

THÔNG RA MỘT KỶ

4(348)

2017

NUM TH 46

TỔNG BIÊN TẬP

L MAI THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP

TR VN BIÊN

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

GS.TSKH. O TR C

PGS.TS. B XUÂN C

PGS.TS. PH H H H I

PGS.TS. TR N NH H O

PGS.TS. HÀ TH MAI H N

PGS.TS. PH M H O U NGH O

PGS.TS. NGUYỄN NH PH T

PGS.TS. L MINH TH NG

PGS.TS. NGUYỄN TRUNG T N

GS.TS. V KH NH VINH

PGS.TS. INH NG C V NG

*Trụ sở Tòa soạn:
27 Trần Xuân Soạn
Hà Nội*

Tel: 04.39713333

Fax: 04.39764534

Email:

tcnnpl@isl.gov.vn

**Giấy phép ho ng
b ch s 121/GP-
BTTTT, ngày 22/4/2013**

In tại Công ty in Thủy lợi

Giá 20.000

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

LUẬT HÀNH CHÍNH

❖ THÁI THỊ TUYẾT DUNG – NGUYỄN NHẬT KHANH: Bảo đảm thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính – một số bất cập và hướng hoàn thiện 3

❖ CAO VŨ MINH – NGÔ ĐỨC THẮNG: Hoàn thiện các quy định pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai 12

LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ

❖ PHAN VĂN CHÁNH: Các biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt trong tố tụng hình sự Việt Nam 21

LUẬT DÂN SỰ

❖ NGUYỄN THỊ MỸ LINH: Tài sản hình thành trong tương lai theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 27

❖ NGUYỄN THỊ NHUNG: Bàn về thời điểm chuyển quyền sở hữu nhà ở 33

LUẬT KINH TẾ, LUẬT ĐẤT ĐAI

❖ PHẠM THỊ HUYỀN: Cơ quan đại diện chủ sở hữu phần vốn nhà nước tại doanh nghiệp 36

❖ NGUYỄN THU THỦY: Khái niệm doanh nghiệp nhà nước theo các hiệp định thương mại tự do và pháp luật Việt Nam 43

❖ NGUYỄN NGỌC HÀ: Thực thi Hiệp định Tạo thuận lợi thương mại của Tổ chức Thương mại thế giới tại Việt Nam 50

❖ NGUYỄN QUANG THÀNH: Thu hồi đất vùng phụ cận để đấu giá quyền sử dụng đất thực hiện dự án theo Luật Đất đai năm 2013 59

❖ NGUYỄN THỊ NGÀ – LÊ THỊ NGỌC MAI: Quyền sử dụng đất của phụ nữ theo pháp luật đất đai hiện hành 63

LUẬT TÀI CHÍNH, LUẬT NGÂN HÀNG

❖ TRẦN VŨ HẢI: Chế độ tự chủ tài chính của bệnh viện công lập ở Việt Nam hiện nay 70

❖ PHẠM THỊ GIANG THU: Hoàn thiện pháp luật điều chỉnh hệ thống kiểm soát nội bộ của các chủ thể kinh doanh ngân hàng tại Việt Nam 76

MONTHLY ISSUE

4(348)

2017

46TH YEAR

EDITOR IN CHIEF

LE MAI THANH

DEPUTY EDITOR IN CHIEF

TRAN VAN BIEN

EDITORIAL BOARD

DAO TRI UC

BUI XUAN DUC

PHAM HONG HAI

TRAN DINH HAO

HA THI MAI HIEN

PHAM HUU NGHI

NGUYEN NHU PHAT

LE MINH THONG

NGUYEN TRUNG TIN

VO KHANH VINH

DINH NGOC VUONG

Office of the Editorial Board:

**27 Tran Xuan Soan
Ha Noi**

Tel: 04.39713333

Fax: 04.39764534

Email:

tcnnpl@isl.gov.vn

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

Printed by Water Resources
Printing Company

Price: 20.000 VND

STATE AND LAW

CONTENTS

ADMINISTRATIVE LAW

❖ THAI THI TUYET DUNG – NGUYEN NHAT KHANH: Ensuring the Enforcement of the Decision of Handling Administrative Breach – Shortcomings and Solutions 3

❖ CAO VU MINH – NGO DUC THANG: Improving Provisions on Handling Administrative Breach in the Field of Land 12

CRIMINAL PROCEDURE LAW

❖ PHAN VAN CHANH: Special Measures of Investigation in Vietnam's Criminal Proceedings 21

CIVIL LAW

❖ NGUYEN THI MY LINH: Property Formed in the Future under the Civil Code of 2015 27

❖ NGUYEN THI NHUNG: On the Time of Housing Ownership Transfer 33

ECONOMIC LAW, LAND LAW

❖ PHAM THI HUYEN: Agency Representing State Ownership's Capital Investing in Enterprises 36

❖ NGUYEN THU THUY: The Concept of a State Owned Enterprise under Free Trade Agreements and Vietnam's Laws 43

❖ NGUYEN NGOC HA: Enforcing the Trade Facilitation Agreement of the World Trade Organization in Vietnam 50

❖ NGUYEN QUANG THANH: Taking Back Adjacent Land Plots for Project-based Land-Use Right Auction under the Law on Land of 2013 59

❖ NGUYEN THI NGA – LE THI NGOC MAI: Land Use Rights of Women under Current Land Laws 63

FINANCIAL LAW, BANKING LAW

❖ TRAN VU HAI: The Regime of Financial Self-Governance in State Owned Hospitals in Vietnam Today 70

❖ PHAM THI GIANG THU: Improving Law and Regulations on the Internal Control System of Credit Institutions in Vietnam 76

BẢO ĐẢM THI HÀNH QUYẾT ĐỊNH XỬ PHẠT VI PHẠM HÀNH CHÍNH - MỘT SỐ BẤT CẬP VÀ HƯỚNG HOÀN THIỆN

*Thái Thị Tuyết Dung**
*Nguyễn Nhật Khanh***

Tóm tắt: Bảo đảm thi hành các quyết định xử phạt vi phạm hành chính là một trong những yếu tố thể hiện sự tối thượng của pháp luật, nhất là trong điều kiện xây dựng nhà nước pháp quyền ở Việt Nam hiện nay. Bài viết phân tích quy định pháp luật về các biện pháp bảo đảm thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính, chỉ ra một số bất cập và đề xuất các kiến nghị hoàn thiện.

Abstract: Ensuring the enforcement of the decision of handling administrative breach is one of the elements proving the supremacy of law, particularly in the context of Vietnam's building up the rule of law. This article analyses laws and regulations on measures ensuring the enforcement of such a decision and points out shortcomings and solutions.

1. Sự cần thiết bảo đảm thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính

Xử phạt vi phạm hành chính (XPVPHC) là việc người có thẩm quyền xử phạt áp dụng hình thức xử phạt, biện pháp khắc phục hậu quả đối với cá nhân, tổ chức thực hiện hành vi vi phạm hành chính theo quy định của pháp luật về XPVPHC¹. Theo quy định của Luật Xử lý vi phạm hành chính (XLVPHC) năm 2012, việc XPVPHC có thể được thực hiện theo thủ tục lập biên bản hoặc không lập biên bản vi phạm hành chính. Thủ tục xử phạt không lập biên bản áp dụng trong trường hợp xử phạt cảnh cáo hoặc phạt tiền đến 250.000 đồng đối với cá nhân, 500.000 đồng đối với tổ chức, trừ trường hợp vi phạm hành chính được phát

hiện nhờ sử dụng phương tiện, thiết bị kỹ thuật, nghiệp vụ thì phải lập biên bản. Đối với các trường hợp vi phạm còn lại sẽ thực hiện xử phạt theo thủ tục có lập biên bản². Tuy nhiên, dù thực hiện theo thủ tục nào thì kết quả của việc XPVPHC cũng phải được thể hiện bằng quyết định xử phạt vi phạm hành chính (QĐXPVPHC) do các chủ thể có thẩm quyền ban hành, trừ một số trường hợp không thể ra QĐXPVPHC³.

Theo quy định, người có thẩm quyền

² Khoản 1 Điều 56, khoản 1 Điều 57 Luật XLVPHC năm 2012.

³ Khoản 1 Điều 65 Luật XLVPHC năm 2012 quy định các trường hợp không ra QĐXPVPHC bao gồm: a) Trường hợp quy định tại Điều 11 của Luật này; b) Không xác định được đối tượng vi phạm hành chính; c) Hết thời hiệu XPVPHC quy định tại Điều 6 hoặc hết thời hạn ra quyết định xử phạt quy định tại khoản 3 Điều 63 hoặc khoản 1 Điều 66 của Luật này; d) Cá nhân vi phạm hành chính chết, mất tích, tổ chức vi phạm hành chính đã giải thể, phá sản trong thời gian xem xét ra quyết định xử phạt; đ) Chuyển hồ sơ vụ vi phạm có dấu hiệu tội phạm theo quy định tại Điều 62 của Luật XLVPHC.

* TS., Khoa Luật Hành chính – Nhà nước, Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

** Khoa Luật Hành chính – Nhà nước, Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

¹ Khoản 2 Điều 2 Luật XLVPHC năm 2012.

XPVPHC phải ra QĐXPVPHC trong thời hạn 07 ngày, kể từ ngày lập biên bản vi phạm hành chính. Đối với vụ việc có nhiều tình tiết phức tạp mà không thuộc trường hợp giải trình hoặc đối với vụ việc thuộc trường hợp giải trình theo quy định tại khoản 2 và khoản 3 Điều 61, thời hạn ra quyết định xử phạt tối đa là 30 ngày, kể từ ngày lập biên bản. Đối với vụ việc đặc biệt nghiêm trọng, có nhiều tình tiết phức tạp và thuộc trường hợp giải trình theo quy định tại đoạn 2 khoản 2 và khoản 3 Điều 61 mà cần có thêm thời gian để xác minh, thu thập chứng cứ thì người có thẩm quyền đang giải quyết vụ việc phải báo cáo thủ trưởng trực tiếp của mình bằng văn bản để xin gia hạn; việc gia hạn phải bằng văn bản, thời hạn gia hạn không được quá 30 ngày⁴. Đây là thủ tục bắt buộc trong quá trình XPVPHC. Trên cơ sở QĐXPVPHC, các chủ thể có thẩm quyền mới tiến hành việc xử phạt trên thực tế.

Sau khi có QĐXPVPHC, cá nhân, tổ chức bị XPVPHC phải chấp hành quyết định xử phạt trong thời hạn 10 ngày, kể từ ngày nhận QĐXPVPHC; trường hợp QĐXPVPHC có ghi thời hạn thi hành nhiều hơn 10 ngày thì thực hiện theo thời hạn đó. Trường hợp cá nhân, tổ chức bị xử phạt khiếu nại, khởi kiện đối với QĐXPVPHC thì vẫn phải chấp hành quyết định xử phạt, trừ trường hợp trong quá trình giải quyết khiếu nại, khởi kiện nếu xét thấy việc thi hành QĐXPVPHC bị khiếu nại, khởi kiện sẽ gây hậu quả khó khắc phục thì người giải quyết khiếu nại, khởi kiện phải ra quyết định tạm đình chỉ việc thi hành quyết định đó theo quy định của pháp luật⁵.

⁴ Khoản 1 Điều 66 Luật XLVPHC năm 2012.

⁵ Khoản 1 Điều 73 Luật XLVPHC năm 2012.

Như vậy, QĐXPVPHC là văn bản áp dụng pháp luật của người có thẩm quyền ban hành theo trình tự, thủ tục được pháp luật quy định về việc áp dụng các biện pháp xử phạt hành chính đối với cá nhân, tổ chức đã thực hiện hành vi vi phạm hành chính. Mặc dù quy định về việc thi hành QĐXPVPHC khá rõ ràng⁶, tuy nhiên thực tiễn cho thấy hiệu quả thi hành QĐXPVPHC chưa cao, số lượng QĐXPVPHC bị trì hoãn hoặc không thể thi hành còn rất nhiều⁷, từ đó đặt ra yêu cầu phải có các biện pháp để bảo đảm thi hành nhằm đạt các mục đích sau:

Một là, thể hiện sự thượng tôn của pháp luật, đặc biệt trong quá trình xây dựng nhà nước pháp quyền. Khi QĐXPVPHC được thi hành sẽ đảm bảo công bằng trong việc áp dụng các chế tài hành chính, đồng thời ngăn ngừa mọi cá nhân, tổ chức có những hành vi vi phạm. Việc bảo đảm thi hành QĐXPVPHC cũng là phương tiện đảm bảo cho việc thực hiện quyền lực nhà nước, hướng đến bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức.

Hai là, hạn chế tình trạng thất thu ngân

⁶ Xem mục 2 chương III Luật XLVPHC năm 2012 từ Điều 69 đến Điều 85.

⁷ Đơn cử, trong Báo cáo của Ủy ban nhân dân TP.HCM về hoạt động XPVPHC năm 2016 cho thấy, trong tổng số 950.294 vụ vi phạm hành chính thì đã xử phạt 927.597 vụ. Tổng số QĐXPVPHC đã ban hành là 943.362, trong đó số quyết định xử phạt đã thi hành là 880.726, số quyết định chưa thi hành xong là 62.636; hoặc theo Báo cáo số 303/BC-UBND của Ủy ban nhân dân tỉnh Đồng Tháp ngày 29/10/2015 về công tác thi hành pháp luật về xử lý vi phạm hành chính năm 2015 có đề cập QĐXPVPHC đối với hành vi mua bán, vận chuyển thuốc lá ngoại nhập lậu rất khó cưỡng chế thi hành, do đa số người vi phạm có hoàn cảnh khó khăn về kinh tế, không có nơi cư trú ổn định và mức phạt đối với các hành vi này rất cao.

sách nhà nước. Trong số các khoản thu ngân sách nhà nước hàng năm thì khoản thu từ XPVPHC chiếm một phần không nhỏ. Theo Báo cáo số 172/BC-BTP ngày 11/7/2016 của Bộ Tư pháp về công tác thi hành pháp luật về xử lý vi phạm hành chính 06 tháng đầu năm 2016, tổng số tiền thu được từ XPVPHC nộp vào ngân sách nhà nước là 2.773.161.221.342 đồng. Tổng số tiền thu được từ bán, thanh lý tang vật, phương tiện bị tịch thu là 170.146.433.685 đồng. Do đó, bảo đảm thi hành QĐXPVPHC là cơ sở để duy trì nguồn thu ngân sách nhà nước.

Ba là, đảm bảo hiệu quả hoạt động quản lý nhà nước của các cơ quan hành chính nhà nước, nâng cao trách nhiệm của các chủ thể, góp phần tăng cường ý thức tuân thủ pháp luật của người dân.

2. Một số bất cập trong các quy định về biện pháp bảo đảm thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính

XPVPHC là giải pháp hàng đầu hiện nay trong công tác đấu tranh phòng, chống vi phạm hành chính. Do đó, để đảm bảo thi hành QĐXPVPHC trong trường hợp cá nhân, tổ chức bị xử phạt không tự nguyện chấp hành quyết định xử phạt, khoản 2 Điều 86 Luật XLVPHC năm 2012 quy định 4 biện pháp cưỡng chế thi hành QĐXPVPHC gồm:

a) *Khấu trừ một phần lương hoặc một phần thu nhập, khấu trừ tiền từ tài khoản của cá nhân, tổ chức vi phạm;*

b) *Kê biên tài sản có giá trị tương ứng với số tiền phạt để bán đấu giá;*

c) *Thu tiền, tài sản khác của đối tượng bị cưỡng chế thi hành QĐXPVPHC do cá nhân, tổ chức khác đang giữ trong trường hợp cá nhân, tổ chức sau khi vi phạm có tình tẩu tán tài sản;*

d) *Buộc thực hiện biện pháp khắc phục hậu quả*⁸.

Cụ thể hóa Điều 86 Luật XLVPHC năm 2012, Chính phủ ban hành Nghị định số 166/2013/NĐ-CP ngày 12/11/2013 quy định về các biện pháp cưỡng chế nhằm bảo đảm thi hành QĐXPVPHC (Nghị định số 166/2013/NĐ-CP); tại khoản 3 Điều 3 quy định: “*Người có thẩm quyền ra quyết định cưỡng chế quyết định áp dụng các biện pháp cưỡng chế theo thứ tự quy định tại khoản 2 Điều 86 Luật XLVPHC. Chỉ áp dụng các biện pháp tiếp theo khi không thể áp dụng các biện pháp cưỡng chế đó hoặc đã áp dụng nhưng chưa thu đủ số tiền bị cưỡng chế theo quyết định cưỡng chế*”. Như vậy, cá nhân, tổ chức bị XPVPHC không tự nguyện chấp hành quyết định xử phạt sẽ bị áp dụng các biện pháp cưỡng chế.

Mặc dù Luật XLVPHC năm 2012 và Nghị định hướng dẫn số 166/2013/NĐ-CP đã quy định khá chi tiết về các biện pháp cưỡng chế nhằm bảo đảm thi hành QĐXPVPHC. Tuy nhiên, các quy định này vẫn còn một số hạn chế, bất cập:

Thứ nhất, Luật XLVPHC năm 2012 chưa có quy định về xử lý đối với trường hợp cá nhân bị XPVPHC nhưng không có điều kiện và khả năng để thi hành QĐXPVPHC.

Thực tế, có nhiều trường hợp cá nhân bị XPVPHC với mức tiền phạt rất lớn nhưng họ không có tài sản, thu nhập và các điều kiện khác để thực hiện nghĩa vụ theo QĐXPVPHC⁹. Căn cứ quy định tại khoản 2

⁸ Biện pháp này có rất nhiều nội dung còn bất cập nên nhóm tác giả sẽ viết riêng trong một bài viết khác.

⁹ Xem thêm Công văn số 81/STP-QLXLVPHC ngày 03/02/2016 của Sở Tư pháp tỉnh Bình Thuận về việc tham vấn ý kiến chuyên môn trong việc xử lý việc

Điều 86 Luật XLVPHC năm 2012 có thể hiểu, việc cưỡng chế thi hành QĐXPVPHC chỉ có thể áp dụng đối với những người vi phạm có lương, thu nhập hoặc có tiền trong tài khoản; có tài sản có giá trị tương ứng với số tiền phạt hoặc có tiền, tài sản khác do cá nhân, tổ chức khác đang giữ. Do đó, đối với người vi phạm không có tiền, tài sản theo quy định trên thì không thể thực hiện được việc cưỡng chế. Thời gian qua, các cơ quan có thẩm quyền đã rất lúng túng trong việc xử lý những trường hợp người bị XPVPHC không có khả năng thi hành quyết định xử phạt.

Một trong những nguyên nhân chính của thực trạng trên là do Luật XLVPHC năm 2012 chưa bao quát được các tình huống phát sinh trong thực tế khi quy định về các hình thức xử phạt và các biện pháp khắc phục hậu quả.

Thứ hai, về biện pháp khấu trừ một phần lương hoặc một phần thu nhập.

Khó khăn lớn nhất của biện pháp cưỡng chế này là ý thức chấp hành pháp luật của người bị cưỡng chế và nhận thức, trách nhiệm của cơ quan, tổ chức có liên quan. Trong trường hợp người bị cưỡng chế cố tình không cung cấp thông tin về nơi làm việc, tiền lương và thu nhập của mình thì cơ quan có thẩm quyền cưỡng chế cũng chưa có biện pháp hữu hiệu để xác minh thông tin. Bên cạnh đó, nhiều trường hợp người bị cưỡng chế chuyển chỗ ở, nơi làm việc khiến cơ quan cưỡng chế mất nhiều thời gian thông báo và các thủ tục cưỡng chế phải bắt đầu lại từ đầu; chưa kể trường hợp người bị

cưỡng chế cố tình trốn tránh thực hiện nghĩa vụ khiến việc cưỡng chế gặp nhiều khó khăn. Các cơ quan, đơn vị, tổ chức, người sử dụng lao động đang quản lý tiền lương hoặc thu nhập của cá nhân bị cưỡng chế chưa có sự phối hợp với cơ quan cưỡng chế; như cơ quan bảo hiểm xã hội không thực hiện việc chuyển tiền lương hưu, trợ cấp của người bị cưỡng chế theo quyết định cưỡng chế; người sử dụng lao động kiên quyết từ chối cơ quan có thẩm quyền vì lý do bảo vệ người lao động của mình hoặc chỉ vì “chưa có tiền lẻ”. Trong khi đó, cơ chế xử lý đối với những trường hợp này còn chưa rõ ràng. Chính những bất cập đó làm cho không ít vụ việc cưỡng chế bị tồn đọng, không thi hành được.

Thứ ba, về biện pháp cưỡng chế khấu trừ tiền từ tài khoản.

Một trong những yếu tố ảnh hưởng lớn nhất đến hiệu quả áp dụng biện pháp này là việc xác minh thông tin tài khoản của cá nhân, tổ chức bị cưỡng chế. Khoản 1 Điều 14 Nghị định số 166/2013/NĐ-CP quy định: “Người có thẩm quyền ra quyết định cưỡng chế khấu trừ tiền từ tài khoản có quyền yêu cầu tổ chức tín dụng cung cấp thông tin về tài khoản của cá nhân, tổ chức bị cưỡng chế theo quy định của pháp luật; trường hợp người có thẩm quyền ra quyết định cưỡng chế không có thẩm quyền yêu cầu cung cấp thông tin về tài khoản thì đề nghị người có thẩm quyền yêu cầu tổ chức tín dụng cung cấp thông tin. Người được cung cấp thông tin có trách nhiệm bảo mật những thông tin được cung cấp”. Tuy nhiên, việc thu thập thông tin về tài khoản của cá nhân, tổ chức bị cưỡng chế gặp nhiều khó khăn do chưa có cơ sở dữ liệu quốc gia về tài khoản, tiền gửi khách hàng trong các tổ chức tín dụng, ngân hàng thương mại.

không chấp hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính tại website: <http://www.snv.binhthuan.gov.vn/wps/wcm/connect/16ffec004bdb305d9cc3ff64993969a0/81+XLVPHC.signed.signed.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=16ffec004bdb305d9cc3ff64993969a0>.

Khoản 2 Điều 14 Nghị định số 166/2013/NĐ-CP cũng quy định: “*Cá nhân, tổ chức bị cưỡng chế có trách nhiệm thông báo cho người có thẩm quyền ra quyết định cưỡng chế khấu trừ tiền từ tài khoản về tên tổ chức tín dụng, nơi mở tài khoản, số tài khoản của mình tại tổ chức tín dụng khi có yêu cầu*”, nhưng quy định này trên thực tế là bất khả thi, bởi việc áp dụng biện pháp khấu trừ tiền từ tài khoản ảnh hưởng trực tiếp đến tài sản, lợi ích của đối tượng bị cưỡng chế, do vậy, các chủ thể này luôn cố tình cất giấu thông tin về tài khoản của mình.

Không chỉ khó khăn trong việc xác định tài khoản tiền gửi, ngay cả khi đã có thông tin về tài khoản của cá nhân, tổ chức bị cưỡng chế thì việc xác minh thông tin tài khoản tại các tổ chức tín dụng là không đơn giản. Các tổ chức tín dụng sẽ viện dẫn quy định về bảo mật thông tin tại Điều 14 Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010 để từ chối cung cấp thông tin về tài khoản của cá nhân, tổ chức bị cưỡng chế dù khoản 3 Điều 14 quy định rõ trách nhiệm của họ. Chỉ khi nào người có thẩm quyền kiên quyết xác minh thông tin thì các tổ chức tín dụng mới tiến hành cung cấp, nhưng lượng thông tin cung cấp rất hạn chế. Sau khi đã thu thập được thông tin về tài khoản của cá nhân, tổ chức bị cưỡng chế, thì các tổ chức tín dụng lại viện lý do số tiền lớn, phải xin ý kiến của Hội, Sở hoặc viện lý do bảo vệ khách hàng nên trì hoãn việc thực hiện quyết định cưỡng chế, khiến vụ việc cưỡng chế kéo dài; với việc giữ lại số tiền này, các tổ chức tín dụng đã thu về được khoản lợi nhuận đáng kể.

Một trong những nguyên nhân dẫn đến hiện tượng trên là do Nghị định số 166/2013/NĐ-CP cũng như các quy định pháp luật hiện hành chưa có chế tài xử lý cụ

thể đối với các tổ chức tín dụng khi thiếu hợp tác trong việc phối hợp tổ chức thực hiện các biện pháp cưỡng chế.

Thứ tư, về biện pháp cưỡng chế kê biên tài sản có giá trị tương ứng với số tiền phạt để bán đấu giá.

Đây là biện pháp cưỡng chế được áp dụng đối với cá nhân không được hưởng tiền lương, thu nhập hoặc bảo hiểm xã hội tại một cơ quan, đơn vị, tổ chức, và không có tài khoản hoặc số tiền gửi từ tài khoản tại tổ chức tín dụng không đủ để áp dụng biện pháp khấu trừ tiền từ tài khoản. Tuy nhiên việc thực hiện biện pháp này rất khó khăn, cụ thể:

- *Về vấn đề xác minh tài sản kê biên.* Để đảm bảo thực hiện biện pháp kê biên tài sản của đối tượng vi phạm hành chính, khoản 1 Điều 20 Nghị định số 166/2013/NĐ-CP quy định: “*Người có thẩm quyền ra quyết định cưỡng chế có trách nhiệm xác minh thông tin về tài sản của đối tượng bị cưỡng chế, điều kiện thi hành quyết định cưỡng chế kê biên tài sản có giá trị tương ứng với số tiền phạt*”. Đây là một nguyên tắc và là đảm bảo pháp lý quan trọng trong việc bảo vệ quyền con người, quyền công dân trong quá trình thực hiện các biện pháp cưỡng chế thi hành QĐXPVPHC, nâng cao trách nhiệm của chủ thể có thẩm quyền trong việc áp dụng các quy định của pháp luật. Tuy nhiên, trong một số trường hợp thì nguyên tắc này lại tạo ra những khó khăn nhất định, nhất là trong điều kiện nước ta chưa có một cơ sở dữ liệu thống nhất và đầy đủ để thống kê tài sản của cá nhân, tổ chức. Nhiều cá nhân, tổ chức vi phạm hành chính đã lợi dụng hạn chế này để trốn tránh việc thực hiện nghĩa vụ chấp hành QĐXPVPHC cũng như biện pháp cưỡng chế kê biên tài sản.

- Về tài sản không được kê biên. Nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của chủ thể bị XPVPHC, pháp luật quy định khi áp dụng biện pháp kê biên tài sản có giá trị tương ứng với số tiền phạt để bán đấu giá, cơ quan có thẩm quyền không được kê biên các loại tài sản sau đây¹⁰:

- Nhà ở duy nhất của cá nhân và gia đình người bị cưỡng chế có diện tích tối thiểu theo quy định của pháp luật về cư trú;

- Thuốc chữa bệnh, lương thực, thực phẩm phục vụ nhu cầu thiết yếu cho cá nhân bị cưỡng chế và gia đình họ sử dụng; công cụ lao động, đồ dùng sinh hoạt thông thường cần thiết cho cá nhân bị cưỡng chế và gia đình họ sử dụng;

- Đồ dùng thờ cúng; di vật, huân chương, huy chương, bằng khen;

- Tài sản đang được cầm cố, thế chấp hợp pháp.

Đây là quy định thể hiện tính nhân đạo của Nhà nước đối với chủ thể bị xử phạt. Tuy nhiên, quy định về các loại tài sản không được kê biên nói trên còn nhiều điểm chưa rõ ràng, thậm chí trở thành “kẽ hở” để chủ thể bị xử phạt lợi dụng nhằm né tránh việc chấp hành các QĐXPVPHC¹¹.

Thứ năm, về việc xử lý đối với các cá nhân, tổ chức có liên quan không phối hợp trong việc thực hiện các biện pháp cưỡng chế thi hành QĐXPVPHC.

Để thực hiện các biện pháp cưỡng chế thi hành QĐXPVPHC có hiệu quả, bên cạnh nỗ lực của các chủ thể có thẩm quyền thì

cần có sự cộng tác của các cá nhân, tổ chức khác trong việc hỗ trợ thực hiện. Khoản 3 Điều 6 Nghị định số 166/2013/NĐ-CP quy định: “Các tổ chức, cá nhân liên quan có nghĩa vụ phối hợp với người có thẩm quyền ra quyết định cưỡng chế hoặc cơ quan được giao chủ trì tổ chức cưỡng chế triển khai các biện pháp nhằm thực hiện quyết định cưỡng chế”. Trong trường hợp các cá nhân, tổ chức có liên quan không thiện chí phối hợp thì có thể bị xử lý theo quy định của pháp luật.

Theo đó, nếu cơ quan, đơn vị, tổ chức, người sử dụng lao động đang quản lý tiền lương hoặc thu nhập của cá nhân bị áp dụng biện pháp khấu trừ một phần lương hoặc một phần thu nhập cố tình không thực hiện quyết định cưỡng chế khấu trừ của cơ quan có thẩm quyền thì bị xử lý theo quy định của pháp luật¹². Trong trường hợp, tài khoản của cá nhân, tổ chức bị áp dụng biện pháp khấu trừ tiền từ tài khoản còn số dư mà tổ chức tín dụng không thực hiện việc trích chuyển thì tổ chức tín dụng bị xử lý theo quy định của pháp luật¹³. Đối với trường hợp áp dụng biện pháp cưỡng chế thu tiền, tài sản của đối tượng bị cưỡng chế do cá nhân, tổ chức khác đang giữ, nếu bên thứ ba không thực hiện yêu cầu hoặc tẩu tán tiền, tài sản đang giữ của đối tượng bị cưỡng chế thì bị xử lý theo quy định của pháp luật¹⁴.

Việc áp dụng các biện pháp xử lý theo quy định của pháp luật đối với cá nhân, tổ chức trong những trường hợp nói trên là cần thiết để buộc các chủ thể có trách nhiệm hỗ trợ người có thẩm quyền tổ chức thực hiện

¹⁰ Điều 19 Nghị định số 166/2013/NĐ-CP.

¹¹ Cao Vũ Minh - Nguyễn Nhật Khanh (2016), “Bắt cập trong các quy định pháp luật về tài sản không được kê biên để bán đấu giá khi thực hiện cưỡng chế thi hành quyết định XPVPHC”, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, số 6 (338), tr.9-15, 26.

¹² Khoản 4 Điều 12 Nghị định số 166/2013/NĐ-CP.

¹³ Khoản 5 Điều 16 Nghị định số 166/2013/NĐ-CP.

¹⁴ Khoản 3 Điều 30 Nghị định số 166/2013/NĐ-CP.

các biện pháp cưỡng chế. Tuy nhiên, các quy định này vẫn còn khá mơ hồ, thiếu rõ ràng, bởi “*bị xử lý theo quy định của pháp luật*” là một quy định rất chung chung. Trong Bộ luật hình sự không có tội danh nào liên quan đến việc cá nhân, tổ chức không hợp tác khi Nhà nước áp dụng các biện pháp cưỡng chế thi hành QĐXPVPHC. Các Nghị định của Chính phủ về XPVPHC trong các lĩnh vực cũng không có trường hợp nào xử phạt đối với hành vi không hợp tác khi Nhà nước áp dụng các biện pháp cưỡng chế thi hành QĐXPVPHC. Từ đó có thể thấy, việc xử lý đối với các cá nhân, tổ chức trong trường hợp không phối hợp triển khai các biện pháp nhằm thực hiện quyết định cưỡng chế của chủ thể có thẩm quyền là vấn đề còn bỏ ngõ, gây khó khăn cho các cơ quan chức năng khi xử lý trong thực tế.

Thứ sáu, Nghị định số 166/2013/NĐ-CP thiếu quy định về biểu mẫu các loại biên bản, quyết định khi áp dụng biện pháp cưỡng chế thi hành QĐXPVPHC.

Áp dụng các biện pháp cưỡng chế thi hành QĐXPVPHC là một hoạt động áp dụng quy phạm pháp luật cụ thể. Với đặc thù là những biện pháp pháp lý bất lợi mang tính áp đặt, việc áp dụng các biện pháp cưỡng chế có khả năng gây ra thiệt hại nhất định cho các đối tượng bị áp dụng, và vì vậy, cần tuân thủ nghiêm ngặt các quy định về mặt nội dung cũng như thủ tục. Tuy nhiên, Nghị định số 166/2013/NĐ-CP quy định về các biện pháp cưỡng chế thi hành QĐXPVPHC đã không quy định cụ thể về biểu mẫu các loại biên bản, quyết định khi áp dụng các biện pháp cưỡng chế, mà chỉ quy định về nội dung của các loại biên bản, quyết định này¹⁵. So với Nghị định số

81/2013/NĐ-CP ngày 19/7/2013 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật XLVPHC thì đây là một thiếu sót lớn¹⁶, gây lúng túng khi áp dụng các biện pháp cưỡng chế cũng như tạo ra sự thiếu thống nhất khi áp dụng pháp luật trong thực tiễn.

Thứ bảy, chưa quy định rõ về thẩm quyền của cấp trên đối với việc ra quyết định cưỡng chế thi hành QĐXPVPHC của cấp dưới.

Thẩm quyền quyết định áp dụng các biện pháp cưỡng chế được quy định cụ thể tại Điều 87 Luật XLVPHC năm 2012. Đồng thời, để đảm bảo tính hợp pháp của việc cưỡng chế, khoản 1 Điều 3 Nghị định số 166/2013/NĐ-CP quy định một trong những nguyên tắc áp dụng các biện pháp cưỡng chế là: “*Việc cưỡng chế chỉ được thực hiện khi có quyết định cưỡng chế bằng văn bản của người có thẩm quyền*”. Tuy nhiên, Điều 87 Luật XLVPHC năm 2012 chỉ liệt kê các chức danh có thẩm quyền quyết định cưỡng chế mà không xác định rõ thẩm quyền ban hành quyết định cưỡng chế của cấp trên người ban hành QĐXPVPHC trong một số trường hợp. Đây là một vấn đề cả Luật XLVPHC năm 2012 cũng như Nghị định số 166/2013/NĐ-CP còn bỏ ngõ.

Trước đây, Điều 5 Nghị định số 37/2005/NĐ-CP ngày 18/3/2005 của Chính phủ về áp dụng các biện pháp cưỡng chế thi hành QĐXPVPHC quy định, cấp trên có quyền ra quyết định cưỡng chế và tổ chức việc cưỡng chế thi hành đối với quyết

¹⁵ Điều 10, khoản 1 Điều 15, khoản 1 Điều 21, Điều 31, Điều 33 Nghị định số 166/2013/NĐ-CP.

¹⁶ Chính phủ ban hành kèm theo Nghị định số 81/2013/NĐ-CP Phụ lục về các loại biểu mẫu trong XPVPHC. Phụ lục có 20 biểu mẫu các loại quyết định, 11 biểu mẫu các loại biên bản và 1 biểu mẫu về văn bản giao quyền XLVPHC.

định xử phạt của cấp dưới trong các trường hợp sau:

- *Cấp dưới không có thẩm quyền ra quyết định cưỡng chế;*

- *Cấp dưới có thẩm quyền ra quyết định cưỡng chế nhưng không đủ điều kiện về lực lượng, phương tiện để tổ chức thi hành quyết định cưỡng chế và có văn bản đề nghị cấp trên ra quyết định cưỡng chế;*

- *Việc thi hành quyết định xử phạt liên quan đến nhiều địa phương, tổ chức, cá nhân hoặc cá nhân bị cưỡng chế là những người có chức sắc tôn giáo, có uy tín trong xã hội, cấp trên xét thấy cần thiết phải ra quyết định cưỡng chế.*

Tuy nhiên, khi Luật XLVPHC năm 2012 và Nghị định số 166/2013/NĐ-CP ra đời lại không có quy định cụ thể, vì vậy, đã gây nhiều tranh cãi trong quá trình áp dụng pháp luật.

Nhiều ý kiến cho rằng, cấp trên có quyền ban hành quyết định cưỡng chế thi hành QĐXPVPHC của cấp dưới trong một số trường hợp, ví dụ như việc cưỡng chế đó vượt khả năng của cấp dưới. Nhưng cũng có ý kiến cho rằng, chỉ có người ban hành QĐXPVPHC mới có quyền ban hành quyết định cưỡng chế vì Luật XLVPHC 2012 không quy định cấp trên có quyền ban hành quyết định cưỡng chế để thi hành QĐXPVPHC của cấp dưới. Do vậy, cơ quan có thẩm quyền cần có hướng dẫn cụ thể để việc áp dụng pháp luật được thống nhất.

Thứ tám, về thi hành hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính.

Điều 126 Luật XLVPHC năm 2012 quy định, nếu tang vật, phương tiện do bị chiếm đoạt, sử dụng trái pháp luật thì trả lại cho chủ sở hữu, người quản lý hoặc người sử

dụng hợp pháp, và người vi phạm phải nộp một khoản tiền tương đương trị giá tang vật, phương tiện vi phạm vào ngân sách nhà nước. Tuy nhiên, áp dụng quy định này trong thực tiễn có nhiều trường hợp rất khó thực hiện, khi người vi phạm hoàn toàn không có khả năng nộp khoản tiền tương đương trị giá tang vật, phương tiện vi phạm. Hơn nữa, pháp luật quy định tịch thu tang vật phương tiện vi phạm là hình thức xử phạt bổ sung mà không đề cập đến giá trị tang vật, phương tiện vi phạm, trong khi hình thức xử phạt chính có thể thấp hơn nhiều so với giá trị tang vật bị tịch thu¹⁷.

Ngoài ra, việc trả lại tang vật, phương tiện vi phạm xảy ra trước khi ban hành quyết định XLVPHC, nên nếu người vi phạm không nộp lại số tiền tương ứng với tang vật, phương tiện thì cơ quan có thẩm quyền cũng không có biện pháp nào để cưỡng chế việc nộp lại số tiền đó. Do vậy, cần quy định cụ thể về hai trường hợp:

- Khi người vi phạm không thể có đủ số tiền tương ứng với tang vật, phương tiện vi phạm để nộp lại.

- Khi người vi phạm có đủ khả năng nộp lại số tiền tương ứng với tang vật, phương tiện vi phạm nhưng cố tình không nộp.

3. Một số kiến nghị

Để khắc phục những bất cập nêu trên chúng tôi xin đề xuất một số giải pháp sau:

Thứ nhất, Luật XLVPHC năm 2012 cần đa dạng hóa các hình thức xử phạt để có thể

¹⁷ Báo điện tử Công an nhân dân, “Khai thác cát trái phép, đòi hỏi lộ CSGT đường thủy”, tại: <http://cand.com.vn/Phap-luat/Khai-tha-CC%81c-ca-CC%81t-tra-CC%81i-phe-CC%81p-do-CC%80i-ho-CC%81i-lo-CC%A3-CSGT-duo-CC%80n-g-thu-CC%89y-249015>, truy cập ngày 15/3/2017.

áp dụng cho nhiều đối tượng vi phạm có hoàn cảnh khác nhau nhằm đảm bảo thi hành hiệu quả QĐXPVPHC; cụ thể, tiếp thu các quy định trước đây trong Điều lệ xử phạt vi cảnh ban hành kèm theo Nghị định số 143-CP của Hội đồng Chính phủ ngày 27/5/1977 như: Phạt lao động công ích, phạt giam hành chính, buộc học tập các quy định có liên quan đến vi phạm. Bên cạnh đó, có thể tham khảo kinh nghiệm một số nước về việc bổ sung một số hình thức xử phạt cho phù hợp thực tiễn. Ví dụ ở Nga, người vi phạm hành chính có thể bị phạt giam hành chính hoặc cấm đảm nhiệm chức vụ có thời hạn đối với người có chức vụ trong cơ quan, tổ chức nhà nước và các pháp nhân nói chung¹⁸. Đồng thời, nghiên cứu chuyển một số biện pháp khắc phục hậu quả thành hình thức xử phạt chính để đa dạng hóa các phương án xử phạt phù hợp với hoàn cảnh thực tế của vụ vi phạm.

Thứ hai, bổ sung trong Luật XLVPHC năm 2012 hoặc các văn bản hướng dẫn thi hành quy định về trường hợp cơ quan nhà nước có thẩm quyền đã xác minh, làm rõ người bị xử phạt không có điều kiện, khả năng thi hành quyết định xử phạt và người bị xử phạt có đơn xin tạm hoãn thi hành quyết định có xác nhận của Ủy ban nhân dân cấp xã nơi cư trú, thì người ra quyết định xử phạt có thể ra quyết định tạm hoãn

thi hành quyết định đến khi người bị xử phạt có điều kiện thực hiện nghĩa vụ của mình. Trong trường hợp này, cần có cơ chế để cơ quan nhà nước có thẩm quyền (cơ quan đề nghị xử phạt hoặc Ủy ban nhân dân cấp xã nơi người bị xử phạt cư trú) theo dõi, xác minh để xác định thời điểm người bị xử phạt có điều kiện thi hành quyết định xử phạt. Khi đó, nếu người bị xử phạt vẫn cố tình không thực hiện thì cần đề nghị cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt theo quy định.

Thứ ba, xây dựng cơ sở dữ liệu quốc gia về tài khoản, tiền gửi tại các tổ chức tín dụng, về đăng ký quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và các tài sản gắn liền với đất tương tự như công thông tin quốc gia về đăng ký giao dịch bảo đảm, đăng ký doanh nghiệp để có cơ chế kiểm tra thông tin về tài sản của cá nhân, tổ chức bị cưỡng chế. Đồng thời, các cơ quan chức năng, các cá nhân, tổ chức có liên quan đến việc cưỡng chế cần có sự phối hợp trong việc hỗ trợ kiểm tra, xác minh thông tin về thu nhập, tiền lương, tài khoản, số lượng, tình trạng tài sản của cá nhân, tổ chức bị cưỡng chế khi áp dụng các biện pháp cưỡng chế thi hành QĐXPVPHC.

Thứ tư, bổ sung các quy định cụ thể hướng dẫn việc xử lý đối với các cá nhân, tổ chức không phối hợp với chủ thể có thẩm quyền khi triển khai các biện pháp nhằm thực hiện quyết định cưỡng chế. Có thể quy định các chế tài hành chính hoặc chế tài hình sự trong trường hợp hành vi không phối hợp thực hiện các biện pháp cưỡng chế gây ra hậu quả nghiêm trọng để có cơ sở xử lý.

(Xem tiếp trang 26)

¹⁸ Nguyễn Cảnh Hợp (chủ biên), *Bình luận khoa học Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (tập 1)*, Nxb. Đại học quốc gia Tp. Hồ Chí Minh, 2015, tr. 177: Bộ luật về vi phạm hành chính năm 2001 của Liên bang Nga quy định, hình thức phạt giam hành chính (административный арест) là cách ly người vi phạm với xã hội thời hạn đến 30 ngày đêm do thẩm phán quyết định; hình thức cấm đảm nhiệm chức vụ (дисквалификация) từ 6 tháng đến 3 năm (Chương 3 Thiên 1).

HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH PHÁP LUẬT VỀ XỬ PHẠT VI PHẠM HÀNH CHÍNH TRONG LĨNH VỰC ĐẤT ĐAI

Cao Vũ Minh*
Ngô Đức Thắng**

Tóm tắt: Ở nước ta hiện nay, vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai đang diễn ra rất phức tạp, gây thiệt hại cho Nhà nước, lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức. Nhằm đảm bảo hiệu quả công tác đấu tranh phòng, chống vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai thì xử phạt hành chính được xem là một giải pháp hữu hiệu. Bài viết phân tích một số bất cập, hạn chế trong các quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai; đồng thời đề xuất phương hướng hoàn thiện.

Abstract: Administrative breach in the field of land, which is being complicated, causes damage to the State and legitimate interests of individuals and organizations. Administrative sanction is considered as an efficient solution to ensure the effectiveness of struggle against and prevention of administrative breach. This article analyses the shortcomings of provisions on administrative sanction in the field of land and provides relevant recommendations.

Nhằm nâng cao hiệu lực quản lý nhà nước về đất đai, đồng thời đảm bảo quản lý chặt chẽ, hiệu quả tài nguyên đất, hạn chế tiêu cực, tham nhũng, lãng phí trong quản lý, sử dụng đất đai, ngày 10/11/2014, Chính phủ ban hành Nghị định số 102/2014/NĐ-CP về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai. Bên cạnh những kết quả đạt được thì các quy định hiện hành về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai vẫn còn nhiều bất cập, gây khó khăn trong thực tiễn áp dụng.

1. Một số bất cập về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai

Thứ nhất, đối tượng bị xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai được quy định trong Nghị định số 102/2014/NĐ-CP

chưa có sự thống nhất với các văn bản pháp luật hiện hành.

Khoản 2 Điều 2 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (Luật XLVPHC) quy định: “Xử phạt vi phạm hành chính là việc người có thẩm quyền xử phạt áp dụng hình thức xử phạt, biện pháp khắc phục hậu quả đối với cá nhân, tổ chức thực hiện hành vi vi phạm hành chính theo quy định của pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính”. Như vậy, theo Luật XLVPHC thì đối tượng bị xử phạt vi phạm hành chính chỉ có thể là cá nhân hoặc tổ chức. Vấn đề này còn được quy định cụ thể tại khoản 1 Điều 3 về nguyên tắc xử phạt vi phạm hành chính, khoản 1 Điều 5 về đối tượng bị xử phạt vi phạm hành chính. Tuy nhiên, theo Điều 2 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP thì đối tượng bị xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai không chỉ là cá nhân, tổ chức mà còn có thể là hộ gia đình, cộng đồng dân cư hoặc cơ sở tôn giáo.

* TS., Tạp chí Khoa học pháp lý, Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

** ThS., Đại học Cảnh sát nhân dân.

Trước đây, Pháp lệnh Xử lý vi phạm hành chính năm 2002 (sửa đổi, bổ sung năm 2007, 2008) quy định mức phạt tiền như nhau đối với cá nhân và tổ chức. Tuy nhiên, theo Luật XLVPHC thì mức tiền phạt của tổ chức gấp hai lần của cá nhân đối với cùng một hành vi vi phạm. Do đó, việc xác định tư cách chủ thể vi phạm là cá nhân hay tổ chức có vai trò rất quan trọng, nhằm xác định chính xác mức tiền phạt. Theo khoản 5 Điều 4 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP, hộ gia đình, cộng đồng dân cư có hành vi vi phạm sẽ bị xử lý như đối với cá nhân, còn cơ sở tôn giáo có hành vi vi phạm thì bị xử lý giống như đối với tổ chức. Tuy nhiên, quy định mang tính chất nguyên tắc này tại Nghị định số 102/2014/NĐ-CP là không thực sự hợp lý, cả dưới góc độ lý luận lẫn thực tiễn.

Cụ thể, không thể xem hộ gia đình như cá nhân bởi theo Bộ luật Dân sự năm 2015, các quy định điều chỉnh cá nhân và hộ gia đình hoàn toàn khác biệt với nhau. Theo cách hiểu truyền thống thì hộ gia đình là những người có quan hệ hôn nhân, huyết thống, nuôi dưỡng theo quy định của pháp luật¹. Hộ gia đình muốn được xác định là chủ thể của quan hệ pháp luật thì phải có nhiều người, những người này có quan hệ hôn nhân, quan hệ huyết thống hoặc quan hệ nuôi dưỡng. Điều này cũng được gián tiếp khẳng định trong Luật Đất đai năm 2013². Do đó, không thể xem hộ gia đình là

một cá nhân để từ đó quy định việc xử phạt hộ gia đình giống như cá nhân.

Theo Điều 103 Bộ luật Dân sự năm 2015, nghĩa vụ dân sự phát sinh từ việc tham gia quan hệ dân sự của hộ gia đình sẽ được bảo đảm thực hiện bằng tài sản chung của các thành viên. Trong khi đó, nghĩa vụ dân sự phát sinh từ việc tham gia quan hệ dân sự của cá nhân sẽ được bảo đảm thực hiện bằng chính tài sản của họ. Sở dĩ hộ gia đình được xác định là chủ thể của quan hệ pháp luật về đất đai là vì trong một thời gian dài cá nhân không được thừa nhận là chủ sở hữu các tư liệu sản xuất, trong đó có đất đai, không có quyền tự do kinh doanh nên không thể là chủ thể kinh doanh, còn hộ gia đình là một chủ thể được Nhà nước giao đất, cho thuê đất³. Hiện nay, chính sách đất đai đã có sự thay đổi nhưng hộ gia đình vẫn là một chủ thể trong quan hệ pháp luật về đất đai. Sự tồn tại chủ thể là hộ gia đình bên cạnh cá nhân, tổ chức trong quan hệ pháp luật đất đai là vấn đề mang tính lịch sử⁴. Pháp luật đất đai không đồng nhất hộ gia đình với cá nhân. Do đó, khoản 5 Điều 4 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP quy định *“trường hợp hộ gia đình vi phạm hành*

thời điểm được nhà nước giao đất, cho thuê đất, công nhận quyền sử dụng đất; nhận chuyển quyền sử dụng đất”.

³ Hà Thị Mai Hiền, *Pháp nhân, hộ gia đình, tổ hợp tác theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005: Những bất cập và hướng hoàn thiện*, Tạp chí Nhà nước và pháp luật số 10, năm 2013.

⁴ Luật Đất đai năm 1993 lần đầu tiên ghi nhận hộ gia đình là một trong những chủ thể sử dụng đất, bên cạnh các tổ chức kinh tế, đơn vị vũ trang nhân dân, cơ quan nhà nước, tổ chức chính trị, xã hội và cá nhân. Luật Thuế chuyển nhượng quyền sử dụng đất năm 1994 quy định hộ gia đình là một trong những đối tượng nộp thuế. Đặc biệt, Bộ luật Dân sự năm 1995 chính thức ghi nhận hộ gia đình là một chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự.

¹ Lê Thu Hà, *Bàn về chủ thể hộ gia đình*, Tạp chí Nghề luật, số 4, năm 2010.

² Luật Đất đai năm 2013 không định nghĩa về *“Hộ gia đình”*, nhưng có quy định về *“Hộ gia đình sử dụng đất”*. Theo khoản 29 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013 thì *“Hộ gia đình sử dụng đất là những người có quan hệ hôn nhân, huyết thống, nuôi dưỡng theo quy định của pháp luật về hôn nhân và gia đình, đang sống chung và có quyền sử dụng đất chung tại*

chính trong lĩnh vực đất đai thì bị xử phạt như đối với cá nhân” là chưa thực sự hợp lý. Trên thực tế, có trường hợp hộ gia đình gồm hai vợ chồng cùng có hành vi vi phạm hành chính liên quan đến đất đai, nhưng do Nghị định số 102/2014/NĐ-CP không quy định hợp lý nên các cơ quan có thẩm quyền xử phạt gặp nhiều khó khăn trong việc xác định chủ thể vi phạm là cả hai vợ chồng hay là hộ gia đình⁵.

Kể đến, pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai cũng không thể “cào bằng” giữa cộng đồng dân cư với cá nhân bằng quy định: “Cộng đồng dân cư vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai thì bị xử phạt như đối với cá nhân”. Theo khoản 4 Điều 5 Luật Đất đai năm 2013 thì “Cộng đồng dân cư gồm cộng đồng người Việt Nam sinh sống trên cùng địa bàn thôn, làng, ấp, bản, buôn, phum, sóc, tổ dân phố và điểm dân cư tương tự có cùng phong tục, tập quán hoặc có chung dòng họ”.

Theo quy định trên, khi tham gia vào quan hệ đất đai, cộng đồng dân cư phải thỏa mãn ba điều kiện: i) Phải là cộng đồng người Việt Nam; ii) Sinh sống trên cùng địa bàn thôn, làng, ấp, bản, buôn, phum, sóc, tổ dân phố và điểm dân cư tương tự; iii) Có cùng phong tục, tập quán hoặc có chung dòng họ. Như vậy, cộng đồng dân cư trước hết phải bao gồm nhiều người Việt Nam, cùng sinh sống trên địa bàn cụ thể và thống nhất về phong tục tập quán. Cộng đồng dân cư có người đại diện là trưởng thôn, làng,

ấp, bản, buôn, phum, sóc, tổ dân phố⁶. Trường hợp cộng đồng dân cư gồm nhiều người, theo sự “chỉ đạo” của người đại diện, cùng có hành vi lấn, chiếm đất nông nghiệp thì các cơ quan nhà nước sẽ xử phạt như thế nào? Nếu xử phạt từng người trong cộng đồng dân cư thì không thuyết phục, bởi như vậy việc đặt ra đối tượng xử phạt là “cộng đồng dân cư” bên cạnh “cá nhân” còn có ý nghĩa? Nếu chỉ xử phạt cộng đồng dân cư bằng mức phạt của cá nhân lại không phù hợp với nguyên tắc “nhiều người cùng thực hiện một hành vi vi phạm hành chính thì mỗi người vi phạm đều bị xử phạt về hành vi vi phạm hành chính đó” được quy định tại khoản 1 Điều 3 Luật XLVPHC.

Như đã trình bày, đối với cơ sở tôn giáo, khi vi phạm sẽ bị xử phạt giống như đối với tổ chức. Tuy nhiên, khái niệm “cơ sở tôn giáo” được quy định trong các văn bản pháp luật lại không thống nhất với nhau. Theo khoản 4 Điều 5 Luật Đất đai năm 2013: “Cơ sở tôn giáo gồm chùa, nhà thờ, nhà nguyện, thánh thất, thánh đường, niệm phật đường, tu viện, trường đào tạo riêng của tôn giáo, trụ sở của tổ chức tôn giáo và cơ sở khác của tôn giáo”. Trong khi đó, khoản 14 Điều 2 Luật Tín ngưỡng, tôn giáo năm 2016 lại quy định: “Cơ sở tôn giáo gồm chùa, nhà thờ, nhà nguyện, thánh thất, thánh đường, trụ sở của tổ chức tôn giáo, cơ sở hợp pháp khác của tổ chức tôn giáo”.

Như vậy, “Cơ sở tôn giáo” theo Luật Tín ngưỡng, tôn giáo năm 2016 không bao gồm “niệm phật đường, tu viện, trường đào tạo riêng của tôn giáo” như Luật Đất đai năm 2013. Có thể thấy, khái niệm “cơ sở

⁵ Lê Phương, Một số vướng mắc trong thực hiện pháp luật về xử lý vi phạm hành chính, Website Cải cách hành chính nhà nước (Ủy ban nhân dân tỉnh Khánh Hòa), ngày 16/6/2015.

⁶ Khoản 3 Điều 7 Luật Đất đai năm 2013.

tôn giáo” trong Luật Đất đai năm 2013 có nội hàm pháp lý rộng hơn trong Luật Tín ngưỡng, tôn giáo năm 2016. Vấn đề có tính thực tiễn đặt ra là, nếu xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai thì sẽ xác định “*cơ sở tôn giáo*” trên cơ sở Luật Đất đai năm 2013 hay Luật Tín ngưỡng, tôn giáo năm 2016? Nếu nhận thức đây là hành vi vi phạm trong lĩnh vực đất đai thì phải xác định “*cơ sở tôn giáo*” theo Luật Đất đai năm 2013. Tuy nhiên, theo khoản 3 Điều 156 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 thì: “*Trong trường hợp các văn bản quy phạm pháp luật do cùng một cơ quan ban hành có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng quy định của văn bản quy phạm pháp luật ban hành sau*”, Luật Tín ngưỡng, tôn giáo năm 2016 được ban hành sau Luật Đất đai năm 2013 và do đó, phải xác định “*cơ sở tôn giáo*” theo Luật Tín ngưỡng, tôn giáo năm 2016. Rõ ràng đã có sự mâu thuẫn trong việc áp dụng pháp luật. Điều này sẽ dẫn đến tình trạng khó khăn trong việc xác định đâu là cơ sở tôn giáo để từ đó ra quyết định xử phạt cho phù hợp.

Thứ hai, theo điểm d khoản 1 Điều 38 Luật XLVPHC thì Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã chỉ có quyền áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả quy định tại các điểm a, b, c và đ khoản 1 Điều 28. Điều này có nghĩa, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã không có quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính*” quy định tại điểm i khoản 1 Điều 28 Luật XLVPHC. Thế nhưng, Nghị định số 102/2014/NĐ-CP lại “*cho phép*” Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã được quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực*

hiện hành vi vi phạm”⁷. Tương tự, theo khoản 2 Điều 46 Luật XLVPHC thì thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính*” chỉ thuộc về Chánh Thanh tra Sở, Trưởng đoàn thanh tra chuyên ngành do Tổng cục trưởng Tổng cục Quản lý đất đai, Giám đốc Sở, Chánh Thanh tra Sở Tài nguyên và Môi trường ra quyết định thanh tra và thành lập Đoàn thanh tra. Tuy nhiên, Nghị định số 102/2014/NĐ-CP lại tiếp tục “*mở rộng*” thẩm quyền này cho Thanh tra viên, người được giao thực hiện nhiệm vụ thanh tra chuyên ngành đang thi hành công vụ⁸. Theo chúng tôi, Nghị định số 102/2014/NĐ-CP đã mâu thuẫn với Luật XLVPHC về thẩm quyền của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã và của Thanh tra viên, người được giao thực hiện nhiệm vụ thanh tra chuyên ngành đang thi hành công vụ.

Thứ ba, các quy định pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai chưa đầy đủ, tản mạn và còn nhiều bất cập.

Điều 12 Luật Đất đai năm 2013 nghiêm cấm hành vi: “*lấn, chiếm, hủy hoại đất đai*”. Tuy liệt kê các hành vi bị nghiêm cấm, nhưng Luật Đất đai năm 2013 không quy định chế tài cụ thể đối với từng hành vi vi phạm này. Điều này chỉ có thể được làm rõ thông qua các nghị định của Chính phủ, nhưng các chế tài của những hành vi này lại nằm tản mạn trong rất nhiều các nghị định khác nhau. Theo đó, hành vi “*lấn, chiếm đất đai*” bị xử phạt theo quy định tại Điều

⁷ Điểm d khoản 1 Điều 31 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP.

⁸ Điểm d khoản 1 Điều 32 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP.

10 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP; hành vi gây ô nhiễm đất (một dạng của *hủy hoại đất đai*) bị xử phạt theo chế tài tại Điều 19 Nghị định số 155/2016/NĐ-CP ban hành ngày 18/11/2016 quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bảo vệ môi trường. Về kỹ thuật lập pháp thì việc thiết kế các chế tài như trên là không hợp lý. Dẫu biết rằng, mỗi hành vi vi phạm có thể thuộc một lĩnh vực khác nhau và được điều chỉnh trong từng nghị định chuyên ngành, nhưng sự tản mạn của các chế tài này đã gây ra khó khăn trong quá trình xem xét, xử lý cũng như công tác tuyên truyền, phổ biến pháp luật.

Ngoài ra, hiện nay chế tài xử phạt các hành vi vi phạm về đất đai tuy nhiều nhưng lại không đầy đủ. Như đã trình bày, hành vi *“lấn, chiếm đất đai”* bị xử phạt theo quy định tại Nghị định số 102/2014/NĐ-CP. Tuy nhiên, nhiều hành vi liên quan đến *“hủy hoại đất đai”* lại không có chế tài tương ứng trong các nghị định của Chính phủ. Theo quy định pháp luật, *hủy hoại đất* là hành vi làm biến dạng địa hình, làm suy giảm chất lượng đất, gây ô nhiễm đất, làm mất hoặc giảm khả năng sử dụng đất theo mục đích đã được xác định⁹. Hiện nay, chỉ có Nghị định số 155/2016/NĐ-CP quy định chế tài đối với hành vi *“gây ô nhiễm đất”*, còn những hành vi như *“làm biến dạng địa hình”*, *“làm suy giảm chất lượng đất”*, *“làm mất hoặc giảm khả năng sử dụng đất theo mục đích đã được xác định”* thì chưa được quy định. Có ý kiến cho rằng, đối với hành vi *hủy hoại đất* thì Nhà nước chỉ tiến hành thu hồi đất theo quy định tại điểm b khoản 1 Điều 64 Luật Đất đai năm 2013, mà

không áp dụng các hình thức xử phạt¹⁰. Trái ngược với ý kiến này, chúng tôi cho rằng, *“thu hồi đất”* là một biện pháp hoàn toàn độc lập với các hình thức xử phạt. Điều này có nghĩa, hành vi vi phạm liên quan đến *hủy hoại đất đai* vừa có thể áp dụng các hình thức xử phạt, vừa có thể bị thu hồi đất. Bằng chứng là hành vi *“gây ô nhiễm đất”* (một dạng của *hủy hoại đất đai*) đã được quy định hình thức xử phạt cụ thể. Điều này sẽ trở nên không công bằng nếu các hành vi như *“làm biến dạng địa hình”*, *“làm suy giảm chất lượng đất”*, *“làm mất hoặc giảm khả năng sử dụng đất theo mục đích đã được xác định”* lại không được quy định hình thức xử phạt rõ ràng.

Một vấn đề nữa là, khoản 1 Điều 64 Luật Đất đai năm 2013 quy định 09 trường hợp bị thu hồi đất do vi phạm pháp luật về đất đai. Trong đó có hai trường hợp chỉ bị Nhà nước thu hồi khi cá nhân, tổ chức tiếp tục vi phạm hoặc không chấp hành quyết định sau khi chủ thể có thẩm quyền ra quyết định xử phạt vi phạm hành chính là:

- *Sử dụng đất không đúng mục đích đã được Nhà nước giao, cho thuê, công nhận quyền sử dụng đất và đã bị xử phạt vi phạm hành chính về hành vi sử dụng đất không đúng mục đích mà tiếp tục vi phạm”* (điểm a);

- *Người sử dụng đất không thực hiện nghĩa vụ đối với Nhà nước và đã bị xử phạt vi phạm hành chính mà không chấp hành* (điểm g).

Những hành vi bị coi là sử dụng đất không đúng mục đích được Nhà nước giao,

⁹ Khoản 25 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013.

¹⁰ Công ty luật Minh Khuê, Quy định xử lý hành vi hủy hoại đất? Nguồn: <https://luatminhkhue.vn/tu-van-luat-dat-dai/quy-dinh-xu-ly-hanh-vi-huy-hoai-dat-.aspx>, truy cập ngày 24/1/2017.

cho thuê, công nhận quyền sử dụng đất có thể là: i) Chuyển mục đích sử dụng đất trồng lúa không được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cho phép; ii) Chuyển mục đích sử dụng đất rừng đặc dụng, đất rừng phòng hộ, đất rừng sản xuất mà không được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cho phép; iii) Chuyển mục đích sử dụng đất nông nghiệp không phải là đất trồng lúa, đất rừng phòng hộ, đất rừng đặc dụng mà không được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cho phép; iv) Chuyển mục đích sử dụng đất phi nông nghiệp sang mục đích khác trong nhóm đất phi nông nghiệp mà không được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cho phép. Những hành vi vi phạm này sẽ bị xử phạt hành chính theo các quy định tương ứng tại Điều 6, 7, 8, 9 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP. Trong trường hợp, cá nhân, tổ chức đã bị xử phạt vi phạm hành chính “*mà tiếp tục vi phạm*” thì sẽ bị thu hồi đất. Tuy nhiên, đối với hành vi “*người sử dụng đất không thực hiện nghĩa vụ đối với Nhà nước*” sẽ bị xử phạt như thế nào thì không có chế tài tương ứng. Khi không có chế tài thì không thể xử phạt, và không thể thỏa mãn điều kiện “*đã bị xử phạt vi phạm hành chính mà không chấp hành*” để dẫn đến hậu quả là nhà nước thu hồi đất. Các quy định thiếu chế tài sẽ chỉ là các khẩu hiệu trống rỗng¹¹. Điều này chắc chắn sẽ gây ra khó khăn nhất định cho cơ quan thực thi công vụ khi phải tiến hành thu hồi đất trong trường hợp người sử dụng đất có hành vi vi phạm.

¹¹ Nguyễn Văn Cương, *Đạo luật thiếu chế tài - bàn về một thông lệ xây dựng luật ở nước ta hiện nay*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 115, tháng 2, năm 2008.

Thứ tư, chế tài xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai được quy định không chính xác.

Tương tự pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính trong các lĩnh vực khác, trong lĩnh vực đất đai, pháp luật cũng quy định hành vi vi phạm sẽ bị áp dụng một hình thức xử phạt chính và có thể áp dụng một hoặc nhiều hình thức xử phạt bổ sung. Theo Nghị định số 102/2014/NĐ-CP thì các hình thức xử phạt chính gồm cảnh cáo và phạt tiền. Các hình thức xử phạt bổ sung là tước quyền sử dụng giấy phép từ 06 tháng đến 09 tháng hoặc đình chỉ hoạt động từ 09 tháng đến 12 tháng, kể từ ngày quyết định xử phạt vi phạm hành chính có hiệu lực; tịch thu tang vật vi phạm hành chính, phương tiện được sử dụng khi vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai. Quy định này là hợp lý và thống nhất với Luật XLVPHC. Tuy nhiên, đối với các hành vi vi phạm điều kiện về hoạt động dịch vụ trong lĩnh vực đất đai được quy định tại khoản 4 Điều 30 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP thì bên cạnh hình thức xử phạt chính, cá nhân, tổ chức vi phạm còn có thể bị áp dụng “*hình phạt bổ sung*”¹². Đây là một quy định không hợp lý, bởi “*hình phạt bổ sung*” là chế tài hình sự chứ không phải chế tài hành chính. Một hành vi vi phạm pháp luật chỉ có thể bị truy cứu trách nhiệm hành chính hoặc trách nhiệm hình sự; tương ứng là việc áp dụng các hình thức xử phạt (chính và bổ sung) đối với các vi phạm hành chính hoặc áp dụng hình phạt (chính và bổ sung) đối với

¹² Khoản 4 Điều 30 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP quy định về “*hình phạt bổ sung*”:

- a) *Tước giấy phép hoạt động từ 06 tháng đến 09 tháng đối với tổ chức có giấy phép hoạt động;*
- b) *Đình chỉ hoạt động từ 09 tháng đến 12 tháng đối với tổ chức không có giấy phép hoạt động.*

các vi phạm hình sự. Do đó, khoản 4 Điều 30 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP vô hình trung gây ra sự nhầm lẫn rằng, vi phạm hành chính vừa có thể bị áp dụng chế tài hành chính, đồng thời cũng có thể áp dụng chế tài hình sự.

Thứ năm, thẩm quyền gia hạn về thời hạn xử phạt vi phạm hành chính chưa được quy định cụ thể.

Nghị định số 102/2014/NĐ-CP không quy định cụ thể về thời hạn xử phạt vi phạm hành chính. Như vậy, thời hạn xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai sẽ áp dụng thống nhất theo thời hạn xử phạt vi phạm hành chính nói chung được quy định trong Luật XLVPHC. Theo đó, thời hạn xử phạt vi phạm hành chính được quy định tại Điều 66 Luật XLVPHC như sau: *“Người có thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính phải ra quyết định xử phạt vi phạm hành chính trong thời hạn 07 ngày, kể từ ngày lập biên bản vi phạm hành chính. Đối với vụ việc có nhiều tình tiết phức tạp mà không thuộc trường hợp giải trình hoặc đối với vụ việc thuộc trường hợp giải trình theo quy định tại khoản 2 và khoản 3 Điều 61 của Luật này thì thời hạn ra quyết định xử phạt tối đa là 30 ngày, kể từ ngày lập biên bản”*. Quy định thời hạn này là cần thiết vì khi lập biên bản vi phạm không phải lúc nào các chủ thể có thẩm quyền cũng ra quyết định xử phạt ngay được, mà họ cần có thời gian chuẩn bị, thu thập, xác minh tài liệu... nhằm đưa ra quyết định đúng đắn và chính xác. Vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai tương đối phức tạp nên cần nhiều thời gian để thu thập, xác minh tài liệu, chứng minh về vi phạm... Từ đó, cách giải quyết an toàn nhất là xin gia hạn thêm 30 ngày nữa và việc gia hạn đó phải được *“Thủ trưởng trực*

tiếp” đồng ý bằng văn bản. Tuy nhiên, Luật XLVPHC không quy định rõ ràng *“Thủ trưởng trực tiếp”* ở đây là Thủ trưởng quản lý trực tiếp hay Thủ trưởng có thẩm quyền xử phạt. Trong trường hợp Chánh thanh tra Bộ Tài nguyên và Môi trường hay Tổng cục trưởng Tổng cục Quản lý đất đai xin gia hạn thì rất khó xác định người có thẩm quyền gia hạn.

Theo logic pháp lý thì Bộ trưởng Bộ Tài nguyên và Môi trường là người bổ nhiệm Chánh thanh tra Bộ Tài nguyên và Môi trường¹³ và cũng là người bổ nhiệm Tổng cục trưởng Tổng cục Quản lý đất đai¹⁴. Do đó, có thể xem Bộ trưởng Bộ Tài nguyên và Môi trường là *“Thủ trưởng trực tiếp”* của Chánh thanh tra Bộ Tài nguyên và Môi trường và Tổng cục trưởng Tổng cục Quản lý đất đai. Tuy nhiên, trong thẩm quyền của Bộ trưởng Bộ Tài nguyên và Môi trường lại không quy định về việc gia hạn thời hạn ra quyết định xử phạt hành chính¹⁵. Luật XLVPHC cũng không quy định Bộ trưởng Bộ trưởng Bộ Tài nguyên và Môi trường có quyền xử phạt hành chính. Vậy, Bộ trưởng Bộ Tài nguyên và Môi trường có quyền gia

¹³ Khoản 2 Điều 17 Luật Thanh tra năm 2010 quy định: *“Chánh Thanh tra bộ do Bộ trưởng bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức sau khi thống nhất với Tổng Thanh tra Chính phủ”*.

¹⁴ Khoản 7 Điều 24 Nghị định số 123/2016/NĐ-CP của Chính phủ ngày 01/9/2016 về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ, cơ quan ngang Bộ quy định: *“Bộ trưởng quyết định bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức, cho từ chức, đình chỉ công tác Tổng cục trưởng sau khi có ý kiến của Thủ tướng Chính phủ”*.

¹⁵ Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015, Nghị định số 123/2016/NĐ-CP của Chính phủ ngày 01/9/2016 về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ, cơ quan ngang Bộ không quy định quyền gia hạn thời hạn ra quyết định xử phạt hành chính của Bộ trưởng.

hạn về thời hạn xử phạt vi phạm hành chính hay không? Câu hỏi này không được trả lời rõ ràng trong Luật XLVPHC và Nghị định số 102/2014/NĐ-CP.

Thứ sáu, thủ tục cưỡng chế thực hiện quyết định thu hồi đất chưa rõ ràng.

Khoản 2 Điều 71 Luật Đất đai năm 2013 quy định việc cưỡng chế thực hiện quyết định thu hồi đất khi có đủ các điều kiện sau đây:

- *Người có đất thu hồi không chấp hành quyết định thu hồi đất sau khi Ủy ban nhân dân cấp xã, Ủy ban Mặt trận Tổ quốc Việt Nam cấp xã nơi có đất thu hồi và tổ chức làm nhiệm vụ bồi thường, giải phóng mặt bằng đã vận động, thuyết phục;*

- *Quyết định cưỡng chế thực hiện quyết định thu hồi đất đã được niêm yết công khai tại trụ sở Ủy ban nhân dân cấp xã, địa điểm sinh hoạt chung của khu dân cư nơi có đất thu hồi;*

- *Quyết định cưỡng chế thực hiện quyết định thu hồi đất đã có hiệu lực thi hành;*

- *Người bị cưỡng chế đã nhận được quyết định cưỡng chế thực hiện quyết định thu hồi đất có hiệu lực thi hành.*

Như vậy, “ngụ ý” của quy định này là chỉ cưỡng chế thực hiện quyết định thu hồi đất đối với đất bị thu hồi nhằm làm nhiệm vụ bồi thường, giải phóng mặt bằng, chứ không áp dụng đối với trường hợp đất bị thu hồi do vi phạm pháp luật về đất đai theo quy định tại Điều 64 Luật Đất đai năm 2013. Vậy, trường hợp cá nhân, tổ chức có đất bị thu hồi do vi phạm pháp luật không tự giác thực hiện quyết định đó, thì cơ quan nhà nước có được tổ chức cưỡng chế thi hành quyết định thu hồi đất hay không? Nếu có thì thủ tục và điều kiện như thế nào? Điều 86 Luật XLVPHC quy định chỉ thực hiện

biện pháp cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính trong trường hợp cá nhân, tổ chức bị xử phạt vi phạm hành chính không tự nguyện chấp hành quyết định xử phạt theo quy định tại Điều 73 Luật XLVPHC. Trong khi đó, Điều 73 Luật XLVPHC không đề cập đến việc cưỡng chế thực hiện quyết định thu hồi đất đối với cá nhân, tổ chức vi phạm pháp luật đất đai.

2. Một số giải pháp hoàn thiện

Một là, cần xác định đối tượng bị xử phạt vi phạm hành chính một cách đồng bộ và chính xác. Như đã trình bày, Nghị định số 102/2014/NĐ-CP quy định xử phạt hộ gia đình và cộng đồng dân cư giống như cá nhân là không hợp lý. Do đó, cần chuẩn hóa các quy định về đối tượng bị xử phạt trong Luật XLVPHC - đạo luật có giá trị pháp lý cao nhất điều chỉnh vấn đề xử phạt vi phạm hành chính. Cụ thể, Luật XLVPHC cần giải thích cụ thể những chủ thể nào là cá nhân, chủ thể nào là tổ chức nhằm tạo cơ sở xác định thống nhất cho các cơ quan trực tiếp áp dụng và xử phạt vi phạm hành chính. Bên cạnh đó, cần thống nhất về nội hàm pháp lý của khái niệm “*cơ sở tôn giáo*” trong Luật Đất đai năm 2013 và Luật Tín ngưỡng, tôn giáo năm 2016. Việc sử dụng một thuật ngữ để biểu thị nhiều nghĩa, có nội hàm pháp lý khác nhau là không phù hợp với nguyên tắc kỹ thuật lập pháp. Điều này cũng sẽ gây khó khăn trong việc xác định đâu là “*cơ sở tôn giáo*” để tiến hành xử phạt nếu có vi phạm liên quan đến đất đai. Trên cơ sở những sửa đổi đã nêu trong Luật XLVPHC, Luật Đất đai năm 2013, Luật Tín ngưỡng, tôn giáo năm 2016 thì Nghị định số 102/2014/NĐ-CP cũng cần có một số điều chỉnh thích hợp nhằm đảm bảo tính chính xác trong các quy định liên quan đến đối tượng bị xử phạt.

Hai là, sửa đổi Nghị định số 102/2014/NĐ-CP về thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã và của Thanh tra viên - người được giao thực hiện nhiệm vụ thanh tra chuyên ngành đất đai. Theo đó, cần bãi bỏ quy định Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã và Thanh tra viên, người được giao thực hiện nhiệm vụ thanh tra chuyên ngành đất đai có quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính*” quy định tại điểm i khoản 1 Điều 28 Luật XLVPHC. Sửa đổi này là rất cần thiết nhằm đảm bảo tính thống nhất, đồng bộ giữa Nghị định số 102/2014/NĐ-CP với Luật XLVPHC liên quan đến thẩm quyền xử phạt.

Ba là, như đã trình bày, hiện nay các chế tài xử phạt liên quan đến đất đai nằm trong nhiều văn bản quy phạm pháp luật khác nhau. Điều này là không hợp lý và không tạo điều kiện thuận lợi cho quá trình tra cứu, tìm kiếm nhằm phổ biến, tuyên truyền, xử phạt các vi phạm liên quan đến đất đai. Theo chúng tôi, Chính phủ nên ban hành một nghị định duy nhất để điều chỉnh tất cả hành vi vi phạm liên quan đến đất đai. Nếu thực hiện theo cách này thì chỉ cần tập hợp hóa các quy định tản mạn ở các nghị định khác nhau để ban hành thành một nghị định duy nhất. Tất nhiên, để tránh sự trùng lặp thì những nghị định khác phải bãi bỏ các quy định liên quan đến xử phạt hành chính về đất đai. Bên cạnh đó, cần bổ sung chế tài đối với hành vi “*làm biến dạng địa hình*”, “*làm suy giảm chất lượng đất*”, “*làm mất hoặc giảm khả năng sử dụng đất theo mục đích đã được xác định*”, “*người*

sử dụng đất không thực hiện nghĩa vụ đối với Nhà nước”.

Bốn là, cần sửa đổi cụm từ “*hình phạt bổ sung*” thành “*hình thức xử phạt bổ sung*” tại khoản 4 Điều 30 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP để đảm bảo một vi phạm pháp luật chỉ có thể phải chịu chế tài hành chính hoặc chế tài hình sự.

Năm là, Nghị định số 102/2014/NĐ-CP - văn bản chuyên ngành điều chỉnh về vấn đề xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai cần quy định cụ thể “*Thủ trưởng trực tiếp*” của Chánh thanh tra Bộ Tài nguyên và Môi trường và Tổng cục trưởng Tổng cục Quản lý đất đai là ai, để xác định chủ thể có thẩm quyền gia hạn thời hạn ra quyết định xử phạt vi phạm hành chính. Đây là vấn đề rất quan trọng, không chỉ có ý nghĩa về mặt lý luận mà còn có ý nghĩa về mặt thực tiễn nhằm áp dụng pháp luật thống nhất, nâng cao hiệu quả xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai.

Sáu là, hiện nay, Điều 71 Luật Đất đai năm 2013 chỉ quy định cưỡng chế thực hiện quyết định thu hồi đất đối với đất bị thu hồi nhằm làm nhiệm vụ bồi thường, giải phóng mặt bằng mà không quy định việc cưỡng chế đối với đất bị thu hồi do vi phạm pháp luật đất đai. Theo chúng tôi, cần sửa đổi Luật Đất đai năm 2013 theo hướng quy định cụ thể về cưỡng chế đất bị thu hồi do vi phạm pháp luật đất đai. Về kỹ thuật lập pháp, các quy định về cưỡng chế thực hiện quyết định thu hồi đất do vi phạm pháp luật đất đai có thể viện dẫn thủ tục tương tự như trường hợp đất bị thu hồi để làm nhiệm vụ bồi thường, giải phóng mặt bằng được quy định tại Điều 71 Luật Đất đai năm 2013.

CÁC BIỆN PHÁP ĐIỀU TRA TỔ TỤNG ĐẶC BIỆT TRONG TỔ TỤNG HÌNH SỰ VIỆT NAM

*Phan Văn Chánh**

Tóm tắt: *Các biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt là một chế định mới trong Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015. Bài viết phân tích, bình luận một số vấn đề lý luận và nội dung liên quan đến việc áp dụng các biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt này.*

Abstract: *Special investigation measures are stated in new provisions in the Criminal Procedure Code of 2015. This article analyses and comments some theoretical issues and contents with respect to the enforcement of those measures.*

1. Đặt vấn đề

Các biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt lần đầu tiên được thừa nhận và quy định trong Bộ luật Tố tụng Hình sự (BLTTHS) năm 2015 của Việt Nam tại chương XVI gồm 06 điều (từ Điều 223 đến Điều 228). Đánh giá một cách tổng thể thì việc luật hóa các biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt là phù hợp và cần thiết, giúp tháo gỡ những vướng mắc trong thực tiễn đấu tranh phòng, chống tội phạm hiện nay, mở rộng nguồn chứng cứ có giá trị chứng minh tội phạm, đáp ứng yêu cầu cải cách tư pháp được xác định trong Nghị quyết số 49/NQ-TW: “*kết hợp chặt chẽ giữa điều tra trinh sát với tố tụng hình sự*”¹; cụ thể hóa yêu cầu của Hiến pháp năm 2013: “*Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật*”²; tạo cơ sở pháp lý để thực thi các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên; thúc đẩy “*mối quan hệ phối hợp giữa đơn vị điều tra và đơn vị trinh sát*”

trong đấu tranh phòng, chống tội phạm³. Tuy nhiên, đây là biện pháp điều tra tố tụng hoàn toàn mới, do vậy, việc làm rõ cơ sở lý luận cũng như quy định của luật là một vấn đề được nhiều người quan tâm.

2. Khái quát về các biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt

Các biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt được quy định trong BLTTHS 2015 bao gồm: Ghi âm, ghi hình bí mật; nghe điện thoại bí mật; thu thập bí mật dữ liệu điện tử⁴. Các biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt là một trong các biện pháp điều tra tố tụng áp dụng trong giai đoạn điều tra vụ án hình sự. “*Đặc biệt*” hiểu ở đây là sự khác biệt về tính chất, chức năng hoặc mức độ so với thông thường. Theo chúng tôi, có thể định nghĩa: “*Biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt là một trong các biện pháp điều tra tố tụng được các cơ quan chuyên trách trong lực lượng công an nhân dân và quân đội nhân dân tiến hành sau khi khởi tố vụ án và trong quá trình điều tra, nhằm áp dụng các biện pháp điều tra bí mật do BLTTHS quy định*

* Bộ môn Pháp luật, Trường Đại học An ninh nhân dân.

¹ Nghị quyết số 49/NQ-TW ngày 02/06/2005 của Bộ Chính trị.

² Xem: Điều 14, Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 2013.

³ Xem: Chương VI Luật Tổ chức cơ quan điều tra hình sự năm 2015.

⁴ Xem: Điều 223 BLTTHS năm 2015.

để xác định tội phạm và người thực hiện hành vi phạm tội làm cơ sở cho việc giải quyết vụ án hình sự”. Ngoài những đặc điểm của một biện pháp điều tra tố tụng nói chung thì các biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt có một số đặc trưng riêng.

Thứ nhất: Đây là những biện pháp điều tra khám phá tội phạm “đặc biệt” vì hoạt động này ảnh hưởng nhất định tới quyền con người, quyền công dân và không được áp dụng rộng rãi. Khi luật hóa các biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt, không chỉ Việt Nam mà các quốc gia trên thế giới cũng như luật pháp quốc tế đã chấp nhận trong một chừng mực nào đó sẽ hạn chế một hoặc một số quyền công dân, quyền con người. Ví dụ như: Việc áp dụng biện pháp “Nghe điện thoại bí mật” sẽ ảnh hưởng đến quyền bất khả xâm phạm về đời sống riêng tư, bí mật cá nhân đã được hiến định. Tuy nhiên, Nhà nước cho phép áp dụng các biện pháp này trong những điều kiện, giới hạn nhất định xuất phát từ sự cân nhắc giữa lợi ích của việc điều tra, khám phá tội phạm và trách nhiệm bảo vệ quyền con người, quyền công dân của chính Nhà nước.

Thứ hai: Các biện pháp điều tra tố tụng “đặc biệt” vì chúng khác biệt với các biện pháp điều tra thông thường ở nhiều nội dung, cụ thể như:

a) *Về thẩm quyền áp dụng:* Theo quy định thì Thủ trưởng Cơ quan điều tra cấp tỉnh, Thủ trưởng Cơ quan điều tra quân sự cấp quân khu trở lên tự mình hoặc theo yêu cầu của Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân cấp tỉnh, Viện trưởng Viện kiểm sát quân sự cấp quân khu có quyền ra quyết định áp dụng biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt. Trong khi đó, với các biện pháp điều tra tố tụng thông thường, Thủ trưởng Cơ

quan điều tra từ cấp huyện trở lên hoặc Thủ trưởng cơ quan được giao tiến hành một số hoạt động điều tra cũng có quyền ra quyết định áp dụng.

b) *Về trường hợp áp dụng:* Biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt chỉ được áp dụng đối với một số trường hợp; trong khi các biện pháp điều tra tố tụng thông thường có thể được áp dụng điều tra đối với tất cả các tội phạm được quy định trong Bộ luật Hình sự hiện hành.

c) *Về thời điểm áp dụng:* Biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt chỉ được tiến hành sau khi khởi tố vụ án, trong quá trình điều tra; còn các biện pháp điều tra thông thường có thể được tiến hành trước khi khởi tố vụ án hình sự, ví dụ như tiến hành các hoạt động điều tra ban đầu (khám nghiệm hiện trường)...

Thứ ba: Điểm đặc trưng cơ bản của biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt là yếu tố bí mật về chủ thể tiến hành, về phương pháp tiến hành, về đối tượng áp dụng... Bí mật là nguyên tắc bắt buộc và là yếu tố quyết định mang lại thành công cho việc áp dụng các biện pháp này. Đối với các biện pháp điều tra tố tụng thông thường khác thì BLTTHS không quy định phải tiến hành bí mật. Ví dụ như hoạt động ghi âm, ghi hình nếu là hoạt động điều tra tố tụng đặc biệt thì trong mọi điều kiện và hoàn cảnh phải được tiến hành tuyệt đối “bí mật”, tuy nhiên, nếu hoạt động ghi âm, ghi hình trong hỏi cung bị can thì lại được tiến hành công khai và bắt buộc tại cơ sở giam giữ hoặc tại trụ sở Cơ quan điều tra, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra⁵.

⁵ Xem: Điều 183 BLTTHS năm 2015.

Thứ tư: Tính chất “đặc biệt” của các biện pháp điều tra này thể hiện rõ ở vai trò của nó trong những vụ án phức tạp, đặc biệt nghiêm trọng khi những chứng cứ thu được bằng biện pháp điều tra thông thường không thể hoặc không đầy đủ để chứng minh tội phạm. Để đánh giá sự cần thiết phải áp dụng các biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt, cơ quan điều tra cũng cần có sự đánh giá, nhận định về khả năng thu thập chứng cứ từ các biện pháp điều tra tố tụng thông thường. Và, nếu việc áp dụng các biện pháp điều tra tố tụng thông thường có khả năng thu thập đầy đủ thông tin, tài liệu để chứng minh tội phạm thì không cần thiết phải áp dụng các biện pháp điều tra đặc biệt.

Thứ năm: Một số quan điểm cho rằng, các biện pháp điều tra đặc biệt chính là các biện pháp điều tra trinh sát bởi chúng được tiến hành một cách “bí mật”. Tuy nhiên, những thông tin, tài liệu thu thập được bằng các biện pháp trinh sát không có giá trị chứng minh tội phạm. Những thông tin, tài liệu thu thập được thông qua công tác trinh sát muốn sử dụng làm chứng cứ phải thông qua một bước chuyển hóa chứng cứ, còn nếu áp dụng các biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt thì có thể sử dụng thông tin, tài liệu đó làm chứng cứ trực tiếp chứng minh tội phạm. Điểm tích cực này sẽ hạn chế những bất cập trong thực tiễn công tác đấu tranh phòng, chống tội phạm khi các thông tin, tài liệu thu thập được qua công tác trinh sát trong một số trường hợp đóng vai trò là yếu tố quyết định nhưng lại không thể chuyển hóa thành chứng cứ tố tụng.

3. Áp dụng các biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt

Thứ nhất, về trường hợp áp dụng.

Theo quy định tại Điều 224 BLTTTHS 2015, các biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt chỉ được áp dụng khi tiến hành điều tra các loại tội phạm sau: (1) Các tội xâm phạm an ninh quốc gia, các tội khủng bố, tội rửa tiền, các tội phạm về ma túy, các tội phạm về tham nhũng; (2) Tội phạm khác có tổ chức thuộc loại tội phạm đặc biệt nghiêm trọng. Ngoài những loại tội phạm nêu trên, biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt không được phép áp dụng như là biện pháp điều tra thu thập chứng cứ trong giai đoạn điều tra. Trong hai trường hợp trên, Bộ luật sử dụng cụm từ “có thể áp dụng” mang tính “tùy nghi”. Do đó, để đánh giá vụ án nào, đối tượng nào sẽ áp dụng biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt phụ thuộc rất lớn vào hoàn cảnh, điều kiện khách quan cụ thể cũng như trình độ, kinh nghiệm của Cơ quan điều tra và Viện kiểm sát. Mặt khác, đối với trường hợp thứ hai, theo quy định thì tội phạm đặc biệt nghiêm trọng là tội phạm gây nguy hại đặc biệt lớn cho xã hội mà mức cao nhất của khung hình phạt là trên mười lăm năm tù, tù chung thân hoặc tử hình⁶; tuy nhiên, tội phạm có tổ chức là tội phạm như thế nào thì vẫn chưa có văn bản hướng dẫn. Tội phạm có tổ chức nếu xét về khía cạnh hình thức không hoàn toàn đồng nghĩa với đồng phạm có tổ chức (phạm tội có tổ chức) theo lý luận về đồng phạm cũng như quy định của Bộ luật Hình sự⁷. Chúng tôi cho rằng, tội phạm có tổ chức có thể hiểu là tội phạm⁸ được thực hiện có “tổ chức”, có sự chuẩn bị, tính toán, có kế hoạch phạm tội của đối tượng phạm tội (cá nhân đơn lẻ) hoặc có sự bàn bạc, thỏa thuận, câu kết chặt chẽ của

⁶ Khoản 3 Điều 8 Bộ luật Hình sự năm 1999.

⁷ Khoản 3 Điều 20 Bộ luật Hình sự năm 1999.

⁸ Khoản 1 Điều 8 Bộ luật Hình sự năm 1999.

những người đồng phạm. Công ước của Liên hợp quốc về chống các tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia (UNTOC) cũng chỉ lý giải về Nhóm tội phạm có tổ chức⁹ 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”, mà không đưa ra được một định nghĩa cụ thể về loại tội phạm này. Như vậy, sẽ rất khó khăn cho các chủ thể có thẩm quyền áp dụng trong việc đưa ra căn cứ xác định tội phạm có tổ chức để áp dụng các biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt. Theo chúng tôi, cơ quan có thẩm quyền cần có hướng dẫn cụ thể trường hợp này và chỉ rõ những căn cứ để xác định tội phạm khác có tổ chức theo quy định tại khoản 2 Điều 224 BLTTHS 2015.

Thứ hai, về đối tượng áp dụng.

BLTTHS 2015 không quy định cụ thể về đối tượng áp dụng biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt mà chỉ quy định về các trường hợp áp dụng biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt. Do vậy có thể hiểu, đối tượng hướng đến của các biện pháp này không chỉ là thể nhân như bị can, đối tượng tình nghi thực hiện tội phạm, đối tượng tình nghi liên quan đến hành vi phạm tội (vụ án), mà còn có thể là tổ chức (pháp nhân), hoặc các mục tiêu khác như: Địa điểm xảy ra tội phạm, địa điểm có dấu vết tội phạm, địa điểm khác cần tìm kiếm, thu thập thông tin, tài liệu trong quá trình điều tra vụ án... Ví dụ như việc áp dụng biện pháp “ghi âm, ghi hình bí

mật”, đối tượng áp dụng có thể là một cá nhân, một cơ quan nhà nước hay một doanh nghiệp tư nhân hoặc một mục tiêu bất kỳ có liên quan đến hành vi phạm tội trong vụ án. Theo chúng tôi, việc các nhà làm luật không (chưa) khoanh vùng giới hạn đối tượng áp dụng các biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt như vậy là hợp lý, xuất phát từ yêu cầu, đòi hỏi của thực tiễn công tác đấu tranh phòng, chống tội phạm.

Thứ ba, về thẩm quyền, trách nhiệm quyết định việc áp dụng.

Theo quy định tại Điều 225 BLTTHS 2015 thì chỉ Thủ trưởng Cơ quan điều tra cấp tỉnh, cấp quân khu trở lên mới được quyền quyết định áp dụng biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt, bao gồm: Thủ trưởng Cơ quan An ninh điều tra Bộ Công an; Thủ trưởng Cơ quan Cảnh sát điều tra Bộ Công an; Thủ trưởng Cơ quan điều tra hình sự Bộ Quốc phòng; Thủ trưởng Cơ quan An ninh điều tra Bộ Quốc phòng; Thủ trưởng Cơ quan điều tra Viện kiểm sát nhân dân tối cao; Thủ trưởng Cơ quan điều tra Viện kiểm sát quân sự trung ương; Thủ trưởng Cơ quan Cảnh sát điều tra Công an cấp tỉnh; Thủ trưởng Cơ quan An ninh điều tra Công an cấp tỉnh; Thủ trưởng Cơ quan điều tra hình sự quân khu và tương đương; Thủ trưởng Cơ quan An ninh điều tra quân khu và tương đương.

Về nguyên tắc, Thủ trưởng các Cơ quan điều tra nêu trên căn cứ vào các trường hợp quy định tại Điều 224 BLTTHS 2015 để tự mình quyết định áp dụng hay không áp dụng các biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt. Bộ luật cũng quy định Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân cấp tỉnh, cấp quân khu có quyền yêu cầu Thủ trưởng Cơ quan điều tra hữu quan áp dụng các biện pháp điều tra tố

⁹ Điều 2 Công ước của Liên hợp quốc về chống các tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia.

tụng đặc biệt. Trường hợp vụ án do Cơ quan điều tra cấp huyện, Cơ quan điều tra quân sự khu vực điều tra thì Thủ trưởng Cơ quan điều tra cấp huyện, Thủ trưởng Cơ quan điều tra quân sự khu vực đề nghị Thủ trưởng Cơ quan điều tra cấp tỉnh, Thủ trưởng Cơ quan điều tra quân sự cấp quân khu xem xét, quyết định áp dụng. Như vậy, việc hạn chế thẩm quyền ra quyết định áp dụng biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt không những thể hiện tầm quan trọng và tính chất “đặc biệt” của biện pháp này, mà còn đảm bảo ngăn ngừa vấn đề lạm quyền, lợi dụng xâm phạm đến lợi ích hợp pháp, quyền tự do, dân chủ của công dân.

Liên quan tới thẩm quyền ra quyết định tiến hành biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt, khoản 1 Điều 225 BLTTHS 2015 quy định: *“Thủ trưởng Cơ quan điều tra cấp tỉnh, Thủ trưởng Cơ quan điều tra quân sự cấp quân khu trở lên tự mình hoặc theo yêu cầu của Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân cấp tỉnh, Viện trưởng Viện kiểm sát quân sự cấp quân khu có quyền ra quyết định áp dụng biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt”*. Như vậy, Bộ luật chỉ đề cập tới Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân cấp tỉnh, Viện trưởng Viện kiểm sát quân sự cấp quân khu mà chưa đề cập tới Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân cấp tối cao, Viện trưởng Viện kiểm sát quân sự trung ương trong việc yêu cầu Cơ quan điều tra cùng cấp áp dụng biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt. Tuy nhiên, theo chúng tôi, dù Bộ luật không quy định trực tiếp nhưng với quy định *“Viện trưởng Viện kiểm sát cùng cấp”*¹⁰ thì có thể hiểu ở cấp trung ương, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Viện trưởng Viện kiểm sát

quân sự trung ương có quyền yêu cầu áp dụng biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt.

Ngoài ra, theo Điều 30 Luật Tổ chức cơ quan điều tra hình sự năm 2015, Cơ quan điều tra Viện kiểm sát nhân dân tối cao¹¹ có nhiệm vụ điều tra những vụ án thuộc một trong các trường hợp được áp dụng các biện pháp điều tra đặc biệt. Nhưng theo khoản 1 Điều 225 BLTTHS 2015, cơ quan này không có thẩm quyền tự mình quyết định áp dụng các biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt. Điều đó có nghĩa là, Viện kiểm sát nhân dân tối cao chỉ có quyền phê chuẩn yêu cầu áp dụng mà không có thẩm quyền trực tiếp áp dụng các biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt đối với các vụ án thuộc nhiệm vụ của cơ quan điều tra Viện kiểm sát nhân dân tối cao.

Thứ tư, về chủ thể thi hành quyết định áp dụng.

Lực lượng Công an nhân dân, Quân đội nhân dân thành lập một cơ quan chuyên trách để tiến hành các biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt. Tuy nhiên, cơ quan chuyên trách này có biên chế như thế nào trong lực lượng vũ trang vẫn là vấn đề đặt ra. Thực tế hiện nay, các đơn vị trinh sát chuyên trách vẫn đang áp dụng có hiệu quả các biện pháp điều tra trinh sát trong đấu tranh phòng, chống tội phạm; và về hình thức, các biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt có thể nhận

¹⁰ Khoản 3 Điều 225 BLTTHS năm 2015.

¹¹ Điều 30 Luật Tổ chức cơ quan điều tra hình sự năm 2015: *“Tiến hành điều tra tội phạm xâm phạm hoạt động tư pháp, tội phạm về tham nhũng, chức vụ quy định tại Chương XXIII và Chương XXIV của Bộ luật hình sự xảy ra trong hoạt động tư pháp mà người phạm tội là cán bộ, công chức thuộc Cơ quan điều tra, Tòa án nhân dân, Viện kiểm sát nhân dân, cơ quan thi hành án, người có thẩm quyền tiến hành hoạt động tư pháp khi các tội phạm đó thuộc thẩm quyền xét xử của Tòa án nhân dân”*.

định như là một trong các biện pháp điều tra trình sát. Cũng tức là cơ quan chuyên trách có thể được xây dựng trên nền tảng của các đơn vị trình sát. Tuy nhiên, nếu chỉ giới hạn các cơ quan chuyên trách trong lực lượng Công an nhân dân và Quân đội nhân dân thì không thể đáp ứng đầy đủ và kịp thời yêu cầu về lực lượng áp dụng. Ví dụ như: Vấn đề áp dụng biện pháp thu thập “bí mật dữ liệu điện tử” là một biện pháp phức tạp, cần huy động sự tham gia của nhiều chuyên gia hoặc tổ chức có năng lực ngoài ngành Công an hoặc Quân đội (có thể cần đến hợp tác quốc tế). Do đó, chúng tôi cho rằng cần mở rộng các chủ thể thi hành quyết định áp dụng và quy định cụ thể hơn về cơ quan

chuyên trách cũng như trách nhiệm của các chủ thể trong thi hành quyết định áp dụng, đặc biệt là đảm bảo yếu tố bí mật. Căn cứ vào những biện pháp điều tra cụ thể trong từng điều kiện, hoàn cảnh cụ thể của vụ án mà chủ thể thi hành quyết định áp dụng có thể là cá nhân, tổ chức đáp ứng yêu cầu của pháp luật; không nhất thiết giới hạn trong các đơn vị chuyên trách của Công an nhân dân và Quân đội nhân dân. Theo đó, quy định về chủ thể thi hành quyết định áp dụng nên mở rộng là “...các cá nhân, tổ chức khác có liên quan theo quy định của pháp luật có trách nhiệm thi hành quyết định áp dụng biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt”.

(Tiếp theo trang 11 – Bảo đảm thi hành quyết định...)

Thứ năm, bổ sung Phụ lục ban hành kèm theo Nghị định số 166/2013/NĐ-CP quy định về biểu mẫu các loại biên bản, quyết định khi áp dụng các biện pháp cưỡng chế thi hành QĐXPVPHC để có sự thống nhất khi áp dụng và đảm bảo tính hợp pháp của các biên bản, quyết định.

Thứ sáu, nghiên cứu bổ sung quy định hướng dẫn về thẩm quyền áp dụng các biện pháp cưỡng chế, đặc biệt cần quy định rõ có hay không việc cấp trên có thẩm quyền ban hành quyết định cưỡng chế thi hành QĐXPVPHC của cấp dưới. Nếu không cho phép thì cần ghi nhận rõ: “*Người có thẩm*

quyền áp dụng biện pháp cưỡng chế là người có thẩm quyền XPVPHC”. Ngược lại, thì cần hướng dẫn cụ thể các trường hợp được áp dụng.

Thứ bảy, cần quy định trả lại ngay tang vật, phương tiện (bị chiếm đoạt, sử dụng trái pháp luật) bị tịch thu cho chủ sở hữu, người quản lý hoặc người sử dụng hợp pháp ngay cả khi người vi phạm không thể có đủ số tiền nộp lại. Việc yêu cầu người vi phạm nộp tiền thì tùy thuộc vào giá trị tang vật và điều kiện kinh tế của người đó mà cơ quan có thẩm quyền xem xét từng trường hợp cụ thể.

TÀI SẢN HÌNH THÀNH TRONG TƯƠNG LAI THEO QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015

*Nguyễn Thị Mỹ Linh**

Tóm tắt: Những giao dịch liên quan đến tài sản hình thành trong tương lai đang diễn ra sôi động trong bối cảnh nền kinh tế Việt Nam ngày càng phát triển hiện nay. Vì vậy, việc làm rõ một số vấn đề pháp lý cơ bản về tài sản hình thành trong tương lai là hết sức cần thiết. Bài viết phân tích khái niệm tài sản hình thành trong tương lai, phân loại tài sản hình thành trong tương lai và một số giao dịch phổ biến về loại tài sản này.

Abstract: Transactions relating to property formed in the future have been actively conducted in the context of the development of Vietnamese economy. Therefore, clarification on legal issues of property formed in the future is necessary. This article analyses the concept of property formed in the future, classification of such property and related popular transactions.

1. Khái niệm tài sản hình thành trong tương lai

Theo khoản 2 Điều 108 Bộ luật Dân sự năm 2015, tài sản hình thành trong tương lai bao gồm:

a) Tài sản chưa hình thành;

b) Tài sản đã hình thành nhưng chủ thể xác lập quyền sở hữu tài sản sau thời điểm xác lập giao dịch.

Như vậy, có thể nói thuật ngữ “tài sản hình thành trong tương lai” đã chính thức được ghi nhận trong Bộ luật Dân sự năm 2015, dù trước đó đã có các văn bản dưới luật đề cập đến thuật ngữ này. Cụ thể, khoản 2 Điều 4 Nghị định 11/2012/NĐ-CP ngày 22/02/2012 của Chính phủ sửa đổi Nghị định 163/2006/NĐ-CP về giao dịch bảo đảm đã đưa ra căn cứ xác định tài sản hình thành trong tương lai như sau:

“Tài sản hình thành trong tương lai gồm:

a) Tài sản được hình thành từ vốn vay;

b) Tài sản đang trong giai đoạn hình thành hoặc đang được tạo lập hợp pháp tại thời điểm giao kết giao dịch bảo đảm;

c) Tài sản đã hình thành và thuộc đối tượng phải đăng ký quyền sở hữu, nhưng sau thời điểm giao kết giao dịch bảo đảm thì tài sản đó mới được đăng ký theo quy định của pháp luật;

Tài sản hình thành trong tương lai không bao gồm quyền sử dụng đất”.

Tuy nhiên, cả Bộ luật Dân sự năm 2015 và Nghị định 11/2012/NĐ-CP¹ chỉ đề cập đến thuật ngữ tài sản hình thành trong tương lai theo cách liệt kê, hay nói cách khác, cả hai văn bản trên chỉ xác định tài sản nào là tài sản hình thành trong tương lai.

Trước đây, khái niệm tài sản hình thành trong tương lai đã từng được ghi nhận trong Nghị định 163/2006/NĐ-CP ngày

¹ Nghị định hướng dẫn áp dụng đối với các giao dịch bảo đảm quy định trong Bộ luật Dân sự năm 2005 không còn phù hợp với Bộ luật Dân sự 2015. Cho đến tháng 2/2017, Chính phủ vẫn đang xây dựng Dự thảo Nghị định hướng dẫn các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong Bộ luật Dân sự năm 2015.

* ThS., Khoa Luật, Đại học Cần Thơ.

29/12/2006 của Chính phủ về giao dịch bảo đảm, tuy nhiên, không đưa ra được căn cứ để xác định. Chính vì vậy, Nghị định 11/2012/NĐ-CP sửa đổi Nghị định 163/2006/NĐ-CP đã liệt kê các tài sản hình thành trong tương lai nhằm giúp giao dịch bảo đảm được minh bạch và rõ ràng hơn. Hiện nay, tài sản hình thành trong tương lai không chỉ được ghi nhận trong các giao dịch bảo đảm mà còn trong các giao dịch khác, ví dụ như mua bán nhà ở hình thành trong tương lai trong pháp luật nhà ở. Do đó, Bộ luật Dân sự năm 2015 đã quy định “tài sản hình thành trong tương lai” một cách khái quát nhất để loại tài sản này có thể tham gia vào giao dịch bảo đảm và các giao dịch dân sự khác theo pháp luật.

Như vậy, có thể hiểu tài sản hình thành trong tương lai là *tài sản thuộc sở hữu của chủ thể sau thời điểm xác lập giao dịch. Tài sản hình thành trong tương lai bao gồm tài sản chưa hình thành hoặc tài sản đã hình thành nhưng chủ thể xác lập quyền sở hữu sau thời điểm xác lập giao dịch.*

Từ khái niệm chung về tài sản theo Điều 105 Bộ luật Dân sự năm 2015, thì tài sản hình thành trong tương lai có thể là vật, tiền, giấy tờ có giá và quyền tài sản theo pháp luật dân sự. Tuy nhiên, thực tiễn pháp lý cho thấy, tài sản hình thành trong tương lai tồn tại chủ yếu dưới dạng vật. Vậy, các loại tài sản là tiền, giấy tờ có giá và quyền tài sản có thể là tài sản hình thành trong tương lai được hay không? Câu trả lời dường như không rõ ràng trong bối cảnh pháp luật dân sự có quá ít quy định điều chỉnh về tài sản hình thành trong tương lai.

Có thể hình dung việc có hay không về sự tồn tại của tiền là tài sản hình thành trong tương lai qua những ví dụ sau: Ví dụ thứ

nhất, A mua vé số và cam kết với X sẽ cho X một nửa số tiền mà A có được nếu trúng số. Theo đó, việc A có trúng số hay không nằm ngoài tầm kiểm soát của A, nhưng đó là điều mà A mong muốn xảy ra. Vì vậy, A hoàn toàn chưa có số tiền mà A hứa tặng cho X vào thời điểm đưa ra lời cam kết. Ví dụ thứ hai, Z có một căn nhà chuẩn bị giải tỏa do nằm trong dự án nâng cấp đô thị của thành phố. Z dự đoán sẽ nhận được một khoản tiền đền bù cho căn nhà bị giải tỏa và Z hứa tặng cho các con số tiền đền bù. Do đó, Z chưa có số tiền này vào thời điểm thể hiện ý chí tặng cho các con. Hai ví dụ về số tiền sắp có kể trên theo tác giả, đều mang bản chất của hợp đồng tặng cho tài sản có điều kiện được quy định tại Điều 457 Bộ luật Dân sự năm 2015. Vì vậy, không thể xem là loại tài sản hình thành trong tương lai mà chỉ là tài sản hiện có.

Bên cạnh đó, quyền tài sản có thể là tài sản hình thành trong tương lai hay không? Ví dụ, C (ca sĩ) yêu cầu D (nhạc sĩ) sáng tác cho C một bài hát và C sẽ trả tiền để mua bài hát mà D sắp sáng tác. Theo đó, C và D đã tiến hành giao kết hợp đồng sáng tác tác phẩm âm nhạc theo pháp luật sở hữu trí tuệ. Vậy, quyền tác giả đối với bài hát mà C yêu cầu D sáng tác có được xem là tài sản hình thành trong tương lai trong khoảng thời gian sáng tác? Theo tác giả, bài hát mà D đang viết chỉ được xem là đối tượng của hợp đồng sáng tác và không phải là tài sản hình thành trong tương lai.

Từ những phân tích trên, tác giả cho rằng cần có quy định về căn cứ xác định tài sản hình thành trong tương lai để việc hiểu và áp dụng được thống nhất. Theo đó, chỉ nên giới hạn tài sản hình thành trong tương lai ở dạng vật; tiền, giấy tờ có giá và quyền

tài sản chỉ nên tồn tại ở dạng tài sản hiện có. Bởi: *Thứ nhất*, nếu tất cả các loại tài sản được quy định tại Điều 105 Bộ luật Dân sự năm 2015 đều có thể là tài sản hình thành trong tương lai sẽ làm thay đổi bản chất mà loại tài sản đó tham gia vào giao dịch dân sự. Ví dụ như trong hợp đồng sáng tác tác phẩm âm nhạc, bài hát đang được nhạc sĩ sáng tác là đối tượng đã được xác định mà các bên hướng đến trong hợp đồng. Vì vậy, không nên xem bài hát sắp có này là đối tượng của quyền tài sản hình thành trong tương lai, vì đây là vấn đề pháp lý đã được điều chỉnh bởi quy định tại Điều 46 Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009). *Thứ hai*, việc giới hạn tài sản hình thành trong tương lai chỉ tồn tại ở dạng vật là phù hợp với thực tiễn phát sinh trong các giao dịch bảo đảm trước khi Bộ luật Dân sự năm 2015 chính thức ghi nhận khái niệm tài sản hình thành trong tương lai. *Thứ ba*, việc giới hạn loại tài sản hình thành trong tương lai nhằm tránh phát sinh tranh chấp trong các giao dịch.

2. Phân loại tài sản hình thành trong tương lai

Trên cơ sở Điều 108 Bộ luật Dân sự năm 2015, có thể phân loại tài sản hình thành trong tương lai gồm:

2.1. Tài sản hình thành trong tương lai là tài sản chưa hình thành

Việc quy định loại tài sản hình thành trong tương lai bao gồm tài sản chưa hình thành mang nhiều rủi ro cho những chủ thể xác lập giao dịch đối với loại tài sản này. Bởi, chủ sở hữu không thể dự đoán hoặc biết chính xác tài sản chưa hình thành có trở thành tài sản thực có hay không trong tương lai.

Ví dụ, công ty M và N giao kết hợp đồng bao tiêu sản phẩm nông nghiệp. Theo đó, công ty M cam kết sẽ thu mua lúa khi lúa chín và thu hoạch. Như vậy, vào thời điểm công ty M và N giao kết hợp đồng mua bán lúa thì lúa vẫn chưa chín (tập quán tại các tỉnh đồng bằng sông Cửu Long gọi là hợp đồng mua bán lúa non). Đây được xem là tài sản hình thành trong tương lai thuộc nhóm chưa hình thành vào thời điểm xác lập hợp đồng mua bán.

Như vậy, tài sản hình thành trong tương lai đối với nhóm tài sản chưa hình thành là tài sản được chủ sở hữu dự đoán và mong muốn có được trong tương lai. Họ thực tế chưa thấy được sự tồn tại của tài sản này. Vì những giao dịch liên quan đến nhóm tài sản này mang nhiều rủi ro nên các chủ thể khi xác lập giao dịch cần cân nhắc về tính hiệu quả và tính khả thi.

2.2. Tài sản hình thành trong tương lai là tài sản đã hình thành nhưng chủ thể xác lập quyền sở hữu sau thời điểm xác lập giao dịch

Thực tiễn áp dụng các biện pháp bảo đảm nghĩa vụ cho thấy, tài sản hình thành trong tương lai thuộc nhóm tài sản đã hình thành nhưng chủ thể xác lập quyền sở hữu sau thời điểm xác lập giao dịch thường là bất động sản và động sản phải đăng ký quyền sở hữu. Tài sản hình thành trong tương lai trong trường hợp này thực tế đã tồn tại, tuy nhiên, vì đây là loại tài sản phải đăng ký quyền sở hữu nên quyền sở hữu chỉ xác lập cho chủ thể kể từ thời điểm đăng ký. Do đó, khác với nhóm tài sản hình thành trong tương lai đề cập ở trên, nhóm tài sản hình thành trong tương lai này đã hình thành và chủ thể có quyền nhận biết được sự tồn tại của tài sản hay thậm chí ở trong

tình trạng chiếm hữu tài sản, mặc dù quyền sở hữu của họ chưa xác lập vào thời điểm xác lập giao dịch.

Tuy nhiên, cần lưu ý trong việc xác định tài sản hình thành trong tương lai khi hiện nay quyền sử dụng đất không được xem là tài sản hình thành trong tương lai. Vấn đề này đã được quy định tại khoản 2 Điều 4 Nghị định 11/2012/NĐ-CP. Quyền sử dụng đất không được coi là tài sản hình thành trong tương lai bởi, nếu xem quyền sử dụng đất là tài sản hình thành trong tương lai và cho phép loại tài sản này tham gia vào các giao dịch sẽ dẫn đến nhiều rủi ro cho các bên tham gia. Pháp luật hiện chỉ cho phép tài sản gắn liền với đất hình thành trong tương lai, còn quyền sử dụng đất không được ghi nhận là tài sản hình thành trong tương lai khi tham gia giao dịch bảo đảm. Theo đó, chỉ quyền sử dụng đất là tài sản hiện có và tài sản gắn liền với đất hình thành trong tương lai mới có thể dùng để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ. Khi nghĩa vụ được bảo đảm bị vi phạm, nếu tài sản gắn liền với đất hình thành trong tương lai không hình thành trên thực tế thì bên nhận bảo đảm vẫn xử lý được tài sản bảo đảm là quyền sử dụng đất hiện có². Nếu tài sản hình thành trong tương lai bao gồm cả quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất thì rủi ro mang lại cho bên nhận bảo đảm là rất lớn trong trường hợp cả quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất đều không hình thành trên thực tế.

² Điều 326 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định trường hợp thế chấp tài sản gắn liền với đất mà không thế chấp quyền sử dụng đất thì cho phép bên nhận thế chấp được quyền xử lý đồng thời cả tài sản gắn liền với đất và quyền sử dụng đất nếu bên thế chấp đồng thời là chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất và người sử dụng đất.

3. Một số giao dịch phổ biến liên quan đến tài sản hình thành trong tương lai

3.1. Hợp đồng mua bán tài sản hình thành trong tương lai

Điều 431 Bộ luật Dân sự năm 2015 về đối tượng hợp đồng mua bán quy định: “1. Tài sản được quy định tại Bộ luật này đều có thể là đối tượng của hợp đồng mua bán. Trường hợp theo quy định của luật, tài sản bị cấm hoặc bị hạn chế chuyển nhượng thì tài sản là đối tượng của hợp đồng mua bán phải phù hợp với các quy định đó. 2. Tài sản bán thuộc sở hữu của người bán hoặc người bán có quyền bán”. Do đó, tài sản hình thành trong tương lai hoàn toàn có thể là đối tượng trong hợp đồng mua bán theo pháp luật dân sự.

Điều 55 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 cho phép tài sản hình thành trong tương lai được tham gia giao dịch khi có giấy tờ về quyền sử dụng đất, hồ sơ dự án, thiết kế bản vẽ thi công đã được cấp có thẩm quyền phê duyệt; Giấy phép xây dựng đối với trường hợp phải có Giấy phép xây dựng; giấy tờ về nghiệm thu việc hoàn thành xây dựng cơ sở hạ tầng kỹ thuật tương ứng theo tiến độ dự án; trường hợp là nhà chung cư, tòa nhà hỗn hợp có mục đích để ở hình thành trong tương lai thì phải có biên bản nghiệm thu đã hoàn thành xong phần móng của tòa nhà đó.

Nhằm giảm rủi ro cho bên mua, Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 còn quy định chủ đầu tư khi thực hiện bán nhà hình thành trong tương lai cần phải được ngân hàng thương mại có đủ năng lực thực hiện bảo lãnh nghĩa vụ tài chính của chủ đầu tư đối với khách hàng khi chủ đầu tư không bàn giao nhà ở theo đúng tiến độ đã cam

kết. Phương thức thanh toán cũng được quy định chặt chẽ nhằm đảm bảo quyền lợi của các bên khi tham gia vào hợp đồng mua bán tài sản hình thành trong tương lai³.

Trong Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014, hoạt động mua bán, thuê mua nhà ở (trừ nhà ở xã hội) - tài sản hình thành trong tương lai giữa chủ đầu tư dự án nhà ở với người mua nhà cũng được điều chỉnh. Tuy nhiên, vấn đề cần xem xét ở đây là hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai có thể được thực hiện giữa các chủ thể là cá nhân, hộ gia đình hoặc tổ chức không có chức năng kinh doanh bất động sản với nhau hay không? Liệu nhà ở xã hội có là đối tượng của hợp đồng mua bán tài sản hình thành trong tương lai không?

Điều 10 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 cho phép các tổ chức, cá nhân không phải chủ đầu tư được kinh doanh bất động sản. Tuy nhiên, để các cá nhân, tổ chức được phép kinh doanh bất động sản đối với nhà ở hình thành trong tương lai thì các cá nhân, tổ chức này cũng phải đảm bảo các điều kiện tại Điều 55 và Điều 59 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014. Theo đó, việc chuyển nhượng lần đầu được thực hiện giữa chủ đầu tư với người mua nhà ở hình thành trong tương lai, sau đó người mua này được quyền chuyển nhượng lại cho người mua khác. Như vậy, việc mua bán lần đầu nhà ở hình thành trong tương lai giữa cá nhân, hộ gia đình hoặc tổ chức không có chức năng kinh doanh bất động sản với nhau không được đề cập cụ thể và khó có thể thực hiện theo Luật Nhà ở năm 2014 và Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014. Cùng với đó, nhà ở xã hội cũng có thể

là đối tượng của hợp đồng mua bán nhà ở xã hội hình thành trong tương lai theo quy định tại Nghị định 100/2015/NĐ-CP ngày 20/10/2015 của Chính phủ về quản lý và phát triển nhà ở. Cụ thể, Điều 10 của Nghị định 100/2015/CP-NĐ cho phép chủ đầu tư nhà ở xã hội được phép huy động vốn từ hộ gia đình, cá nhân, và hình thức huy động phổ biến hiện nay chính là góp vốn hay mua tài sản hình thành trong tương lai⁴. Như vậy, chủ đầu tư nhà ở xã hội có thể thực hiện việc bán nhà ở hình thành trong tương lai cho các đối tượng được phép mua nhà ở xã hội theo quy định tại Điều 49 Luật Nhà ở năm 2014.

3.2. Hợp đồng thế chấp tài sản hình thành trong tương lai

Theo quy định tại Điều 295 Bộ luật Dân sự năm 2015, tài sản hình thành trong tương lai có thể dùng để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ.

Có thể nói, biện pháp bảo đảm hiện đang được các bên ưu tiên lựa chọn là biện pháp thế chấp bởi những ưu điểm của biện pháp này. Theo Điều 317 Bộ luật Dân sự năm 2015:

“1. Thế chấp tài sản là việc một bên (sau đây gọi là bên thế chấp) dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ và không giao tài sản cho bên kia (sau đây gọi là bên nhận thế chấp).

2. Tài sản thế chấp do bên thế chấp giữ. Các bên có thể thỏa thuận giao cho người thứ ba giữ tài sản thế chấp”.

Như vậy, tài sản hình thành trong tương lai được phép dùng để thế chấp nhằm bảo

³ Xem thêm các quy định tại Điều 55, 56, 57, 58 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014.

⁴ Đối tượng được sở hữu nhà ở tại Việt Nam được quy định tại Điều 7 Luật Nhà ở năm 2014 như sau:

1. Tổ chức, hộ gia đình, cá nhân trong nước.
2. Người Việt Nam định cư ở nước ngoài.

đảm bảo cho việc thực hiện nghĩa vụ. Khoản 2 Điều 3 Thông tư 09/2016/TTLT-BTP-BTNMT ngày 23/6/2016 của Bộ Tư pháp và Bộ Tài nguyên và Môi trường hướng dẫn đăng ký thế chấp là quyền sử dụng đất, tài sản gắn liền với đất quy định, tài sản gắn liền với đất hình thành trong tương lai cũng được phép thế chấp, gồm:

“... nhà ở hình thành trong tương lai, công trình xây dựng khác hình thành trong tương lai đang trong quá trình đầu tư xây dựng, chưa được nghiệm thu đưa vào sử dụng; rừng sản xuất là rừng trồng hình thành trong tương lai; cây lâu năm hình thành trong tương lai, bao gồm:

a) Dự án đầu tư xây dựng nhà ở, nhà ở hình thành trong tương lai của chủ đầu tư dự án xây dựng nhà ở;

b) Nhà ở hình thành trong tương lai của tổ chức, cá nhân mua nhà ở hình thành trong tương lai trong dự án đầu tư xây dựng nhà ở;

c) Nhà ở hình thành trong tương lai được xây dựng trên thửa đất ở hợp pháp của tổ chức, cá nhân;

d) Dự án công trình xây dựng, công trình xây dựng khác;

đ) Rừng sản xuất là rừng trồng, cây lâu năm đang hình thành hoặc đã hình thành do bên thế chấp tạo lập và bên thế chấp xác lập quyền sở hữu tài sản sau thời điểm ký kết hợp đồng thế chấp”.

Hiện nay, người mua nhà cần vay vốn để mua nhà hình thành trong tương lai được phép thế chấp chính ngôi nhà đó. Tuy nhiên, người mua cần lưu ý một số rủi ro đối với việc mua và thế chấp loại tài sản hình thành trong tương lai này khi dự án đầu tư xây dựng nhà ở đã được doanh nghiệp kinh

doanh bất động sản thế chấp. Như vậy, cơ hội tiếp cận thật sự với nguồn tiền từ thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai không dễ dàng do việc thế chấp của chủ đầu tư dự án trước đó.

Ngoài ra, cầm cố tài sản hình thành trong tương lai cũng là nội dung được đặt ra cùng với biện pháp thế chấp. Theo Điều 309 Bộ luật Dân sự năm 2015, biện pháp cầm cố tài sản được thực hiện thông qua hình thức bên cầm cố chuyển giao tài sản cầm cố cho bên nhận cầm cố giữ. Nếu các bên thỏa thuận tài sản cầm cố là loại tài sản hình thành trong tương lai thì việc chuyển giao tài sản có thể thực hiện được nếu tài sản hình thành trong tương lai thuộc nhóm tài sản đã hình thành nhưng chủ thể xác lập quyền sở hữu sau thời điểm xác lập giao dịch. Tuy nhiên, nếu tài sản hình thành trong tương lai thuộc nhóm tài sản chưa hình thành quy định tại khoản 2 Điều 108 Bộ luật Dân sự năm 2015 thì hợp đồng cầm cố không thể thực hiện được do việc chuyển giao tài sản không diễn ra. Bên cạnh đó, Điều 310 Bộ luật Dân sự năm 2015 còn quy định tài sản cầm cố có thể là động sản hoặc bất động sản.

Như vậy, có thể nói việc Bộ luật Dân sự năm 2015 chính thức quy định về tài sản hình thành trong tương lai được xem là nội dung bất kịp xu hướng phát triển của các quan hệ xã hội đang diễn ra hiện nay. Tuy nhiên, tài sản hình thành trong tương lai được điều chỉnh khiếm tốn trong Bộ luật có thể dẫn đến những khó khăn khi áp dụng quy định này. Vì vậy, cần có văn bản hướng dẫn cụ thể để việc hiểu cũng như áp dụng được thống nhất.

BÀN VỀ THỜI ĐIỂM CHUYỂN QUYỀN SỞ HỮU NHÀ Ở

*Nguyễn Thị Nhung**

Tóm tắt: Bài viết phân tích về thời điểm chuyển quyền sở hữu nhà ở trong mối quan hệ giữa Luật Nhà ở năm 2014 với Luật Đất đai năm 2013, và Bộ luật Dân sự năm 2015, đồng thời đưa ra một số đề xuất nhằm bảo đảm tính thống nhất trong hệ thống pháp luật hiện hành.

Abstract: This article analyses the time of housing ownership transfer with respect to the Law on Housing of 2014, Law on Land of 2013 and the Civil Code of 2015. It then makes some recommendations to ensure the consistency of the current legal system.

1. Các giao dịch về nhà ở luôn chiếm vai trò quan trọng trong các giao dịch của cá nhân, tổ chức. Một trong những vấn đề được các chủ thể tham gia giao dịch quan tâm đó là thời điểm chuyển quyền sở hữu nhà ở. Đối với các giao dịch chuyển quyền sở hữu nhà ở thì thời điểm chuyển quyền sở hữu nhà ở có một ý nghĩa vô cùng quan trọng. Bởi đây là căn cứ để khẳng định quyền sở hữu tài sản của bên mua trước bên bán cũng như với bên thứ ba; đồng thời là căn cứ để xác định việc chịu rủi ro phát sinh từ tài sản của bên mua, xác định các quyền và nghĩa vụ của các chủ thể mua bán đối với Nhà nước. Trong bài viết này chúng tôi tập trung phân tích về thời điểm chuyển quyền sở hữu nhà ở trong các giao dịch mua bán, thuê mua nhà ở theo quy định của Luật Nhà ở năm 2014 và những quy định có liên quan của Luật Đất đai năm 2013 và Bộ luật Dân sự năm 2015.

2. Tại Điều 12 Luật Nhà ở năm 2014 đã quy định về thời điểm chuyển quyền sở hữu nhà ở dựa trên các tiêu chí khác nhau¹:

Đối với hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở (bên bán không phải chủ đầu tư dự án nhà ở) thì thời điểm chuyển quyền sở hữu dựa vào việc thực hiện nghĩa vụ của cả hai bên: nghĩa vụ thanh toán tiền của bên mua, thuê mua nhà và nghĩa vụ bàn giao nhà của bên bán. Nếu bên bán là chủ đầu tư dự án nhà ở thì dựa trên chứng cứ chứng

“1. Trường hợp mua bán nhà ở mà không thuộc diện quy định tại khoản 3 Điều này và trường hợp thuê mua nhà ở thì thời điểm chuyển quyền sở hữu nhà ở là kể từ thời điểm bên mua, bên thuê mua đã thanh toán đủ tiền mua, tiền thuê mua và đã nhận bàn giao nhà ở, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác.

2. Trường hợp góp vốn, tặng cho, đổi nhà ở thì thời điểm chuyển quyền sở hữu là kể từ thời điểm bên nhận góp vốn, bên nhận tặng cho, bên nhận đổi nhận bàn giao nhà ở từ bên góp vốn, bên tặng cho, bên đổi nhà ở.

3. Trường hợp mua bán nhà ở giữa chủ đầu tư dự án xây dựng nhà ở với người mua thì thời điểm chuyển quyền sở hữu nhà ở là kể từ thời điểm bên mua thanh toán đủ tiền mua nhà ở hoặc kể từ thời điểm bên mua thanh toán đủ tiền mua nhà ở cho chủ đầu tư. Đối với nhà ở thương mại mua của doanh nghiệp kinh doanh bất động sản thì thời điểm chuyển quyền sở hữu được thực hiện theo quy định của pháp luật về kinh doanh bất động sản.

4. Trường hợp thừa kế nhà ở thì thời điểm chuyển quyền sở hữu nhà ở được thực hiện theo quy định của pháp luật về thừa kế”.

* TS., Viện Đại học Mở Hà Nội.

¹ Điều 12 Luật Nhà ở năm 2014 quy định thời điểm chuyển quyền sở hữu nhà ở như sau:

minh việc hoàn thành nghĩa vụ của một bên trong quan hệ mua bán, thuê mua.

Có thể thấy, nhà ở là loại tài sản có đăng ký quyền sở hữu và gắn liền với quyền sử dụng đất ở. Do vậy, thời điểm chuyển quyền sở hữu đối với nhà ở cần phải dựa trên tính đặc thù của tài sản (có đăng ký quyền sở hữu) theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 và tài sản (là quyền sử dụng đất) theo quy định của Luật Đất đai năm 2013. Vậy, quy định của Luật Nhà ở năm 2014 **đã thống nhất** với các quy định về thời điểm chuyển quyền sở hữu tài sản trong Bộ luật Dân sự năm 2015 và thời điểm chuyển quyền sử dụng đất trong Luật Đất đai năm 2013 chưa?

Theo quy định của Luật Đất đai năm 2013, việc đăng ký đất đai là bắt buộc, còn nhà ở và các tài sản khác gắn liền với đất thì không bắt buộc phải đăng ký². Luật Nhà ở

² Điều 95 Luật Đất đai năm 2013 quy định về đăng ký đất đai, nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất như sau:

“1. Đăng ký đất đai là bắt buộc đối với người sử dụng đất và người được giao đất để quản lý; **đăng ký quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất thực hiện theo yêu cầu của chủ sở hữu.**

2. Đăng ký đất đai, nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất gồm đăng ký lần đầu và đăng ký biến động, được thực hiện tại tổ chức đăng ký đất đai thuộc cơ quan quản lý đất đai, bằng hình thức đăng ký trên giấy hoặc đăng ký điện tử và có giá trị pháp lý như nhau.

3. Đăng ký lần đầu được thực hiện trong các trường hợp sau đây:

a) Thừa đất được giao, cho thuê để sử dụng;
b) Thừa đất đang sử dụng mà chưa đăng ký;
c) Thừa đất được giao để quản lý mà chưa đăng ký;
d) Nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất chưa đăng ký.

4. Đăng ký biến động được thực hiện đối với trường hợp đã được cấp Giấy chứng nhận hoặc đã đăng ký mà có thay đổi sau đây:

a) Người sử dụng đất, chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất thực hiện các quyền chuyển đổi, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, thừa kế, tặng cho

năm 2014 đã dựa trên quy định này của Luật Đất đai năm 2013 để xác định thời điểm chuyển quyền sở hữu nhà ở. Tuy nhiên, Luật Đất đai năm 2013 có quy định về đăng ký lần đầu và đăng ký biến động. Theo đó, đăng ký biến động được thực hiện đối với việc dịch chuyển quyền sử dụng đất từ chủ thể này sang chủ thể khác thông qua các giao dịch như chuyển đổi, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, thừa kế, tặng cho quyền sử dụng đất, tài sản gắn liền với đất; thế chấp, góp vốn bằng quyền sử dụng đất, **tài sản gắn liền với đất**. Và đăng ký biến động là thủ tục bắt buộc.

Chúng tôi cho rằng, nhà ở cũng là một loại tài sản gắn liền với đất, nên nếu việc mua bán nhà ở đồng thời với chuyển nhượng quyền sử dụng đất ở **thì phải tiến hành đăng ký biến động**, và đây là quy định bắt buộc để làm phát sinh hiệu lực của hợp đồng. Điều 188 của Luật Đất đai năm 2013 cũng quy định: “*Việc chuyển đổi, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, thừa kế, tặng cho, thế chấp quyền sử dụng đất, góp vốn bằng quyền sử dụng đất phải đăng ký tại cơ quan đăng ký đất đai và có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký vào sổ địa chính*”.

Về logic của quy định trong một văn bản pháp luật, có thể thấy, Luật Nhà ở năm 2014 quy định nhà ở là đối tượng của các giao dịch phải có giấy chứng nhận quyền sở hữu³. Như vậy, nếu bên mua đã thanh toán

quyền sử dụng đất, tài sản gắn liền với đất; thế chấp, góp vốn bằng quyền sử dụng đất, tài sản gắn liền với đất;

...

7. Việc đăng ký đất đai, tài sản gắn liền với đất có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký vào Sổ địa chính”.

³ Điều 118 Luật Nhà ở năm 2014 quy định về điều kiện của nhà ở tham gia giao dịch như sau:

xong tiền và nhận bàn giao nhà ở thì họ đã có quyền sở hữu nhà ở đó, nhưng nếu chưa hoàn tất thủ tục sang tên thì có quyền tiếp tục bán hay thế chấp nhà đó không? Về nguyên tắc, bên bán phải là chủ sở hữu của nhà ở hoặc có quyền định đoạt đối với nhà ở. Khi đó, bên mua chỉ cần chứng minh đã thanh toán tiền mua nhà (tức đã có quyền sở hữu), đã giữ giấy tờ sở hữu của người bán, thì sẽ có quyền bán tiếp cho người khác nếu căn cứ theo khoản 2 Điều 108 Bộ luật Dân sự năm 2015 về tài sản hình thành trong tương lai.

Nhà ở và quyền sử dụng đất ở luôn gắn liền với nhau về quyền cũng như trạng thái vật chất của chúng. Do đó, cần quy định chung một quy chế pháp lý thống nhất cho cả nhà ở và đất, không nên quy định thời điểm chuyển quyền sử dụng đất khác với thời điểm chuyển quyền sở hữu nhà ở gắn liền với đất đó. Mặc dù việc lựa chọn thời điểm hoàn tất việc thanh toán tiền mua nhà và/hoặc thời điểm bàn giao nhà là thời điểm chuyển quyền sở hữu nhà ở không trái với quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 và Luật Đất đai năm 2013 (vì Bộ luật Dân sự năm 2015 cho phép luật khác có quy định khác), nhưng sẽ không đảm bảo tính đồng nhất và gây khó khăn khi áp dụng trên thực tiễn. Ở đây, dường như các nhà làm luật quá tập trung vào mục đích bảo vệ quyền lợi của bên mua khi họ đã trả xong tiền thì phải được hưởng quyền sở hữu. Tuy nhiên, về nguyên lý, để bảo vệ quyền sở hữu tài sản của một chủ thể đối với các chủ thể khác thì phải có cơ chế để chủ thể đó công bố quyền

của mình dưới hình thức đăng ký quyền sở hữu. Bởi, nếu chủ sở hữu chưa đứng tên trên giấy tờ sở hữu nhà, thì cũng đồng nghĩa với việc rất khó có cơ sở để bảo vệ quyền của họ, nhất là với bên thứ ba nếu có tranh chấp. Bởi bên bán có thể tiếp tục bán, thế chấp nhà đó cho các chủ thể khác và những chủ thể này có căn cứ để pháp luật bảo vệ⁴.

Chúng tôi cho rằng, cần quán triệt nguyên lý trong việc chuyển giao quyền sở hữu tài sản, đó là thời điểm chuyển giao quyền sở hữu đối với tài sản sẽ thuộc một trong hai thời điểm sau: Thời điểm chuyển giao tài sản hoặc/và thời điểm hoàn tất thủ tục đăng ký quyền sở hữu đối với tài sản. Ngoài ra, cũng cần xác định rõ những hệ quả pháp lý liên quan đến việc xác định chính xác thời điểm chuyển quyền sở hữu đối với nhà ở. Nếu Luật Nhà ở năm 2014 xác định thời điểm chuyển quyền sở hữu khác với Bộ luật Dân sự năm 2015 và Luật Đất đai năm 2013 sẽ dẫn tới hệ quả: Cùng một giao dịch, cùng một đối tượng trong hợp đồng, cùng một chủ thể nhưng lại có hai thời điểm chuyển quyền sở hữu khác nhau. Có thể ví dụ như sau: A bán nhà ở cho B, hợp đồng có công chứng, B đã thanh toán xong tiền nhà, đã nhận bàn giao nhà, giấy tờ sở hữu nhà (mang tên A chưa sang tên cho B). Theo Điều 12 Luật Nhà ở năm 2014, thì quyền sở hữu nhà ở đó đã được xác lập cho B và có thể xảy ra những khả năng sau:

Tình huống 1: B tiếp tục bán nhà này cho C. Hợp đồng mua bán chưa công chứng

(Xem tiếp trang 49)

"1. Giao dịch về mua bán, cho thuê mua, tặng cho, đổi, thế chấp, góp vốn bằng nhà ở thì nhà ở phải có đủ điều kiện sau đây:

a) Có Giấy chứng nhận theo quy định của pháp luật, trừ trường hợp quy định tại khoản 2 Điều này".

⁴ Người chiếm hữu ngay tình được pháp luật bảo vệ quyền lợi - Điều 181, Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: "Chiếm hữu ngay tình là việc chiếm hữu mà người chiếm hữu có căn cứ để tin rằng mình có quyền đối với tài sản đang chiếm hữu".

CƠ QUAN ĐẠI DIỆN CHỦ SỞ HỮU PHẦN VỐN NHÀ NƯỚC TẠI DOANH NGHIỆP

*Phạm Thị Huyền**

Tóm tắt: Bài viết phân tích các quy định pháp luật hiện hành về cơ quan đại diện chủ sở hữu nhà nước tại doanh nghiệp; trên cơ sở đó, chỉ ra những điểm bất cập và hạn chế, đồng thời, đề xuất phương hướng hoàn thiện.

Abstract: This article analyses current laws and regulations on agencies representing State ownership's capital investing in enterprises. On that basis, it points out relevant shortcomings and makes recommendations.

Hiện nay, Nhà nước thực hiện chức năng điều tiết, định hướng nền kinh tế không chỉ thông qua việc ban hành các chính sách, pháp luật mà còn trực tiếp tham gia vào phát triển kinh tế bằng việc đầu tư, góp vốn vào các doanh nghiệp (DN). Tuy nhiên, tại những DN này, Nhà nước không trực tiếp quản lý, điều hành hoạt động kinh doanh mà ủy quyền cho những chủ thể nhất định. Đây cũng chính là nguyên nhân các DN có vốn góp nhà nước mắc nhiều sai phạm và hoạt động kém hiệu quả. Nhà nước cũng đã ban hành nhiều văn bản pháp luật quy định về vấn đề DN có vốn góp nhà nước cũng như quy chế đại diện chủ sở hữu phần vốn nhà nước tại DN. Tuy nhiên, những quy định này còn nằm rải rác, chưa mang tính hệ thống và nhiều quy định không còn phù hợp.

1. Các quy định về cơ quan đại diện chủ sở hữu phần vốn nhà nước tại doanh nghiệp

Trên thế giới, việc đại diện sở hữu vốn nhà nước được thực hiện theo ba mô hình: (i) Phân tán (trách nhiệm đại diện sở hữu

vốn nhà nước rải rác ở các Bộ chủ quản); (ii) Tập trung (trách nhiệm đại diện sở hữu nhà nước vào một cơ quan độc lập); (iii) Kết hợp cả hai mô hình trên.

Tùy thuộc mỗi quốc gia, thẩm quyền đại diện sở hữu vốn nhà nước được giao cho các cơ quan, tổ chức khác nhau. Ví dụ, ở Trung Quốc, có hai thiết chế đại diện chủ sở hữu vốn nhà nước tại DN, đó là Tập đoàn Đầu tư và Phát triển Trung Quốc (SDIC), và Ủy ban giám sát và quản lý tài sản nhà nước (SASAC). Ở Singapore, toàn bộ vốn nhà nước được giao cho một công ty do Nhà nước sở hữu trực thuộc Bộ Tài chính gọi là Temasek; Temasek thay mặt Bộ để quản lý vốn Nhà nước tại các DN.

Ở Việt Nam, các Doanh nghiệp Nhà nước (DNNN) nói riêng và DN có vốn góp nhà nước nói chung hoạt động khá phổ biến. Các quy định về DN có vốn góp nhà nước cũng như vấn đề đại diện chủ sở hữu nhà nước đã dần được hoàn thiện. Ngoài những Nghị định quy định riêng lẻ về DN có vốn góp nhà nước, Luật Doanh nghiệp năm 2014 cũng như Luật Quản lý, sử dụng tài sản nhà nước đầu tư vào sản xuất, kinh doanh tại DN năm 2014 đều đã đề cập đến vấn đề đại diện chủ sở hữu nhà nước tại

* ThS., Khoa Pháp luật Kinh tế, Đại học Luật Hà Nội.

các DN có vốn góp nhà nước. Tuy nhiên, hai văn bản trên mới chỉ dừng lại ở quy định chung chung là “cơ quan đại diện chủ sở hữu”¹.

Hiện nay, việc phân công, phân cấp thực hiện quyền chủ sở hữu nhà nước vẫn được áp dụng theo Nghị định 99/2012/NĐ-CP ngày 15/11/2012 của Chính phủ về Phân công, phân cấp thực hiện các quyền, trách nhiệm, nghĩa vụ của chủ sở hữu nhà nước đối với DNNN và vốn nhà nước đầu tư vào doanh nghiệp (sau đây gọi là Nghị định 99/2012/NĐ-CP) và những văn bản có liên quan. Trách nhiệm đại diện chủ sở hữu nhà nước được giao cho nhiều cơ quan, nhưng tập trung quyền đại diện cho các Bộ quản lý ngành, Ủy ban nhân dân (UBND) cấp tỉnh, hoặc được giao cho Tổng công ty Đầu tư và Kinh doanh vốn nhà nước (SCIC). Cụ thể:

- Bộ quản lý ngành thực hiện quyền chủ sở hữu đối với các DN do Bộ thành lập hoặc những tập đoàn kinh tế sau cổ phần hóa, các DN chuyển đổi, cổ phần hóa thuộc Bộ. Ví dụ, Bộ Xây dựng được Chính phủ phân công thực hiện quyền chủ sở hữu đối với Tổng công ty Sông Đà; Bộ Thông tin và Truyền thông thực hiện các quyền, nghĩa vụ của chủ sở hữu đối với Tập đoàn Bưu chính viễn thông Việt Nam; hay Bộ Giao thông Vận tải là đại diện chủ sở hữu phần vốn nhà nước tại Tổng công ty Hàng hải Việt Nam (VINALINES)...

- UBND cấp tỉnh thực hiện quyền chủ sở hữu đối với DN chuyển đổi, DN cổ phần hóa thuộc UBND cấp tỉnh đó. DN thuộc UBND cấp tỉnh được hiểu là các Tổng công

ty nhà nước, công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do UBND cấp tỉnh quyết định thành lập hoặc được giao quản lý.

- Bên cạnh Bộ, UBND cấp tỉnh, ở Việt Nam vốn nhà nước cũng được giao cho một chủ thể đặc biệt thực hiện việc quản lý và kinh doanh đó là SCIC. SCIC được giao nhiệm vụ thực hiện quyền, nghĩa vụ của chủ sở hữu đối với DN và phần vốn do SCIC trực tiếp đầu tư; tiếp nhận và thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu nhà nước tại các DN do các Bộ, UBND cấp tỉnh chuyển giao theo quyết định của Thủ tướng Chính phủ. Tuy nhiên, những DN được chuyển giao phải không thuộc các DN làm nhiệm vụ cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích, phục vụ an ninh, quốc phòng. Hiện nay, số DN được chuyển giao quyền đại diện vốn sở hữu cho SCIC chiếm số lượng đáng kể và đạt hiệu quả kinh doanh cao, như Tổng công ty cổ phần (CTCP) sữa Việt Nam (VINAMILK), CTCP viễn thông FPT, CTCP được Hậu Giang, Tập đoàn Bảo Việt...

Trong trường hợp, Bộ, UBND cấp tỉnh được giao thực hiện quyền, nghĩa vụ của chủ sở hữu nhưng không thể tự mình thực hiện quyền được phân công thì sẽ ủy quyền cho những cá nhân nhất định thực hiện quyền chủ sở hữu phần vốn nhà nước. Trường hợp đại diện chủ sở hữu phần vốn nhà nước thuộc trách nhiệm của SCIC, thì SCIC có thể trực tiếp thực hiện các quyền và nghĩa vụ hoặc có thể thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu thông qua hệ thống người đại diện (NDD) của SCIC.

Như vậy, thực chất việc đại diện chủ sở hữu phần vốn nhà nước tại DN đã hình thành hai quan hệ khác nhau:

Thứ nhất, quan hệ giữa Nhà nước với Bộ quản lý ngành, UBND cấp tỉnh, SCIC.

¹ Xem: Điều 89 Luật Doanh nghiệp năm 2014 và khoản 1 Điều 3 Luật Quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào sản xuất kinh doanh tại doanh nghiệp năm 2014.

Nhà nước phân công cho Bộ quản lý ngành, UBND cấp tỉnh hoặc SCIC thực hiện các quyền, nghĩa vụ của chủ sở hữu nhà nước tại DN.

Thứ hai, quan hệ đại diện theo ủy quyền giữa Bộ quản lý ngành, UBND hoặc SCIC với những NDD (có thể là người đại diện chủ sở hữu trực tiếp tại DNNN hoặc NDD phần vốn nhà nước đầu tư tại CTCP, công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên). Bản thân các Bộ, UBND cấp tỉnh và SCIC không tự mình thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu đối với phần vốn được Nhà nước giao mà sẽ ủy quyền cho những cá nhân nhất định thực hiện quyền đại diện của mình. Trong mỗi quan hệ này, Bộ, UBND cấp tỉnh hay SCIC đóng vai trò là chủ sở hữu phần vốn nhà nước đầu tư tại DN. Khoản 1 Điều 2 Quy chế hoạt động của người đại diện theo ủy quyền đối với phần vốn nhà nước đầu tư vào DN ban hành kèm theo Thông tư số 21/2014/TT-BTC quy định: “*Chủ sở hữu phần vốn nhà nước đầu tư tại DN (sau đây viết tắt là Chủ sở hữu phần vốn nhà nước) là: Bộ, cơ quan ngang Bộ, UBND tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương (gọi chung là Bộ quản lý ngành, UBND cấp tỉnh) được phân công, phân cấp thực hiện quyền, nghĩa vụ, trách nhiệm của chủ sở hữu đối với phần vốn nhà nước đầu tư tại DN*”. Những cá nhân được Bộ quản lý ngành, UBND cấp tỉnh hay SCIC lựa chọn đóng vai trò là NDD theo ủy quyền đối với phần vốn nhà nước đầu tư vào DN. Khoản 2 Điều 2 Quy chế hoạt động của NDD theo ủy quyền đối với phần vốn nhà nước đầu tư vào DN chỉ rõ: “*Người đại diện theo ủy quyền đối với phần vốn nhà nước đầu tư vào DN (gọi tắt là NDD) là cá nhân được chủ sở hữu phần vốn nhà nước ủy quyền*

bằng văn bản để thực hiện quyền, trách nhiệm và nghĩa vụ của chủ sở hữu phần vốn nhà nước”. Việc ủy quyền cho NDD không chỉ phụ thuộc vào sự thỏa thuận, ý chí chủ quan của hai bên, mà trước hết phải tuân thủ các quy định pháp luật, tuân thủ các nguyên tắc của việc ủy quyền cho NDD. Do đó, trong quan hệ đại diện, cơ quan đại diện chủ sở hữu phần vốn nhà nước cũng như NDD phải tuân thủ các điều khoản trong văn bản ủy quyền, Điều lệ công ty, đồng thời tuân thủ các quy định pháp luật có liên quan.

2. Bất cập trong các quy định về cơ quan đại diện chủ sở hữu phần vốn nhà nước tại doanh nghiệp

Với mục tiêu phát triển thành phần kinh tế nhà nước giữ vai trò chủ đạo trong nền kinh tế quốc dân, hệ thống chính sách về DN có vốn góp nhà nước nói chung, cũng như những quy định về đại diện chủ sở hữu phần vốn nhà nước tại DN nói riêng ở nước ta ngày càng được hoàn thiện. Năm 2005, với Quyết định 151/2005/QĐ-TTg về việc thành lập SCIC - tổ chức đặc thù được giao nhiệm vụ đầu tư, kinh doanh vốn nhà nước tại DN được đánh giá là bước tiến quan trọng trong việc hoàn thiện cơ chế, chính sách về đại diện chủ sở hữu phần vốn nhà nước tại DN, không chỉ đáp ứng nhu cầu quản lý vốn nhà nước mà còn tạo sự tương thích trong những quy định của pháp luật Việt Nam với pháp luật nước ngoài.

Ngoài những quy định về SCIC, Nhà nước cũng ban hành nhiều văn bản như Nghị định 99/2012/NĐ-CP, Nghị định 71/2013/NĐ-CP ngày 11/07/2013 về Đầu tư vốn nhà nước vào DN và quản lý tài chính đối với DN do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ, hay các đạo luật như Luật Doanh nghiệp năm 2014, Luật Đầu tư

công năm 2014, Luật Quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào sản xuất, kinh doanh tại doanh nghiệp năm 2014... tạo hành lang pháp lý tương đối đầy đủ về cơ quan đại diện chủ sở hữu.

Tuy nhiên, những quy định về cơ quan đại diện chủ sở hữu nhà nước vẫn còn một số điểm bất cập.

Thứ nhất, về cơ chế đại diện chủ sở hữu phần vốn nhà nước thông qua các Bộ, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh.

Mô hình phân cấp quản lý vốn nhà nước từ Thủ tướng Chính phủ, các Bộ quản lý ngành, UBND cấp tỉnh từ lâu đã bộc lộ nhiều điểm chưa hợp lý.

Một là, tồn tại những mâu thuẫn trong hệ thống pháp luật liên quan đến cơ quan đại diện chủ sở hữu. Theo đó, Điều 39 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015 quy định các Bộ, cơ quan ngang Bộ không còn chức năng "thực hiện đại diện chủ sở hữu phần vốn của nhà nước tại doanh nghiệp" như quy định tại Điều 22 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2001. Đồng thời, khoản 8 Điều 82 Luật Tổ chức Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân năm 2003 trao quyền cho UBND cấp tỉnh "thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu phần vốn góp của Nhà nước tại doanh nghiệp", nhưng đến Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 quy định này đã không còn. Như vậy, theo quy định hiện hành, Bộ quản lý ngành hay UBND cấp tỉnh không còn thẩm quyền đại diện chủ sở hữu phần vốn nhà nước tại DN. Tuy nhiên, Nghị định 99/2012/NĐ-CP còn hiệu lực và trên thực tế, vẫn còn những DN đang do Bộ, UBND cấp tỉnh làm đại diện chủ sở hữu.

Luật Quản lý, sử dụng vốn và tài sản nhà nước đầu tư vào sản xuất, kinh doanh tại doanh nghiệp năm 2014 sử dụng khái

niệm "cơ quan đại diện chủ sở hữu" nhưng chưa có văn bản hướng dẫn cụ thể "cơ quan đại diện chủ sở hữu" là cơ quan nào, có còn là Bộ hay UBND cấp tỉnh không. Điều này đã gây khó khăn trong cách xác định cơ quan đại diện chủ sở hữu.

Hai là, cơ chế Bộ chủ quản khiến các Bộ, UBND cấp tỉnh khó tách bạch giữa vai trò chủ sở hữu với vai trò quản lý kinh tế. Các cơ quan nhà nước sẽ thực hiện vai trò "kép", vừa ban hành chính sách kinh tế đối với ngành do mình quản lý, vừa thực hiện những chính sách này tại DN do mình là đại diện chủ sở hữu, như vậy sẽ không tránh khỏi tình trạng ưu tiên cho DN có vốn nhà nước. Đồng thời, việc phân tán trách nhiệm, không tập trung quyền hạn, đầu mối quản lý và đánh giá tổng hợp như hiện nay dẫn tới vấn nạn "ai cũng có trách nhiệm" và cuối cùng "trách nhiệm không thuộc về ai". Đây là vấn đề đến nay chưa có hướng giải quyết và sẽ không giải quyết được nếu vẫn giữ mô hình hiện tại.

Ba là, cơ chế chủ quản như hiện nay đã biến các DN có vốn nhà nước thành "cánh tay nối dài" của các cơ quan hành chính gồm các Bộ và UBND cấp tỉnh. Từ đó, yêu cầu công khai, minh bạch sẽ không được đảm bảo. Những sai phạm xảy ra tại Tập đoàn Công nghiệp tàu thủy Việt Nam (nay là Tổng công ty Công nghiệp tàu thủy) là một minh chứng.

Bởi vậy, việc tiếp tục áp dụng mô hình Bộ chủ quản như hiện nay không còn phù hợp và cần phải thay đổi.

Thứ hai, quy định về Tổng công ty Đầu tư và Kinh doanh vốn nhà nước.

Việc thành lập SCIC được xem là bước tiến lớn, không chỉ tách bạch chức năng

quản lý hành chính nhà nước với chức năng đại diện chủ sở hữu vốn nhà nước tại DN, mà còn giúp đầu tư, kinh doanh vốn nhà nước vào những ngành, lĩnh vực quan trọng. Tuy nhiên hoạt động của SCIC chưa thực sự hiệu quả như mục tiêu ban đầu đặt ra. Một trong những nguyên nhân xuất phát từ các quy định của SCIC còn chưa phù hợp.

Liên hệ với Tổng công ty Đầu tư và kinh doanh vốn Nhà nước được xây dựng theo mô hình Temasek của Singapore có thể thấy, Temasek chủ yếu đầu tư vào những ngành chủ chốt, có tính chất quyết định đối với nền kinh tế quốc gia như tài chính ngân hàng, bất động sản, xây dựng cơ sở hạ tầng... Trong khi đó, SCIC ở nước ta, với kỳ vọng trở thành “Temasek của Việt Nam” lại đa phần quản lý vốn nhà nước ở những DN quy mô nhỏ. Vốn nhà nước tại những DN lớn sau cổ phần hóa như các Tổng công ty, ngân hàng... không được chuyển giao về SCIC mà vẫn do Bộ hoặc cơ quan chủ quản quản lý. Ngoài ra, SCIC vẫn mang cái bóng quá lớn của Chính phủ, thực hiện việc đầu tư và quản lý vốn nhà nước vào các lĩnh vực, ngành kinh tế do Nhà nước giao. Vì phụ thuộc phần lớn vào Nhà nước nên hiệu quả hoạt động thực chất của SCIC chưa cao. Theo Hội nghị tổng kết hoạt động năm 2016 của SCIC, đã ghi nhận mức lãi trước thuế năm 2016 lên tới 18.629 tỷ đồng, bằng 107% so với kế hoạch và gấp 2 lần năm 2015. Tuy nhiên, trong số tiền lãi này, riêng thương vụ bán 5,4 % cổ phần tại Vinamilk đã thu về cho SCIC 11.286 tỷ đồng². Như vậy, hiệu quả trong tăng trưởng vốn đầu tư

tại hàng trăm DN mà SCIC đang giữ vốn nhà nước thực tế phụ thuộc vào một số DN lớn, trong đó lớn nhất là Vinamilk. Bên cạnh đó, có những DN chuyển giao cho SCIC, nhưng không hiệu quả, lại trở về chủ cũ. Năng lực quản lý của SCIC cũng bị đặt dấu hỏi lớn khi đại diện của Vinamilk khẳng định: Đáng ra, với vai trò chiếm tới 45,05% vốn điều lệ, SCIC phải cùng tham gia, ủng hộ các chiến lược để phát triển công ty, theo hướng vì quyền lợi chung của Vinamilk và của các cổ đông, trong đó có quyền lợi của SCIC. Tuy nhiên, đại diện vốn nhà nước SCIC “hành xử” với DN không đúng vai trò của mình và đang còn có sự nhập nhằng mang tính quản lý nhà nước, gây lực cản cho sự phát triển của Vinamilk³.

Do đó, để bảo đảm SCIC hoạt động như kỳ vọng, cần thiết phải thay đổi và hoàn thiện những quy định về SCIC, bảo đảm SCIC thực hiện đúng mục tiêu, chức năng đại diện chủ sở hữu vốn nhà nước tại DN; hoạt động độc lập như một chủ thể kinh doanh mà không phụ thuộc vào những mệnh lệnh hành chính.

3. Một số giải pháp

Từ những phân tích trên, tác giả xin đề xuất một số giải pháp nhằm hoàn thiện hệ thống pháp luật về cơ quan đại diện chủ sở hữu phần vốn nhà nước tại DN như sau:

Một là, xóa bỏ hoặc giảm bớt vai trò đại diện chủ sở hữu của Bộ, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh.

Theo đại diện ngân hàng thế giới (World Bank), hiện nay các quốc gia đang

² Bích Diệp, *SCIC báo lãi hơn 18.600 tỷ đồng năm 2016*, <http://dantri.com.vn/kinh-doanh/scic-bao-lai-hon-18600-ty-dong-nam-2016-20170110162715622.htm>, truy cập ngày 6/4/2017.

³ Thanh Ngọc, *SCIC lại thể hiện sự ích kỷ và yếu kém*, <http://www.doimoi.org/detailsnews/1602/339/scic-lai-the-hien-su-ich-ky-va-yeu-kem.html>, truy cập ngày 6/4/2017.

từ bỏ mô hình phân cấp theo cơ chế chủ quản, tiến tới mô hình tập trung nhằm làm rõ và tăng cường vai trò sở hữu nhà nước, đảm bảo thực thi thống nhất, tập trung kỹ năng và nguồn lực vào một nơi, tách biệt chức năng sở hữu nhà nước khỏi chức năng quản lý nhà nước để giảm thiểu hoặc tránh các xung đột lợi ích tiềm tàng⁴. Theo xu hướng này, Việt Nam cần xóa bỏ cơ chế Bộ chủ quản, chuyển các DN có vốn góp nhà nước đang do các Bộ quản lý ngành, UBND cấp tỉnh quản lý cho một thiết chế được quyền đại diện, quản lý phần vốn góp. Mô hình này đang được áp dụng ở nhiều nước và mang lại hiệu quả, như Temasek Holding ở Singapore, Khazanah Nasional ở Malaysia, cơ quan Tư vấn giám sát DNNN của New Zealand, Hội đồng Đánh giá quản lý DNNN của Hàn Quốc, Văn phòng Kiểm toán DN ở Hungary, Ủy ban Quản lý, giám sát tài sản nhà nước (SASAC) của Trung Quốc, Văn phòng Kiểm toán nhà nước của Phần Lan hay Văn phòng Tổng kiểm toán của Canada...⁵.

Nghị quyết Đại hội lần thứ XII của Đảng nhấn mạnh: *"Tách chức năng chủ sở hữu tài sản, vốn của Nhà nước và chức năng quản lý nhà nước, chức năng quản trị kinh doanh của doanh nghiệp nhà nước; sớm xóa bỏ chức năng đại diện chủ sở hữu nhà nước của các bộ, Ủy ban nhân dân đối với vốn, tài sản nhà nước tại các doanh*

nghiệp". Tuy nhiên, tình hình thực tế ở nước ta, việc xóa bỏ ngay mô hình Bộ chủ quản là không khả thi, việc một cơ quan duy nhất đóng vai trò đại diện chủ sở hữu nhà nước tại tất cả các DN có vốn góp nhà nước cũng khó có thể thực hiện.

Do đó, bên cạnh xóa bỏ hoàn toàn cơ chế Bộ chủ quản, việc thu hẹp phạm vi đại diện chủ sở hữu phần vốn nhà nước tại DN của các Bộ và UBND tỉnh cũng là giải pháp có thể xem xét. Theo đó, song song với việc thoái vốn tại các DN, chỉ đầu tư vốn tại những ngành nghề, lĩnh vực then chốt, Bộ quản lý ngành và UBND cấp tỉnh vẫn được giao đại diện chủ sở hữu tại những DN do Bộ, UBND cấp tỉnh thành lập; đồng thời, bảo đảm đổi mới cách thức đại diện cũng như tăng cường công tác giám sát, đánh giá việc thực hiện các quyền, trách nhiệm của đại diện chủ sở hữu nhà nước đối với các Bộ, UBND cấp tỉnh. Cụ thể, Bộ chủ quản không trực tiếp can dự vào các hoạt động của DN như bổ nhiệm lãnh đạo DN, tác động tới các quyết định của DN trong sản xuất và kinh doanh, định hướng các đối tác cho DN khi cấp vốn đầu tư hay giao chỉ tiêu, hạn ngạch, mà dành quyền tự chủ, tự quyết cho DN đó.

Hai là, nâng cao vai trò đại diện chủ sở hữu của Tổng công ty Đầu tư và Kinh doanh vốn nhà nước.

Các quy định về SCIC cần được sửa đổi để đảm bảo SCIC có đủ khả năng thực hiện vai trò đại diện chủ sở hữu phần vốn nhà nước tại các DN được giao. SCIC được xây dựng theo mô hình Temasek của Singapore, nhưng quá trình hoạt động lại có sự khác biệt đó là, Temasek độc lập với Chính phủ trong các quyết định đầu tư. Do không có sự độc lập, các quyết định của SCIC vẫn lệ

⁴ Mô hình SCIC: Xu hướng quản trị vốn hiện đại, <http://www.baomoi.com/mo-hinh-scic-xu-huong-quan-tri-von-hien-dai/c/10226412.epi>, truy cập ngày 6/4/2017.

⁵ Phạm Thị Tường Vân, Nguyễn Thị Hải Bình, *Kinh nghiệm các nước về quản lý, giám sát vốn nhà nước tại doanh nghiệp*, <http://www.tapchitaichinh.vn/Nghien-cuu-trao-doi/Kinh-nghiem-cac-nuoc-ve-quan-ly-giam-sat-von-nha-nuoc-tai-doanh-nghiep/14182.tetc>, truy cập ngày 6/4/2017.

thuộc vào Chính phủ, SCIC không thể nhanh chóng đưa ra các quyết định kinh doanh và thể hiện vai trò tích cực đối với nền kinh tế. Do đó, SCIC cần áp dụng đồng bộ những giải pháp sau:

- Xóa bỏ cơ chế cấp phát vốn và bao cấp về vốn tại SCIC. SCIC cần tự hoạt động bằng nguồn vốn của mình, thay vì chờ sự đầu tư của Nhà nước.

- Thay đổi bộ máy quản lý của SCIC. Hầu hết các chức danh chủ chốt của SCIC hiện đều lấy từ Bộ Tài chính hoặc bộ, ngành khác, nên việc quản lý mang nặng yếu tố hành chính nhà nước chứ không phải là quản lý một DN, do đó hiệu quả không như mong đợi.

Kinh nghiệm xây dựng Temasek của Singapore cho thấy, Hội đồng quản trị của Temasek hoạt động khá độc lập. Thành viên của Hội đồng không bị Nhà nước tác động khi quyết định các vấn đề liên quan đến hoạt động Temasek. Quyền lợi không bị ảnh hưởng bởi Chính phủ, do đó, các quyết định của Hội đồng quản trị đưa ra rất khách quan, độc lập.

- Quy định rõ chức năng, phạm vi quyền hạn của các Bộ, UBND cấp tỉnh để không làm ảnh hưởng đến quá trình chuyển giao DN và tham gia đầu tư kinh doanh của SCIC. Các Bộ, UBND cấp tỉnh vẫn có xu hướng giữ ảnh hưởng của mình trong các quyết định cải cách DN hay ngăn ngại chuyển giao các DN về SCIC. Mặc dù Thủ tướng Chính phủ đã có Công văn số 655/TTg-ĐMDN ngày 11/5/2015, Công văn số 10382/VPCP-ĐMDN ngày 11/12/2015 đề nghị phối hợp và đặt ra thời hạn chuyển giao, nhưng kết quả đạt được vẫn không

đáng kể. Do đó, để bảo đảm vai trò đại diện của SCIC, cần quy định cụ thể trách nhiệm cũng như chế tài để bảo đảm cho sự chuyển giao quyền đại diện nói trên.

Ba là, xây dựng cơ quan chuyên trách về đại diện chủ sở hữu phần vốn nhà nước tại doanh nghiệp.

Nghị quyết Đại hội lần thứ XII của Đảng chủ trương “Thành lập một cơ quan chuyên trách làm đại diện chủ sở hữu đối với doanh nghiệp nhà nước”.

Chính phủ cũng đang xây dựng dự thảo Nghị định về thực hiện các quyền và trách nhiệm của cơ quan đại diện chủ sở hữu nhà nước, trong đó đưa ra định hướng xây dựng một cơ quan chuyên trách làm đại diện chủ sở hữu vốn nhà nước tại các DN với tên gọi Ủy ban quản lý, giám sát vốn và tài sản nhà nước tại DN. Ủy ban sẽ trực thuộc Chính phủ, có nhiệm vụ thực hiện các quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu nhà nước đối với các DN, bao gồm cả SCIC. Được ví như “siêu Bộ”, chịu sự kiểm tra, giám sát của Chính phủ, tự chủ trong quản lý, sử dụng vốn, tài sản nhà nước tại DN, Ủy ban sẽ khắc phục được những hạn chế đang tồn tại của SCIC.

Tuy nhiên, cần lưu ý rằng, thành lập cơ quan chuyên trách về đại diện không đồng nghĩa với việc chấm dứt sự tồn tại của SCIC. SCIC vẫn trực tiếp thực hiện đầu tư tài chính, và qua đó, thực hiện các quyền chủ sở hữu đối với DN và vốn nhà nước tại DN được giao quản lý; còn Ủy ban sẽ trực tiếp thực hiện quyền chủ sở hữu đối với DN và vốn nhà nước tại các DN theo quy định, gồm cả SCIC.

KHÁI NIỆM DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC THEO CÁC HIỆP ĐỊNH THƯƠNG MẠI TỰ DO VÀ PHÁP LUẬT VIỆT NAM

Nguyễn Thu Thủy*

Tóm tắt: Bài viết tập trung phân tích khái niệm doanh nghiệp nhà nước được ghi nhận trong các Hiệp định thương mại tự do và pháp luật Việt Nam, chỉ ra những điểm khác biệt, đồng thời đưa ra một số khuyến nghị.

Abstract: This article focuses on analyzing the existing definition of a state owned enterprise in free trade agreements and Vietnam's laws. On that basis, it points out differences and makes relevant recommendations.

1. Khái niệm doanh nghiệp nhà nước trong các hiệp định thương mại tự do

Xuất phát từ vai trò đặc biệt của doanh nghiệp nhà nước trong phát triển kinh tế - xã hội của các quốc gia cũng như ảnh hưởng của các doanh nghiệp này đối với thị trường nội địa và thị trường quốc tế, pháp luật các nước và pháp luật quốc tế đều có những quy định điều chỉnh về doanh nghiệp nhà nước. Tuy nhiên, cho đến nay, vẫn chưa có một khái niệm thống nhất về loại hình doanh nghiệp này trong hệ thống pháp luật quốc tế.

Hiệp định chung về thuế quan và thương mại năm 1994 (GATT 1994) đã đưa ra khái niệm “doanh nghiệp thương mại nhà nước” (*state-trading enterprise*) tại Điều XVII¹. Theo đó, “doanh nghiệp thương mại nhà nước, hoặc (...) doanh nghiệp được độc quyền hay đặc quyền thương mại” có thể bao gồm văn phòng thương mại (*marketing*

boards) và độc quyền nhập khẩu (*import monopolies*)². Bản Diễn giải về cách hiểu Điều XVII của GATT 1994 đưa ra hai tiêu chí để xác định doanh nghiệp thương mại nhà nước mà các thành viên Tổ chức Thương mại thế giới (WTO) có nghĩa vụ thông báo về hoạt động của chúng cho Hội đồng thương mại hàng hoá, đó là: “*được trao quyền hoặc ưu đãi đặc biệt, bao gồm các quyền được quy định trong Hiến pháp hoặc các quyền theo quy định của pháp luật*” và “*khi thực hiện các quyền này, các doanh nghiệp này thông qua hoạt động mua hoặc bán của mình gây ảnh hưởng đến mức độ hoặc định hướng nhập khẩu hoặc xuất khẩu*”³. Như vậy, một doanh nghiệp đáp ứng được hai tiêu chí trên thì dù doanh nghiệp đó “*thuộc Chính phủ*” hay “*không thuộc Chính phủ*” (*governmental or non-governmental*

* ThS., Khoa Pháp luật quốc tế, Đại học Luật Hà Nội.

¹ Mỗi bên cam kết rằng, khi thành lập hoặc duy trì một doanh nghiệp thương mại nhà nước, hoặc khi phân bổ hoặc dành độc quyền hay đặc quyền thương mại, theo luật pháp hay trên thực tế, cho các doanh nghiệp đó khi tiến hành xuất khẩu hay nhập khẩu sẽ tuân thủ các nguyên tắc chung về không phân biệt đối xử đã nêu trong Hiệp định này...

² Phụ lục và giải thích đoạn 1 Điều 17 GATT 1994.

³ Nguyên gốc tiếng Anh: “Governmental and non-governmental enterprises, including marketing boards, which have been granted exclusive or special rights or privileges, including statutory or constitutional powers, in the exercise of which they influence through their purchases or sales the level or direction of imports or exports”. Nguồn: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/08-17.pdf, truy cập ngày 3/02/2017.

enterprise) đều sẽ thuộc phạm vi điều chỉnh của Điều XVII GATT 1994. Tuy nhiên, có thể thấy, dù đã nhắc đến “*doanh nghiệp thương mại nhà nước*”, nhưng GATT 1994 vẫn chưa đưa ra một khái niệm cụ thể về loại hình doanh nghiệp này.

Theo Hướng dẫn về Quản trị công ty trong Doanh nghiệp nhà nước năm 2005 (sau đây gọi tắt là Hướng dẫn), Tổ chức hợp tác và phát triển kinh tế (OECD) đã chỉ rõ rằng, khi sử dụng cụm từ “*doanh nghiệp nhà nước*” là nhắc đến “*các doanh nghiệp mà nhà nước có quyền kiểm soát thông qua sở hữu toàn bộ, đa số hay thiểu số quan trọng*”⁴. Tuy nhiên, trong Hướng dẫn năm 2015, OECD lại đưa ra một giải thích khác về “*doanh nghiệp nhà nước*”. Theo đó, thuật ngữ này được hiểu là các doanh nghiệp mà “*nhà nước thực hiện quyền sở hữu*”, bao gồm “*công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty hợp danh (với tư cách thành viên góp vốn)*”⁵. Bên cạnh đó, trong bản Hướng dẫn năm 2015, OECD còn xác định: “*doanh nghiệp công ích (statutory corporations) được thành lập trên cơ sở một văn bản pháp luật riêng biệt, cũng sẽ được xem là doanh nghiệp nhà nước nếu mục đích và hoạt động hoặc một phần hoạt động của doanh nghiệp đó mang tính chất thương mại*”.

Như vậy, so với Hướng dẫn năm 2005, khái niệm “*doanh nghiệp nhà nước*” của OECD trong Hướng dẫn năm 2015 đã có sự thay đổi nhất định. Nếu như trong Hướng

dẫn năm 2005, OECD căn cứ vào tỉ lệ sở hữu cổ phần hoặc vốn góp để xác định doanh nghiệp nhà nước. Theo đó, một doanh nghiệp sẽ chỉ là doanh nghiệp nhà nước nếu nhà nước sở hữu một tỉ lệ đáng kể về vốn góp hoặc cổ phần và trên cơ sở đó có “*quyền kiểm soát*” đối với doanh nghiệp. Tuy nhiên, trong Hướng dẫn năm 2015, tỉ lệ cổ phần hoặc vốn góp mà nhà nước nắm giữ trong doanh nghiệp không phải là yếu tố quan trọng để xác định doanh nghiệp nhà nước, mà chỉ cần nhà nước sở hữu cổ phần hoặc vốn góp trong doanh nghiệp.

Tại Điều 12.8 Chương 12 của Hiệp định thương mại tự do giữa Hoa Kỳ và Singapore⁶, khái niệm “*doanh nghiệp nhà nước*” (*government enterprises*) được định nghĩa: “*Đối với Hoa Kỳ là một doanh nghiệp mà Chính phủ sở hữu hoặc kiểm soát thông qua lợi ích chủ sở hữu*”, và “*Đối với Singapore là một doanh nghiệp mà Chính phủ có ảnh hưởng quyết định*”⁷. Như vậy, trong Hiệp định này, cùng một khái niệm nhưng Hoa Kỳ và Singapore lại không có được sự thống nhất. Trong khi Hoa Kỳ căn cứ vào yếu tố sở hữu, thì Singapore tập trung vào sự ảnh hưởng của Chính phủ đối với doanh nghiệp để xác định một doanh nghiệp có phải là doanh nghiệp nhà nước hay không.

Tại chương XVII của Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP)⁸, khái niệm

⁴ OECD, Hướng dẫn của OECD về Quản trị công ty trong Doanh nghiệp nhà nước, OECD Publishing, 2005. Nguồn: <http://www.oecd.org/daf/ca/SOEGuidelinesVietnamese.pdf>, truy cập ngày 3/02/2017.

⁵ OECD, OECD Guidelines on Corporate Governance of State-owned Enterprises, OECD Publishing, 2015, tr. 15.

⁶ Hiệp định có hiệu lực từ ngày 01/01/2004. Nguồn: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/singapore-fta>, truy cập ngày 3/02/2017.

⁷ Nguồn: https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/singapore/asset_upload_file708_4036.pdf, truy cập ngày 3/02/2017.

⁸ Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP) được kí kết bởi 12 quốc gia khu vực Thái Bình Dương, bao gồm: Australia, Brunei Darussalam, Canada, Chi-lê, Nhật Bản, Malaysia, Mexico, New

“doanh nghiệp nhà nước” được xác định trên cơ sở hai yếu tố:

- Thứ nhất, là doanh nghiệp chủ yếu tham gia vào các hoạt động thương mại.

- Thứ hai, một trong các nước thành viên của TPP trực tiếp sở hữu hơn 50 % cổ phần, hoặc kiểm soát trên 50 % quyền biểu quyết thông qua lợi ích chủ sở hữu; hoặc giữ quyền chỉ định đa số thành viên Ban quản trị hoặc bất kì bộ máy quản lý tương đương khác.

So sánh với khái niệm “doanh nghiệp nhà nước” trong Hướng dẫn của OECD năm 2015 cũng như khái niệm của Hoa Kỳ trong Hiệp định thương mại tự do giữa Hoa Kỳ và Singapore có thể nhận thấy sự khác biệt: TPP căn cứ vào mức độ sở hữu của nhà nước đối với doanh nghiệp để xác định doanh nghiệp nhà nước. TPP cũng chỉ rõ tỉ lệ sở hữu nhà nước trong doanh nghiệp phải hơn 50 % cổ phần hoặc hơn 50 % quyền biểu quyết. Bên cạnh đó, căn cứ vào quyền bổ nhiệm thành viên, TPP cũng xác định những doanh nghiệp mà nhà nước giữ quyền chỉ định thành viên Ban quản trị hoặc bộ máy quản lý tương đương là doanh nghiệp nhà nước thuộc phạm vi điều chỉnh của Chương XVII Hiệp định. Cách tiếp cận về khái niệm “doanh nghiệp nhà nước” trong TPP khá tương đồng với cách tiếp cận

của OECD trong Hướng dẫn năm 2005. Trong khi đó, một ưu điểm đáng kể trong khái niệm “doanh nghiệp nhà nước” tại chương XVII của TPP là đã có một định nghĩa chung dành cho 12 nước thành viên chứ không phải theo 2 cách tiếp cận như trong Hiệp định thương mại tự do giữa Hoa Kỳ và Singapore.

Hiệp định thương mại tự do Việt Nam và Liên minh châu Âu (EVFTA)⁹ đã giải thích khái niệm “doanh nghiệp nhà nước” tại Điều 1.a Chương X. Theo đó, “doanh nghiệp nhà nước” là “một doanh nghiệp, bao gồm công ty con” mà nhà nước “trực tiếp hay gián tiếp sở hữu hơn 50% số vốn đăng ký hoặc quyền biểu quyết gắn liền với cổ phần do doanh nghiệp phát hành; hoặc có thể bổ nhiệm hơn nửa số thành viên của Ban Giám đốc doanh nghiệp hoặc một cơ quan tương đương; hoặc có thể thực hiện quyền kiểm soát trên những quyết định mang tính chiến lược của doanh nghiệp”. Tương tự như TPP, EVFTA cũng dựa trên cơ sở mức độ sở hữu vốn hoặc quyền biểu quyết và quyền bổ nhiệm thành viên để xác định doanh nghiệp nhà nước. Bên cạnh đó, EVFTA còn bổ sung thêm tiêu chí “quyền kiểm soát” các quyết định chiến lược của doanh nghiệp để xác định một doanh nghiệp thuộc sở hữu nhà nước.

Từ những phân tích trên có thể nhận thấy, khái niệm “doanh nghiệp nhà nước” trong các hiệp định thương mại tự do song

Zealand, Peru, Singapore, Hoa Kỳ và Việt Nam vào 4/2/2016. Tuy nhiên, ngày 30/1/2017, Hoa Kỳ đã gửi thông báo đến New Zealand, nước lưu chiều của TPP, và các nước kí kết TPP rằng Hoa Kỳ sẽ không trở thành thành viên của TPP. Ngày 16 tháng 3 năm 2017, đại diện cấp cao của 11 nước thành viên TPP đã có cuộc gặp gỡ tại Viña del Mar, Chi lê để thảo luận về tương lai của TPP bên lề Đối thoại Cấp cao về Sáng kiến hội nhập cho khu vực châu Á - Thái Bình Dương. Nguồn: <http://dfat.gov.au/trade/agreements/tpp/news/Pages/news.aspx>, truy cập ngày 03/02/2017.

⁹ Hiệp định thương mại tự do Việt Nam – EU (EVFTA) đã kết thúc đàm phán ngày 1/12/2015. Ngày 1/2/2016, văn bản hiệp định đã được công bố. Hiện nay, Việt Nam và EU đang tiến hành rà soát pháp lý để triển khai các thủ tục kí kết và phê chuẩn Hiệp định. Dự kiến EVFTA sẽ có hiệu lực từ năm 2018. Nguồn <http://portal.moit.gov.vn/fta/>, truy cập ngày 03/02/2017.

phương và đa phương hiện vẫn chưa được hiểu thống nhất. Nếu như trong các Hiệp định của WTO, thuật ngữ “*doanh nghiệp thương mại nhà nước*” chưa có những tiêu chí cụ thể để xác định; thì trong các Hiệp định thương mại tự do thế hệ mới, mà đặc biệt là TPP và EVFTA, các tiêu chí để xác định doanh nghiệp nhà nước đã được đưa ra một cách chi tiết và thống nhất. Nhìn chung các văn bản này đều dựa trên cơ sở mức độ sở hữu của nhà nước hoặc khả năng kiểm soát của nhà nước đối với tổ chức và hoạt động chính của doanh nghiệp để xác định doanh nghiệp nhà nước.

2. Khái niệm doanh nghiệp nhà nước trong pháp luật Việt Nam

Ở Việt Nam, trước khi Luật Doanh nghiệp năm 2014 được ban hành, khái niệm doanh nghiệp nhà nước được ghi nhận trong nhiều văn bản pháp luật với những cách hiểu khác nhau. Khái niệm này lần đầu tiên được ghi nhận tại Luật Doanh nghiệp Nhà nước năm 1995, theo đó, doanh nghiệp nhà nước là tổ chức kinh tế do nhà nước đầu tư vốn, thành lập và tổ chức quản lý, hoạt động kinh doanh hoặc hoạt động công ích nhằm thực hiện các mục tiêu kinh tế xã hội do nhà nước giao¹⁰. Doanh nghiệp nhà nước trong thời kỳ này có thể tồn tại dưới các hình thức: doanh nghiệp độc lập, tổng công ty, doanh nghiệp thành viên của tổng công ty¹¹. Tiếp đó, Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003 ra đời thay thế Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 1995 cũng đưa ra định nghĩa: “*Doanh nghiệp nhà nước là tổ chức kinh tế do Nhà nước sở hữu toàn bộ vốn điều lệ hoặc có cổ phần, vốn góp chi phối, được tổ chức dưới hình thức công ty nhà nước, công ty cổ*

phần, công ty trách nhiệm hữu hạn”¹². Như vậy, khái niệm “doanh nghiệp nhà nước” đã có sự thay đổi đáng kể. Nếu như theo Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 1995, chỉ những doanh nghiệp nhà nước thành lập và đầu tư vốn, do nhà nước quản lý hoàn toàn mới được coi là doanh nghiệp nhà nước, thì theo Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003, những doanh nghiệp không do nhà nước thành lập và đầu tư vốn nhưng nhà nước có cổ phần hoặc vốn góp chi phối cũng được coi là doanh nghiệp nhà nước. Doanh nghiệp nhà nước theo Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003 có thể tồn tại dưới nhiều hình thức như công ty nhà nước, công ty cổ phần hoặc công ty trách nhiệm hữu hạn.

Với mục đích hạn chế sự chồng chéo của các văn bản pháp luật, xây dựng một luật chung thống nhất về doanh nghiệp, Quốc hội đã ban hành Luật Doanh nghiệp năm 2005 thay thế cho Luật Doanh nghiệp năm 1999 và Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003. Theo khoản 1 Điều 166 Luật Doanh nghiệp năm 2005, các doanh nghiệp nhà nước đang hoạt động theo Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003 sẽ có 04 năm để chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc công ty cổ phần theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2005. Như vậy, trước khi việc chuyển đổi doanh nghiệp nhà nước hoàn thành thì doanh nghiệp nhà nước tồn tại dưới các mô hình theo cả hai luật là Luật Doanh nghiệp năm 2005 và Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003 bao gồm: Doanh nghiệp nhà nước (doanh nghiệp nhà nước độc lập, và tổng công ty nhà nước), công ty cổ phần nhà nước, công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước một thành viên,

¹⁰ Điều 1 Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 1995.

¹¹ Điều 2 Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 1995.

¹² Điều 1 Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003.

công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước hai thành viên trở lên; doanh nghiệp có cổ phần, vốn góp chi phối của nhà nước – là doanh nghiệp mà cổ phần hoặc vốn góp của Nhà nước chiếm trên 50% vốn điều lệ, nhà nước giữ quyền chi phối đối với doanh nghiệp.

Nhằm mục tiêu thống nhất các cách hiểu khác nhau về doanh nghiệp nhà nước cũng như phù hợp với sự thay đổi của tình hình mới, Luật Doanh nghiệp năm 2014 đã đưa ra một quy định thống nhất về doanh nghiệp nhà nước. Theo khoản 8 Điều 3 Luật Doanh nghiệp năm 2014, “doanh nghiệp nhà nước là doanh nghiệp do nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ”. Luật Doanh nghiệp năm 2014 chỉ căn cứ trên tỉ lệ sở hữu vốn để phân biệt giữa doanh nghiệp nhà nước và doanh nghiệp khác. Theo đó, chỉ những doanh nghiệp mà nhà nước sở hữu 100% vốn điều lệ mới được coi là doanh nghiệp nhà nước. Các doanh nghiệp mà nhà nước nắm cổ phần, vốn góp chi phối trước đây sẽ không còn tư cách doanh nghiệp nhà nước nữa mà được hoạt động độc lập với tư cách là các công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc công ty cổ phần¹³. Mặt khác, do nhà nước là nhà đầu tư duy nhất, nên nhà nước cũng là chủ thể duy nhất nắm quyền quyết định và chi phối các vấn đề về tổ chức và quản lý doanh nghiệp nhà nước mà không chia sẻ quyền lực đó cho các cá nhân, tổ chức khác. Theo Luật Doanh nghiệp năm 2014, doanh nghiệp nhà nước sẽ chỉ có một hình thức tổ chức duy nhất là công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do nhà nước làm chủ sở hữu bao gồm: các công ty mẹ của tập đoàn kinh tế nhà nước, công ty mẹ của tổng công ty nhà nước, công ty mẹ trong nhóm công ty mẹ - công ty con; công ty trách nhiệm hữu

hạn một thành viên độc lập do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ¹⁴. Theo Luật Doanh nghiệp năm 2014, doanh nghiệp nhà nước là một tổ chức kinh tế có tư cách pháp nhân, thực hiện hạch toán kinh doanh, có tài sản riêng và tự chịu trách nhiệm bằng tài sản đó về mọi hoạt động sản xuất kinh doanh của mình. Có thể nhận thấy, định nghĩa này đã thu hẹp phạm vi các doanh nghiệp nhà nước hơn rất nhiều so với Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003 và có nhiều điểm tương đồng với khái niệm doanh nghiệp nhà nước trong Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 1995.

Theo quan điểm của một số tác giả, cách hiểu mới về “doanh nghiệp nhà nước” trong Luật Doanh nghiệp năm 2014 là hợp lí và phù hợp với điều kiện thực tế khi Chính phủ đang trong giai đoạn tái cơ cấu các doanh nghiệp nhà nước để tổ chức lại nền kinh tế. Mặt khác, với các doanh nghiệp mà nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ, kể cả trường hợp vốn nhà nước chi phối, thì nhà nước chỉ tham gia với tư cách là một đồng chủ sở hữu, cổ đông của doanh nghiệp như các đồng chủ sở hữu, cổ đông khác và quản trị các doanh nghiệp này không có gì khác biệt.

Tuy nhiên, khi so sánh giữa khái niệm “doanh nghiệp nhà nước” theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014 với định nghĩa trong các hiệp định thương mại tự do mà Việt Nam là thành viên, đặc biệt là các hiệp định trong khuôn khổ WTO, TPP và EVFTA, có thể nhận thấy sự khác biệt đáng kể. Trong khi cả TPP và EVFTA đều chỉ yêu cầu về tỉ lệ sở hữu vốn hoặc cổ phần của nhà nước trên 50% là đủ để xác định

¹³ Khoản 2 Điều 88 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

¹⁴ Điều 2 Luật Quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào sản xuất kinh doanh tại doanh nghiệp năm 2014.

một doanh nghiệp là doanh nghiệp nhà nước, thì Luật Doanh nghiệp năm 2014 lại yêu cầu tỉ lệ này là 100%. Bên cạnh tiêu chí về sở hữu vốn, TPP và EVFTA còn yêu cầu thêm các yếu tố như “*quyền kiểm soát*” về Ban quản trị hoặc các quyết định chiến lược.

Sự khác biệt về khái niệm “*doanh nghiệp nhà nước*” trong quy định của pháp luật Việt Nam với các hiệp định thương mại tự do mà Việt Nam đã kí kết hoặc là thành viên sẽ tạo ra một số vướng mắc trong quá trình thi hành các cam kết quốc tế của Việt Nam, đặc biệt là các cam kết liên quan đến trợ cấp và các biện pháp chống trợ cấp. Xuất phát từ vai trò đặc biệt của doanh nghiệp nhà nước trong nền kinh tế, doanh nghiệp này vừa có thể là chủ thể được nhận các ưu đãi, trợ cấp của Chính phủ lại vừa có thể đóng vai trò là chủ thể trung gian để Chính phủ trao trợ cấp cho các doanh nghiệp khác. Thực tiễn giải quyết tranh chấp tại WTO đã cho thấy, trong một số trường hợp, các quốc gia đã xác định doanh nghiệp nhà nước là “*cơ quan công*” (*public body*) theo quy định của Hiệp định về Trợ cấp và các biện pháp đối kháng (Hiệp định SCM). Trong vụ US-AD & CVD (China), Cơ quan phúc thẩm đã xác định: “*Một cơ quan công theo quy định tại Điều 1.1(a)(1) của Hiệp định SCM phải là một thực thể sở hữu, thực thi hoặc được trao quyền của Chính phủ*”¹⁵. Đồng thời, trong báo cáo của mình, Cơ quan phúc thẩm đã viện dẫn đến khái niệm “*tu nhân*” (*private*) trong Oxford English Dictionary bao gồm: “*Dịch vụ hoặc doanh nghiệp được cung cấp hoặc sở hữu*

¹⁵ WTO Appellate Body Report, United States - Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China (US-AD & CVD (China)), WT/DS379/AB/R11, thông qua ngày 11/03/2011, đoạn 317.

bởi một cá nhân mà không phải nhà nước hoặc một cơ quan công”¹⁶. Vì vậy, doanh nghiệp nhà nước không phải là cơ quan tư nhân, bởi lẽ nhà nước luôn sở hữu vốn góp hoặc cổ phần trong các doanh nghiệp này¹⁷. Nếu có đủ căn cứ chứng minh chủ thể này “*sở hữu, thực thi hoặc được trao quyền của Chính phủ*” thì doanh nghiệp này sẽ được coi là “*cơ quan công*”; khi đó, những đóng góp về tài chính mà doanh nghiệp này trao cho doanh nghiệp khác có thể được coi là “*trợ cấp*” theo quy định tại Điều 1.1(a)(1) của Hiệp định SCM. Điểm đáng lưu ý trong vụ việc này là Cơ quan phúc thẩm đã xác định doanh nghiệp nhà nước không phải là “*cơ quan tư*” mà không cần xem xét đến tỉ lệ sở hữu vốn của nhà nước trong các doanh nghiệp đó. Tuy nhiên, Cơ quan phúc thẩm cũng khẳng định, tùy từng trường hợp và vụ việc cụ thể, doanh nghiệp nhà nước có thể bị xem là “*cơ quan công*” theo quy định của Điều 1.1.(a)(1) của Hiệp định SCM. Việc đặt ra yêu cầu 100% vốn nhà nước theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014 có thể khiến các doanh nghiệp có vốn nhà nước khác cũng như các cơ quan có thẩm quyền không cần trọng trong các hoạt động của mình và có thể trao các khoản trợ cấp bị cấm hoặc trợ cấp có thể đối kháng theo quy định của Hiệp định SCM. Trong khi đó, dù chưa có hiệu lực, nhưng sự khác biệt giữa khái niệm doanh nghiệp nhà nước trong TPP và EVFTA cũng là điểm cần xem xét để sửa đổi các quy định của pháp luật Việt

¹⁶ WTO Appellate Body Report, United States - Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China (US-AD & CVD (China)), WT/DS379/AB/R11, thông qua ngày 11/03/2011, đoạn 292.

¹⁷ Ru Ding, “Public Body” or Not: Chinese State-Owned Enterprise, *Journal of World Trade*, tr. 179.

Nam cho phù hợp với các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên. Trên cơ sở tham khảo quy định trong các Hiệp định thương mại tự do như TPP, EVFTA, cũng như kế thừa quy định tại Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003, khái niệm doanh nghiệp nhà nước có thể được định nghĩa như sau: “Doanh nghiệp nhà nước là doanh

ngiệp mà nhà nước có quyền kiểm soát thông qua sở hữu trên 50% vốn điều lệ hoặc quyền chỉ định hơn một nửa số thành viên của ban quản trị hoặc một cơ quan tương đương; hoặc có thể thực hiện quyền kiểm soát trên những quyết định mang tính chiến lược của doanh nghiệp”.

(Tiếp theo trang 35 – Bàn về thời điểm...)

nhưng C đã thanh toán xong tiền. Theo quy định tại khoản 2 Điều 129 của Bộ luật Dân sự năm 2015⁵, hợp đồng mua bán này vẫn có hiệu lực. Tuy vi phạm quy định về công chứng, nhưng bên mua đã thực hiện xong nghĩa vụ của mình. B khi bán nhà không vi phạm điều kiện về chủ thể và đối tượng của giao dịch, vì B đã là chủ sở hữu nhà ở và nhà đó có Giấy chứng nhận sở hữu nhà (Luật Nhà ở năm 2014 không quy định rõ Giấy chứng nhận phải ghi tên người bán và đây được coi là nhà ở hình thành trong tương lai theo khoản 2 Điều 108 Bộ luật Dân sự năm 2015).

Tình huống 2: A bị chủ nợ khởi kiện tại Tòa án. Cơ quan thi hành án xác định quyền sở hữu nhà ở đã chuyển cho B, nhưng quyền sử dụng đất ở vẫn thuộc về A (vì khoản 3 Điều 188 Luật Đất đai năm 2013 quy định hợp đồng có hiệu lực kể từ thời điểm hoàn tất thủ tục đăng ký), do Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà và quyền sử dụng đất vẫn ghi tên A nên Tòa án đề nghị kê biên quyền sử dụng đất ở đó để trả nợ cho chủ nợ của A.

Có thể nói, hướng giải quyết cho các trường hợp “xung đột” pháp luật như thế này là một vấn đề không dễ dàng. Như vậy, dù Luật Nhà ở năm 2014 lựa chọn thời điểm chuyển quyền sở hữu là thời điểm thanh toán đủ tiền hay thời điểm chuyển giao nhà ở thì quyền lợi của bên mua vẫn không được bảo vệ một cách trọn vẹn nếu chưa hoàn tất thủ tục đăng ký sang tên.

Từ những phân tích trên đây, chúng tôi cho rằng, Luật Nhà ở năm 2014 cần xác định thời điểm chuyển quyền sở hữu chung cho tất cả các giao dịch chuyển quyền sở hữu nhà ở là thời điểm đã hoàn tất thủ tục sang tên - đó là quy chế pháp lý chung cho tài sản là bất động sản và cũng để đảm bảo thống nhất với quy định của Luật Đất đai năm 2013 và Bộ luật Dân sự năm 2015. Đây cũng được coi là một trong những nhiệm vụ khi tiến hành rà soát, đối chiếu các quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 với các luật chuyên ngành để có hướng sửa đổi cho phù hợp. Có như vậy, việc giải quyết, xử lý các tình huống phát sinh trên thực tế mới đảm bảo sự thống nhất.

⁵ Giao dịch dân sự đã được xác lập bằng văn bản nhưng vi phạm quy định bắt buộc về công chứng, chứng thực mà một bên hoặc các bên đã thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ trong giao dịch thì theo yêu cầu của một bên hoặc các bên, Tòa án ra quyết định công nhận hiệu lực của giao dịch đó. Trong trường hợp này, các bên không phải thực hiện việc công chứng, chứng thực.

THỰC THI HIỆP ĐỊNH TẠO THUẬN LỢI THƯƠNG MẠI CỦA TỔ CHỨC THƯƠNG MẠI THẾ GIỚI TẠI VIỆT NAM

Nguyễn Ngọc Hà*

Tóm tắt: Hiệp định Tạo thuận lợi thương mại (TFA) của Tổ chức Thương mại thế giới vừa mới có hiệu lực. Là thành viên của tổ chức này, Việt Nam phải đảm bảo sự tương thích của hệ thống pháp luật trong nước với các quy định về tạo thuận lợi thương mại được nêu trong Hiệp định. Về cơ bản, quá trình cải cách thủ tục hành chính thời gian qua đã hoàn thiện pháp luật Việt Nam tương thích với Hiệp định, nhưng vẫn còn một số quy định chưa phù hợp. Do đó, Việt Nam cần tiếp tục sửa đổi hệ thống pháp luật trong nước và thực thi các biện pháp khác để có thể thực hiện nghĩa vụ theo Hiệp định này.

Abstract: The Trade Facilitation Agreement (TFA) of the World Trade Organization (WTO) has just come into effect. As a WTO member, Vietnam has to ensure the compatibility between its domestic laws and the TFA. In principle, thanks to its recent administrative reform, Vietnam's laws are, although some provisions are not, compatible with the TFA. Therefore, Vietnam needs to improve its laws and apply other measures to comply with the TFA.

1. Đặt vấn đề

Trải qua hơn 50 phiên đàm phán chính thức cùng với hàng trăm phiên trao đổi, thảo luận và làm việc nhóm¹, Hiệp định Tạo thuận lợi thương mại (Trade Facilitation Agreement, TFA) của Tổ chức Thương mại thế giới (WTO) đã được các Thành viên thống nhất thông qua tại Hội nghị Bộ trưởng Bali (Indonesia) tháng 12/2013².

Đến tháng 12/2014, các Thành viên WTO tiếp tục thông qua Nghị định thư sửa đổi Hiệp định thành lập WTO năm 1994 về việc đưa TFA vào phụ lục 1A về các hiệp định thương mại có giá trị ràng buộc đối với tất cả các Thành viên của WTO³. TFA có nội dung chủ yếu bao trùm các vấn đề về hải quan nhằm thúc đẩy và tạo thuận lợi cho hoạt động vận chuyển, thông quan, giải phóng hàng hóa xuất nhập khẩu, quá cảnh tại các cửa khẩu cũng như các biện pháp hợp tác giữa hải quan các nước và hỗ trợ kỹ thuật. Việc thực thi hiệp định sẽ tạo ra một động lực mới thúc đẩy thương mại hàng hóa

* TS., Khoa luật, Trường Đại học Ngoại thương.

¹ Centre du commerce international, *Accord de facilitation des échanges de l'OMC: Guide du commerce pour les pays en développement*, 2013, tr. 1-6, xem tại: [http://www.intracen.org/uploadedFiles/intracenorg/Content/Publications/C-Usersadeagbo/Desktop/FACILITATIONFRENCHWTO%20T%20\(1\).pdf](http://www.intracen.org/uploadedFiles/intracenorg/Content/Publications/C-Usersadeagbo/Desktop/FACILITATIONFRENCHWTO%20T%20(1).pdf), truy cập ngày 15/09/2016; Stephen Creskoff, "The WTO Trade Facilitation Negotiations – It's Time to Agree on Basic Principles", *Global Trade and Customs Journal*, 2008, vol. 3, n^o. 5, tr. 149 – 162.

² Xem nội dung của TFA tại: https://www.wto.org/english/tratop_e/tradfa_e/tradfa_e.htm, truy cập ngày 01/09/2016. Habib Gherari, "L'accord de l'OMC sur

la facilitation des échanges", *Journal du droit international (Clunet)*, 2015, n^o. 3, tr. 845 – 857.

³ The World Trade Organization, "World Trade report 2015", 2015, tr.33, xem tại: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/world_trade_report15_e.pdf, truy cập ngày 06/09/2016.

quốc tế, từ đó, mang lại lợi ích chung cho tất cả các Thành viên WTO⁴.

Việt Nam bắt đầu tham gia đàm phán tạo thuận lợi thương mại trong khuôn khổ của WTO từ năm 2008. Ngày 26/11/2015, Quốc hội Việt Nam đã thông qua Nghị quyết số 108/2015/QH13 phê chuẩn Nghị định thư năm 2014 và trở thành Thành viên thứ 54 của TFA. Có thể thấy, về khía cạnh chính trị và đối ngoại, việc phê chuẩn TFA phù hợp với đường lối và chính sách của Đảng và Nhà nước Việt Nam trong việc tích cực, chủ động hội nhập kinh tế quốc tế; góp phần nâng cao vị thế của Việt Nam trong khu vực và quốc tế. Đồng thời, điều này cũng thể hiện nỗ lực chung của Việt Nam hướng đến cải thiện môi trường đầu tư và kinh doanh, từ đó nâng cao năng lực cạnh tranh của nền kinh tế Việt Nam nói chung và của các doanh nghiệp nói riêng⁵.

Tính đến cuối 2016, gần 120 Thành viên WTO đã phê chuẩn Nghị định thư năm 2014⁶. Con số này không chỉ cho thấy sự quan tâm của các Thành viên đối với TFA,

mà còn giúp Hiệp định chính thức có hiệu lực từ ngày 22/02/2017⁷.

Cuối năm 2016, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Quyết định số 1969/QĐ-TTg ngày 13/10/2016 phê duyệt kế hoạch chuẩn bị và triển khai thực hiện TFA. Nói cách khác, Việt Nam đã thể hiện sự tích cực và chủ động của mình trong việc phê chuẩn và chuẩn bị các công việc để đảm bảo tuân thủ các nghĩa vụ trong TFA. Tuy nhiên, thực thi và đảm bảo sự tuân thủ các nghĩa vụ của TFA đối với Việt Nam không phải là điều dễ dàng, bởi một số quy định của TFA vượt quá khuôn khổ pháp lý hiện tại của Việt Nam về tạo thuận lợi thương mại. Ngoài ra, thực tiễn cũng cho thấy, giữa quyết tâm chính trị và quá trình triển khai thực hiện còn một khoảng cách khá lớn⁸.

Bài viết này tập trung làm rõ một số vấn đề pháp lý mà Việt Nam sẽ gặp phải trong quá trình thực thi TFA. Các vấn đề pháp lý chủ yếu liên quan đến việc lựa chọn phương thức thực thi TFA; xem xét sự tương thích của hệ thống pháp luật Việt Nam với các quy định của hiệp định; lựa chọn của Việt Nam khi đăng ký một số ít các biện pháp của TFA thuộc nhóm A; và một số đề xuất nhằm đảm bảo nghĩa vụ thực thi TFA của Việt Nam.

2. Cách thức thực thi Hiệp định Tạo thuận lợi thương mại của Việt Nam

Quốc gia có thể lựa chọn một trong hai cách thức để thực thi điều ước quốc tế:

⁴ Gary Hufbauer & Jeffrey Schott, *Payoff from the World Trade Agenda 2013*, Peterson Institute for International Economics, Report to the ICC Research Foundation, April 2013, tr. 11-16, xem tại: <https://piie.com/publications/papers/hufbauerschott20130422.pdf>, truy cập ngày 10/09/2016.

⁵ Xem các Nghị quyết số 19/NQ-CP của Chính phủ ngày 18/03/2014 về những nhiệm vụ, giải pháp chủ yếu cải thiện môi trường kinh doanh, nâng cao năng lực cạnh tranh quốc gia; Nghị quyết số 19/NQ-CP của Chính phủ ngày 12/03/2015 về những nhiệm vụ, giải pháp chủ yếu tiếp tục cải thiện môi trường kinh doanh, nâng cao năng lực cạnh tranh quốc gia hai năm 2015 – 2016.

⁶ Danh sách các Thành viên phê chuẩn TFA có thể xem tại: https://www.wto.org/english/tratop_e/tradfa_e/tradfa_agreeacc_e.htm, truy cập ngày 15/12/2016. Xem thêm phân tích trong: Nora Neufeld, "Implementing the Trade Facilitation Agreement: From Vision to Reality", WTO Working Paper ERSD-2016-14, 29 September 2016, tr. 5-8.

⁷ Xem thông tin về hiệu lực của Hiệp định này tại website của WTO, ở địa chỉ: <http://www.wto.org>.

⁸ Lê Kiên, "Thủ tướng nói đúng nhưng hệ thống có chuyển động không?", Tuổi trẻ Online, ngày 17/08/2016, xem tại: <http://tuoitre.vn/tin/ chinh-tri-xa-hoi/20160817/thu-tuong-noi-dung-nhung-he-tho-ng-co-chuyen-dong-khong/1156219.html>, truy cập ngày 15/09/2016.

Thực thi trực tiếp và thực thi gián tiếp. Với cách thức thực thi trực tiếp, quốc gia đó sẽ cho phép các tổ chức, cá nhân trong nước có quyền áp dụng trực tiếp các quy định của điều ước để điều chỉnh các quan hệ pháp luật thuộc phạm vi điều chỉnh của điều ước⁹. Ngược lại, với cách thức thực thi gián tiếp, quốc gia đó sẽ phải nội luật hóa các quy định của điều ước¹⁰.

Khoản 2 Điều 6 Luật Điều ước quốc tế năm 2016 quy định: “*Căn cứ vào yêu cầu, nội dung, tính chất của điều ước quốc tế, Quốc hội, Chủ tịch nước, Chính phủ khi quyết định chấp nhận sự ràng buộc của điều ước quốc tế đồng thời quyết định áp dụng trực tiếp toàn bộ hoặc một phần điều ước quốc tế đó đối với cơ quan, tổ chức, cá nhân trong trường hợp quy định của điều ước quốc tế đã đủ rõ, đủ chi tiết để thực hiện; quyết định hoặc kiến nghị sửa đổi, bổ sung, bãi bỏ hoặc ban hành văn bản quy phạm pháp luật để thực hiện điều ước quốc tế đó*”. Có thể thấy, với quy định này, Việt Nam sẽ áp dụng cả hai cách thức thực thi điều ước quốc tế nêu trên. Để được thực thi trực tiếp tại Việt Nam, một điều ước phải đảm bảo hai điều kiện về mặt nội dung và hình thức. Về mặt nội dung, điều ước quốc tế đó phải có nội dung đủ rõ ràng và chi tiết để có thể thực hiện được ngay mà không cần hướng dẫn áp dụng. Về mặt hình thức, quyết định về việc phê chuẩn hoặc phê duyệt điều ước đó phải quy định rõ về việc áp dụng trực tiếp.

⁹ Xem: Hoàng Phước Hiệp, “*Áp dụng trực tiếp điều ước quốc tế*”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 5(337), 2016, tr. 79.

¹⁰ Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình Luật Quốc tế*, Nxb. Công an Nhân dân, Hà Nội, 2006, tr. 102-103.

Với trường hợp của TFA, Nghị quyết số 108/2015/QH13 không có bất kỳ điều khoản nào quy định về việc áp dụng trực tiếp TFA¹¹. Vì vậy, TFA sẽ chỉ được thực thi ở Việt Nam theo cách thức gián tiếp. Điều này cũng phù hợp với quy định tại Điều XVI.4 của Hiệp định Marrakesh năm 1994, theo đó, bất kỳ Thành viên nào cũng sẽ phải đảm bảo sự tương thích giữa nội luật với các quy định trong các hiệp định của WTO. Vì vậy, để đảm bảo thực thi các nghĩa vụ của mình trong TFA, Việt Nam cũng phải xem xét và đánh giá lại hệ thống các quy phạm pháp luật trong nước về tạo thuận lợi thương mại, để đảm bảo các quy định đó có sự tương thích với các quy định của TFA.

3. Sự tương thích của pháp luật Việt Nam với các quy định của Hiệp định Tạo thuận lợi thương mại

Nội dung của TFA được chia thành ba phần lớn: Phần 1 với 12 điều khoản (Điều 1 đến Điều 12) gồm các quy định về nội dung tạo thuận lợi thương mại; Phần 2 với 10 điều khoản (Điều 13 đến Điều 22) gồm các quy định riêng biệt dành cho các Thành viên đang phát triển và kém phát triển; và Phần 3 với hai điều khoản quy định chung liên quan đến việc thực thi và hiệu lực của TFA. Việc đánh giá sự tương thích của pháp luật Việt Nam với TFA sẽ chủ yếu liên quan đến các quy định tại Phần 1.

3.1. Các quy định đã tương thích

¹¹ Ngoài ra, trong Tờ trình số 05/TTr-CTN của Chủ tịch nước ngày 22/09/2015 về việc phê chuẩn Nghị định thư sửa đổi Hiệp định thành lập WTO, Việt Nam cũng đã xác định cụ thể sẽ phải sửa đổi, bổ sung nhiều văn bản quy phạm pháp luật trong nước để đảm bảo sự tuân thủ TFA. Điều này cho thấy, cách thức thực thi gián tiếp đã được Việt Nam lựa chọn để thực thi TFA.

Cuối năm 2014, kết quả rà soát của Trung tâm WTO (thuộc Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam) đã cho thấy, việc nội luật các quy định của pháp luật Việt Nam về cơ bản có sự tương thích với các điều khoản của TFA. Điều 1.1 (về nghĩa vụ công bố), Điều 1.2 (nghĩa vụ đăng tải trên mạng thông tin điện tử một số thông tin hải quan nhất định), Điều 1.3 (nghĩa vụ về điểm hỏi đáp), Điều 2.1 (nghĩa vụ về tạo cơ hội góp ý trước khi văn bản có hiệu lực), Điều 2.2 (nghĩa vụ tham vấn giữa cơ quan biên giới và các chủ thể liên quan khác), Điều 3 (xác định trước), Điều 4 (các cơ chế về khiếu nại và khởi kiện), Điều 5 (nghĩa vụ thông báo kịp thời về hàng hóa tạm giữ để kiểm tra), Điều 6.1 và 6.3 (nghĩa vụ liên quan đến thu các khoản phí, lệ phí và xử phạt), Điều 7.1 (xử lý hồ sơ hải quan trước khi hàng đến), Điều 7.2 (thanh toán điện tử), Điều 7.3 (tách quyết định giải phóng hàng với quyết định về thuế, phí...), Điều 7.5 (kiểm tra sau thông quan), Điều 7.6 (thiết lập và công bố thời gian giải phóng hàng trung bình), Điều 9 (vận chuyển hàng hóa nhập khẩu dưới sự giám sát của hải quan), Điều 10.1 (rà soát để sửa đổi các quy định về thủ tục, chứng từ hải quan khi cần thiết), Điều 10.2 (chấp nhận các bản sao chứng từ), Điều 10.4 (cơ chế một cửa), Điều 10.5 (kiểm tra trước khi giao hàng), Điều 10.6 (đại lý hải quan), Điều 10.8 (xử lý hàng hóa vì không đáp ứng các tiêu chuẩn kỹ thuật và vệ sinh dịch tễ), Điều 10.9 (miễn thuế đối với hàng hóa tạm quản, hàng hóa sử dụng để gia công trong nước hoặc nước ngoài), Điều 11 (tự do quá cảnh)¹².

¹² Trung tâm WTO – Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam, *Báo cáo nghiên cứu: Rà soát pháp luật Việt Nam với cam kết trong Hiệp định Tạo thuận lợi thương mại trong WTO*, Hà Nội, 2015, tr. 7-8,

Cho đến nay, nhiều văn bản quy phạm pháp luật của Việt Nam tiếp tục được sửa đổi, bổ sung hoặc ban hành mới¹³. Điều này cho thấy, hệ thống pháp luật Việt Nam đã phù hợp hơn với TFA. Có thể kể đến các quy định liên quan đến khái niệm “xác định trước” tại Điều 3.9.a của TFA¹⁴, các quy định trong Điều 6.2 TFA với các biện pháp đặc biệt về phí và lệ phí¹⁵; Điều 7.3.5 của TFA về giải phóng các khoản bảo đảm¹⁶.

Như vậy, có thể thấy, Việt Nam sẽ có nhiều thuận lợi khi thực thi các nghĩa vụ trong hiệp định này.

3.2. Các quy định còn chưa tương thích

xem tại: http://www.trungtamwto.vn/sites/default/files/wto-center/attachments/ra_soat_plvn_thuc_thi_tfa.pdf, truy cập ngày 20/08/2016.

¹³ Có thể kể đến như Luật Hải quan năm 2014, Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015, Luật Phí và lệ phí năm 2015, Luật Thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu năm 2016, Luật Tiếp cận thông tin năm 2016, Luật Điều ước quốc tế năm 2016; Nghị định số 08/2015/NĐ-CP của Chính phủ ngày 21/01/2015 quy định chi tiết và biện pháp thi hành Luật Hải quan về thủ tục hải quan, kiểm tra, giám sát, kiểm soát hải quan; Nghị định số 68/2016/NĐ-CP của Chính phủ ngày 01/07/2016 quy định về điều kiện kinh doanh hàng miễn thuế, kho bãi, địa điểm làm thủ tục hải quan, tập kết, kiểm tra, giám sát hải quan; nhiều thông tư của Bộ Tài chính liên quan đến hải quan.

¹⁴ Xem định nghĩa về xác định trước được quy định tại khoản 26 Điều 4 của Luật Hải quan Việt Nam năm 2014.

¹⁵ Xem Điều 8 và 9 của Luật Phí và lệ phí năm 2015.

¹⁶ Xem Điều 43 Thông tư số 38/2015/TT-BTC của Bộ Tài chính ngày 25/03/2015 quy định về thủ tục hải quan, kiểm tra, giám sát hải quan, thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu và quản lý thuế đối với hàng hóa xuất khẩu, nhập khẩu; và Điều 22 của Thông tư số 184/2015/TT-BTC của Bộ Tài chính ngày 17/11/2015 quy định về thủ tục kê khai, bảo lãnh tiền thuế, thu nộp tiền thuế, tiền chậm nộp, tiền phạt, tiền phí, lệ phí, các khoản thu khác, đối với hàng hóa xuất khẩu, nhập khẩu, quá cảnh và phương tiện xuất cảnh, nhập cảnh, quá cảnh.

Pháp luật Việt Nam về tạo thuận lợi thương mại nói chung và về hải quan nói riêng còn một số quy định không tương thích với TFA.

Thứ nhất, về cơ chế hợp tác giữa các cơ quan quản lý tại cửa khẩu.

Điều 8 TFA quy định một Thành viên WTO phải có nghĩa vụ đảm bảo sự hợp tác, phối hợp và hài hòa hóa hoạt động giữa các cơ quan và đơn vị chịu trách nhiệm trong việc thuận lợi hóa kiểm tra hàng hóa tại biên giới. Vấn đề này cũng được Nghị định số 08/2015/NĐ-CP quy định tại Điều 33 về trách nhiệm và quan hệ phối hợp của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền tại cửa khẩu trong việc kiểm tra hàng hóa, phương tiện vận tải tại cửa khẩu. Tuy nhiên, việc chi tiết hóa cơ chế hợp tác và phối hợp giữa các cơ quan chịu trách nhiệm kiểm tra hàng hóa và phương tiện lại chưa được đề cập. Điều này khiến cho các quy định khác tại Điều 33 khó được triển khai. Dù trên thực tế, việc kiểm tra chuyên ngành tại một địa điểm duy nhất tại cửa khẩu đã được thử nghiệm ở một số địa phương, nhưng vẫn mang tính chất nhỏ lẻ¹⁷ và không diễn ra trên phạm vi toàn quốc; do đó, sẽ không đảm bảo được nghĩa vụ theo TFA.

Thứ hai, về một số nghĩa vụ theo Điều 7 TFA.

Điều 7 TFA là một trong những điều khoản quan trọng quy định trực tiếp những biện pháp liên quan đến tạo thuận lợi thương mại từ góc độ giải phóng và thông quan hàng hóa. Pháp luật Việt Nam còn một số điểm chưa tương thích với Điều 7 TFA, bao gồm:

¹⁷ Xem: Báo Hải quan, “Kiến nghị Chính phủ về kiểm tra chuyên ngành”, ngày 25/10/2016, tại: <http://www.baohaiquan.vn/Pages/Kien-ngghi-Chinh-phu-nhieu-noi-dung-ve-kiem-tra-chuyen-nganh.aspx>, truy cập ngày 01/11/2016.

- Các biện pháp tạo thuận lợi thương mại đối với doanh nghiệp ưu tiên được quy định tại Điều 7.7 của TFA: Các quy định về ưu tiên doanh nghiệp trong quá trình làm thủ tục hải quan đã được ghi nhận tại Luật Hải quan năm 2014 (Điều 42) và một số văn bản hướng dẫn, tuy nhiên, vẫn còn một số điểm chưa tương thích, cụ thể như sau: Một là, Điều 7.7.1 yêu cầu “một Thành viên có thể cung cấp các biện pháp tạo thuận lợi thương mại này thông qua các thủ tục hải quan thông thường dành cho tất cả các doanh nghiệp và không được yêu cầu thiết lập một chương trình riêng biệt”. Điều này có nghĩa, những biện pháp tạo thuận lợi thương mại mà một Thành viên dành cho các doanh nghiệp ưu tiên cũng có thể được áp dụng cho các doanh nghiệp khác không phải doanh nghiệp ưu tiên. Quy định này chưa được nội luật hóa trong pháp luật Việt Nam. Ngoài ra, các tiêu chí để xác định doanh nghiệp ưu tiên mà Luật Hải quan năm 2014 và Nghị định số 08/2015/NĐ-CP đưa ra khó có thể áp dụng được với các doanh nghiệp vừa và nhỏ của Việt Nam (nhất là tiêu chí về kim ngạch xuất, nhập khẩu¹⁸). Nói cách khác, nhóm các doanh nghiệp vừa và nhỏ của Việt Nam khó có thể được hưởng các biện pháp tạo thuận lợi thương mại dành cho các doanh nghiệp ưu tiên. Hai là, tiêu chí về an ninh chuỗi cung ứng là một trong những tiêu chí để xác định

¹⁸ Theo khoản 4 Điều 10 Nghị định số 08/2015/NĐ-CP, điều kiện về kim ngạch xuất khẩu, nhập khẩu để được coi là doanh nghiệp ưu tiên là: “a) Doanh nghiệp xuất khẩu, nhập khẩu đạt kim ngạch 100 triệu USD/năm; b) Doanh nghiệp xuất khẩu hàng hóa sản xuất tại Việt Nam đạt kim ngạch 40 triệu USD/năm; c) Doanh nghiệp xuất khẩu hàng hóa là nông sản, thủy sản sản xuất hoặc nuôi trồng tại Việt Nam đạt kim ngạch 30 triệu USD/năm; d) Đại lý thủ tục hải quan: số tờ khai làm thủ tục hải quan trong năm đạt 20.000 tờ khai/năm (...)”.

doanh nghiệp ưu tiên được khuyến nghị theo Điều 7.7 của TFA¹⁹. Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam lại không có những quy định liên quan đến vấn đề này. Như vậy, nếu Việt Nam quyết định sử dụng tiêu chí an ninh chuỗi cung ứng, việc thiếu vắng quy định này sẽ gây khó khăn cho việc tuân thủ Điều 7.7 TFA.

- *Các biện pháp về xử lý nhanh các lô hàng được quy định tại Điều 7.8 TFA:* Đây là những biện pháp liên quan đến các lô hàng được gửi thông qua con đường chuyển phát nhanh. Về vấn đề này, Bộ Tài chính đã ban hành Thông tư số 191/2015/TT-BTC ngày 24/11/2015 quy định thủ tục hải quan đối với hàng hóa xuất khẩu, nhập khẩu, quá cảnh gửi qua dịch vụ chuyển phát nhanh quốc tế; trong đó, các hàng hóa được chia thành ba nhóm: Hàng hóa là tài liệu, chứng từ không có giá trị thương mại; hàng hóa nhập khẩu được miễn thuế trong định mức theo quy định hiện hành hoặc hàng hóa xuất khẩu có giá trị dưới 5 triệu đồng, trừ nhóm hàng hóa phải có giấy phép xuất khẩu, nhập khẩu hoặc thuộc đối tượng phải kiểm tra chuyên ngành; và các hàng hóa khác²⁰. Các biện pháp tạo thuận lợi thương mại chỉ được áp dụng đối với hai nhóm hàng hóa đầu tiên mà không được áp dụng cho các hàng hóa thuộc nhóm thứ ba²¹. Nói cách khác, đối với hàng hóa thuộc nhóm thứ ba, sẽ áp dụng các thủ tục hải quan thông thường theo quy định trong Thông tư 38/2015/TT-BTC²², và do đó, Việt Nam sẽ không thể tuân thủ các

nghĩa vụ được ghi nhận tại Điều 7.8.2 của TFA. Ngoài ra, pháp luật Việt Nam cũng thiếu các quy định liên quan đến sự phối hợp giữa các cơ quan chuyên ngành trong lĩnh vực kiểm tra, thông quan và giải phóng hàng hóa được gửi qua dịch vụ chuyển phát nhanh. Điều này có thể làm cho các biện pháp về tạo thuận lợi thương mại dành cho các nhóm hàng này không phát huy được hiệu quả.

- *Các biện pháp dành cho hàng hóa dễ hư hỏng được quy định tại Điều 7.9 và việc đo thời gian giải phóng hàng hóa trung bình tại Điều 7.6 TFA:* Luật Hải quan năm 2014 và các văn bản hướng dẫn đều chưa có bất kỳ quy định nào liên quan đến các biện pháp tạo thuận lợi thương mại dành cho hàng hóa dễ hư hỏng cũng như về đo, công bố thời gian giải phóng hàng hóa trung bình.

Thứ ba, về nghĩa vụ liên quan đến kiểm định lần thứ hai (tái kiểm định).

Đây là nghĩa vụ được quy định tại Điều 5.3 của TFA²³. Pháp luật Việt Nam cho phép người khai hải quan có thể “yêu cầu cơ quan hải quan kiểm tra lại thực tế hàng hóa đã kiểm tra, nếu không đồng ý với quyết định của cơ quan hải quan trong trường hợp hàng hóa chưa được thông quan”²⁴. Như vậy, người khai hải quan có

²³ Điều 5.3 TFA quy định: “3.1. Một Thành viên phải, theo yêu cầu, cho phép tái kiểm định trong trường hợp kết quả kiểm định đầu tiên của mẫu hàng hóa được mang tới ngay khi hàng hóa đến để nhập khẩu có kết quả khác.

3.2. Một Thành viên phải hoặc là công bố, theo cách dễ tiếp cận và không phân biệt đối xử, tên và địa chỉ của các phòng thí nghiệm có thể thực hiện kiểm định lại hoặc cung cấp thông tin này cho nhà nhập khẩu khi có cơ hội theo Điều 3.1.

3.3. Một Thành viên phải xem xét kết quả kiểm định lại, nếu có, thực hiện theo khoản 3.1, trong quá trình giải phóng và thông quan hàng hóa, và nếu phù hợp, có thể chấp nhận kết quả kiểm định lại”.

²⁴ Điều d khoản 1 Điều 18 Luật Hải quan năm 2014.

¹⁹ Xem Điều 7.7.2(iv) của TFA.

²⁰ Điều 6 Thông tư 191/2015/TT-BTC của Bộ Tài chính ngày 24/11/2015 quy định thủ tục hải quan đối với hàng hóa xuất khẩu, nhập khẩu, quá cảnh gửi qua dịch vụ chuyển phát nhanh quốc tế.

²¹ Xem các Điều 9, 10 và 11 của Thông tư 191/2015/TT-BTC.

²² Điều 11 Thông tư 191/2015/TT-BTC.

thể yêu cầu tái kiểm định nếu không đồng ý với kết quả kiểm định mà cơ quan hải quan đưa ra. Điều này cho thấy, người khai hải quan không thể yêu cầu tái kiểm định trong trường hợp không đồng ý với kết quả kiểm định của các cơ quan kiểm tra chuyên ngành. Ngoài ra, Thông tư số 44/2001/TT-BKHCNMT của Bộ Khoa học, Công nghệ và Môi trường (nay là Bộ Khoa học và Công nghệ) ngày 25/07/2001 hướng dẫn hoạt động kiểm tra hàng hóa của các đơn vị sự nghiệp kỹ thuật phục vụ quản lý nhà nước đã bị bãi bỏ mà chưa có văn bản thay thế²⁵; dẫn đến danh mục các phòng thí nghiệm có thể được sử dụng để tái kiểm định hàng hóa không được công bố. Tất cả những điểm không tương thích này sẽ khiến Việt Nam không thể thực hiện một cách đầy đủ các nghĩa vụ được đưa ra trong Điều 5.3 của TFA.

Thứ tư, về nghĩa vụ hợp tác hải quan.

Nghĩa vụ về hợp tác hải quan được quy định cụ thể tại Điều 12 của TFA, với mục đích tăng cường sự hợp tác giữa các cơ quan hải quan hướng đến tạo thuận lợi hơn nữa cho các dòng hàng hóa xuất khẩu, nhập khẩu. Vấn đề hợp tác hải quan đã được Việt Nam ghi nhận trong Luật Hải quan năm 2014 và một số hiệp định hợp tác hải quan ký kết với các quốc gia khác²⁶. Tuy nhiên,

²⁵ Xem Quyết định số 2543/QĐ-BKHCN của Bộ Khoa học và Công nghệ ngày 29/09/2015 về việc bãi bỏ văn bản quy phạm pháp luật.

²⁶ Như các Hiệp định về hợp tác và hỗ trợ hành chính lẫn nhau trong lĩnh vực hải quan giữa Chính phủ Việt Nam với Hàn Quốc (năm 1995), Mông Cổ (2003), Belarus (năm 2008), Ucraina (2010) và Nga (2010); Các thỏa thuận hỗ trợ và hợp tác giữa Bộ Tài chính Việt Nam với Bộ Tài chính và Kinh tế Peru (2011), với Bộ Năng lượng Hoa Kỳ (2010); các Thỏa thuận hợp tác và hỗ trợ lẫn nhau trong lĩnh vực hải quan giữa Tổng cục Hải quan Việt Nam và hải quan các nước Trung Quốc (năm 1993), Campuchia (năm

có thể thấy, quy định tại Điều 6 của Luật Hải quan năm 2014 chưa thể hiện rõ yêu cầu được nêu ra tại Điều 12 TFA, nhất là quy định về xác minh tại Điều 12.3, về yêu cầu tại Điều 12.4, về bảo vệ và bảo mật thông tin tại Điều 12.5, về cung cấp thông tin tại Điều 12.6 và về hoãn hoặc từ chối một yêu cầu tại Điều 12.7. Ngoài ra, nghĩa vụ hợp tác hải quan mà TFA hướng tới không chỉ liên quan đến một hay một số Thành viên của WTO mà là tất cả các Thành viên của tổ chức này. Do đó, việc thực hiện tốt nghĩa vụ hợp tác giữa hải quan Việt Nam với hải quan của các Thành viên còn lại sẽ là một nhiệm vụ khó có thể thực thi được “một sớm, một chiều”.

Ngoài ra, pháp luật Việt Nam cũng còn một số điểm không tương thích khác với TFA như khái niệm “người khai hải quan” tại Điều 3.9.c, nghĩa vụ liên quan đến việc từ chối xác định trước tại Điều 3.2, nghĩa vụ về cung cấp địa chỉ các website chứa các thông tin về thủ tục hải quan tại Điều 1.4...

4. Các cam kết nhóm A của Việt Nam

Theo quy định tại Điều 14 TFA, với các Thành viên đang phát triển và kém phát triển, có thể chia thành ba nhóm từ Điều 1 đến Điều 12 TFA: Nhóm A bao gồm các quy định mà các Thành viên đó phải thực hiện ngay khi hiệp định có hiệu lực; nhóm B bao gồm các quy định chỉ phải thực thi sau thời gian chuyển đổi; và nhóm C bao gồm các quy định mà các Thành viên đang và kém phát triển chỉ thực thi sau thời gian chuyển đổi và nhận được các trợ giúp kỹ thuật²⁷.

2007), Pháp (2009), New Zealand (năm 2010), Australia (năm 2010), Italia (năm 2012), Sudan (2012), Argentina (2012), Cuba (2013)...

²⁷ Xem thêm Điều 14 TFA và: Centre du commerce international, tldd, tr. 25.

Với tư cách là quốc gia đang phát triển, Việt Nam cũng được hưởng những biện pháp đối xử đặc biệt và khác biệt nêu trên. Do đó, Việt Nam đã thông báo tới Ủy ban

lâm thời về tạo thuận lợi thương mại của WTO các cam kết thuộc nhóm A của mình. Các cam kết này bao gồm (xem bảng 1):

Bảng 1: Các cam kết nhóm A của Việt Nam

STT	Điều, khoản	Tên cam kết
1	1.3	Điểm giải đáp
2	1.4	Thông báo
3	2.1	Cơ hội góp ý và thông tin trước thời điểm có hiệu lực
4	2.2	Tham vấn
5	4.1	Quyền khiếu nại hoặc khiếu kiện
6	6.1	Quy định chung về phí và lệ phí phải thu hoặc có liên quan đến xuất khẩu và nhập khẩu và xử phạt
7	6.2	Quy định cụ thể đánh vào phí và lệ phí hoặc liên quan đến nhập khẩu và xuất khẩu
8	7.8	Các lô hàng được xử lý nhanh
9	9	Vận chuyển hàng hóa dưới sự giám sát hải quan đối với nhập khẩu
10	10.1	Các yêu cầu về thủ tục và chứng từ
11	10.2	Chấp nhận bản sao
12	10.6	Sử dụng Đại lý hải quan
13	10.7	Các thủ tục quản lý biên giới và yêu cầu chứng từ chung
14	11.1-3	Phí quá cảnh, Quy định, và Thủ tục
15	11.4	Quá cảnh tăng cường không phân biệt đối xử

(Nguồn: WTO – Preparatory Committee on Trade Facilitation, Notification of category A commitments under the Agreement on Trade Facilitation, Communication from Vietnam, 31 July 2014, WT/PCTF/N/VNM/1, tr. 1-2)

Từ bảng trên, có thể thấy, các cam kết nhóm A của Việt Nam chỉ liên quan đến 15 biện pháp được quy định trong TFA. Con số này rất nhỏ so với các biện pháp mà pháp luật Việt Nam đã tương thích. Điều này cho thấy sự thận trọng nhất định của Việt Nam trước những cam kết sâu hơn. Ngoài ra, việc có nhiều quy định tương thích cũng không đảm bảo quá trình thực thi hiệu quả, cũng như không giúp Việt Nam có thể đảm bảo các nghĩa vụ của mình, từ đó, tránh khỏi bị

khởi kiện theo cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO.

Tuy nhiên, nếu so sánh với một số Thành viên WTO trong khu vực ASEAN (như Singapore, Indonesia, Malaysia và Thái Lan), việc lựa chọn một số ít các biện pháp thuộc nhóm A trong TFA có thể khiến cho quá trình tạo thuận lợi thương mại của Việt Nam so với các nước đó diễn ra chậm hơn, từ đó tác động bất lợi đến quá trình cải cách thủ tục hành chính và nâng cao sức cạnh tranh của nền kinh tế (xem bảng 2).

Bảng 2: Các cam kết nhóm A của các nước ASEAN

STT	Thành viên	Số lượng các cam kết nhóm A	Điều khoản tương ứng trong TFA
1	Brunei	5	Các điều 1.2 ; 4 ; 7.6 ; 7.7 và 10.4
2	Lào	13	Các điều 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 4, 5.1, 5.2, 6.2, 7.1, 9, 10.5, 10.6 và 10.7
3	Indonesia	3	Các điều 6.3, 7.1 và 10.6
4	Malaysia	43	Tất cả các điều thuộc phần I, trừ Điều 7.8 và 11.9.
5	Philippines	28	Các điều 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 2.1, 3, 4, 5.2, 5.3, 6.1, 6.2, 6.3, 7.1, 7.3, 7.4, 7.6, 7.7, 7.8, 7.9, 9, 10.2, 10.3, 10.5, 10.6, 10.7, 10.9, 11, 12.
6	Singapore	45	Tất cả các điều của phần I TFA
7	Thái Lan	36	Tất cả các điều của phần I TFA, trừ các điều 4.4, 5.3, 6.3.4, 7.1.1, 11.1, 11.8, 11.9, 12.2 và 12.6.1.

(Nguồn: Tác giả tổng hợp từ website của WTO)

5. Một số kiến nghị

Để đảm bảo việc thực thi các nghĩa vụ trong TFA của Việt Nam, tác giả đề xuất một số kiến nghị như sau:

Thứ nhất, tiếp tục hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam.

Do hệ thống pháp luật Việt Nam còn một số điểm chưa tương thích với TFA, nên Việt Nam cần tiếp tục hoàn thiện các quy định này. Cần sửa đổi khái niệm “người khai hải quan” tại khoản 14 Điều 4 Luật Hải quan năm 2014; sửa đổi Điều 24 Nghị định số 08/2015/NĐ-CP ghi nhận các tiêu chí về từ chối xác định trước được nêu ra tại Điều 3.2 của TFA; sửa đổi Điều 30 Nghị định 08/2015/NĐ-CP về việc tái kiểm định áp dụng trong trường hợp người khai hải quan không đồng ý với kết quả kiểm định của các cơ quan quản lý chuyên ngành; đưa ra các quy định liên quan đến thiết lập và công bố thời gian thông quan trung bình được ghi nhận tại Điều 7.6 của TFA; đưa ra các quy định cho phép thông quan nhanh đối với hàng hóa dễ hư hỏng theo Điều 7.9 của

TFA; ban hành cơ chế phối hợp giữa các cơ quan quản lý chuyên ngành tại biên giới dưới dạng một quyết định của Thủ tướng Chính phủ...

Thứ hai, bổ sung các cam kết nhóm A của Việt Nam.

Vì các quy định thuộc nhóm A mà Việt Nam đã thông báo tới WTO không tương xứng với các quy định pháp luật trong nước, nên Việt Nam cần xem xét để sửa đổi thông báo các cam kết nhóm A của mình nhằm mục đích đưa thêm các cam kết mới. Ngày 13/10/2016, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Quyết định số 1969/QĐ-TTg về phê duyệt kế hoạch chuẩn bị và triển khai thực hiện Hiệp định tạo thuận lợi thương mại của WTO. Trong kế hoạch này, Thủ tướng cũng đã chỉ rõ cần “rà soát các cam kết thuộc nhóm A (...) để có điều chỉnh các quy định tương ứng”²⁸. Điều này cho thấy, trong trường hợp cần thiết, Việt Nam có thể bổ

(Xem tiếp trang 75)

²⁸ Xem điểm a khoản 3 Điều 1 của Quyết định này.

THU HỒI ĐẤT VÙNG PHỤ CẬN ĐỂ ĐẤU GIÁ QUYỀN SỬ DỤNG ĐẤT THỰC HIỆN DỰ ÁN THEO LUẬT ĐẤT ĐAI NĂM 2013

Nguyễn Quang Thành*

Tóm tắt: Bài viết tập trung làm rõ thực tiễn thực hiện thu hồi đất vùng phụ cận để đấu giá quyền sử dụng đất theo Luật Đất đai năm 2013 và đề xuất một số giải pháp đối với các vướng mắc trong quá trình thực hiện thu hồi đất.

Abstract: This article focuses on clarification of the practice of taking back adjacent land plots for project-based land use right auction under the Law on Land of 2013. It then male proposals to solve relevant shortcomings.

Thu hồi đất trong vùng phụ cận được quy định lần đầu tiên tại điểm d, khoản 4 Điều 39 và điểm c, khoản 4 Điều 40 Luật Đất đai năm 2013. Theo đó, trong khi lập kế hoạch sử dụng đất cấp tỉnh, kế hoạch sử dụng đất hàng năm của cấp huyện thì đối với các dự án hạ tầng kỹ thuật, xây dựng, chỉnh trang đô thị, khu dân cư nông thôn cần phải đồng thời xác định vị trí, diện tích đất thu hồi trong vùng phụ cận để đấu giá quyền sử dụng đất thực hiện dự án nhà ở, thương mại, dịch vụ, sản xuất, kinh doanh. Sau hơn ba năm triển khai thực hiện, công tác thu hồi đất vùng phụ cận đã có một số kết quả nhất định, tuy nhiên, cũng tồn tại một số hạn chế.

1. Đánh giá việc thực hiện các quy định về thu hồi đất vùng phụ cận của Luật Đất đai năm 2013

1.1. Những kết quả đạt được

Việc quy định thu hồi phần diện tích đất vùng phụ cận của các dự án hạ tầng kỹ thuật, xây dựng, chỉnh trang khu đô thị, khu dân cư nông thôn theo quy định hiện hành

để đấu giá quyền sử dụng đất thực hiện các loại dự án như thương mại, dịch vụ, nhà ở... đã đem lại những kết quả nhất định, đặc biệt là tại các đô thị lớn.

Thứ nhất, về lợi ích kinh tế: Quyền sử dụng đất được xem là một loại quyền tài sản¹, do đó nó có thể được tham gia vào các giao dịch dân sự, trong đó có hình thức đấu giá; theo đó, cơ quan nhà nước có thẩm quyền công khai chọn nhà đầu tư đủ tiềm lực về tài chính và trình độ kỹ thuật để tiến hành giao đất hoặc cho thuê đất, thực hiện các dự án trên phần đất vùng phụ cận được thu hồi. Tiền thu được từ việc giao đất hoặc cho thuê đất² sẽ tiếp tục được tái đầu tư cho cơ sở hạ tầng kỹ thuật của dự án chỉnh trang, xây dựng khu đô thị, khu dân cư nông thôn, góp phần phát triển kinh tế - xã hội của địa phương. Với cách làm này, Nhà nước tạo tiền đề để thực hiện vốn hóa đất đai, tối đa hóa lợi nhuận từ đất cũng như

¹ Điều 115 Bộ luật Dân sự năm 2015.

² Nguyễn Ngọc Điện, *Một số vấn đề về đấu giá quyền sử dụng đất và kiến nghị cụ thể đối với dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi)*, Hội thảo đóng góp ý kiến về dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi), TP. Hồ Chí Minh, 2013, tr. 2.

* Trường Chính trị tỉnh Đồng Tháp.

điều tiết quỹ đất hiện có, chuyển đất đai đến người sử dụng đất tốt nhất³.

Thứ hai, tạo tiền đề thu hút đầu tư vào các dự án tại địa phương. Có thể thấy, từ trước đến nay, khâu thu hồi đất và giải phóng mặt bằng để tạo ra quỹ đất sạch tiêu tốn của các nhà đầu tư không ít thời gian và tiền bạc. Do vậy, với quy định cơ quan nhà nước có thẩm quyền chủ động thu hồi đất vùng phụ cận để đấu giá quyền sử dụng đất thực hiện dự án cùng với các quy định về thu hồi đất nói chung giúp nhà đầu tư tiếp cận với quỹ đất sạch và triển khai dự án thuận lợi hơn⁴.

Thứ ba, góp phần cải thiện về mỹ quan đô thị, hạn chế các công trình “siêu mông”, “siêu méo”⁵. Theo quy định pháp luật hiện hành, trong 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 Ủy ban nhân dân cấp tỉnh nơi có đất thu hồi, cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định thu hồi hoặc người sử dụng đất được tiếp tục sử dụng phần diện tích đất còn lại theo quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất⁶. Đây được xem là quy định kế thừa Nghị định số 197/2004/NĐ-CP ngày 03/12/2004 của

Chính phủ về bồi thường, hỗ trợ và tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất⁷. Tuy nhiên, thực tế đa số hộ dân có đất bị thu hồi đều muốn giữ lại phần diện tích còn lại, bởi ở các đô thị lớn như Hà Nội, Tp. Hồ Chí Minh thì “tác đất, tác vàng”. Chính vì vậy, các trường hợp coi nói, xây dựng mới nhà ở trái phép để tận dụng “đất mặt tiền” tại một số thành phố như hiện nay là điều không thể tránh khỏi. Do đó, quy định về việc thu hồi cả phần diện tích đất vùng phụ cận công trình hạ tầng kỹ thuật, dự án chỉnh trang, xây dựng khu đô thị, khu dân cư nông thôn là một giải pháp để giải quyết tình trạng này.

1.2. Một số tồn tại, hạn chế

Theo Viện Nghiên cứu định cư, dân số đô thị tại Việt Nam đến năm 2020 sẽ là 70.840.000 người⁸. Do đó, có khả năng xảy ra một cuộc khủng hoảng đô thị ở nước ta bởi sự tồn tại của ba nghịch lý trong quá trình đô thị hóa là: (i) Đô thị hóa xảy ra trước công nghiệp hóa; (ii) Hạ tầng kỹ thuật đi sau làn sóng lao động nhập cư và (iii) Thôn tính đất vành đai xanh ngoại vi để liên

³ Trần Thị Minh Châu, *Vốn hóa đất đai trong nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2013, tr. 16.

⁴ Cụ thể, xem thêm: Phan Trung Hiền, Phạm Duy Thanh, *Cơ chế tạo quỹ đất sạch để thu hút đầu tư - Kinh nghiệm tại thành phố Cần Thơ (sách chuyên khảo)*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2015, tr. 55-58.

⁵ Cụ thể, xem thêm: Minh Loan, *Nhà siêu mông, siêu méo tiền tỷ ở Thủ đô: Không biết bao giờ xử lý xong*, Báo điện tử VTV, 2016, <http://vtv.vn/trong-nuoc/nha-sieu-mong-sieu-meo-tien-ty-o-thu-do-khong-biet-bao-gio-xu-ly-xong-20160709235055032.htm>, truy cập ngày 11/01/2017.

⁶ Điều 4 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.

⁷ Khoản 1 Điều 14 quy định: Trường hợp diện tích đất ở còn lại của người sử dụng đất 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 Viện Nghiên cứu Định cư, *Dự thảo luận chứng khoa học về sử dụng tài nguyên đất với định cư đô thị và nông thôn*, Trang tin điện tử Liên hiệp các Hội Khoa học và Kỹ thuật Việt Nam, <http://www.vusta.vn/vi/news/Trao-doi-Thao-luan/Du-thao-luan-chung-khoa-hoc-ve-su-dung-tai-nguyen-dat-voi-dinh-cu-do-thi-va-nong-thon-18368.html>, truy cập ngày 11/01/2017.

tục bành trướng đô thị⁹. Đứng trước nhu cầu phát triển bền vững và hạn chế nguy cơ khủng hoảng đô thị, việc quy định thu hồi đất vùng phụ cận các dự án hạ tầng kỹ thuật, chỉnh trang, xây dựng khu đô thị, khu dân cư nông thôn là vô cùng cần thiết. Tuy nhiên, do vấn đề này lần đầu tiên được Luật Đất đai năm 2013 quy định nên khó tránh khỏi khó khăn, hạn chế trong quá trình triển khai thực hiện.

Thứ nhất, hiện nay vẫn còn thiếu các văn bản dưới luật hướng dẫn chi tiết các quy định có liên quan đến thu hồi đất vùng phụ cận để đấu giá quyền sử dụng đất thực hiện dự án, dẫn đến một số vấn đề có liên quan đến thu hồi đất vùng phụ cận chưa được làm rõ. Ví dụ, tỷ lệ diện tích đất vùng phụ cận so với diện tích của dự án chính là bao nhiêu? Ranh giới để xác định vùng phụ cận, vùng dự án và các vùng lân cận xung quanh được xác định như thế nào? Điều kiện về quy mô của dự án hạ tầng kỹ thuật, chỉnh trang và xây dựng khu đô thị, khu dân cư nông thôn được tiến hành thu hồi thêm diện tích đất vùng phụ cận?... Việc thiếu các quy định hướng dẫn cụ thể gây khó khăn cho các địa phương triển khai thực hiện; đồng thời, có thể dẫn đến việc áp dụng không thống nhất, gây lãng phí tài nguyên đất đai.

Thứ hai, việc cho phép thu hồi đất vùng phụ cận để đấu giá quyền sử dụng đất thực hiện các loại dự án nhà ở, thương mại, dịch vụ, sản xuất, kinh doanh liệu có vi hiến? Khoản 3 Điều 54 Hiến pháp năm 2013 quy định: “*Nhà nước thu hồi đất do tổ chức, cá nhân đang sử dụng trong trường hợp thật cần thiết do luật định vì mục đích quốc phòng, an ninh; phát triển kinh tế - xã hội vì*

lợi ích quốc gia, công cộng. Việc thu hồi đất phải công khai, minh bạch và được bồi thường theo quy định của pháp luật”; đồng thời, để cụ thể hóa, Luật Đất đai năm 2013 quy định bốn trường hợp Nhà nước thu hồi đất, bao gồm: (i) Thu hồi đất vì mục đích quốc phòng, an ninh; (ii) Thu hồi đất để phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng; (iii) Thu hồi đất do vi phạm pháp luật về đất đai và (iv) Thu hồi đất do chấm dứt việc sử dụng đất theo pháp luật, tự nguyện trả lại đất, có nguy cơ đe dọa tính mạng con người¹⁰. Như vậy, quy định cho phép thu hồi đất vùng phụ cận để đấu giá quyền sử dụng đất thực hiện dự án của Luật Đất đai hiện hành mở rộng hơn so với Hiến pháp? Theo tác giả, việc thu hồi đất vùng phụ cận như hiện nay không vi hiến, tuy nhiên, cách ghi nhận như trong Luật Đất đai 2013 là chưa rõ ràng, dễ gây hiểu nhầm phát sinh thêm một trường hợp thu hồi đất mà khoản 1 Điều 16 Luật chưa quy định. Bởi, như đã phân tích, thu hồi đất vùng phụ cận mang lại nhiều lợi ích, góp phần thực hiện mục tiêu phát triển kinh tế - xã hội, hướng đến lợi ích quốc gia và cộng đồng, do đó, thu hồi đất vùng phụ cận vẫn thuộc một trong các trường hợp quy định tại khoản 1 Điều 16 của Luật Đất đai năm 2013 (cụ thể là điểm a).

Thứ ba, vấn đề bồi thường, hỗ trợ cho người có đất bị thu hồi trong vùng phụ cận chưa mang lại hiệu quả lâu dài. Theo quy định về hỗ trợ đào tạo, chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc làm đối với trường hợp Nhà nước thu hồi đất tại các điều 20, 21 Nghị định số 47/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014, việc hỗ trợ này chủ yếu được thực hiện bằng tiền mà chưa có chính sách hướng dẫn sử dụng tiền hỗ trợ đó cho hợp lý nên không

⁹ Cụ thể, xem thêm: Nguyễn Đình Bông (chủ biên), *Quản lý đất đai ở Việt Nam (1945-2010)*, Nxb. Chính trị quốc gia - Sự thật, Hà Nội, 2012, tr. 169-171.

¹⁰ Khoản 1, Điều 16 Luật Đất đai năm 2013.

đạt hiệu quả như mong đợi. Ngoài ra, vấn đề tái định cư cũng gặp không ít khó khăn. Điều 85 Luật Đất đai năm 2013 quy định: “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”. Tuy nhiên, trong quá trình triển khai thực hiện, cuộc sống người dân tại nhiều khu tái định cư vô cùng khó khăn do cơ sở hạ tầng chưa đồng bộ. Ngoài ra, trong các dự án tái định cư cũng chưa chú ý đến phong tục, tập quán của từng vùng miền. Ví dụ, tại đồng bằng sông Cửu Long, tập quán người dân thường sống ven sông ngòi, kênh rạch để thuận lợi cho việc sinh hoạt, tưới tiêu, nuôi trồng thủy sản; do đó, việc xây dựng các cụm, tuyến dân cư cách xa khu vực sông ngòi đã gây khó khăn cho đời sống người dân.

2. Một số giải pháp

Thu hồi đất vùng phụ cận để đấu giá quyền sử dụng đất thực hiện dự án là quy định cần thiết trong bối cảnh phát triển đô thị tại Việt Nam hiện nay. Một mặt, ngân sách Nhà nước có thêm nguồn vốn để tái đầu tư vào cơ sở hạ tầng đô thị; mặt khác, góp phần chỉnh trang lại về mỹ quan tại các khu đô thị lớn. Tuy nhiên, để triển khai việc thu hồi đất trong vùng phụ cận theo Luật Đất đai năm 2013 đạt hiệu quả, cần thực hiện đồng bộ một số giải pháp sau đây:

Một là, cần có hướng dẫn cụ thể đối với việc thu hồi đất vùng phụ cận. Mặc dù thu hồi đất vùng phụ cận và thu hồi đất nói chung có nhiều điểm tương đồng về trình tự, thủ tục, phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất, tuy nhiên, cần làm rõ và xác định “vùng phụ cận” để tránh trường hợp thu hồi tràn lan,

kém hiệu quả về kinh tế, hạn chế các dự án “treo” tồn tại như nhiều năm qua.

Hai là, xây dựng cơ chế, chính sách thu hút nhà đầu tư tham gia đấu giá thực hiện dự án tại các vùng phụ cận đã được thu hồi. Quyết định của nhà đầu tư đối với một dự án bị chi phối bởi nhiều yếu tố, trong đó có thời gian. Chính vì vậy, để tạo cơ hội cho các nhà đầu tư tham gia khai thác quỹ đất sạch đã được thu hồi, Nhà nước cần cải cách quy trình và thủ tục hành chính về đầu tư, xây dựng và đất đai tiến bộ, hợp lý cũng như hiệu quả hơn.

Ba là, chính sách bồi thường, hỗ trợ, tái định cư cần hướng đến lợi ích lâu dài, quan tâm đến phong tục, tập quán định cư của từng vùng miền. Việc bồi thường, hỗ trợ cho người dân có đất bị thu hồi nên kèm theo kế hoạch hướng dẫn chuyển đổi nghề nghiệp, tìm kiếm việc làm, giúp người dân có đất bị thu hồi nhanh chóng ổn định đời sống, từ đó góp phần hạn chế các khiếu kiện, khiếu nại kéo dài.

Bốn là, cần có sự phối hợp giữa các cấp và ban ngành, giữa chính quyền địa phương của các tỉnh, thành trên cả nước trong quy hoạch đô thị, quy hoạch sử dụng đất. Việc xây dựng và thực hiện chính sách cần hướng tới kết nối cơ sở hạ tầng giao thông công cộng với các dự án xây dựng khu đô thị mới; kết nối các công trình công cộng với các khu tái định cư...

Năm là, tăng cường kiểm tra, giám sát và xử lý nghiêm các hành vi vi phạm pháp luật. Để làm được điều đó, quá trình phân cấp, phân quyền tại các địa phương phải rõ ràng, cụ thể để xác định trách nhiệm pháp lý các bên liên quan. Đồng thời, xây dựng cơ chế để người dân thực sự tham gia vào quá trình Nhà nước thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư tại các dự án.

QUYỀN SỬ DỤNG ĐẤT CỦA PHỤ NỮ THEO PHÁP LUẬT ĐẤT ĐAI HIỆN HÀNH

*Nguyễn Thị Nga**
*Lê Thị Ngọc Mai***

Tóm tắt: Bài viết phân tích việc ghi nhận quyền của phụ nữ trong lĩnh vực đất đai theo pháp luật hiện hành, chỉ ra những rào cản trong thực tiễn thực hiện những quyền này; đồng thời, đề xuất một số kiến nghị.

Abstract: This article analyses the recognition women's rights in the field of land under current land laws. It then points out obstacles in practice and makes some recommendations.

1. Quyền của người phụ nữ trong lĩnh vực đất đai theo pháp luật đất đai hiện hành

Hiến pháp 2013 tại Chương II về quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân đã ghi nhận và xác lập quyền bình đẳng của công dân nam và nữ trong mọi lĩnh vực của đời sống xã hội về chính trị, dân sự, kinh tế. Điều 26 Hiến pháp yêu cầu nhà nước, xã hội và gia đình tạo điều kiện để người phụ nữ phát triển toàn diện, phát huy vai trò của mình trong xã hội cũng như nghiêm cấm phân biệt đối xử về giới tính¹. Cùng với đó, Luật Bình đẳng giới năm 2006 cũng quy định về nguyên tắc bình đẳng giới trong các lĩnh vực của đời sống xã hội và gia đình, các biện pháp bảo đảm

và trách nhiệm của các cơ quan, tổ chức, gia đình, cá nhân trong việc thực hiện bình đẳng giới².

Hiện thực hóa các quy định của Hiến pháp 2013 và theo Luật Bình đẳng giới 2006 về quyền bình đẳng giữa nam và nữ, Luật Đất đai 2013 đã có nhiều quy định thể hiện rõ quyền của người phụ nữ trong lĩnh vực đất đai. Sự ghi nhận này không chỉ thể hiện quyền bình đẳng về tài sản là quyền sử dụng đất giữa vợ và chồng, giữa nam và nữ, mà còn chú trọng tới cơ chế để đảm bảo thực thi trên thực tế.

* PGS.TS., Khoa Pháp luật Kinh tế, Trường Đại học Luật Hà Nội.

** Th.S., Khoa Pháp luật Kinh tế, Trường Đại học Luật Hà Nội.

¹ Điều 26 Hiến pháp 2013 quy định:

1. Công dân nam, nữ bình đẳng về mọi mặt. Nhà nước có chính sách bảo đảm quyền và cơ hội bình đẳng giới.
2. Nhà nước, xã hội và gia đình tạo điều kiện để phụ nữ phát triển toàn diện, phát huy vai trò của mình trong xã hội.
3. Nghiêm cấm phân biệt đối xử về giới.

² - Điều 6 Luật Bình đẳng giới 2006 quy định về các nguyên tắc bình đẳng giới:

1. Nam, nữ bình đẳng trong các lĩnh vực của đời sống xã hội và gia đình.
2. Nam, nữ không bị phân biệt đối xử về giới.

...

6. Thực hiện bình đẳng giới là trách nhiệm của cơ quan, tổ chức, gia đình, cá nhân.

- Điều 7 Luật Bình đẳng giới 2006 quy định về chính sách của Nhà nước về bình đẳng giới:

1. Bảo đảm bình đẳng giới trong mọi lĩnh vực chính trị, kinh tế, văn hoá, xã hội và gia đình; hỗ trợ và tạo điều kiện cho nam, nữ phát huy khả năng, có cơ hội như nhau để tham gia vào quá trình phát triển và thụ hưởng thành quả của sự phát triển.

Thứ nhất, được Nhà nước trao quyền sử dụng đất hợp pháp.

Điều 4 Luật Đất đai 2013 quy định “Đất đai thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước đại diện chủ sở hữu và thống nhất quản lý. Nhà nước trao quyền sử dụng đất cho người sử dụng đất theo quy định của Luật này”. Khoản 2 Điều 5 quy định về Người sử dụng đất, trong đó gồm “**Hộ gia đình, cá nhân trong nước**”. Theo đó, quyền sử dụng đất có thể được Nhà nước trao quyền cho cá nhân là nam hoặc là nữ với tư cách là chủ thể tham gia độc lập vào quan hệ đất đai nếu họ đáp ứng đầy đủ các điều kiện theo quy định của pháp luật, mà không có bất kỳ sự phân biệt nào. Các phương thức trao quyền sử dụng đất của Nhà nước cho người sử dụng đất phổ biến hiện nay bao gồm: Giao đất không thu tiền, giao đất có thu tiền, thuê đất trả tiền một lần cho toàn bộ thời gian thuê, thuê đất trả tiền hàng năm³... cũng

³ - Điều 54. Giao đất không thu tiền sử dụng đất Nhà nước giao đất không thu tiền sử dụng đất trong các trường hợp sau đây:

1. Hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối được giao đất nông nghiệp trong hạn mức quy định tại Điều 129 của Luật này.

- Điều 55. Giao đất có thu tiền sử dụng đất Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất trong các trường hợp sau đây:

1. Hộ gia đình, cá nhân được giao đất ở.

- Điều 56. Cho thuê đất

1. Nhà nước cho thuê đất thu tiền thuê đất hàng năm hoặc thu tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê trong các trường hợp sau đây:

a) Hộ gia đình, cá nhân sử dụng đất để sản xuất nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối;

b) Hộ gia đình, cá nhân có nhu cầu tiếp tục sử dụng đất nông nghiệp vượt hạn mức được giao quy định tại Điều 129 của Luật này;

c) Hộ gia đình, cá nhân sử dụng đất thương mại, dịch vụ; đất sử dụng cho hoạt động khoáng sản; đất sản xuất vật liệu xây dựng, làm đồ gốm; đất cơ sở sản xuất phi nông nghiệp;

cho thấy, Nhà nước ghi nhận quyền và cơ hội tiếp cận quyền sử dụng đất ngang nhau giữa nam và nữ.

Thứ hai, được đứng tên trên giấy chứng nhận quyền sử dụng đất.

Khoản 4 Điều 98 về nguyên tắc cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất quy định: “*Trường hợp quyền sử dụng đất hoặc quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất hoặc quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất là tài sản chung của vợ và chồng thì phải ghi cả họ, tên vợ và họ, tên chồng vào Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất, trừ trường hợp vợ và chồng có thỏa thuận ghi tên một người. Trường hợp quyền sử dụng đất hoặc quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất hoặc quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất là tài sản chung của vợ và chồng mà Giấy chứng nhận đã cấp chỉ ghi họ, tên của vợ hoặc chồng thì được cấp đổi sang Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất để ghi cả họ, tên vợ và họ, tên chồng nếu có yêu cầu*”.

Như vậy, Luật Đất đai 2013 đã kế thừa quy định hợp lý của Luật Đất đai 2003 về việc ghi nhận quyền bình đẳng giữa vợ và chồng trong việc đứng tên trên Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản gắn liền với đất với tư cách người sử dụng đất độc lập hoặc đồng sử dụng đất⁴.

d) Hộ gia đình, cá nhân sử dụng đất để xây dựng công trình công cộng có mục đích kinh doanh;

⁴ Khoản 3 Điều 48 Luật Đất đai 2003 quy định: Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất được cấp theo từng thửa đất.

Điều 99 Luật Đất đai 2013 cũng quy định về các trường hợp được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất mà không có sự phân biệt giới tính của người được cấp.

Trong trường hợp quyền sử dụng đất phát sinh trong thời kỳ hôn nhân thì trên Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất phải ghi tên của cả vợ và chồng. Quy định này nhằm đảm bảo quyền lợi của người phụ nữ được ngang bằng với người chồng đối với quyền sử dụng đất được tạo ra trong thời kỳ hôn nhân. Ở khía cạnh khác, khi đã ghi nhận là tài sản chung thì cả vợ và chồng đều có quyền quyết định ngang nhau đối với quyền sử dụng đất đó. Mọi hoạt động khai thác, sử dụng và định đoạt quyền sử dụng đất, mọi giao dịch liên quan tới quyền sử dụng đất như: Chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, thế chấp, góp vốn, tặng cho quyền sử dụng đất... đều phải có sự đồng ý, chấp thuận của cả vợ và chồng. Bất kỳ quyết định nào từ phía người chồng, không có sự bàn bạc, thống nhất ý chí của người vợ đối với quyền sử dụng đất đều bị coi là trái pháp luật, không được Nhà nước thừa nhận và bảo vệ.

Đối với trường hợp quyền sử dụng đất, quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất là tài sản chung của vợ và chồng mà Giấy chứng nhận đã cấp chỉ ghi họ, tên của vợ hoặc của chồng, thì được yêu cầu cấp đổi Giấy chứng nhận để ghi cả họ, tên vợ và họ, tên chồng. Đây là quy định nhằm giải quyết hậu quả do thói quen, phong tục, tập quán đã tồn tại từ

lâu tồn vinh vai trò của người chồng trong gia đình.

Thứ ba, được đăng ký biến động quyền sử dụng đất trên Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản gắn liền với đất.

Để thống nhất giữa pháp luật đất đai và pháp luật về hôn nhân gia đình, Luật Đất đai 2013 quy định quy trình và thủ tục về đăng ký biến động trong trường hợp chuyển quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản gắn liền với đất của vợ hoặc chồng thành tài sản chung của vợ chồng. Theo đó, người phụ nữ có quyền thay đổi thông tin trên Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất khi Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất đã cấp chỉ đứng tên người chồng, mà trước đó là tài sản riêng được hình thành trước thời kỳ hôn nhân hoặc hình thành trong thời kỳ hôn nhân nhưng người chồng được thừa kế riêng, được tặng cho riêng, và nay người chồng đồng ý sáp nhập vào tài sản chung của vợ chồng. Việc nhập tài sản riêng của vợ, chồng vào tài sản chung được quy định tại Điều 46 Luật Hôn nhân và gia đình 2014⁵. Sau khi có thỏa thuận hợp nhất quyền sử dụng đất vào khối tài sản chung của vợ chồng, các chủ thể phải thực hiện các thủ tục đăng ký biến động quyền sử dụng đất trên Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản gắn liền với đất tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Hồ sơ và quy trình, thủ tục được quy định cụ thể tại Điều 79 Nghị định 43/2014/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành

Trường hợp quyền sử dụng đất là tài sản chung của vợ và chồng thì Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất phải ghi cả họ, tên vợ và họ, tên chồng.

⁵ Điều 46. Nhập tài sản riêng của vợ, chồng vào tài sản chung quy định:

1. Việc nhập tài sản riêng của vợ, chồng vào tài sản chung được thực hiện theo thỏa thuận của vợ chồng.

một số điều của Luật Đất đai. Sau quy trình này thì tên của người vợ mới chính thức được ghi nhận cùng với tên của người chồng trên Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà và tài sản gắn liền với đất. Dù mang tính chất thủ tục hành chính song đây là quy định cần thiết và khách quan để thể hiện một cách trọn vẹn nhất, đầy đủ nhất quyền ngang bằng của vợ và chồng đối với quyền sử dụng đất chung.

Thứ tư, được bình đẳng trong việc hưởng quyền và thực hiện các nghĩa vụ pháp lý trước cơ quan nhà nước có thẩm quyền và các chủ thể khác khi tham gia vào quan hệ pháp luật đất đai.

Luật Đất đai hiện hành không có bất kỳ quy định nào phân biệt và hạn chế quyền của người phụ nữ so với các chủ thể khác khi tham gia vào quan hệ đất đai. Theo đó, là chủ thể của quan hệ pháp luật đất đai và với tư cách là chủ thể sử dụng đất, người phụ nữ được hưởng các quyền chung mà Nhà nước đảm bảo cho tất cả các chủ thể sử dụng đất như: Quyền được cấp chứng thư pháp lý về quyền sử dụng đất hợp pháp, được bảo hộ các thu nhập hợp pháp từ đất; được Nhà nước bù đắp những tổn thất, thiệt hại khi Nhà nước thu hồi đất và bảo đảm các quyền khác trên cơ sở quyền công dân như: Quyền khiếu nại, quyền tố cáo, quyền khởi kiện khi có hành vi xâm hại tới quyền sử dụng đất của mình⁶. Bên cạnh đó, với tư

cách là chủ thể sử dụng đất, người phụ nữ cũng phải thực hiện các nghĩa vụ trước Nhà nước và các chủ thể khác như: Phải sử dụng đất đúng với mục đích, tuân thủ nghiêm ngặt về độ cao, chiều sâu trong lòng đất và bảo vệ môi trường, thực hiện đầy đủ các nghĩa vụ tài chính trong quá trình sử dụng đất, tuân thủ nghiêm minh các quyết định thu hồi đất của Nhà nước, và các quy trình, thủ tục tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền khi chuyển quyền sử dụng đất cho chủ thể khác⁷.

2. Những rào cản trên thực tế đối với việc thực hiện quyền của người phụ nữ trong lĩnh vực đất đai và một số đề xuất, kiến nghị

5. Được Nhà nước bảo hộ khi người khác xâm phạm quyền, lợi ích hợp pháp về đất đai của mình.

6. Được bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất theo quy định của Luật này.

7. Khiếu nại, tố cáo, khởi kiện về những hành vi vi phạm quyền sử dụng đất hợp pháp của mình và những hành vi khác vi phạm pháp luật về đất đai.

⁷ Điều 170 Luật Đất đai 2013 quy định nghĩa vụ chung của người sử dụng đất:

1. Sử dụng đất đúng mục đích, đúng ranh giới thửa đất, đúng quy định về sử dụng độ sâu trong lòng đất và chiều cao trên không, bảo vệ các công trình công cộng trong lòng đất và tuân theo các quy định khác của pháp luật có liên quan.

2. Thực hiện kê khai đăng ký đất đai; làm đầy đủ thủ tục khi chuyển đổi, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, thừa kế, tặng cho quyền sử dụng đất; thế chấp, góp vốn bằng quyền sử dụng đất theo quy định của pháp luật.

3. Thực hiện nghĩa vụ tài chính theo quy định của pháp luật.

4. Thực hiện các biện pháp bảo vệ đất.

5. Tuân theo các quy định về bảo vệ môi trường, không làm tổn hại đến lợi ích hợp pháp của người sử dụng đất có liên quan.

6. Tuân theo các quy định của pháp luật về việc tìm thấy vật trong lòng đất.

7. Giao lại đất khi Nhà nước có quyết định thu hồi đất, khi hết thời hạn sử dụng đất mà không được cơ quan nhà nước có thẩm quyền gia hạn sử dụng.

⁶ Điều 166 Luật Đất đai 2013 quy định quyền chung của người sử dụng đất bao gồm:

1. Được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất.

2. Hưởng thành quả lao động, kết quả đầu tư trên đất.

3. Hưởng các lợi ích do công trình của Nhà nước phục vụ việc bảo vệ, cải tạo đất nông nghiệp.

4. Được Nhà nước hướng dẫn và giúp đỡ trong việc cải tạo, bồi bổ đất nông nghiệp.

Có thể thấy, các quy định của pháp luật đất đai hiện hành đã thể chế hóa và đảm bảo cơ bản quyền bình đẳng của người phụ nữ. Tuy nhiên, thực tiễn thực hiện các quyền của họ vẫn còn nhiều bất cập. Cụ thể:

Thứ nhất, khi tài sản chung của vợ chồng là quyền sử dụng đất nhưng 2 bên thỏa thuận chỉ đứng tên của vợ hoặc chồng.

Khoản 4 Điều 98 Luật Đất đai 2013 quy định: Quyền sử dụng đất là tài sản chung của vợ và chồng thì phải ghi cả họ, tên vợ và họ, tên chồng vào Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất, trừ trường hợp vợ và chồng có thỏa thuận ghi tên một người.

Trên thực tế, quy định này có thể được hiểu theo 2 cách sau:

Một là, việc cho phép thỏa thuận giữa vợ và chồng về việc đứng tên một người (vợ, hoặc chồng) trên Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở, và tài sản khác gắn liền với đất như quy định tại khoản 4 Điều 98 chỉ thuần túy là việc thay mặt hai vợ chồng để chỉ một người vợ, hoặc chồng đứng tên, còn thực chất, quyền sử dụng đất vẫn là tài sản chung của vợ và chồng; mọi giao dịch về thủ tục hành chính liên quan đến quyền sử dụng đất hay việc định đoạt đối với quyền sử dụng đất đó vẫn cần sự đồng ý và ký tên của cả hai vợ, chồng trên tất cả các thủ tục, giấy tờ có liên quan đến đất đó.

Hai là, việc cho phép thỏa thuận quyền sử dụng đất của vợ và chồng chỉ đứng tên một người là sự xác nhận việc đưa tài sản chung là quyền sử dụng đất của hai vợ chồng thành tài sản riêng của vợ, hoặc chồng. Theo Điều 46 Luật Hôn nhân và gia

đình, vợ và chồng được quyền thỏa thuận chuyển quyền tài sản riêng thành tài sản chung của vợ chồng, do đó, không lý do gì để nghiêm cấm việc thỏa thuận chuyển từ tài sản chung thành tài sản riêng của vợ hoặc chồng.

Việc chưa thống nhất được hai cách hiểu khác nhau này đã và đang là rào cản cho địa phương khi thực hiện các giao dịch về chuyển quyền sử dụng đất. Có địa phương yêu cầu bắt buộc quyền sử dụng đất được tạo ra trong thời kỳ hôn nhân phải có ý kiến đồng ý của cả hai vợ chồng và cùng ký tên trong các giao dịch chuyển quyền sử dụng đất. Song có địa phương lại cho phép vợ, hoặc chồng đã đứng tên trên Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất có quyền định đoạt và quyết định các giao dịch mà không cần sự đồng ý của người còn lại.

Chúng tôi đồng thuận với cách hiểu thứ hai vì, nếu chỉ dừng lại ở việc thỏa thuận ai là người đứng tên trên Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất thì quyền này chỉ mang tính hình thức, mà không có nhiều ý nghĩa do không có sự thay đổi về quyền và nghĩa vụ của vợ, chồng trước và sau khi thỏa thuận. Sự thỏa thuận về đứng tên một người trên Giấy chỉ thực sự có ý nghĩa, có tác động làm thay đổi địa vị pháp lý của người được đứng tên theo nghĩa tạo cho họ được toàn quyền quyết định đối với quyền sử dụng đất. Theo đó, nếu thỏa thuận người vợ đứng tên trên Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, người vợ sẽ có toàn quyền khai thác, sử dụng và định đoạt đối với quyền sử dụng đất đó mà không phải có ý kiến của người chồng. Quy định này mới thể hiện sự tôn trọng quyền tự do, thỏa thuận và thống nhất ý chí của vợ và chồng.

Sự thỏa thuận giữa vợ và chồng về việc đứng tên riêng của vợ hoặc chồng trên Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất phải đảm bảo không trái pháp luật và đạo đức xã hội. Mọi sự thỏa thuận nhằm tẩu tán tài sản, trốn tránh thực hiện nghĩa vụ tài sản hoặc sự thỏa thuận chỉ là hình thức do người vợ bị ép buộc thì thỏa thuận đó sẽ vô hiệu, việc đứng tên một người (vợ, hoặc chồng) vẫn không được thừa nhận và theo đó, quyền sử dụng đất vẫn là tài sản chung của vợ và chồng.

Với những phân tích trên, chúng tôi cho rằng, Luật Đất đai cần sửa đổi, bổ sung theo hướng ghi nhận và quy định rõ thỏa thuận của vợ và chồng đối với tài sản chung là quyền sử dụng đất ở cả hai khía cạnh: (1) Thỏa thuận về đứng tên một người (vợ, hoặc chồng) đại diện đứng tên trên Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất; (2) Thỏa thuận cho phép hoặc vợ hoặc chồng được quyền thay mặt cả hai định đoạt đối quyền sử dụng đất là tài sản chung của vợ chồng.

Thứ hai, ảnh hưởng của phong tục, tập quán đến việc thực hiện quy định cấp giấy chứng nhận ghi tên cả hai vợ chồng.

Tập tục truyền thống vẫn còn tác động, chi phối đến cách suy nghĩ, hành xử của một bộ phận nhân dân. Ở nông thôn thường đất đai của gia tộc chỉ chia cho con trai, đặc biệt là con trai trưởng để lo phần hương hỏa. Con gái khi đi lấy chồng không được bố mẹ để cho đất, cũng không được gia đình nhà chồng cho đất mới. Dù biết là bất công nhưng rất ít phụ nữ dám đứng lên đòi hỏi quyền của mình⁸. Theo báo cáo Khảo sát

Quyền tiếp cận đất của phụ nữ do nhóm An ninh lương thực, giảm nghèo và Tổ chức quốc tế chống đói nghèo tại Việt Nam Actionaid thực hiện cho thấy, 5 năm sau khi Luật Đất đai 2003 có hiệu lực, việc quy định bắt buộc phải ghi tên đầy đủ cả vợ và chồng trên Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất trong trường hợp quyền sử dụng đất là tài sản chung không đạt kết quả khả quan. Tại Hòa Bình, Lai Châu, Vĩnh Long vẫn có trên 90% Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất mang tên một người (phần lớn là tên người chồng)⁹. Theo kết quả nghiên cứu “Tiếp cận đất đai của phụ nữ trong xã hội Việt Nam đương đại” do UNDP tài trợ, tỷ lệ phụ nữ đứng tên chủ quyền đất ở và các loại đất khác thấp hơn so với nam giới và nông thôn thấp hơn đô thị. Cụ thể, tỷ lệ người đứng tên trên Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất: 44/% là chồng, 22% là hai vợ chồng, 19,7% là vợ, 7,4% là người khác và 6,9% là đứng tên bố mẹ¹⁰. Theo số liệu điều tra cơ bản về gia đình Việt Nam năm 2002¹¹ cho thấy: 79,7% hộ gia đình ở đồng bằng và 82,1% hộ gia đình ở trung du - miền núi do nam giới làm chủ hộ đứng tên chủ sở hữu nhà ở và đất ở.

Thứ ba, việc đăng ký biến động ghi bổ sung tên của người phụ nữ trên Giấy chứng

[%E2%80%93tu-goc-nhin-dong-bang-bac-bo.aspx](#), truy cập ngày 10/3/2017.

⁹ Anh Đức – Thông tấn xã Việt Nam: “Bảo đảm quyền lợi phụ nữ trong Luật Đất đai”, <http://thuvienphapluat.vn/tintuc/vn/thoi-su-phap-luat/nha-dat/7212/bao-dam-quyen-loi-phu-nu-trong-luat-dat-dai>, truy cập ngày 10/3/2017.

¹⁰ <http://diendancongchung.com/chi-tiet-ho-tro/366>.

¹¹ Lê Ngọc Văn, Nguyễn Linh Khiếu, Đỗ Thị Bình, Số liệu điều tra cơ bản về gia đình Việt Nam và người phụ nữ trong gia đình thời kỳ công nghiệp hoá, hiện đại hoá (khu vực phía bắc), Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 2002, tr. 79.

⁸ <https://luatminhkhue.vn/tin-tuc/tac-dong-cua-phong-tuc-tap-quan-doi-voi-viec-thuc-hien-binh-dang-gioi->

nhận quyền sử dụng đất gặp nhiều khó khăn.

Trước đây, Luật Đất đai 2003 không quy định bắt buộc quyền sử dụng đất là tài sản chung của vợ chồng phải đứng tên của cả vợ và chồng trên Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, nên phần lớn Giấy chứng nhận đã cấp trước thời điểm này chỉ đứng tên người chồng. Nay theo quy định của Luật Đất đai hiện hành, người vợ thực hiện việc kê khai, đăng ký biến động tên mình trên Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất chỉ mang tên người chồng, nhưng gặp phải rất nhiều khó khăn. Nguyên nhân của rào cản lớn này là từ phía chồng và gia đình chồng do rào cản nhận thức và tâm lý, đặc biệt ở các vùng nông thôn. Báo cáo của Actionaid năm 2015 về kết quả thực hiện đăng ký biến động nhằm ghi thêm người vợ trên Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, tiến hành tại xã Thượng Yên Công, thành phố Uông Bí của tỉnh Quảng Ninh năm 2015 đạt hiệu quả không cao. Cụ thể, tổng số toàn xã có 1190 hộ, qua quá trình vận động thì kết quả người vợ được đứng tên cùng với chồng trên Giấy chứng nhận chỉ đạt 384 hộ, người chồng đứng tên 806 hộ, tức số phụ nữ có tên trong Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất chỉ đạt 32%¹².

Từ những rào cản phân tích ở trên, để đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp cho

người phụ nữ trong lĩnh vực đất đai, cần thực hiện một số biện pháp sau:

Một là, đẩy mạnh và thực hiện nghiêm chỉnh việc cấp mới, cấp đổi Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất và đăng ký biến động quyền sử dụng đất nhằm đảm bảo quyền của người phụ nữ được đứng tên trên giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà và tài sản gắn liền với đất theo quy định của Luật Đất đai 2013.

Hai là, tích cực tìm kiếm sự hỗ trợ, tài trợ từ các tổ chức quốc tế, các tổ chức phi chính phủ trong việc thực hiện chương trình bình đẳng giới nói chung, trong đó có vấn đề bảo đảm quyền của người phụ nữ được đứng tên cùng chồng trên Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất.

Ba là, tăng cường công tác tuyên truyền, giải thích pháp luật, không chỉ hướng tới việc phụ nữ hiểu về quyền bình đẳng với nam giới liên quan đến quyền sử dụng đất, mà còn thay đổi nhận thức của cả người chồng nói riêng và nam giới nói chung để họ hiểu mục đích, ý nghĩa việc thực hiện quyền của người phụ nữ trong quan hệ đất đai.

Bốn là, việc thiết lập hồ sơ quản lý đất đai, đăng ký quyền sử dụng đất, đăng ký biến động đất đai, cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất phải được thực hiện thường xuyên, liên tục, chính xác, thận trọng. Đặc biệt, việc cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất phải chú ý đến nội dung thỏa thuận - thỏa thuận đại diện đứng tên hay thỏa thuận quyền tài sản riêng, thỏa thuận có hợp pháp hay không để đảm bảo quyền lợi tối đa cho người phụ nữ.

¹² Tập huấn cho cán bộ địa phương: Địa chính, đoàn thanh niên, phụ nữ, tư pháp, một cửa những người liên quan đến vận động phụ nữ có tên trong sổ đỏ tại xã Thượng Yên Công, do Actionaid tổ chức thực hiện, tháng 3/2016.

CHẾ ĐỘ TỰ CHỦ TÀI CHÍNH CỦA BỆNH VIỆN CÔNG LẬP Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

Trần Vũ Hải*

Tóm tắt: Bài viết làm rõ khái niệm về chế độ tự chủ tài chính của bệnh viện công lập, đánh giá thực trạng các quy định về tự chủ tài chính của bệnh viện công lập và đề xuất một số giải pháp hoàn thiện các quy định về vấn đề này.

Abstract: This article clarifies the concept of financial self-governance in State owned hospitals. It then evaluates laws and regulations on such financial self-governance and makes relevant recommendations.

1. Khái quát về chế độ tự chủ của bệnh viện công lập

Bệnh viện công lập (BVCL) được hiểu là bệnh viện do nhà nước đứng ra thành lập; và theo Nghị định 16/2015/NĐ-CP quy định cơ chế tự chủ của đơn vị sự nghiệp công lập (ĐVSNCL) (viết tắt là NĐ 16) thì: “ĐVSNCL do cơ quan có thẩm quyền của Nhà nước thành lập theo quy định của pháp luật, có tư cách pháp nhân, cung cấp dịch vụ công, phục vụ quản lý nhà nước”. Như vậy, dưới góc độ pháp lý, BVCL có hai tư cách: i) Là tổ chức có chức năng chính là khám chữa bệnh; ii) Là ĐVSNCL do nhà nước thành lập để cung cấp dịch vụ công trong lĩnh vực y tế.

Dưới góc độ quản lý tài chính, theo NĐ 16, phụ thuộc vào năng lực tạo nguồn thu có thể phân chia BVCL thành những loại cơ bản sau:

- *BVCL tự bảo đảm chi thường xuyên và chi đầu tư (nhóm 1):* BVCL về cơ bản được tự chủ hoàn toàn, nhà nước sẽ đặt hàng dịch vụ công với mức giá đã kết cấu đủ chi phí, bệnh viện sẽ tự chịu trách nhiệm đối với tất cả các khoản chi của mình, bao gồm cả chi đầu tư.

- *BVCL tự bảo đảm chi thường xuyên (nhóm 2):* Bệnh viện được tự chủ về cơ bản khi đảm bảo được toàn bộ các khoản chi thường xuyên, nhà nước sẽ đặt hàng dịch vụ công theo mức giá đã kết cấu đủ chi phí. Đối với chi đầu tư, bệnh viện được chủ động, nhưng ngân sách nhà nước vẫn chịu trách nhiệm chính.

- *BVCL tự bảo đảm một phần chi thường xuyên (nhóm 3):* Bệnh viện có quyền tự chủ hạn chế hơn, đồng thời được nhà nước hỗ trợ bù đắp bằng nguồn ngân sách đối với hoạt động chi thường xuyên do giá dịch vụ công chưa kết cấu đủ chi phí. Trong hoạt động đầu tư, bệnh viện chủ yếu dựa vào nguồn ngân sách do nhà nước cấp.

- *BVCL do nhà nước bảo đảm chi thường xuyên (nhóm 4):* Do nguồn thu quá thấp nên bệnh viện được nhà nước đảm bảo toàn bộ chi thường xuyên và chi đầu tư.

Hiện nay, ĐVSNCL nói chung và BVCL nói riêng thực hiện chế độ tài chính theo cơ chế tự chủ. Chế độ tự chủ tài chính (TCTC) đối với ĐVSNCL là tổng hợp các quy định pháp luật cho phép ĐVSNCL được chủ động sử dụng các nguồn thu (bao gồm nguồn thu ngân sách nhà nước cấp và các nguồn thu khác) trên cơ sở đảm bảo

* TS., Đại học Luật Hà Nội.

chức năng, nhiệm vụ được giao, thực hành tiết kiệm, nâng cao hiệu quả công việc và thu nhập của cán bộ, viên chức nhà nước. So với cơ quan nhà nước, các ĐVSNCL có quyền tự chủ về tài chính rộng hơn do có khả năng tạo nguồn thu từ các hoạt động dịch vụ công của mình¹.

Như vậy, có thể hiểu *chế độ TCTC của BVCL là hệ thống các quy định pháp luật cho phép BVCL chủ động khai thác, quản lý, sử dụng các nguồn tài chính của mình để thực hiện chức năng, nhiệm vụ được giao, nâng cao chất lượng khám chữa bệnh, tăng cường đầu tư, mở rộng hoạt động cũng như tăng thu nhập cho cán bộ, viên chức và người lao động làm việc tại bệnh viện*. Nói cách khác, với cơ chế tự chủ, chế độ tài chính của BVCL thiết lập quyền quản lý nhằm tăng cường quyền tự quyết định, tự chịu trách nhiệm cho BVCL về các mặt hoạt động tài chính, tổ chức bộ máy và sắp xếp lao động, qua đó nâng cao chất lượng hoạt động cung cấp dịch vụ công của đơn vị.

2. Một số bất cập trong các quy định về chế độ tự chủ của bệnh viện công lập hiện nay

Thứ nhất, các quy định của NĐ 16 và Nghị định 85/2012/NĐ-CP về cơ chế hoạt động, cơ chế tài chính đối với các đơn vị sự nghiệp y tế công lập và giá dịch vụ khám chữa bệnh của các cơ sở khám chữa bệnh công lập (viết tắt là NĐ 85) cho thấy sự thiếu nhất quán trong việc phân chia các ĐVSNCL, trong đó có BVCL. Trong khi NĐ 16 phân loại các ĐVSNCL theo yếu tố đầu ra (dựa vào giá dịch vụ công mà ĐVSNCL thực hiện), thì NĐ 85 lại xác định theo yếu tố đầu vào (dựa vào yêu cầu đảm

bảo kinh phí hoạt động thường xuyên), tương tự như Nghị định 43/2006/NĐ-CP về chế độ tự chủ tài chính đối với đơn vị sự nghiệp công lập (viết tắt là NĐ 43). Việc phân loại theo NĐ 16 không dễ thực hiện trên thực tế vì rất khó ước định chính xác giá trị dịch vụ y tế nếu không nghiên cứu cụ thể về mức chi phí cần thiết.

Theo dự thảo Quy hoạch mạng lưới y tế công lập đến năm 2020 do Bộ Y tế quản lý, có 17/43 BVCL là bệnh viện tự bảo đảm kinh phí hoạt động thường xuyên, và đến hết năm 2015 chỉ có 9 BVCL thực hiện được. Đa số các BVCL còn lại là đơn vị tự chủ một phần kinh phí chi thường xuyên².

Thứ hai, mặc dù cơ chế giá đối với dịch vụ khám chữa bệnh là một bước đi tích cực để thực hiện chế độ TCTC đối với BVCL nhằm giảm dần sự “bao cấp cào bằng” từ phía nhà nước, tuy nhiên, mặt trái của cơ chế này là góp phần làm tăng tổng chi phí khám chữa bệnh mà người bệnh (hoặc Bảo hiểm xã hội hay các tổ chức bảo hiểm khác) phải chi trả, trong khi mối quan hệ giữa bệnh viện và bệnh nhân là không bình đẳng và việc tiếp cận dịch vụ y tế còn hạn chế. Giá dịch vụ y tế được quản lý bởi khung giá do nhà nước quy định theo Luật Giá, nhưng quy định khống chế này chỉ có ý nghĩa nếu việc quản lý chi phí được thực hiện hiệu quả, không có tình trạng chia lợi nhuận thông qua việc tăng tối đa chi phí, hoặc lạm dụng các dịch vụ cận lâm sàng, thuốc điều trị và các dịch vụ khác. Việc cho phép BVCL tự điều chỉnh mức giá dịch vụ khám chữa bệnh trong một số trường hợp quy

¹ Trần Vũ Hải (2009), *Tìm hiểu thuật ngữ pháp luật tài chính công*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, tr.87.

² Báo Điện tử Chính phủ, “*Bộ Y tế dự kiến quy hoạch mạng lưới đơn vị sự nghiệp công*”, ngày 04/01/2016, <http://baochinhphu.vn/Chinh-sach-moi/Bo-Y-te-du-kien-Quy-hoach-mang-luoi-don-vi-su-nghiep-cong/245157.vgp>.

định tại NĐ 85 chưa phù hợp với Luật Giá. Theo Luật Giá, giá dịch vụ khám chữa bệnh do nhà nước quy định theo khung giá và giá cụ thể; theo đó, nếu nhà nước quy định giá cụ thể thì không được tăng giá, còn trường hợp nhà nước quy định khung giá thì được tăng giá nhưng không vượt quá khung giá quy định.

Thứ ba, quy định về quyền chi đầu tư chưa rõ ràng. Trong khi NĐ 16 có quy định về chi đầu tư của bệnh viện tự bảo đảm chi đầu tư và chi thường xuyên (nhóm 1), thì các nhóm BVCL còn lại (nhóm 2, 3 và 4) trên thực tế cũng có hoạt động chi đầu tư bằng nhiều nguồn vốn khác nhau (vốn ngân sách nhà nước giao, vốn khác...) lại không có quy định; vậy hoạt động chi đầu tư của nhóm này được thực hiện như thế nào? Thực tế, các nguồn vốn có nguồn gốc từ ngân sách của BVCL đều phải tuân thủ Luật Đầu tư công khi xây dựng kế hoạch và tiến hành đầu tư. Hơn nữa, NĐ 16 xác định nguồn vốn chi đầu tư của bệnh viện nhóm 1 được lấy từ Quỹ Phát triển hoạt động sự nghiệp, nhưng cũng chính NĐ lại quy định các ĐVSNCL đều phải trích lập Quỹ này và mục đích của Quỹ là để đầu tư. Như vậy, có sự mâu thuẫn giữa quy định về hoạt động chi đầu tư của các BVCL nhóm 2, 3 và 4 với quy định về thành lập và sử dụng Quỹ Phát triển hoạt động sự nghiệp.

Thứ tư, NĐ 85 quy định: Riêng đối với tiêu chuẩn, định mức sử dụng xe ô tô, nhà làm việc, trang bị điện thoại công vụ tại nhà riêng, công tác phí nước ngoài, tiếp khách nước ngoài, hội thảo quốc tế thì đơn vị không được quyết định mức chi cao hơn mức quy định của nhà nước. Điều đó có nghĩa là, BVCL có quyền quyết định thấp hơn mức quy định của nhà nước. Trong khi đó, ở những nội dung tương tự, NĐ 16 yêu

cầu ĐVSNCL phải thực hiện đúng quy định của nhà nước. Có thể thấy, tinh thần giao tự chủ của NĐ 85 cao hơn NĐ 16. Tuy nhiên, khi sửa NĐ 85 để phù hợp với NĐ 16 có thể dẫn đến sửa đổi cả những quy định hợp lý của NĐ 85.

Thứ năm, NĐ 85 quy định: Căn cứ tính chất công việc, thủ trưởng đơn vị được quyền quyết định phương thức khoán chi phí cho từng bộ phận, đơn vị trực thuộc nhằm sử dụng kinh phí tiết kiệm, hiệu quả. Quy định này cũng phù hợp với quy định tại NĐ 43. Tuy nhiên, NĐ 16 hiện hành lại không có quy định về phương thức khoán chi, dẫn đến phương thức này có thể không tiếp tục được thực hiện. Trên thực tế, khoán chi được xem là cách thức tiết kiệm chi hiệu quả, mặc dù còn phụ thuộc vào định mức khoán chi. Nhưng với một định mức hợp lý, khoán chi vẫn nhận được sự hoan nghênh của các đơn vị sử dụng ngân sách và cán bộ, viên chức, người lao động trong ĐVSNCL.

Thứ sáu, NĐ 16 quy định không chế mức trích Quỹ bổ sung thu nhập theo tỷ lệ với Quỹ tiền lương ngạch, bậc, chức vụ và các khoản phụ cấp đối với các ĐVSNCL nhóm 2, 3 và 4, nhưng không quy định rõ có không chế mức chi trả thu nhập tăng thêm cho từng cá nhân cụ thể hay không. Trong khi đó, NĐ 85 ghi nhận cụ thể hơn: *Không khống chế mức thu nhập tối đa của cá nhân người lao động*. Đây là quy định hợp lý đáng lẽ phải có trong NĐ 16 nhằm khuyến khích sự tham gia của lực lượng lao động chuyên môn cao trong cung cấp dịch vụ sự nghiệp công.

Thứ bảy, cơ chế giá đối với dịch vụ công trong lĩnh vực y tế có ưu điểm đối với bệnh viện tuyến trung ương và tuyến tỉnh. Tuy nhiên, cơ chế này có những hạn chế nhất định đối với dịch vụ công thuộc lĩnh

vực y tế vùng sâu, vùng xa, vùng đặc biệt khó khăn. Những khu vực này, khả năng chi trả của người dân bị hạn chế; do đó, nếu xác lập theo cơ chế giá thuần túy có thể sẽ hạn chế khả năng tiếp cận dịch vụ y tế của người dân. Ngược lại, nếu chỉ dựa vào giá và số lượng dịch vụ công của BVCL ở những địa bàn này để cấp bổ sung kinh phí từ ngân sách nhà nước theo quy định tại ND 16 thì sẽ ảnh hưởng đến khả năng tự chủ của bệnh viện, vì với mật độ dân cư thấp, khả năng chi trả hạn chế, việc sử dụng dịch vụ y tế của người dân sẽ không cao. Do đó, cần có những chính sách và giải pháp đồng bộ để giải quyết vấn đề này.

3. Một số kiến nghị nhằm hoàn thiện cơ chế tự chủ tài chính đối với bệnh viện công lập

Một là, về mặt chính sách, nhà nước cần xác định mô hình BVCL là mô hình phi lợi nhuận.

Với mô hình này sẽ hạn chế được tình trạng BVCL chạy theo lợi nhuận, từ đó cung cấp dịch vụ y tế thiếu công bằng. Việc chi trả kinh phí tiết kiệm được cần đảm bảo nguyên tắc khuyến khích cán bộ, viên chức và người lao động trong đơn vị làm việc hiệu quả. Nguyên tắc phi lợi nhuận cũng bao hàm yêu cầu BVCL phải đảm bảo sự công bằng giữa bệnh nhân nghèo với bệnh nhân có khả năng chi trả cao. Cần quy định chặt chẽ việc tự chủ nhằm tránh tình trạng cung ứng dịch vụ hai tầng, tức là dịch vụ đặc biệt với nhóm có khả năng chi trả cao và thấp hơn đối với nhóm còn lại. Bổ sung quy định cụ thể về việc xin phép cơ quan quản lý cấp trên khi tiến hành các hoạt động huy động vốn, huy động các nguồn tài trợ với mục đích tăng các nguồn thu ở dịch vụ đầu ra của đơn vị; những điều kiện để thực hiện các hoạt động này, trách nhiệm của

người đứng đầu cơ quan, đơn vị và của cơ quan quản lý cấp trên trong những trường hợp này cũng phải được quy định rõ.

Hai là, cần quy định rõ mối quan hệ công - tư trong việc thực hiện chế độ tự chủ đối với các BVCL.

Theo Ngân hàng Thế giới, phương thức lý tưởng nhất là xây dựng và thực hiện việc bảo hiểm y tế toàn dân để BVCL không còn phân biệt nguồn thu. Trong trường hợp chưa làm được điều đó, cần có những giải pháp nhằm đảm bảo sự cân bằng giữa dịch vụ công và dịch vụ tư trong các BVCL. Hầu hết các quốc gia phát triển hoặc đã cải cách thành công đối với BVCL đều tách bạch dịch vụ công và dịch vụ tư trong khám chữa bệnh, theo đó, những dịch vụ y tế cơ bản được xem là dịch vụ công. Những dịch vụ y tế cơ bản (bao gồm chữa bệnh, thuốc, xét nghiệm) phải được thực hiện như nhau đối với tất cả các bệnh nhân khi họ chi trả ở mức tối thiểu theo quy định³.

Ba là, đầu tư cơ sở vật chất đối với các BVCL phải có quy hoạch và kế hoạch hiệu quả, không dàn trải.

Bộ Y tế và các bộ, ngành có liên quan cần có sự phối hợp nhằm đảm bảo có quy hoạch đồng bộ trong việc đầu tư cơ sở vật chất đối với các BVCL theo nguyên tắc có sự liên kết vùng, chia sẻ nguồn lực giữa các BVCL, giữa BVCL và bệnh viện tư. Ngân hàng Thế giới cũng khuyến nghị việc quy hoạch có thể không nhất thiết theo địa giới hành chính, đồng thời đòi hỏi sự phối hợp của Bộ Y tế, các bộ, ngành có liên quan và chính quyền địa phương trong việc quy

³ Ngân hàng Thế giới và Bộ Y tế (2011), *Phân tích việc thực hiện chính sách tự chủ bệnh viện trên thế giới và thực tế ở Việt Nam*, Báo cáo nghiên cứu, Hà Nội, tr.32.

hoạch vùng y tế⁴.

Bốn là, ban hành Nghị định mới thay thế NĐ 85, thay vì sửa đổi, bổ sung.

Hiện nay, theo dự thảo Nghị định sửa đổi, bổ sung một số điều của NĐ 85, những nội dung cơ bản sau đây sẽ được sửa đổi, bổ sung: Phân loại ĐVSNCL (Điều 3); hoạt động liên doanh, liên kết (Điều 6); tự chủ về tổ chức, bộ máy nhân sự (Điều 7); nguồn vốn chi đầu tư trong các cơ sở xã hội hóa (Điều 10); quyền tự chủ đối với chi thường xuyên (Điều 15); quy định đối với chi không thường xuyên (Điều 16); giá dịch vụ khám chữa bệnh (Điều 18)... Như vậy, có thể nhận thấy hầu hết các nội dung quan trọng của NĐ 85 đều được sửa đổi, bổ sung. Do đó, nếu ban hành dưới dạng một nghị định mới thay thế NĐ 85 sẽ làm cho việc tra cứu dễ dàng hơn, thuận tiện hơn trong áp dụng pháp luật.

Năm là, cần “chậm hóa” lộ trình tính đủ chi phí vào viện phí.

Hiện nay, việc Bộ Y tế thực hiện lộ trình tính đủ chi phí theo NĐ 85 được đánh giá là quá nhanh và chưa thật sự hợp lý (năm 2018 tính đủ chi phí). Trong khi đó, NĐ 16 xác định lộ trình tính đủ chi phí đối với dịch vụ công do nhà nước đảm bảo chậm hơn (năm 2020 mới tính đủ chi phí). Việc đưa đầy đủ chi phí vào giá dịch vụ khám chữa bệnh sẽ giúp các bệnh viện tăng nguồn thu, thực hiện cải cách bệnh viện nhanh hơn, nhưng cũng gây ra áp lực đối với xã hội, nhất là đối với Quỹ Bảo hiểm y tế. Tuy nhiên, hiện việc tăng viện phí chưa song hành với việc đảm bảo tăng về chất lượng khám chữa bệnh, trong khi mức chi trả của người bệnh lại tăng quá nhanh, thậm chí Quỹ Bảo hiểm y tế có khuynh hướng bị

“vỡ”. Vì vậy, Bộ Y tế cần nghiên cứu lộ trình tăng viện phí một cách phù hợp.

Sáu là, cụ thể hóa cách thức phân loại BVCL theo cách tiếp cận của NĐ 16.

Khác với NĐ 85, NĐ 16 có cách tiếp cận theo đầu ra mà không tiếp cận theo đầu vào đối với dịch vụ công. Điều cốt yếu nhất của cách thức phân loại này là phải xác định được giá dịch vụ công và số lượng dịch vụ công được cung cấp để xác định nguồn thu của BVCL có đủ bù đắp các chi phí bỏ ra hay không. Giá dịch vụ y tế do nhà nước quy định trong khi mức độ phát sinh chi phí của các bệnh viện lại không hoàn toàn giống nhau. Vì vậy, cần nghiên cứu mức chi phí cần thiết đối với dịch vụ y tế ở mỗi vùng, khu vực để xác định chính xác việc phân loại BVCL.

Bảy là, về quy định việc góp vốn liên doanh liên kết thông qua “*năng lực, chất lượng và uy tín*” của bệnh viện khi bản chất đây không phải là tài sản để có thể đem góp vốn. Câu hỏi đặt ra là: Năng lực, chất lượng và uy tín của bệnh viện là gì? Có thể hiểu, đó chính là khả năng khám chữa bệnh của bệnh viện đối với bệnh nhân. Do đó, việc góp vốn bằng năng lực, chất lượng và uy tín của bệnh viện thực chất là việc bệnh viện góp bằng chính dịch vụ khám chữa bệnh của mình trên cơ sở vật chất được đầu tư bởi đối tác. Cần cụ thể hóa quy định hợp tác này theo hướng: Đối tác là bên cung cấp cơ sở vật chất, trang thiết bị; còn bệnh viện có trách nhiệm cung cấp nguồn nhân lực và kỹ thuật. Việc cụ thể hóa như vậy sẽ tránh được tình trạng bệnh viện “bán thương hiệu” bằng cách “khoán trắng” cho các cơ sở tư nhân “núp bóng” bệnh viện để khám chữa bệnh không đảm bảo chất lượng. Cùng với đó, để hạn chế tình trạng người đứng đầu BVCL lạm dụng quyền điều hành để

⁴ Ngân hàng Thế giới và Bộ Y tế (2011), t.lđd, tr.34.

mở rộng quá mức các hoạt động huy động vốn, liên doanh liên kết với mục đích tư lợi có thể dẫn đến rủi ro, cần quy định những ràng buộc cụ thể về trách nhiệm. Theo đó, đối với mỗi loại hình BVCL cần xác định những giới hạn quyền đối với người đứng đầu thông qua việc quy định nghĩa vụ xin ý kiến hoặc chịu sự phê chuẩn của cơ quan nhà nước có thẩm quyền, nếu dự án cần huy động, liên doanh liên kết chiếm tỷ lệ nhất định so với chi thường xuyên hoặc tổng tài sản (ví dụ: dự án chiếm hơn 50% vốn chi thường xuyên hoặc hơn 30% so với tổng tài sản).

Thứ tám, cần có thông tư hướng dẫn

NĐ 16. Ngoài ra, không nên sửa đổi hoặc ghi nhận lại quy định không không chế thu nhập tối đa đối với người lao động trong ĐVSNCL nói chung và BVCL nói riêng trong nghị định mới thay thế NĐ 85. Việc không chế Quỹ bổ sung thu nhập đối với các BVCL từ nhóm 2 đến nhóm 4 là hợp lý, khi những bệnh viện này chưa tự chủ hoàn toàn (vẫn cần có sự hỗ trợ của nhà nước), nhưng cần ghi nhận nguyên tắc không không chế thu nhập tối đa của từng cá nhân cụ thể. Bởi lẽ, với đặc thù chuyên môn của mình, BVCL cần dành những khoản thù lao, tiền lương xứng đáng để trả cho những chuyên gia giỏi tham gia làm việc.

(Tiếp theo trang 58 – Thực thi Hiệp định...)

sung thêm các quy định thuộc nhóm A. Đây cũng là thực tiễn mà Thái Lan đã làm để mở rộng các cam kết nhóm A²⁹, từ đó sẽ góp phần tạo thuận lợi hơn nữa cho các dòng hàng hóa xuất khẩu và nhập khẩu.

Thứ ba, xây dựng một số cơ chế để đảm bảo sự thực thi TFA.

Bên cạnh hai biện pháp nêu trên, để thực thi các biện pháp trong TFA, Việt Nam có thể xem xét xây dựng và thực hiện một số cơ chế về việc thành lập Ủy ban Quốc gia về tạo thuận lợi thương mại; tăng cường sự hợp tác và phối hợp giữa các cơ quan nhà

nước chịu trách nhiệm kiểm tra hàng hóa và phương tiện tại biên giới; và tăng cường sự tham gia của các chủ thể tư vào quá trình xây dựng và thực thi các biện pháp liên quan đến tạo thuận lợi thương mại.

Ngoài ra, Việt Nam cần tiếp tục tìm kiếm và tiếp nhận các hỗ trợ kỹ thuật từ nước ngoài³⁰ để nâng cao chất lượng đội ngũ và cơ sở vật chất kỹ thuật để đảm bảo triển khai thành công các biện pháp về tạo thuận lợi thương mại như cơ chế hải quan điện tử, hải quan điện tử hay cơ chế kiểm tra chuyên ngành tại cửa khẩu.

²⁹ Xem: Preparatory Committee on Trade Facilitation, *Notification of category A commitments under the Agreement on Trade Facilitation*, Communication from Thailand, 25/07/2014, WT/PCTF/THA/1; và Preparatory Committee on Trade Facilitation, *Notification of category A commitments under the Agreement on Trade Facilitation*, Communication from Thailand – Addendum, 19/09/2016, WT/PCTF/THA/1/Add.1.

³⁰ Xem thêm khoản 3 và khoản 4 Điều 1 Quyết định 1969/QĐ-TTg.

HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT ĐIỀU CHỈNH HỆ THỐNG KIỂM SOÁT NỘI BỘ CỦA CÁC CHỦ THỂ KINH DOANH NGÂN HÀNG TẠI VIỆT NAM

*Phạm Thị Giang Thu**

Tóm tắt: Bài viết đề cập về hệ thống kiểm soát nội bộ của chủ thể kinh doanh ngân hàng, thực trạng pháp luật điều chỉnh hệ thống kiểm soát nội bộ của chủ thể kinh doanh ngân hàng ở Việt Nam và đưa ra một số kiến nghị.

Abstract: This article discusses legal issues of the internal control system of credit institutions in Vietnam and its practice. It then makes relevant recommendations.

1. Hệ thống kiểm soát nội bộ của các chủ thể kinh doanh ngân hàng

1.1. Quan niệm về hệ thống kiểm soát nội bộ

Hệ thống kiểm soát nội bộ của tổ chức kinh doanh ngân hàng thực chất là sự tích hợp các hoạt động, biện pháp, kế hoạch, chủ trương, đường lối, chính sách và nỗ lực thực hiện của mọi thành viên trong tổ chức đó với mục tiêu giảm thiểu rủi ro trong hoạt động, đảm bảo tính khoa học, hợp lý trong quản trị và quản lý tổ chức. Bất cứ tổ chức tín dụng nào, ngoài các yếu tố rủi ro khách quan, thì sự thống nhất và xung đột quyền lợi chung - riêng luôn song hành. Bởi vậy, hệ thống kiểm soát nội bộ hiệu quả giúp bộ máy quản lý kiểm soát tốt hơn lợi ích riêng của người lao động khi những lợi ích này có thể ảnh hưởng đến lợi ích chung của tổ chức tín dụng.

Hiện có nhiều quan điểm về hệ thống kiểm soát nội bộ. Theo Ủy ban các tổ chức bảo trợ (COSO), “Nội dung của hệ thống

kiểm soát nội bộ thực chất là các hoạt động, biện pháp, kế hoạch, quan điểm, nội quy chính sách và nỗ lực của mọi thành viên trong tổ chức để đảm bảo cho tổ chức đó hoạt động hiệu quả và đạt được những mục tiêu đặt ra một cách hợp lý”¹.

Theo chuẩn mực kế toán quốc tế (IAS), “Hệ thống kiểm soát nội bộ là toàn bộ những chính sách và thủ tục kiểm soát do ban giám đốc của đơn vị thiết lập nhằm đảm bảo việc quản lý chặt chẽ và hiệu quả các hoạt động theo khả năng có thể (IAS400)”².

Viện kiểm toán độc lập Hoa Kỳ (American Institute of Certified Public Accountant – AICPA) quan niệm: “Kiểm soát nội bộ bao gồm kế hoạch của tổ chức và tất cả các phương pháp phối hợp và đo lường được thừa nhận trong doanh nghiệp để bảo đảm an toàn tài sản của họ, kiểm tra sự phù hợp và độ tin cậy của dữ liệu kế toán, tăng cường tính hiệu quả của hoạt động và khuyến khích việc thực hiện các chính sách quản lý lâu dài”³.

* PGS.TS., Đại học Luật Hà Nội.

Bài viết công bố trong khuôn khổ đề tài khoa học cấp Bộ, mã số ĐTCB.2016.25: Hoàn thiện quy định của pháp luật về đảm bảo thực hiện nghĩa vụ trong kinh doanh ngân hàng - Cơ sở lý luận và thực tiễn, do Viện Nghiên cứu lập pháp chủ trì.

¹ <http://www.aicpastore.com/InternalControls>, truy cập ngày 28/2/2017, COSO 1992.

² <http://www.aicpastore.com/InternalControls>, truy cập ngày 28/2/2017.

³ <http://www.aicpastore.com/InternalControls>, truy cập ngày 28/2/2017.

Theo Hội đồng liên hiệp các nhà kế toán Malaysia (MACPA) và Viện kiểm toán Malaysia (MIA)⁴: Hệ thống kiểm soát nội bộ là cơ cấu tổ chức cộng với những biện pháp, thủ tục do Ban quản trị của một tổ chức chấp thuận nhằm hỗ trợ thực thi mục tiêu của Ban quản trị đảm bảo tăng khả năng tiến hành kinh doanh trong trật tự và có hiệu quả, bao gồm: Tuyệt đối tuân theo đường lối của Ban quản trị, bảo vệ tài sản, ngăn chặn và phát hiện gian lận, sai lầm; đảm bảo tính chính xác, toàn diện số liệu hạch toán; xử lý kịp thời, trung thực số liệu thông tin tài chính. Phạm vi của hệ thống kiểm soát nội bộ vượt ra ngoài những vấn đề có liên quan trực tiếp với chức năng của hệ thống kế toán. Mọi nguyên lý riêng của hệ thống kiểm soát nội bộ được xem như hoạt động của hệ thống và được hiểu là kiểm soát nội bộ.

Theo Hội kế toán Anh quốc (England Association of Accountant – EAA): “Một hệ thống kiểm soát toàn diện có kinh nghiệm tài chính và các lĩnh vực khác nhau được thành lập bởi Ban quản lý nhằm: Tiến hành kinh doanh trong trật tự và có hiệu quả; đảm bảo tuân thủ tuyệt đối đường lối kinh doanh của Ban quản trị; giữ an toàn tài sản; đảm bảo tính toàn diện và chính xác của số liệu hạch toán. Những thành phần riêng lẻ của hệ thống kiểm soát nội bộ được coi là hoạt động kiểm tra hoặc hoạt động kiểm tra nội bộ”⁵.

Liên đoàn kế toán quốc tế (The International Federation of Accountant – IFAC) đưa ra định nghĩa: “Hệ thống kiểm soát nội bộ là kế hoạch của đơn vị và toàn bộ các phương pháp, các bước công việc mà

các nhà quản lý doanh nghiệp tuân theo. Hệ thống kiểm soát nội bộ trợ giúp cho các nhà quản lý đạt được mục tiêu một cách chắc chắn theo trình tự và kinh doanh có hiệu quả kể cả việc tôn trọng các quy chế quản lý; giữ an toàn tài sản, ngăn chặn, phát hiện sai phạm và gian lận; ghi chép kế toán đầy đủ, chính xác, lập báo cáo tài chính kịp thời, đáng tin cậy”⁶.

Như vậy, có thể thấy, các tổ chức kiểm toán, kế toán và quản trị quốc tế có hai cách nhìn nhận về hệ thống này. Nhóm Hiệp hội kiểm toán Anh quốc (EAA) và Malaysia (MACPA) thì cho rằng, hệ thống kiểm soát nội bộ gồm có cơ cấu tổ chức và các biện pháp, thủ tục do một tổ chức chấp thuận nhằm hỗ trợ thực thi mục tiêu của mình. Theo chuẩn mực kế toán quốc tế (IAS) và Viện kiểm toán độc lập Hoa Kỳ (AICPA), hệ thống kiểm soát nội bộ không được xác định rõ có bao gồm cơ cấu tổ chức hay không mà chỉ xác định các chuẩn mực đánh giá, đo lường.

Ở Việt Nam, Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010 quy định: “Hệ thống kiểm soát nội bộ là tập hợp các cơ chế, chính sách, quy trình, quy định nội bộ, cơ cấu tổ chức của tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài, được xây dựng phù hợp với hướng dẫn của Ngân hàng Nhà nước và được tổ chức thực hiện nhằm đảm bảo phòng ngừa, phát hiện, xử lý kịp thời rủi ro và đạt được yêu cầu đề ra; hoạt động của hệ thống kiểm soát nội bộ của tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài phải được kiểm toán nội bộ, tổ chức kiểm toán độc lập đánh giá định kỳ”⁷.

⁴ <https://www.macpa.org/>, truy cập ngày 28/2/2017.

⁵ <http://www.acpa.org.uk/policies/complaints-against-members/>, truy cập ngày 28/2/2017.

⁶ <https://www.ifac.org/global-knowledge-gateway/risk-management-internal-control>, truy cập ngày 28/2/2017.

⁷ Khoản 1, 3 Điều 40 Luật Các tổ chức tín dụng 2010.

1.2. Đặc điểm của hệ thống kiểm soát nội bộ

Một là, hệ thống kiểm soát nội bộ được thiết lập ở tất cả các ngân hàng thương mại, là hoạt động quản lý nội bộ tại doanh nghiệp. Kiểm soát nội bộ là cách thức ngân hàng thương mại tự kiểm tra, đánh giá hoạt động kinh doanh để xem xét về tính hiệu quả và sự thích hợp của các phương pháp, biện pháp quản lý. Kiểm soát nội bộ cũng là cách thức ngăn chặn, phát hiện hành vi vi phạm, gian lận của một bộ phận/cá nhân trong quá trình thực hiện nhiệm vụ được giao, bảo vệ tài sản cho ngân hàng thương mại.

Hai là, pháp luật không quy định cụ thể về mô hình hệ thống kiểm soát nội bộ của tổ chức tín dụng. Điều này được giải thích bởi nguyên tắc tự quyết của chủ sở hữu doanh nghiệp và những người đại diện chủ sở hữu. Ví dụ như, đối với hệ thống ngân hàng thương mại có quy mô lớn (về tổng tài sản, về hệ thống mạng lưới), hệ thống kiểm soát nội bộ có thể bao gồm nhiều bộ phận cấu thành; các ngân hàng 100% vốn nước ngoài có thể lựa chọn xây dựng hệ thống kiểm soát nội bộ không trái với pháp luật Việt Nam và thực hiện theo mô hình kiểm soát nội bộ của ngân hàng mẹ.

Ba là, hệ thống kiểm soát nội bộ phải được kiểm toán nội bộ và kiểm toán độc lập đánh giá định kỳ, hướng tới đảm bảo tính hiệu quả và cũng là cách thức tái kiểm tra, kiểm soát. Yêu cầu của pháp luật về độc lập đánh giá xuất phát từ việc bảo đảm quyền lợi của hai nhóm chủ thể quan trọng: quyền lợi của cổ đông thiểu số và quyền lợi của những người gửi tiền tại ngân hàng. Như vậy, với đặc điểm này có thể thấy, hệ thống kiểm soát nội bộ các tổ chức tín dụng ở Việt Nam được ghi nhận theo EAA và MACPA.

1.3. Cơ cấu của hệ thống kiểm soát nội bộ

Theo thông lệ tốt nhất, hệ thống này bao gồm 05 bộ phận cơ bản sau:

Một là, môi trường kiểm soát chung, bao gồm quan điểm, cách thức điều hành và công tác kế hoạch của Ban lãnh đạo, sự tham gia của cơ quan quản trị doanh nghiệp, hiệu quả của cơ cấu tổ chức, tính hợp lý của kế hoạch kinh doanh và kế hoạch kiểm soát, mức độ tin cậy của các chỉ tiêu và phương thức thực hiện. Nói cách khác, môi trường kiểm soát tại một tổ chức tín dụng bao gồm cơ cấu tổ chức, cơ chế phân cấp, phân quyền, nguồn nhân lực, đạo đức nghề nghiệp, năng lực của lãnh đạo và chuyên viên tổ chức tín dụng. Vấn đề cần được quan tâm là, xác định rõ môi trường kiểm soát chung.

Hai là, quy trình định dạng và phân tích mọi rủi ro liên quan đến việc hoàn thành các mục tiêu của tổ chức tín dụng. Quy trình này thường bao gồm: Xác định mục tiêu; mức độ phù hợp của các mục tiêu định trước; định dạng rủi ro liên quan; đánh giá rủi ro; các biện pháp nhằm giảm thiểu rủi ro. Quy trình định dạng rủi ro của các tổ chức tín dụng thường được dựa trên các khuyến nghị quản trị tốt nhất của Tổ chức hợp tác và phát triển kinh tế (OECD) hoặc khuyến nghị của Ủy ban Basel với mức độ thực hiện khác nhau tùy theo môi trường kinh tế - xã hội và quan điểm phát triển của Chính phủ mỗi quốc gia.

Ba là, hệ thống thông tin và cơ chế trao đổi thông tin. Cấu phần quan trọng này đảm bảo cho hoạt động kiểm soát được nhịp nhàng, thông suốt. Nắm bắt đầy đủ thông tin giúp cho bộ máy quản trị, điều hành, bộ phận quản lý trực thuộc đưa ra kết quả kịp thời. Hệ thống thông tin và cơ chế trao đổi thông tin cũng được coi là điều kiện tiên

quyết để được phép kinh doanh ngân hàng và yêu cầu này tích hợp thành bộ phận của hệ thống kiểm soát nội bộ.

Bốn là, hệ thống quy định nội bộ được thiết lập nhằm đảm bảo thực hiện kế hoạch, yêu cầu chuyên môn nghiệp vụ; được cấp có thẩm quyền ban hành trên cơ sở quy định pháp luật về kinh doanh ngân hàng.

Năm là, tổng hợp quá trình đánh giá hoạt động nội bộ được thực hiện bởi Tổng Giám đốc tổ chức tín dụng. Việc đánh giá hoạt động nội bộ được tiến hành thông qua hoạt động đánh giá thường xuyên, đánh giá riêng lẻ và kết hợp cả hai nhóm hoạt động. Kiểm soát nội bộ có thể tự đánh giá chính mình thông qua yêu cầu của Tổng Giám đốc, nhưng rõ ràng sẽ không hiệu quả. Hội đồng quản trị/Hội đồng thành viên cùng Ban kiểm soát chịu trách nhiệm cuối cùng về mức độ đầy đủ và hiệu quả của hệ thống kiểm soát nội bộ thông qua bộ phận kiểm toán nội bộ. Nhiệm vụ chính của hoạt động kiểm toán nội bộ là đánh giá độc lập về kết quả kiểm soát nội bộ và đưa ra các khuyến nghị trong trường hợp cần thiết. Vì vậy, có thể nói kiểm toán nội bộ cũng được xem là một bộ phận của hệ thống kiểm soát nội bộ.

1.4. Nhiệm vụ của hệ thống kiểm soát nội bộ

Hệ thống kiểm soát nội bộ có nhiệm vụ cơ bản sau đây:

Một là, ngăn ngừa các sai phạm, hạn chế và kiểm soát rủi ro có thể phát sinh trong quá trình tác nghiệp như sai phạm quy định cho vay, quy trình nghiệp vụ cấp tín dụng, đầu tư; chế độ quản lý kho quỹ, bảo quản tài sản bảo đảm và giấy tờ có giá, kiểm soát tính đầy đủ của bộ chứng từ, chế độ bảo mật ngân hàng, quản lý việc phát hành và sử dụng thẻ...

Hai là, phát hiện sai sót thông qua việc xem xét, đối chiếu, đánh giá tính tuân thủ của các hoạt động nghiệp vụ kinh doanh ngân hàng đối với quy định nội bộ và quy định của pháp luật. Từ việc kiểm tra, giám sát, phát hiện hành vi gian lận, lạm quyền của các nhân viên tác nghiệp, tìm được các nguyên nhân dẫn đến sai phạm, thiếu sót để làm sáng tỏ trách nhiệm của các cá nhân, tập thể trong từng vụ việc.

Ba là, bộ phận kiểm toán nội bộ tham gia kiểm tra, đánh giá lại với tư cách đơn vị thẩm định, xác định độ tin cậy của các thông tin được công bố; tính chính xác và trung thực của các thông tin tài chính và hoạt động kinh doanh của tổ chức tín dụng. Trên cơ sở phát hiện các vấn đề trong quá trình thẩm định, kiểm toán nội bộ có thể đưa ra nhận xét về tính an toàn trong hoạt động của hệ thống và đề nghị giải pháp khắc phục.

2. Thực trạng pháp luật điều chỉnh hệ thống kiểm soát nội bộ của các chủ thể kinh doanh ngân hàng tại Việt Nam

- Về hệ thống các văn bản nội bộ. Trong hệ thống các văn bản nội bộ của tổ chức tín dụng, có những văn bản tổ chức tín dụng buộc phải ban hành như quy chế tổ chức và hoạt động của Hội đồng quản trị/Hội đồng thành viên/Ban kiểm soát/Ban điều hành, quy định về các hình thức cấp tín dụng⁸; có

⁸ Thông tư số 44/2011/TT-NHNN quy định về hệ thống kiểm soát và kiểm toán nội bộ của tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài; Thông tư số 28/2012/TT-NHNN quy định về bảo lãnh ngân hàng; Thông tư số 19/2016/TT-NHNN quy định về hoạt động thẻ ngân hàng; Thông tư số 04/2013/TT-NHNN quy định về hoạt động chiết khấu công cụ chuyển nhượng, giấy tờ có giá khác của tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài đối với khách hàng (được sửa đổi, bổ sung bởi: Thông tư số 21/2016/TT-NHNN); Quyết định số 1096/2004/QĐ-NHNN ban hành Quy chế hoạt động bao thanh toán của các tổ chức tín dụng (được sửa đổi, bổ sung bởi Quyết

những văn bản tổ chức tín dụng được tự chủ ban hành như văn bản liên quan đến quản lý nguồn nhân lực, quy định về tuyển dụng, quy định về tiền lương. Tuy vậy, thực tiễn cho thấy các tổ chức tín dụng ban hành văn bản nội bộ hầu như dựa trên quy định của pháp luật. Quy định pháp luật là tiền đề, định hướng để tổ chức tín dụng xây dựng hệ thống văn bản nội bộ, đồng thời tùy theo điều kiện cụ thể của mình bổ sung thêm các nội dung cần làm rõ để các bộ phận trong hệ thống có căn cứ thực hiện.

Đối với văn bản nội bộ liên quan đến chuẩn mực chuyên môn nghiệp vụ (cấp tín dụng, đầu tư, huy động vốn, lãi suất và phí, bảo mật thông tin, tài chính kế toán...), quy định pháp luật và quy định chi tiết của tổ chức tín dụng đều được sử dụng là thước đo để tiến hành kiểm tra đối chiếu, đánh giá việc tuân thủ, chỉ ra những sai sót để khắc phục. Vì vậy, các tổ chức tín dụng đều có xu hướng quy định chi tiết các tác nghiệp để dựa vào đó, nhân viên tổ chức tín dụng thừa hành nhiệm vụ theo trình tự cho trước. Mặt khác, cũng dựa vào văn bản nội bộ chi tiết, cán bộ tiến hành kiểm soát nội bộ có các chuẩn mực trong quá trình kiểm tra, có cơ sở để kết luận đúng, sai trong quá trình thực thi nhiệm vụ.

- Về bộ máy kiểm soát nội bộ. Các tổ chức tín dụng hiện nay tùy theo quy mô và quan điểm về vị trí của hệ thống kiểm soát nội bộ có thể xây dựng bộ máy khác nhau, tuy vậy, nổi lên trên hết trong hoạt động kiểm soát nội bộ là trách nhiệm và thẩm quyền của Ban kiểm soát. Trong mối quan hệ với Đại hội cổ đông, Hội đồng quản trị, Ban điều hành, Ban kiểm soát đóng vai trò kiểm tra, giám sát, kìm chế, đối trọng giữa

các bộ phận quản trị điều hành cấp cao này để đạt tới sự minh bạch và hiệu quả.

Thể hiện ngay tại tên gọi, trách nhiệm của Ban kiểm soát được ghi nhận với từng bộ phận cụ thể⁹, gắn với toàn bộ quá trình kiểm soát nội bộ của tổ chức tín dụng¹⁰. Thực tế, các tổ chức tín dụng đều đã triển khai ba nhóm công việc cơ bản gồm nhóm kiểm soát nội bộ chung; nhóm thực hiện nhiệm vụ quản lý đối với hệ thống kiểm soát nội bộ; và nhóm tổ chức thực hiện đối với kiểm toán nội bộ.

Bên cạnh việc tuân thủ quy định pháp luật về tổ chức thực hiện hoạt động kiểm soát nội bộ, thực tế cơ cấu tổ chức mô hình kiểm soát nội bộ ở các tổ chức tín dụng hiện nay cũng đang đặt ra một số vấn đề. Một số ngân hàng thương mại có thể xây dựng bộ phận kiểm toán nội bộ thuộc Ban kiểm soát và bộ phận kiểm soát nội bộ thuộc Ban điều hành¹¹, nhưng cũng có ngân hàng thương mại xây dựng khối kiểm toán nội bộ thuộc Ban điều hành¹². Sự khác nhau đó do pháp luật hiện hành không quy định rõ vị trí của bộ máy này trong cơ cấu tổ chức của tổ chức tín dụng¹³. Với mô hình bộ máy kiểm soát nội bộ chuyên trách thuộc Tổng Giám đốc sẽ có tính độc lập, các kết quả đánh giá, kết luận, kiến nghị khách quan, không bị chi phối bởi các bộ phận mạng lưới (chi nhánh, phòng giao dịch). Mô hình kiểm toán nội bộ

định số 30/2008/QĐ-NHNN và Thông tư số 14/2016/TT-NHNN).

⁹ Điều 32 Thông tư số 44/2011/TT-NHNN quy định về hệ thống kiểm soát và kiểm toán nội bộ của tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài.

¹⁰ Điều 45 Luật Các tổ chức tín dụng 2010.

¹¹ Ngân hàng thương mại cổ phần Việt Nam Thịnh Vượng: vpbank.com.vn; Ngân hàng thương mại cổ phần Công Thương Việt Nam: investor.vietinbank.vn.

¹² <http://jobs.lienvietpostbank.com.vn/viec-lam/hokhoi-kiem-toan-noi-bo-chuyen-vien-phong-kiem-toan-tin-dung.35a579a3.html>, truy cập ngày 28/2/2017.

¹³ Thông tư số 44/2011/TT-NHNN quy định về hệ thống kiểm soát và kiểm toán nội bộ của tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài.

thuộc Ban điều hành cũng có tính tích cực đó là đảm bảo thường xuyên và trực tiếp kiểm soát nội bộ, có khả năng đề xuất, kiến nghị đến Ban kiểm soát và Hội đồng quản trị/Hội đồng thành viên, tránh tình trạng tồn tại đồng thời hai bộ máy cùng thực hiện hoạt động kiểm soát nội bộ.

Tuy nhiên, quá trình thực thi pháp luật kiểm soát nội bộ đã cho thấy một số hạn chế:

Một là, việc triển khai các yêu cầu trong quy chế kiểm soát nội bộ và kiểm toán nội bộ chưa hiệu quả. Theo kết quả công bố của cơ quan kiểm toán nhà nước trong năm 2008¹⁴ đối với Ngân hàng Đầu tư phát triển, Ngân hàng Nông nghiệp và Phát triển nông thôn, Ngân hàng Chính sách xã hội, Ngân hàng Phát triển nhà đồng bằng sông Cửu Long, năm 2015 đối với Ngân hàng Công Thương¹⁵ cho thấy, mặc dù tổ chức tín dụng đã thành lập bộ phận kiểm tra, kiểm toán nội bộ (tên gọi của các bộ phận này ở các ngân hàng không hoàn toàn giống nhau) nhưng hoạt động không có hiệu quả, không tham mưu được nhiều cho Ban lãnh đạo tổ chức tín dụng, vẫn để xảy ra các sai sót, thậm chí vi phạm pháp luật nghiêm trọng.

Hai là, đội ngũ làm công tác kiểm tra, kiểm toán nội bộ của tổ chức tín dụng hiện nay nhìn chung còn thiếu về số lượng và chưa đạt trình độ chuyên môn nghiệp vụ. Hoạt động “kiểm soát” đặt ra yêu cầu đội ngũ cán bộ kiểm toán nội bộ, đặc biệt là kiểm soát nội bộ phải có trình độ chuyên môn cao để phát hiện vi phạm, kiểm soát hoạt động, phải tâm huyết với nghề nghiệp,

nhưng thực tế họ chưa đạt được các tiêu chuẩn này. Bên cạnh đó, cá nhân tham gia vào hoạt động kiểm tra, kiểm soát nội bộ còn mang tính hình thức, né tránh, ngại va chạm, không ngăn chặn kịp thời các sai sót của các bộ phận nghiệp vụ khi tác nghiệp trong lĩnh vực ngân hàng. Những hạn chế này xuất phát từ chính quy định vị trí của bộ máy kiểm soát trực thuộc Tổng Giám đốc (Giám đốc) tổ chức tín dụng¹⁶.

Ngoài ra, kiểm toán viên nội bộ còn thiếu kinh nghiệm nghề nghiệp và kiến thức về công nghệ thông tin cũng là hạn chế trong phát hiện và xử lý sai phạm.

Ba là, việc đánh giá định kỳ của tổ chức kiểm toán độc lập còn yếu, thậm chí chưa thực hiện. Chủ sở hữu chưa nhận được các tài liệu có liên quan đến kết quả kiểm toán đối với hệ thống kiểm soát nội bộ do chưa có trong cơ cấu tài liệu bắt buộc phải trình Đại hội cổ đông/Đại hội thành viên/chủ sở hữu; các chỉ tiêu (nội dung yêu cầu kiểm toán) chưa có quy định, vì vậy hoàn toàn có thể được giải thích bằng một văn bản kiểm toán mang tính hình thức nên mục tiêu quy định kiểm toán bắt buộc không thực hiện được.

Bốn là, về giá trị pháp lý của hệ thống văn bản nội bộ. Cũng cần phải chỉ ra rằng, nhiều nội dung văn bản pháp luật chưa có sự điều chỉnh hoặc được ban hành kịp thời, dẫn đến khó khăn cho tổ chức tín dụng. Chẳng hạn, Luật Các tổ chức tín dụng 2010 có hiệu lực, đồng nghĩa với việc chấm dứt hiệu lực Luật Các tổ chức tín dụng 1997 và Luật sửa đổi bổ sung 2004 cùng văn bản hướng dẫn thi hành Luật này. Nhưng thực tế cho thấy, các ngân hàng thương mại vẫn phải sử dụng Nghị định 59/2009/NĐ-CP

¹⁴ <http://www.phutho.gov.vn/web/guest/chi-tiet-trang-chu/-/vcmsviewcontent/6Yqj/1097/25677/kiem-to-an-nha-nuoc-kien-nghi-tang-thu-ngan-sach-4-166-ty-ong.html;jsessionid=BC5B37D26AAC40903E9F6D77DD5930BA>, truy cập ngày 28/2/2017.

¹⁵ <http://vnmedia.vn/VN/kinh-doanh/tai-chinh/thanh-tra-chinh-phu-cong-bo-ket-luan-ve-vietinbank-25-3679-797.html>, truy cập ngày 28/2/2017.

¹⁶ Điều 5 Thông tư 44/2011/TT-NHNN ngày 29/12/2011 quy định về hệ thống kiểm soát nội bộ và kiểm toán nội bộ của tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài.

ngày 16/07/2009 về tổ chức và hoạt động của ngân hàng thương mại để ban hành các quy định nội bộ của mình. Điều này là không phù hợp, bởi các căn cứ để ban hành Nghị định 59/2009/NĐ-CP ngày 16/07/2009 (Luật Tổ chức Chính phủ 2001; Luật Ngân hàng Nhà nước 1997; Luật Các tổ chức tín dụng 1997; Luật Doanh nghiệp 2005) đều đã chấm dứt hiệu lực. Nhiều tổ chức tín dụng chưa ban hành được các chuẩn mực để đánh giá hiệu quả hoạt động kiểm toán nội bộ.

Năm là, vai trò và trách nhiệm pháp lý của Ban kiểm soát, cán bộ kiểm toán, kiểm soát nội bộ đối với kết quả hoạt động của kiểm toán, kiểm soát nội bộ chưa đạt yêu cầu và chưa có quy định về trách nhiệm pháp lý của các chủ thể này. Về lý thuyết, Ban kiểm soát do Đại hội cổ đông/Đại hội thành viên/chủ sở hữu bầu ra, thay mặt chủ sở hữu kiểm soát độc lập, khách quan và trung thực mọi hoạt động kinh doanh, quản trị và điều hành. Tuy nhiên, trên thực tế, từ cơ chế giới thiệu ứng viên đến cơ chế hoạt động của Ban kiểm soát chỉ ra rằng, nhiều Ban kiểm soát đang không có thực quyền. Ngay cả Báo cáo của Ban kiểm soát với Báo cáo của Hội đồng quản trị, của Ban điều hành không có nhiều khác biệt đã cho thấy mức độ ảnh hưởng của Báo cáo này tại Đại hội cổ đông. Bên cạnh đó, để tiến hành đại hội chính thức, các phiên họp “thống nhất chương trình đại hội” không loại trừ việc phải xem xét “thống nhất” nội dung các báo cáo trình Đại hội. Tuy nhiên, mặt trái của các bước trừ bị này chính là lợi ích của cổ đông thiểu số và tính “hình thức” của đại hội. Nhiều câu hỏi được đặt ra khi có tổ chức tín dụng hoạt động chưa hiệu quả, thậm chí mất thanh khoản, trong khi tất cả các báo cáo kết quả hoạt động được kiểm toán độc lập, báo cáo của Ban kiểm soát thống nhất về kết quả kinh doanh của doanh

nh nghiệp. Vậy trách nhiệm của Ban kiểm soát đối với những trường hợp này thế nào? Luật Các Tổ chức tín dụng 2010 cũng đã quy định văn bản do Ban kiểm soát ban hành chỉ có ý nghĩa cảnh báo¹⁷.

Đối với trách nhiệm pháp lý của Ban kiểm soát, kiểm toán và kiểm soát nội bộ tổ chức tín dụng hiện mới chỉ được ghi nhận dưới dạng “phải chịu trách nhiệm”¹⁸, còn trách nhiệm thế nào, pháp luật về hệ thống kiểm soát nội bộ chưa đề cập đến. Nghị định 96/2014/NĐ-CP ngày 17/10/2014 quy định về xử phạt hành chính trong lĩnh vực tiền tệ và ngân hàng cũng không đề cập đến trách nhiệm pháp lý (hành chính, hình sự) của những người tham gia kiểm soát nội bộ khi không thực hiện các yêu cầu¹⁹. Từ đó, chúng tôi cho rằng, pháp luật cần ghi nhận giá trị của các quy trình, quy định nội bộ làm căn cứ đánh giá, cũng như quy định cụ thể hành vi vi phạm trong quá trình kiểm soát nội bộ và chế tài tương ứng.

3. Một số kiến nghị

Khác với các hoạt động kinh doanh khác, kinh doanh ngân hàng liên quan đến tất cả các lĩnh vực của đời sống kinh tế. Điều đó giải thích vì sao rủi ro trong hoạt động của một tổ chức tín dụng không chỉ là vấn đề của nội bộ một doanh nghiệp.

Các tổ chức tín dụng hiện nay cần xây dựng cho mình khả năng định lượng rủi ro để có biện pháp phòng ngừa hữu hiệu. Hệ thống quy phạm pháp luật là một trong những yếu tố quan trọng để tổ chức tín dụng

¹⁷ Khoản 6 Điều 45 Luật Các tổ chức tín dụng 2010.

¹⁸ Xem Chương IV Thông tư 44/2011/TT-NHNN ngày 29/12/2011 quy định về hệ thống kiểm soát nội bộ và kiểm toán nội bộ của tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài.

¹⁹ Xem khoản 2 Điều 1 Nghị định 96/2014/NĐ-CP ngày 17/10/2014 quy định về xử phạt hành chính trong lĩnh vực tiền tệ và ngân hàng.

kiểm soát rủi ro tín dụng và rủi ro hệ thống. Các quy định cần có tính khả thi, chặt chẽ và tương thích với chuẩn mực quốc tế.

Bên cạnh đó, cơ quan quản lý các tổ chức tín dụng cần có quy định cụ thể về hệ thống kiểm soát nội bộ. Với tư cách là cơ quan quản lý nhà nước trong lĩnh vực ngân hàng, Ngân hàng Nhà nước có trách nhiệm ban hành văn bản cụ thể, chi tiết điều chỉnh hoạt động kiểm soát nội bộ. Việc quy định chung chung, quy định “mở” sẽ dẫn đến khó khăn cho tổ chức tín dụng cũng như cho chính Ngân hàng Nhà nước khi giám sát, thanh tra hoạt động của tổ chức tín dụng.

Để đáp ứng các yêu cầu trên, chúng tôi xin đề xuất một số kiến nghị nhằm hoàn thiện pháp luật điều chỉnh hệ thống kiểm soát nội bộ của chủ thể kinh doanh ngân hàng tại Việt Nam như sau:

Thứ nhất, về hệ thống văn bản nội bộ.

Theo quy định của Luật Các Tổ chức tín dụng²⁰, các tổ chức tín dụng buộc phải ban hành các văn bản điều chỉnh những hoạt động khác nhau trong nội bộ doanh nghiệp (cấp tín dụng, phân loại tài sản, đánh giá tài sản, quản lý thanh khoản, hệ thống kiểm soát nội bộ, xếp hạng tín dụng nội bộ...). Các tổ chức tín dụng có thể lựa chọn phương án có đủ văn bản nội bộ, tuy nhiên nội dung văn bản chỉ là “nội bộ hóa” các nội dung của văn bản pháp luật liên quan. Dù vậy, văn bản nội bộ chỉ là văn bản khung, thiếu cụ thể, rất khó khăn cho cán bộ, nhân viên thực hiện công việc; hệ thống kiểm soát nội bộ cũng khó xác định được trách nhiệm của từng cá nhân, từng khâu của cả chuỗi hoạt động ngân hàng. Bên cạnh đó, có những lĩnh vực pháp luật ngân hàng không áp đặt mang tính chất bắt buộc nhưng các hoạt động lại diễn ra hàng ngày, ảnh hưởng

trực tiếp đến kết quả hoạt động của tổ chức tín dụng, nếu không có văn bản nội bộ sẽ rất khó khăn trong quá trình vận hành. Ngược lại với phương án trên là phương án chi tiết hóa các nghiệp vụ trong nội bộ tổ chức tín dụng. Theo quan điểm của chúng tôi, văn bản nội bộ phải chi tiết nhưng cần được phân cấp ban hành, để đảm bảo Hội đồng quản trị quyết định những vấn đề lớn, mang tính định hướng cho hoạt động của tổ chức tín dụng; Ban điều hành ban hành văn bản phục vụ trực tiếp công tác điều hành và tuân thủ quy định của Hội đồng quản trị. Như vậy, hệ thống văn bản nội bộ vừa thống nhất, vừa đáp ứng nhu cầu điều hành hiệu quả.

Thứ hai, về việc xác định giá trị pháp lý của hệ thống văn bản nội bộ.

Từ cuối 2016 đến nay, những vụ án lớn trong lĩnh vực ngân hàng được xét xử đều hết sức nghiêm trọng. Điểm đáng lưu ý là, hành vi vi phạm của các bị cáo đều thực hiện trên cơ sở “không ban hành văn bản mà chỉ đạo miệng”²¹. Điều này cho thấy giá trị pháp lý của các văn bản nội bộ nhưng chưa được pháp luật ghi nhận một cách chính thức. Đối với các tổ chức tín dụng có quy mô lớn, hệ thống văn bản nội bộ là cơ sở quan trọng trong quản lý, điều hành, kiểm soát nội bộ và là căn cứ để cơ quan thanh tra, giám sát ngân hàng kiểm tra việc tuân thủ. Vì vậy, việc ghi nhận rõ ràng giá trị pháp lý của hệ thống văn bản nội bộ là cần thiết. Đồng thời, cần xây dựng các chuẩn mực trên cơ sở chuẩn mực quốc tế. Các chuẩn mực quốc tế là cơ sở cần thiết để đảm bảo khả năng kiểm soát đối với rủi ro.

²¹ Theo cáo trạng của Viện kiểm sát nhân dân tối cao ngày 27-28/2/2017 truy tố Hà Văn Thắm và 47 bị cáo khác về các tội “Vi phạm quy định về cho vay trong hoạt động của các tổ chức tín dụng, “Lợi dụng chức vụ, quyền hạn trong khi thi hành công vụ”, “Cố ý làm trái quy định của Nhà nước về quản lý kinh tế gây hậu quả nghiêm trọng”.

²⁰ Điều 93 Luật Các tổ chức tín dụng 2010.

Các nguyên tắc của Ủy ban Basel có giá trị khuyến nghị cho tất cả các quốc gia, trong đó nguyên tắc 17 của Basel quy định về kiểm tra, kiểm toán nội bộ. Việc nghiên cứu và chuyển hóa các khuyến nghị của Basel đã được nhiều quốc gia trong đó có Việt Nam thực hiện²².

Thứ ba, về bộ máy kiểm soát.

Như đã đề cập, bộ phận kiểm soát nội bộ ở các tổ chức tín dụng hiện nay được xây dựng không thống nhất. Vì vậy, cần thống nhất quy định cơ cấu tổ chức các bộ phận kiểm soát nội bộ theo hướng một trục, với quyền cao nhất thuộc về Ban kiểm soát. Thực tiễn cho thấy, nếu hình thành tổ chức bộ máy thống nhất gắn với chức năng nhiệm vụ cụ thể sẽ tránh được sự chồng chéo hoặc phân đoạn đối tượng kiểm soát nội bộ như ở một số tổ chức tín dụng hiện nay. Chẳng hạn, pháp luật quy định Tổng Giám đốc có trách nhiệm “Thiết lập, duy trì và phát triển hệ thống kiểm soát nội bộ hợp lý và hoạt động có hiệu quả đáp ứng được yêu cầu về nhận dạng, đo lường, đánh giá và quản lý rủi ro, phương pháp đánh giá vốn hợp lý, đảm bảo tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài hoạt động an toàn, hiệu quả và đúng pháp luật”²³, nhưng Tổng Giám đốc chỉ là “người điều hành cao nhất của tổ chức tín dụng”²⁴ nên việc duy trì kiểm tra kiểm soát nội bộ chỉ dừng lại ở các bộ phận thuộc Ban điều hành. Việc kiểm soát nội bộ Ban điều hành (bao gồm cả Tổng Giám đốc), các Ủy ban thuộc Hội đồng quản trị/Hội đồng thành viên và chính

Hội đồng quản trị/Hội đồng thành viên có cần thiết và được phép thực hiện không; ai thực hiện; có cần xây dựng điều kiện và kế hoạch kiểm soát nội bộ không(?) là những câu hỏi vẫn chưa có được câu trả lời. Về lý thuyết, kiểm toán nội bộ xây dựng kế hoạch kiểm toán và có thể kiểm tra kiểm soát việc tuân thủ của các Ủy ban, Hội đồng thuộc Hội đồng quản trị, Ban điều hành. Tuy nhiên, thực tiễn hầu như Ban kiểm soát các tổ chức tín dụng không xây dựng kế hoạch này. Vì vậy, lỗ hổng rủi ro là hiện hữu và khả năng xảy ra thiệt hại cũng như vi phạm là rất lớn. Điều này xuất phát từ chính thẩm quyền về tín dụng, thẩm quyền ban hành văn bản nội bộ đều tập trung về Hội đồng quản trị/Hội đồng tín dụng tập trung/Ban điều hành. Điều đó cũng giải thích vì sao các vụ việc liên quan đến khởi tố hình sự tại các tổ chức tín dụng gần đây đều xuất phát từ kết quả làm việc của cơ quan thanh tra và cơ quan điều tra²⁵. Bên cạnh việc có những bộ phận thuộc tổ chức tín dụng chưa được kiểm soát nội bộ, tồn tại tình trạng có những bộ phận hoặc những hoạt động vừa nằm trong kế hoạch kiểm soát nội bộ vừa đồng thời với kiểm toán nội bộ (tình trạng trùng đối tượng), gây cản trở không nhỏ cho các đơn vị và cá nhân trong báo cáo, giải trình.

Với những lập luận cơ bản trên, chúng tôi cho rằng, pháp luật cần sớm quy định mô hình thống nhất cho bộ phận kiểm soát nội bộ theo hướng tập trung và trực thuộc Ban kiểm soát. Bên cạnh đó, cần quy định bổ sung trách nhiệm kiểm tra, kiểm soát có tính định kỳ đối với cơ quan quản trị, điều hành tổ chức tín dụng, cũng như bộ phận trực thuộc Hội đồng quản trị.

²² Tất cả các nước ASEAN, EU, Hoa Kỳ, Australia...

²³ Điểm c khoản 1 Điều 31 Thông tư 44/2011/TT-NHNN ngày 29/12/2011 quy định về hệ thống kiểm soát nội bộ và kiểm toán nội bộ của tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài.

²⁴ Khoản 2 Điều 48 Luật Các tổ chức tín dụng 2010.

²⁵ <http://vietnamnet.vn/vn/thoi-su/tin-nong-khoi-to-nguyen-tgd-ngan-hang-dong-a-tran-phuong-binh-345685.html>, truy cập ngày 10/12/2016.