tiếp cận các em đã trở thành nạn nhân và các em đã vi phạm pháp luật để phòng ngừa khả năng các em bị xâm hại tiếp hoặc tái phạm. Cấp

độ phòng ngừa thứ hai hướng đến việc tiếp cận các em có nguy cơ cao trở thành nạn nhân hoặc vi phạm pháp luật để hạn chế khả năng bị xâm hại cũng như khả năng vi phạm pháp luật của các em. Cấp độ phòng ngừa chính với cách tiếp cận phổ quát hướng đến việc ngăn chặn trẻ em trở thành nạn nhân hoặc trẻ em vi phạm pháp luật trước khi nó xảy ra. Trên thế giới, các quốc gia đều tập trung phát triển cấp độ phòng ngừa chính để giảm tối đa thiệt hại đối với trẻ em, cho dù các em là nạn nhân hay là chủ thể vi phạm pháp luật<sup>1</sup>.

Thực hiện các biện pháp ở các cấp độ phòng ngừa này, vai trò của các tổ chức hỗ trợ - bảo vệ trẻ em và đặc biệt là các chuyên gia, các nhà hoạt động xã hội liên quan đến trẻ em là vô cùng quan trọng. Thông qua các hoạt động truyền thông, giáo dục nâng cao nhận thức về quyền trẻ em cho chính các em và cộng đồng, vận động và tạo cơ hội cho trẻ em tham gia ý kiến, phản biện các chủ trương, chương trình kế hoạch thực hiện quyền trẻ em; có những biện pháp tham vấn, trị liệu can thiệp, hỗ trợ kịp thời đối với những trường hợp cụ thể, khu vực cụ thể... góp phần ngăn chặn, phòng ngừa và trợ giúp cho các em có hoàn cảnh đặc biệt. Với các hoạt động của mình, các tổ chức bảo vệ - hỗ trợ trẻ em và chuyên gia không chỉ thể hiện tính nhân đạo mà còn là cầu nối trẻ em với các chủ thể khác trong xã hội, giúp các em ổn định tâm lý, tìm lại sự công bằng và bảo vệ lợi ích tốt nhất cho các em.

### **2.3 Gia đình**

Không nơi nào có thể bảo vệ quyền lợi của trẻ em tốt bằng chính gia đình các em. Tuy nhiên, đôi khi mối quan hệ giữa một đứa trẻ và gia đình của mình lại có thể bị phá vỡ, bị lệch lạc và tiềm ẩn nguy cơ xảy ra bạo lực

gia đình. Do đó, để phòng ngừa sự xuất hiện các yếu tố nguy cơ biến trẻ em thành nạn nhân cũng như nguy cơ trẻ em vi phạm pháp luật, cần có các biện pháp và chiến lược để ngăn chặn, chống lại bạo lực gia đình.

Cha mẹ - bên cạnh việc duy trì nâng cao đời sống kinh tế gia đình, đảm bảo đời sống vật chất cho các con mình, duy trì nếp sống đạo đức của gia đình - phải thể hiện vai trò xã hội của mình một cách tốt nhất, tránh các hành vi vi phạm pháp luật để trẻ noi gương. Cha mẹ cần hướng dẫn cụ thể cho con cái nhận thức về hành vi vi phạm pháp luật, đồng thời hướng cho các em có thái độ rõ ràng đối với các hành vi đó, từ đó xây dựng cho trẻ khả năng tự nhận biết và tự vệ.

Gia đình phải là nơi trẻ cảm nhận được sự an toàn cao nhất. Để đảm bảo điều đó, cha mẹ, các thành viên thành niên khác trong gia đình cần gần gũi trẻ để nắm bắt được sự thay đổi trong tâm lý cũng như phán đoán được những nguy cơ mà trẻ có thể bị xâm hại từ chính gia đình cũng như xã hội, từ đó có biện pháp cần thiết để bảo vệ trẻ. Các chương trình hướng dẫn nuôi dạy con cái cho các bậc phụ huynh nên được tổ chức thường xuyên để tăng cường sự tương tác giữa cha mẹ với con cái và xây dựng các chương trình thanh tra bất thường các ngôi nhà có trẻ em còn rất nhỏ.

Đối với những trẻ em đã bị bạo lực gia đình, cần đưa các em đến với các mô hình “Ngôi nhà an toàn” để phòng ngừa khả năng các em tiếp tục bị xâm hại và ngăn chặn việc hình thành các nguy cơ dẫn đến các em trở thành chủ thể vi phạm pháp luật.

### **2.4 Trường học**

Các chương trình phòng ngừa dành riêng cho trẻ em bao gồm chương trình liên

1 Xem: “Bảo vệ quyền của trẻ em trong hệ thống tư pháp hình sự” (Protecting children’s rights in criminal justice systems) - Cuốn số tay đào tạo và tham chiếu cho các chuyên gia và hoạch định chính sách, do UKaid và Penal Reform International phát hành năm 2013, tr.27

quan đến giáo dục và các hoạt động tích cực là một cách phổ biến thực hiện việc ngăn chặn hành vi chống đối xã hội. Hướng dẫn Riyadh nhấn mạnh rằng, hệ thống giáo dục đang là một biện pháp tốt nhất để giúp trẻ em có nguy cơ bị ảnh hưởng bởi xã hội; các chương trình hỗ trợ, can thiệp cho trẻ em chỉ thực sự tốt khi được thực hiện đồng thời trong gia đình và nhà trường<sup>2</sup>.

Trường học trang bị cho các em những kiến thức văn hóa, xã hội, các kỹ năng sống để các em có thể nhận thức được cách hành xử phù hợp với đạo đức và pháp luật. Bên cạnh đó cần trang bị cho các em các kiến thức về quyền và bổn phận của các em cũng như các kỹ năng tự vệ, nhận biết các nguy cơ có thể dẫn đến việc các em bị xâm hại và biết cách xử lý nó. Để làm được điều đó, cần gắn kết học sinh với giáo viên, giáo viên không chỉ là người thầy mà còn là người bạn với các em để các em tin tưởng, chia sẻ suy nghĩ và tình cảm, qua đó giáo viên nắm bắt được tâm lý cũng như có thể cùng các em tìm ra cách giải quyết tốt nhất cho những vướng mắc trong cuộc sống, ổn định tâm lý lứa tuổi cho các em và xử lý những nguy cơ biến các em trở thành nạn nhân cũng như định hướng kịp thời những hành vi, suy nghĩ lệch chuẩn của các em. Ngoài ra, nhà trường cũng cần tạo mối quan hệ gắn kết với gia đình của các em, xây dựng cho các em những mối quan hệ bạn bè tốt trong lớp, trong trường, tránh mọi hành vi kỳ thị, phân biệt và gây áp lực đối với các em, để trẻ em thực sự cảm thấy được an toàn từ trong suy nghĩ của mình.

### 2.5 Cộng đồng dân cư

Cộng đồng có thể giúp các em hình thành nhân cách tốt nhưng cũng có thể là tác nhân đưa đến những suy nghĩ, hành vi tiêu cực cho các em. Chính vì vậy, cần xây dựng các dịch vụ và các chương trình cộng đồng nhằm đáp ứng các nhu cầu, các vấn

đề, lợi ích và mối quan tâm đặc biệt của các em và trong đó, riêng hoạt động tư vấn và hướng dẫn cho trẻ em và gia đình của họ cần được phát triển, hoặc củng cố tại chính cộng đồng - nơi họ sinh sống, để kịp thời cung cấp thông tin cũng như có những biện pháp hỗ trợ, can thiệp.

Các vụ việc xâm hại trẻ em cho thấy, nhiều vụ đã xuất phát từ chính những người sống cùng một cộng đồng dân cư với các em. Đó là một cộng đồng không an toàn với trẻ. Cần thiết phải có các hình thức tuyên truyền, phổ biến, giáo dục ý thức bảo vệ trẻ em đến tất cả cộng đồng dân cư; xây dựng tinh thần phát giác, đấu tranh và ý thức bảo vệ trẻ em mọi lúc, mọi nơi của mọi người dân trong cộng đồng để trẻ được an toàn khi sống, tiếp xúc với những con người trong môi trường hàng ngày của các em.

Bên cạnh mục tiêu giảm tối đa khả năng trẻ bị xâm hại thì việc phục hồi lại cuộc sống, hướng đến sự phát triển bình thường và đưa các em tái hòa nhập cộng đồng là mục tiêu quan trọng của các chương trình hoạt động vì trẻ em. Việc chung tay bảo vệ các em là nạn nhân hay là chủ thể vi phạm pháp luật chỉ thực sự có giá trị khi các em được hòa nhập cộng đồng như những trẻ em bình thường khác. Do đó, cộng đồng cần tránh mọi kỳ thị, phân biệt đối xử, bình phẩm, xa lánh... làm tổn thương các em; tạo điều kiện tối đa cho các em được tham gia các hoạt động cộng đồng, giúp các em lấy lại tự tin và vượt qua được hoàn cảnh đặc biệt trước đó.

Trẻ em luôn luôn là đối tượng cần phải được quan tâm và ưu tiên bảo vệ nhất trong xã hội. Đem đến một môi trường an toàn một cách toàn diện là cách tốt nhất để bảo vệ các em ■

2 Xem: “Bảo vệ quyền của trẻ em trong hệ thống tư pháp hình sự” tldd, tr.46



# THU HỒI TÀI SẢN THAM NHŨNG:

## KINH NGHIỆM QUỐC TẾ VÀ NHỮNG GIÁ TRỊ THAM KHẢO CHO VIỆT NAM

**Đỗ Thu Huyền\***

\* ThS, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Tham nhũng; thu hồi tài sản tham nhũng; thu hồi tài sản không dựa trên kết án

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 26/07/2017

Biên tập: 31/08/2017

Duyệt bài: 05/09/2017

### Article Information:

*Keywords:* Corruption; revocation of the corrupted asset; revocation of assets not based on sentencing.

*Article History:*

Received: 26 Jul. 2017

Edited: 31 Aug. 2017

Approved: 05 Sep. 2017

### Tóm tắt:

Bài viết giới thiệu và phân tích một số kinh nghiệm quốc tế có giá trị tham khảo cho Việt Nam trong thu hồi tài sản tham nhũng, đồng thời nhấn mạnh một giải pháp mang tính đột phá trong thu hồi tài sản, đó là thu hồi tài sản không dựa trên kết án; chứng minh tính cần thiết, tính hợp pháp, tính tương xứng, tính khả thi cũng như điều kiện áp dụng biện pháp này trong bối cảnh thực tiễn của Việt Nam.

### Abstract:

This article provides introduction and analysis of the international practices and experiences as good reference for Vietnam in the revocation of the corrupted assets, while emphasizing a groundbreaking measure for the revocation of the corrupted assets that are not based on sentencing. It is also clarified the necessity, legitimacy, relevance, feasibility of the proposed measure and as well as the conditions for applying the measure in the context of Vietnam.

### 1. Kinh nghiệm trong phòng ngừa và ngăn chặn ngay từ đầu sự hình thành tài sản tham nhũng

Kiểm soát tốt tài sản, thu nhập (TSTN) của đội ngũ cán bộ, công chức (CBCC) là vấn đề trọng tâm trong những nỗ lực phòng ngừa, ngăn chặn sự hình thành tài sản tham nhũng. Hiện trên thế giới có ba mô hình cơ bản để kiểm soát TSTN như sau:

- *Mô hình tập trung vào việc chống*

*làm giàu bất chính*, nhấn mạnh việc khai báo giá trị của các loại TSTN, trong đó pháp luật thường quy định kê khai chi tiết các loại tài sản và các khoản thu nhập của những người có chức vụ, quyền hạn. Mô hình này được áp dụng chủ yếu ở các nước đang phát triển với nền quản trị nhà nước còn yếu, tình trạng tham nhũng cao. Mục tiêu chính của mô hình này là phát hiện tham nhũng và răn đe về hậu quả của hành vi tham nhũng<sup>1</sup>. Theo

1 Ngân hàng Thế giới (2012), Public Office, Private Interests: Accountability through income and Asset Disclosure (Việc công, lợi ích tư: Trách nhiệm giải trình thông qua kê khai thu nhập, tài sản), tr. 15.

mô hình này, các cơ quan có thẩm quyền có nhiệm vụ chủ yếu là phát hiện các hành vi làm giàu phi pháp.

- *Mô hình tập trung vào phòng, chống xung đột lợi ích*, nhấn mạnh việc khai báo các mối quan hệ, các nguồn thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn, trong đó hệ thống luật pháp thường chỉ quy định những người có chức vụ, quyền hạn phải khai báo tổng giá trị tài sản. Mô hình này được áp dụng chủ yếu ở các nước phát triển, nơi mà quản trị nhà nước đã đạt đến trình độ cao, tình trạng tham nhũng không nghiêm trọng. Mục tiêu chính của mô hình này là phòng ngừa những tình huống có nguy cơ phát sinh tham nhũng. Theo mô hình này, các cơ quan có thẩm quyền quản lý việc kê khai, công khai TSTN có vai trò chủ yếu là cố vấn nhằm mục đích phòng ngừa các hành vi làm giàu phi pháp.

- *Mô hình kết hợp*, luật pháp các nước theo mô hình này thường áp dụng những cách thức của cả hai mô hình chống làm giàu bất chính và chống xung đột lợi ích, nhưng với phạm vi và mức độ cân bằng hơn so với các quốc gia nghiêng về một mô hình nhất định.

Mặc dù không có một mô hình chung, duy nhất, tối ưu trong việc kê khai, công khai TSTN của người có chức vụ, quyền hạn nhưng có một số yếu tố phổ biến mà các quốc gia cần cân nhắc khi xây dựng cơ chế của riêng mình, bao gồm<sup>2</sup>:

- *Tính phù hợp*: Cơ chế được xây dựng phải phù hợp với trình độ quản trị công và thực trạng tham nhũng của một quốc gia. Với

những quốc gia có tình trạng tham nhũng cao, mô hình tập trung vào việc phòng ngừa làm giàu bất chính sẽ phù hợp và ngược lại. Mô hình tập trung vào phòng, chống xung đột lợi ích chỉ phát huy tối đa hiệu quả ở quốc gia có hệ thống giám sát công chức tốt và có văn hoá liêm chính cao trong bộ máy công quyền.

- *Phạm vi đối tượng phải kê khai, công khai tài sản*: Cách làm được cho là có tính chiến lược và hiệu quả về chi phí<sup>3</sup> là tập trung vào những người có chức vụ hay vị trí có nguy cơ cao nhất về xung đột lợi ích hay làm giàu bất chính. Việc mở rộng phạm vi đối tượng phải kê khai, công khai tài sản có thể được cân nhắc khi nhà nước đáp ứng được về nguồn lực và năng lực. Mặt khác, nếu diện công khai, kê khai quá rộng sẽ gây khó khăn cho việc kiểm soát tuân thủ, ảnh hưởng đến niềm tin của người dân vào nhà nước.

Nghiên cứu của Ngân hàng Thế giới gần đây cho thấy, có 5 dạng đối tượng có thể phải kê khai, công khai tài sản, đó là<sup>4</sup>: (i) Những người đứng đầu quốc gia; (ii) Các bộ trưởng; (iii) Đại biểu Quốc hội; (iv) Công chức; (v) Vợ chồng/con cái của bốn dạng đối tượng đã nêu. Các đối tượng phải kê khai, công khai tài sản, thu nhập cũng có thể được chia thành các nhóm như: (i) Quan chức chính trị cao cấp (bao gồm nhưng rộng hơn một chút so với nhóm người đứng đầu quốc gia); (ii) Đại biểu các cơ quan dân cử (nghị viện, hội đồng địa phương); (iii) Thủ tướng và các thành viên chính phủ, (iv) Công chức, (v) Thẩm phán, công tố viên; (vi) Những người có liên quan đến các nhóm

2 Ngân hàng Thế giới (2012), Tlđd, tr. 16-22; OSCE (2015), Asset Declarations for Public Officials: A Tool to Prevent Corruption, Fighting Corruption in Eastern Europe and Central Asia (Kê khai tài sản của công chức: Công cụ phòng ngừa tham nhũng, Chống tham nhũng ở các nước Đông Âu và Trung Á), tr. 37.

3 Ngân hàng Thế giới (2012), Tlđd, tr. 18.

4 Bộ số liệu PAM (Public Accountability Mechanisms Initiative - Sáng kiến Hệ thống giải trình trách nhiệm trong khu vực công) của Ngân hàng Thế giới về 87 quốc gia, 2010, trên <https://www.agidata.org/pam>.

đối tượng đã nêu (người thân trong gia đình, bạn bè, cộng sự thân cận...).

Để giới hạn phạm vi đối tượng phải kê khai tài sản, thu nhập, các quốc gia thiết lập một cơ chế kê khai, công khai TSTN dựa trên hai tiêu chí chính sau đây<sup>5</sup>:

(i) Tiêu chí về chức trách (nhiệm vụ): Ví dụ như công chức chịu trách nhiệm quản lý nguồn thu, mua sắm công, hoạt động cấp phép... Theo tiêu chí này, có thể quy định ngưỡng tối thiểu giá trị của tài sản hay các giao dịch mà công chức có thể thực hiện mà từ ngưỡng đó họ mới nằm trong diện phải kê khai, công khai;

(ii) Tiêu chí cấp bậc (ngạch bậc): Ví dụ, bộ trưởng, thứ trưởng, vụ trưởng... Theo tiêu chí này, có thể quy định không phải tất cả mà chỉ từ cấp bậc nhất định một công chức mới phải kê khai, công khai tài sản, thu nhập.

Các quốc gia có thể áp dụng cả hai tiêu chí trên nhưng nguyên tắc chung là những người có cấp bậc, chức vụ, chức trách càng cao thì càng bị kiểm soát chặt chẽ hơn về tài sản, thu nhập và yêu cầu về kê khai mối quan hệ để phòng, chống xung đột lợi ích thường chỉ áp dụng với một số loại công chức nhất định.

- *Nội dung và tần suất kê khai, công khai thông tin*: Nội dung và tần suất kê khai, công khai nên tỷ lệ thuận với nguồn lực mà nhà nước cần sử dụng để vận hành cơ chế. Vì vậy, các quốc gia cũng cần cân nhắc để bảo

đảm phù hợp với nguồn lực và năng lực của mình.

Về nguyên tắc, nội dung phải kê khai, công khai phụ thuộc vào mục đích của cơ chế kiểm soát TSTN của người có chức vụ, quyền hạn là kiểm soát xung đột lợi ích hay nhấn mạnh việc chống làm giàu bất chính. Ngoài ra, ở các quốc gia, khái niệm TSTN được hiểu khác nhau. Tiền lương và bất động sản là những nội dung phổ biến được yêu cầu kê khai, công khai ở các quốc gia, song còn có một số dạng khác cũng được xem là tài sản hoặc thu nhập. Theo Bộ chỉ số AGI<sup>6</sup>/PAM<sup>7</sup>, danh mục các loại thông tin mà công chức phải khai báo ở các quốc gia rất rộng, bao gồm<sup>8</sup>: bất động sản; tiền mặt, tín dụng, nợ; thu nhập (từ lao động và được tọa hưởng); các khoản chi tiêu; những lợi ích bằng tiền và không bằng tiền (ví dụ, thu nhập trong tương lai, các thỏa thuận bảo hiểm, kế hoạch lương hưu...).

Ở Anh, thành viên của Nghị viện phải kê khai chính xác từng khoản tiền được thanh toán, bất kể lớn nhỏ hoặc thu nhập có được từ đất và tài sản khác nếu thu nhập đó lớn hơn 10% so với lương hiện tại của một nghị sĩ<sup>9</sup>. Ở Đức, thành viên Nghị viện phải kê khai những quà tặng có giá trị trên 5.000 Euro<sup>10</sup> trong khi thành viên Nghị viện Pháp phải kê khai bất kỳ quà tặng nào, bất kể giá trị là bao nhiêu<sup>11</sup>.

Về tần suất, có 5 dấu mốc chính mà các quốc gia thường quy định cho việc kê

5 Ngân hàng Thế giới (2012), tldd, tr. 31.

6 Chỉ số trách nhiệm trong quản lý nhà nước (Actionable Governance Indicators -AGI). Xem thông tin cụ thể về AGI tại Ngân hàng Thế giới (2012), tldd, tr. 95.

7 Sáng kiến Hệ thống giải trình trách nhiệm trong khu vực công của Ngân hàng Thế giới (PAM), tldd, tr. 92.

8 Ngân hàng Thế giới (2012), tldd, tr. 109, 110.

9 OECD (2011), Asset Declaration for Public Officials: A Tool to Prevent Corruption, (Kê khai tài sản của công chức: Một công cụ để phòng ngừa tham nhũng), tr. 62.

10 OECD (2011), tldd, tr. 62.

11 OECD (2011), tldd, tr. 62.

khai, công khai TSTN, bao gồm<sup>12</sup>: (i) Khi nhậm chức (phổ biến); (ii) Khi thôi chức (phổ biến); (iii) Định kỳ hàng năm; (iv) Khi có biến động (đến một mức độ nhất định) trong tài sản, thu nhập, nợ; (v) Trong vòng 03 năm sau khi thôi chức. Theo đó, yêu cầu kê khai, công khai TSTN ở thời điểm nhậm chức và thôi chức mang tính phổ biến vì đây là những thời điểm quan trọng để giám sát sự biến động bất thường về TSTN.

- *Phạm vi và cách thức xác minh thông tin trong bản kê khai TSTN*: Để kiểm tra tính chính xác của thông tin trong các tờ khai, các quốc gia thường áp dụng đồng thời nhiều phương pháp như: kiểm tra tính nhất quán trong nội dung kê khai, đối chiếu thông tin để phát hiện những biến động bất thường theo thời gian, kiểm tra chéo với các nguồn thông tin khác (như thông tin về đất đai, xe cộ, tài sản đăng ký, hay thông tin ngân hàng, thuế), tiến hành điều tra mức sống để xác minh mức độ phù hợp với TSTN được khai báo. Hiện có ba cách thức kê khai phổ biến là nộp bản kê khai bằng giấy (phổ biến nhất), kê khai qua mẫu điện tử trực tuyến và nộp bản kê khai điện tử (qua email)<sup>13</sup>. Thực tiễn cho thấy, đa số quốc gia áp dụng cùng một lúc nhiều hình thức nộp kê khai. Tương tự, việc công khai TSTN cũng có thể được thực hiện qua hai dạng chính là gửi văn bản giấy và đăng tải trên trang thông tin điện tử. Kê khai, công khai qua hình thức điện tử mang lại nhiều lợi ích như việc làm tăng thêm mức độ tuân thủ của công chức, giảm chi phí xử lý các bản khai; làm tăng mức độ giám sát của người dân và báo chí và khả năng giám sát các mối quan hệ tiềm ẩn xung đột lợi ích của quan chức. Nhìn chung, có thể chia thành các bước kiểm tra nội dung

bản kê khai như sau: (i) *Kiểm tra ban đầu* để đối chiếu những thông tin trong bản kê khai nhằm phát hiện những thiếu sót về mặt hình thức; (ii) *Kiểm tra đơn giản* để đánh giá tính chính xác về nguồn gốc và giá trị TSTN được kê khai với giá trị thực tế; (iii) *Kiểm tra chuyên sâu* để đối chiếu với các nguồn dữ liệu khác để phát hiện những gian lận tinh vi. Tiến hành chất vấn hoặc yêu cầu người kê khai giải thích về những thông tin không rõ ràng nếu cần thiết. Thông thường, các quốc gia đều kết hợp giữa kiểm tra ngẫu nhiên và kiểm tra có trọng điểm.

- *Mức độ, hình thức đáp ứng yêu cầu của công chúng về tiếp cận thông tin về các nội dung kê khai*. Việc công khai thông tin cần được cân nhắc hợp lý để bảo đảm cân bằng giữa quyền được biết của công chúng với các quyền về đời tư, quyền được bảo đảm an ninh cá nhân của những đối tượng có liên quan, cũng như với các yêu cầu hợp lý, chính đáng về bảo vệ an ninh quốc gia và của các hoạt động tổ tụng hình sự. Mức độ công khai thông tin TSTN có thể chia thành ba dạng chính là<sup>14</sup>: (i) *Không công khai* đó là khi những thông tin này chỉ được cung cấp theo yêu cầu của tòa án (trường hợp Guatemala, Belize, Gioocđan); (ii) *Công khai toàn bộ* chỉ áp dụng với một số đối tượng là các quan chức cấp cao, như Tổng thống, Thủ tướng và các bộ trưởng. Anh và Đan Mạch quy định tất cả các đại biểu quốc hội, thành viên nội các phải công khai toàn bộ thông tin về tài sản, thu nhập và các lợi ích kinh tế khác trước công chúng; và (iii) *Công khai hạn chế*, theo đó, pháp luật quy định chỉ công khai một phần thông tin về TSTN của công chức để tôn trọng quyền bí mật cá nhân của họ.

12 Bộ số liệu PAM, tldd, tr. 38.

13 Ngân hàng Thế giới (2012), tldd, tr. 109, 110.

14 Ngân hàng Thế giới (2012), tldd, tr. 91.

Việc công khai thông tin TSTN của công chức được thực hiện theo hình thức thông báo hay đăng tải trên Internet (trang web của các cơ quan nhà nước có liên quan) để mọi người có thể tiếp cận vô điều kiện. Tuy nhiên, có những quốc gia quy định người dân hoặc báo chí muốn tiếp cận thông tin về TSTN của công chức phải có yêu cầu và phải đáp ứng một số điều kiện để bảo đảm các thông tin được sử dụng đúng mục đích (tránh việc sử dụng vào mục đích thương mại hay các mục đích xấu), hoặc phải trả phí cung cấp thông tin để nhà nước bù đắp chi phí hành chính. Ở Hoa Kỳ<sup>15</sup>, các đảng Cộng hòa và Dân chủ được phép đánh giá các bản kê khai của nhau - đây là một phần của quá trình xây dựng báo cáo “nghiên cứu phe đối lập”.

- *Chế tài áp dụng*: Kinh nghiệm quốc tế cho thấy các chế tài cũng rất đa dạng, song có thể chia thành các nhóm chế tài hình sự (như trường hợp của Hoa Kỳ, Anh, Italia, Ba Lan), chế tài hành chính (phổ biến nhất là phạt tiền) và chế tài kỷ luật (ví dụ như khiển trách, hạ bậc lương hay cho thôi việc)<sup>16</sup>.

Theo Bộ luật Hình sự (BLHS) Pháp, khi người thuộc diện kê khai TSTN cố ý không khai báo một phần đáng kể tài sản hoặc cung cấp một định giá sai về các tài sản của họ thì sẽ bị phạt đến 30.000 Euro và có thể kèm theo việc cấm các quyền dân sự hoặc cấm nắm giữ chức vụ<sup>17</sup>. BLHS Trung Quốc quy định hành vi không thông báo về thông tin tài khoản mở ở ngân hàng nước

ngoài là tội phạm<sup>18</sup>. Pháp luật của Nga cấm công chức, nhà làm luật và các thẩm phán mở tài khoản ở nước ngoài, hoặc nếu có cổ phần trong các công ty ở nước ngoài phải rời bỏ vị trí công tác<sup>19</sup>.

*Tổ chức bộ máy*: Các nước áp dụng hai mô hình tổ chức bộ máy cơ quan kiểm soát TSTN<sup>20</sup>: (i) *Thiết chế nội bộ*: Những quốc gia theo thiết chế này giao việc kiểm soát TSTN của công chức cho chính cơ quan, tổ chức quản lý họ. (ii) *Thiết chế độc lập*: Những quốc gia theo thiết chế này giao việc kiểm soát TSTN của công chức cho một cơ quan chuyên trách, thường là cơ quan phòng, chống tham nhũng (PCTN). Kinh nghiệm cho thấy, cho dù được thành lập dưới hình thức tổ chức như thế nào thì pháp luật cũng cần đảm bảo tính độc lập và nguồn nhân lực, vật lực cho hoạt động của cơ quan được giao trách nhiệm kiểm soát tài sản. Việc áp dụng công nghệ thông tin, kết nối các nguồn tư liệu, sự phối hợp giữa các cơ quan chức năng... là những yếu tố quan trọng để giảm thiểu nguồn lực đầu tư cho các cơ quan này trong khi vẫn đạt được hiệu quả cao.

## 2. Kinh nghiệm thu hồi tài sản sau khi tài sản tham nhũng đã hình thành

### 2.1 Quan điểm suy diễn tội phạm với hành vi tham nhũng, tài sản tham nhũng

Pháp luật ở nhiều quốc gia đi theo quan điểm suy diễn tội phạm khi cần chứng minh tội phạm tham nhũng, tài sản tham nhũng. Mô hình suy đoán tham nhũng có điều kiện của

15 Richard E. Messick, *Regulating conflict of interest: International Experience with Asset Declaration and Disclosure*, (Điều chỉnh xung đột lợi ích: Kinh nghiệm quốc tế về kê khai và công khai tài sản), tr. 5.

16 OECD (2011), *Fighting Corruption in Eastern Europe and Central Asia, Asset Declarations for Public Officials: A Tool to Prevent Corruption* (Chống tham nhũng ở Đông Âu và Trung Á, Kê khai tài sản của công chức: Một công cụ để phòng ngừa tham nhũng), tr. 81.

17 Ngân hàng Thế giới, *Thông tin về Pháp*, <https://star.worldbank.org/star/sites/star/files/france-ad-country-profile.pdf>, tr. 4.

18 <http://www.fmprc.gov.cn/ce/cgvienna/eng/dbtyw/jdwt/crimelaw/t209043.htm>.

19 <http://www.reuters.com/article/russia-assets-idUSL6N0GS3U420130829>.

20 OECD (2006), *Policy Brief: Managing Conflict of Interest in the Public Service* (Khái lược chính sách: Quản lý xung đột lợi ích trong hoạt động công vụ), tr. 39.

Singapore được áp dụng khi đáp ứng đủ hai yếu tố: (i) đối tượng là CBCC; (ii) có bằng chứng về việc nhận tiền hối lộ dưới bất cứ hình thức nào<sup>21</sup>. Để bác bỏ suy đoán tham nhũng của cơ quan chức năng, bị cáo có nghĩa vụ chứng minh rằng, không có khoản hối lộ nào đã được chi trả, cung cấp hoặc nhận một cách bất hợp pháp. Một số quốc gia (trong đó có Hoa Kỳ) đưa ra một khái niệm về tài sản tham nhũng có nội hàm rất rộng, đó là “bất cứ tài sản nào, hữu hình hay vô hình, động sản hay bất động sản, mà người phạm tội sẽ không thể có được nếu không thực hiện hành vi tội phạm”<sup>22</sup>. Cũng theo pháp luật Hoa Kỳ, tài sản do phạm tội mà có còn bao gồm bất cứ sự gia tăng nào về giá trị đối với tài sản có được từ hành vi tham nhũng<sup>23</sup>. Ví dụ, giá trị của một ngôi nhà được mua từ tiền tham nhũng đã tăng 100% sau mười năm thì toàn bộ ngôi nhà sẽ bị tịch thu. Để mở rộng tối đa nội hàm của tài sản tham nhũng, có một số quốc gia đi theo *lý thuyết thuận tiện* (facilitation theory), định nghĩa tài sản tham nhũng là tất cả những tài sản “có liên quan” đến hành vi tham nhũng<sup>24</sup>. Điển hình cho cách xử lý rất triệt để này là Nam Phi. Theo quy định tại Luật Phòng ngừa tội phạm có tổ chức của Nam Phi năm 1998, khi một tài khoản ngân hàng có cả tiền hợp pháp và tiền bất hợp

pháp thì các cơ quan chức năng được quyền tịch thu toàn bộ số tiền trong tài khoản đó<sup>25</sup>.

### 2.2 Thời điểm áp dụng các biện pháp phòng ngừa tẩu tán tài sản

Thời điểm áp dụng các biện pháp ngăn chặn là vấn đề quyết định hiệu quả ngăn chặn việc tẩu tán tài sản. Luật về Tài sản tội phạm của Anh (POCA) và Luật về Tội phạm có tổ chức nghiêm trọng và cảnh sát 2005 (SOCPA) đã trao quyền phong tỏa và tạm giữ tài sản và tiền mặt ngay khi khởi tố vụ án, khởi tố bị can<sup>26</sup>. Để vượt qua các băn khoăn về khả năng vi phạm một số quyền con người cơ bản, các biện pháp điều tra đặc biệt được quy định trong luật với những điều kiện áp dụng rất chặt chẽ, căn cứ vào tình chất, mức độ và tính tiết thực tế trong từng giai đoạn tiến hành tố tụng. Đây cũng là cách làm của Trung Quốc (tại Mục 8, Chương 2, Bộ luật TTHS 2012) dựa trên quan điểm, các biện pháp điều tra đặc biệt được quy định để bảo vệ các lợi ích lớn hơn như an ninh quốc gia, uy tín của chính phủ<sup>27</sup>. Luật Phòng ngừa tham nhũng của Singapore (Chương 241, Mục Thẩm quyền điều tra đặc biệt, khoản 18) trao quyền cho Công tố viên trưởng, khi thấy có cơ sở để cho rằng đã xảy ra hành vi phạm tội được điều chỉnh bởi luật này, yêu cầu điều tra viên đặc biệt tiến hành điều tra và tiếp cận thông tin của bất cứ tài

21 Luật Phòng ngừa tham nhũng Singapore, Phần III (Các Tội phạm và Chế tài), Mục 8 (Giả định tham nhũng trong những trường hợp nhất định)

22 Bộ Tư pháp Hoa Kỳ (2004), Stefan D Cassela, Overview of Asset Forfeiture Law in the United States (Tổng quan về pháp luật THTS ở Hoa Kỳ), tr. 350.

23 Bộ Tư pháp Hoa Kỳ, Jean B.Weld, Forfeiture laws and procedures in the United States of America (Pháp luật và quy trình THTS ở Hoa Kỳ); [http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS\\_No83/No83\\_06VE\\_Weld1.pdf](http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS_No83/No83_06VE_Weld1.pdf), truy cập ngày 30/6/2017.

24 Duke Law Journal (1995, Vol.44:744), Jon E.Gordon, Prosecutors who seize too much and the theories they love: Money laundering, facilitation and forfeiture, (Các công tố viên tịch thu quá nhiều và các lý thuyết yêu thích: Rửa tiền, tạo thuận tiện và tịch thu), tr. 755; trên <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3276&context=dlj>, truy cập ngày 1/6/2017.

25 Ngân hàng Thế giới & UNODC (2011), Asset Recovery Handbook: A guide for practitioners (Cẩm nang THTS thoát: Hướng dẫn dành cho người thực hiện), tr. 109

26 <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/data.pdf>.

27 <https://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/46814279.pdf>.

khoản ngân hàng nào khả nghi<sup>28</sup>. Hành vi cung cấp sai thông tin hoặc không cung cấp thông tin về tài khoản hoặc những tài liệu được yêu cầu được coi là tội phạm và chịu hình phạt lên tới 2.000 đô la hoặc phạt tù lên tới 01 năm hoặc cả hai. Uruguay cho phép các cơ quan có thẩm quyền tiến hành điều tra tài chính song song với quá trình điều tra tội phạm<sup>29</sup>.

### 2.3 Hình sự hóa hành vi làm giàu bất chính

Hình sự hoá hành vi làm giàu bất chính được coi là một trong những biện pháp quan trọng để nâng cao hiệu quả ngăn chặn và phòng ngừa tham nhũng. Điều 395 Luật Hình sự Trung Quốc năm 1997 (sửa đổi, bổ sung các năm 1999, 2011) quy định công chức có tài sản hoặc chi tiêu rõ ràng vượt quá thu nhập hợp pháp có thể bị yêu cầu giải thích về nguồn gốc tài sản đó<sup>30</sup>. Nếu công chức không thể giải trình về nguồn gốc hợp pháp của tài sản thì phần tài sản vượt quá thu nhập hợp pháp của họ sẽ bị coi là tài sản bất hợp pháp và bị phạt tù đến 05 năm hoặc cải tạo không giam giữ và tài sản vượt quá thu nhập hợp pháp sẽ bị tịch thu. Điều 75 Luật về Ủy ban Chống tham nhũng quốc gia của Thái Lan gián tiếp quy định về hành vi làm giàu bất chính thông qua việc cho phép tiến hành vụ việc chống lại một chính trị gia hoặc công chức khi có biểu hiện giàu lên một cách bất thường<sup>31</sup>. Nếu công chức hoặc chính trị gia bị tình nghi không thể giải trình hợp lý về nguồn gốc tài sản thì toà án sẽ ra phán quyết tịch thu tài sản bất minh theo thủ tục tố tụng dân sự.

### 2.4 Cơ chế thương lượng nhận tội

Đây là cơ chế được áp dụng phổ biến trong mô hình tranh tụng ở nhiều quốc gia theo hệ thống thông luật (điển hình là Hoa Kỳ, Úc, Hồng Kông...) và một số quốc gia theo hệ thống dân luật (Pháp, Ý...). Tinh thần căn bản của chế định này là cho phép bị cáo có thể thoả thuận với cơ quan công tố về việc chấp nhận về cấu thành tội phạm tương ứng với hành vi theo đề xuất của cơ quan công tố, thừa nhận yếu tố chủ quan (lỗi) của tội phạm. Đổi lại, bị cáo được hưởng mức hình phạt nhẹ hơn so với cáo buộc ban đầu. Đây là một phương án mà các bên đều có lợi: (i) tình tiết vụ án nhanh chóng được làm sáng tỏ, từ đó giảm tải nghĩa vụ chứng minh cho cơ quan tiến hành tố tụng; (ii) thu hồi được tài sản tham nhũng về cho nhà nước; (iii) tiết kiệm được kinh phí cho hoạt động của guồng máy tư pháp và; (iv) bị cáo tránh được trách nhiệm hình sự theo tội nặng hơn tội mà viện kiểm sát đã truy tố ở thời điểm ban đầu. Thẩm phán giữ vai trò quyết định cuối cùng và không bị ràng buộc bởi thoả thuận giữa bị cáo và cơ quan công tố. Hoa Kỳ là quốc gia đầu tiên trên thế giới cho phép áp dụng cơ chế thương lượng nhận tội và cơ chế này giúp toà án Hoa Kỳ giải quyết 86% các vụ án hình sự<sup>32</sup>. Để bác bỏ những cáo buộc cho rằng, cơ chế thương lượng nhận tội là hành vi vi hiến, Toà án tối cao Hoa Kỳ đã quy định việc thương lượng nhận tội “phải trên cơ sở tự nguyện và chỉ có thể nhận tội nếu họ biết hậu quả của việc làm đó”<sup>33</sup>.

### 2.5 Đánh thuế phần tài sản có nguồn

28 <https://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/46814279.pdf>.

29 Cộng đồng châu Âu (2009), CEART Project, Best Practices in Asset Recovery (Thực tiễn tốt trong THTS), tr. 33.

30 <http://www.fmprc.gov.cn/ce/cgvienna/eng/dbtyw/jdwt/crimelaw/t209043.htm>.

31 [http://www.tilleke.com/sites/default/files/anti\\_corruption\\_updated\\_2009\\_0.pdf](http://www.tilleke.com/sites/default/files/anti_corruption_updated_2009_0.pdf).

32 Bộ Tư pháp Hoa Kỳ (2009), Báo cáo của Văn phòng Thống kê Tư pháp, <http://www.bjs.gov/index.cfm?ty=tp&tid=23>, truy cập ngày 1/7/2017.

33 Nguyễn Tiến Đạt, Thương lượng nhận tội trong tố tụng hình sự: Kinh nghiệm quốc tế và gợi mở cho pháp luật Việt Nam, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật (Số 36/2016), tr. 45.

*gốc bất hợp pháp*: Mặc dù việc đánh thuế vào phần tài sản chênh lệch không giúp khắc phục được đầy đủ tài sản bất minh nhưng đây thường được sử dụng như “chiêu bài” cuối cùng khi các biện pháp thu hồi khác không hiệu quả. Nhật Bản cho phép đánh thuế phần tài sản được cho là chênh lệch giữa thu nhập hợp pháp, công khai với TSTN trên thực tế<sup>34</sup>. Ở hầu hết các quốc gia, pháp luật về thuế thường nghiêm ngặt và quy định nghĩa vụ chứng minh thuộc về người nộp thuế.

### 2.6 Thu hồi tài sản không dựa trên kết án

Hiện các quốc gia có xu hướng áp dụng biện pháp thu hồi tài sản (THTS) không dựa trên kết án (non-conviction based confiscation - NCB) khi các biện pháp tố tụng khác không đem lại kết quả. Theo đó, trong khi các bị can, bị cáo phải giải trình về nguồn gốc tài sản, các cơ quan tiến hành tố tụng cũng phải xác định được một “mối liên hệ đáng kể” giữa tài sản và tội phạm. Kinh nghiệm xét xử ở nhiều quốc gia cho thấy, các tòa án thường dựa vào các yếu tố sau để xác định mối liên hệ này: lỗi sống xa hoa không phù hợp với tính chất công việc hoặc TSTN hợp pháp; có những kết nối thường xuyên với những nghi can/nghi phạm tham nhũng; sở hữu nhiều hàng hiệu xa hoa, các phương tiện đi lại đắt đỏ; sự hiện diện của một khoản tiền mặt rất lớn và đối tượng có biểu hiện che giấu; những lời khai bất nhất; đặt mua vé máy bay một chiều bằng tiền mặt và không đứng tên trên vé...<sup>35</sup>. Bộ luật THTS

Pháp (Điều 321-6) quy định, để có căn cứ THTS không dựa trên kết án, pháp luật yêu cầu cơ quan tiến hành tố tụng phải chứng minh được các yếu tố sau đây: (i) đương sự sở hữu tài sản, có lỗi sống không tương xứng với thu nhập hợp pháp; (ii) đương sự không giải trình được nguồn gốc của tài sản; (iii) đương sự có mối quan hệ thường xuyên với người được cho là có liên quan đến hành vi phạm tội.

Một căn cứ khác để áp dụng biện pháp này là việc xác định “ngưỡng” giá trị TSTN chênh lệch đáng kể giữa TSTN hợp pháp và TSTN trên thực tế. Ở Romania, “ngưỡng” này được quy định là 10.000 Euro<sup>36</sup>, gấp xấp xỉ 31 lần mức lương tháng tối thiểu trung bình của người dân<sup>37</sup>. Việc tịch thu do toà dân sự thực hiện.

Đối với vấn đề *chuyển dịch nghĩa vụ chứng minh* theo cơ chế NCB, trong khi pháp luật Singapore<sup>38</sup> cho phép áp dụng nguyên tắc suy đoán tham nhũng đối với công chức làm việc cho Chính phủ thì quy định này trong pháp luật Thụy Sĩ được mở rộng ra tới bất cứ cá nhân nào là thành viên của các mạng lưới tội phạm có tổ chức<sup>39</sup>.

### 2.7 Nguồn lực phân bổ cho công tác THTS tham nhũng

Về *nguồn nhân lực*, người đứng đầu cơ quan không thể là người có khả năng tham nhũng nhất để tránh tình trạng “vừa đá bóng, vừa thổi còi”. Nhân sự của cơ quan

34 <https://www.state.gov/e/eb/rls/othr/ics/2016/eap/254283.htm>.

35 Cơ quan nghiên cứu Nghị viện, Richard M. Thompson II (2015), *Asset Forfeiture: Selected Legal Issues and Reforms* (Tịch thu tài sản: Những vấn đề pháp lý điển hình và những cải cách), tr. 14.

36 TI Romania, Báo cáo quốc gia, *Extended Confiscation Procedure in Romania* (Thủ tục thu hồi mở rộng ở Romania), tr. 8.

37 Romania Experience (2017), *What is the Minimum and Average Salary in Romania in 2017?* (Mức lương tối thiểu và trung bình ở Romania năm 2017 là bao nhiêu?).

38 Luật Phòng ngừa tham nhũng Singapore, Phần III (Các Tội phạm và Chế tài), Điều 5 (Giả định tham nhũng trong những trường hợp nhất định).

39 TI (2013), Antonio Suarez-Martinez, *Close down the safe havens: Ending Impunity for corrupt individuals by seizing and recovering their assets in the UK* (Đóng cửa nơi ẩn náu an toàn: Chấm dứt bảo đảm cho kẻ tham nhũng bằng cách phong tỏa và trả lại tài sản ở Anh), tr. 24.



tốt nhất không phải là CBCC nhà nước (như cách tổ chức của Ủy ban Chống tham nhũng Hong Kong - ICAC) để tránh tối đa sự xung đột về lợi ích công - tư trong quá trình thực hiện nhiệm vụ. Đó phải là những cá nhân tiêu biểu về tài, đức, có kinh nghiệm chống tham nhũng, trong sạch và được lòng dân. Nhà nước cần đảm bảo hỗ trợ về mặt nhân sự cho cơ quan này về cả số lượng và chất lượng. *Về nguồn tài chính*, quyết tâm chính trị của nhà nước trong công tác PCTN cần thể hiện cụ thể ở sự đầu tư đúng mức và cần thiết về ngân sách để đảm bảo cho cơ quan chuyên trách về PCTN có thể vận hành và hoạt động hiệu quả. Lương/phụ cấp cho đội ngũ cán bộ phải tương xứng với trọng trách và năng lực.

### 3. Những giá trị Việt Nam có thể tham khảo

#### *Về sự cần thiết*

THTS dựa trên kết án hình sự là biện pháp phổ biến, quan trọng nhưng đạt hiệu quả thấp trên thực tế. Vì vậy, nếu pháp luật tiếp tục cứng nhắc khi quá lệ thuộc vào tố tụng hình sự để THTS sẽ đồng nghĩa với việc, hằng ngày, hàng giờ, sẽ tiếp tục có rất nhiều tài sản bị thất thoát và công tác thu hồi theo thời gian sẽ ngày càng khó khăn.

#### *Tính hợp hiến, hợp pháp*

NCB hiện đã được quy định và áp dụng tại 24 quốc gia trên thế giới, phần lớn là những nước phát triển, có trình độ quản lý nhà nước cao và nhiều thành tích trong công tác PCTN. Theo quy định tại UNCAC<sup>40</sup>, mặc dù NCB chỉ nằm trong nhóm quy định mang tính *tùy nghi*, nhưng việc được ghi nhận trong một công ước quốc tế đa

phương với 182 quốc gia thành viên tham gia cho thấy, về cơ bản, các quốc gia thừa nhận những đặc tính ưu việt của biện pháp này. Những quan ngại về quyền con người bị xâm phạm bởi NCB đã được Toà án châu Âu về Quyền con người (EctHR) xem xét. Quan điểm đạt được sự đồng thuận cao của EctHR và nhiều Toà án hiến pháp quốc gia đã khẳng định<sup>41</sup>, THTS (dù là dựa trên hay không dựa trên kết án) đều hoàn toàn “tương thích” với các quy định về quyền con người. Tuy nhiên, các Toà án cũng nhấn mạnh rằng, việc nội luật hóa NCB cũng giống như “một sáng kiến của quốc gia”; theo đó, các quốc gia, tùy thuộc vào điều kiện, bối cảnh của mình để quy định và áp dụng cho phù hợp.

Những quan ngại cho rằng THTS không dựa trên kết án có nguy cơ vi phạm nhân quyền không hẳn là không có cơ sở, nhưng chưa hoàn toàn thuyết phục, vì đấu tranh chống tham nhũng, THTS của kẻ phạm tội và đấu tranh bảo vệ nhân quyền về cơ bản cùng là một trận chiến, đó là trận chiến để dành công lý về cho con người, đặc biệt là những nhóm đối tượng dễ tổn thương trong xã hội. Tiền tham nhũng được thu hồi về cho ngân sách nhà nước sẽ là những nguồn lực để quay trở lại phát triển kinh tế, phục vụ cho cho xã hội.

Trên bình diện thế giới, thành tích về nhân quyền của các quốc gia thường tương đồng với thành công trong công tác PCTN. Đa số những quốc gia có thứ hạng cao về chống tham nhũng và hiện có quy định về NCB đều là những quốc gia đồng thời có thành tích ấn tượng về nhân quyền (như Hoa Kỳ, Anh, New Zealand, Úc, Thụy Sĩ, Đức...).

40 Công ước Liên hiệp quốc về Phòng, chống tham nhũng (United Nations Convention against Corruption; UNCAC) đã được thông qua tại Đại hội đồng Liên hiệp quốc ngày 31/10/2003 (Nghị quyết 58/4).

41 Hội đồng châu Âu (2012), Arvinder Sanbei, Technical paper: European court on human rights jurisprudence and civil recovery of illicitly obtained assets (confiscation in rem) (Tài liệu kỹ thuật: Toà án Châu Âu về xét xử nhân quyền và thu hồi dân sự tài sản phạm pháp (tịch thu đối vật), tr. 5.

Việc áp dụng NCB không nghiêm nhiên dẫn đến những vi phạm hiện hữu về quyền con người nếu như các cơ chế được đặt trong một nền quản trị tốt, được áp dụng một cách thận trọng và chịu sự giám sát chặt chẽ của các cơ quan chức năng. Mặc dù NCB không tuân thủ tuyệt đối nguyên tắc suy đoán vô tội nhưng cũng không đi trái nguyên tắc này vì cũng không hoàn toàn ủng hộ nguyên tắc suy đoán có tội<sup>42</sup>. Theo đó, nghĩa vụ chứng minh không hẳn được chuyển dịch hoàn toàn sang bị cáo mà thực chất, trách nhiệm chứng minh thuộc về cả cơ quan tiến hành tố tụng và bị can, bị cáo. *Về phía bị can, bị cáo*, nếu được cho là đang có tài sản mà không thể giải thích về nguồn gốc quyền sở hữu, có trách nhiệm cung cấp chứng cứ gỡ tội cho mình. *Về phía cơ quan tiến hành tố tụng*, những cơ quan này vẫn có trách nhiệm đưa ra chứng cứ buộc tội, chứng minh về phần tài sản tăng thêm không xuất phát từ TSTN hợp pháp của bị can, bị cáo. Trên cơ sở các bằng chứng buộc tội và gỡ tội, toà án đưa ra phán quyết cuối cùng. Quyền sở hữu không phải là một quyền tuyệt đối và hiến pháp, pháp luật chỉ bảo vệ quyền sở hữu hợp pháp.

### **Tính tương xứng**

Các quyền con người cơ bản cũng có thể bị hạn chế nếu việc thực hiện chúng ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của những người khác hoặc lợi ích chung của toàn xã hội. Mặt khác, một trong những mục đích của các chế định về quyền con người là để pháp luật bảo vệ nhóm đối tượng yếu thế trong xã hội, chống lại sự lạm quyền của nhà nước. Tội phạm tham nhũng là tội phạm có chủ thể đặc biệt và những chủ thể này nhất định không phải là đối tượng yếu thế trong xã hội.

### **Tính khả thi**

*Về điều kiện áp dụng:*

Để cân bằng giữa mục đích tận thu tài sản tham nhũng và bảo đảm quyền con người, việc suy đoán tham nhũng và nguồn gốc bất minh của tài sản cần được thực hiện một cách *có điều kiện*, cụ thể khi đáp ứng các điều kiện: (i) Chỉ áp dụng cho chủ thể là CBCC; (ii) Có bằng chứng về việc CBCC sở hữu hoặc sử dụng TSTN; có TSTN, lối sống hoặc chi tiêu không phù hợp với TSTN hợp pháp; và (iii) CBCC không thể cung cấp được bằng chứng về căn cứ xác lập quyền sở hữu, không giải trình được thoả đáng về nguồn gốc TSTN của mình hoặc đưa ra những bằng chứng giả dối, không xác thực.

### **Biện pháp bảo đảm thực hiện**

- Chấp nhận giả định pháp luật rằng, những tài sản được hình thành trước năm 2013 (năm diễn ra lần kê khai TSTN đầu tiên trên toàn quốc) được mặc nhiên coi là tài sản hợp pháp trừ khi các cơ quan chức năng phát hiện và chứng minh được điều ngược lại.

- Giữ nguyên quy định THTS dựa trên kết án hình sự là giải pháp cần thực hiện trước tiên, ưu tiên áp dụng *cơ chế tịch thu tài sản dựa trên giá trị* để phù hợp với nguồn lực và năng lực điều tra, phát hiện tham nhũng ở Việt Nam. NCB sẽ được áp dụng như một biện pháp thu hồi bổ sung khi các biện pháp khác không đem lại kết quả;

- Mở rộng khái niệm “tài sản tham nhũng” để tiếp cận gần hơn với các tiêu chí mà UNCAC đề ra;

- Đối tượng áp dụng biện pháp THTS không dựa trên kết án: Việc quản lý, kiểm soát TSTN nên bắt đầu từ các công chức hiện giữ chức vụ và hưởng phụ cấp trách nhiệm từ 0,9 (Giám đốc sở và tương đương) trở lên ■

42 Nguyễn Tuấn Anh, Xử lý hành vi làm giàu bất chính theo quy định của UNCAC và phương án nào cho Việt Nam?, Tạp chí Thanh tra số 1,2,3/2016.



*UDIC hạ tầng nâng tầm cuộc sống*

ỦY BAN NHÂN DÂN THÀNH PHỐ HÀ NỘI

**TỔNG CÔNG TY ĐẦU TƯ PHÁT TRIỂN HẠ TẦNG ĐÔ THỊ UDIC**

**URBAN INFRASTRUCTURE DEVELOPMENT INVESTMENT CORPORATION**

Địa chỉ: 27 Huỳnh Thúc Kháng - Đống Đa - Hà Nội \* Tel: (84 - 4) 37733625

Fax: (84 - 4) 37731544 \* Email: [udic@udic.com.vn](mailto:udic@udic.com.vn) \* Website: [www.udic.com.vn](http://www.udic.com.vn)



**Khu đô thị Nam Thăng Long**



**Cụm công nghiệp CN3 - Sóc Sơn**



**Khu nhà ở cao tầng UDIC WESTLAKE**  
**Khu đô thị Nam Thăng Long**

## LĨNH VỰC HOẠT ĐỘNG

- Đầu tư và kinh doanh bất động sản
- Xây lắp công trình dân dụng và công nghiệp
- Sản xuất và kinh doanh vật liệu xây dựng
- Tư vấn đầu tư xây dựng
- Xuất nhập khẩu và các dịch vụ khác

**UDIC** hạ tầng nâng tầm cuộc sống

KEM ĐÁNH RĂNG

**Doreen**<sup>®</sup>



**RĂNG TRẮNG ĐẸP - NGỪA SÂU RĂNG**