

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 (324)

Kỳ 2 - Tháng 10/2016

- ❖ CẢI CÁCH ĐỂ BẢO ĐẢM TÍNH ĐỘC LẬP CỦA THẨM PHÁN, HỘI THẨM NHÂN DÂN
- ❖ MỘT SỐ Ý KIẾN VỀ DỰ THẢO LUẬT TÍN NGƯỠNG, TÔN GIÁO
- ❖ PHẠM VI CỦA LUẬT TRÁCH NHIỆM BỒI THƯỜNG CỦA NHÀ NƯỚC

THÔNG BÁO

Thành lập Hội đồng Biên tập và ban hành Quy chế tổ chức và hoạt động của Hội đồng Biên tập Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp

Căn cứ Luật Báo chí ngày 28/12/1989, Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Báo chí ngày 12/6/1999 và theo Nghị quyết số 1050/2015/UBTVQH13 ngày 09/10/2015 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Viện Nghiên cứu Lập pháp, ngày 26 tháng 10 năm 2016, Viện trưởng Viện Nghiên cứu Lập pháp đã ký Quyết định số 267/QĐ-VNCLP về việc thành lập Hội đồng Biên tập và ban hành Quy chế tổ chức và hoạt động của Hội đồng Biên tập Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp. Thành viên Hội đồng Biên tập gồm các đồng chí lãnh đạo các cơ quan của Quốc hội, các nhà khoa học có uy tín trong các lĩnh vực chuyên ngành phù hợp với mục tiêu, chức năng, nhiệm vụ của Tạp chí:

- TS. Nguyễn Đình Quyền Viện trưởng Viện Nghiên cứu Lập pháp thuộc Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Chủ tịch Hội đồng Biên tập;
- TS. Nguyễn Văn Giàu Ủy viên Ủy ban thường vụ Quốc hội, Chủ nhiệm Ủy ban Đối ngoại của Quốc hội;
- PGS, TS. Nguyễn Thanh Hải Ủy viên Ủy ban thường vụ Quốc hội, Trưởng ban Dân nguyện của Ủy ban Thường vụ Quốc hội;
- PGS, TS. Đinh Văn Nhã Phó Chủ nhiệm Ủy ban Tài chính, Ngân sách của Quốc hội, Ủy viên;
- PGS, TS. Lê Bộ Lĩnh Phó Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội, Ủy viên;
- TS. Nguyễn Văn Luật Phó Chủ nhiệm Ủy ban Tư pháp của Quốc hội, Ủy viên;
- PGS, TS. Hoàng Văn Tú Phó Viện trưởng Viện Nghiên cứu Lập pháp thuộc Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Ủy viên;
- TS. Nguyễn Văn Hiến Ủy viên thường trực Ủy ban Pháp luật của Quốc hội, Ủy viên;
- PGS, TS. Ngô Huy Cương Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội, Ủy viên;
- TS. Nguyễn Hoàng Thanh Phó Tổng Biên tập Phụ trách Tạp chí, Ủy viên thường trực, Thư ký Hội đồng.

Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp trân trọng thông báo tới Quý bạn đọc, các cộng tác viên của Tạp chí và mong tiếp tục nhận được sự hợp tác của Quý bạn đọc, các cộng tác viên để Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp ngày càng phát triển.

TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

Mục lục 10/2016

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Cải cách để bảo đảm tính độc lập của thẩm phán, hội thẩm nhân dân

PGS, TS. Vũ Công Giao – ThS. Nguyễn Minh Tâm

- 10** Thu hồi tài sản tham nhũng: quy định trong Công ước Liên hiệp quốc và pháp luật Việt Nam

ThS. Đỗ Thu Huyền

- 19** Trách nhiệm hình sự của pháp nhân trong văn kiện pháp lý quốc tế

ThS. Hoàng Trí Ngọc

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 25** Một số ý kiến về Dự thảo Luật Tín ngưỡng, tôn giáo

GS, TS. Nguyễn Đăng Dung

- 31** Phạm vi của Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước

PGS, TS. Đỗ Văn Đại

CHÍNH SÁCH

- 40** Điều tiết và cân bằng lợi ích giữa nhà nước, chủ đầu tư và người dân khi nhà nước thu hồi đất

PGS, TS. Phan Trung Hiền

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

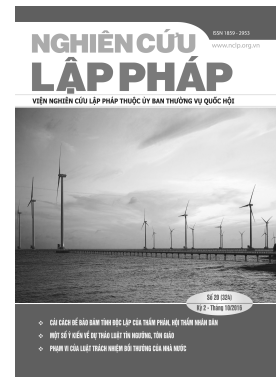
- 49** Những điểm mới về hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật theo Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015

ThS. Phí Thị Thanh Tuyền

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 56** Pháp luật Liên minh Châu Âu và Việt Nam về khái niệm, tiêu chí xác định doanh nghiệp nhỏ và vừa và một số đề xuất

ThS. Chu Thị Thanh An



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 CƯƠNG
TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

TRỤ SỞ:

27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI
ĐT: 043.2121204/043.2121206
FAX: 043.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

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: 043.2121202

TÀI KHOẢN:

0011000467735
TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP
NGÂN HÀNG TM CỔ PHẦN
NGOẠI THƯƠNG VIỆT NAM

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

GIÁ: 19.500 ĐỒNG

Ảnh bìa: Nhà máy điện gió Bạc Liêu
Ảnh: ST

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

Legis 10/2016

STATE AND LAW

- 3** Reforms to ensure the independence of judges, jurors
Prof, Dr. Vu Cong Giao – LLM. Nguyen Minh Tam
- 10** Asset recovery corruption: provisions in The UN Convention and the laws of Vietnam
LLM. Do Thu Huyen
- 19** Criminal liability of legal persons in international legal instruments
LLM. Hoang Tri Ngoc

DISCUSSION OF BILLS

- 25** Some comments on the draft Law on Belief and Religion
Prof, Dr. Nguyen Dang Dung
- 31** The scope of the Law on Compensation Liability of the State
Prof, Dr. Do Van Dai

POLICIES

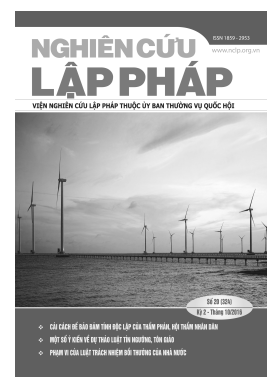
- 40** Regulate and balance the interests between the State, the investors and the people as the State recovers land
Prof, Dr. Phan Trung Hien

LEGAL PRACTICE

- 49** What's new about the validity of legal documents under the Law on Promulgation of Legal Normative Documents 2015
LLM. Phi Thi Thanh Tuyen

FOREIGN EXPERIENCE

- 56** Legislation of the European Union and of Vietnam about the concept, criteria for determining small and medium-sized enterprises and some suggestions
LLM. Chu Thi Thanh An



EDITORIAL BOARD:

Dr. NGUYEN DINH QUYEN (Chairman)
Dr. NGUYEN VAN GIAU
Prof, Dr. NGUYEN THANH HAI
Prof, Dr. ĐÌNH 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

CHIEF EDITOR IN CHARGE:

Dr. NGUYEN HOANG THANH

OFFICE:

27A VONG THI - TAY HO - HA NOI
ĐT: 043.2121204/043.2121206
FAX: 043.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

DESIGN:

HOANG NHI

LICENSE OF PUBLISHMENT:

N^o 438/GP-BTTTT DATE 29-10-2013
MINISTRY OF INFORMATION
AND COMMUNICATION

DISTRIBUTION:

HA NOI: 043.2121202

ACCOUNT NUMBER:

0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19,500 VND

CẢI CÁCH ĐỂ BẢO ĐẢM TÍNH ĐỘC LẬP CỦA THẨM PHÁN, HỘI THẨM NHÂN DÂN

VŨ CÔNG GIAO*
NGUYỄN MINH TÂM*

1. Tính độc lập của thẩm phán theo luật quốc tế

Một trong các đặc trưng cơ bản, đồng thời cũng là một điều kiện tiên quyết của nhà nước pháp quyền là “tư pháp độc lập” (hay còn gọi là “độc lập tư pháp” - Judicial Independence/Independence of Judiciary). Nếu không có tư pháp độc lập thì không thể nói đến nhà nước pháp quyền¹. Nguyên tắc 1 của Các nguyên tắc Bangalore về hành xử tư pháp nêu rõ: “Độc lập tư pháp là điều kiện tiên quyết của nguyên tắc pháp quyền và là một sự đảm bảo cơ bản của nguyên tắc xét xử công bằng”². Chỉ khi có độc lập thì tư pháp mới thực hiện được chức năng quan trọng là bảo vệ pháp luật, duy trì công lý, bảo đảm công bằng, các quyền và lợi ích hợp pháp của con người.

Tầm quan trọng của tư pháp độc lập từ lâu đã được ghi nhận trong luật quốc tế. Hiến chương Liên hiệp quốc năm 1945 đã khẳng định quyết tâm của các quốc gia trong việc xây dựng các điều kiện để công lý có thể được duy trì - tức hàm ý về tính độc lập của tòa án. Tuyên ngôn Nhân quyền quốc tế

năm 1948 (UDHR) ghi nhận, mọi người đều có “quyền được xét xử công bằng và công khai bởi một tòa án độc lập và khách quan” (Điều 10). Công ước về các Quyền dân sự và chính trị năm 1966 (ICCPR) không những ghi nhận mọi người có “quyền được xét xử công bằng và công khai bởi một tòa án có thẩm quyền, độc lập, không thiên vị và được lập ra trên cơ sở pháp luật” (khoản 1 Điều 14), mà còn ghi nhận “quyền được xét xử ngay mà không bị trì hoãn vô lý” (khoản 3 Điều 14)³.

Nội hàm của tư pháp độc lập bao gồm nhiều yếu tố như: thiết chế độc lập, thẩm phán độc lập, ra phán quyết độc lập, hành chính và ngân sách độc lập... Những yếu tố này có mối quan hệ tác động qua lại lẫn nhau. Sự thiếu vắng của một yếu tố sẽ có ảnh hưởng đến các yếu tố còn lại cũng như đến tính độc lập của tư pháp nói chung. Trong bài viết này, chúng tôi chỉ tập trung đề cập đến tính độc lập của thẩm phán và hội thẩm nhân dân (HTND) trong hoạt động xét xử.

Trong luật nhân quyền quốc tế, tư pháp độc lập là một nguyên tắc quan trọng nhằm

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

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

1 Xem: Nguyễn Đăng Dung, Tòa án Việt Nam trong bối cảnh xây dựng nhà nước pháp quyền, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội, 2012, tr. 117.

2 Các nguyên tắc Bangalore về hành xử tư pháp (Bangalore Principles of Judicial Conduct) là một bộ quy tắc đạo đức tư pháp được dự thảo tại Bangalore năm 2001 bởi Nhóm Tư pháp về Tăng cường liên chính tư pháp, sau đó được sửa đổi và thông qua tại Hội nghị bàn tròn của các Chánh án tổ chức tại cung điện Hòa bình, La Hay, Hà Lan, ngày 25-26/11/2002.

3 Bình luận chung số 32 của Ủy ban Nhân quyền (Human Rights Committee – HRC) cũng giải thích khá chi tiết các khía cạnh nhằm bảo đảm quyền bình đẳng trước tòa án và được xét xử công bằng được ghi nhận trong Điều 14 ICCPR.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

bảo vệ các quyền con người, được ghi nhận trong nhiều văn kiện⁴, nhưng tập trung nhất là trong “Những nguyên tắc cơ bản về độc lập tư pháp” (Basic Principles on the Independence of the Judiciary)⁵. Văn kiện này xác định những yếu tố nhằm đảm bảo tính độc lập của tòa án và thẩm phán như sau⁶:

Thứ nhất, tính độc lập của tòa án nói chung, của thẩm phán trong hoạt động xét xử nói riêng phải được nhà nước bảo đảm và được ghi nhận chính thức trong Hiến pháp hay pháp luật quốc gia, và đòi hỏi phải được các nhà nước tôn trọng, phổ biến đến các thẩm phán, luật sư, nhân viên hành pháp, lập pháp và công chúng nói chung.

Thứ hai, thẩm phán cũng là công dân, cho nên cũng phải có các quyền công dân như những người khác, chẳng hạn như quyền được tự do biểu đạt, tín ngưỡng, kết giao, hội họp; quyền được tự do thành lập và tham gia hiệp hội của thẩm phán hay các tổ chức khác đại diện cho quyền lợi của mình để xúc tiến việc đào tạo chuyên môn và để bảo vệ quyền độc lập trong hoạt động nghề nghiệp. Tuy nhiên, trong khi thực hiện các quyền của mình, thẩm phán phải luôn hành động phù hợp với phẩm giá của công chức cũng như sự vô tư và tính độc lập của tòa án⁷.

Thứ ba, những người được chọn làm thẩm phán phải là các cá nhân liêm khiết, có khả năng, được đào tạo thích hợp và có chuyên môn về luật pháp. Các tiêu chuẩn sử dụng để lựa chọn và bổ nhiệm thẩm phán phải chính đáng, không mang tính chất phân biệt đối xử về bất kỳ yếu tố nào (chủng tộc, màu da, giới tính, tôn giáo, quan điểm chính trị và các quan điểm khác, nguồn gốc dân tộc hay xã hội, tài sản, thành phần xuất

thân), trừ một tiêu chuẩn thẩm phán phải là công dân của nước đó.

Thứ tư, thẩm phán, dù được bổ nhiệm hay bầu ra đều phải được bảo đảm thời gian làm việc cho đến tuổi về hưu hay hết nhiệm kỳ theo quy định; phải có các điều kiện bảo đảm độc lập, an ninh, được trả thù lao thích đáng và được hưởng các chế độ bảo hiểm và trợ cấp nghề nghiệp. Việc đề bạt thẩm phán phải dựa vào những yếu tố khách quan, đặc biệt là năng lực, tính liêm khiết và kinh nghiệm. Việc phân công thẩm phán xét xử các vụ việc là vấn đề nội bộ quản lý điều hành xét xử của tòa án.

Thứ năm, bí mật nghề nghiệp liên quan đến quan điểm và những thông tin mật thẩm phán thu thập trong quá trình thực thi nhiệm vụ mà không thuộc quá trình xét xử công khai phải được tòa án đảm bảo, và thẩm phán không bị bắt buộc phải làm chứng về những vấn đề đó. Thẩm phán được hưởng quyền miễn trừ những kiện tụng dân sự vì những thiệt hại gây ra do những sai sót trong khi thực hiện chức năng xét xử, nhưng quyền miễn trừ này không bao gồm các hình thức kỷ luật.

Thứ sáu, bất cứ cáo buộc hay khiếu nại nào về hoạt động chuyên môn của thẩm phán đều phải được xử lý nhanh chóng và công minh theo một thủ tục thích hợp. Thẩm phán có thể bị kỷ luật, đình chỉ hay cách chức do thiếu năng lực hoặc có những hành vi không phù hợp với vị thế của họ. Tuy nhiên, những thủ tục kỷ luật, đình chỉ hay cách chức phải được quyết định theo các tiêu chuẩn đạo đức nghề nghiệp đã được quy định và phải được xem xét lại một cách độc lập.

Ngoài những quy định về tính độc lập của thẩm phán nêu trên, luật quốc tế còn có

4 Như Hiến chương Liên hiệp quốc, UDHR, ICCPR và một số văn kiện khác.

5 Văn kiện này được thông qua tại Hội nghị lần thứ bảy của Liên hiệp quốc về Phòng chống tội phạm và đối xử với người phạm tội tại Milan (Ý) ngày 26/8-6/9/1985, sau đó được thừa nhận trong hai Nghị quyết số 40/32 ngày 29/11/1985 và số 40/146 ngày 13/12/1985 của Đại hội đồng Liên hiệp quốc. Xem bản gốc tiếng Anh tại <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx>.

6 Xem: Khoa Luật - ĐHQGHN, Giới thiệu các văn kiện quốc tế về quyền con người, Nxb. Lao động - Xã hội, Hà Nội, 2011, tr. 821-824.

7 Ở đây, có thể thấy yêu cầu của luật nhân quyền quốc tế đối với thẩm phán có sự khác biệt so với một số chức danh khác trong bộ máy nhà nước. Chẳng hạn như đối với lực lượng cảnh sát, an ninh, phòng cháy chữa cháy, hay quân đội, theo luật nhân quyền quốc tế, các nhà nước có thể hạn chế hoặc không thừa nhận quyền tự do hiệp hội, biểu tình, bãi công của họ nhằm bảo đảm sự ổn định và lợi ích chung của toàn xã hội.

các quy định về vai trò của luật sư và công tố viên⁸. Tuy nhiên, chưa có quy định về sự độc lập của hội thẩm. Cho nên, ở phần tiếp theo, chúng tôi sẽ so sánh, phân tích quy định về tính độc lập của thẩm phán ở Việt Nam, tuy có đề cập đến một mức độ nhất định những quy định về tính độc lập của HTND.

2. Tính độc lập của thẩm phán, hội thẩm nhân dân ở nước ta hiện nay

Đối chiếu với các quy định nêu trên của luật quốc tế, có thể thấy thực trạng về tính độc lập của thẩm phán, HTND ở nước ta hiện nay như sau:

Thứ nhất, tính độc lập khi xét xử của thẩm phán và HTND từ lâu đã là một nguyên tắc hiến định⁹. Hiến pháp năm 2013 (tại khoản 2 Điều 103) quy định: “Thẩm phán, Hội thẩm xét xử độc lập và chỉ tuân theo pháp luật; nghiêm cấm cơ quan, tổ chức, cá nhân can thiệp vào việc xét xử của Thẩm phán, Hội thẩm”. So sánh với quy định liên quan trong Hiến pháp năm 1992, có thể thấy Hiến pháp năm 2013 đề cập rõ ràng và mạnh mẽ hơn đến tính độc lập của thẩm phán và hội thẩm (thể hiện qua việc bổ sung cụm từ “nghiêm cấm cơ quan, tổ chức, cá nhân can thiệp vào việc xét xử của Thẩm phán, Hội thẩm”). Bổ sung này nhấn mạnh tầm quan trọng cũng như thái độ dứt khoát của Nhà nước đối với việc can thiệp vào hoạt động xét xử của Tòa án, là bảo đảm quan trọng cho việc thực hiện nguyên tắc thẩm phán và hội thẩm xét xử độc lập trên thực tế¹⁰.

Quy định kể trên cũng mở rộng nội hàm về tính độc lập của thẩm phán và hội thẩm khi sửa từ “khi xét xử” (trong Hiến pháp năm 1992) sang “việc xét xử”. Sự sửa đổi

này hàm ý sự độc lập của thẩm phán và hội thẩm không chỉ được bảo đảm trong phiên tòa, mà trong suốt quá trình thụ lý vụ án. Dù vậy, các luật chuyên ngành sẽ cần cụ thể hóa các biện pháp đảm bảo thực hiện tính độc lập của thẩm phán và HTND trong việc xét xử, trong đó cần nhắc đến các yếu tố có thể ảnh hưởng đến họ bên ngoài quá trình xét xử¹¹, vì những yếu tố này có ảnh hưởng rất lớn, thậm chí mang tính quyết định đến tính độc lập của họ trong quá trình xét xử¹².

Bên cạnh đó, việc lần đầu tiên Hiến pháp năm 2013 khẳng định tòa án “thực hiện quyền tư pháp” (khoản 1 Điều 102) và có nhiệm vụ đầu tiên là “bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân” rồi mới đến nhiệm vụ “bảo vệ chế độ xã hội chủ nghĩa, bảo vệ lợi ích của Nhà nước” (khoản 3 Điều 102) cũng có ý nghĩa tăng cường tính độc lập của tòa án và thẩm phán, bởi những quy định này đã khu biệt và nhấn mạnh vị trí, vai trò của tòa án là chủ thể duy nhất của quyền xét xử, được thực hiện quyền đó mà không phải chịu sự can thiệp của bất kỳ chủ thể nào khác trong xã hội - điều mà trước đây chưa được nhận thức và quy định rõ ràng ở nước ta.

Quy định trên của Hiến pháp năm 2013 đã được cụ thể hóa vào tại Điều 9 Luật Tổ chức Tòa án nhân dân (TAND) năm 2014. Ngoài ra, tính độc lập của thẩm phán và HTND còn được quy định ở nhiều văn bản pháp luật khác¹³. Tuy nhiên, hiện tại, nhìn chung những quy định về vấn đề này mới nằm ở mức độ lý thuyết, việc thực hiện trên thực tế còn nhiều hạn chế. Hiện tượng can thiệp vào hoạt động xét xử của tòa án và của

8 Xem: Những nguyên tắc cơ bản về vai trò của luật sư (Basic Principles on the Role of Lawyers, 1990) tại <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RoleOfLawyers.aspx>; và Những hướng dẫn về vai trò của công tố viên (Guidelines on the Role of Prosecutors, 1990), tại <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RoleOfProsecutors.aspx>.

9 Trước Hiến pháp năm 2013, các bản Hiến pháp khác của Việt Nam đều đã có những quy định về tính độc lập của tòa án nói chung, của thẩm phán nói riêng, cụ thể: Điều 69 Hiến pháp năm 1946; Điều 100 Hiến pháp năm 1959; Điều 131 Hiến pháp năm 1980; và Điều 130 Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001).

10 Xem: Trần Văn Độ, “TAND trong Hiến pháp năm 2013”, trong *Bình luận khoa học Hiến pháp nước CHXHCN Việt Nam năm 2013*, Viện Chính sách công và Pháp luật, Nxb. Lao động - Xã hội, Hà Nội, 2014, tr. 502.

11 Cụm từ “việc xét xử” ở đây, theo chúng tôi, vẫn chỉ được hiểu là “trong quá trình” hoặc “trong hoạt động xét xử”, nó không bao hàm những yếu tố bên ngoài hoạt động xét xử, như quy trình tuyển chọn, bổ nhiệm, nhiệm kỳ, chế độ đãi ngộ, hay bí mật đời tư,... trong khi những yếu tố này có ảnh hưởng rất lớn đến tính độc lập của thẩm phán, hội thẩm.

12 Xem: Nguyễn Đăng Dung (2012), *ltdđ*, tr. 238-239.

13 Điều 16 Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2003; Điều 12 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004; Điều 14 Luật Tố tụng hành chính năm 2010.

thẩm phán còn diễn ra ở nhiều cấp độ, dưới nhiều hình thức, khiến cho các tòa án và thẩm phán trong nhiều trường hợp không thể quyết định vụ việc một cách khách quan, vô tư, chỉ tuân theo pháp luật.

Thứ hai, hiện nay ở nước ta chưa có một hiệp hội nghề nghiệp riêng dành cho các thẩm phán, hội thẩm và các chức danh tư pháp khác. Mặc dù những người này đều có thể tham gia Hội Luật gia Việt Nam, nhưng tổ chức này bao trùm tất cả những người có chuyên môn và làm việc trong lĩnh vực pháp luật, không phải và thực tế chưa từng là thiết chế để đào tạo chuyên môn cũng như để bảo vệ quyền độc lập xét xử của thẩm phán theo như hướng dẫn của luật quốc tế.

Ngoài ra, ở nước ta cũng chưa có bộ “quy tắc về đạo đức nghề nghiệp” dành riêng cho thẩm phán, hội thẩm để làm cơ sở kiểm soát hành vi, chuẩn mực và lối sống, cũng như thái độ và sự cẩn mẫn của họ trong quá trình thực thi nhiệm vụ. Với thẩm phán, mặc dù TAND tối cao đã ban hành bộ Quy tắc ứng xử của cán bộ, công chức ngành tòa án năm 2008 song đối tượng áp dụng và nội dung của nó quá rộng, chưa phải là bộ quy tắc đạo đức của thẩm phán.

Thứ ba, kinh nghiệm trên thế giới cho thấy, năng lực chuyên môn và phẩm chất đạo đức của thẩm phán cũng có mối liên hệ chặt chẽ với tính độc lập của họ. Một thẩm phán yếu về chuyên môn và tư cách đạo đức thường không giữ được tính độc lập trong hoạt động nghề nghiệp, do đó, việc tuyển chọn thẩm phán cần nhấn mạnh các yếu tố này. Mặc dù vậy, khoản 1 Điều 67 Luật Tổ chức TAND năm 2014 vẫn đặt yêu cầu thẩm phán phải có “bản lĩnh chính trị vững vàng” trước yếu tố “có tinh thần dũng cảm và kiên quyết bảo vệ công lý, liêm khiết và trung thực, có hiểu biết xã hội phong phú” và các yếu tố về trình độ chuyên môn (nêu ở các khoản 2,3,4,6 Điều này). Việc đề cao tiêu

chuẩn chính trị, tư tưởng hơn so với tiêu chuẩn chuyên môn và đạo đức nghề nghiệp là một trong những nguyên nhân dẫn đến tình trạng có thẩm phán được bổ nhiệm dù yếu kém về năng lực và phẩm chất, tư cách.

Việc tuyển chọn thẩm phán cũng tồn tại những vấn đề bất hợp lý, bằng chứng là số lượng sinh viên luật tốt nghiệp trong những năm gần đây rất nhiều song ngành tòa án hiện vẫn kêu thiếu thẩm phán. Hơn nữa, ở một số địa phương có người chỉ có trình độ đại học chuyên ngành luật hệ tại chức mà vẫn được bổ nhiệm thẩm phán, trong khi có hàng ngàn cử nhân luật chính quy tốt nghiệp loại khá, giỏi vẫn thất nghiệp¹⁴.

Bên cạnh đó, việc tuyển chọn thẩm phán hiện nay vẫn có sự tham gia của nhiều chủ thể ngoài ngành. Cụ thể, khoản 1 Điều 66 Luật Tổ chức TAND năm 2014 quy định thành phần của Hội đồng tuyển chọn, giám sát thẩm phán quốc gia bao gồm cả Ủy ban Trung ương Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, Văn phòng Chủ tịch nước, Bộ Nội vụ, Bộ Quốc phòng, Trung ương Hội Luật gia Việt Nam. Về nguyên tắc, quá trình tuyển chọn càng có sự tham gia của nhiều chủ thể, đặc biệt là các chủ thể ngoài ngành, sẽ càng làm tăng áp lực lên các thẩm phán, khiến họ bị phụ thuộc và khó giữ được tính độc lập trong hoạt động nghề nghiệp¹⁵.

Tương tự như thẩm phán, đối với hội thẩm, các quy định về tiêu chuẩn cũng nhấn mạnh yếu tố “bản lĩnh chính trị vững vàng” trước yêu cầu “có tinh thần dũng cảm và kiên quyết bảo vệ công lý, liêm khiết và trung thực”¹⁶. Các tiêu chuẩn về chuyên môn vẫn chỉ được quy định một cách chung chung, bao gồm “có kiến thức pháp luật” và “có hiểu biết xã hội”¹⁷. Việc lựa chọn, giới thiệu hội thẩm được giao phó hoàn toàn cho Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, còn việc bầu hội thẩm được thực hiện bởi Hội đồng nhân dân các cấp; vai trò của tòa án trong những

14 Xem: Nguyễn Đăng Dung, Vũ Công Giao, *Tư pháp độc lập: Một số vấn đề lý luận và thực tiễn*, trong “*Hiến pháp: Những vấn đề lý luận và thực tiễn*”, Khoa Luật ĐHQG Hà Nội – Nxb. ĐHQG Hà Nội, 2011, tr. 207.

15 Xem: *Báo cáo số 78/BC-TA Tổng kết thi hành Luật Tổ chức TAND năm 2002, Pháp lệnh Thẩm phán và Hội thẩm TAND năm 2002, Pháp lệnh Tổ chức Tòa án Quân sự năm 2002 ngày 19/12/2013 của UBTVQH*.

16 Khoản 1 Điều 85 Luật Tổ chức TAND năm 2014.

17 Khoản 2,3 Điều 85 Luật Tổ chức TAND năm 2014.

vấn đề quan trọng này rất mờ nhạt, chỉ là “đề xuất nhu cầu về số lượng, cơ cấu thành phần hội thẩm”¹⁸ cho hai chủ thể đã nêu. Những điều này cũng là nguyên nhân dẫn đến thực tế là trình độ của đội ngũ HTND hiện không đồng đều, chưa đáp ứng được những tiêu chuẩn về chuyên môn nghiệp vụ¹⁹.

Thứ tư, về các điều kiện đãi ngộ và nhiệm kỳ, theo Hiến pháp năm 2013 và Luật Tổ chức TAND năm 2014, nhiệm kỳ của Chánh án, Phó Chánh án các tòa và HTND là 5 năm. Riêng với thẩm phán, nhiệm kỳ đầu là 5 năm, và nếu được bổ nhiệm lại, nhiệm kỳ tiếp theo là 10 năm²⁰. Đây là một bước tiến bộ so với những quy định trước đó (nhiệm kỳ của chánh án, thẩm phán và hội thẩm đều là 5 năm). Tuy nhiên, với quy trình tuyển chọn, bổ nhiệm như hiện nay thì việc quy định nhiệm kỳ, cho dù dài hơn, vẫn có thể làm ảnh hưởng đến tính độc lập của thẩm phán và hội thẩm.

Liên quan đến chế độ đãi ngộ, các thẩm phán hiện nay mặc dù có mức lương cao hơn so với mức lương chung của các ngành khác, song vẫn thấp so với nhu cầu bảo đảm đời sống và tích lũy cho họ và gia đình. Đối với hội thẩm, các chế độ hiện nay đối với họ rất thấp, chỉ được nhận tiền bồi dưỡng phiên tòa (90.000 đồng/ngày), không có lương, phụ cấp công vụ hay phụ cấp trách nhiệm giống như thẩm phán²¹. Kinh nghiệm trên thế giới cho thấy, sự đãi ngộ hạn chế cũng có ảnh hưởng lớn đến tính độc lập và liêm chính của những người làm việc trong tòa án.

Việc phân công thẩm phán xét xử các vụ việc ở nước ta về nguyên tắc là vấn đề quản lý nội bộ của các tòa án, nhưng trên thực tế, nguyên tắc này không phải lúc nào cũng

được tôn trọng. Hoạt động của các tòa án có một số quy tắc cả thành văn và bất thành văn như báo cáo án, thỉnh thị án, duyệt án... mà vẫn được áp dụng. Mặc dù thường được biện hộ như là sự “tham khảo” về chuyên môn, nhưng thực tế không hẳn như vậy. Những quy tắc này rõ ràng mâu thuẫn với những nguyên tắc và yêu cầu về tính độc lập của tòa án nói chung và thẩm phán nói riêng, vì chúng tạo điều kiện cho các tòa án cấp trên can thiệp vào công việc xét xử của tòa án cấp dưới; cũng như cho lãnh đạo các tòa án can thiệp vào quyền quyết định độc lập của các thẩm phán.

Thứ năm, pháp luật hiện nay chưa có các quy định cụ thể về bí mật nghề nghiệp và quyền miễn trừ của thẩm phán. Ở nhiều quốc gia, vấn đề miễn trừ trách nhiệm đối với thẩm phán được quy định ngay trong Hiến pháp²². Đó là bởi sự thiếu vắng quy định này có thể gây rủi ro cho các thẩm phán trong hoạt động nghề nghiệp và vì vậy, ảnh hưởng đến việc xét xử độc lập của họ.

Thứ sáu, cơ chế kỷ luật thẩm phán còn thiếu hợp lý. Hiện nay, có hai cơ chế kỷ luật cùng được áp dụng đối với thẩm phán, đó là chế độ kỷ luật nghề nghiệp và chế độ kỷ luật công chức²³. Chế độ kỷ luật nghề nghiệp được áp dụng khi một thẩm phán không còn xứng đáng với chức danh của mình thì sẽ bị tước chức vụ (cách chức) bởi người có thẩm quyền bổ nhiệm họ. Tuy nhiên, những căn cứ để áp dụng hình thức kỷ luật này chưa cụ thể, chủ yếu dựa vào sự xem xét của những người tham gia vào quy trình ra quyết định kỷ luật²⁴. Còn chế độ kỷ luật công chức, các quy định của pháp luật hiện nay chỉ áp dụng đối với các công chức hành chính, chưa có quy định cụ thể áp dụng cho thẩm phán²⁵.

18 Khoản 1 Điều 81 Luật Tổ chức TAND năm 2014.

19 Xem: Báo cáo số 78/BC-TA, tidd.

20 Điều 74 Luật Tổ chức TAND năm 2014.

21 Xem: Báo cáo số 78/BC-TA, tidd.

22 Như: Hiến pháp Mỹ; Hiến pháp Cộng hòa Liên bang Đức (Điều 98); Hiến pháp Liên bang Nga (Điều 16, 122); Hiến pháp Nhật Bản (Điều 78); Hiến pháp Cộng hòa Nam Phi (Điều 177); Hiến pháp Cộng hòa Ba Lan (Điều 181).

23 Xem: Nguyễn Đăng Dung (2012), tidd, tr. 267-269.

24 Điều 82 Luật Tổ chức TAND năm 2014 quy định thẩm phán có thể bị cách chức nếu “vi phạm phẩm chất đạo đức; quy tắc ứng xử, đạo đức nghề nghiệp”, hoặc có hành vi vi phạm pháp luật khác. Tuy nhiên, thực tế lại chưa có bộ quy tắc đạo đức hay quy tắc ứng xử nghề nghiệp cho thẩm phán. Cho nên, không có các căn cứ cụ thể để áp dụng hình thức kỷ luật nghề nghiệp với thẩm phán.

25 Thực tế hiện nay, Chánh án TAND tối cao là người quyết định áp dụng kỷ luật đối với Thẩm phán TAND tối cao; còn

Ngoài ra, pháp luật hiện hành cũng không quy định đầy đủ về quy trình, thủ tục để thẩm phán có thể khiếu nại quyết định kỷ luật đối với mình.

3. Một số gợi ý

Từ những phân tích trên, để đảm bảo hoạt động xét xử của thẩm phán, hội thẩm ở nước ta được thực sự độc lập, chúng ta nên xem xét các giải pháp sau đây:

Thứ nhất, không nên chỉ giới hạn những đảm bảo cho tính độc lập của thẩm phán, hội thẩm trong việc xét xử, mà cần mở rộng những bảo đảm đó đến các yếu tố có thể ảnh hưởng đến họ bên ngoài quá trình xét xử, tức là cần lồng ghép vấn đề độc lập của thẩm phán vào toàn bộ cơ chế chính sách có liên quan đến thẩm phán²⁶. Ví dụ, để bảo đảm cho tính độc lập của thẩm phán, tổ chức và hoạt động của tòa án cần tách ra khỏi tổ chức và hoạt động của các đơn vị hành chính. Tính độc lập của thẩm phán, HTND không những cần được đảm bảo trong hoạt động xét xử, mà cả trong những vấn đề khác liên quan đến cuộc sống của họ, có như vậy mới giúp họ chống lại được sự tác động tùy tiện của các chủ thể khác nắm giữ quyền lực. Theo nghĩa đó, vẫn cần tiếp tục nghiên cứu, sửa đổi các quy định hiện hành về tổ chức và hoạt động của hệ thống tòa án và của thẩm phán, hội thẩm ở nước ta.

Thứ hai, cần sớm xây dựng bộ “quy tắc về đạo đức nghề nghiệp” cho thẩm phán để không những bảo đảm uy tín cho họ trong hoạt động nghề nghiệp mà còn cho phép thẩm phán được quyền xét xử theo lương tâm mà không trái pháp luật. Đó là bởi pháp luật thì cứng nhắc và chỉ mang tính chất định khung, nên sự đúng, sai, công bằng nhiều khi phải dựa vào lương tâm của người thẩm phán, nhưng lương tâm phải được ràng buộc bởi trách nhiệm, thể hiện ở các quy tắc đạo đức nghề nghiệp của thẩm phán. Tính

trách nhiệm của thẩm phán ở đây chính là cơ chế giải trình trong hệ thống tư pháp. Các thẩm phán phải giải trình được cơ sở ra phán quyết của mình, mà trước hết và quan trọng nhất đó là nhận định về tình tiết của vụ việc và về cơ sở áp dụng pháp luật, qua đó khắc phục được tình trạng ra phán quyết tùy tiện, thiếu cơ sở²⁷.

Thứ ba, cần tiếp tục nghiên cứu sửa đổi những quy định về tuyển chọn, bổ nhiệm và miễn nhiệm thẩm phán để loại bỏ những yếu tố không hoặc ít liên quan đến năng lực chuyên môn và đạo đức nghề nghiệp; bảo đảm không có sự phân biệt đối xử về bất cứ yếu tố gì bất hợp lý trong quá trình này, từ đó chọn ra được những thẩm phán có năng lực và đạo đức tốt; cũng như khuyến khích những người có năng lực và đạo đức tốt cống hiến cho hệ thống tòa án. Một quy trình bổ nhiệm thẩm phán phù hợp cần đảm bảo 03 yếu tố cơ bản²⁸: (i) thành phần Hội đồng tuyển chọn thẩm phán cần đảm bảo phản ánh được ý kiến của giới thẩm phán, đồng thời các cơ quan đại diện và các tổ chức nghề nghiệp phải có khả năng giám sát và có tiếng nói trong việc tuyển chọn; (ii) quy trình tái bổ nhiệm thẩm phán cần được thay thế bởi quy trình bổ phiếu tín nhiệm; (iii) các yếu tố để quyết định không bổ nhiệm lại cần phải được quy định rõ ràng trong pháp luật. Nếu xét kỹ, Luật Tổ chức TAND năm 2014 vẫn chưa đảm bảo được toàn bộ những yếu tố này.

Thứ tư, nhiệm kỳ của thẩm phán cần vững chắc và lâu dài hơn, vì nếu chỉ được bổ nhiệm trong một nhiệm kỳ ngắn thì dù quy trình thế nào cũng gây khó khăn cho các thẩm phán trong việc giữ gìn tính độc lập và cương quyết trong hoạt động nghề nghiệp²⁹. Ngoài ra, nhiệm kỳ suốt đời hoặc nhiệm kỳ dài còn có tác dụng tăng cường chuyên môn nghiệp vụ của các thẩm phán, do làm cho họ

Chánh án TAND tỉnh áp dụng hình thức kỷ luật đối với Thẩm phán của tòa án của mình và Tòa án cấp huyện. Quá trình ra quyết định kỷ luật thì vai trò của Chánh án hầu như là quyết định toàn bộ.

26 Theo khuyến nghị của Liên hiệp quốc, để đảm bảo tính độc lập của thẩm phán, Hiến pháp cần quy định thêm các yếu tố như: bảo đảm nhiệm kỳ của thẩm phán, phương thức bổ nhiệm thẩm phán, bảo đảm tài chính của tòa án và thu nhập của thẩm phán, quy định về những quyền và nghĩa vụ bảo đảm quá trình xét xử công bằng và đưa ra quyết định hợp lý.

27 Xem: Nguyễn Đăng Dung (2012), *lđđ*, tr. 113.

28 Xem: Nguyễn Đăng Dung (2012), *lđđ*, tr. 263.

29 Xem: Nguyễn Đăng Dung, Vũ Công Giao (2011), *lđđ*, tr. 212.

yên tâm công tác³⁰. Mặc dù Luật Tổ chức TAND năm 2014 đã nâng nhiệm kỳ của thẩm phán lên 10 năm từ lần bổ nhiệm thứ hai, song vẫn cần nghiên cứu quy định nhiệm kỳ dài hơn và ngay từ lần bổ nhiệm đầu tiên. Cần thấy rằng nhiệm kỳ dài hoặc suốt đời có nhiều thuận lợi như đã nêu nhưng không ảnh hưởng đến việc quản lý (kỷ luật, miễn nhiệm, cách chức) thẩm phán.

Ngoài điều kiện về nhiệm kỳ, để góp phần duy trì tính độc lập của thẩm phán, cần nghiên cứu tăng cường chế độ đãi ngộ đối với họ. Như đã đề cập ở trên, mức lương của các thẩm phán hiện nay còn khá xa mức thu nhập cần thiết để chăm sóc chu đáo gia đình, khiến cho thẩm phán khó giữ được liêm chính trước những cám dỗ trong hoạt động nghề nghiệp.

Bên cạnh đó, cần rà soát và sửa đổi quy chế hoạt động của các tòa án nhằm giảm thiểu khả năng thẩm phán phụ thuộc vào lãnh đạo của các tòa án trong công việc chuyên môn, trong đó bao gồm việc loại bỏ các quy tắc “bất thành văn” như báo cáo án, thỉnh thị án, duyệt án, ...³¹.

Thứ năm, cần ban hành các quy định của pháp luật cụ thể về việc giữ bí mật nghề nghiệp và quyền miễn trừ của thẩm phán nhằm bảo vệ họ khi gặp những rủi ro nghề nghiệp, qua đó gián tiếp tránh cho họ không bị phụ thuộc vào các chủ thể khác. Điều này không chỉ được hiểu rằng đó là một đặc quyền của thẩm phán, mà hơn nữa, nó là phương tiện để bảo vệ các lợi ích công trong hoạt động xét xử³².

Thứ sáu, cần tiếp tục nghiên cứu xây dựng cơ chế độc lập về xử lý kỷ luật thẩm phán, do các thẩm phán khác thực hiện một cách công khai, dân chủ, bao gồm quyền khiếu nại của người bị xử lý nhằm bảo đảm tính công bằng, chính xác trong hoạt động này, đồng thời loại trừ khả năng các chủ thể khác lợi dụng để chi phối hoặc gây áp lực

đến thẩm phán.

Hiện nay, Luật Tổ chức TAND năm 2014 vẫn chỉ quy định một hình thức kỷ luật là cách chức (Điều 82), được thực hiện bởi Hội đồng tuyển chọn, giám sát thẩm phán quốc gia (Điều 71). Tuy nhiên, thủ tục áp dụng chưa thực sự mang tính dân chủ và khách quan để đảm bảo thẩm phán có tiếng nói của mình trong quy trình này, khi việc cách chức được xem xét theo đề nghị của Chánh án TAND tối cao (khoản 1 Điều 83). Ngoài ra, các trường hợp có thể bị cách chức còn chưa rõ ràng (khoản 2 Điều 82) và chưa có các quy định về thủ tục khiếu nại của thẩm phán đối với quyết định cách chức. Bên cạnh đó, không có các hình thức kỷ luật nào khác ngoài cách chức (như cảnh cáo và khiển trách).

*

Độc lập tư pháp, mà cốt lõi của nó là độc lập của thẩm phán, là một yếu tố nền tảng của nhà nước pháp quyền, được nhấn mạnh trong luật quốc tế. Ở Việt Nam, mặc dù Hiến pháp năm 2013 và Luật Tổ chức TAND năm 2014 đã xác lập những nguyên tắc nền tảng, nhưng để đảm bảo tính độc lập thực sự của thẩm phán, HTND trong hoạt động xét xử, vẫn cần có thêm những sửa đổi pháp luật về nhiều vấn đề, từ mối quan hệ của hệ thống tòa án với các thành tố khác của hệ thống chính trị và bộ máy nhà nước, đến nhiệm kỳ, chế độ đãi ngộ, quy tắc đạo đức nghề nghiệp, tiêu chuẩn, quy trình tuyển chọn, bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức thẩm phán và bầu hội thẩm... Trong bối cảnh hiện nay, những cải cách sâu rộng như vậy là không dễ dàng nhưng thực sự cần thiết ở nước ta. Mức độ của sự cải cách tỷ lệ thuận với mức độ bảo đảm tính độc lập của thẩm phán, hội thẩm trong hoạt động xét xử nói riêng, sự độc lập và hiệu quả hoạt động của hệ thống tòa án nói chung ■

30 Quy định mới về nhiệm kỳ của thẩm phán trong Luật Tổ chức TAND năm 2014 (Điều 74) cũng có thể coi là một bước tiến bộ, nhưng nó cũng cần gắn với một quy trình bổ nhiệm khách quan, khoa học cùng với các tiêu chuẩn bổ nhiệm hợp lý.

31 Xem: Nguyễn Đăng Dung, *Vũ Công Giao* (2011), *tđđ*, tr. 212-213.

32 Luật Tổ chức TAND năm 2014 không những không có quy định về quyền miễn trừ của thẩm phán, mà còn quy định trách nhiệm bồi hoàn của thẩm phán trong khi thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của mình (khoản 6 Điều 76). Quy định này chắc chắn có ảnh hưởng không tốt đến tính độc lập và quyết đoán của thẩm phán trong việc ra phán quyết, vì các thẩm phán sẽ có tâm lý “dè chừng” và “dựa dẫm” vào tập thể hay lãnh đạo tòa án để tránh hoặc giảm thiểu hậu quả của những rủi ro nghề nghiệp.

THU HỒI TÀI SẢN THAM NHŨNG: QUY ĐỊNH TRONG CÔNG ƯỚC LIÊN HIỆP QUỐC VÀ PHÁP LUẬT VIỆT NAM

ĐỖ THU HUYỀN*

Từ đầu thế kỷ 20, quá trình toàn cầu hoá mạnh mẽ đã xoá bỏ các rào cản ngăn cách trong hoạt động kinh tế của các quốc gia, cùng với sự bùng nổ thương mại quốc tế, các giao dịch xuyên quốc gia đã góp phần đáng kể vào sự tăng trưởng vượt bậc của nhiều nền kinh tế trên thế giới. Tuy nhiên, một trong những mặt trái của sự phát triển ấy là hiện tượng toàn cầu hoá tham nhũng. Các rào cản được xoá bỏ, vô hình trung đã tạo cơ hội cho các quan chức tham nhũng nhanh chóng tẩu tán những tài sản phi pháp ra nước ngoài để tẩy rửa, hợp pháp hoá. Trong khi đó, sau các thủ tục pháp lý, tỷ lệ tài sản được thu hồi và trả lại cho quốc gia nạn nhân của tham nhũng lại vô cùng “ít ỏi và rải rác”¹.

Thu hồi tài sản (THTS) được coi là biện pháp giảm thiểu tác hại của hành vi tham nhũng, triệt tiêu động cơ của tội phạm tham nhũng, qua đó góp phần tăng cường tính minh bạch, trách nhiệm giải trình và liêm chính của các chính phủ. THTS đã được thể chế hóa trong một số văn kiện quốc tế, trong đó, sâu rộng và toàn diện nhất là Công ước

Liên hiệp quốc (LHQ) về chống tham nhũng.

1. Bối cảnh ra đời Công ước Liên hiệp quốc về chống tham nhũng

Nền tảng quốc tế của vấn đề THTS bắt đầu kể từ khi Công ước LHQ về chống buôn bán trái phép chất ma tuý và các chất hướng thần được thông qua năm 1988. Điều 5 về Tịch thu tài sản của Công ước quy định các quốc gia thành viên phải áp dụng những biện pháp cần thiết: “để tiến hành tịch thu những khoản thu nhập có được do phạm tội... hoặc tài sản có giá trị tương đương với những thu nhập đó” (khoản 1a); “để các cơ quan có thẩm quyền có thể xác định, ngăn chặn hoặc thu giữ các thu nhập, tài sản, công cụ hoặc bất kỳ vật gì... với mục đích tịch thu tài sản phạm tội” (khoản 2). “Những tài sản hoặc thu nhập bị tịch thu theo quy định... được bên tịch thu xử lý theo đúng luật và thủ tục hành chính của mình” (khoản 5).

Đến thập niên 90, khi hành vi tham nhũng có xu hướng vượt ra khỏi biên giới quốc gia, nhiều quốc gia trên thế giới đã nhận thức rõ hơn tầm quan trọng của một cơ

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

1 Từ năm 2006 đến 2009, các nước thuộc Tổ chức Hợp tác và Phát triển Kinh tế (OECD) chỉ thu hồi và trả lại được 276,3 triệu đô-la cho các quốc gia bị thất thoát. Số tài sản được trả lại từ năm 2010 đến 2012 là 147,2 triệu đô-la, một phần không đáng kể trong tổng số 20 - 40 tỷ đô-la thất thoát hàng năm bởi tham nhũng, hối lộ và biển thủ công quỹ. Xem: STAR (2014), *Few and Far: The Hard Facts on Stolen Asset Recovery (Ít ỏi và rải rác: Những sự thật khắc nghiệt về thu hồi tài sản bị đánh cắp)*, p. 2.

chế hợp tác quốc tế để cùng phòng ngừa và trừng phạt hành vi tham nhũng. Công ước Liên Mỹ về Chống tham nhũng (IACAC) được Tổ chức các Quốc gia Châu Mỹ thông qua vào năm 1996, có hiệu lực vào năm 1997 là *công ước quốc tế đầu tiên* đề cập đến vấn đề THTS. Tuy nhiên, hiệu lực của IACAC chỉ giới hạn đối với các quốc gia châu Mỹ.

Sau đó, Công ước LHQ về Chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia (UNTOC) được soạn thảo trong hai năm 1999-2000 và có hiệu lực vào cuối năm 2003 là văn kiện quốc tế đầu tiên của LHQ quy định về vấn đề chống tội phạm có tổ chức. Với hai điều khoản cụ thể về phòng, chống tham nhũng: Điều 8 (Hình sự hóa hành vi tham nhũng) và Điều 9 (Những biện pháp chống tham nhũng), tham nhũng được coi như một trong những phương thức hoạt động riêng của tội phạm có tổ chức.

Tháng 12/1999, vào thời điểm UNTOC đang được soạn thảo, Đại hội đồng LHQ đã đề nghị Ủy ban đặc biệt soạn thảo công ước này cân nhắc khả năng đưa những biện pháp chống tham nhũng có liên quan đến tội phạm có tổ chức của công chức vào Dự thảo Công ước dưới hình thức một phụ lục hoặc nghiên cứu khả năng xây dựng một Công ước riêng biệt về chống tham nhũng².

Sau đó, Tuyên bố Vienna về Tội phạm và Tư pháp được thông qua tại Hội nghị lần thứ 10 của LHQ về phòng ngừa tội phạm và đối xử với người phạm tội vào tháng 4/2000. Đây được coi là điểm khởi phát cho sự ra đời của Công ước của LHQ về chống tham nhũng, với tuyên bố kêu gọi các quốc gia thành viên tăng cường hợp tác chống tham nhũng và nhấn mạnh sự cần thiết phải có một công cụ pháp lý quốc tế chống tham nhũng độc lập bên cạnh UNTOC. Cuối năm

2000, Đại hội đồng LHQ đã chính thức quyết định lựa chọn phương án xây dựng một công cụ pháp lý quốc tế mới độc lập với UNTOC³. Ủy ban đặc biệt soạn thảo Công ước này đã nhóm họp chính thức tại Buenos Aires từ 4 - 7/12/2001. Ngày 31/10/2003, Công ước LHQ về Phòng chống tham nhũng (United Nations Convention against Corruption - UNCAC) đã được thông qua tại Đại hội đồng LHQ (Nghị quyết 58/4). Chỉ trong vòng hai năm, UNCAC nhanh chóng thu hút được đủ số lượng quốc gia phê chuẩn (30 quốc gia) và cam kết đưa ra các biện pháp hành pháp và hành chính cần thiết để hỗ trợ thực hiện hiệu quả Công ước. UNCAC chính thức có hiệu lực từ ngày 14/12/2005 và đến 01/12/2015, đã có 140 quốc gia ký kết và 178 quốc gia phê chuẩn UNCAC, trong đó phần lớn là các quốc gia đang phát triển.

Đến nay, UNCAC là công ước toàn cầu có hiệu lực pháp lý ràng buộc đầu tiên về tham nhũng và những vấn đề có liên quan, được xây dựng với sự tham gia rộng rãi ở cấp độ quốc tế và có được sự đồng thuận lớn của các quốc gia ký kết, của khu vực tư nhân và các tổ chức xã hội dân sự. Quá trình xây dựng và đàm phán UNCAC cho thấy, các quốc gia, mặc dù còn có những quan điểm khác nhau trong xác định mục tiêu, yêu cầu và những ưu tiên của Công ước, nhưng sau 07 vòng đàm phán, đã cơ bản nhất trí xây dựng UNCAC dựa trên cách tiếp cận “toàn diện, đa dạng và hữu hiệu”, đáp ứng được các yêu cầu của cuộc đấu tranh chống tham nhũng của mỗi quốc gia, từng khu vực và trên toàn thế giới, trên tinh thần ghi nhận chủ quyền của các quốc gia thành viên, những khác biệt về pháp luật, kinh tế, chính trị, văn hóa, xã hội cũng như trình độ phát triển của mỗi quốc gia.

2 Nghị quyết số 54/128 ngày 17/12/1999, tại mục 5, 6 tr. 3.

3 Nghị quyết số 55/61 ngày 04/12/2000, tại mục 1, tr. 1.

2. Quy định về thu hồi tài sản tham nhũng trong UNCAC

Chỉ đến khi UNCAC ra đời và có hiệu lực từ năm 2005, chế định THTS mới chính thức được đặt vào một vị thế xứng đáng. Do tính chất nhạy cảm và phức tạp của THTS, sự đồng thuận đối với nội dung của Chương V UNCAC chỉ có được sau nhiều phiên đàm phán chuyên sâu nhằm hài hoà hoá những khác biệt trong yêu cầu của quốc gia muốn THTS và được yêu cầu THTS⁴; những quan ngại về vấn đề chủ quyền, lợi ích quốc gia; rào cản về mặt pháp luật, thể chế v.v..

Vượt ra ngoài khuôn khổ của các công ước khu vực và quốc tế trước đó, UNCAC đã có bước tiến đột phá khi xây dựng một nền tảng mới, không chỉ dừng lại ở những nỗ lực phòng ngừa và hình sự hoá hành vi tham nhũng, mà còn yêu cầu các quốc gia thành viên phải có nhiều thay đổi trong hệ thống pháp luật và thể chế trong nước để đảm bảo tuân thủ các tiêu chuẩn quốc tế quy định tại Công ước trong công tác THTS.

UNCAC đã dành một chương riêng về THTS (Chương V) trong tổng số 08 chương, với tuyên bố chính thức: “Việc hoàn trả tài sản theo quy định tại chương này là nguyên tắc căn bản của Công ước, và các quốc gia thành viên sẽ dành cho nhau sự hợp tác và trợ giúp tối đa trong vấn đề này” (Điều 51). Trên cơ sở đó, Công ước đã quy định các cơ chế, biện pháp linh hoạt nhằm tăng cường hiệu quả THTS có được từ hành vi tham nhũng.

a. Phòng ngừa và phát hiện việc chuyển tài sản do phạm tội mà có (Điều 52)

Điều 52 được xây dựng trên cơ sở các biện pháp phòng ngừa được quy định ở Chương II. Theo đó, *nhóm các yêu cầu mang tính chất bắt buộc* của Điều 52 có liên quan đến nghĩa vụ phải thực hiện các biện pháp lập pháp hoặc các biện pháp khác (khoản 1, 2, 3, 4 Điều 52). Cụ thể, Công ước

yêu cầu các quốc gia thành viên áp dụng các biện pháp cần thiết nhằm yêu cầu các tổ chức tài chính xác minh nhận dạng của khách hàng, kiểm soát kỹ các tài khoản đáng ngờ, nhân danh hoặc có liên quan đến những cá nhân đang hoặc đã giữ các chức vụ chủ chốt trong bộ máy nhà nước hoặc những người có liên quan của họ, báo cáo các cơ quan có thẩm quyền về các giao dịch đáng ngờ được phát hiện qua quá trình xem xét nêu trên (khoản 1 và 2). Ngoài ra, các quốc gia cần phải thực hiện các biện pháp đảm bảo rằng: các tổ chức tài chính của quốc gia đó lưu giữ đủ hồ sơ về các tài khoản và các giao dịch có liên quan đến những người được nhắc đến trong khoản 1 trong một khoảng thời gian thích hợp (khoản 3); phải thực hiện các biện pháp thích hợp nhằm ngăn ngừa việc xây dựng các ngân hàng không có sự hiện diện thực tế và không có quan hệ với nhóm tài chính được điều chỉnh với sự giúp đỡ của các cơ quan quản lý và giám sát (khoản 4).

Trong khi đó, *nhóm các yêu cầu mang tính tùy nghi* của Điều 52 có liên quan đến nghĩa vụ xem xét việc thực hiện công khai và minh bạch tài chính (khoản 5 và 6 Điều 52). Theo đó, các quốc gia thành viên tự quyết định các công chức nào sẽ được áp dụng hệ thống công khai tài chính và làm cách nào để công khai tài chính hiệu quả hơn. Ngoài ra, Công ước cũng khuyến khích các quốc gia thành viên xem xét thực hiện các biện pháp cần thiết để cho phép các cơ quan có thẩm quyền của mình chia sẻ các thông tin công khai tài chính với các cơ quan có thẩm quyền ở các quốc gia khác nếu cần thiết để điều tra, khiếu kiện và THTS tội phạm theo quy định của UNCAC. Tuy nhiên UNCAC vẫn khẳng định, khi các hệ thống này được thiết lập, cần phải có các chế tài phù hợp để đảm bảo việc chấp hành nghiêm các quy định này.

4 https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/convention-highlights.html#Asset_recovery.

b. Các biện pháp thu hồi tài sản trực tiếp (Điều 53)

Điều 53 của Công ước đưa ra ba yêu cầu cụ thể liên quan đến việc THTS trực tiếp, căn cứ vào pháp luật quốc gia: cho phép quốc gia thành viên khác khởi kiện vụ án dân sự tại toà án để xác định quyền hay quyền sở hữu đối với tài sản có được qua việc thực hiện các tội tham nhũng (điểm a); cho phép toà án yêu cầu người thực hiện tội phạm phải bồi thường, đền bù cho quốc gia thành viên khác đã chịu thiệt hại từ tội phạm đó (điểm b); và cho phép toà án hay các cơ quan chức năng của mình khi ra quyết định tịch thu công nhận quốc gia thành viên có yêu cầu là chủ sở hữu hợp pháp của tài sản có được do phạm tội tham nhũng (điểm c).

c. Các cơ chế thu hồi và hợp tác quốc tế vì mục đích tịch thu tài sản (Điều 54 và 55)

Mặc dù trước đó UNTOC đã có các quy định tương tự (tại khoản 2 Điều 12), nhưng chỉ đến UNCAC, các biện pháp để phong toả hoặc tạm giữ tài sản vì mục đích tịch thu mới được quy định cụ thể. Theo đó, để tạo điều kiện thuận lợi cho việc tạm giữ, thu hồi và trả lại tài sản, Điều 54 UNCAC quy định đồng thời việc thừa nhận và trực tiếp thực thi quyết định tạm giữ tài sản của toà án nước ngoài (khoản 1a Điều 54) và việc ban hành lệnh tạm giữ và tịch thu tài sản có nguồn gốc nước ngoài tại quốc gia thành viên được yêu cầu thông qua việc xét xử các tội phạm rửa tiền hoặc các tội phạm khác thuộc quyền tài phán của mình, hoặc thông qua các thủ tục khác được quy định trong pháp luật nước mình (khoản 1b Điều 54). Đặc biệt, UNCAC khuyến nghị các quốc gia thiết lập hệ thống thu hồi không dựa trên phán quyết hình sự để hạ thấp các tiêu chuẩn về chứng cứ và tạo điều kiện cho công tác hợp tác quốc tế (khoản 1c Điều 54).

Khoản 2 Điều 54 quy định, để cung cấp tương trợ pháp lý khi được yêu cầu theo quy

định của khoản 2 Điều 55 UNCAC, trên cơ sở phù hợp với các quy định của khoản 2 Điều 55, các quốc gia thành viên phải cho phép việc phong toả hoặc tạm giữ tài sản dựa trên: một lệnh phong toả hoặc tạm giữ của nước ngoài của quốc gia yêu cầu nếu có các căn cứ hợp lý (khoản 1a Điều 55); dựa trên một đề nghị trong đó đưa ra những căn cứ hợp lý để quốc gia thành viên được yêu cầu tin rằng đã có đủ căn cứ áp dụng các biện pháp này (khoản 1b Điều 55). Tại khoản 2 Điều 54, khái niệm “bảo quản tài sản” cũng lần đầu tiên được đề cập⁵: trên cơ sở phù hợp với luật pháp trong nước, các quốc gia thành viên phải tiến hành các biện pháp bổ sung để cho phép các cơ quan có thẩm quyền bảo quản tài sản để tịch thu, chẳng hạn dựa trên cơ sở bắt giữ hoặc kết án hình sự có yếu tố nước ngoài liên quan đến việc có được những tài sản này.

Điều 55 Công ước quy định về điều kiện, thủ tục yêu cầu tương trợ tư pháp về hình sự của nước ngoài trong việc ban hành lệnh tịch thu hoặc thi hành lệnh tịch thu của nước ngoài đối với tài sản do tham nhũng mà có đang nằm ở quốc gia được yêu cầu. Cụ thể, khi nhận được yêu cầu THTS từ một quốc gia thành viên có quyền tài phán đối với một tội phạm tham nhũng, quốc gia được yêu cầu có nghĩa vụ tương trợ “trong phạm vi rộng nhất có thể” để: trình yêu cầu tương trợ lên cơ quan có thẩm quyền để xin ban hành lệnh tịch thu và thực thi lệnh đó (khoản 1a Điều 55); trình cơ quan có thẩm quyền với mục đích thực hiện trong phạm vi được yêu cầu một lệnh tịch thu của toà án nước ngoài liên quan đến tài sản do phạm tội mà có (khoản 1b Điều 55). Khoản 2 Điều 55 UNCAC quy định, quốc gia được yêu cầu tương trợ tư pháp sẽ áp dụng các biện pháp để nhận dạng, truy tìm và phong toả hay tạm giữ tài sản do phạm tội mà có với mục đích cuối cùng là tịch thu căn cứ theo

5 UNODC & UNICRI (2009), *Hướng dẫn kỹ thuật về việc thực thi Công ước của LHQ về chống tham nhũng*, tr. 357.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

đơn yêu cầu tương trợ. Khoản 3 Điều 55 quy định chi tiết về các yêu cầu đặt ra đối với văn bản yêu cầu tương trợ tư pháp. Theo đó, bên cạnh việc phải đáp ứng 06 nhóm thông tin nêu tại khoản 5 Điều 46 UNCAC, văn bản này cần cung cấp thêm 3 nhóm thông tin quy định tại các điểm a, b, c điểm 3 Điều 55, trong đó bao gồm việc miêu tả về tài sản cần tịch thu, bản sao hợp pháp của lệnh tịch thu và bản trình bày về những tình tiết được quốc gia yêu cầu dựa vào và miêu tả về các công việc được yêu cầu. Ngoài ra, các quyết định hay công việc được quy định tại khoản 1 và 2 Điều 55 phải được quốc gia thành viên được yêu cầu thực hiện theo quy định của pháp luật trong nước và các quy định về thủ tục của quốc gia đó, hoặc theo các hiệp định hay thoả thuận mà quốc gia đó đã được ràng buộc (khoản 4 Điều 55). Khoản 6 Điều 55 còn quy định rằng, nếu một quốc gia thành viên lựa chọn phương án coi việc áp dụng các biện pháp được đề cập tại khoản 1 và 2 Điều 55 thì phải coi UNCAC là cơ sở pháp lý cần và đủ. Việc từ chối hợp tác hoặc huỷ bỏ các biện pháp tạm thời được quy định khoản 8 Điều 55 được chấp nhận nhưng các quốc gia yêu cầu phải được tạo cơ hội để trình bày sự cần thiết phải tiếp tục tiến hành các biện pháp này. Cuối cùng, khoản 9 Điều 55 quy định việc hợp tác quốc tế vì mục đích tịch thu không được giải thích theo cách làm xâm hại đến quyền của các bên thứ ba ngay tình.

c. Hợp tác đặc biệt và các đơn vị tình báo tài chính (Điều 56 và 58)

Điều 56 UNCAC bao gồm các yêu cầu mang tính tùy nghi trong đó khuyến khích các quốc gia thành viên tự nguyện chia sẻ thông tin về tài sản do phạm tội mà có để hỗ trợ lẫn nhau trong việc điều tra, truy tố hoặc xét xử mà không cần phải có đề nghị trước - một kênh hợp tác không chính thức nhưng được cho rằng sẽ tiết kiệm chi phí, thời gian

và rất hiệu quả. Để tăng cường phòng và chống việc dịch chuyển tài sản do phạm tội mà có, từ đó thúc đẩy cách thức và biện pháp THTS, Điều 58 yêu cầu các quốc gia xem xét việc thành lập các đơn vị tình báo tài chính có trách nhiệm nhận, phân tích và chuyển cho các cơ quan có thẩm quyền báo cáo về các giao dịch tài chính đáng ngờ.

d. Trả lại, định đoạt tài sản và các thoả thuận, dàn xếp song phương và đa phương (Điều 57 và 59)

Điều 57 Công ước được đánh giá là “quan trọng và sáng tạo nhất của UNCAC”⁶. Khác với UNTOC khi cho rằng quốc gia tịch thu tài sản có quyền ưu tiên sở hữu độc quyền đối với tài sản (khoản 1 Điều 14 UNTOC), việc định đoạt và trả lại tài sản theo quy định của UNCAC có tính đến quyền lợi của các bên thứ ba ngay tình, đó có thể là các chủ sở hữu tài sản trước đó hoặc các nạn nhân khác của tội phạm tham nhũng. Tuy nhiên, Công ước vẫn ghi nhận quyền sở hữu ưu tiên của quốc gia yêu cầu THTS (Điều 57.3c).

Theo khoản 1 Điều 57 Công ước, việc xử lý tài sản có liên quan đến tội phạm tham nhũng đã bị tịch thu theo Điều 31 (Phong toả, tạm giữ và tịch thu) hoặc Điều 55 (Hợp tác quốc tế vì mục đích tịch thu), bao gồm cả việc trả lại chủ sở hữu hợp pháp (khoản 3 Điều 57), sẽ do quốc gia thành viên đã tiến hành tịch thu tài sản đó định đoạt theo quy định của Công ước và pháp luật quốc gia đó. Khoản 2 Điều 57 Công ước quy định các quốc gia thành viên áp dụng các biện pháp lập pháp hoặc các biện pháp cần thiết khác để cho phép cơ quan có thẩm quyền của mình trả lại tài sản bị tịch thu khi hành động theo yêu cầu của quốc gia thành viên khác.

Để thực thi khoản 1 và 2, khoản 3 Điều 57 UNCAC quy định về 03 nguyên tắc cơ bản liên quan đến việc định đoạt và trả lại

⁶ NODC và UNICRI (2009), Hướng dẫn kỹ thuật về việc thực thi Công ước của LHQ về chống tham nhũng, tr. 363.

tài sản bị tịch thu: (i) nếu tài sản có được từ hành vi tham ô công quỹ (Điều 23), khi việc tịch thu được thực hiện theo Điều 55 Công ước và trên cơ sở bản án cuối cùng của quốc gia yêu cầu (quốc gia được yêu cầu có thể miễn điều kiện này), quốc gia được yêu cầu THTS phải trả lại tài sản cho quốc gia yêu cầu - chủ sở hữu hợp pháp đương nhiên (Điều 57.3a); (ii) nếu tài sản có được do phạm các tội được quy định trong Công ước, khi việc tịch thu được tiến hành theo Điều 55 Công ước và căn cứ vào phán quyết cuối cùng của quốc gia yêu cầu (có thể được miễn bởi quốc gia được yêu cầu), và quốc gia yêu cầu chứng minh được một cách hợp lý về quyền sở hữu trước đó của mình đối với tài sản bị tịch thu hoặc khi quốc gia được yêu cầu công nhận thiệt hại đối với quốc gia yêu cầu là căn cứ để trả lại tài sản bị tịch thu cho quốc gia yêu cầu (Điều 57.3b); (iii) trong mọi trường hợp khác, trả lại tài sản đó cho chủ sở hữu hợp pháp trước đó hoặc bồi thường cho nạn nhân của tội phạm, có ưu tiên việc trả lại tài sản bị tịch thu cho quốc gia thành viên yêu cầu (Điều 57.3c).

Công ước cũng cho phép quốc gia THTS có thể khấu trừ các chi phí hợp lý phát sinh trong quá trình điều tra, truy tố, xét xử để dẫn đến việc trả lại hay xử lý tài sản bị tịch thu (khoản 4 Điều 57).

Công ước còn khuyến nghị các quốc gia thành viên “đặc biệt xem xét” việc ký kết các hiệp định hoặc thoả thuận dàn xếp đối với từng vụ việc cụ thể để đưa ra quyết định xử lý cuối cùng đối với tài sản bị tịch thu (khoản 5 Điều 57). Các quốc gia cũng có thể xem xét ký kết các thoả thuận hoặc dàn xếp song phương hoặc đa phương nhằm nâng cao hiệu quả hợp tác quốc tế theo quy định của Công ước (Điều 59).

Cuối cùng, trong một tổng thể thống nhất nhằm hướng tới mục đích cuối cùng là

THTS, các quy định có liên quan và hỗ trợ cho công tác THTS còn được thể hiện ở các chương khác của Công ước, ví dụ như những quy định về phòng, chống rửa tiền (Điều 14), việc thành lập một cơ chế cho phép phong toả trong nước và tịch thu số tiền do tham nhũng mà có như một điều kiện tiên quyết cho sự hợp tác quốc tế và trả lại tài sản (Điều 31), sự hợp tác giữa các cơ quan hành pháp và khu vực tư nhân (Điều 39), các quy định về tương trợ tư pháp (Điều 46).

3. Hạn chế của UNCAC trong các quy định về thu hồi tài sản

Có thể khẳng định, UNCAC đã đạt được mục tiêu “thúc đẩy và tăng cường các biện pháp phòng, chống tham nhũng một cách hữu hiệu và hiệu quả hơn; thúc đẩy, tạo điều kiện và hỗ trợ hợp tác quốc tế và trợ giúp kỹ thuật trong công tác phòng, chống tham nhũng, kể cả việc THTS; và thúc đẩy sự liêm chính, chế độ trách nhiệm và quản lý đúng đắn công vụ và tài sản công”⁷. Tuy nhiên, UNCAC cũng được cho là có những điểm hạn chế nhất định trong nội dung và hạn chế này xuất phát từ chính cách tiếp cận khi xây dựng Công ước.

Thứ nhất, mặc dù quá trình xây dựng Công ước là kết quả của những nỗ lực để dung hoà các nhu cầu của quốc gia được yêu cầu và yêu cầu THTS, nhưng dường như, do đa số thành viên của Công ước là các quốc gia đang phát triển, nên UNCAC được cho là có xu hướng ưu tiên các lợi ích kinh tế và chính trị lên trên các lợi ích về pháp lý và đạo đức khác⁸. Hạn chế này có thể xuất phát từ quan ngại của một số quốc gia phát triển khi muốn bảo vệ quyền lợi của công dân nước mình trước những hạn chế của hệ thống pháp luật không đảm bảo quyền con người cơ bản và các thủ tục pháp lý cần thiết của các quốc gia đang phát triển.

7 UNODC & UNICRI (2009), *Hướng dẫn kỹ thuật về việc thực thi Công ước của LHQ về chống tham nhũng*, tr. 7.

8 Antonio Argandoña, *The United Nations Convention Against Corruption and its impact on international companies*, p. 8.

Thứ hai, chế định THTS được quy định trong Chương V với 9 điều, trong đó có 14 yêu cầu mang tính tùy chọn hoặc khuyến nghị. Có nghĩa là, các quốc gia thành viên có thể lựa chọn một trong các phương án được nêu ra tại các yêu cầu mang tính tùy chọn để triển khai và nghiên cứu, xem xét áp dụng các biện pháp nêu trong nhóm yêu cầu mang tính khuyến nghị. Mặc dù góp phần tạo áp lực quốc tế để các quốc gia phải có những cải cách luật pháp phù hợp với các tiêu chuẩn chung mà Công ước đề ra, nhưng với số lượng khá lớn các yêu cầu mang tính tùy nghi tại Chương V và không quy định nghĩa vụ tuân thủ bắt buộc đối với một số quy định trong Công ước (như nhận hối lộ của công chức nước ngoài, lợi dụng ảnh hưởng để trục lợi, lạm dụng vị trí công hoặc làm giàu bất chính, nghĩa vụ xem xét việc thực hiện công khai và minh bạch tài chính...), do được xây dựng trên tinh thần để hợp tác hơn là để trừng phạt, cũng dẫn đến những quan ngại nhất định về hiệu quả thực thi của UNCAC. Đặc biệt, việc khoan nhượng với tham nhũng trong khu vực tư sẽ gây trở ngại đáng kể trong phòng ngừa và đấu tranh chống tham nhũng trong khu vực công, là kẽ hở cho quan chức tranh thủ tham nhũng, tẩu tán, hợp thức hoá tài sản khi ranh giới giữa khu vực công và tư không rõ ràng. Vì vậy, nếu một trong những mục tiêu của Công ước là tạo ra những tiêu chuẩn chung được thừa nhận thì UNCAC đã không đạt được mục tiêu này.

Thứ ba, UNCAC được cho là quá tập trung vào các biện pháp kỹ thuật nhưng lại thiếu vắng các chế tài trừng phạt đối với sự không tuân thủ của các quốc gia. Bên cạnh đó, mặc dù trong quá trình dự thảo Công ước, nhiều quốc gia như Argentina, Áo, Hà Lan, Na Uy⁹ đã đề xuất phải có một kênh theo dõi và đánh giá riêng độc lập của đại diện các tổ chức xã hội dân sự, truyền thông,

khu vực tư nhân, nhưng cuối cùng, việc theo dõi và đánh giá được thống nhất thực hiện thông qua các cuộc họp định kỳ của các quốc gia thành viên của Công ước, với quá trình tự đánh giá và đánh giá lẫn nhau của các quốc gia thành viên. Điều này rõ ràng ảnh hưởng đến tính minh bạch và khách quan của quá trình đánh giá nói riêng và hiệu quả thực thi UNCAC nói chung.

4. Thực trạng và các kiến nghị tăng cường hiệu quả công tác thu hồi tài sản ở Việt Nam

a. Khái quát thực trạng công tác thu hồi tài sản ở Việt Nam hiện nay

Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2005 và Luật sửa đổi bổ sung một số điều của Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2012 khẳng định: “Tài sản tham nhũng phải được trả lại cho chủ sở hữu, người quản lý hợp pháp hoặc sung quỹ nhà nước”; “Việc tịch thu tài sản tham nhũng, THTS tham nhũng được thực hiện bằng quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền theo quy định của pháp luật” (Điều 70). THTS tham nhũng có yếu tố nước ngoài cũng được quy định: “Trên cơ sở điều ước quốc tế mà Cộng hòa XHCN Việt Nam là thành viên và phù hợp với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam, Chính phủ Việt Nam hợp tác với Chính phủ nước ngoài trong việc THTS của Việt Nam hoặc của nước ngoài bị tham nhũng và trả lại tài sản đó cho chủ sở hữu hợp pháp”. Chiến lược quốc gia phòng, chống tham nhũng đến năm 2020 của Chính phủ cũng đưa ra một số giải pháp sửa đổi pháp luật theo hướng tăng hình thức phạt tiền; hoàn thiện quy định xử lý tài sản tham nhũng; bổ sung quy định nhằm ngăn chặn việc tẩu tán, bảo đảm cho việc THTS do tham nhũng mà có.

Tuy nhiên, thực tiễn thực thi pháp luật về phòng, chống tham nhũng cho thấy, công tác phòng, chống tham nhũng từ trước đến

⁹ Nt, tr. 9.

nay chưa chú trọng đúng mức đến việc thu hồi và xử lý tài sản tham nhũng. Nói cách khác, thu hồi và xử lý tài sản tham nhũng chưa được coi là nhiệm vụ quan trọng, ưu tiên hàng đầu, là biện pháp phòng ngừa hữu hiệu trong phòng, chống tham nhũng ở nước ta. Cũng như đa số các quốc gia trên thế giới hiện nay, hệ thống pháp luật và thực tiễn thực thi pháp luật về phòng, chống tham nhũng của Việt Nam chủ yếu vẫn đi theo phương pháp tiếp cận truyền thống, đó là chủ yếu tập trung vào các biện pháp phòng ngừa và chứng minh tội phạm. Trên thực tế, việc THTS có nguồn gốc tham nhũng đạt hiệu quả rất thấp. Báo cáo số 391/BC-CP ngày 10/10/2013 của Chính phủ về công tác phòng, chống tham nhũng năm 2013 ghi nhận, tỷ lệ số tiền, tài sản thu hồi chỉ đạt dưới 10% tổng số tài sản bị chiếm đoạt do hành vi tham nhũng. Đến năm 2014, tỷ lệ này là 22,3 % và năm 2015 là 55,8%¹⁰. Có nhiều nguyên nhân, trong đó phải kể đến là sự hiểu biết chưa đầy đủ về tầm quan trọng và chiến lược thu hồi, xử lý tài sản tham nhũng, dẫn đến sự thiếu vắng một khuôn khổ pháp lý toàn diện, hiệu quả về vấn đề này.

Đến nay, chúng ta vẫn chưa có một chiến lược rõ ràng và một chế định pháp lý riêng về thu hồi, xử lý tài sản tham nhũng. Những quy định về thu hồi và xử lý tài sản tham nhũng hiện nằm rải rác trong một số đạo luật (Luật Phòng, chống tham nhũng, Bộ luật Hình sự, Bộ luật Tố tụng hình sự...) với rất nhiều hạn chế, bất cập. Ngay từ việc định nghĩa thế nào là “tài sản có nguồn gốc tham nhũng” trong hệ thống pháp luật Việt Nam cũng chưa phù hợp với thực tiễn và tương thích với chuẩn mực quốc tế được quy định trong UNCAC (khoản 3 Điều 2). Chúng ta vẫn còn thiếu những quy định cụ thể về thẩm quyền, trình tự, thủ tục thu hồi, xử lý tài sản tham nhũng; hoạt động giám định tư pháp còn bất cập, gây khó khăn cho

việc xác định mức độ tài sản bị thất thoát, thiệt hại trong những vụ án tham nhũng phức tạp; cơ chế kiểm soát tài sản, thu nhập, quản lý các giao dịch tài chính hiện còn rất lỏng lẻo. Ngoài ra, hoạt động tương trợ tư pháp về phòng, chống tham nhũng với các quốc gia, kể cả những quốc gia đã có hiệp định tương trợ tư pháp với Việt Nam, còn thiếu hiệu quả; hiện vẫn chưa có cơ chế phối hợp trong và ngoài nước trong việc thu hồi và xử lý tài sản tham nhũng có yếu tố nước ngoài.

b. Một số đề xuất để tăng cường hiệu quả thu hồi tài sản

Về định hướng chung, trong quá trình sửa đổi toàn diện Luật Phòng, chống tham nhũng thời gian tới, Việt Nam cần sớm nội luật hoá một số yêu cầu quan trọng mang tính tuý nghi của Công ước LHQ về chống tham nhũng, cụ thể là việc hình sự hóa hành vi tham nhũng trong khu vực tư, hối lộ công chức nước ngoài; làm giàu bất chính; trách nhiệm hình sự của pháp nhân; thực hiện nghĩa vụ công khai, minh bạch về tài chính.

Việt Nam cần tập trung vào hai nhóm giải pháp: (i) nhóm giải pháp nhằm phòng ngừa, ngăn chặn ngay từ đầu sự hình thành tài sản và thu nhập bất minh và (ii) nhóm giải pháp để THTS tham nhũng đã được hình thành.

Nhóm giải pháp mang tính phòng ngừa sự hình thành tài sản, thu nhập bất minh cần tập trung vào việc kiểm soát thu nhập, tài sản của cả xã hội nói chung và nhóm người có chức vụ, quyền hạn nói riêng. Trước tiên, để phù hợp với nguồn lực và bối cảnh hiện tại, cần tập trung vào nhóm đối tượng có chức vụ, quyền hạn. Tuy nhiên, giải pháp này đòi hỏi phải tiếp tục nghiên cứu để xác định phạm vi đối tượng có nghĩa vụ kê khai tài sản để tránh tình trạng dàn trải, không hiệu quả như hiện nay. Bên cạnh đó, cần cho

10 Số liệu từ Báo cáo của Ban Nội chính Trung ương (3/11/2015).



phép sự tham gia giám sát của khu vực tư nhân để đảm bảo tính công khai, minh bạch của quá trình tự kê khai. Để không ảnh hưởng đến quyền cơ bản của con người như quyền riêng tư hay quyền được đảm bảo an ninh, cần quy định cơ chế công khai bản kê khai thu nhập, tài sản nhưng nghiên cứu phân loại nhóm thông tin công khai trước công chúng và những nhóm thông tin bảo mật. Điển hình cho mô hình này là hệ thống công khai tài chính điện tử để phòng, chống xung đột lợi ích của Hoa Kỳ¹¹. Ví dụ, liên quan đến những bất động sản được liệt kê trong bản kê khai thu nhập, tài sản, chúng ta có thể quy định chỉ công khai trước công chúng số lượng bất động sản, diện tích, giá trị, nhưng những thông tin về địa chỉ của bất động sản đó thì được bảo mật.

Một trong những thách thức chính trong công tác THTS hiện nay là quá trình điều tra án tham nhũng luôn phức tạp, cần thời gian để xác minh, thu thập chứng cứ và đặc biệt là khó khăn trong chứng minh mối liên hệ

giữa tội phạm và tài sản. Vì vậy, nhóm giải pháp để xử lý tài sản tham nhũng sau khi đã được hình thành phải có tính đột phá, mà một trong những công cụ hiệu quả được cộng đồng quốc tế ghi nhận là việc tịch thu tài sản không dựa trên kết án hình sự. Theo đó, nghĩa vụ chứng minh nguồn gốc hợp pháp của thu nhập, tài sản thuộc về người bị tình nghi phạm tội. Tất cả những thu nhập, tài sản không thể giải trình thỏa đáng về nguồn gốc được coi là tài sản bất minh và phải được thu hồi. Tuy nhiên, việc quy định và áp dụng biện pháp này cần thận trọng để đảm bảo các quyền con người cơ bản và các quy tắc tố tụng. Về vấn đề này, chúng ta có thể tham khảo mô hình của pháp luật Singapore¹². Cụ thể, đó là việc suy đoán tham nhũng có điều kiện, tức là việc suy đoán nguồn gốc bất minh của tội phạm tham nhũng được cho phép khi đáp ứng đủ hai yếu tố: (i) đối tượng là cán bộ, công chức; (ii) có bằng chứng về việc nhận hối lộ dưới bất cứ hình thức nào ■

11 Keith Labeledz, *U.S. Office of Government Ethics (2016), Financial Disclosure as a Tool for Managing Conflicts of Interest in the U.S. Executive Branch* (Công khai tài chính như một công cụ quản lý xung đột lợi ích trong cơ quan tư pháp Hoa Kỳ).

12 *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).*

TRÁCH NHIỆM HÌNH SỰ CỦA PHÁP NHÂN TRONG VĂN KIẾN PHÁP LÝ QUỐC TẾ

HOÀNG TRÍ NGỌC*

Lý luận hình sự truyền thống lấy con người tự nhiên làm đối tượng điều chỉnh, trách nhiệm hình sự (TNHS) chỉ phát sinh đối với người tự nhiên, không tồn tại trách nhiệm hình sự của pháp nhân (TNHSPN) – “người pháp lý”. Cùng với sự phát triển toàn cầu hóa kinh tế, mức độ tham gia vào đời sống kinh tế, xã hội của pháp nhân diễn ra mạnh mẽ, góp phần to lớn vào sự phát triển của nhân loại. Mác và Ăng-ghen¹ chỉ ra rằng “Nếu dựa vào sự tích lũy tư bản cá nhân để sửa chữa và xây dựng đường sắt, e rằng đến ngày nay trên thế giới vẫn chưa có đường sắt. Nhưng nếu như thông qua công ty cổ phần thì việc này sẽ được thực hiện trong chớp mắt”. Toàn cầu hóa kinh tế dẫn đến biên độ ranh giới giữa các quốc gia càng ngày càng mở rộng, giao lưu kinh tế, văn hóa diễn ra sôi động. Và toàn cầu hóa kinh tế cũng là điều kiện thuận lợi cho hoạt động tội phạm quốc tế nảy sinh và phát triển, theo đó xuất hiện nhiều loại tội phạm phi truyền thống như rửa tiền, hoạt động chuyên giá, tội phạm công nghệ cao, tội phạm nguồn. Đồng thời, xuất hiện loại chủ thể mới có thể thực hiện tội phạm và chịu TNHS độc lập với cá nhân - đó là pháp nhân. Pháp nhân phạm tội cũng là vấn đề thuộc phạm trù tội phạm quốc tế hóa. Tội

phạm quốc tế hóa được xem xét dưới góc độ: một là, loại tội phạm này có tính chất xuyên quốc gia; hai là, loại tội phạm này xâm phạm những giá trị chung được nhân loại thừa nhận như hòa bình, an ninh, an toàn, dân chủ, nhân quyền. Hậu quả mà hành vi tội phạm của pháp nhân gây ra không chỉ giới hạn trong phạm vi một quốc gia mà có thể diễn ra ở nhiều quốc gia khác nhau. Vì vậy, đối mặt với thách thức đó, riêng một nước thì khó có thể ngăn chặn hiệu quả hành vi tội phạm quốc tế của pháp nhân mà cần phải có sự góp sức, hiệp đồng tương trợ của cộng đồng quốc tế. Chính vì vậy, mục đích tư pháp hình sự quốc tế là cần đạt được sự thống nhất về việc phòng ngừa và trừng trị đối với pháp nhân phạm tội và sự thống nhất này phải được thể hiện trên phương diện lập pháp quốc tế.

Khảo sát chế định TNHSPN trong văn kiện pháp lý quốc tế cho thấy, có nhiều điều ước quốc tế, điều ước khu vực và văn kiện pháp lý quốc tế của các tổ chức như Liên hiệp quốc (LHQ), Hội đồng châu Âu, Tổ chức các quốc gia châu Mỹ, Liên minh Phi Châu, Cộng đồng chung Asean có quy định về hành vi phạm tội của pháp nhân – TNHSPN. Điều đó cho thấy tính phổ quát của TNHSPN trên bình diện quốc tế, trong

* **ThS, NCS Viện Luật, Đại học Nhân dân Trung Hoa.**

¹ Xem Hà Bính Tùng (Chủ biên) “Trách nhiệm hình sự của pháp nhân”, Nxb. Pháp chế Trung Quốc, 2000, tr. 105.

bài viết này, phạm vi khảo sát tập trung vào sự hình thành chế định TNHSPN trong thực tiễn tư pháp hình sự quốc tế và chế định TNHSPN trong một số văn kiện pháp lý hình sự quốc tế có tính chất điển hình.

1. Khái quát lịch sử trách nhiệm hình sự pháp nhân trong luật hình sự quốc tế

Thực tiễn lập pháp công ước và hoạt động tư pháp hình sự quốc tế cho thấy, pháp nhân phạm tội và TNHS đã được xác lập một cách gián tiếp bằng quy định của Hiến chương Tòa án quân sự Nuremberg² và trong quá trình xét xử tội phạm trực phát xít của Tòa án này (sau đây gọi là Tòa Nuremberg). Tòa Nuremberg có vai trò quan trọng trong việc thúc đẩy sự phát triển của luật quốc tế nói chung và luật hình sự quốc tế nói riêng. Những giá trị mà Tòa án này để lại cho nhân loại đến nay vẫn còn nguyên giá trị. Lần đầu tiên trong lịch sử tư pháp hình sự quốc tế, hành vi tội ác chống lại loài người đã được đưa ra xét xử một cách công minh dưới ánh sáng công lý của nhân loại. Những quy định trong Hiến chương Tòa án Nuremberg về sau đã được LHQ pháp điển hóa trở thành những nguyên tắc của luật hình sự quốc tế (ví dụ quy định về tội phạm chống loài người, tội phạm chiến tranh), qua đó xác lập tư cách chủ thể tội phạm quốc tế của cá nhân và đặt nền móng cho việc truy cứu TNHSPN sau này.

Mặc dù Hiến chương Tòa án Nuremberg không quy định rõ trách nhiệm pháp lý của pháp nhân nhưng tại Điều 9 và Điều 10 đã đề cập đến khái niệm “tổ chức phạm tội”, cụ thể là: khi xét xử hành vi tội phạm của thành viên của bất kỳ nhóm hoặc tổ chức nào, trong trường hợp bị cáo bị phán quyết về bất kỳ hành vi nào liên quan các nhóm, tổ chức,

toà án có thể tuyên bố bị cáo thuộc nhóm, tổ chức tội phạm (Điều 9); Nếu mỗi một nhóm hoặc tổ chức bị tòa án tuyên bố là tổ chức tội phạm, cơ quan có thẩm quyền của bất kỳ quốc gia ký kết có quyền tùy thuộc vào nhân viên của mỗi loại tổ chức mà giao cho tòa án quốc gia, tòa án quân sự hoặc tòa án ở vùng chiếm đóng tiến hành tố tụng. Trong trường hợp này, tính chất phạm tội của tổ chức hoặc nhóm được coi là đã xác thực, mà không thể có ý kiến khác (Điều 10). Trong quá trình xét xử tội phạm trực phát xít, Tòa Nuremberg cho rằng, sự kết hợp giữa thành viên của tổ chức phạm tội (pháp nhân) và giữa cá nhân cùng thực hiện tội phạm (đồng phạm) về bản chất là tương đồng, tức là đều nhằm đạt được mục đích phạm tội. Sự khác nhau nếu có chỉ là trình độ tổ chức của nhóm phạm tội (pháp nhân) với cá nhân cùng thực hiện tội phạm (đồng phạm) mà thôi. Từ đó tòa nhận định lãnh đạo đảng phát xít, Sở mật vụ và an ninh (SD), tổ chức Vệ binh đảng chủ nghĩa dân tộc Đức (SS) là tổ chức tội phạm. Sau Tòa án Nuremberg, thực tiễn tư pháp hình sự quốc tế còn chứng kiến sự ra đời của một số tòa án hình sự quốc tế khác như Tòa hình sự quốc tế Nam Tư, Tòa hình sự quốc tế Ruanda... Nhưng các tòa án này đều không xác lập TNHS cho pháp nhân, tổ chức hay nhóm tội phạm mà chỉ truy cứu TNHS cá nhân. So sánh với Tòa Nuremberg cho thấy, xuất phát từ bối cảnh lịch sử mà dẫn đến việc xác lập TNHS của tổ chức tội phạm của Tòa Nuremberg. Đó là thế chiến thứ hai kết thúc, Đức là quốc gia bại trận, những tội ác mà phát xít Đức gây ra cho nhân loại là không thể kể xiết và yêu cầu chung của thời điểm đó là cần phải triệt để xóa bỏ tàn tích của chủ nghĩa phát xít. Chính

2 Tháng 2/1945, trước sự tấn công như vũ bão của các nước đồng minh, phát xít Đức bên bờ vực sụp đổ, lãnh đạo các nước Anh, Mỹ và Liên Xô tại Hội nghị Yalta đã khẳng định cam kết kịp thời, khách quan trừng phạt tất cả các tội phạm chiến tranh. Tháng 5/1945, phát xít Đức đầu hàng. Để trừng trị tội ác chiến tranh, ngày 22/6/1945, Hoa Kỳ, Anh, Pháp, Liên Xô và các chuyên gia pháp lý đã gặp nhau tại London để thảo luận về việc thành lập các Tòa án quân sự quốc tế và các vấn đề pháp lý liên quan. Ngày 03/8/1945, Liên Xô, Hoa Kỳ và Anh đã ký Hiệp định Potsdam về tội phạm chiến tranh, phương pháp xét xử và danh sách tội phạm; ngày 8/8/1945 ký kết Hiệp ước London về Truy nã và trừng trị tội phạm chiến tranh của các nước thuộc châu Âu, đồng thời thành lập Tòa án Nuremberg để xét xử tội phạm chiến tranh.

vì vậy, mà xác lập TNHS của tổ chức, nhóm tội phạm. Sau Tòa Nuremberg, lý luận hình sự quốc tế trong một thời gian khá dài không thừa nhận TNHSPN. Bên cạnh đó, thời kỳ này đa số các nước châu Âu tuân thủ nghiêm ngặt nguyên tắc “societas delinquere non potest” – pháp nhân không thể phạm tội. Do vậy, cũng ảnh hưởng đến hoạt động lập pháp điều ước quốc tế quy định về TNHSPN.

Cho đến những năm cuối của thế kỷ 20, TNHS quốc tế của pháp nhân mới có bước phát triển vượt bậc, hàng loạt các điều ước quốc tế và văn kiện pháp lý quốc tế ra đời, xác lập và hoàn thiện chế định TNHSPN, theo đó hành vi tội phạm của pháp nhân trải rộng từ lĩnh vực môi trường, công nghệ cao đến lĩnh vực khủng bố, tham nhũng, hối lộ, rửa tiền... Trong các văn kiện pháp lý quốc tế quy định về TNHSPN, phải kể đến ba văn kiện của LHQ còn được gọi là “Tam đại công ước” - ba công ước lớn của LHQ về tội phạm. Đây là bộ ba công ước quy định khá toàn diện về tội phạm trong đời sống cộng đồng quốc tế, chính sách hợp tác đấu tranh phòng chống tội phạm xuyên quốc gia, tương trợ tư pháp và nhiều nội dung khác về tội phạm, đồng thời xác lập vững chắc chế độ trách nhiệm pháp lý của pháp nhân trong luật hình sự quốc tế.

2. Công ước Liên hiệp quốc quy định về tội phạm

2.1. Công ước về chống tài trợ cho khủng bố

Ngày 11/02/1999, Đại hội đồng LHQ thông qua Công ước chống tài trợ cho khủng bố tại Kỳ họp lần thứ 76. Công ước này có hiệu lực vào ngày 10/4/2002, đã được 189 quốc gia và tổ chức quốc tế ký kết, phê chuẩn, chấp nhận, gia nhập, kế thừa thực

hiện. Việt Nam cũng gia nhập Công ước này. Trước khi Công ước về chống tài trợ cho khủng bố được thông qua, tháng 12/1996, LHQ ban hành Nghị quyết số 51/201, kêu gọi các quốc gia hành động, áp dụng các biện pháp thích hợp để phòng ngừa và ngăn chặn hoạt động tích lũy tài chính để tài trợ cho khủng bố. Tiếp đó vào tháng 12/1998, bản dự thảo Công ước LHQ về chống tài trợ khủng bố được đệ trình lên cơ quan LHQ, sau đó ngày 09/12/1999, LHQ đã thông qua Công ước này với nội dung kêu gọi các nước nội luật hóa quy định của điều ước về hành vi tài trợ khủng bố, tăng cường hợp tác quốc tế chống tài trợ khủng bố, xây dựng hệ thống tài chính bảo đảm ngăn ngừa có hiệu quả các hoạt động lợi dụng hệ thống tài chính tài trợ cho khủng bố.

Về TNHSPN, Điều 5 Công ước quy định, mỗi quốc gia, phù hợp với nguyên tắc pháp luật của nước mình, phải thực hiện các biện pháp phù hợp bảo đảm khi người quản lý hoặc kiểm soát thực thể pháp luật được thành lập bởi pháp luật vi phạm quy định tại Công ước này thì có thể truy cứu trách nhiệm pháp lý của thực thể pháp luật. Trách nhiệm này có thể là hình sự, dân sự hoặc trách nhiệm hành chính và không ảnh hưởng đến TNHS của người tự nhiên thực hiện tội phạm.

Cụ thể là, trực tiếp hoặc gián tiếp cố ý cung cấp hoặc huy động tiền bạc nhằm sử dụng hoặc biết rõ một phần hoặc toàn bộ số tiền đó sẽ được sử dụng nhằm thực hiện cấu thành một tội trong phạm vi và được định nghĩa một trong các điều ước quốc tế liệt kê trong Phụ lục³; giết hại hoặc làm trọng thương người dân hoặc người khác không tham gia tích cực vào hoạt động thù địch

3 Tội phạm được liệt kê trong phụ lục của Công ước này bao gồm: Công ước về trừng trị hành vi chiếm giữ bất hợp pháp tàu bay (1970); Công ước về trừng trị hành vi bất hợp pháp xâm phạm an toàn hàng không dân dụng (1971); Công ước về phòng ngừa và trừng trị các tội chống lại người được hưởng sự bảo hộ quốc tế, kể cả viên chức ngoại giao (1973); Công ước quốc tế về chống bắt cóc con tin của Đại hội đồng LHQ (1979); Công ước về bảo vệ an toàn vật liệu hạt nhân (1980); Nghị định thư về trừng trị hành vi bạo lực bất hợp pháp tại các cảng hàng không phục vụ hàng không dân dụng quốc tế (1988); Công ước về trừng trị hành vi bất hợp pháp xâm phạm an toàn hành trình hàng hải (1988); Nghị định thư về trừng trị hành vi bất hợp pháp xâm phạm an toàn các công trình cố định trên thềm lục địa (1988); Công ước quốc tế về trừng trị hành vi khủng bố bằng bom (1997).

trong trường hợp có xung đột vũ trang. Những hành vi này xét về tính chất và hoàn cảnh tương quan thì đó là khủng bố dân cư hoặc ép buộc chính phủ một nước hoặc một tổ chức quốc tế thực hiện hoặc không thực hiện bất cứ hành động nào.

2.2. Công ước về chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia

Tiếp sau Công ước chống tài trợ cho khủng bố, ngày 15/11/2000 tại Kỳ họp thứ 55 của Đại hội đồng LHQ đã thông qua Công ước về chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia, tiếp tục yêu cầu các nước thành viên tăng cường hợp tác để phòng, chống, trừng trị hiệu quả tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia, trong đó quy định truy cứu trách nhiệm của pháp nhân khi pháp nhân tham gia tổ chức tội phạm. Có 189 quốc gia và tổ chức quốc tế ký kết, phê chuẩn, chấp thuận, gia nhập, kế thừa thực hiện. Việt Nam ký kết Công ước ngày 13/12/2000, phê chuẩn ngày 08/6/2012.

Điều 10 Công ước quy định: mỗi quốc gia thành viên sẽ ban hành những biện pháp cần thiết phù hợp với những nguyên tắc pháp lý của nước mình, để xác định trách nhiệm pháp lý của pháp nhân trong việc tham gia các tội phạm nghiêm trọng liên quan đến nhóm tội phạm có tổ chức và trong việc thực hiện những hành vi phạm tội được xác định tại Công ước này; tùy theo những nguyên tắc pháp lý của quốc gia thành viên, trách nhiệm pháp lý của pháp nhân có thể là hình sự, dân sự hay hành chính; trách nhiệm pháp lý này không ảnh hưởng đến TNHS của các cá nhân thực hiện các hành vi tội phạm; mỗi quốc gia thành viên sẽ bảo đảm rằng các pháp nhân chịu trách nhiệm pháp lý theo điều này phải chịu các hình phạt hình sự hay phi hình sự có tính hiệu quả, tương xứng và có tác dụng ngăn ngừa, bao gồm cả những hình phạt bằng tiền. Theo Công ước này, pháp nhân có thể thực hiện hành vi tội phạm thuộc về nhóm tội phạm có tổ chức, phạm tội thuộc cấu thành tội phạm nghiêm trọng (tội phạm nghiêm trọng là những tội có hình phạt tù ít nhất là 4 năm hoặc chịu

một hình phạt nặng hơn). Nhóm tội phạm có tổ chức là một nhóm có cơ cấu gồm từ ba người trở lên, tồn tại trong một thời gian và hoạt động có phối hợp để thực hiện một hay nhiều tội phạm nghiêm trọng hoặc các hành vi phạm tội được quy định trong Công ước này, nhằm giành được, trực tiếp hay gián tiếp, lợi ích về tài chính hay vật chất khác. Những hành vi phạm tội của pháp nhân bao gồm: Thỏa thuận với một hoặc nhiều người khác để thực hiện một tội phạm nghiêm trọng nhằm mục đích liên quan trực tiếp hay gián tiếp đến việc đạt được lợi ích tài chính hoặc vật chất; tham gia hoạt động của nhóm tội phạm có tổ chức; thực hiện hành vi rửa tiền, hối lộ; xâm hại hoạt động tư pháp.

Đối với việc tương trợ tư pháp trong việc truy cứu TNHSPN, Công ước quy định, khi truy cứu TNHSPN, nước ký kết có thể yêu cầu tương trợ tư pháp nếu xác định rằng hành vi phạm tội của pháp nhân có tính chất xuyên quốc gia. Nội dung yêu cầu tương trợ tư pháp bao gồm: thu thập chứng cứ, tổng đạt giấy tờ tư pháp; thực hiện khám xét, niêm phong...

3. Công ước chống tham nhũng

Công ước này được Đại hội đồng LHQ thông qua tại kỳ họp 58 ngày 31/10/2003. Có 182 nước và tổ chức quốc tế phê chuẩn, chấp thuận, phê duyệt, gia nhập, kế thừa thực hiện, Việt Nam ký kết ngày 10/12/2003 và phê chuẩn vào ngày 18/9/2009. Nội dung của Công ước này bao gồm biện pháp phòng, chống tham nhũng, hành vi tham nhũng và xử lý hành vi tham nhũng, hợp tác quốc tế, thu hồi tài sản, tương trợ tư pháp, được thể hiện trong 8 chương và 71 điều.

Về hành vi tội phạm của pháp nhân, Công ước quy định: mỗi quốc gia thành viên sẽ áp dụng các biện pháp cần thiết, phù hợp với các nguyên tắc pháp luật của mình, để quy định trách nhiệm của pháp nhân về việc tham gia vào các tội phạm được quy định theo Công ước này; trách nhiệm của pháp nhân có thể là TNHS, dân sự hoặc hành chính; trách nhiệm này không ảnh hưởng đến TNHS của cá nhân đã thực hiện tội

phạm; mỗi quốc gia thành viên sẽ đảm bảo các pháp nhân chịu chế tài hình sự hoặc phi hình sự hiệu quả, tương xứng và có tác dụng ngăn ngừa, kể cả hình phạt tiền. Pháp nhân có thể thực hiện hành vi phạm tội như hối lộ công chức nước sở tại và công chức nước ngoài, rửa tiền, cản trở hoạt động tư pháp...

Ngoài những công ước kể trên, trong thời kỳ này, Hội đồng châu Âu cũng ban hành một số công ước quy định về hành vi tội phạm cũng như chế tài đối với pháp nhân trong đó có Công ước về tội phạm mạng (2001); Công ước về chống chủ nghĩa khủng bố (2005). Hai Công ước này đã kế thừa và quy định cụ thể hơn về TNHSPN trong luật quốc tế. Theo đó, TNHSPN phát sinh trong trường hợp: cá nhân ở vào vị trí lãnh đạo của pháp nhân, đại diện cho pháp nhân, vì lợi ích của pháp nhân mà thực hiện hành vi tội phạm thì pháp nhân mới phải chịu TNHS; trường hợp pháp nhân sơ suất trong việc quản lý, giám sát thành viên của pháp nhân mà dẫn đến thành viên của pháp nhân trong phạm vi công việc được giao, vì lợi ích của pháp nhân mà thực hiện tội phạm thì pháp nhân phải chịu TNHS. Đồng thời, Công ước về chống chủ nghĩa khủng bố (2005) bổ sung ba loại tội danh mà pháp nhân có thể thực hiện, đó là công nhiên kích động, xúi giục khủng bố, chiêu mộ thành viên khủng bố và huấn luyện khủng bố.

Qua khảo sát quy định về TNHSPN trong các công ước nêu trên, có thể rút ra nhận định sau:

Thứ nhất, thuật ngữ “pháp nhân” được sử dụng trong các công ước nêu trên là không thống nhất, chẳng hạn Công ước tội phạm xuyên quốc gia và Công ước chống tham nhũng dùng thuật ngữ “legal persons” (pháp nhân) để chỉ pháp nhân; Công ước chống tài trợ cho khủng bố lại sử dụng thuật ngữ pháp nhân là “legal entity” (thực thể pháp luật); Công ước về tội phạm mạng sử dụng thuật ngữ “coporate” (đoàn thể, pháp nhân). Mặc dù có sự khác nhau như vậy, nhưng căn cứ quy định của công ước cho thấy sự khác nhau về cách sử dụng thuật ngữ

không làm thay đổi hình thức trách nhiệm và chế tài áp dụng cho pháp nhân phạm tội. Theo đó, thuật ngữ “pháp nhân” được hiểu là bao gồm công ty, doanh nghiệp, tổ chức đoàn thể và những loại hình tổ chức tương tự mà thành viên pháp nhân vì lợi ích của pháp nhân thực hiện hành vi tội phạm thì bị xem xét truy cứu trách nhiệm pháp lý. Tùy thuộc vào pháp luật quốc gia thành viên mà có thể xác định pháp nhân thuộc về loại hình thức tổ chức nào để quy định phù hợp với công ước.

Thứ hai, hình thức trách nhiệm pháp lý của pháp nhân

Theo lý luận TNHS truyền thống, khi hành vi tội phạm được thực hiện, đồng thời cũng phát sinh TNHS của chủ thể đã thực hiện hành vi tội phạm đó. Tuy nhiên, Công ước hình sự quốc tế không quy định theo hướng như vậy, mà quy định khi thực hiện tội phạm, pháp nhân có thể bị truy cứu TNHS, dân sự hoặc hành chính tương ứng với trách nhiệm pháp lý này là chế tài hình sự, dân sự và chế tài hành chính. Loại hình thức trách nhiệm này được quy định sớm nhất trong Công ước về ngăn ngừa trại tỵ cho chủ nghĩa khủng bố. Sau đó, tiếp tục được ghi nhận trong Công ước chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia và Công ước chống tham nhũng của LHQ...

Sở dĩ công ước quy định như vậy là bởi vì, xuất phát từ thực tế giữa các nước có sự khác nhau về chế độ pháp luật, cùng một hiện tượng pháp lý nhưng lại được nhìn nhận một cách khác nhau, cùng một vấn đề pháp lý nhưng lại được quy định và thực hiện không giống nhau. Như vấn đề pháp nhân phạm tội, không phải tất cả quốc gia đều công nhận TNHSPN và quy định loại trách nhiệm pháp lý này vào hệ thống pháp luật của quốc gia mình. Trong trường hợp đó, nếu công ước quy định chỉ áp dụng TNHS cho pháp nhân thì sẽ gây khó khăn cho việc phòng, chống và trừng trị pháp nhân tội phạm trên bình diện quốc tế và áp đặt bất hợp lý nguyên tắc pháp luật quốc tế cho quốc gia. Hơn nữa, để xây dựng và thực

hiện hiệu quả pháp luật quốc tế, bảo đảm nền pháp trị quốc tế, nhất thiết cần sự đồng thuận tối đa của các nước. Chính vì vậy, xuất phát từ nguyên tắc chủ quyền và dung hòa giữa chế độ pháp luật của các quốc gia, chế độ pháp luật quốc tế với chế độ pháp luật quốc gia, đồng thời bảo đảm pháp nhân phải chịu trách nhiệm khi thực hiện tội phạm, công ước quy định theo hướng quốc gia thành viên căn cứ nguyên tắc pháp lý của quốc gia mình ban hành biện pháp để xác định trách nhiệm pháp lý của pháp nhân trong trường hợp pháp nhân phạm tội, trách nhiệm pháp lý của pháp nhân có thể là hình sự, dân sự hoặc hành chính. Điều đó cho thấy tính đa dạng trong hình thức trách nhiệm của pháp nhân khi thực hiện tội phạm, đồng thời bảo đảm tính nghiêm khắc của pháp luật, theo đó, pháp nhân phạm tội thì phải chịu trách nhiệm pháp lý.

Thứ ba, nguyên tắc song trùng xử phạt

Nguyên tắc song trùng xử phạt còn được gọi là nguyên tắc xử phạt kép đối với hành vi tội phạm của pháp nhân. Nội dung cơ bản của nguyên tắc này là trong trường hợp pháp nhân phạm tội thì đồng thời với việc truy cứu TNHSPN thì cũng truy cứu TNHS của cá nhân đã thực hiện hành vi tội phạm trong pháp nhân đó. TNHSPN tồn tại độc lập với TNHS của cá nhân tương ứng với chế tài áp dụng cho pháp nhân và chế tài áp dụng cho thể nhân. Về bản chất, tư cách pháp nhân được xác lập bởi sự hư cấu pháp lý – người pháp lý cho nên không có thân thể và suy nghĩ, hành động như người tự nhiên. Do đó, pháp nhân phạm tội, thực chất là do người tự nhiên trong pháp nhân vì lợi ích của pháp nhân mà thực hiện hành vi tội phạm. Vì vậy, nếu truy cứu TNHSPN mà không truy cứu TNHS cá nhân trực tiếp thực hiện hành vi đó hoặc ngược lại, thì không bảo đảm tính toàn diện, nghiêm khắc của TNHS. Chính vì vậy, cần áp dụng nguyên tắc song trùng xử phạt, như vậy mới có thể bảo đảm mục đích ngăn ngừa đối với những hành vi lợi dụng

danh nghĩa pháp nhân để thực hiện hành vi tội phạm, đồng thời thể hiện yêu cầu đấu tranh phòng, chống pháp nhân phạm tội, phù hợp với “mô hình tội phạm” là pháp nhân. Nguyên tắc song trùng xử phạt được xác lập đầu tiên trong Công ước chống tài trợ cho khủng bố, sau đó tiếp tục được ghi nhận trong Công ước chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia, Công ước về tội phạm mạng và Công ước chống tham nhũng.

Thứ tư, cơ chế tương trợ tư pháp

Việc ghi nhận về mặt lập pháp công ước quốc tế TNHSPN là dấu ấn rất quan trọng tạo khung pháp lý toàn diện từ luật quốc gia đến luật quốc tế để không chế pháp nhân phạm tội. Pháp nhân phạm tội thuộc phạm trù tội phạm quốc tế hóa, cho nên nếu chỉ quy định về TNHSPN cùng chế tài áp dụng cho pháp nhân thì quy định đó vẫn chưa hoàn toàn trở thành công cụ đắc lực cho việc đấu tranh phòng, chống pháp nhân phạm tội. Nhất là pháp nhân phạm tội thuộc về phạm trù tội phạm quốc tế hóa. Trong trường hợp pháp nhân chuẩn bị phạm tội ở một nước, hành vi và hậu quả phát sinh ở một nước khác, việc khởi tố, điều tra quốc tế sẽ không thể thực hiện được bởi nguyên tắc tài phán theo chủ quyền lãnh thổ. Như vậy, nhất thiết cần có cơ chế hợp tác quốc tế hữu hiệu để giúp cho hoạt động tố tụng hình sự quốc tế được thực hiện một cách thuận lợi và hiệu quả. Cơ chế này chính là tương trợ tư pháp. Công ước chống tham nhũng quy định: Các quốc gia thành viên sẽ dành cho nhau sự hỗ trợ pháp lý tối đa liên quan đến điều tra, truy tố và xét xử những loại tội phạm được quy định trong Công ước này; trên cơ sở không trái với pháp luật quốc gia, dù không có yêu cầu trước đó, các cơ quan chức năng của một quốc gia thành viên có thể chuyển thông tin liên quan đến tội phạm cho cơ quan chức năng của quốc gia khác nếu họ tin rằng thông tin đó có thể hỗ trợ cho cơ quan này tiến hành hay kết thúc thành công các cuộc điều tra và tố tụng hình sự ■

MỘT SỐ Ý KIẾN VỀ DỰ THẢO LUẬT TÍN NGƯỠNG, TÔN GIÁO

NGUYỄN ĐĂNG DUNG*

1. Quyền tự do tín ngưỡng, tôn giáo

Quyền tự do tín ngưỡng, tôn giáo được ghi trong Tuyên ngôn quốc tế về Quyền con người (UDHR) và Công ước quốc tế về các Quyền dân sự - chính trị năm 1966 (ICCPR) mà Việt Nam là thành viên.

UDHR là văn kiện quốc tế đầu tiên ghi nhận quyền tự do tư tưởng, tín ngưỡng và tôn giáo, trong đó tập trung chủ yếu vào việc cấm phân biệt đối xử về tôn giáo. Điều 18 UDHR quy định: “Mọi người đều có quyền tự do tư tưởng, niềm tin lương tâm (conscience) và tôn giáo; quyền này bao gồm cả việc tự do thay đổi tôn giáo hoặc tín ngưỡng của mình và tự do bày tỏ tôn giáo hay tín ngưỡng của mình bằng các hình thức truyền giảng, thực hành, thờ cúng và tuân thủ các nghi lễ, theo hình thức cá nhân hay tập thể, tại nơi công cộng hoặc riêng tư”.

Quy định trên sau đó được khẳng định và cụ thể hóa trong các Điều 18 và 20 của ICCPR. Khoản 1 và 2 Điều 18 ICCPR nêu rõ: *Mọi người đều có quyền tự do tư tưởng, tự do lương tâm và tôn giáo. Quyền này bao gồm tự do có hoặc theo một tôn giáo hoặc tín ngưỡng do mình lựa chọn, và tự do bày tỏ tín ngưỡng hoặc tôn giáo một mình hoặc*

trong cộng đồng với những người khác, công khai hoặc kín đáo, dưới các hình thức như thờ cúng, cầu nguyện, thực hành và truyền giảng. Không ai bị ép buộc làm những điều tổn hại đến quyền tự do lựa chọn hoặc tin theo tôn giáo hoặc tín ngưỡng của họ. Khoản 3 Điều 18 cho thấy quyền tự do tín ngưỡng, tôn giáo không phải là quyền tuyệt đối, đồng thời quy định những giới hạn cho việc hạn chế quyền này, theo đó, quyền tự do bày tỏ tôn giáo hoặc tín ngưỡng chỉ có thể bị giới hạn bởi pháp luật và khi sự giới hạn đó là cần thiết để bảo vệ an ninh, trật tự công cộng, sức khỏe hoặc đạo đức xã hội, hoặc để bảo vệ các quyền và tự do cơ bản của người khác. Khoản 4 Điều này xác định quyền của các bậc cha mẹ được hướng dẫn về niềm tin, đức tin, tín ngưỡng cho con cái họ khi quy định, các quốc gia thành viên Công ước cam kết tôn trọng quyền tự do của các bậc cha mẹ, và của những người giám hộ hợp pháp nếu có, trong việc giáo dục về tôn giáo và đạo đức cho con cái họ theo ý nguyện của riêng họ.

Khoản 2 Điều 20 nghiêm cấm mọi hành động cổ vũ hằn thù dân tộc, sắc tộc, tôn giáo dẫn đến kích động, phân biệt đối xử và bạo lực.

* GS, TS. Đại học Quốc gia Hà Nội.

Ở Việt Nam, quyền tự do tín ngưỡng, tôn giáo đã được ghi nhận ngay trong Hiến pháp đầu tiên (1946) và tiếp tục được tái khẳng định trong các bản Hiến pháp năm 1959, 1980, 1992, 2013. Hiến pháp năm 2013 đã quy định quyền tự do tín ngưỡng, tôn giáo là một trong những quyền cơ bản, quan trọng của con người: “Mọi người có quyền tự do tín ngưỡng, tôn giáo, theo hoặc không theo một tôn giáo nào. Nhà nước tôn trọng và bảo hộ quyền tự do tín ngưỡng, tôn giáo” (Điều 24). Hiến pháp năm 2013 cũng quy định rõ những trường hợp các quyền con người bị giới hạn: “Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng” (Điều 14). Đây là những cơ sở quan trọng để xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật nhằm cụ thể hóa các quyền con người và cơ chế bảo đảm việc thực thi các quyền con người nói chung, quyền tự do tín ngưỡng, tôn giáo nói riêng.

2. Một số góp ý cụ thể cho Dự thảo Luật Tín ngưỡng, tôn giáo

Về tên đạo luật

Pháp lệnh Tín ngưỡng, tôn giáo (TN-TG), sau hơn 10 năm được ban hành và thực thi, bên cạnh những đóng góp tích cực vào việc thực hiện quyền tự do TN-TG của công dân Việt Nam, người nước ngoài cư trú hợp pháp tại Việt Nam, đã bộc lộ nhiều bất cập trong việc điều chỉnh các mối quan hệ xã hội về TN-TG ngày càng phong phú và phức tạp ở nước ta¹. Theo những quy định mới về

việc giới hạn các quyền con người phải bằng luật, nên phạm vi, đối tượng điều chỉnh, nội dung cơ bản của Pháp lệnh TN-TG không còn phù hợp. Do vậy, cần thiết phải xây dựng một đạo luật về TN-TG.

Luật này nên có tên gọi là “Luật về Tự do biểu đạt TN-TG” cho phù hợp với mục đích và nội dung cơ bản là cụ thể hóa quyền tự do biểu đạt TN-TG của con người được Hiến pháp năm 2013 và các văn kiện quốc tế (ICCPR, UDHR) đã ghi nhận, tránh việc hiểu sai là Nhà nước áp đặt các luật lệ cho TN-TG.

Luật về Tự do biểu đạt TN-TG cần điều chỉnh cả lĩnh vực tự do biểu đạt tín ngưỡng và lĩnh vực tôn giáo để bảo đảm phù hợp với quy định của các Công ước quốc tế và Hiến pháp năm 2013 về quyền tự do TN-TG; tạo hành lang pháp lý đầy đủ để thực hiện quyền tự do tín ngưỡng và định hướng cho các hoạt động tín ngưỡng được thực hiện một cách lành mạnh, phát huy giá trị văn hóa, đạo đức, nhân văn truyền thống của dân tộc.

Những điểm tích cực của Dự thảo Luật

Dự thảo Luật Tín ngưỡng, tôn giáo (Dự thảo Luật)² đã có những quy định tiến bộ, đáng khích lệ, cụ thể là:

- Mặc dù Nhà nước ta luôn công nhận sự hiện diện, tồn tại của các tôn giáo nhưng pháp luật (bao gồm Pháp lệnh TN-TG năm 2004 và các văn bản pháp luật khác có liên quan như Bộ luật Dân sự, Luật Đất đai...) vẫn chưa ghi nhận tư cách pháp nhân của các tổ chức tôn giáo³. Bất cập này khiến cho các

1 Xem, Báo cáo của Ủy ban Văn hóa, Giáo dục, Thanh niên, Thiếu niên và Nhi đồng của Quốc hội khóa XIII về Dự thảo Luật Tín ngưỡng, tôn giáo trước Ủy ban thường vụ Quốc hội.

2 Dự thảo ngày 17/8/2016.

3 Xem Nguyễn Khắc Huy, Về pháp nhân của các tôn giáo theo pháp luật Việt Nam hiện hành. <http://btgcp.gov.vn/Plus.aspx/vi/News/38/0/241/0/1370/>.

tổ chức tôn giáo hiện chưa được hưởng các quyền của pháp nhân như các tổ chức xã hội hợp pháp khác theo Hiến pháp và pháp luật, nên đã dẫn đến những phản ứng, yêu cầu từ một số tổ chức tôn giáo lớn⁴. Dự thảo Luật đã công nhận tư cách “pháp nhân phi thương mại” của các tổ chức tôn giáo, tổ chức tôn giáo trực thuộc (Điều 30) là một tiến bộ lớn, nếu được thông qua sẽ giúp giải quyết nhiều vấn đề gây khó khăn cho các hoạt động bình thường của các tôn giáo, cũng như nguyên tắc bình đẳng giữa các tôn giáo.

- Trong Dự thảo Luật, nên thay từ ngữ “đăng ký” bằng từ “thông báo” hoặc “đề nghị”, ví dụ tại Điều 33: “Tổ chức tôn giáo sau khi thực hiện việc phong chức, phong phẩm... *thông báo* bằng văn bản đến cơ quan quản lý nhà nước”. Vấn đề ở đây không phải chỉ là thay đổi từ ngữ, mà còn là sự thay đổi về cách nhìn và cách làm việc, tránh lặp lại cơ chế xin - cho. Tự do tôn giáo là quyền căn bản của con người chứ không phải là ân huệ để xin và cho. Khi Nhà nước đã công nhận một tổ chức tôn giáo thì đương nhiên phải tôn trọng tổ chức tôn giáo đó và những sinh hoạt của họ.

- Các tổ chức tôn giáo “được thành lập cơ sở giáo dục theo hệ thống giáo dục quốc dân” (Điều 48). Chúng tôi hiểu việc thành lập cơ sở giáo dục này là ở mọi cấp: mẫu giáo, tiểu học, trung học, đại học. Tương tự, tổ chức tôn giáo “được thành lập cơ sở khám bệnh, chữa bệnh, cơ sở bảo trợ xã hội, nhà xã hội” (Điều 48). Đây là những quy định đúng đắn, tránh được sự phân biệt đối xử trong cộng đồng xã hội, đồng thời mở ra cơ hội thu hút các tổ chức tôn giáo tham gia vào lĩnh vực giáo dục và y tế, vì lợi ích chung của toàn xã hội.

Những điểm còn hạn chế

Sau nhiều lần thay đổi, biên tập, về cơ bản, Dự thảo vẫn còn mang nặng tính quản lý nhà nước; còn một số khoảng cách nhất định so với Công ước ICCPR. Về nhận thức quyền tự do tôn giáo, tín ngưỡng, pháp luật Việt Nam hiện vẫn còn khoảng cách so với luật nhân quyền quốc tế, thể hiện ở một số khía cạnh cơ bản sau:

- Hiến pháp năm 2013 chưa có quy định rõ về *quyền tự do tư tưởng, tự do niềm tin lương tâm*, nên pháp luật chưa phân biệt giữa tự do tư tưởng, niềm tin lương tâm, tôn giáo hoặc tín ngưỡng - nhân quyền tuyệt đối, với tự do *thể hiện tôn giáo hay tín ngưỡng* - nhân quyền không tuyệt đối. Theo luật nhân quyền quốc tế, quyền tự do thể hiện tôn giáo, tín ngưỡng có thể bị hạn chế (không phải là quyền tuyệt đối), song các quốc gia không được phép áp đặt bất kỳ giới hạn nào đối với tự do tư tưởng, niềm tin lương tâm, tự do được tin hoặc theo một tôn giáo hoặc tín ngưỡng theo lựa chọn của mình.

Theo ICCPR và Bình luận chung số 22 của Ủy ban Nhân quyền quốc tế (HRC), các quyền này cần được ghi nhận và bảo vệ tương tự như với tự do tôn giáo, tín ngưỡng. Đặc điểm cơ bản của nhóm những quyền tự do này là không thể bị đình chỉ thực hiện, kể cả trong tình trạng khẩn cấp của quốc gia. Các quyền tự do tư tưởng, tự do tôn giáo, tín ngưỡng bao gồm tự do suy nghĩ và thể hiện sự gắn kết cá nhân với tôn giáo hay tín ngưỡng dưới tư cách cá nhân hay tập thể. Tự do tư tưởng, tự do niềm tin lương tâm cần được bảo vệ tương tự như với tự do tôn giáo, tín ngưỡng. Đặc điểm cơ bản của những quyền tự do này là nó không thể bị đình chỉ

⁴ Xem, *Bản góp ý xây dựng Dự thảo Nghị định thay thế Nghị định số 22/2005/NĐ-CP của Tòa Tổng Giám mục TP. Hồ Chí Minh*, ngày 20/5/2011, tại <http://vietcatholic.org/News/Html/90073.htm>.

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

thực hiện, kể cả trong những tình trạng khẩn cấp được nêu tại khoản 2 Điều 4 ICCPR⁵.

Bình luận chung số 22 của HRC nhấn mạnh tiếp: Cần phân biệt giữa tự do tư tưởng, niềm tin lương tâm, tôn giáo hoặc tín ngưỡng với tự do thể hiện tôn giáo hay tín ngưỡng. Không cho phép áp đặt bất kỳ sự giới hạn nào đối với tự do tư tưởng, niềm tin lương tâm, tự do được tin hoặc theo một tôn giáo hoặc tín ngưỡng theo lựa chọn của các cá nhân. Những quyền tự do này được bảo vệ vô điều kiện, tương tự như với quyền được giữ ý kiến mà không bị can thiệp (khoản 1 Điều 19). Không ai có thể bị ép buộc phải tiết lộ những suy nghĩ của mình hoặc bị bắt buộc theo một tôn giáo hoặc tín ngưỡng nào đó (khoản 2 Điều 18 và Điều 17). Các thuật ngữ “tín ngưỡng” và “tôn giáo” trong Điều 18 cần được giải thích theo nghĩa rộng nhằm bảo vệ cả những niềm tin hữu thần và vô thần, bất kể gắn với những tôn giáo lâu đời hay mới, những tôn giáo, tín ngưỡng có tính chất thể chế, hoặc những tập tục tương tự như tôn giáo truyền thống.

Vì vậy, về nguyên tắc, Luật về TN-TG chỉ là luật quy định những hành vi nhằm hạn chế biểu đạt quyền tự do tín ngưỡng và quyền tự do tôn giáo với mục đích nhằm bảo đảm trật tự an toàn xã hội cùng với quyền và lợi ích của cá nhân.

- Những địa điểm thờ cúng, biểu đạt tôn giáo như nhà thờ, đền, chùa, cả những biểu tượng tôn giáo, tín ngưỡng... với tên gọi rất khác nhau tùy theo quy định của các tôn giáo, tín ngưỡng đều có vai trò thiết yếu để các cá nhân và cộng đồng có thể tập hợp cầu nguyện, thực hành các nghi lễ. Tôn trọng và bảo vệ các địa điểm và những biểu tượng này là thành tố quan trọng của việc tôn trọng quyền biểu đạt tôn giáo, tín ngưỡng mà Dự thảo Luật cần quan tâm.

- Luật quốc tế cho phép hạn chế quyền tự do bày tỏ tôn giáo, tín ngưỡng chỉ với điều kiện những hạn chế đó được pháp luật quy định và là cần thiết để bảo vệ an toàn, trật tự công cộng, sức khỏe hoặc đạo đức xã hội, hoặc các quyền và tự do cơ bản của người khác. Trong khi đó, khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013, Điều 15 Pháp lệnh TN-TG 2004 và Dự thảo Luật quy định một phạm vi rộng hơn nhiều về các hành vi có thể dẫn đến đình chỉ hoạt động tín ngưỡng, tôn giáo, đó là: xâm phạm an ninh quốc gia, ảnh hưởng nghiêm trọng đến môi trường; tác động xấu đến đoàn kết nhân dân, đến truyền thống văn hóa tốt đẹp của dân tộc; xâm phạm tính mạng, sức khỏe, nhân phẩm, danh dự, tài sản của người khác; có hành vi vi phạm pháp luật nghiêm trọng khác... Các khái niệm này nội hàm quá rộng và trừu tượng, dẫn đến nguy cơ tùy nghi diễn giải và hạn chế quyền tự do TN-TG trong thực tế.

Dự thảo Luật cũng chưa quy định rõ một số điều kiện khác được nêu trong luật nhân quyền quốc tế, cụ thể như những hạn chế về quyền tự do TN-TG chỉ có thể được áp dụng cho những mục đích đã được nêu ra trong luật, phải liên quan trực tiếp và phù hợp với nhu cầu cụ thể mà những hạn chế đó xác nhận. Các hạn chế cũng không được áp đặt vì mục đích phân biệt đối xử, hoặc áp dụng mang tính phân biệt, và những đối tượng đặc biệt, ví dụ như tù nhân, vẫn tiếp tục được hưởng các quyền về biểu thị tôn giáo hoặc tín ngưỡng trong khả năng cao nhất có thể phù hợp với hoàn cảnh thực tiễn.

Dự thảo Luật cũng như Pháp lệnh hiện hành cùng đồng thời quy định cả hai vấn đề tín ngưỡng và tôn giáo. Về nguyên tắc, tín ngưỡng và tôn giáo là hai vấn đề bình đẳng và nên song hành với nhau. Tuy nhiên, Dự

5 Xem: Giới thiệu Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị, Khoa Luật Đại học Quốc gia Hà Nội, 2012.

thảo Luật đã tách riêng, tất cả các nội dung liên quan đến tín ngưỡng đều chỉ được xử lý ở Chương II; các chương còn lại đều dành cho nội dung về tôn giáo. Theo chúng tôi, Ban soạn thảo nên kết cấu lại Dự thảo.

- Đối với hoạt động quản lý nhà nước, Nhà nước có quyền yêu cầu các tổ chức tôn giáo phải đề nghị, đăng ký, thông báo các hoạt động nhưng Nhà nước cũng có trách nhiệm phải trả lời đúng hạn, bằng văn bản, có nêu rõ lý do nếu không đồng ý một nội dung, yêu cầu nào đó. Việc phải nêu rõ lý do là để các tổ chức tôn giáo có thể khiếu nại, khởi kiện, tố cáo theo Điều 62 của Dự thảo Luật. Để tránh việc cơ quan chức năng im lặng không trả lời làm thiệt hại cho các tổ chức tôn giáo, đề nghị thêm chi tiết sau: “Các tổ chức tôn giáo phải đề nghị, đăng ký, thông báo các hoạt động theo đúng những quy định trong luật này nhưng Nhà nước cũng có trách nhiệm phải trả lời đúng hạn bằng văn bản, có nêu rõ lý do. Nếu quá thời hạn quy định mà cơ quan chức năng không trả lời thì người đề nghị, đăng ký, thông báo có quyền thực hiện theo nội dung đã đề nghị, đăng ký, thông báo”.

- So sánh, đối chiếu giữa Dự thảo Luật với Luật Doanh nghiệp - được soạn thảo nhiều lần để đảm bảo quyền tự do kinh doanh của người dân - thì tuy hai Luật có những điểm rất khác nhau, giữa kinh tế và phi kinh tế (và lĩnh vực tinh thần), nhưng có điểm chung là đều liên quan đến quyền tự do của con người. Đã là quyền tự do của con người, tại sao lại phải xin phép? Trong kinh doanh, một thời gian dài các bộ chủ quản, các doanh nghiệp cùng các nhà nghiên cứu đã tranh luận về sự tồn tại của các loại giấy phép lớn, giấy phép con⁶. Với sự phát triển nhanh của nền kinh tế - xã hội, chúng ta

cũng phải thay đổi nhanh, bằng cách bỏ đi các loại giấy phép để phù hợp với các nguyên tắc tự do kinh doanh hiện đại và bảo vệ quyền của người dân.

- Điều 11 Pháp lệnh TN-TG giới hạn quyền hành đạo (giảng đạo, truyền đạo, thực hiện nghi lễ tôn giáo) của các chức sắc tôn giáo và nhà tu hành tại các cơ sở tôn giáo mà họ phụ trách; nếu hành đạo ở nơi khác thì phải có sự chấp thuận của Ủy ban nhân dân (UBND) cấp huyện nơi thực hiện. Trong thực tế, quy định này là không cần thiết và không có tác dụng trong việc ngăn ngừa những hành vi lợi dụng tự do TN-TG để chống phá Nhà nước, vì việc ngăn ngừa những hành động đó đã được đề cập trong một loạt quy định của pháp luật hành chính và hình sự. Ngược lại, quy định này gây khó khăn cho việc thực hiện quyền hành đạo của các chức sắc tôn giáo và nhà tu hành và bị coi là không phù hợp với tinh thần tự do tôn giáo của luật nhân quyền quốc tế.

- Tương tự, quy định tổ chức tôn giáo phải đăng ký chương trình hoạt động hàng năm và phải xin phép UBND cấp xã nếu muốn tổ chức hoạt động tôn giáo ngoài chương trình đã đăng ký (Điều 12), cũng như quy định tổ chức tôn giáo khi tổ chức các cuộc lễ ở ngoài cơ sở tôn giáo phải xin phép UBND cấp huyện hoặc cấp tỉnh (Điều 25 Pháp lệnh TN-TG, Điều 31 Nghị định số 92/2012/NĐ-CP của Chính phủ) là không phù hợp và không khả thi, bởi trên thực tế, không thể hạn chế, kiểm soát việc tín đồ tham gia các hoạt động tôn giáo, bao gồm các buổi lễ, cho dù các hoạt động/buổi lễ đó được tổ chức chính thức hay phi chính thức (xin phép hay không xin phép).

Quan trọng hơn, việc tổ chức và tham gia các hoạt động và buổi lễ tôn giáo về bản

6 Nguyễn Đình Cung, *Gánh nặng giấy phép con*, Thành Đạt, Chinhphu.vn, 27/6/ 2016.

chất thuộc về quyền tự do hội họp hòa bình của người dân được Hiến pháp bảo vệ, mà theo khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013, các quyền hiến định chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng. Như vậy, việc yêu cầu các hoạt động và cuộc lễ tôn giáo phải xin phép trước theo như Điều 25 Pháp lệnh TN-TG năm 2004 có thể coi là một hình thức hạn chế quyền nhưng không đáp ứng các yêu cầu tại khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013, vì Pháp lệnh không được coi ngang bằng với luật⁷.

Để phù hợp với thực tiễn, với Hiến pháp năm 2013 và luật nhân quyền quốc tế, nên thay thế quy định về việc xin phép trong các Điều 12 và Điều 25 Pháp lệnh TN-TG năm 2004 bằng quy định về việc *thông báo tổ chức các hoạt động tôn giáo*. Việc xin phép chỉ là bắt buộc khi các hoạt động tôn giáo đó được tổ chức tại những nơi công cộng (ngoài các cơ sở tôn giáo được Nhà nước thừa nhận), vì khi đó mới nảy sinh yêu cầu bảo đảm lợi ích của cộng đồng với nghĩa bao gồm cả những người là tín đồ và không là tín đồ của tổ chức tôn giáo sẽ tổ chức hoạt động đó.

- Về các hành vi bị cấm (Điều 6). Điều 6 Dự thảo luật rất quan trọng, nhưng cũng dễ bị lạm dụng để giới hạn, đe dọa và phá hủy quyền tự do tôn giáo đích thực của người dân. Nhất là khoản 5, cấm “lợi dụng quyền tự do tín ngưỡng, tôn giáo để trục lợi; xâm hại sức khỏe, nhân phẩm, danh dự, tài sản của người khác; cản trở việc thực hiện quyền và nghĩa vụ công dân; chia rẽ khối đại đoàn kết toàn dân tộc; xâm hại quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự công cộng, đạo đức xã hội”.

Chỉ một sự “sa sầy” khi áp dụng điều khoản này, quyền tự do tôn giáo, tự do tín ngưỡng sẽ khó được đảm bảo. Trong đoạn 7 của Bình luận chung số 22, HRC nhắc đến giới hạn của tự do ngôn luận trong các biểu đạt của tự do tôn giáo, tín ngưỡng. Theo đó, các biểu đạt không được có mục đích hoặc tính chất tuyên truyền chiến tranh hoặc hận thù dân tộc, tôn giáo hay kích động sự phân biệt đối xử về chủng tộc, sự thù địch hoặc bạo lực như được nêu ở Điều 20 ICCPR⁸.

Liên quan đến tín ngưỡng, niềm tin, trước thực trạng một số quốc gia đang tồn tại một ý thức hệ chính thức (official ideology), tại đoạn 10 Bình luận chung số 22, HRC yêu cầu điều này không được làm ảnh hưởng các quyền tự do nêu ở Điều 18 và các quyền khác trong ICCPR. Đồng thời, các quốc gia không được phân biệt đối xử với những người không chấp nhận hay phản đối lý thuyết chính thống đó⁹.

Như vậy, HRC cho rằng, các quốc gia chính thức thiết lập một tôn giáo nhà nước hoặc một hệ niềm tin là không trái với Điều 18 của ICCPR, chừng nào đáp ứng được các điều kiện đối xử bình đẳng giữa các tôn giáo và niềm tin khác nhau trong quốc gia.

Hành vi lạm dụng quyền tự do tín ngưỡng và tôn giáo và những hành vi xâm hại sức khỏe, nhân phẩm, danh dự, tài sản của người khác; cản trở việc thực hiện quyền và nghĩa vụ công dân; chia rẽ khối đại đoàn kết toàn dân tộc; xâm hại quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự công cộng, đạo đức xã hội là khác nhau, pháp luật không nên bắc cầu từ hành vi nọ sang hành vi kia. Cách quy định này rất dễ dẫn đến tình trạng lạm dụng quyền lực của người thi hành công vụ ■

7 Xem, Vũ Công Giao và Lê Thị Thúy Hương, *Quyền tự do tín ngưỡng, tôn giáo theo luật nhân quyền quốc tế và pháp luật Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 11, tháng 6/2016.

8 Xem, *Giới thiệu Công ước quốc tế về các Quyền dân sự và chính trị*. Khoa Luật Đại học Quốc gia Hà Nội, 2012, tr. 288.

9 Như trên, tr. 291.

PHẠM VI CỦA LUẬT TRÁCH NHIỆM BỒI THƯỜNG CỦA NHÀ NƯỚC

ĐỖ VĂN ĐẠI*

Luật Trách nhiệm bồi thường (TNBT) của Nhà nước đã được thi hành từ ngày 1/1/2010. Để khắc phục các bất cập và phù hợp hơn với thực tiễn áp dụng, Chính phủ đã trình Quốc hội Dự thảo sửa đổi Luật TNBT của Nhà nước (Dự thảo sửa đổi). Ủy ban thường vụ Quốc hội và Ủy ban Pháp luật của Quốc hội đã cho ý kiến về Dự thảo sửa đổi. Bài viết này bàn thêm về phạm vi của Luật TNBT của Nhà nước (Luật) và Dự thảo sửa đổi.

1. Thực trạng về phạm vi của Luật và Dự thảo sửa đổi

Liệt kê trong Luật và Dự thảo sửa đổi

Luật và Dự thảo sửa đổi đều quy định theo hướng liệt kê lĩnh vực và trong từng lĩnh vực lại liệt kê những trường hợp làm phát sinh TNBT của Nhà nước.

Điều 1 của Luật khẳng định: “Luật này quy định TNBT của Nhà nước đối với cá nhân, tổ chức bị thiệt hại do người thi hành công vụ gây ra *trong hoạt động quản lý hành chính, tổ tụng, thi hành án (THA)*”. Đối với từng lĩnh vực, Luật lại liệt kê những trường hợp mà Nhà nước có TNBT. Theo đó, Điều 13 liệt kê các trường hợp Nhà nước có TNBT trong hoạt động quản lý hành chính, Điều 26 liệt kê các trường hợp Nhà nước có TNBT trong hoạt động tổ tụng hình sự (TTHS), Điều 28 liệt kê các trường hợp Nhà nước có TNBT trong hoạt động tổ tụng

dân sự (TTDS) và tổ tụng hành chính (TTHC), Điều 38 và 39 liệt kê các trường hợp Nhà nước có TNBT trong hoạt động THA hình sự và THA dân sự.

Dự thảo sửa đổi cũng theo hướng của Luật với quy định tại Điều 1, rằng: “Luật này quy định TNBT của Nhà nước đối với cá nhân, tổ chức bị thiệt hại do người thi hành công vụ gây ra *trong hoạt động quản lý hành chính, tổ tụng và THA*”. Trong từng lĩnh vực, Dự thảo sửa đổi cũng liệt kê những trường hợp, hành vi làm phát sinh TNBT của Nhà nước. Cụ thể, Điều 17 liệt kê các trường hợp Nhà nước có TNBT trong hoạt động quản lý hành chính, Điều 18 liệt kê các trường hợp Nhà nước có TNBT trong hoạt động TTHS, Điều 19 liệt kê các trường hợp Nhà nước có TNBT trong hoạt động TTDS và TTHC, Điều 20 và 21 liệt kê các trường hợp Nhà nước có TNBT trong hoạt động THA hình sự và THA dân sự.

* PGS, TS. Trưởng Khoa Luật Dân sự - Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

Khác biệt giữa Luật và Dự thảo sửa đổi

Trong từng lĩnh vực nêu trên, Dự thảo sửa đổi có sự thay đổi bằng cách bổ sung một số trường hợp Nhà nước chịu TNBT chưa được liệt kê trong Luật.

Ngoài ra, Dự thảo sửa đổi còn có sự thay đổi là thiết kế tất cả các danh sách trên theo hướng danh sách đóng. Cụ thể, trong Luật, ngoài việc nêu 11 trường hợp ở 11 khoản khác nhau tại Điều 13 về lĩnh vực quản lý hành chính, Điều 13 của Luật nêu trên còn thêm khoản “quét” với nội dung “Các trường hợp được bồi thường khác do pháp luật quy định” (khoản 12). Quy định như vậy là cần thiết vì Luật không thể dự liệu được hết các hoàn cảnh nên cần có quy định “mở thêm” những trường hợp khác và thực tế, Tòa án đã khai thác quy định “quét” (hay mở) này để cho người dân được bồi thường khi không thuộc trường hợp nêu từ khoản 1 đến khoản 11 tại Điều 13¹. Dự thảo sửa đổi đã bỏ quy định nêu trên. Cụ thể, Điều 17 Dự thảo sửa đổi tương ứng với Điều 13 Luật chỉ dừng lại ở khoản 11 với nội dung “ra quyết định xử lý kỷ luật buộc thôi việc đối với công chức giữ chức vụ từ Tổng cục trưởng và tương đương trở xuống trái pháp luật” và đã bỏ hoàn toàn điều khoản “quét” (điều khoản mở) nêu trên (khoản 12 Điều 13 của Luật). Các điều luật tiếp theo của Dự thảo sửa đổi liệt kê những trường hợp Nhà nước có TNBT cũng được thiết kế tương tự như Điều 17 của Dự thảo sửa đổi là không có điều khoản “quét”. Nói cách khác, Dự thảo theo hướng tất cả các trường hợp, hành vi làm phát sinh TNBT của Nhà nước là *danh sách đóng* (không thể có trường hợp nào khác).

2. Bất cập về phạm vi của Luật và Dự thảo sửa đổi

Trường hợp không được liệt kê

Với phương pháp liệt kê lĩnh vực và liệt kê trường hợp Nhà nước có TNBT (tức người bị xâm phạm được bồi thường) với hướng đóng, chắc chắn sẽ gặp trường hợp người thi hành công vụ có hành vi trái pháp luật gây thiệt hại nhưng lại không thuộc trường hợp được liệt kê. Đối với những trường hợp không được Luật và Dự thảo sửa đổi liệt kê, người bị thiệt hại từ hành vi trái pháp luật của người thi hành công vụ có được bồi thường không?

Thực tế, đã có những trường hợp người thi hành công vụ gây thiệt hại nhưng hoàn cảnh này chưa được Luật điều chỉnh. Chẳng hạn, người của công an xã đi tuần tra giao thông (cùng với công an huyện) đánh người gây thương tích, hay từ việc cho rằng một cá nhân lấy trộm tài sản mà công an xã đã bắt giữ người, sau đó hành hung dẫn tới người bị bắt giữ chết... Tương tự, trước việc xô xát đánh nhau, công an huyện mời những người liên quan về trụ sở công an huyện nhưng đã để cho một cá nhân (không là người của công an) khám xét người được đưa về trụ sở và việc này đã được xác định là không đúng pháp luật. Thực tế đã gặp trường hợp, một cá nhân bị công an bắt trong một chuyên án, do không nhận tội nên đã bị công an dùng nhục hình đến chết và Tòa án đã xác định người của công an huyện đã phạm tội nhục hình. Ví dụ khác, khi phát hiện có đối tượng khai thác cát trái phép, người của quân đội đã dùng súng bắn dẫn đến chết người và việc dùng súng bắn chết người được xác định là trái pháp luật, nhưng cũng không thuộc phạm vi điều chỉnh của Luật.

¹ Xem Đỗ Văn Đại và Nguyễn Trương Tín, *Pháp luật Việt Nam về TNBT của Nhà nước*, Nxb. Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh 2015 (xuất bản lần thứ hai), phần số 207.

Trước ngày Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 có hiệu lực

Đối với trường hợp chưa được Luật điều chỉnh như trên, thực tế, Tòa án vẫn cho bồi thường thiệt hại (BTTH) trên cơ sở BLDS năm 2005 và để đạt được điều này, Tòa án đã khai thác một trong hai cơ chế sau đây:

Thực tế, BLDS năm 2005 có quy định điều chỉnh trách nhiệm BTTH do người thi hành công vụ gây ra. Đó là quy định về BTTH do cán bộ, công chức gây ra tại Điều 619 (với nội dung “Cơ quan, tổ chức quản lý cán bộ, công chức phải BTTH do cán bộ, công chức của mình gây ra trong khi thi hành công vụ”) và về BTTH do người có thẩm quyền của cơ quan tiến hành tố tụng gây ra tại Điều 620 (với nội dung “Cơ quan tiến hành tố tụng phải BTTH do người có thẩm quyền của mình gây ra khi thực hiện nhiệm vụ trong quá trình tiến hành tố tụng”) nên khi Luật TNBT của Nhà nước không điều chỉnh, Tòa án phải khai thác quy định trên của BLDS năm 2005 để cho người dân được bồi thường. Chẳng hạn, liên quan đến việc công an huyện dùng nhục hình gây chết người nêu trên, Tòa án đã không khai thác Luật TNBT của Nhà nước mà đã theo hướng áp dụng Điều 620 BLDS với nội dung “Về bồi thường dân sự: Áp dụng Điều 42 Bộ luật Hình sự, các Điều 610, 620 BLDS” để “Buộc Công an thành phố Tuy Hòa cấp dưỡng nuôi hai con anh Kiều là các cháu Thảo - sinh ngày 09/12/2006, Oanh sinh ngày 01/06/2012 mỗi cháu 575.000đ/tháng do chị Tâm trực tiếp nhận; thời gian cấp dưỡng đối với cháu Thanh Thảo từ ngày 13/5/2012 và cháu Oanh từ ngày 01/06/2012 cho đến khi phát sinh một trong các trường hợp chấm dứt nghĩa vụ cấp dưỡng quy định

tại Điều 118 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 (Điều 61 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000)”². Tương tự, đối với trường hợp người của quân đội dùng súng gây chết người khi phát hiện khai thác cát trái phép, Tòa án đã theo hướng áp dụng Điều 619 BLDS năm 2005 với nội dung: “Căn cứ quy định tại các Điều 42 BLHS, Điều 605, Điều 610, Điều 612, Điều 619 và Nghị quyết số 03/2006/NQ- HĐTP ngày 08/07/2006 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn về BTTH ngoài hợp đồng, Hội đồng xét xử thấy rằng những chi phí sau đây là có căn cứ pháp luật - buộc Ban Chỉ huy quân sự Quận 9, Bộ Tư lệnh TP. Hồ Chí Minh và bị cáo phải bồi thường”³.

Điều 619 và Điều 620 BLDS năm 2005 nêu trên có phạm vi về chủ thể khá hẹp là chỉ áp dụng cho người thi hành công vụ là “cán bộ, công chức” và “người có thẩm quyền của cơ quan tiến hành tố tụng”. Do đó, đối với người thi hành công vụ không thuộc những đối tượng vừa nêu như trường hợp của công an xã nói trên, Tòa án không thể khai thác hai điều luật này và đã chuyển sang khai thác quy định về BTTH do người của pháp nhân gây ra (tức Điều 618 BLDS năm 2005 theo đó, “Pháp nhân phải BTTH do người của mình gây ra trong khi thực hiện nhiệm vụ được pháp nhân giao”). Cụ thể, liên quan đến người của công an xã đi tuần tra giao thông đánh người bị thương nêu trên, Tòa án đã áp dụng “Điều 608, Điều 609, Điều 618 BLDS” để quyết định “Buộc Công an xã Diên Phú, huyện Diên Khánh, tỉnh Khánh Hòa phải bồi thường cho anh Nam 70.795.000 đồng và bồi thường cho ông Đại 559.000 đồng”⁴. Tương tự như vậy, trong vụ việc sau đây: anh Nam là thành

2 *Bản án số 02/2015/HSST ngày 15/4/2015 của Tòa án nhân dân tỉnh Phú Yên.*

3 *Bản án số 07/2011/HSST ngày 08/12/2011 của Tòa án Quân sự Quân khu VII.*

4 *Bản án số 08/2014/HSPT ngày 14/01/2014 của Tòa án nhân dân tỉnh Khánh Hòa.*

viên của đội dân phòng áp do Ủy ban nhân dân (UBND) xã phân công, Công an xã và Trưởng Công an ấp quản lý và phân công anh Nam làm những công việc thường xuyên của ấp. Trong một lần thực hiện công việc được phân công là phát hoang và đốn cây thì anh Nam đã để cây đè vào người khác gây thiệt hại. Về trách nhiệm BTTH, Tòa án đã xác định “vào thời điểm anh Nam đốn cây gây thương tích cho bà Chính vào ngày 30/9/2012 thì anh Nam là người của pháp nhân đang thực hiện nhiệm vụ được pháp nhân giao. UBND xã Vĩnh Xuân là pháp nhân quản lý anh Nam nên UBND xã Vĩnh Xuân phải có trách nhiệm BTTH do anh Nam gây ra trong khi thực hiện nhiệm vụ do UBND xã Vĩnh Xuân giao. Sau khi BTTH cho bà Chính xong, UBND xã Vĩnh Xuân có quyền yêu cầu anh Nam phải hoàn trả một khoản tiền theo quy định của pháp luật là đúng với quy định tại Điều 618 của BLDS”⁵.

Từ khi BLDS năm 2015 có hiệu lực

Nếu BLDS năm 2015 vẫn giữ nguyên các quy định nêu trên của BLDS năm 2005, việc Luật TNBT của Nhà nước dùng phương pháp liệt kê về lĩnh vực cũng như trường hợp làm phát sinh TNBT của Nhà nước sẽ không ảnh hưởng tới quyền của người dân bị thiệt hại do người thi hành công vụ gây ra. Bởi lẽ, họ vẫn được BTTH trên cơ sở quy định của BLDS năm 2005 như đã nêu trên.

Tuy nhiên, BLDS năm 2015 đã thay đổi, vì Điều 598 BLDS năm 2015 khẳng định: “Nhà nước có trách nhiệm BTTH do hành vi trái pháp luật của người thi hành công vụ gây ra theo quy định của Luật TNBT của Nhà nước”⁶. Như vậy, BLDS năm 2015 không điều chỉnh TNBT của Nhà nước đối với thiệt hại do người thi hành

công vụ gây ra và theo hướng đề Luật TNBT của Nhà nước điều chỉnh vấn đề này. Ở đây, BLDS năm 2015 cùng theo hướng Luật TNBT của Nhà nước là luật chung điều chỉnh vấn đề bồi thường do hành vi trái pháp luật của người thi hành công vụ gây ra, nhưng Luật TNBT của Nhà nước và Dự thảo sửa đổi lại chỉ điều chỉnh những lĩnh vực và trường hợp được liệt kê.

Điều đó có nghĩa là, Luật TNBT của Nhà nước và Dự thảo sửa đổi đã loại bỏ quyền được bồi thường của người dân đối với những lĩnh vực và trường hợp không được liệt kê. Hướng này là không thuyết phục, vì không có lý do chính đáng khi không cho người dân được bồi thường trong những trường hợp họ bị xâm phạm do hành vi trái pháp luật của người thi hành công vụ.

3. Hướng hoàn thiện Luật và Dự thảo sửa đổi

Cơ sở hiến định

Hiến pháp năm 2013 có quy định về quyền được bồi thường. Cụ thể, theo Điều 30 Hiến pháp, “Mọi người có quyền khiếu nại, tố cáo với cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền về những việc làm trái pháp luật của cơ quan, tổ chức, cá nhân”, và “Người bị thiệt hại có quyền được bồi thường về vật chất, tinh thần và phục hồi danh dự theo quy định của pháp luật”. Bên cạnh đó, Điều 31 khẳng định “Người bị bắt, tạm giữ, tạm giam, khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử, THA trái pháp luật có quyền được BTTH về vật chất, tinh thần và phục hồi danh dự” (khoản 5). So với Hiến pháp năm 1992, quyền được bồi thường ở đây được mở rộng cho cả tổn thất tinh thần (không chỉ cho thiệt hại vật chất).

Hiến pháp năm 2013 là đưa quyền được bồi thường thành một trong những “quyền

5 *Bản án số 10/2015/DSST ngày 02/4/2015 của Tòa án nhân dân huyện Trà Ôn, tỉnh Vĩnh Long.*

6 *Về điểm mới này trong BLDS 2015, xem thêm Đỗ Văn Đại (chủ biên): Bình luận khoa học những điểm mới của BLDS 2015, phần số 450; Nxb. Hồng Đức - Hội Luật gia Việt Nam (tái bản lần thứ hai), 2016.*

con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân”, vì hai điều luật trên nằm trong Chương II về Quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân. Khoản 2 Điều 14 Hiến pháp đã khẳng định “Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng”. Từ các quy định trên, chúng ta khẳng định quyền được bồi thường trong Hiến pháp (quyền hiến định) bao gồm quyền được BTTH (vật chất và tinh thần) và quyền được khôi phục danh dự. *Đây là quyền cơ bản và chỉ bị hạn chế bằng luật (tức bằng văn bản do Quốc hội ban hành) trong trường hợp cần thiết*⁷.

Điều 31 Hiến pháp năm 2013 đã ghi nhận quyền được bồi thường khi một người “bị bắt, tạm giữ, tạm giam, khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử, THA trái pháp luật” và không có giới hạn quyền được bồi thường này ở lĩnh vực nào, trường hợp cụ thể nào. Hiến pháp cũng thừa nhận quyền được bồi thường trong những trường hợp vừa nêu như một quyền con người, quyền cơ bản của công dân, và khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013 đã khẳng định quyền này chỉ có thể bị hạn chế “trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng”, trong khi đó, việc loại bỏ quyền được bồi thường như Luật TNBT của Nhà nước và Dự thảo sửa đổi không vì những lý do này.

Nói cách khác, việc Dự thảo sửa đổi theo hướng chỉ liệt kê lĩnh vực và liệt kê

những trường hợp trong từng lĩnh vực để ghi nhận TNBT của Nhà nước là hạn chế quyền được bồi thường của người dân và trái với Hiến pháp năm 2013. Bên cạnh đó, Điều 30 Hiến pháp theo hướng “Người bị thiệt hại có quyền được bồi thường về vật chất, tinh thần và phục hồi danh dự *theo quy định của pháp luật*”. Khác với Điều 31 nêu trên, Điều 30 (có phạm vi điều chỉnh khác Điều 31) đã thêm cụm “theo quy định của pháp luật” (không có trong Hiến pháp năm 1992 vì Hiến pháp năm 1992 ghi nhận quyền được bồi thường mà không có quy định vừa nêu⁸), nhưng cụm từ này không rõ nghĩa và có thể hiểu theo hướng không phải quyền được bồi thường phát sinh “theo quy định của pháp luật”, mà quyền được bồi thường đã được Hiến pháp quy định và chỉ cách thức thực hiện quyền này mới “theo quy định của pháp luật”. Nếu theo hướng này thì việc Luật TNBT của Nhà nước và Dự thảo sửa đổi liệt kê lĩnh vực và trường hợp trong từng lĩnh vực cũng không tương thích với Hiến pháp năm 2013. “Quyền này đã được Hiến định, mà đã Hiến định rồi thì không được giới hạn bởi một luật khác. Chúng ta quy định chỉ có ba lĩnh vực thì có vi hiến hay không? Đề nghị cân nhắc xác định lại phạm vi điều chỉnh của Luật cho bao quát hơn, phù hợp hơn và cũng hợp hiến”⁹.

Lĩnh vực được điều chỉnh

Về lĩnh vực làm phát sinh TNBT của Nhà nước, Luật và Dự thảo sửa đổi đều quy định tại Điều 1 rằng: “Luật này quy định TNBT của Nhà nước đối với cá nhân, tổ chức bị thiệt hại do người thi hành công vụ gây ra trong hoạt động quản lý hành chính,

7 Về tác động của Hiến pháp, xem thêm Đỗ Văn Đại, Tác động của các quy định mới trong Hiến pháp năm 2013 tới pháp luật dân sự, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 11/2014.

8 Hiến pháp năm 1992 duy trì việc ghi nhận quyền được bồi thường (đã có trong Hiến pháp trước) tại Điều 72 và Điều 74, theo đó “người bị bắt, bị giam giữ, bị truy tố, xét xử trái pháp luật có quyền được bồi thường thiệt hại về vật chất và phục hồi danh dự” và “mọi hành vi xâm phạm lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tập thể và của công dân phải được kịp thời xử lý nghiêm minh. Người bị thiệt hại có quyền được bồi thường về vật chất và phục hồi danh dự”.

9 Ý kiến của Chủ tịch Quốc hội Nguyễn Thị Kim Ngân trong phiên họp của Ủy ban thường vụ Quốc hội ngày 19/9/2016 liên quan đến quyền được bồi thường trong Dự thảo sửa đổi.

tổ tụng và THA”. Tuy nhiên, xoay quanh chủ đề này vẫn còn ý kiến khác nhau.

Tại phiên họp của Ủy ban Thường vụ Quốc hội ngày 19/9/2016, “Ý kiến thẩm tra sơ bộ của Ủy ban Pháp luật đề nghị không giới hạn lĩnh vực nào, hành vi nào, loại việc nào bởi vì theo quy định của Hiến pháp, mọi hành vi gây thiệt hại đều được bồi thường”. Còn Bộ trưởng Bộ Tư pháp (đại diện cơ quan soạn thảo Dự thảo sửa đổi) cho rằng: “Có bốn lĩnh vực lớn: lĩnh vực thứ nhất là quản lý hành chính nhà nước; lĩnh vực thứ hai là pháp luật tố tụng, bao gồm TTHS, TTDS, TTHC; lĩnh vực thứ ba là THA. Theo cách phân chia này, có bốn lĩnh vực, chúng ta loại lĩnh vực lập pháp và lập quy ra, còn lại về cơ bản là nằm hết trong này, không đi theo kinh tế - xã hội, không đi theo chính trị. Bốn lĩnh vực này về cơ bản là theo cách tiếp cận của luật hiện hành và chúng ta loại trừ lĩnh vực lập pháp và lập quy, thực tiễn các nước không có. Trong quá trình thảo luận để xây dựng Dự thảo luật này, về cơ bản chúng ta thống nhất với nhau là loại lĩnh vực lập pháp và lập quy ra, còn lại là ba lĩnh vực”.

Điều đó có nghĩa là, theo phía Ban soạn thảo, quyền được bồi thường của người dân và tương ứng là TNBT của Nhà nước có thể phát sinh trong mọi lĩnh vực trừ “lĩnh vực lập pháp và lập quy”. Điều đó cũng có nghĩa là giữa Ủy ban Pháp luật (cơ quan thẩm định) và Bộ Tư pháp (cơ quan soạn thảo) chỉ còn chưa thống nhất về lĩnh vực “lập pháp và lập quy”.

Liên quan đến lĩnh vực “lập pháp và lập quy”, phía Bộ Tư pháp cho rằng: “thực tiễn các nước không có” là chưa thuyết phục. Thực tế cho thấy, lĩnh vực này cũng đã làm phát sinh TNBT của Nhà nước như trường

hợp của Pháp, Ý đối với trường hợp luật trái với điều ước quốc tế trong Cộng đồng Liên minh châu Âu, như Tòa án tối cao Ý đã từng chấp nhận TNBT của Nhà nước trong lĩnh vực lập pháp khi có việc vi phạm hay chậm áp dụng quy định của Cộng đồng châu Âu¹⁰. Ngoài ra, Hiến pháp năm 1997 của Ba Lan hay Luật năm 2007 của Bồ Đào Nha cũng ghi nhận TNBT của Nhà nước cả trong lĩnh vực lập pháp, tư pháp¹¹.

Nếu đồng ý loại trừ lĩnh vực “lập pháp và lập quy” thì hướng quy định của Luật và Dự thảo sửa đổi cũng chưa thuyết phục. Tại sao lại theo phương án liệt kê những lĩnh vực làm phát sinh TNBT của Nhà nước? Có phải ngoài ba lĩnh vực trong Luật và Dự thảo sửa đổi là “hoạt động quản lý hành chính, tố tụng và THA” thì chỉ còn lại lĩnh vực “lập pháp và lập quy”? Hoạt động của quân đội gây thiệt hại như trường hợp người của quân đội dùng súng gây chết người khi phát hiện có khai thác cát trái phép ở trên, chắc chắn không thuộc lĩnh vực “lập pháp và lập quy”, nhưng có thuộc “hoạt động quản lý hành chính, tố tụng và THA” không? Khó có thể tìm được câu trả lời thuyết phục với cách thiết kế các quy định mang tính liệt kê như trên (Dự thảo sửa đổi có dự liệu trách nhiệm của quân đội nhưng chỉ trong lĩnh vực TTHS). BLDS đã chuyển vấn đề TNBT của Nhà nước sang Luật TNBT của Nhà nước và như vậy đã coi đây là Luật chung của TNBT của Nhà nước, nhưng Luật và Dự thảo sửa đổi đều theo hướng liệt kê những lĩnh vực được điều chỉnh nên chưa thể hiện là luật chung (chúng ta không liệt kê trường hợp được điều chỉnh trong luật chung). Nếu theo hướng chỉ loại trừ lĩnh vực “lập pháp và lập quy” như đề xuất của Bộ Tư pháp thì

10 Aldo Travi, *L'extension de la responsabilité de l'administration publique en Italie*, *Revue française d'administration publique* 2013/3 (N° 147), tr. 677 – 690.

11 Pascale Gonod, *Les tendances contemporaines de la responsabilité administrative en France et à l'étranger: quelles convergences?*, *Revue française d'administration publique* 2013/3 (N° 147), tr. 719 – 724.

phương án liệt kê những lĩnh vực được điều chỉnh như hiện nay trong Luật và Dự thảo sửa đổi là không thuyết phục, mà nên theo hướng liệt kê lĩnh vực được loại trừ như cách một số nước trên thế giới đã làm, và Thụy Sĩ là một ví dụ điển hình. Thụy Sĩ đã ban hành Luật về BTTH do người của Liên bang gây ra, Điều 1 của Luật này khẳng định: “Những quy định của Luật này được áp dụng cho tất cả những người có chức năng công vụ của Liên bang. Những người thuộc quân đội được miễn đối với hoàn cảnh quân đội của họ và đối với nghĩa vụ quân sự của họ”. Ở đây, Luật về BTTH của Thụy Sĩ quy định theo hướng tất cả thiệt hại do người thi hành công vụ gây ra thuộc phạm vi điều chỉnh của Luật (không liệt kê những trường hợp thuộc phạm vi điều chỉnh của Luật và đây là Luật chung về BTTH do người công vụ Liên bang gây ra), và chỉ loại trừ một số trường hợp người của quân đội gây thiệt hại liên quan đến nghĩa vụ quân sự. Vì vậy, nếu thống nhất với hướng đề nghị của Bộ Tư pháp là chỉ loại trừ lĩnh vực “lập pháp và lập quy”, thì nên không liệt kê những lĩnh vực thuộc phạm vi điều chỉnh, mà chỉ liệt kê lĩnh vực không thuộc phạm vi điều chỉnh, như cách mà Thụy Sĩ đã làm.

Nếu quy định theo hướng không loại trừ cả lĩnh vực “lập pháp và lập quy”, tức lĩnh vực nào cũng có thể làm phát sinh TNBT của Nhà nước khi người thi hành công vụ có hành vi trái pháp luật gây thiệt hại như đề xuất của Ủy ban Pháp luật Quốc hội, chúng ta càng không nên liệt kê như Luật và Dự thảo sửa đổi hiện nay. Trong trường hợp này, sẽ thuyết phục hơn nhiều khi theo hướng chỉ quy định “Luật này quy định TNBT của Nhà nước đối với cá nhân, tổ chức bị thiệt hại do người thi hành công vụ gây ra”, tức bỏ đoạn

“trong hoạt động quản lý hành chính, tổ tụng và THA”.

Trường hợp trong từng lĩnh vực

Luật và Dự thảo sửa đổi quy định theo hướng có các điều luật cụ thể liệt kê các trường hợp Nhà nước có TNBT trong hoạt động quản lý hành chính, các trường hợp Nhà nước có TNBT trong hoạt động TTTHS, các trường hợp Nhà nước có TNBT trong hoạt động TTDS và TTTC, các trường hợp Nhà nước có TNBT trong hoạt động THA hình sự và THA dân sự. Dự thảo sửa đổi không có quy định “quét” cho những trường hợp chưa được các điều luật trên liệt kê, tức TNBT của Nhà nước chỉ có thể phát sinh trong những trường hợp đã được liệt kê và trách nhiệm này không thể phát sinh trong những trường hợp chưa được liệt kê. Đây là nội dung cần được bàn luận thêm.

Trên thế giới, rất nhiều nước không có đạo luật riêng về TNBT của Nhà nước và họ chỉ cần khai thác những quy định chung về BTTH ngoài hợp đồng để quy TNBT của Nhà nước như trường hợp của Pháp¹² và của Bỉ¹³. Thụy Sĩ có Luật về TNBT của Nhà nước nhưng Luật này không có điều nào liệt kê những trường hợp làm phát sinh TNBT của Nhà nước. Điều đó có nghĩa là không cần quy định liệt kê chi tiết các trường hợp làm phát sinh TNBT thì vẫn có thể quy được TNBT của Nhà nước. Nhưng việc liệt kê chi tiết những trường hợp làm phát sinh TNBT của Nhà nước cũng có ưu điểm là làm cho việc vận dụng dễ dàng hơn đối với những trường hợp được liệt kê. Do đó, chúng tôi vẫn ủng hộ việc có các điều luật liệt kê những trường hợp, hành vi làm phát sinh TNBT của Nhà nước. Dự thảo sửa đổi đang theo hướng mở rộng những trường hợp làm phát sinh TNBT của Nhà nước

12 Xem Ph. Brun: *Responsabilité civile extracontractuelle*, Nxb. LexisNexis 2014.

13 Xem P. Van Ommeslaghe, *Le droit des obligations*, in *Collection Henri De Page*, t. II, vol. 2, Bruxelles, Bruylant 2013, phần số 849 và tiếp theo.

bằng cách bổ sung một số trường hợp chưa được liệt kê trong Luật và hướng này vẫn nên được duy trì.

Tuy nhiên, các điều luật liệt kê trên trong Dự thảo sửa đổi có nhược điểm lớn là không có điều khoản “quét” cho những trường hợp, hành vi chưa được liệt kê. Thực ra, các nhà làm luật không thể dự liệu hết được những trường hợp xứng đáng được bồi thường để đưa vào Luật, và khi không có điều khoản “quét” (điều khoản mở) thì sẽ dẫn đến cách hiểu là những trường hợp không được liệt kê sẽ không làm phát sinh TNBT của Nhà nước (tức quyền được bồi thường của người dân không được chấp nhận). Hướng này sẽ dẫn tới hệ quả là thường xuyên phải sửa đổi luật để cho phép những trường hợp chưa được liệt kê nhưng người bị xâm phạm (bởi hành vi trái pháp luật của người thi hành công vụ) xứng đáng được bồi thường, vì nếu không cho người dân được bồi thường xuất phát từ hành vi trái pháp luật của người thi hành công vụ thì người dân sẽ tìm cách phản ứng theo chiều hướng tiêu cực. Do đó, để hạn chế được những nhược điểm nêu trên, chúng ta nên đưa vào cuối các điều luật liệt kê những trường hợp, hành vi làm phát sinh TNBT của Nhà nước một quy định “quét” (quy định mở) cho phép người dân được bồi thường trong những trường hợp khác. Chẳng hạn, ở cuối mỗi điều luật liệt kê nêu trên có thể thêm quy định sau: “Các trường hợp được bồi thường khác do pháp luật quy định”.

Về khôi phục danh dự, uy tín

Điều 9 của Luật ghi nhận quyền được yêu cầu khôi phục danh dự. Khi đi vào cụ thể, Luật chỉ có quy định về khôi phục danh dự trong lĩnh vực TTHS tại Điều 51. Và trong lĩnh vực TTHS, không phải trong trường hợp nào, trách nhiệm khôi phục danh dự cũng phát sinh. Ở đây, khoản 1 Điều 51 quy định “người bị thiệt hại quy định tại các khoản 1¹⁴, 2¹⁵ và 3¹⁶ Điều 26 của Luật này hoặc người đại diện hợp pháp của họ có quyền yêu cầu khôi phục danh dự”. Điều 1 Dự thảo sửa đổi theo hướng mở rộng trường hợp Nhà nước phải khôi phục danh dự với nội dung là “Người bị thiệt hại trong hoạt động TTHS, công chức giữ chức vụ từ Tổng cục trưởng và tương đương trở xuống bị xử lý kỷ luật buộc thôi việc trái pháp luật, người bị áp dụng các biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng, cơ sở giáo dục bắt buộc, cơ sở cai nghiện bắt buộc thì được phục hồi danh dự”. Quy định này của Dự thảo sửa đổi kế thừa quy định trong Luật bằng cách bổ sung phần in nghiêng.

Dự thảo sửa đổi vẫn duy trì nhược điểm của Luật là liệt kê những trường hợp được khôi phục danh dự và các trường hợp nêu trên chỉ tập trung vào cá nhân. Đối với trường hợp chưa được liệt kê thì phải xử lý như thế nào? Trong thực tế, đối với lĩnh vực quản lý hành chính, có Tòa án đã buộc cơ quan có người có hành vi trái pháp luật như tiết lộ thông tin gây ảnh hưởng đến một công ty phải tiến hành xin lỗi để khôi phục

14 Đó là trường hợp “người bị tạm giữ mà có quyết định của cơ quan có thẩm quyền trong hoạt động TTHS huỷ bỏ quyết định tạm giữ vì người đó không thực hiện hành vi vi phạm pháp luật”.

15 Đó là trường hợp “người bị tạm giam, người đã chấp hành xong hoặc đang chấp hành hình phạt tù có thời hạn, tù chung thân, người đã bị kết án tử hình, người đã THA tử hình mà có bản án, quyết định của cơ quan có thẩm quyền trong hoạt động TTHS xác định người đó không thực hiện hành vi phạm tội”.

16 Đó là trường hợp “người bị khởi tố, truy tố, xét xử, THA không bị tạm giữ, tạm giam, thi hành hình phạt tù có thời hạn mà có bản án, quyết định của cơ quan có thẩm quyền trong hoạt động TTHS xác định người đó không thực hiện hành vi phạm tội”.

“uy tín” cho công ty này¹⁷. Tuy nhiên, có trường hợp Tòa án lại từ chối buộc khôi phục danh dự với lý do chưa được Luật quy định. Chẳng hạn, trước việc Thanh tra Sở Y tế tỉnh Quảng Trị ra quyết định xử phạt hành chính về an toàn thực phẩm, người bị xâm phạm yêu cầu được xin lỗi nhưng: “về yêu cầu Sở Y tế công khai xin lỗi, Hội đồng xét xử xét thấy rằng: Luật TNBT của Nhà nước không quy định khôi phục danh dự cho người bị thiệt hại do người thi hành công vụ gây ra trong hoạt động quản lý hành chính nên Hội đồng xét xử không chấp nhận yêu cầu này của nguyên đơn”¹⁸.

Điều 30 và 31 của Hiến pháp năm 2013 ghi nhận quyền được khôi phục danh dự và không giới hạn ở lĩnh vực nào, cũng không giới hạn chủ thể nào (cả cá nhân và tổ chức đều được bảo vệ), và có những trường hợp việc khôi phục danh dự cho các chủ thể là rất cần thiết nhưng lại chưa được Luật và Dự thảo sửa đổi quy định. Thực tế, khoản 1 Điều 34 BLDS năm 2015 còn khẳng định: “Danh dự, nhân phẩm, uy tín của cá nhân là bất khả xâm phạm và được pháp luật bảo vệ” và quy định này không giới hạn việc bảo vệ danh dự, uy tín ở bất kỳ lĩnh vực, ở bất kỳ trường hợp nào. Do đó, để bảo vệ danh dự của cá nhân và để bảo vệ uy tín của các tổ chức (tức nên bổ sung quy định về khôi phục uy tín của tổ chức như khôi phục danh dự của cá nhân) đồng thời để có sự thống nhất với BLDS, Dự thảo sửa đổi không nên theo hướng liệt kê những trường hợp được khôi phục danh dự (tức trường

hợp cá nhân được khôi phục danh dự), những trường hợp được khôi phục uy tín (tức những trường hợp tổ chức được khôi phục uy tín). Ở đây, Dự thảo sửa đổi chỉ nên tập trung vào cách thức khôi phục danh dự cho cá nhân, cách thức khôi phục uy tín cho tổ chức và trách nhiệm khôi phục này cần được áp dụng cho mọi trường hợp khi có việc xâm phạm của người thi hành công vụ (có hành vi trái pháp luật).

4. Kết luận

Luật và Dự thảo sửa đổi đều có nhược điểm là dùng phương pháp liệt kê những trường hợp làm phát sinh TNBT của Nhà nước (tức quyền được bồi thường của người bị xâm phạm).

Luật TNBT của Nhà nước nên được đổi mới về cách điều chỉnh phạm vi của nó để trở thành Luật chung về TNBT của Nhà nước đối với hành vi trái pháp luật của người thi hành công vụ như chính Điều 598 BLDS đã khẳng định: “Nhà nước có trách nhiệm BTTH do hành vi trái pháp luật của người thi hành công vụ gây ra theo quy định của Luật TNBT của Nhà nước”.

Để Luật và Dự thảo phù hợp với Hiến pháp (không hạn chế quyền được bồi thường ở bất kỳ lĩnh vực nào, bất kỳ trường hợp nào), và trước việc BLDS từ chối điều chỉnh, đồng thời khẳng định việc bồi thường do người thi hành công vụ gây ra do Luật TNBT điều chỉnh, cần có sự thay đổi như đã nêu trên để người dân được bồi thường trong những trường hợp họ hoàn toàn xứng đáng được bồi thường ■

17 Ví dụ, sau khi “xác định hành vi của Đội trưởng Đội Quản lý thị trường 3A thuộc Chi cục Quản lý thị trường TP. Hồ Chí Minh không đảm bảo bí mật thông tin trong khi thi hành công vụ là trái pháp luật” đối với Công ty Xuân Lan, Tòa án đã quyết định “buộc Đội Quản lý thị trường 3A thuộc Chi cục Quản lý thị trường Thành phố Hồ Chí Minh có văn bản chính thức xin lỗi Công ty Xuân Lan” (Bản án số 1792/2012/HC-ST, ngày 21-12-2012 của Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh).

18 Bản án số 09/2016/DSPT ngày 22/4/2016 của Tòa án nhân dân tỉnh Quảng Trị.

ĐIỀU TIẾT VÀ CÂN BẰNG LỢI ÍCH GIỮA NHÀ NƯỚC, CHỦ ĐẦU TƯ VÀ NGƯỜI DÂN KHI NHÀ NƯỚC THU HỒI ĐẤT

PHAN TRUNG HIỀN*

Từ sự phân tích lý luận và thực tiễn về vấn đề lợi ích, bài viết đề xuất những giải pháp cân bằng và điều tiết lợi ích khi Nhà nước thu hồi đất để phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng.

1. Cơ sở lý luận về lợi ích, điều tiết và cân bằng lợi ích khi Nhà nước thu hồi đất

1.1. Quan niệm về lợi ích, điều tiết và cân bằng lợi ích khi Nhà nước thu hồi đất

Nhà nước thu hồi đất là việc Nhà nước thu lại quyền sử dụng đất (QSDĐ) của người được Nhà nước trao QSDĐ hoặc thu lại đất của người sử dụng đất (SDĐ) vi phạm pháp luật đất đai (khoản 11 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013). Thu hồi đất có nhiều trường hợp như: thu hồi đất nhằm thực hiện quy hoạch, kế hoạch SDD, thu hồi đất do vi phạm pháp luật về đất đai và các trường hợp chấm dứt QSDĐ như người SDĐ tự nguyện trả lại đất... Trên thực tế, khi đề cập đến vấn đề cân bằng lợi ích khi Nhà nước thu hồi đất, chúng ta thường nhắc đến trường hợp Nhà nước thu hồi đất để thực hiện các dự án đầu tư nhằm ổn định và phát triển đất nước. Đó là trường hợp thu hồi đất để phát triển kinh

tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng được quy định tại Điều 62 Luật Đất đai năm 2013. Hoạt động này bắt đầu từ khi Nhà nước công bố quy hoạch, kế hoạch SDD đến khi quyết định thu hồi đất có hiệu lực và người có đất bị thu hồi đã bàn giao đất cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Lợi ích là “điều có ích, có lợi cho một đối tượng nào đó, trong mối quan hệ với đối tượng ấy”¹. Lợi ích khi Nhà nước thu hồi đất là một khái niệm tập hợp những ích lợi mà các bên mong muốn đạt đến khi tham gia vào quá trình lập kế hoạch SDD, thu hồi đất. Đây là những lợi ích được mang đến trong hoặc ngoài mong đợi của chủ thể. Ích lợi này có thể ở nhiều phương diện như: vật chất và tinh thần, trước mắt và lâu dài, lợi ích kinh tế và lợi ích xã hội, môi trường.

Điều tiết lợi ích nói chung là việc phân chia một lợi ích cho các chủ thể có cân nhắc

* PGS, TS. Phó trưởng Khoa Luật, Trường Đại học Cần Thơ.

¹ Hoàng Phê (chủ biên): Từ điển tiếng Việt, Trung tâm Từ điển học, Nxb. Đà Nẵng, 2006, tr. 753.

đến sự tương xứng và công bằng. *Điều tiết lợi ích* trong thu hồi đất và giải phóng mặt bằng là việc Nhà nước, thông qua pháp luật, cơ chế, chính sách để xác định các loại lợi ích trong quá trình thu hồi đất đối với các nhóm chủ thể; từ đó có những giải pháp bù đắp thiệt hại; cân nhắc giữa yếu tố “lợi” và “bất lợi” trong một dự án dưới nhiều góc độ về kinh tế, xã hội, môi trường; cân bằng giữa lợi ích các chủ thể khi một dự án hoàn thành. Đây là cơ sở để xây dựng hệ thống tiêu chí đánh giá dự án, thực hiện tốt hơn công bằng xã hội.

Cân bằng lợi ích là việc Nhà nước, thông qua pháp luật, cơ chế chính sách để giải quyết hài hoà mối quan hệ giữa lợi ích công cộng và lợi ích chính đáng của những người có đất bị thu hồi. Đây có thể được xem như là một nguyên tắc tối ưu cần phải được lựa chọn để bảo vệ lợi ích cho cả hai bên². Trên thực tế, cân bằng là một trạng thái trong một khoảng thời gian nhất định và trong một hoàn cảnh cụ thể. Ví dụ: Trong thời kỳ chiến tranh hay khủng hoảng kinh tế, lợi ích công cộng cần phải được nhấn mạnh hơn. Tuy nhiên, trong hòa bình, lợi ích công cộng là một trong những cách hiệu quả để hài hoà các lợi ích cá nhân của các tầng lớp khác nhau trong xã hội³.

1.2. Phân loại các lợi ích khi Nhà nước thu hồi đất

Dựa vào những căn cứ khác nhau có thể phân loại những nhóm lợi ích khác nhau.

Thứ nhất, căn cứ vào chủ thể được hưởng lợi ích. Trong hoạt động thu hồi đất và giải phóng mặt bằng có rất nhiều chủ thể tham gia; tuy nhiên, đứng về phương diện tổng thể thì có ba nhóm chủ thể sau đây:

i) *Nhà nước:* Thông qua các cơ quan nhà nước, những lợi ích mà dự án thu hồi đất mang lại được xác định trong các căn cứ thu hồi đất, mục đích thu hồi đất. Từ khi lập dự thảo, thẩm định, phê duyệt quy hoạch, kế hoạch SDD, các cơ quan nhà nước có thẩm quyền đã cân nhắc đến tất cả các yếu tố lợi ích về phương diện chính trị, kinh tế, văn hóa, xã hội... một khi thực hiện dự án. Các yếu tố này vẫn tiếp tục được xem xét trong quá trình phê duyệt những dự án phù hợp với kế hoạch SDD hàng năm cũng như giám sát kiểm tra việc thực hiện dự án, bảo đảm đúng với mục tiêu ban đầu.

ii) *Chủ đầu tư:* Chủ đầu tư là những người bỏ vốn ra để thực hiện dự án. Tùy vào từng mục tiêu của dự án mà chủ đầu tư có thể là Nhà nước, doanh nghiệp nhà nước, doanh nghiệp phi nhà nước hay các loại hình thương nhân... Trong đa số các trường hợp, mục tiêu đầu tiên mà một tổ chức kinh tế muốn trở thành chủ đầu tư cho dự án là vấn đề “lợi ích”, “sinh lời”. Nói cách khác, chủ đầu tư tìm thấy những điểm chung nhất định về lợi ích giữa kế hoạch SDD đã được xét duyệt tại một phạm vi địa bàn nhất định với dự án đầu tư mà mình dự kiến triển khai.

iii) *Người dân:* Nếu một dự án thực hiện mà không mang lại bất kỳ lợi ích nào cho người dân với tư cách cộng đồng thì không còn là một dự án có thu hồi đất đúng nghĩa nữa. Trực tiếp hay gián tiếp, một bộ phận lớn người dân phải được hưởng lợi nhất định từ dự án. Ví dụ: Dự án mở rộng đường phố sau khi thực hiện sẽ làm giảm ùn tắc giao thông, phục vụ tốt hơn cho nhu cầu đi lại của người dân, đặc biệt là người dân địa phương.

Tuy nhiên, giữa lợi ích chung lớn, có thể

2 Phan Trung Hiền: “Pháp luật về đền bù và giải phóng mặt bằng ở Việt Nam - Cân bằng giữa lợi ích Nhà nước và lợi ích người dân”, *Tạp chí khoa học Đại học Cần Thơ*, 2008, tr. 109-117.

3 Phan Trung Hiền: *The law of compulsory acquisition of land - Striking a balance Public and Private Interests in the United Kingdom and Viet Nam*, VDM, Verlag Dr. Muller, Germany, 2009, pp. 43-44.

có những thiệt hại nhỏ. Vấn đề đặt ra là một nhóm chủ thể chịu thiệt hại khi Nhà nước thu hồi đất, trong khi đó một nhóm nhỏ chủ thể khác lại được hưởng lợi ích cục bộ. Ví dụ: Khi thực hiện dự án mở rộng đường phố, có một bộ phận dân cư chịu thiệt hại do phải di chuyển nhà cửa, phải dời các cơ sở kinh doanh... Trong khi đó, sau khi giải phóng mặt bằng thì nhà ở của một số hộ dân trở thành nhà mặt tiền với giá trị bất động sản tăng cao. Như vậy, lợi ích này cần được điều tiết hiệu quả khi đặt trong mối quan hệ so sánh giữa các chủ thể bị thiệt hại và các chủ thể được hưởng lợi.

Thứ hai, căn cứ vào tính pháp lý của lợi ích, ta có thể phân chia thành các nhóm:

i) Lợi ích hợp pháp là những lợi ích có căn cứ pháp luật. Các chủ thể hưởng lợi ích đã được pháp luật ghi nhận bằng các quyền pháp lý. Các quyền này thông thường gắn kết với các nghĩa vụ cụ thể theo quy định của pháp luật. Ví dụ, khi đầu tư vào dự án xây dựng kết cấu hạ tầng, chủ đầu tư được phép thu phí để bù đắp chi phí đã đầu tư cũng như thu lợi nhuận thông qua việc đầu tư. Tuy nhiên, bên cạnh lợi ích, chủ thể có nghĩa vụ phải thực hiện dự án đúng tiến độ vì nếu chậm tiến độ thì sẽ bị thu hồi đất do dự án chậm đưa đất vào sử dụng⁴.

ii) Lợi ích bất hợp pháp hoặc có khả năng dẫn đến việc sử dụng bất hợp pháp: Lợi ích bất hợp pháp là những lợi ích hoàn toàn không có căn cứ pháp luật, trái với những quy định của pháp luật hiện hành. Ngoài ra, có một số trường hợp tiềm ẩn khả năng phát sinh việc thu lợi bất hợp pháp. Ví dụ, sau khi giải phóng mặt bằng, một số hộ gia đình còn lại diện tích đất dưới mức quy

định về diện tích tối thiểu. Tuy nhiên, các hộ dân này đề nghị giữ diện tích đất đó lại⁵ và sau đó họ lấn chiếm không gian, xây nhà “siêu mỏng”, “siêu nhỏ” không phép hoặc sai phép để kinh doanh, buôn bán...

iii) Lợi ích chưa xác định tính pháp lý: Ngoài những lợi ích hợp pháp và bất hợp pháp, còn những lợi ích mà pháp luật chưa quy định rõ. Đây có thể xem là những lợi ích cần điều tiết trong quá trình giải phóng mặt bằng. Ví dụ, sau khi thu hồi đất, phần tài sản còn lại như: gỗ từ các cây phải chặt hạ, vật liệu xây dựng cũ sau khi bị tháo dỡ... là những tài sản chưa được quy định về quyền sở hữu. Về nguyên tắc, sau khi người dân nhận tiền bồi thường thì tài sản đó không còn là của người dân nhưng trên thực tế thì người dân chủ động khai thác các khối tài sản này. Tất nhiên, đối với tài sản thông thường thì lợi ích không nhiều, nhưng trường hợp đối với những cây gỗ quý... thì có thể phát sinh bất đồng, mâu thuẫn. Hơn nữa, việc giữ nguyên hiện trạng còn là “căn cứ” để tổ chức làm nhiệm vụ bồi thường và giải phóng mặt bằng kiểm tra lại tính xác thực của các tài sản đã được thanh toán tiền bồi thường theo kết quả kiểm đếm trước đó. Vì vậy, đây là những lợi ích cần phải có quy định.

2. Những bất cập trong quá trình xác định lợi ích và điều tiết lợi ích liên quan đến thu hồi đất

2.1. Bất động sản tăng lên nhờ dự án: Lợi ích chưa được điều tiết

Thực tế cho thấy, có rất nhiều trường hợp sau khi Nhà nước mở đường mới hoặc nâng cấp giao thông thì một bộ phận người dân có bất động sản được “ra mặt tiền”, dẫn

⁴ Xem Điều 58, điểm i khoản 1 Điều 64 Luật Đất đai năm 2013; Điều 14, Điều 15 Nghị định số 47/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 của Chính phủ quy định về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất.

⁵ Thông tư số 37/2014/TT-BTNMT ngày 30/6/2014 của Bộ Tài nguyên và Môi trường quy định chi tiết về bồi thường, hỗ trợ tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất: “Những trường hợp diện tích còn lại của thửa đất có nhà bị thu hồi không đủ điều kiện được tách thửa theo quy định của UBND tỉnh nơi có đất bị thu hồi thì cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định thu hồi hoặc người SDD được tiếp tục sử dụng phần diện tích còn lại theo quy hoạch, kế hoạch SDD của địa phương”.

đến giá trị bất động sản tăng cao hơn nhiều so với trước khi thực hiện dự án. Trong một số trường hợp, nếu so sánh giá trị bất động sản trước và sau khi bị thu hồi đất thì sẽ thấy giá trị bất động sản đã tăng lên gấp nhiều lần, thậm chí có khi vài chục lần, lớn hơn rất nhiều so với diện tích đất bị thiệt hại do Nhà nước thu hồi. Trong khi đó, các hộ dân có diện tích đất bị thu hồi nhỏ, hoàn toàn không ảnh hưởng đến nhà ở, công trình xây dựng nhưng Nhà nước vẫn phải tốn chi phí để bồi thường về đất mặc dù về tổng thể, giá trị thửa đất của họ được tăng lên gấp nhiều lần.

2.2. Diện tích đất còn lại sau khi Nhà nước thu hồi: Chưa có giải pháp phòng ngừa, hạn chế những lợi ích bất hợp pháp phát sinh

Điều 4 Thông tư số 37/2014/TT-BTNMT⁶ của Bộ Tài nguyên và Môi trường quy định: Trường hợp phần diện tích còn lại của thửa đất có nhà ở bị thu hồi không đủ điều kiện được tách thửa theo quy định của UBND cấp tỉnh nơi có đất bị thu hồi thì cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định thu hồi hoặc người SDD được tiếp tục sử dụng phần diện tích đất còn lại theo quy hoạch, kế hoạch SDD. Về cơ bản, quy định này có nhiều điểm tương đồng so với quy định trước đây⁷.

Trên thực tế, người có đất bị thu hồi thường chọn giải pháp giữ lại đất và rất nhiều trường hợp coi nói xây dựng trái phép,

sai phép để tận dụng diện tích mặt bằng “mặt tiền” dẫn đến việc xây dựng các loại công trình “siêu mỏng”, “siêu méo”. Tất nhiên, những trường hợp thu lợi bất chính thì cần phải thực thi nghiêm các chế tài tương thích theo quy định của pháp luật⁸.

2.3. Vấn đề bồi thường, hỗ trợ: Chưa đảm bảo lợi ích lâu dài cho người có đất bị thu hồi

Đất nông nghiệp là tư liệu sản xuất, nhưng tiền thì không mặc nhiên được xem là tư liệu sản xuất. Chính vì vậy, mặc dù định mức hỗ trợ nghề nghiệp khá cao⁹, song bản chất của việc hỗ trợ bằng tiền đôi khi không đạt được mục đích là đào tạo, chuyển đổi nghề đối với các hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất nông nghiệp. Hiện tại, ở các cơ quan thuộc ngành lao động, thương binh và xã hội chưa có cơ chế riêng để giải quyết việc làm cho các đối tượng mất nghề do bị thu hồi đất. Hầu hết các địa phương có thể báo cáo chi tiết số liệu bao nhiêu lao động được đào tạo nhưng rất ít địa phương có thể nắm rõ bao nhiêu lao động đã được đào tạo nay có việc làm ổn định¹⁰.

Ngoài ra, việc bồi thường, hỗ trợ được thực hiện theo phương thức nhận tiền một lần, sau đó nhà đầu tư và những người bị thu hồi đất không còn liên quan gì đến nhau nữa. Cách làm này tạo nên cảm giác của những người bị thu hồi đất là mình bị đứng ngoài công cuộc phát triển sau khi phải “bán đất”

6 Thông tư 37/2014/TT-BTNMT ngày 30/6/2014 của Bộ trưởng Bộ Tài nguyên và Môi trường quy định chi tiết về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất.

7 Khoản 1 Điều 14 Nghị định số 197/2004/NĐ-CP (nay đã hết hiệu lực): Trường hợp diện tích đất ở còn lại của người SDD sau khi Nhà nước thu hồi nhỏ hơn hạn mức giao đất ở theo quy định của địa phương, thì cơ quan nhà nước có thẩm quyền phải hướng dẫn sử dụng theo quy hoạch chi tiết xây dựng đô thị và quy hoạch điểm dân cư nông thôn; nếu người bị thu hồi đất có yêu cầu Nhà nước thu hồi phần diện tích đất còn lại thì cơ quan nhà nước có thẩm quyền thu hồi đất để sử dụng theo quy hoạch chi tiết xây dựng đô thị và quy hoạch xây dựng điểm dân cư nông thôn.

8 Xem Nghị định số 102/2014/NĐ-CP ngày 10/11/2014 của Chính phủ về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai và Nghị định số 121/2013/NĐ-CP ngày 10/10/2013 của Chính phủ về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực xây dựng.

9 Theo khoản 1 Điều 20 Nghị định số 47/2014/NĐ-CP của Chính phủ quy định về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất thì định mức hỗ trợ đào tạo, chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc làm được tính như sau: “Hỗ trợ bằng tiền không quá 5 lần giá đất nông nghiệp cùng loại trong bảng giá đất của địa phương đối với toàn bộ diện tích đất nông nghiệp bị thu hồi...”

10 Phan Trung Hiền, Những điều cần biết về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất, Tlđđ, tr. 181.

giá rẻ cho nhà đầu tư, họ không những không được hưởng lợi ích gì từ dự án đầu tư mà còn bị thiệt hại lợi ích khi bị thu hồi đất. Cảm giác này dễ dẫn tới sự bất bình khi họ thấy giá trị mà mình được bồi thường thấp hơn giá trị đất đai trên thị trường, trong khi nhà đầu tư lại kiếm được siêu lợi nhuận từ đất. Đây chính là nguyên nhân dẫn tới tình trạng khiếu nại, kiện cáo nhiều của người dân về đất đai¹¹. Mặt khác, để người nông dân nghèo nhận một số tiền lớn cùng lúc, trong nhiều trường hợp, chưa phải là giải pháp tối ưu. Vì có thể, sau khi tiêu dùng hết số tiền bồi thường, hỗ trợ, người dân sẽ không còn tư liệu sản xuất, dẫn đến nghèo đói... Đây là bài toán cân bằng lợi ích trước mắt và lợi ích lâu dài của người nông dân có đất bị thu hồi đặt ra cho các cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Ví dụ, nhiều ý kiến của cử tri - được nêu tại kỳ họp thứ 8, Quốc hội khóa XIII (tháng 6/2015) - đã cho rằng, công tác đào tạo nghề và chuyển đổi nghề nghiệp chưa hiệu quả, sau đào tạo người lao động vẫn khó tìm việc làm, tỷ lệ có việc làm sau khi học nghề rất thấp; công tác chuyển đổi nghề và giải quyết việc làm cho người dân, nhất là đối với người dân bị mất đất sản xuất thiếu tính đa dạng, chưa phù hợp với điều kiện thực tiễn của địa phương và phong tục, tập quán của người dân¹².

Ngoài ra, theo quy định, trong quá trình xác định giá đất để bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất, chỉ có các cơ quan hành chính và các đơn vị trực thuộc cơ quan này là chủ thể yêu cầu định giá và quyết định giá đất bồi thường¹³. Rõ ràng, pháp luật nước ta đang thiếu các quy định về chủ thể thứ ba

có thể điều tiết, cân bằng lợi ích xung quanh vấn đề giá đất.

2.4. Tái định cư cho người có đất bị thu hồi: Lợi ích lâu dài chưa đến đúng đối tượng

Luật Đất đai năm 2013 đã có những quy định nhằm hoàn thiện các điều kiện tại khu tái định cư cho người dân như: “Khu tái định cư tập trung phải xây dựng cơ sở hạ tầng đồng bộ, bảo đảm tiêu chuẩn, quy chuẩn xây dựng, phù hợp với điều kiện, phong tục, tập quán của từng vùng miền. Việc thu hồi đất chỉ được thực hiện sau khi hoàn thành xây dựng nhà ở hoặc cơ sở hạ tầng của khu tái định cư” (Điều 85). Tuy nhiên, trong quá trình thực thi pháp luật về tái định cư, thường có một số vướng mắc phát sinh như khu tái định cư không bảo đảm điện, nước, đường nội bộ... để tái lập cuộc sống hoặc khu tái định cư chưa được xây dựng hoàn chỉnh trong thời điểm người dân phải di chuyển đến nơi ở mới. Mặt khác, một số khu tái định cư không phù hợp với điều kiện, phong tục, tập quán của từng vùng, miền. Đó là chưa kể tình trạng thiếu đất canh tác, thiếu nước... gây ra khó khăn cho người dân tại khu tái định cư.

Đơn cử, nhiều ý kiến của cử tri - được nêu tại kỳ họp thứ 8, Quốc hội khóa XIII (tháng 6/2015) - đã đề cập đến việc tỷ lệ hộ nghèo tại các khu tái định cư vẫn còn cao và cao hơn tỷ lệ hộ nghèo bình quân ở các địa phương, như các hộ dân tái định cư thuộc thủy điện Bản Vẽ (Nghệ An) với hơn 74% hộ nghèo, Plei Krong (Kon Tum) 65,13%, Khe Bó (Nghệ An) 60%, An Khê-Ka Năk (Gia Lai) 56%, Đăk Rinh (Quảng Ngãi) 49%, Huội Quảng (Lai Châu) 39,09%, Hòa Bình 36%... Thu nhập của người dân tái

11 Đặng Hùng Võ, “Cơ chế Nhà nước thu hồi đất và giải quyết bồi thường, hỗ trợ cho người bị thu hồi đất dưới góc nhìn của kinh nghiệm quốc tế”, Kỷ yếu Hội thảo “Xác định khó khăn và đề xuất giải pháp khi thu hồi đất thực hiện các dự án đầu tư xây dựng trên địa bàn thành phố Cần Thơ”, Cần Thơ, tháng 4/2013.

12 Xuân Hải, “Tỷ lệ hộ nghèo của các hộ dân tái định cư thủy điện Bản Vẽ chiếm hơn 74%”, Báo Lao động, <http://laodong.com.vn/chinh-tri/ty-le-ho-ngheo-cua-cac-ho-dan-tai-dinh-cu-thuy-dien-ban-ve-chiem-hon-74-340268.blđ> [truy cập ngày 04/5/2015].

13 Xem khoản 3 Điều 114 Luật Đất đai năm 2013.

định cư chủ yếu vẫn dựa vào sản xuất nông nghiệp, nhưng nhiều nơi còn thiếu đất canh tác, đất xấu, thiếu khả năng đầu tư thâm canh¹⁴.

Do vậy, rất nhiều người dân thuộc diện tái định cư đã không vào sống tại khu tái định cư. Tình trạng này đi ngược lại mục tiêu ban đầu của Đảng và Nhà nước ta là xây dựng khu tái định cư phục vụ cho người dân có đất bị thu hồi, vì các lợi ích từ khu tái định cư chưa được đảm bảo.

2.5. Thời điểm chi trả tiền bồi thường: Lợi ích cần được điều tiết, cân bằng

Một trong những điểm mới của Luật Đất đai năm 2013 là quy định về thời hạn chi trả tiền bồi thường. Tuy nhiên, pháp luật quy định thời hạn trả tiền bồi thường trong vòng 30 ngày mà không quy định mức trả tiền bồi thường trong thời hạn tối thiểu phải bằng bao nhiêu phần trăm. Chẳng hạn như Luật không quy định: trong thời hạn 30 ngày phải trả ít nhất là 50% hay 70% số tiền bồi thường, hỗ trợ... Chính vì vậy, có thể cơ quan làm nhiệm vụ bồi thường chỉ chi trả một phần nhỏ trong tổng số tiền bồi thường và chấp nhận chịu phạt. Hiện nay, mức phạt do chậm nộp từ ngày 01/01/2015 theo quy định của Luật Quản lý thuế và các văn bản hướng dẫn thi hành là 0,05%/ ngày tính trên số tiền thuế chậm nộp¹⁵. Mức này nhìn chung là không cao và thực tế đã có nhiều chủ đầu tư chậm ứng vốn trong việc chi trả tiền bồi thường, chấp nhận chịu phạt.

Hơn nữa, trong trường hợp người SDD không chịu nhận tiền bồi thường, phổ biến nhất là do giá đất bồi thường thấp, không phù hợp với giá thị trường, thì Luật Đất đai năm 2013 quy định là phải gửi số tiền đó vào tài khoản tạm giữ của Kho bạc Nhà nước. Trong trường hợp này, số tiền này không thay đổi qua thời gian bởi vì Kho bạc

Nhà nước không có chế độ lãi suất cho người có đất bị thu hồi. Tất nhiên, quy định này cũng có điểm tiến bộ vì số tiền gửi rõ ràng, minh bạch. Tuy nhiên, kết quả của việc không đồng ý về số tiền bồi thường (mà chủ yếu là do vấn đề giá đất) thì sau một khoảng thời gian trượt giá, họ vẫn nhận lại đúng số tiền như ban đầu. Trong khi đó, Nghị định số 84/2007/NĐ-CP trước đây (đã hết hiệu lực) quy định: “Tổ chức làm nhiệm vụ bồi thường, giải phóng mặt bằng chuyển khoản tiền chi trả vào tài khoản riêng mở tại Ngân hàng”. Nếu quy định này nói rõ là phải gửi vào Ngân hàng nào trên địa bàn và tiền lãi sẽ nhập vào vốn của tài khoản tiền gửi thì trong trường hợp này, người có đất bị thu hồi nhưng chưa chịu nhận tiền bồi thường có cơ hội nhận được số tiền cao hơn do lãi suất ngân hàng từ số tiền “của chính mình” phát sinh từ trong tài khoản đó.

3. Nguyên nhân và các giải pháp đề xuất

Có nhiều nguyên nhân chủ quan và khách quan dẫn đến những bất cập nêu trên, song có thể thấy một vài nguyên nhân cơ bản như sau:

Thứ nhất, pháp luật chưa xác định đầy đủ quyền và nghĩa vụ pháp lý của từng nhóm chủ thể khi tham gia vào hoạt động giải phóng mặt bằng. Các quy định này lại tản mát và tồn tại chủ yếu trong các văn bản dưới luật.

Thứ hai, thiếu cơ chế kiểm tra, giám sát để bảo đảm thực hiện triệt để các nguyên tắc công khai, công bằng, bình đẳng trong suốt quá trình từ lập kế hoạch SDD đến thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư...

Thứ ba, chưa nhìn nhận hoạt động thu hồi đất, giải phóng mặt bằng như một vấn đề độc lập mà “lồng ghép” trong các quy định của pháp luật về đất đai, dẫn đến việc không thể bao quát tất cả các mặt của vấn

14 Xuân Hải: “Tỷ lệ hộ nghèo của các hộ dân tái định cư thủy điện bản Vẽ chiếm hơn 74%”, ttdđ.

15 Xem khoản 7 Điều 5 Nghị định số 12/2015/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của các Luật về Thuế và sửa đổi, bổ sung một số điều của các Nghị định về Thuế.

đề. Chúng ta chưa có quy định về đánh giá hiệu quả của dự án thu hồi đất.

Dựa trên những bất cập và nguyên nhân dẫn đến bất cập, chúng tôi có một số đề xuất như sau:

Một là, xác định rõ và minh bạch hóa quyền và nghĩa vụ của chủ đầu tư, đặc biệt là trong mối quan hệ với các cơ quan nhà nước: (i) xác định nguyên tắc tính giá đất thu tiền SĐĐ khi Nhà nước giao đất, cho thuê đất nhằm thực hiện dự án cho chủ đầu tư có cân đối với giá đất tính bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất; (ii) xác định trách nhiệm của các cơ quan nhà nước khi chậm giao đất cho chủ đầu tư trong trường hợp chủ đầu tư đã ứng vốn để thực hiện dự án.

Hai là, bảo đảm công bằng và minh bạch các quyền và nghĩa vụ của người dân trong thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư: (i) để việc bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất bảo đảm dân chủ, công khai, khách quan, công bằng và đúng quy định của pháp luật thì cần tách thẩm quyền giao đất và định giá đất ra hai cơ quan chuyên biệt hoặc giao cho cơ quan thứ ba có thẩm quyền độc lập xem xét lại quá trình định giá đất của cơ quan định giá đất¹⁶. Mặt khác, nên quy định chặt chẽ việc gửi tiền bồi thường vào Ngân hàng và xác định chính xác hệ thống ngân hàng được gửi. Theo lẽ công bằng, từ thời điểm cơ quan nhà nước tiếp nhận đất đai cũng là thời điểm mà tiền bồi thường đã thuộc về người dân, dù họ nhận hay chưa nhận tiền, nên phải quy định cho họ hưởng lãi suất đó; (ii) cần phải “tổ chức thực hiện có hiệu quả phương án đào tạo nghề, tạo việc làm, tổ chức lại sản xuất và bảo đảm đời sống của nhân dân ở

khu vực có đất bị thu hồi. Nghiên cứu phương thức chi trả tiền bồi thường, hỗ trợ để bảo đảm ổn định đời sống lâu dài cho người có đất bị thu hồi”¹⁷. Trong các tiêu chí đánh giá hiệu quả của dự án phải có tiêu chí báo cáo về số lượng người dân mất đất nông nghiệp được đào tạo và được giải quyết việc làm ổn định. Những người bị thu hồi đất phải được gắn quyền lợi với các dự án đầu tư, không bị đứng ngoài các dự án đầu tư dưới dạng có thể cho thuê đất, có thể góp vốn bằng đất, có thể được bồi thường bằng đất phi nông nghiệp trong dự án đầu tư; (iii) vấn đề tái định cư được thực hiện theo các mục tiêu¹⁸ như: tổ chức tốt việc tái định cư cho cả một cộng đồng dân cư gắn với môi trường sống, việc làm, các sinh hoạt cộng đồng liên quan đến tập quán, văn hóa, tâm linh; bảo đảm quyền được hưởng lợi của địa phương, cộng đồng từ thuế, phí và được hưởng giá ưu đãi mua sản phẩm của dự án; sự gắn kết lâu dài giữa dự án và cộng đồng dân cư tại địa phương nhằm bảo đảm tính bình đẳng, tự chủ giữa hai bên với sự gắn kết quyền lợi lâu dài.

*Ba là, xây dựng cơ chế, chính sách theo hướng cân bằng, chia sẻ lợi ích*¹⁹. Nguyên tắc chia sẻ lợi ích cần được phân ra thành hai thành phần: chia sẻ lợi ích bằng tiền và chia sẻ lợi ích không bằng tiền và phải tính tới cơ chế chia sẻ những lợi ích lâu dài. Cơ chế chia sẻ lợi ích bằng tiền dài hạn được đưa ra với các mục tiêu: thứ nhất là tạo cơ chế bồi thường bổ sung dài hạn cho dân cư bị thiệt hại; thứ hai là tạo nên nguồn vốn để phát triển cho địa phương; thứ ba là tạo nên quan hệ đối tác dài hạn giữa nhà đầu tư và cộng đồng dân cư địa phương dựa trên việc chia sẻ tiền thuê tài nguyên của dự án.

16 Phan Trung Hiền, Những điều cần biết về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất, Sđd, tr. 258.

17 Nghị quyết số 19-NQ/TW ngày 31/10/2012 Hội nghị lần thứ sáu Ban chấp hành Trung ương Đảng khóa XI về tiếp tục đổi mới chính sách, pháp luật về đất đai trong thời kỳ đẩy mạnh toàn diện công cuộc đổi mới, tạo nền tảng để đến năm 2020 nước ta cơ bản trở thành nước công nghiệp theo hướng hiện đại.

18 Đặng Hùng Võ, “Cơ chế Nhà nước thu hồi đất và giải quyết bồi thường, hỗ trợ cho người bị thu hồi đất dưới góc nhìn của kinh nghiệm quốc tế”, tđd.

19 Đặng Hùng Võ, “Cơ chế Nhà nước thu hồi đất và giải quyết bồi thường, hỗ trợ cho người bị thu hồi đất dưới góc nhìn của kinh nghiệm quốc tế”, tđd.

Bón là, giải quyết trường hợp thu lợi từ bất động sản sau khi thu hồi đất. Trong điều kiện hiện nay, đối với các trường hợp mở rộng đường, dẫn đến một số hộ dân có bất động sản được ra mặt tiền, thì cần phải đảm bảo một số nguyên tắc sau:

- Vận dụng quy định của Luật Đất đai năm 2013: “Đối với dự án hạ tầng kỹ thuật, xây dựng, chỉnh trang đô thị, khu dân cư nông thôn thì phải đồng thời xác định vị trí, diện tích đất thu hồi trong vùng phụ cận để đấu giá QSDĐ thực hiện dự án nhà ở, thương mại, dịch vụ, sản xuất, kinh doanh”²⁰. Việc thu hồi đất ở vùng phụ cận, nếu thực hiện đúng mục tiêu và quy định, có thể tạo nguồn thu lớn, góp phần giải quyết vấn đề vốn cho công tác giải phóng mặt bằng.

- Trên cơ sở đó, có thể áp dụng phương án là các hộ dân ở mặt tiền sẽ lùi vào ngay phía sau thửa đất và các hộ dân ở trong hẻm, phía sau mặt tiền chuyển vào các khu tái định cư. Điều này một mặt vừa ổn định được địa bàn, mặt khác sẽ tiết kiệm được hàng nghìn tỷ đồng cho các dự án mở rộng đường sá. Tuy nhiên, để thực hiện được điều này, cần lưu ý về việc thống nhất cơ chế thực hiện, có tuyên truyền, vận động để tạo sự đồng thuận chung và bảo đảm quyền lợi hợp pháp của người dân liên quan²¹.

- Đối với các trường hợp giá trị bất động sản tăng lên sau giải phóng mặt bằng như: nhà ra mặt tiền, bị thu hồi diện tích nhỏ nhưng giá trị bất động sản tăng lên rất lớn... thì cần phải có sự điều tiết của Nhà nước. Trong trường hợp này, pháp luật của Anh Quốc chỉ bồi thường khi tổng giá trị tăng lên của giá trị bất động sản nhỏ hơn thiệt hại về

đất khi giải phóng mặt bằng. Ngược lại, các trường hợp giá trị bất động sản tăng cao hơn hoặc bằng thiệt hại về đất thì không phải bồi thường. Nếu làm được điều này thì các dự án mở rộng lộ giới, mở rộng con hẻm có thể “tiết kiệm” cho Nhà nước hàng chục tỷ đồng trên mỗi dự án. Tất nhiên, để thực hiện điều này thì phải có lộ trình, mà quan trọng nhất vẫn là bảo đảm công khai, minh bạch, phổ biến, tuyên truyền cũng như thực hiện thống nhất, đồng bộ các quy định và ổn định giá cả thị trường bất động sản²².

Năm là, hạn chế việc tạo ra nhà “siêu mỏng, siêu méo”: (i) nên chọn giải pháp thu hồi đất theo quy hoạch như thành phố Đà Nẵng, thay vì theo dự án như các tỉnh thành khác. Khi bài toán quy hoạch được đặt ra ở mức tổng thể thì việc chỉnh trang đô thị sẽ bài bản hơn, có tầm nhìn xa hơn, đảm bảo hài hòa các lợi ích chung, tránh trường hợp “băm nát” đô thị để “chạy theo” các dự án. Lưu ý rằng, đây là trách nhiệm của các cơ quan nhà nước bởi chủ đầu tư thông thường chỉ quan tâm đến lợi ích từ dự án của mình mang lại hơn là quan tâm đến quy hoạch, tổng thể chung. (ii) khi tiến hành dự án nên thu hồi cả “các vùng phụ cận để đấu giá QSDĐ thực hiện dự án nhà ở, thương mại, dịch vụ, sản xuất, kinh doanh”²³; (iii) pháp luật phải xác định rõ việc xử lý các diện tích còn lại “dưới mức tối thiểu tách thửa” là trách nhiệm của các cơ quan hữu quan trên địa bàn địa phương, mà đầu mối là UBND dưới sự tham mưu của các cơ quan quản lý quy hoạch, xây dựng và quản lý đất đai. Nên quy định theo hướng cơ quan nhà nước vận động các hộ dân chuyển nhượng cho các hộ liền kề. Nếu

20 Khoản 4 Điều 40 Luật Đất đai năm 2013.

21 Phan Trung Hiền, Báo cáo tổng hợp đề tài khoa học cấp tỉnh: Nghiên cứu giải quyết những khó khăn trong giải phóng mặt bằng khi thực hiện các dự án đầu tư xây dựng trên địa bàn thành phố Cần Thơ, Sở Khoa học và Công nghệ thành phố Cần Thơ, 10/2013, tr. 208.

22 Hùng Long, “Nhiều thiệt hại phát sinh sau và ngoài quyết định thu hồi đất”, Báo Tài nguyên và Môi trường, Bộ Tài nguyên và Môi trường, <http://baotainguyenmoitruong.vn/tai-nguyen-va-cuoc-cuong/dat-dai/201507/nhiều-thiệt-hại-phát-sinh-sau-va-ngoài-quyết-dinh-thu-hồi-dat-597543/> [truy cập ngày 15/7/2015].

23 Khoản 4 Điều 40 Luật Đất đai năm 2013.

không tự chuyển nhượng được trong thời hạn do pháp luật quy định thì cơ quan nhà nước phải thu hồi và quản lý. Tùy theo từng vị trí, diện tích mà chúng ta có những cách thức quy hoạch sử dụng thích hợp như bố trí sử dụng thành nhà chờ xe buýt, công viên nhỏ, đồi xanh, nhà vệ sinh công cộng...

Sáu là, kiểm tra, giám sát và xử lý nghiêm các hành vi vi phạm pháp luật. Cần có sự phân công rành mạch, giao quyền và trách nhiệm cụ thể đối với các cấp, các ngành, đồng thời có cơ chế kiểm tra, giám sát việc thực hiện giải phóng mặt bằng đối với các cơ quan ban ngành có liên quan, kể cả ở cấp huyện và cấp xã. Trước hết, phải xử lý nghiêm những hành vi trồng cây, xây nhà đón đầu quy hoạch. Cần xử lý những hành vi chuyển mục đích SDD trái phép và xây dựng nhà trái phép²⁴, mặt khác, cần bổ sung trong pháp luật các hình thức xử lý đối với trường hợp trồng cây, thả cá, đắp mồi... nhằm mục đích “tăng” tiền bồi thường trái pháp luật. Đồng thời, cần tăng cường giám sát đội ngũ cán bộ, công chức thực thi nhiệm vụ trong quản lý đất đai; xử lý nghiêm các trường hợp nhùng nhịu, gây phiền hà cho người dân và doanh nghiệp; tạo cơ chế cho người dân phản ánh tình trạng cán bộ, công chức cố tình nhùng nhịu. Nên lập những đoàn kiểm tra thường xuyên và đột xuất, trực tiếp xuống cơ sở, thị sát dự án và tiếp xúc với một số hộ gia đình có đất bị thu hồi, đặc biệt là tại các dự án kéo dài, có nhiều đơn khiếu nại, tố cáo, có khả năng thành điểm nóng; thành lập tổ giải quyết điểm nóng tại dự án với các cán bộ chuyên môn và có kỹ năng, kinh nghiệm. Từ đó, phải xử lý nghiêm những hành vi vi phạm pháp luật và công khai, minh bạch kết quả giải quyết này.

Tóm lại, việc giải phóng mặt bằng mỗi

nơi, mỗi thời điểm, mỗi dự án có thể có những cách làm không hoàn toàn giống nhau, song mục đích cuối cùng vẫn là phát triển hệ thống kết cấu hạ tầng, chỉnh trang đô thị, quy hoạch và bố trí lại các khu dân cư, tạo tiền đề để phát triển kinh tế - xã hội. Muốn đạt được điều này, trước hết phải xác định các lợi ích đan xen sao cho việc lập quy hoạch, kế hoạch SDD, việc tiến hành các dự án đạt được hiệu quả tối ưu. Nghị quyết của Đảng đã chỉ ra rằng: “bảo đảm hài hoà lợi ích của Nhà nước, của người SDD và của nhà đầu tư; bảo đảm cho thị trường bất động sản, trong đó có QSDĐ phát triển lành mạnh, ngăn chặn tình trạng đầu cơ. Sử dụng có hiệu quả các công cụ về giá, thuế trong quản lý đất đai nhằm khắc phục tình trạng lãng phí, tham nhũng, khiếu kiện”²⁵

Quốc hội - cơ quan quyền lực nhà nước tối cao, cơ quan đại diện cho tiếng nói của quần chúng nhân dân - là cơ quan có đầy đủ điều kiện và thẩm quyền để nhìn nhận, xác định, điều tiết và cân bằng lợi ích trong hoạt động thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư. Chúng tôi đề nghị Quốc hội nên có lộ trình xây dựng Luật về Bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất. Khi đó, những điểm chung của các lợi ích chính đáng được nhận diện theo hướng vừa có lợi cho Nhà nước, cho chủ đầu tư và cho cả người dân; còn những “tư lợi”, “lợi ích nhóm”, sẽ được hạn chế, điều tiết đến mức tối đa. Đồng thời, cần thiết lập bộ tiêu chuẩn đánh giá dự án, bao gồm các tiêu chí như: mức độ cải thiện cuộc sống tại nơi tái định cư, vấn đề chuyển đổi nghề nghiệp và hiệu quả của hoạt động tạo việc làm mới cũng như tác động của dự án đối với sự phát triển kinh tế - xã hội của địa phương và của nền kinh tế quốc gia ■

24 Xem Nghị định số 102/2014/NĐ-CP ngày 10/11/2014 của Chính phủ về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai và Nghị định số 121/2013/NĐ-CP ngày 10/10/2013 của Chính phủ về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực xây dựng.

25 Nghị quyết số 19-NQ/TW ngày 31/10/2012 Hội nghị lần thứ sáu Ban chấp hành Trung ương Đảng khóa XI về tiếp tục đổi mới chính sách, pháp luật về đất đai trong thời kỳ đẩy mạnh toàn diện công cuộc đổi mới, tạo nền tảng để đến năm 2020 nước ta cơ bản trở thành nước công nghiệp theo hướng hiện đại.

NHỮNG ĐIỂM MỚI VỀ HIỆU LỰC CỦA VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT THEO LUẬT BAN HÀNH VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT NĂM 2015

PHÍ THỊ THANH TUYỀN*

Để đảm bảo cơ sở pháp lý cho hoạt động xây dựng và ban hành văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL), Quốc hội đã ban hành Luật Ban hành VBQPPL năm 1996 (sửa đổi, bổ sung năm 2002, năm 2008); Luật Ban hành VBQPPL của HĐND, UBND năm 2004. Tuy nhiên, việc tồn tại song song hai văn bản luật cùng quy định về việc ban hành VBQPPL đã phát sinh những điểm không thống nhất dẫn đến những vướng mắc, khó khăn trong việc áp dụng, việc bố trí tổ chức bộ máy, biên chế, kinh phí. Do đó, Quốc hội đã ban hành Luật Ban hành VBQPPL năm 2015, trên cơ sở hợp nhất hai luật trên và có nhiều điểm thay đổi. Bài viết bình luận về những thay đổi liên quan đến “hiệu lực của VBQPPL”.

1. Khái niệm hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật

Có nhiều quan điểm khác nhau về vấn đề hiệu lực của VBQPPL. Theo *Từ điển Tiếng Việt* thì “hiệu lực” được hiểu là “tác

dụng thực tế, đúng như yêu cầu” hoặc “giá trị thi hành” của văn bản¹. Với cách hiểu này thì hiệu lực của VBQPPL được hiểu là xem xét đến từng góc độ của văn bản là hiệu lực pháp lý hoặc hiệu lực thực tế của VBQPPL. Tuy nhiên, VBQPPL phải là sự kết hợp của hai cách hiểu trên thì mới thể hiện đúng được nội hàm của khái niệm hiệu lực VBQPPL.

Có tác giả cho rằng, hiệu lực của văn bản pháp luật (VBPL) được hình thành gồm hai nội dung: hiệu lực của VBPL được hình thành trên cơ sở pháp luật gọi là hiệu lực pháp lý và hình thành trên cơ sở đời sống xã hội gọi là hiệu lực thực tế của VBPL². Trong đó, hiệu lực pháp lý của VBPL cần được nghiên cứu dưới hai góc độ: một là coi văn bản là một chỉnh thể độc lập; hai là coi mỗi văn bản là một bộ phận trong hệ thống. Theo đó, hiệu lực pháp lý của VBQPPL cũng được nghiên cứu dưới hai góc độ này. Xét từ góc độ mỗi văn bản là một chỉnh thể độc

* **ThS. GV Khoa Pháp luật Hành chính Nhà nước, Trường Đại học Luật Hà Nội.**

1 *Viện Ngôn ngữ học, Từ điển Tiếng Việt, Nxb. Đà Nẵng, 1995, tr. 98.*

2 *Nguyễn Thế Quyền, Hiệu lực của VBPL - Những vấn đề lý luận và thực tiễn, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2008, tr. 46.*

lập, hiệu lực pháp lý của VBQPPL bao gồm ba nội dung là hiệu lực theo thời gian, hiệu lực theo không gian và hiệu lực theo đối tượng tác động. Xét từ góc độ coi mỗi VBQPPL là một bộ phận trong hệ thống thì thấy giữa các văn bản luôn có sự tác động qua lại, chi phối lẫn nhau và lúc này hiệu lực pháp lý của văn bản này có thể ảnh hưởng tới hiệu lực pháp lý của văn bản khác, đây gọi là hiệu lực theo hệ cấp văn bản. Còn hiệu lực thực tế của VBQPPL thì phụ thuộc vào các yếu tố như: việc tổ chức thực hiện, tính khả thi của văn bản và thể hiện trong việc văn bản đó tác động vào các quan hệ xã hội biến ý đồ của nhà làm luật thành hiện thực... Việc tổ chức văn bản trong đời sống xã hội là rất quan trọng, là phương tiện không thể thiếu để hiện thực hóa các quy định của pháp luật vào đời sống xã hội. Có thể coi đây là một quan điểm khá toàn diện về hiệu lực của VBQPPL.

Bên cạnh đó, một quan điểm khá phổ biến và được sử dụng rộng rãi trong thực tiễn, là coi hiệu lực của VBQPPL là khả năng tác động của VBPL vào các quan hệ xã hội, được hình thành trên cơ sở pháp luật hiện hành. Quan điểm này được ghi nhận trong giáo trình Lý luận Nhà nước và pháp luật của Trường Đại học Luật Hà Nội và giáo trình của một số cơ sở đào tạo luật khác. Theo Giáo trình Lý luận Nhà nước và pháp luật thì “Hiệu lực của VBQPPL là giá trị tác động lên các quan hệ xã hội của VBQPPL được xác định trong phạm vi thời gian, không gian và đối tượng nhất định”³. Quan điểm này đã có sự đồng nhất giữa khái niệm hiệu lực của VBQPPL với hiệu lực pháp lý của VBQPPL. Sự đồng nhất giữa hiệu lực của văn bản với hiệu lực pháp lý

của văn bản có thể là chưa hoàn toàn hợp lý, nhưng điều này là phù hợp với các quy định trong Luật Ban hành VBQPPL hiện hành.

Từ sự phân tích trên, có thể thấy xung quanh câu chuyện hiệu lực và hiệu lực pháp lý của VBQPPL còn nhiều quan điểm, tranh luận. Tuy nhiên, một cách phổ biến nhất thì *Hiệu lực pháp lý của VBQPPL chính là khả năng hay giá trị tác động của văn bản vào các quan hệ xã hội được hình thành trên cơ sở pháp luật*. Theo đó, hiệu lực pháp lý của VBQPPL sẽ được xem xét trên ba yếu tố là thời gian, không gian và đối tượng tác động. Đây cũng chính là quan điểm được thể hiện trong các luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật trước đây và Luật Ban hành VBQPPL năm 2015.

2. Hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật theo quy định của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 dưới góc nhìn so sánh với các luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật trước đây

Như đã phân tích, vấn đề hiệu lực pháp lý của VBQPPL cần được xem xét trên ba yếu tố là *hiệu lực theo thời gian, theo không gian và theo đối tượng tác động*. Tuy nhiên, trước khi đi vào từng yếu tố cụ thể, cần xem xét các quy định của pháp luật về vấn đề đăng công báo và sự liên hệ giữa việc đăng công báo với hiệu lực của VBQPPL. Cụ thể:

a. Vấn đề đăng công báo và hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật

Đăng công báo là một việc làm rất quan trọng để ghi nhận giá trị tác động của VBQPPL hay chính là hiệu lực của văn bản trên thực tế. Theo quy định tại khoản 2 Điều 78 Luật Ban hành VBQPPL năm 2008 thì: “VBQPPL phải được đăng Công báo;

3 Trường Đại học Luật HN, Giáo trình Lý luận Nhà nước và pháp luật, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2010, tr. 122.

VBQPPL không đăng Công báo thì không có hiệu lực thi hành, trừ trường hợp văn bản có nội dung thuộc bí mật nhà nước và các trường hợp quy định tại đoạn 2 khoản 1 Điều này”.

Như vậy, theo quy định của pháp luật thì việc đăng Công báo là bắt buộc và có liên hệ mật thiết với việc xác định hiệu lực của một VBQPPL, nếu văn bản không đăng Công báo thì không có hiệu lực thi hành. Chính vì vậy, trong Luật Ban hành VBQPPL năm 2008 cũng như Luật Ban hành VBQPPL của HĐND, UBND năm 2004 đều quy định một thời hạn nhất định để bảo đảm cho việc đăng Công báo. Đối với VBQPPL do các cơ quan trung ương ban hành thì: “Trong thời hạn chậm nhất là hai ngày làm việc, kể từ ngày công bố hoặc ký ban hành, cơ quan ban hành VBQPPL phải gửi văn bản đến cơ quan Công báo để đăng Công báo. Cơ quan Công báo có trách nhiệm đăng toàn văn VBQPPL trên Công báo chậm nhất là mười lăm ngày, kể từ ngày nhận được văn bản”⁴. Còn đối với các văn bản do HĐND và UBND ban hành thì Luật Ban hành VBQPPL của HĐND và UBND năm 2004 quy định thời hạn chậm nhất là 5 ngày đối với văn bản của cấp tỉnh, 3 ngày đối với cấp huyện và 2 ngày đối với cấp xã phải được đăng trên báo cấp tỉnh hoặc phải được niêm yết⁵.

Trên cơ sở kế thừa những điểm hợp lý của các luật ban hành văn bản QPPL trước đó, đồng thời cũng để giảm tải số lượng nhiều VBQPPL người dân phải tra cứu, tìm hiểu và để phát triển thêm về nội dung, Luật

Ban hành VBQPPL năm 2015 có một số điểm thay đổi về mặt thời gian đăng Công báo. Cụ thể, nếu như Luật năm 2008 quy định là trong thời hạn chậm nhất là hai ngày làm việc, kể từ ngày công bố hoặc ký ban hành, cơ quan ban hành VBQPPL phải gửi văn bản đến cơ quan Công báo để đăng Công báo, thì đến nay, Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 đã nới rộng thời gian thêm 01 ngày so với Luật cũ và gộp luôn quy định đối với VBQPPL do HĐND và UBND ban hành. Theo đó, trong thời hạn 03 ngày kể từ ngày công bố hoặc ký ban hành, cơ quan, người có thẩm quyền ban hành VBQPPL phải gửi văn bản đến cơ quan Công báo để đăng Công báo hoặc niêm yết công khai.

Đồng thời, nếu như trước đây, thời gian đăng Công báo, báo hoặc niêm yết công khai đối với các VBQPPL được chia thành bốn nấc tương ứng với các cấp trung ương, tỉnh, huyện, xã thì hiện nay, Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 chỉ quy định thành hai nấc, cụ thể: “Cơ quan Công báo có trách nhiệm đăng toàn văn VBQPPL trên Công báo chậm nhất là 15 ngày đối với VBQPPL do các cơ quan trung ương ban hành, 07 ngày đối với VBQPPL do HĐND, UBND cấp tỉnh, chính quyền địa phương ở đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt ban hành kể từ ngày nhận được văn bản”⁶. Có thể coi đây là một sự đổi mới theo hướng đơn giản hóa, tạo điều kiện để các văn bản có thể phát huy giá trị tác động và đồng thời giúp người dân có thể tiếp cận, sử dụng các VBQPPL một cách dễ dàng và thuận tiện.

4 Điều 78 Luật Ban hành VBQPPL năm 2008.

5 Điều 51 Luật Ban hành VBQPPL của HĐND, UBND năm 2004.

6 Điều 150 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015.

b. Hiệu lực theo thời gian của văn bản quy phạm pháp luật

Hiệu lực theo thời gian của VBQPPL là giá trị tác động của văn bản được xác định trong phạm vi thời gian kể từ khi nó phát sinh cho đến khi nó chấm dứt hiệu lực. Việc xác định hiệu lực theo thời gian là rất quan trọng bởi đời sống xã hội luôn biến động, các điều kiện khách quan là cơ sở cho việc hình thành nội dung của VBQPPL cũng bị thay đổi nên VBQPPL có thể bị lạc hậu, lỗi thời. Thêm vào đó, những vấn đề phát sinh trong đời sống xã hội luôn đòi hỏi phải được giải quyết nhanh chóng, vì vậy những VBQPPL được ban hành cần kịp thời phản ánh và đưa ra hướng giải quyết mới đáp ứng yêu cầu của quản lý nhà nước. Chính vì vậy, không một văn bản nào được coi là có hiệu lực vĩnh viễn mà chỉ được ban hành và phát huy tác dụng trong một khoảng thời gian nhất định, được xác định bởi các thời điểm bắt đầu và kết thúc hiệu lực của văn bản.

Thứ nhất, thời điểm bắt đầu phát sinh hiệu lực của văn bản.

Thời điểm bắt đầu phát sinh hiệu lực là thời điểm mà văn bản chính thức tác động lên các quan hệ xã hội. Đối với các văn bản do cơ quan nhà nước ở trung ương ban hành, khoản 1 Điều 78 Luật Ban hành VBQPPL năm 2008 có quy định: “Thời điểm có hiệu lực của văn bản QPPL được quy định trong văn bản nhưng không sớm hơn bốn mươi lăm ngày, kể từ ngày công bố hoặc ký ban hành. Trường hợp VBQPPL quy định các biện pháp thi hành trong tình trạng khẩn cấp, văn bản được ban hành để kịp thời đáp ứng yêu cầu phòng, chống thiên tai, dịch bệnh thì có thể có hiệu lực kể từ ngày công bố hoặc ký ban hành nhưng phải được đăng ngay trên Trang Thông tin điện tử của cơ quan ban hành và phải được đưa tin trên phương tiện thông tin đại chúng; đăng Công

báo nước Cộng hòa XHCN Việt Nam (sau đây gọi chung là Công báo) chậm nhất sau hai ngày làm việc, kể từ ngày công bố hoặc ký ban hành”.

Còn đối với các văn bản do HĐND, UBND các cấp ban hành thì thời điểm phát sinh được quy định trong khoản 1 Điều 51 Luật Ban hành VBQPPL của HĐND, UBND năm 2004: “VBQPPL của HĐND, UBND cấp tỉnh có hiệu lực sau mười ngày... VBQPPL của HĐND, UBND cấp huyện có hiệu lực sau bảy ngày... VBQPPL của HĐND, UBND cấp xã có hiệu lực sau năm ngày...”

Kế thừa và phát triển những nội dung đã được quy định trong hai luật trước đó, Điều 151 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 quy định: “Thời điểm có hiệu lực của toàn bộ hoặc một phần VBQPPL được quy định tại văn bản đó nhưng không sớm hơn 45 ngày kể từ ngày thông qua hoặc ký ban hành đối với VBQPPL của cơ quan nhà nước trung ương; không sớm hơn 10 ngày kể từ ngày ký ban hành đối với VBQPPL của HĐND, UBND cấp tỉnh; không sớm hơn 07 ngày kể từ ngày ký ban hành đối với VBQPPL của HĐND, UBND cấp huyện và cấp xã”.

Có thể thấy, về cơ bản, quy định trong Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 vẫn kế thừa quy định của hai luật trước đó về thời điểm có hiệu lực của các VBQPPL do cơ quan nhà nước ở trung ương và cơ quan cấp tỉnh ban hành. Đồng thời, cũng thay đổi thời điểm có hiệu lực của văn bản do cấp xã ban hành (không sớm hơn 7 ngày kể từ ngày ký ban hành đối với cấp huyện và cấp xã). Ngoài ra, trong Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 còn bổ sung thêm quy định và làm rõ hơn về thời điểm có hiệu lực của loại “VBQPPL được ban hành theo trình tự, thủ tục rút gọn thì có thể có hiệu lực kể từ ngày thông qua hoặc ký ban hành, đồng thời phải

được đăng ngay trên Cổng Thông tin điện tử của cơ quan ban hành và phải được đưa tin trên phương tiện thông tin đại chúng; đăng Công báo nước Cộng hòa XHCN Việt Nam hoặc Công báo tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương chậm nhất là sau 03 ngày kể từ ngày công bố hoặc ký ban hành”⁷. Đây có thể coi là một điểm mới quan trọng.

Thứ hai, thời điểm kết thúc hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật

Thời điểm kết thúc hiệu lực là mốc thời gian mà văn bản không còn giá trị tác động lên các quan hệ xã hội. Thông thường, VBQPPL nói chung và văn bản quy định chi tiết nói riêng là văn bản có tính dự báo cao. Đồng thời, để tạo sự ổn định cho hệ thống pháp luật, bảo vệ quyền, lợi ích của các đối tượng tác động nên VBQPPL được quy định áp dụng nhiều lần trong thực tế. Vì vậy, thời điểm kết thúc của VBQPPL thường không được quy định cụ thể trong chính văn bản đó.

Tuy nhiên, về mặt lý luận và thực tiễn, có thể xác định thời điểm kết thúc hiệu lực của VBQPPL căn cứ vào các quy định của pháp luật liên quan. Cụ thể, tại Điều 81 Luật Ban hành VBQPPL năm 2008 và khoản 1 Điều 53 Luật Ban hành VBQPPL của HĐND, UBND năm 2004 có quy định văn bản hết hiệu lực toàn bộ hoặc một phần trong một số trường hợp sau: 1. Hết thời hạn có hiệu lực đã được quy định trong văn bản; 2. Được sửa đổi, bổ sung hoặc thay thế bằng văn bản mới của chính cơ quan nhà nước đã ban hành văn bản đó; 3. Bị hủy bỏ hoặc bãi bỏ bằng một văn bản của cơ quan nhà nước có thẩm quyền; 4. Không còn đối tượng điều chỉnh (đối với văn bản do HĐND, UBND ban hành).

Kế thừa và phát triển các quy định đó, Điều 154 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 quy định: “VBQPPL hết hiệu lực toàn bộ hoặc một phần trong các trường hợp sau đây:

1. Hết thời hạn có hiệu lực đã được quy định trong văn bản;
2. Được sửa đổi, bổ sung hoặc thay thế bằng VBQPPL mới của chính cơ quan nhà nước đã ban hành văn bản đó;
3. Bị bãi bỏ bằng một văn bản của cơ quan nhà nước có thẩm quyền;
4. VBQPPL hết hiệu lực thì VBQPPL quy định chi tiết thi hành văn bản đó cũng đồng thời hết hiệu lực”.

Như vậy, quy định về thời điểm kết thúc hiệu lực của văn bản gần như kế thừa các quy định của hai luật ban hành văn bản QPPL trước đó. Bên cạnh đó, Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 cũng thể hiện tinh thần đổi mới hơn nhằm đảm bảo sự phù hợp với tình hình phát triển kinh tế - xã hội của đất nước. Theo đó, Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 đã bỏ cụm từ “bị hủy bỏ hoặc bãi bỏ...” đi và thay vào đó chỉ là “bị bãi bỏ...” của Luật Ban hành VBQPPL năm 2008; bỏ trường hợp “không còn đối tượng điều chỉnh” trong Luật Ban hành VBQPPL của HĐND, UBND năm 2004. Có thể thấy, những điểm đổi mới của Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 là rất quan trọng, góp phần nâng cao giá trị của Luật này hơn nữa.

Thứ ba, một số trường hợp đặc biệt.

Khi xem xét hiệu lực theo thời gian của VBQPPL, ngoài việc phải tìm hiểu thời điểm phát sinh, thời điểm chấm dứt hiệu lực của văn bản thì trong nhiều trường hợp, cần phải tính tới khả năng ngưng hiệu lực của văn bản hoặc hiệu lực hồi tổ của văn bản.

7 Xem: Điều 151 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015.

Một là, trường hợp ngưng hiệu lực của VBQPPL. Ngưng hiệu lực là việc VBQPPL bị gián đoạn hiệu lực trong một khoảng thời gian nhất định thông qua quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Vấn đề ngưng hiệu lực của VBQPPL được quy định tại Điều 80 Luật Ban hành VBQPPL năm 2008 và Điều 52 Luật Ban hành VBQPPL của HĐND, UBND năm 2004. Theo đó VBQPPL bị đình chỉ việc thi hành thì ngưng hiệu lực cho đến khi có quyết định xử lý của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Trường hợp cơ quan nhà nước có thẩm quyền ra quyết định hủy bỏ thì văn bản hết hiệu lực, nếu không hủy bỏ thì văn bản tiếp tục có hiệu lực. Thời điểm ngưng hiệu lực, tiếp tục có hiệu lực của văn bản hoặc hết hiệu lực của văn bản phải được quy định rõ tại quyết định đình chỉ việc thi hành, quyết định xử lý VBQPPL của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Đồng thời, quyết định đình chỉ việc thi hành, quyết định xử lý VBQPPL phải được đăng Công báo, đưa tin trên các phương tiện thông tin đại chúng.

Kế thừa tinh thần của các luật ban hành văn bản QPPL trước đó, Điều 153 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 đã có quy định cụ thể, chi tiết hơn về thời hạn đăng Công báo, đưa tin trên các phương tiện thông tin đại chúng của Quyết định đình chỉ việc thi hành, Quyết định xử lý VBQPPL chậm nhất sau ba ngày làm việc, kể từ ngày ra quyết định (các luật trước đó đều bỏ lửng về thời hạn này). Sự bổ sung này sẽ bảo đảm tính nhanh chóng trong thủ tục giải quyết cũng như tính nghiêm minh về hiệu lực của các VBQPPL.

Hai là, quy định về hiệu lực hồi tố - hiệu lực trở về trước của VBQPPL. Hiệu lực hồi tố được hiểu là giá trị tác động của văn bản lên các quan hệ xã hội xảy ra trước khi văn bản có hiệu lực. Hiệu lực hồi tố được quy định tại Điều 79 Luật Ban hành VBQPPL

năm 2008 và khoản 2 Điều 51 Luật Ban hành VBQPPL của HĐND, UBND năm 2004. Theo đó, chỉ trong những trường hợp cần thiết, VBQPPL mới được quy định hiệu lực trở về trước. Hơn nữa, không được quy định hiệu lực trở về trước đối với các trường hợp sau đây: 1. Quy định trách nhiệm pháp lý mới đối với hành vi mà vào thời điểm thực hiện hành vi đó pháp luật không quy định trách nhiệm pháp lý; 2. Quy định trách nhiệm pháp lý nặng hơn. Đồng thời, Luật Ban hành VBQPPL của HĐND, UBND năm 2004 ghi nhận việc không quy định hiệu lực trở về trước đối với VBQPPL của HĐND, UBND.

Việc Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 ra đời tiếp tục kế thừa những nội dung về hiệu lực hồi tố của hai luật trước đó, đồng thời bổ sung thêm quy định về việc không quy định hiệu lực trở về trước đối với loại VBQPPL do các đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt ban hành. Bổ sung này có lẽ là phù hợp với tính chất, nhiệm vụ, quyền hành của các đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt.

c. Hiệu lực theo không gian và hiệu lực theo đối tượng tác động của văn bản quy phạm pháp luật

Hiệu lực theo không gian của VBQPPL là giá trị tác động của văn bản được xác định theo lãnh thổ, vùng hay khu vực nhất định. Hiệu lực theo không gian của VBQPPL thường được văn bản tự xác định hoặc được xác định theo thẩm quyền của cơ quan ban hành văn bản. Đó là giá trị tác động của các văn bản lên các quan hệ xã hội trong một vùng lãnh thổ nhất định, thông thường một vùng lãnh thổ tương ứng với các cấp đơn vị hành chính: cả nước, tỉnh, huyện, xã và các đơn vị hành chính tương đương, hoặc trong phạm vi mà cơ quan ban hành đóng trụ sở. Hiệu lực theo không gian của VBQPPL còn phụ thuộc vào thẩm quyền của cơ quan ban

hành văn bản, phạm vi và mức độ điều chỉnh của văn bản đó.

Hiệu lực theo đối tượng tác động là giá trị tác động của văn bản lên các quan hệ xã hội trong đó có sự xác định những chủ thể nào tham gia vào những quan hệ đó. Cũng giống như hiệu lực theo không gian, hiệu lực theo đối tượng tác động có thể do văn bản tự xác định hoặc được xác định theo thẩm quyền của cơ quan ban hành văn bản đó (trừ một số trường hợp đặc biệt).

Hiệu lực theo không gian và theo đối tượng quy định trong Điều 82 Luật Ban hành VBQPPL năm 2008 và Điều 49 Luật Ban hành VBQPPL của HĐND, UBND năm 2004, theo đó, VBQPPL của các cơ quan nhà nước trung ương có hiệu lực trong phạm vi cả nước và được áp dụng đối với mọi cơ quan, tổ chức, cá nhân, trừ trường hợp văn bản có quy định khác hoặc điều ước quốc tế mà Cộng hòa XHCN Việt Nam là thành viên có quy định khác. Còn VBQPPL của HĐND, UBND, của đơn vị

hành chính nào thì có hiệu lực trong phạm vi đơn vị hành chính đó; trường hợp VBQPPL của HĐND, UBND có hiệu lực trong phạm vi nhất định của địa phương thì phải được xác định ngay trong văn bản đó. VBQPPL của HĐND, UBND có hiệu lực áp dụng đối với cơ quan, tổ chức, cá nhân khi tham gia các quan hệ xã hội được VBQPPL đó điều chỉnh.

Điều 155 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 về cơ bản kế thừa các quy định trước đó. Đồng thời, quy định tại đoạn 2 điểm a, b, c khoản 2 Điều 137 còn làm rõ hiệu lực về không gian và đối tượng áp dụng trong trường hợp có sự điều chỉnh về địa giới. Trước đó, Luật Ban hành VBQPPL năm 2008 không quy định nội dung này còn Luật Ban hành VBQPPL của HĐND, UBND năm 2004 thì lại tách riêng thành một điều, Điều 50. Có thể khẳng định, đây chính là một trong nhiều thay đổi về kỹ thuật lập pháp được thể hiện trong Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 ■

CÙNG BẠN ĐỌC VÀ CÁC CỘNG TÁC VIÊN

Kính gửi bạn đọc và các cộng tác viên Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp

Để tiếp tục nâng cao chất lượng Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, đáp ứng yêu cầu hội nhập quốc tế và bảo đảm quy chuẩn của một Tạp chí khoa học, bắt đầu từ tháng 01/2017, khi gửi bài đăng trên Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, ngoài những yêu cầu tại Thẻ lệ đăng bài, Tạp chí trân trọng đề nghị các tác giả:

- i. Tóm tắt nội dung bài viết không quá 250 từ, bằng tiếng Việt và tiếng Anh;
- ii. Sử dụng không quá 5 từ khóa cho bài viết.

Trân trọng cảm ơn bạn đọc và các cộng tác viên Tạp chí.

Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp

PHÁP LUẬT LIÊN MINH CHÂU ÂU VÀ VIỆT NAM VỀ KHÁI NIỆM, TIÊU CHÍ XÁC ĐỊNH DOANH NGHIỆP NHỎ VÀ VỪA VÀ MỘT SỐ ĐỀ XUẤT

CHU THỊ THANH AN*

1. Khái niệm, tiêu chí xác định doanh nghiệp nhỏ và vừa theo pháp luật Liên minh châu Âu

1.1 Khái niệm doanh nghiệp

Ủy ban châu Âu (Ủy ban) lần đầu tiên đưa ra định nghĩa doanh nghiệp nhỏ và vừa (DNNVV) được áp dụng chung ở Liên minh châu Âu (EU) trong Khuyến nghị số 96/280/EC ngày 03/4/1996 của Ủy ban về định nghĩa DNNVV. Khuyến nghị này sau đó được cập nhật và thay thế bởi Khuyến nghị số 2003/361/EC ngày 06/5/2003 của Ủy ban về định nghĩa doanh nghiệp siêu nhỏ, doanh nghiệp nhỏ và vừa.

Theo đó, “một doanh nghiệp là bất kỳ thực thể nào tham gia vào hoạt động kinh tế, bất kể hình thức pháp lý (legal form) của nó. Doanh nghiệp cũng bao gồm cá nhân tự doanh (self-employed persons), hộ kinh doanh (family business) trong ngành nghề thủ công và các hoạt động khác, và các hợp doanh (partnerships) hoặc các hiệp hội (association) thường xuyên tham gia vào hoạt động kinh tế”¹. Định nghĩa này có hai điểm đáng chú ý: Thứ nhất, doanh nghiệp (enterprise) là một

trường hợp cụ thể của thực thể kinh doanh (undertaking) được nhắc đến trong khái niệm trợ cấp nhà nước tại Điều 107(1) của Hiệp ước về hoạt động của Liên minh châu Âu (TFEU), vì thế nó thỏa mãn một trong những tiêu chí khi xác định một biện pháp là trợ cấp nhà nước - đối tượng nhận trợ cấp là thực thể tham gia vào hoạt động kinh tế. Thứ hai, việc xác định một thực thể có phải là doanh nghiệp hay không phụ thuộc vào tính chất hoạt động (thực hiện hoạt động kinh tế) chứ không phụ thuộc vào hình thức pháp lý của nó. Do vậy, định nghĩa doanh nghiệp này khá rộng và các thuộc tính về mặt tổ chức như địa vị pháp lý của doanh nghiệp thuộc khu vực công hay khu vực tư, hoạt động vì lợi nhuận hay phi lợi nhuận... không phải là yếu tố liên quan để xác định một thực thể là doanh nghiệp.

1.2 Tiêu chí xác định doanh nghiệp nhỏ và vừa

Để xác định một doanh nghiệp là DNNVV, Khuyến nghị số 2003/361/EC của Ủy ban đưa ra 02 tiêu chí: (i) quy mô doanh nghiệp; và (ii) các nguồn lực khác của doanh nghiệp.

* ThS, Viện Nhà nước và Pháp luật.

¹ Điều 1 Mục I Phụ lục của Khuyến nghị số 2003/361/EC.

Quy mô doanh nghiệp

Theo Điều 2 Mục 1 Phụ lục của Khuyến nghị số 2003/361/EC, quy mô của một doanh nghiệp được xác định dựa trên hai tiêu chí: số lượng nhân viên (staff headcount); và hạn mức tài chính của doanh nghiệp (financial ceilings).

Số lượng nhân viên trong một doanh nghiệp được tính dựa trên số lượng người làm việc toàn thời gian, người làm việc bán thời gian, người làm việc tạm thời hoặc thời vụ trong năm được lấy số liệu. Nhân viên trong doanh nghiệp bao gồm: người lao động; người làm việc cho doanh nghiệp khác phụ thuộc vào doanh nghiệp được xem xét; người chủ sở hữu kiêm quản trị viên (owner-manager); các cộng sự (partners) tham gia vào hoạt động thường xuyên của doanh nghiệp và hưởng lợi từ những lợi thế tài chính của doanh nghiệp. Nhân viên của doanh nghiệp không bao gồm: những người học nghề hoặc sinh viên tham gia vào hoạt động đào tạo nghề hoặc theo hợp đồng học nghề; người lao động đang trong thời gian nghỉ thai sản hoặc trong thời gian nghỉ dành cho người bố chăm sóc con mới sinh.

Hạn mức tài chính của doanh nghiệp được thể hiện qua doanh thu hàng năm (annual turnover) hoặc/và bảng cân đối tài sản hàng

năm (annual balance sheet). Doanh thu hàng năm là thu nhập của doanh nghiệp nhận được trong một năm từ việc bán sản phẩm hoặc cung cấp dịch vụ sau khi trừ các khoản hoàn lại (rebates) và không bao gồm thuế giá trị gia tăng (VAT) hay các thuế gián thu khác². Tuy nhiên, doanh nghiệp không nhất thiết phải thỏa mãn cả hai yêu cầu mà có thể chọn thỏa mãn hoặc yêu cầu về doanh thu hàng năm hoặc yêu cầu về bảng cân đối tài sản hàng năm. Quy định cho phép sự lựa chọn này bởi các doanh nghiệp trong lĩnh vực thương mại và phân phối có số liệu doanh thu cao hơn những doanh nghiệp trong lĩnh vực sản xuất. Việc lựa chọn giữa tiêu chí doanh thu và tiêu chí bảng cân đối tài sản sẽ phản ánh được tình trạng tài chính tổng thể của một doanh nghiệp và đảm bảo rằng các doanh nghiệp tham gia vào các loại hoạt động kinh tế khác nhau được đối xử công bằng.

Dựa các số liệu của hai tiêu chí (i) số lượng nhân viên và (ii) hạn mức tài chính, các doanh nghiệp thỏa mãn ngưỡng theo quy định của Khuyến nghị số 2003/361/EU được xếp loại là DNNVV. Đồng thời, các số liệu này còn được sử dụng để phân DNNVV thành ba loại: (i) doanh nghiệp siêu nhỏ; (ii) doanh nghiệp nhỏ và (iii) doanh nghiệp vừa theo bảng sau:

| Loại doanh nghiệp | Số lượng nhân viên | Hạn mức tài chính | | |
|-----------------------|--------------------|-------------------|------|----------------------|
| | | Doanh thu | hoặc | Bảng cân đối tài sản |
| Doanh nghiệp siêu nhỏ | <10 | ≤ 2 triệu € | | ≤ 2 triệu € |
| Doanh nghiệp nhỏ | < 50 | ≤ 10 triệu € | | ≤ 10 triệu € |
| Doanh nghiệp vừa | <250 | ≤ 50 triệu € | | ≤ 43 triệu € |

2 Điều 4.1 Mục 1 Phụ lục, Khuyến nghị số 2003/361/EC.

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

Việc thu thập và tính toán số liệu được thực hiện hàng năm dẫn đến khả năng có những biến động ảnh hưởng đến xếp loại DNNVV của một doanh nghiệp. Vì vậy, Điều 4(2) Khuyến nghị số 2003/361/EC quy định về tính ổn định đối với doanh nghiệp có số liệu gần tới ngưỡng quy định, hoặc có nguy cơ vượt ngưỡng xếp loại DNNVV trong một năm bất thường hoặc trong thị trường có sự biến động. Theo đó, nếu một doanh nghiệp vượt quá ngưỡng quy định về số lượng nhân viên và hạn mức tài chính trong năm lấy số liệu tham chiếu thì vẫn được xếp loại là DNNVV. Tuy nhiên, doanh nghiệp sẽ không được xếp loại là DNNVV nếu các số liệu vượt ngưỡng quy định trong hai kỳ kế toán liên tiếp (consecutive accounting periods). Mục đích của Điều 4(2)

là đảm bảo rằng các doanh nghiệp đang tăng trưởng không bị mất xếp loại DNNVV trừ khi doanh nghiệp vượt ngưỡng quy định trong một thời gian dài đáng kể. Mặc dù vậy, quy định này không áp dụng trong trường hợp doanh nghiệp vượt ngưỡng quy định do sự thay đổi chủ sở hữu sau khi thực hiện mua bán hoặc sáp nhập doanh nghiệp, bởi đây không phải là tình trạng tạm thời. Trong trường hợp này, doanh nghiệp có sự thay đổi chủ sở hữu cần được đánh giá trên cơ sở cơ cấu cổ đông vào thời điểm chuyển nhượng, thay vì vào thời điểm kết thúc kỳ kế toán gần nhất, vì thế doanh nghiệp DNNVV có thể mất xếp loại DNNVV ngay sau khi chuyển nhượng.

Có thể minh họa cách xếp loại DNNVV liệu theo Điều 4(2) như sau³:

| STT | Năm tham chiếu ⁴ | Năm tham chiếu 1 | Năm tham chiếu 2 | Xếp loại DNNVV |
|-----|-----------------------------|------------------|------------------|----------------|
| 1 | DNNVV | Không là DNNVV | Không là DNNVV | Không là DNNVV |
| 2 | DNNVV | DNNVV | Không là DNNVV | DNNVV |
| 3 | DNNVV | DNNVV | DNNVV | DNNVV |
| 4 | DNNVV | Không là DNNVV | DNNVV | DNNVV |
| 5 | Không là DNNVV | DNNVV | DNNVV | DNNVV |
| 6 | Không là DNNVV | Không là DNNVV | DNNVV | Không là DNNVV |
| 7 | Không là DNNVV | DNNVV | Không là DNNVV | Không là DNNVV |
| 8 | Không là DNNVV | Không là DNNVV | Không là DNNVV | Không là DNNVV |

³ Xem Ủy ban châu Âu, *Sổ tay hướng dẫn định nghĩa DNNVV (User guide to the DNNVV definition)*, 2015, tr. 14, tại trang <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/15582/>, truy cập ngày 04/9/2016.

⁴ Kỳ kế toán được phê duyệt gần nhất.

Trong trường hợp doanh nghiệp mới thành lập và chưa có báo cáo quyết toán được duyệt thì số liệu được áp dụng để xếp loại DNNVV được lấy từ số liệu ước tính trong năm tài chính.

Các nguồn lực khác của doanh nghiệp

Theo pháp luật EU, việc xác định một doanh nghiệp là DNNVV không chỉ căn cứ vào quy mô của bản thân doanh nghiệp mà còn căn cứ vào những nguồn lực khác mà doanh nghiệp có. Nếu một doanh nghiệp thuộc sở hữu, hoặc có liên kết với doanh nghiệp lớn khác thì doanh nghiệp đó không được xếp loại DNNVV mặc dù nó đáp ứng đủ các tiêu chí về quy mô. Vì vậy, căn cứ vào cách thức thành lập, doanh nghiệp được phân thành ba loại: doanh nghiệp tự chủ (autonomous enterprise); doanh nghiệp đối tác (partner enterprise); và doanh nghiệp liên kết (linked enterprise). Việc phân loại doanh nghiệp này đồng thời là căn cứ để tính toán số liệu về số lượng nhân viên và hạn mức tài chính của một doanh nghiệp. Bất kỳ mối quan hệ trực tiếp hoặc gián tiếp với doanh nghiệp khác đều cần được xem xét khi thu thập và tính toán số liệu.

Doanh nghiệp tự chủ: một doanh nghiệp là tự chủ nếu thuộc một trong ba trường hợp sau⁵: Là doanh nghiệp hoàn toàn độc lập và không có bất kỳ mối liên hệ nào với các doanh nghiệp khác; có ít hơn 25% vốn hoặc quyền biểu quyết trong một hoặc nhiều doanh nghiệp khác; và/hoặc các doanh nghiệp khác nắm không quá 25% vốn hoặc quyền biểu quyết của doanh nghiệp. Pháp luật cho phép nhiều nhà đầu tư nắm ít hơn 25% cổ phần của một doanh nghiệp và doanh nghiệp đó vẫn được xác định là “tự chủ”, miễn là các nhà đầu tư không có mối liên kết với nhau.

Tuy nhiên, một số ngoại lệ theo đó một doanh nghiệp là tự chủ mặc dù vượt quá ngưỡng 25% nếu nhà đầu tư gồm⁶: các doanh nghiệp đầu tư công; công ty đầu tư mạo hiểm và thiên thần đầu tư (business angel); các trường học và trung tâm nghiên cứu phi lợi nhuận; các nhà đầu tư định chế (institutional investor), bao gồm cả các quỹ phát triển vùng; cơ quan nhà nước tại địa phương có ngân sách hàng năm ít hơn 10 triệu € và có ít hơn 5.000 người cư trú.

Một doanh nghiệp tự chủ là doanh nghiệp không có mối liên kết với doanh nghiệp khác thông qua thể nhân tham gia vào hoạt động hoặc một phần hoạt động của các doanh nghiệp này trên cùng một thị trường liên quan hoặc thị trường lân cận.

Nếu một doanh nghiệp được xác định là “tự chủ” thì cách tính số lượng nhân viên và dữ liệu tài chính của doanh nghiệp được thực hiện theo quy định tại Điều 2 Mục I, Phụ lục của Khuyến nghị số 2003/361/EC (đã đề cập ở trên).

Doanh nghiệp đối tác: đây là trường hợp một doanh nghiệp thiết lập mối quan hệ đối tác tài chính với các doanh nghiệp khác mà không thực hiện quyền kiểm soát trực tiếp hay gián tiếp đối với các doanh nghiệp này. Một doanh nghiệp coi là doanh nghiệp đối tác nếu thỏa mãn hai điều kiện⁷:

- Doanh nghiệp nắm từ 25% vốn hoặc quyền biểu quyết trở lên (được gọi là doanh nghiệp upstream) ở doanh nghiệp khác (được gọi là doanh nghiệp downstream) và/hoặc doanh nghiệp khác nắm từ 25% vốn hoặc quyền biểu quyết trở lên của doanh nghiệp đang được xem xét;

- Doanh nghiệp không có mối liên kết với doanh nghiệp khác. Điều này có nghĩa là tổng số cổ phần mà doanh nghiệp này

5 Điều 3(1) Mục I Phụ lục, Khuyến nghị số 2003/361/EC.

6 Điều 3.2 (a-d) Mục I, Phụ lục, Khuyến nghị số 2003/361/EC.

7 Điều 3(2) Mục I Phụ lục, Khuyến nghị số 2003/261/EC.

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

nắm giữ của doanh nghiệp khác không vượt quá 50%.

Để xác định quy mô của một doanh nghiệp trong trường hợp này thì phải cộng thêm số lượng nhân viên và số liệu tài chính của đối tác của doanh nghiệp theo tỷ lệ cổ phần hoặc quyền biểu quyết nắm giữ. Ví dụ, nếu một doanh nghiệp nắm giữ 30% cổ phần trong một doanh nghiệp khác, thì cần phải cộng 30% số lượng nhân viên, doanh thu hoặc bảng cân đối tài sản của doanh nghiệp đối tác và số liệu của mình. Nếu có nhiều doanh nghiệp đối tác thì cách tính tương tự được áp dụng đối với mỗi doanh nghiệp đối tác “upstream” hoặc “downstream” trực tiếp với doanh nghiệp được xem xét. Ngoài ra, cần phải cộng thêm các dữ liệu tương ứng của doanh nghiệp có mối liên kết với bất kỳ đối tác nào của doanh nghiệp đang được xem xét.

Trong trường hợp một doanh nghiệp do một hoặc nhiều cơ quan công quyền (public bodies) nắm giữ hoặc kiểm soát một cách trực tiếp hoặc gián tiếp từ 25% trở lên vốn hoặc quyền biểu quyết thì không được xếp loại là DNNVV. Điều này là bởi sở hữu công có thể trao những lợi thế nhất định cho doanh nghiệp, đặc biệt là lợi thế về tài chính so với các doanh nghiệp có nguồn vốn từ khu vực tư. Hơn nữa, rất khó để có thể tính toán số lượng nhân viên hay dữ liệu tài chính của các cơ quan công quyền. Tuy nhiên, quy định này không áp dụng đối với các nhà đầu tư bao gồm trường đại học công hoặc cơ quan chính quyền địa phương có quyền tự chủ. Các nhà đầu tư này có thể nắm giữ tối đa đến 50% quyền biểu quyết của một doanh nghiệp. Với bất kỳ tỷ lệ nào cao

hơn 50% thì doanh nghiệp không được xếp loại DNNVV.

Doanh nghiệp liên kết: đây là trường hợp các doanh nghiệp tạo thành một nhóm thông qua sự kiểm soát trực tiếp hoặc gián tiếp đa số quyền biểu quyết của một doanh nghiệp bằng khả năng gây ra ảnh hưởng chi phối đến doanh nghiệp đó. Hai hay nhiều doanh nghiệp có mối liên kết nếu chúng có một trong những mối quan hệ sau⁸:

- Một doanh nghiệp nắm giữ đa số quyền biểu quyết của cổ đông hoặc của thành viên của doanh nghiệp khác.

- Một doanh nghiệp được trao quyền bổ nhiệm hoặc miễn nhiệm đa số nhân viên thuộc bộ phận hành chính, quản lý hoặc giám sát của doanh nghiệp khác.

- Các doanh nghiệp có hợp đồng hoặc điều khoản trong Bản ghi nhớ hoặc điều lệ của một doanh nghiệp trong nhóm các doanh nghiệp, cho phép một doanh nghiệp có quyền ảnh hưởng chi phối đến các doanh nghiệp khác.

- Một doanh nghiệp, thông qua sự thỏa thuận, được thực hiện kiểm soát duy nhất đối với quyền biểu quyết của cổ đông hoặc thành viên của doanh nghiệp khác.

Trong trường hợp các doanh nghiệp có mối quan hệ như mô tả ở trên thông qua sở hữu của một hay nhiều cá nhân thì các doanh nghiệp được có mối liên kết nếu chúng hoạt động trên thị trường liên quan hoặc thị trường gần kề (adjacent market)⁹.

Khi xác định quy mô của doanh nghiệp thì toàn bộ (100%) dữ liệu của doanh nghiệp liên kết phải được cộng vào để tính số lượng nhân viên và dữ liệu tài chính của doanh nghiệp đang được xem xét. Ví dụ, doanh

8 Điều 3(3) Mục I Phụ lục, Khuyến nghị số 2003/351/EU.

9 Thị trường gần kề là thị trường hàng hóa hoặc sản phẩm kể trên (upstream) hoặc kể dưới (downstream) trực tiếp với thị trường liên quan.

nghiệp A nắm giữ 51% cổ phần của doanh nghiệp C và 100% cổ phần của doanh nghiệp D, trong khi đó doanh nghiệp B nắm giữ 60% cổ phần của doanh nghiệp A thì tổng số lượng nhân viên và hạn mức tài chính của doanh nghiệp A = 100% của A + 100% của B + 100% của C và 100% của D.

Để được xếp loại DNNVV, một doanh nghiệp phải thỏa mãn hàng loạt các điều kiện về quy mô, và doanh nghiệp đó không có mối quan hệ với các doanh nghiệp khác đến mức vượt quá ngưỡng quy định. Việc xác định quy mô của doanh nghiệp trở nên phức tạp hơn trong trường hợp doanh nghiệp đó có mối quan hệ đối tác hoặc liên

kết với một hay nhiều doanh nghiệp khác và có thể cần sự xem xét, đánh giá kỹ lưỡng tùy từng trường hợp cụ thể khi có nhiều mối quan hệ giữa nhiều doanh nghiệp.

2. Khái niệm, tiêu chí xác định doanh nghiệp nhỏ và vừa theo pháp luật Việt Nam

Theo Điều 3 Nghị định số 56/2009/NĐ-CP của Chính phủ, DNNVV là cơ sở kinh doanh đã đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật, được chia thành ba cấp: siêu nhỏ, nhỏ, vừa. Tiêu chí phân loại gồm quy mô tổng nguồn vốn hoặc số lao động bình quân năm, trong đó tổng nguồn vốn là tiêu chí ưu tiên, cụ thể:

| Quy mô | Doanh nghiệp siêu nhỏ | Doanh nghiệp nhỏ | | Doanh nghiệp vừa | |
|------------------------------|-----------------------|----------------------|--------------------------------|------------------------------------|---------------------------------|
| | Số lao động | Tổng nguồn vốn | Số lao động | Tổng nguồn vốn | Số lao động |
| Nông, lâm nghiệp và thủy sản | 10 người trở xuống | 20 tỷ đồng trở xuống | Từ trên 10 người đến 200 người | Từ trên 20 tỷ đồng đến 100 tỷ đồng | Từ trên 200 người đến 300 người |
| Công nghiệp và xây dựng | 10 người trở xuống | 20 tỷ đồng trở xuống | Từ trên 10 người đến 200 người | Từ trên 20 tỷ đồng đến 100 tỷ đồng | Từ trên 200 người đến 300 người |
| Thương mại và dịch vụ | 10 người trở xuống | 10 tỷ đồng trở xuống | Từ trên 10 người đến 50 người | Từ trên 10 tỷ đồng đến 50 tỷ đồng | Từ trên 50 người đến 100 người |

Nghị định số 56/2009/NĐ-CP chỉ đưa ra mức khung, từ đó các cơ quan chủ trì tùy theo tính chất, mục tiêu của từng chính sách, chương trình trợ giúp có thể cụ thể hóa các tiêu chí cho phù hợp¹⁰. Nghị định số 56/2009/NĐ-CP cũng không đưa ra quy định cụ thể về cách thức xác định tổng nguồn vốn và số lao động bình quân năm của doanh nghiệp. Do vậy, để có được các số liệu về hai tiêu chí trên phải căn cứ vào các văn bản pháp luật liên quan. Cụ thể:

Số lượng lao động bình quân năm:

Thông tư số 40/2009/TT-BLĐTXH của Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội quy định số lao động bình quân năm được tính dựa trên lao động sử dụng thường xuyên của doanh nghiệp. Lao động sử dụng thường xuyên của doanh nghiệp được xác định là lao động đang làm việc theo bảng chấm công của doanh nghiệp, bao gồm số lao động giao kết hợp đồng lao động từ 3 tháng trở lên, kể cả số lao động đang nghỉ việc hưởng chế độ bảo hiểm xã hội theo quy định của pháp luật; cán bộ quản lý doanh nghiệp và cán bộ chuyên trách của các tổ chức Đảng và các tổ chức chính trị - xã hội¹¹.

Tổng nguồn vốn:

Thông tư số 12/2015/TT-BKHĐT của Bộ Kế hoạch và Đầu tư quy định tổng nguồn vốn của doanh nghiệp là tổng nguồn vốn hoặc tổng tài sản trong bảng kế toán tại báo cáo tài chính năm gần nhất; và đối với doanh

nh nghiệp mới thành lập, chưa có báo cáo tài chính thì tổng nguồn vốn là vốn điều lệ được ghi tại Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp¹².

Thông tư số 140/2012/TT-BTC của Bộ Tài chính hướng dẫn một số quy định về chính sách thuế nhằm tháo gỡ khó khăn cho DNNVV cũng quy định cách xác định tổng nguồn vốn của doanh nghiệp tương tự như trên¹³. Thông tư đồng thời quy định công ty được tổ chức theo mô hình công ty mẹ - công ty con mà công ty mẹ không phải là DNNVV nắm giữ trên 50% vốn, nếu công ty con đáp ứng tiêu chí về vốn hoặc lao động tại Nghị định số 56/2009/NĐ-CP thì được xác định là DNNVV và được giảm thuế¹⁴.

3. So sánh quy định của Liên minh châu Âu và Việt Nam về khái niệm, tiêu chí xác định doanh nghiệp nhỏ và vừa

So sánh định nghĩa và tiêu chí xác định DNNVV theo pháp luật EU và Việt Nam cho thấy những điểm khác biệt sau:

Thứ nhất, pháp luật EU sử dụng cả hai tiêu chí (i) số lượng lao động và (ii) hạn mức tài chính để xác định một doanh nghiệp là DNNVV. Trong khi đó, Việt Nam chỉ sử dụng một trong hai tiêu chí trên và ưu tiên tiêu chí tổng nguồn vốn trong xếp loại DNNVV.

Thứ hai, khi xác định quy mô tài chính của một doanh nghiệp, pháp luật EU căn cứ vào doanh thu và/hoặc bảng cân đối tài sản, trong khi đó, Việt Nam chỉ căn cứ vào tổng

10 Khoản 2 Điều 3 Nghị định số 56/2009/NĐ-CP.

11 Khoản 1 Điều 1 Thông tư số 40/2009/TT-CP hướng dẫn cách tính số lao động sử dụng thường xuyên theo quy định tại Nghị định số 108/2006/NĐ-CP về việc quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Đầu tư.

12 Điểm b khoản 2 Điều 3 Thông tư số 12/2015/TT-BKHĐT ban hành Danh mục lĩnh vực ưu tiên hỗ trợ tiêu chí lựa chọn đối tượng ưu tiên hỗ trợ của Quỹ Phát triển DNNVV.

13 Điểm b khoản 2 Điều 1 Thông tư số 140/2012/TT-BTC hướng dẫn Nghị định số 60/2012/NĐ-CP ngày 30/7/2012 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành Nghị quyết số 29/2012/QH13 của Quốc hội về ban hành một số chính sách thuế nhằm tháo gỡ khó khăn cho tổ chức và cá nhân.

14 Điểm d khoản 2 Điều 1 Thông tư 140/2012/TT-BTC.

nguồn vốn tương đương tổng tài sản được xác định trong bảng cân đối kế toán của doanh nghiệp.

Thứ ba, khi tính số lượng người lao động được sử dụng thường xuyên trong doanh nghiệp, quy định của Việt Nam bao gồm cả số lao động đang nghỉ việc hưởng chế độ bảo hiểm xã hội. Ngược lại, pháp luật EU loại trừ những người học nghề hoặc sinh viên tham gia vào hoạt động đào tạo nghề hoặc theo hợp đồng học nghề; và người lao động đang trong thời gian nghỉ thai sản hoặc thời gian nghỉ dành cho người bố chăm sóc con mới sinh khi tính số lượng lao động của doanh nghiệp.

Thứ tư, pháp luật EU đưa ra một bảng tiêu chí chung về xếp loại DNNVV cho doanh nghiệp thuộc tất cả các lĩnh vực ngành nghề. Tuy nhiên, Việt Nam có sự khác biệt trong phân loại DNNVV giữa doanh nghiệp hoạt động trong 03 lĩnh vực gồm: (i) nông nghiệp và thủy sản; (ii) công nghiệp và xây dựng; (iii) thương mại và dịch vụ.

Thứ năm, khác với pháp luật EU, tiêu chí xác định DNNVV của Việt Nam không bao hàm những nguồn lực khác của doanh nghiệp, như việc có cổ phần ở doanh nghiệp khác hoặc doanh nghiệp khác có cổ phần tại doanh nghiệp đang được xem xét xếp loại DNNVV hay các doanh nghiệp có mối quan hệ đối tác.

Thứ sáu, việc xem xét và xếp loại một doanh nghiệp là DNNVV theo pháp luật Việt Nam được thực hiện hàng năm và không có quy định về việc xem xét xếp loại của hai kỳ kế toán liền kề trước kỳ kế toán được phê duyệt gần nhất để quyết định xếp loại DNNVV.

Thứ bảy, pháp luật EU và pháp luật Việt Nam đều chỉ quy định khung cho từng tiêu chí xếp loại DNNVV để các cơ quan có

thẩm quyền đối với mỗi hình thức hỗ trợ cụ thể hóa các tiêu chí với mức có thể thấp hơn khung quy định. Tuy nhiên, pháp luật EU quy định rõ ràng và cụ thể cách thức xác định các tiêu chí về lao động và hạn mức tài chính, trong khi pháp luật Việt Nam cho phép cơ quan chủ trì của từng chương trình hỗ trợ cụ thể quy định về điều này.

Từ so sánh các quy định của pháp luật EU và pháp luật Việt Nam về khái niệm, tiêu chí xác định DNNVV, có thể thấy pháp luật hiện hành của Việt Nam có những điểm bất cập sau:

- Việc sử dụng tổng vốn đầu tư là một tiêu chí xếp loại DNNVV có một số hạn chế: *thứ nhất*, rất khó và rất phức tạp để xác định tổng vốn đầu tư ngay cả khi dựa vào bảng cân đối kế toán của doanh nghiệp bởi doanh nghiệp hiếm khi ước tính chính xác giá trị của tài sản cố định và thường kê khai giảm giá trị của các tài sản này để tránh bị đánh thuế; *thứ hai*, tổng vốn đầu tư không phản ánh được hiệu quả sử dụng vốn của doanh nghiệp.

- Việc không xem xét các tiêu chí xếp loại DNNVV trong mối quan hệ của doanh nghiệp với các doanh nghiệp khác sẽ không phản ánh các nguồn lực của doanh nghiệp, do vậy đôi khi hỗ trợ không được sử dụng cho đúng đối tượng cần được hỗ trợ.

- Việc không có quy định cụ thể về nguyên tắc, cách thức chung để tính toán số lượng lao động và tổng nguồn vốn có thể dẫn đến sự không thống nhất trong xác định các tiêu chí này trong phân loại DNNVV.

- Việc chỉ xem xét xếp loại DNNVV căn cứ vào số liệu của hàng năm và không quy định xem xét trong một thời gian đủ dài sẽ khiến doanh nghiệp không nhận được hỗ trợ một cách ổn định và thích hợp, vì vậy có thể làm giảm khả năng tăng trưởng của doanh nghiệp.

4. Một số đề xuất hoàn thiện quy định về khái niệm, tiêu chí xác định doanh nghiệp nhỏ và vừa ở Việt Nam

Hiện nay, Dự thảo Luật Hỗ trợ DNNVV đang được xây dựng và đưa ra lấy ý kiến tham vấn. Dự thảo Luật¹⁵ có hai điểm đáng chú ý quy định về đối tượng điều chỉnh và các tiêu chí xác định DNNVV: (i) Dự thảo Luật không điều chỉnh hộ kinh doanh¹⁶; (ii) Dự thảo Luật đưa ra tiêu chí xác định DNNVV trên cơ sở kế thừa quy định tại Nghị định số 56/2009/NĐ-CP. Dự thảo Luật quy định Chính phủ là cơ quan quy định, hướng dẫn xác định tiêu chí tổng nguồn vốn và lao động bình quân năm. Mặc dù vậy, các quy định về tiêu chí xác định DNNVV trong Dự thảo Luật không có sự khác biệt đáng kể nào so với quy định hiện hành.

Từ sự so sánh các quy định của pháp luật EU, chúng tôi đưa ra một số đề xuất nhằm hoàn thiện quy định về khái niệm và tiêu chí xác định DNNVV trong Dự thảo Luật Hỗ trợ DNNVV:

Thứ nhất, đưa hộ kinh doanh vào đối tượng điều chỉnh của Luật Hỗ trợ DNNVV. Luật Doanh nghiệp năm 2014 không đề cập đến hộ kinh doanh trong đối tượng điều chỉnh, nhưng hộ kinh doanh được “gián tiếp” thừa nhận là một loại hình doanh nghiệp khi Nghị định số 78/2015/NĐ-CP của Chính phủ hướng dẫn về thủ tục đăng ký kinh doanh của Luật Doanh nghiệp năm 2014 lại có quy định về đăng ký kinh doanh với hộ gia đình¹⁷. Do vậy, để đảm bảo sự bình đẳng giữa tất cả loại hình sở hữu, quy mô doanh nghiệp và để thúc đẩy tự do kinh doanh thì cần đưa hộ kinh doanh vào đối

tượng điều chỉnh của Luật Hỗ trợ DNNVV. Khi phát triển đến quy mô nhất định, để mở rộng sản xuất, kinh doanh thì các hộ kinh doanh sẽ tự chuyển đổi thành loại hình doanh nghiệp được điều chỉnh bởi Luật Doanh nghiệp.

Thứ hai, xem xét quy định sử dụng doanh thu hoặc tổng tài sản trong bảng cân đối kế toán làm tiêu chí xác định khả năng tài chính của doanh nghiệp trong Luật Hỗ trợ DNNVV. Việc sử dụng tiêu chí doanh thu sẽ giúp đánh giá hiệu quả sử dụng vốn của doanh nghiệp, từ đó có thể khoanh vùng các doanh nghiệp thuộc phạm vi cần hỗ trợ.

Thứ ba, Luật Hỗ trợ DNNVV cần quy định các tiêu chí xếp loại DNNVV trong mối quan hệ của doanh nghiệp với các doanh nghiệp khác về lao động và về khả năng tài chính. Quy định như vậy sẽ đánh giá đúng tiềm lực của doanh nghiệp, tránh việc hỗ trợ dàn trải trong khi nguồn lực của Nhà nước có hạn. Kinh nghiệm của EU trong quy định về xác định doanh nghiệp tự chủ, doanh nghiệp đối tác và doanh nghiệp liên kết ở trên là nguồn tham khảo tốt để Việt Nam xem xét khi xây dựng quy định về xếp loại DNNVV.

Thứ tư, Luật Hỗ trợ DNNVV cần quy định số liệu về các tiêu chí lao động và tài chính của doanh nghiệp được thu thập hàng năm, nhưng việc xếp loại DNNVV được xem xét trong một khoảng thời gian dài hợp lý, có thể là hai kỳ kế toán liên tiếp như quy định của EU. Điều này sẽ giúp doanh nghiệp được hưởng các hỗ trợ để phát triển ổn định, tránh trường hợp không được xét xếp loại DNNVV do những biến động bất thường ■

15 Dự thảo Luật Hỗ trợ DNNVV (ngày 07/07/2016).

16 Điều 2 Dự thảo Luật Hỗ trợ DNNVV.

17 Xem Điều 66 Nghị định số 78/2015/NĐ-CP.