ISSN 1859 - 2953
www.nclp.org.vn

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

VĂN PHÒNG QUỐC HỘI
Số 14(175) / Tháng 7/2010

CHÀO MỪNG ĐẠI HỘI ĐẢNG BỘ CÁC CẤP TIẾN TỚI ĐẠI HỘI ĐẠI BIỂU TOÀN QUỐC LẦN THỨ XI CỦA ĐẢNG

DIỄN ĐÀN VỀ NHÀ NƯỚC, PHÁP LUẬT, CHÍNH SÁCH

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

Mục lục

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

5 Bàn về thực trạng và nhu cầu pháp luật về tổ chức bộ máy nhà nước và pháp luật về quyền con người theo Nghị quyết 48 của Bộ Chính trị (kỳ I)

GS, TS. Trần Ngọc Đường

14 Sửa đổi quy trình sửa đổi Hiến pháp

Bùi Ngọc Sơn

22 Hoàn thiện cơ sở pháp lý về hoạt động chất vấn và trả lời chất vấn tại phiên họp Ủy ban Thường vụ Quốc hội

ThS. Nguyễn Mai Thoa

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

26 Xây dựng lại chế định chiếm hữu bằng chất liệu khoa học phù hợp

TS. Nguyễn Ngọc Điện

33 Những chướng ngại vật trên hành lang pháp lý về giao dịch bảo đảm

Dương Thanh Minh

CHÍNH SÁCH

43 Tư tưởng Hồ Chí Minh về đào tạo, bồi dưỡng cán bộ và việc vận dụng của Đảng ta trong thời kỳ mới

ThS. Nguyễn Quốc Sửu

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

50 Các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự

TS. Trần Đình Thắng

54 Pháp luật về kinh doanh bất động sản ở Việt Nam dưới góc độ hoạt động đầu tư nước ngoài

ThS. Nguyễn Ngọc Minh

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

59 Bài học kinh nghiệm từ quá trình cải cách hành chính tại Trung Quốc

TS. Nguyễn Văn Cường

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:
TS. TRẦN ĐÌNH ĐÀN (CHỦ TỊCH)
TS. NGUYỄN SĨ DŨNG (PHÓ CHỦ TỊCH)
GS. TSKH. ĐÀO TRỌNG THI
GS. TS. TRẦN NGỌC ĐƯỜNG
PGS. TS. ĐINH VĂN NHÃ
PGS. TS. TRẦN ĐÌNH NHÃ
PGS. TS. PHAN TRUNG LÝ
PGS. TS. ĐẶNG VĂN THANH
TS. DƯƠNG NGỌC NGƯU
TS. NGÔ ĐỨC MẠNH
TS. PHẠM VĂN HÙNG

TỔNG BIÊN TẬP
TS. PHẠM VĂN HÙNG

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP:
NGUYỄN QUANG MINH

TRỤ SỞ:
27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI
ĐT: 080-48486/ 44078
FAX: 080-48486
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

THIẾT KẾ:
NGUYỄN ANH VŨ

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:
Số 117/GP-NGÀY 30-3-2001
CỦA BỘ VHTT

PHÁT HÀNH:
HÀ NỘI: 080-43364
TP. HỒ CHÍ MINH: 080-83558

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

IN TẠI CÔNG TY CP IN KHKT

GIÁ: 12.500 ĐỒNG

Ảnh bìa: Đồng chí Phạm Quang Nghị, Ủy viên BCT, Bí thư Thành ủy Hà Nội dự Đại hội Đảng bộ quận Tây Hồ lần thứ IV.
Tác giả: Nguyệt Ánh

NGHIÊN CỨU
LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

Legis 7/2010

STATE AND LAW

5 Discussion on current issues and demand of laws on the state apparatus and on human rights following the Politburo's Resolution No.48 (part I)

Prof. Dr. Tran Ngoc Duong

14 Reforming procedure to amend the Constitution

Bui Ngoc Son

12 Improving legal basis of interpellation and interpellation answering at the session of National Assembly's Standing Committee

LL.M. Nguyen Mai Thoa

DISCUSSION OF BILLS

26 Rebuilding regulation on possession by suitable scientific material

Dr. Nguyen Ngoc Dien

33 The obstacles in the legal framework for secured transactions

Duong Thanh Minh

POLICIES

43 Ho Chi Minh's thought on training and fostering cadres and the application of our Party in the new period

LL.M. Nguyen Quoc Suu

LEGAL PRACTICE

50 Circumstances extenuating penal liability

Dr. Tran Dinh Thang

54 Law on real estate business in Vietnam in respect of foreign investment activities

LL.M Nguyen Ngoc Minh

FOREIGN EXPERIENCE

59 Experiences from the process of administrative reform in China

Dr. Nguyen Van Cuong

EDITORIAL:
Dr. TRAN DINH DAN (Chairman)
Dr. NGUYEN SI DUNG (Vice Chairman)
Prof. Dr. DAO TRONG THI
Prof. Dr. TRAN NGOC DUONG
Prof. Dr. DINH VAN NHA
Prof. Dr. TRAN DINH NHA
Prof. Dr. PHAN TRUNG LY
Prof. Dr. DANG VAN THANH
Dr. DUONG NGOC NGUU
Dr. NGO DUC MANH
Dr. PHAM VAN HUNG

EDITOR-IN-CHIEF:
Dr. PHAM VAN HUNG

VICE EDITOR-IN-CHIEF:
NGUYEN QUANG MINH

OFFICE:
27A VONG THI - TAY HO - HA NOI
ĐT: 080-48486/ 44078
FAX: 080-48486
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

DESIGN:
NGUYEN ANH VU

LICENSE OF PUBLISHMENT:
N^{O} 117/GP-DATE 30-3-2001
MINISTRY OF CULTURE AND INFORMATION

DISTRIBUTION:
HA NOI: 080-43364
HO CHI MINH CITY: 080-83558

ACCOUNT NUMBER:
0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED IN SCIENCE TECHNOLOGY PRINTING COMPANY

Price: 12,500 VND

Bàn về thực trạng và nhu cầu pháp luật về tổ chức bộ máy nhà nước và pháp luật về quyền con người theo Nghị quyết 48 của Bộ Chính trị

■ TRẦN NGỌC ĐƯỜNG *

Ngày 24/5/2005, Bộ Chính trị ra Nghị quyết số 48-NQ/TƯ Về chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020 (Nghị quyết 48). Ngày 21/3/2007, Ủy ban Thường vụ Quốc hội đã ban hành Kế hoạch số 900/UBTVQH11 triển khai Nghị quyết này của Bộ Chính trị. Ngày 15/9/2009, Ủy ban Thường vụ Quốc hội đã ban hành Nghị quyết số 819/UBTVQH12 về việc thành lập Ban Chỉ đạo sơ kết công tác thực hiện Kế hoạch số 900/UBTVQH11. Để góp phần phục vụ công tác sơ kết, dựa trên các tiêu chí đánh giá khoa học về tính hoàn thiện của một hệ thống pháp luật; đối chiếu với yêu cầu và nội dung đề ra của Nghị quyết 48; kết hợp với thực tiễn xây dựng, hoàn thiện và thi hành pháp luật; chúng tôi bước đầu có một số nhận xét, đánh giá thực trạng và nhu cầu pháp luật về tổ chức bộ máy nhà nước và pháp luật về quyền con người hiện nay ở nước ta.

1. Thực trạng pháp luật về tổ chức bộ máy nhà nước và pháp luật về quyền con người ở nước ta hiện nay

1.1. Thực trạng pháp luật về tổ chức bộ máy nhà nước

1.1.1. Về tính toàn diện của pháp luật về tổ chức bộ máy nhà nước

Nghị quyết 48, trước hết, đòi hỏi việc xây dựng và hoàn thiện pháp luật về tổ chức bộ máy nhà nước (BMNN) phải thể chế hoá các quan điểm về "xây dựng và hoàn thiện nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa (NNPQ XHCN); cụ thể hoá đầy đủ nguyên tắc hiến định: Quyền lực nhà nước (QLNN) là thống nhất, có sự phân công và phối hợp giữa các cơ quan nhà nước (CQNN) trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp".

Có thể nói, dưới ánh sáng của đường lối đổi mới, về phương diện lý luận tổ chức BMNN, Đảng và Nhà nước ta có hai cống hiến lớn: (i) lần đầu tiên ghi nhận trong Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi một số điều năm 2001): "Nhà nước Cộng hoà Xã hội chủ nghĩa (CHXHCN) Việt Nam là NNPQ XHCN của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân" (Điều 2) và (ii), cũng lần đầu tiên trong Hiến pháp nước ta thừa nhận nguyên tắc tổ chức và hoạt động mới của BMNN là: "QLNN là thống nhất, có sự phân công và phối hợp giữa các CQNN trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp" (Điều 2).

Hai điểm mới quan trọng nhất nói trên đã chỉ đạo việc xây dựng và hoàn thiện pháp luật về tổ chức BMNN ta như thế nào? Đã thể hiện một cách toàn diện trong tổ chức BMNN ra sao? và đã đi vào thực tiễn lập pháp cũng như tổ chức thực hiện pháp luật trên lĩnh vực này như thế nào trong thời gian qua? Có thể đánh giá như sau:

Một là, Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi một số điều năm 2001) không những đã thể chế hai quan điểm chỉ đạo đó thành quy định về bản chất và là nguyên tắc tổ chức và hoạt động của BMNN cần phải tiếp tục xây dựng và hoàn

(*) GS,TS. Viện Nghiên cứu Lập pháp.

thiện, mà còn bước đầu được cụ thể hoá, nhất là qua các quy định về thẩm quyền lập pháp, thẩm quyền quyết định và thẩm quyền giám sát tối cao của Quốc hội với những sửa đổi, bổ sung phù hợp, minh bạch, rõ ràng hơn, như: "Quyết định chương trình xây dựng luật, pháp lệnh" (khoản 1 Điều 84); "Quyết định chính sách tài chính tiền tệ quốc gia… phân bổ ngân sách trung ương" (khoản 3, 4 Điều 84). Phân định thẩm quyền đúng đắn hơn theo tinh thần pháp quyền giữa Quốc hội và cơ quan thường trực giữa hai kỳ họp của nó, như không giao cho Uỷ ban Thường vụ Quốc hội xem xét phê chuẩn nhân sự theo đề nghị của Thủ tướng Chính phủ giữa hai kỳ họp của Quốc hội. Điều chỉnh nhiệm vụ quyền hạn của Viện Kiểm sát nhân dân (KSND) cho phù hợp với điều kiện kinh tế - xã hội mới. Theo đó, Luật sửa đổi bổ sung một số điều của Luật Tổ chức Quốc hội được ban hành (ngày11/4/2007) đã tổ chức lại một số cơ quan của Quốc hội, nhằm xây dựng một Quốc hội mạnh và thực quyền.

Cùng với việc điều chỉnh lại thẩm quyền, trách nhiệm của các CQNN nói chung, pháp luật về cán bộ công chức nhà nước nói riêng cũng được hoàn thiện thêm một bước bằng việc ra đời một số luật mới lần đầu tiên được ban hành ở nước ta như Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước năm 2009, Luật Cán bộ, công chức năm 2008 (nâng Pháp lệnh Cán bộ, công chức thành Luật).

Hai là, tuy nhiên, theo đòi hỏi về tính toàn diện của việc thể chế hai quan điểm chỉ đạo nói trên, xét cả trên phương diện xây dựng và hoàn thiện pháp luật lẫn trên bình diện tổ chức thực hiện pháp luật hiện hành về tổ chức BMNN, còn bộc lộ một số khiếm khuyết sau đây:

- Tư duy pháp lý về *xây dựng NNPQ chậm hình thành*. Một số vấn đề ở tầm quan điểm, chủ trương lớn về tổ chức bộ máy chưa được làm sáng rõ nên không đạt được sự dứt khoát và mạnh mẽ trong thiết kế mô hình tổ chức, nhất là, thiếu sự nhận thức thống nhất và quy định phù hợp trong việc xác định nhiệm vụ và thẩm quyền của các cơ quan trong BMNN. Điều đó thể hiện trên một số mặt chủ yếu sau đây:

+ Hiến pháp là đạo luật cơ bản, nhưng ngay nội dung của nó cũng chưa xác định được cơ quan nào là cơ quan hành pháp, cơ quan nào là cơ quan tư pháp. Điều đó dẫn đến việc quy định thẩm quyền không rõ ràng, ảnh hưởng đến việc tổ chức và thực hiện pháp luật của các cơ quan này trong thực tế;

+ *Mô hình tổ chức bộ máy NNPQ XHCN khác với mô hình tổ chức BMNN theo Hiến pháp năm 1980 như thế nào chưa thật tường minh về nhận thức lý luận*. Nguyên nhân cơ bản là do chưa có sự nhận thức đầy đủ và thống nhất nguyên tắc hiến định: "QLNN là thống nhất có sự phân công và phối hợp giữa các CQNN trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp". Vì vậy, ngay trong Hiến pháp, việc phân công, phân nhiệm nhiệm vụ quyền hạn của các nhánh QLNN về lập pháp, hành pháp và tư pháp chưa thật phù hợp. Ví như khi quy định nhiệm vụ quyền hạn của Quốc hội vẫn còn chịu ảnh hưởng của nguyên tắc tập quyền XHCN, thừa nhận sự thống nhất của QLNN thể hiện tập trung ở Quốc hội, nên đã quy định Quốc hội là cơ quan duy nhất có quyền lập hiến. Còn nếu thừa nhận nguyên tắc QLNN là thống nhất ở nhân dân (cả ba quyền đều cùng một nguồn gốc, một bản chất và một mục đích thống nhất là nhân dân) thì quyền lập hiến phải thuộc về nhân dân như Hiến pháp năm 1946, chứ không phải thuộc về Quốc hội như quy định của Hiến pháp hiện hành.

- Tư duy về mô hình tổ chức BMNN theo Hiến pháp năm 1992 còn ít nhiều *chịu ảnh hưởng của tư duy nhà nước bao cấp và kế hoạch hoá* trước đây, nên việc thể chế hai quan điểm mới nói trên chưa thật sự nhất quán. Ví như mặc dầu đã bỏ chức năng kiểm sát chung, nhưng vẫn giữ lại nhiệm vụ quyền hạn kiểm sát hoạt động tư pháp của Viện KSND. Chính phủ vẫn là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất với nhiệm vụ quyền hạn rất thụ động, chấp hành là chủ yếu… Tư duy pháp lý của mô hình tổ chức bộ máy NNPQ XHCN chậm ra đời đã hạn chế sự hình thành của một số thiết chế về kiểm soát quyền lực nhà nước như cơ chế bảo hiến chuyên trách; chuyển Viện KSND thành Viện Công tố; tổ chức lại mô hình thi hành án hình sự theo tư duy mới. Tất cả điều đó trên thực tế đã làm

chậm quá trình cải cách BMNN.

Ba là, tính toàn diện của pháp luật về tổ chức BMNN theo Nghị quyết 48 còn đòi hỏi phải: "Xây dựng và hoàn thiện pháp luật về tổ chức và hoạt động Quốc hội theo hướng nâng cao chất lượng lập pháp, bảo đảm tốt hơn tính dân chủ, pháp chế, công khai minh bạch của hệ thống pháp luật". Xem xét tính toàn diện của pháp luật về tổ chức BMNN theo các đòi hỏi về quyền lập pháp, có thể rút ra một số đánh giá sau đây:

- Xét về tổ chức bộ máy Quốc hội đã có một bước đổi mới theo định hướng nâng cao chất lượng lập pháp. Một số tư duy mới về tổ chức hoạt động của Quốc hội đã ra đời như: tăng cường chất lượng và số lượng các cơ quan của Quốc hội, các đại biểu Quốc hội chuyên trách theo định hướng muốn Quốc hội mạnh phải xây dựng hai trụ cột của Quốc hội là các Uỷ ban, Hội đồng Dân tộc và đại biểu Quốc hội phải mạnh. Tuy nhiên, *các tư duy về Quốc hội theo mô hình nhà nước kế hoạch hóa quan liêu bao cấp trước đây vẫn còn thể hiện trong Hiến pháp và Luật Tổ chức Quốc hội hiện hành*. Đó là còn một số quy định về nhiệm vụ quyền hạn của Quốc hội chưa thật phù hợp (như giám sát văn bản quy phạm pháp luật, giám sát hoạt động tư pháp). Tổ chức và hoạt động của các cơ quan của Quốc hội chưa phù hợp với tính chất và đặc trưng của cơ quan lập pháp. Sự khác nhau căn bản giữa lập pháp và hành pháp là ở chỗ, trong tổ chức của mình, Quốc hội không có các cấp, các chức vụ hành chính; không có người quản lý, người bị quản lý. Tất cả các đại biểu Quốc hội đều bình đẳng với nhau về nhiệm vụ và quyền hạn. Nhưng trên thực tế, các cơ quan của Quốc hội lại được hành chính hoá. Trong các Uỷ ban và Hội đồng Dân tộc có các cấp bậc khác nhau từ Chủ nhiệm, các Phó Chủ nhiệm, đại biểu chuyên trách thường trực, đại biểu chuyên trách không thường trực, đại biểu là thành viên. Các chức danh đó lại có chế độ chính sách khác nhau, không tạo ra môi trường bình đẳng và độc lập trong tổ chức và hoạt động của đại biểu. Luật Bầu cử Quốc hội chưa có sự đổi mới theo tư duy xây dựng NNPQ XHCN của dân, do dân và vì dân để gắn trách nhiệm của đại biểu với cử tri, để cử tri giám sát được đại biểu. Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội lần đầu tiên ra đời ở nước ta nhằm cụ thể hóa nhiệm vụ và quyền hạn giám sát tối cao của Quốc hội, nhưng các quy định về chủ thể, nội dung, phạm vi, khách thể, đối tượng giám sát cần phải được rà soát để xác định cho phù hợp, khả thi và minh bạch hơn. *Tư duy về Quốc hội toàn quyền trong mô hình nhà nước quan liêu bao cấp vẫn còn thể hiện trong Luật Hoạt động giám sát*. Quyết định các vấn đề trọng đại của đất nước là một trong ba chức năng cơ bản của Quốc hội nước ta. Nhưng đến nay, Quốc hội vẫn chưa xây dựng được luật về hoạt động quyết định những vấn đề trọng đại của đất nước để cụ thể hóa việc thực hiện nhiệm vụ và quyền hạn này, nhất là quy trình, thủ tục thực hiện theo nguyên tắc "dân chủ, đảm bảo để nhân dân tích cực tham gia vào các hoạt động của các cơ quan dân cử" như Nghị quyết 48 yêu cầu, dù đã ba lần Quốc hội ra Nghị quyết quy định những công trình trọng điểm quốc gia thuộc thẩm quyền quyết định của mình.

- Chất lượng lập pháp có tiến bộ hơn, hạn chế được phần nào tình trạng "luật khung", "luật ống" với những quy định không có nội dung điều chỉnh. Nhìn tổng thể so với trước đây, hệ thống pháp luật nước ta đã tương đối đầy đủ. Trên các lĩnh vực của đời sống xã hội từ kinh tế, văn hoá, giáo dục, khoa học công nghệ, xã hội, an ninh quốc phòng, các giao lưu dân sự, phòng chống tội phạm… đều đã có các đạo luật, bộ luật điều chỉnh. Tuy nhiên, hệ thống pháp luật đó đang tồn tại nhiều "lỗ hổng", sự điều chỉnh pháp luật ngay trong một lĩnh vực cũng còn nhiều khoảng trống. Ngay trong lĩnh vực tổ chức BMNN, *thẩm quyền của lập pháp, hành pháp chưa được phân định rõ ràng trong nhiều lĩnh vực quan hệ cụ thể*, nên trên thực tế còn để trống nhiều quan hệ xã hội chưa có pháp luật điều chỉnh. Ví như Hiến pháp năm 1992 quy định: Quốc hội có thẩm quyền quyết định chính sách tài chính, tiền tệ quốc gia (khoản 4 Điều 84), nhưng chính sách tài chính tiền tệ quốc gia có nội hàm thế nào thì rất khó xác định khi xây dựng các luật về ngân hàng, luật về ngân sách. Đối với những đạo luật chuyên ngành khác như Luật Đất đai, Luật Ngân sách nhà nước, Luật

Bảo vệ rừng, Luật Đầu tư… cũng chưa xác định được thẩm quyền của Quốc hội và Chính phủ, của các Bộ ngành và chính quyền địa phương trong các quan hệ cụ thể, mà chỉ quy định chung chung mang tính nguyên tắc, nên khó tổ chức thực hiện. Hiến pháp quy định Quốc hội có 14 nhiệm vụ quyền hạn, nhưng có một số nhiệm vụ quyền hạn chưa được cụ thể hoá thành luật nên các nhiệm vụ đó chưa được thực hiện. Ví dụ như quyết định việc trưng cầu dân ý, quyết định đại xá…

Như vậy, có thể nhận xét rằng, pháp luật về tổ chức BMNN trong các lĩnh vực cụ thể *còn có "khoảng trống" trong việc quy định thẩm quyền* (nhiệm vụ và quyền hạn) *giữa Quốc hội và Chính phủ*. "Khoảng trống" pháp luật đó làm cho việc phân công, phân nhiệm một cách rạch ròi nhiệm vụ và quyền hạn của Quốc hội trong mối quan hệ với hành pháp theo đòi hỏi của nguyên tắc tổ chức QLNN trong NNPQ XHCN mà Đảng và Nhà nước ta đề ra chưa được thực hiện một cách rõ ràng, minh bạch, làm cho lao động QLNN không đề cao được trách nhiệm của từng chủ thể, đánh giá thành tích và khuyết điểm sai lầm sẽ chung chung, không chỉ rõ được chủ thể chịu trách nhiệm.

Bốn là, tính toàn diện về pháp luật tổ chức BMNN theo Nghị quyết 48 đòi hỏi: "xây dựng và hoàn thiện pháp luật về tổ chức, cán bộ và hoạt động của các cơ quan hành chính nhà nước phù hợp với mục tiêu, yêu cầu cải cách hành chính nhà nước… Xóa bỏ vai trò chủ quản của cơ quan hành chính đối với doanh nghiệp để các cơ quan này tập trung làm tốt chức năng quản lý nhà nước theo luật. Đơn giản hóa và công khai, minh bạch các thủ tục hành chính, đặc biệt là các thủ tục liên quan trực tiếp đến quyền và lợi ích của người dân và doanh nghiệp". Xem xét các đòi hỏi trên, có thể nhận thấy rằng:

- Xây dựng và hoàn thiện pháp luật về tổ chức, và hoạt động của các cơ quan hành chính nhà nước đã có sự chú trọng tới việc cải cách hành chính, thu gọn đầu mối các Bộ, các cơ quan thuộc Chính phủ. Tuy nhiên, bộ máy hành chính đã "không gọn" mà ngày càng "phình to" cùng với hoạt động lập pháp của Quốc hội và hoạt động lập quy của Chính phủ. Đối với hoạt động lập pháp của Quốc hội, nhiều tổ chức và con người "ăn theo" ra đời cùng với việc xây dựng, ban hành luật. Đối với hoạt động lập quy của Chính phủ, tình trạng đẻ ra Tổng cục ở các Bộ ngày càng phổ biến, việc chia tách huyện, xã cũng làm cho bộ máy phình to, tiêu tốn ngân sách ngày càng lớn trong lúc điều kiện vật chất, đường sá, thông tin liên lạc ngày càng được cải thiện. Xét trong mối quan hệ với ngân sách nhà nước, có thể xem đây là một biểu hiện tiêu cực của hoạt động lập pháp và hoạt động lập quy, làm cho BMNN ngày càng phình to, trái với yêu cầu cải cách hành chính. Theo số liệu của Bộ Nội vụ năm 2001, cả nước có 622 huyện, quận; 10.611 xã, phường; năm 2005 có 670 huyện, quận, 10.862 xã; phường, còn hiện nay có tới 691 huyện quận, 11.062 xã, phường;

- Hiến pháp cũng như Luật Tổ chức Chính phủ chưa làm rõ được vị trí vai trò của Chính phủ trong NNPQ XHCN là cơ quan hành pháp cao nhất. Chính phủ, theo Hiến pháp hiện hành là "cơ quan hành chính nhà nước cao nhất". Chúng ta biết rằng, hành pháp (executive) và hành chính (administraition) là những khái niệm khác nhau. Hành pháp dùng để chỉ hoạt động hoạch định và điều hành chính sách quốc gia. Hành chính dùng để chỉ hoạt động chấp hành chính sách của các công chức. Tổ chức bộ máy và cán bộ của Chính phủ là để hoạt động hoạch định, điều hành chính sách gắn liền với các chính khách - những nhà hoạt động chính trị như Thủ tướng, các Bộ trưởng, chứ không phải là những hoạt động chấp hành chính sách một cách thuần túy của các công chức. Vì không phân biệt hành pháp khác với hành chính, nên trong tổ chức và hoạt động của mình, Chính phủ chưa trở thành chủ thể có nhiệm vụ hàng đầu là hoạch định chính sách quốc gia. Công việc hoạch định chính sách quốc gia, đặc biệt là chính sách trong các dự án luật phần lớn được giao phó cho các Bộ là chủ yếu. Vì thế, trên nhiều lĩnh vực của đời sống xã hội, Chính phủ chưa *đề ra được chính sách quốc gia một cách bài bản, khoa học dưới dạng các chiến lược quốc gia*. Ví như chiến lược quốc gia về thuế; chiến lược quốc gia về tài nguyên khoáng sản… đến nay không rõ. Trong điều kiện hội nhập và mở

cửa, sự thăng trầm của một đất nước phụ thuộc rất nhiều vào vai trò của Chính phủ - người trực tiếp chèo lái con thuyền đất nước đi đến giàu mạnh, văn minh, Hiến pháp và Luật tổ chức Chính phủ phải xác định lại vị trí của Chính phủ là cơ quan hành pháp cao nhất, là người trực tiếp điều hành xã hội. Muốn điều hành được xã hội một cách chủ động, linh hoạt, Chính phủ phải là người có vai trò hoạch định và điều hành chính sách quốc gia.

- Điều 112 Hiến pháp năm 1992 quy định nhiệm vụ quyền hạn của Chính phủ còn mang nặng tư duy về Chính phủ trong nhà nước hành chính quan liêu bao cấp. Các nhiệm vụ và quyền hạn của Chính phủ được quy định khá thụ động, chủ yếu là chấp hành, thi hành. Nhưng Chính phủ trong NNPQ XHCN có thể định nghĩa một cách ngắn gọn là "Phủ" ra chính sách. Tiếc rằng, Hiến pháp đã không làm nổi rõ thẩm quyền đó của Chính phủ. Đồng thời, Hiến pháp liệt kê đến 11 khoản về nhiệm vụ và quyền hạn của Chính phủ ở Điều 112, song vẫn không đầy đủ. Bởi, Chính phủ là người điều hành xã hội, trong khi xã hội lại thường xuyên vận động và phát triển. Vì vậy, việc liệt kê các nhiệm vụ và quyền hạn của Chính phủ như Hiến pháp và Luật Tổ chức Chính phủ hiện hành là không phù hợp. Chỉ cần quy định rõ ràng, minh bạch thẩm quyền của Quốc hội và các cơ quan tư pháp, còn lại là thẩm quyền của Chính phủ. Thẩm quyền của Chính phủ bị giới hạn bởi thẩm quyền của Quốc hội và các cơ quan tư pháp. Việc quy định nhiệm vụ và quyền hạn của Chính phủ theo phương pháp liệt kê sẽ dẫn Chính phủ đến thụ động, thiếu năng động, sáng tạo trong hoạt động.

- Pháp luật về hành chính, theo Nghị quyết 48 của Bộ Chính trị yêu cầu đến năm 2010 phải "xóa bỏ vai trò chủ quản của cơ quan hành chính đối với doanh nghiệp, để các cơ quan này tập trung làm tốt chức năng quản lý theo luật". Có thể nói, cho đến nay, pháp luật chẳng những *chưa xóa bỏ được quan hệ "cha - con" giữa các cơ quan hành chính chủ quản với các doanh nghiệp, mà do lợi ích thị trường ngày càng phát triển, quan hệ "cha - con" ấy ngày càng sâu nặng mà chưa có cơ chế pháp lý ngăn chặn*. Quan hệ "ngầm" giữa QLNN với các tập đoàn, doanh nghiệp có xu hướng phát triển, nhưng chưa có pháp luật minh bạch hóa quan hệ này nhằm phòng chống tham nhũng, tiêu cực. Theo dư luận xã hội, đằng sau các quan chức hành chính đều có bóng dáng doanh nghiệp, tập đoàn thuộc ê kíp của mình, nhưng đến nay vẫn không có cơ chế pháp lý phát hiện và minh bạch hóa quan hệ đó. Chính vì pháp luật chưa đóng được vai trò xóa bỏ quan hệ chủ quản giữa các cơ quan hành chính với các doanh nghiệp, nên các cơ quan này chưa làm tốt chức năng quản lý nhà nước của mình. Theo nhận định của Báo cáo phát triển Việt Nam năm 2010 thì: "Tham nhũng không gây cản trở nhiều lắm cho hoạt động của doanh nghiệp, song mức độ hối lộ tính bằng phần trăm trong doanh thu thì không hề giảm"[1]. Tình trạng tài nguyên, khoáng sản được khai thác một cách bừa bãi, xuất thô qua biên giới không kiểm soát được ở nhiều tỉnh thành trong thời gian qua là một minh chứng.

- "Đơn giản hóa và công khai, minh bạch các thủ tục hành chính, đặc biệt là các thủ tục liên quan trực tiếp đến quyền và lợi ích của người dân và doanh nghiệp" theo yêu cầu của Nghị quyết 48 đã được đẩy mạnh. Tuy nhiên, cải cách thủ tục hành chính chỉ có hiệu quả khi tiến hành song song, đồng bộ với cải cách thiết chế, cải cách tổ chức bộ máy hành chính và con người. Tiếc rằng thời gian qua, cải cách thiết chế, cải cách tổ chức bộ máy công chức, công vụ không được coi trọng và tiến hành song song với cải cách thủ tục hành chính. Do đó, mặc dầu thủ tục hành chính đã được đơn giản hóa, nhưng đi vào cuộc sống còn rất khó khăn vì tổ chức bộ máy và con người chưa được cải cách tương xứng. Công chức, công vụ đã được điều chỉnh bằng luật, nhưng tác dụng điều chỉnh còn hạn chế, trách nhiệm chưa được đề cao; đạo đức nghề nghiệp cho từng loại cán bộ công chức chưa hình thành;

- Pháp luật về khiếu nại tố cáo chưa "đảm

(1) Báo cáo phát triển Việt Nam năm 2010 - Các thể chế hiện đại (trang XIV). Xem: Báo cáo chung của các nhà tài trợ tại Hội nghị tư vấn các nhà tài trợ cho Việt Nam tổ chức tại Hà nội, ngày 3-4 tháng 12/2009.

bảo cho mọi quyết định và hành vi hành chính trái pháp luật đều được phát hiện và có thể bị khởi kiện trước Tòa án". Các quyền và lợi ích hợp pháp của người dân khi bị CQNN và những người có thẩm quyền xâm hại chưa có cơ chế giải quyết bình đẳng, đơn giản, thuận lợi cho người dân;

- Pháp luật về tổ chức và hoạt động thanh tra, kiểm tra chưa đảm bảo cho toàn bộ mọi hoạt động của hành pháp đều được kiểm soát. Có thể nói, pháp luật về tổ chức bộ máy hành pháp chưa coi trọng xây dựng cơ chế kiểm soát QLNN bên trong bộ máy của mình. Bản thân hành pháp chưa kiểm soát được chính mình thì khó mà kiểm soát được xã hội;

- Pháp luật về chính quyền địa phương (Luật Tổ chức Hội đồng nhân dân và Uỷ ban nhân dân) vẫn còn mang nặng tư duy của mô hình tổ chức cũ, chậm được đổi mới do thiếu một hệ thống quan điểm lý luận nhất quán về mô hình tổ chức chính quyền địa phương. Chính quyền địa phương gồm mấy cấp hoàn chỉnh? Uỷ ban nhân dân là cơ quan thường trực giữa hai kỳ họp của Hội đồng nhân dân cùng cấp như trước đây, hay Hội đồng nhân dân có cơ quan thường trực riêng của mình? Ở địa phương có tổ chức theo hai nhánh QLNN có tính độc lập tương đối như ở trung ương (lập pháp và hành pháp) hay không? QLNN ở trung ương và QLNN ở địa phương quan hệ theo phân cấp do lập quy điều chỉnh như hiện này hay theo phân quyền do hoạt động lập pháp điều chỉnh? Những vấn đề đó chưa được làm sáng rõ và thống nhất nhận thức, nên pháp luật về tổ chức chính quyền địa phương không ổn định và chủ yếu được điều chỉnh bằng hoạt động lập quy của Chính phủ.

Năm là, xây dựng và hoàn thiện pháp luật về tổ chức và hoạt động của BMNN còn đòi hỏi phải tiếp tục "xây dựng và hoàn thiện pháp luật về tổ chức và hoạt động của các cơ quan tư pháp... xác định đúng, đủ quyền năng và trách nhiệm pháp lý cho từng cơ quan, chức danh tư pháp" theo quan điểm chỉ đạo của Nghị quyết 48. Đối chiếu với thực tiễn lập pháp và tổ chức thi hành pháp luật, có thể nhận thấy rằng, một số tư duy pháp lý mới, tiến bộ phù hợp với việc xây dựng NNPQ XHCN đã được thể chế hóa và ghi nhận trong pháp luật về tổ chức và hoạt động tư pháp như: tăng cường tranh tụng, coi trọng chứng cứ, giảm bớt các tội danh có khung hình phạt tử hình… Tuy nhiên, nhìn chung cải cách tư pháp, trong đó có đổi mới tư duy pháp lý về tổ chức và hoạt động tư pháp, còn chậm, chưa tương xứng với đòi hỏi của Nghị quyết số 49 của Bộ Chính trị về cải cách tư pháp. Biểu hiện qua những điểm chủ yếu sau:

- Các cấp Tòa án chưa thật sự đảm bảo tính độc lập trong xét xử. Tình trạng dựa dẫm, ỷ lại vào sự chỉ đạo của cá nhân có thẩm quyền của Tòa án cấp trên đối với việc xét xử - nhất là các vụ án điểm - vẫn còn xảy ra. "Các thẩm phán thường tham khảo ý kiến Toà án cấp trên trước khi đưa ra phán quyết đối với vụ việc mà họ đang thụ lý" (nhận định của Báo cáo phát triển Việt Nam năm 2010). Cơ chế quản lý Tòa án địa phương theo hướng đảm bảo tính độc lập giữa các cấp Toà án trong hoạt động xét xử chưa được hoàn thiện theo đòi hỏi của Nghị quyết số 48. Chưa có chế tài pháp lý đủ mạnh để ngăn cấm hiện tượng này. Thẩm phán chưa đóng được vai trò là người trọng tài, mà vẫn còn đóng vai trò là một bên tham gia tố tụng vào vụ án;

- Còn một số lĩnh vực của đời sống xã hội chưa được tài phán bằng con đường Tòa án, như pháp luật chưa giao cho Toà án phán quyết những văn bản quy phạm pháp luật trái Hiến pháp, luật của các CQNN có thẩm quyền. Như vậy, theo Nghị quyết 48, pháp luật hiện hành chưa xác định đủ quyền năng và trách nhiệm pháp lý cho Toà án - trung tâm của quyền tư pháp;

- Viện KSND là cơ quan thực hiện quyền tư pháp. Theo pháp luật hiện hành, Viện KSND không chỉ có quyền công tố mà còn có cả quyền kiểm sát hoạt động tư pháp. Giao cho Viện KSND chức năng kiểm sát hoạt động tư pháp là không phù hợp với điều kiện xây dựng NNPQ XHCN. Bởi vì, việc thực hiện thẩm quyền kiểm sát hoạt động tư pháp chủ yếu là kiểm sát hoạt động xét xử sẽ ảnh hưởng đến nguyên tắc độc lập khi xét xử của Toà án. Đương nhiên, cơ quan công tố có quyền kiểm sát điều tra, bởi vì cơ quan này phải sử dụng kết quả điều tra để truy tố một nghi can ra trước Toà án. Pháp luật cần

phải làm rõ thẩm quyền công tố và thẩm quyền kiểm sát hoạt động tư pháp của Viện KSND. Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi một số điều năm 2001) không quy định cơ quan nào là cơ quan tư pháp. Vậy kiểm sát hoạt động tư pháp là kiểm sát cơ quan nào và hoạt động nào? Như vậy, so với yêu cầu của Nghị quyết 48 có thể thấy rằng, pháp luật chưa xác định đúng quyền năng của Viện KSND để chuyển Viện KSND đảm đương chức năng công tố là chủ yếu;

- Các cơ quan điều tra - theo yêu cầu của Nghị quyết 48 - phải thu gọn đầu mối, nhưng đến nay vẫn chưa làm được, mà lại có xu hướng "nở ra" do Bộ Công an hình thành nhiều Tổng cục mới. Pháp lệnh về Tổ chức cơ quan điều tra năm 2004 đã bỏ cơ quan điều tra chuyên trách, đưa công tác phòng ngừa tội phạm vào cùng chung một tổ chức đảm nhiệm. Theo hướng này, công tác phòng ngừa tội phạm có thể bị coi nhẹ, vì tổ chức đảm nhiệm sẽ tập trung ưu tiên vào công tác điều tra, xử lý tội phạm để đảm bảo các quy định tố tụng theo luật định. Phòng ngừa tội phạm là công việc âm thầm, kiên trì, không dễ cân đong đo đếm được thành tích, không có biểu dương khen "nóng", kịp thời như điều tra chống tội phạm, vì thế trong mối quan hệ với điều tra tội phạm, thì phòng ngừa tội phạm thường bị "lép vế" hơn trong chỉ đạo và điều hành công việc của người đứng đầu cơ quan. Tình hình tội phạm hình sự hiện nay khá phức tạp. Điều đó do nhiều nguyên nhân, nhưng trong đó có nguyên nhân công tác phòng ngừa tội phạm chưa được coi trọng đúng mức so với công tác điều tra tội phạm. Pháp luật về tổ chức bộ máy trong lĩnh vực tư pháp cần phải được hoàn thiện theo hướng tăng cường công tác phòng ngừa tội phạm. Do vậy, phòng ngừa tội phạm phải được tổ chức thành một cơ quan tách khỏi cơ quan điều tra trong các lực lượng công an. Theo đó, trước mắt cần phải sửa đổi Pháp lệnh về Tổ chức cơ quan điều tra.

1.1.2. Về tính đồng bộ của pháp luật trong tổ chức BMNN

- Để đảm bảo tính đồng bộ trong xây dựng pháp luật về tổ chức BMNN theo Nghị quyết 48 đòi hỏi "hoạt động của Đảng phù hợp với Hiến pháp và pháp luật". Với vai trò lãnh đạo của mình, phương thức lãnh đạo của Đảng đối với hoạt động lập pháp đã có sự đổi mới, nhằm phát huy dân chủ, tăng cường trách nhiệm của Quốc hội, Chính phủ trong xây dựng và ban hành pháp luật. Tuy nhiên, trong hoạt động của mình còn một số ít quyết định cụ thể có tính chất áp dụng pháp luật chưa thật phù hợp, dẫn đến sự thiếu đồng bộ và thống nhất giữa văn bản của Đảng và văn bản của Nhà nước (ví dụ như sáp nhập Văn phòng Đoàn đại biểu Quốc hội với Văn phòng HĐND tỉnh, trong lúc Luật tổ chức Quốc hội vẫn còn quy định Đoàn đại biểu Quốc hội có trụ sở, văn phòng giúp việc (khoản 3 Điều 60);

- Tính đồng bộ của pháp luật về tổ chức BMNN theo Nghị quyết 48 đòi hỏi xây dựng và hoàn thiện pháp luật về nội dung phải đồng bộ với xây dựng và hoàn thiện pháp luật về thủ tục "quy trình xây dựng, ban hành và công bố văn bản quy phạm pháp luật thống nhất cho cả trung ương và địa phương"; "Đơn giản hoá và công khai, minh bạch các thủ tục hành chính, đặc biệt là các thủ tục liên quan trực tiếp đến quyền và lợi ích của người dân và doanh nghiệp"; "Cải cách mạnh mẽ các thủ tục tố tụng tư pháp theo hướng dân chủ, bình đẳng, công khai, minh bạch, chặt chẽ, nhưng thuận tiện, bảo đảm sự tham gia và giám sát của nhân dân đối với hoạt động tư pháp"… Trong mối quan hệ với các đòi hỏi này, có thể có một số nhận xét sau đây:

+ Quy trình xây dựng, ban hành và công bố văn bản quy phạm pháp luật đã có luật và đã được Quốc hội hai lần sửa đổi, bổ sung. Luật này đã chứa đựng những tư duy pháp lý mới theo hướng minh bạch, chặt chẽ, dân chủ hơn. Tuy nhiên, Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật vẫn chưa xác định đầy đủ và hợp lý vị trí, vai trò, trách nhiệm của các chủ thể tham gia trong quy trình xây dựng, ban hành luật, pháp lệnh; dân chủ hoá trong quy trình còn mang tính hình thức, chưa có chế tài đủ mạnh về trách nhiệm của các chủ thể tham gia xây dựng pháp luật, chưa phát huy được vai trò của các tầng lớp nhân dân tham gia vào các công đoạn của quy trình lập pháp. Vì thế, quy trình lập pháp hiện hành chưa thực sự góp phần làm chuyển biến căn bản chất lượng của hoạt động lập pháp

+ Thủ tục hành chính được quan tâm cải cách theo hướng đơn giản, công khai và minh bạch, nhưng sự thuận lợi cho người dân còn rất hạn chế, nhất là các thủ tục liên quan trực tiếp đến quyền và lợi ích của người dân. Vì thế, thủ tục hành chính chưa thân thiện và làm người dân hài lòng. Người dân và doanh nghiệp còn phàn nàn đối với các dịch vụ công. Từ thái độ thiếu niềm nở của những công chức hàng ngày tiếp xúc với dân, đến thủ tục nhiêu khê "một cửa nhưng nhiều khoá, nhiều ngách", giảm bớt thủ tục này, thủ tục khác lại sinh ra.

+ Thủ tục tố tụng tư pháp được cải cách theo hướng dân chủ, nhưng lại có xu hướng chuyển gánh nặng trách nhiệm pháp lý nghiêng về phía đương sự, nhất là trong quan hệ dân sự, quan hệ thi hành án dân sự. Cả các thủ tục hành chính lẫn thủ tục tố tụng tư pháp chưa đảm bảo được sự tham gia và giám sát thực sự của nhân dân, nên tiêu cực và tham nhũng có xu hướng ngày càng trầm trọng trong hành pháp và tư pháp, lòng dân chưa yên trong mối quan hệ với Nhà nước.

- Pháp luật về tổ chức BMNN còn đòi hỏi phải đồng bộ với pháp luật trong các lĩnh vực khác có liên quan. Đó là "Hoàn thiện pháp luật về giám sát tối cao của Quốc hội, cơ chế bảo vệ luật và Hiến pháp"; "Hoàn thiện pháp luật về khiếu nại, tố cáo, bảo đảm mọi quyết định và hành vi hành chính trái pháp luật đều được phát hiện…"; "Hoàn thiện pháp luật về tổ chức và hoạt động thanh tra, kiểm tra, bảo đảm mọi hoạt động quản lý nhà nước đều chịu thanh tra, kiểm tra… Ban hành Luật Công chức, công vụ, xác định rõ cơ quan, công chức nhà nước chỉ được làm những gì pháp luật cho phép"; "sớm xây dựng Luật Phòng, chống tham nhũng, thực hiện nguyên tắc người đứng đầu cơ quan, tổ chức phải chịu trách nhiệm về hành vi vi phạm pháp luật nghiêm trọng của cán bộ do mình trực tiếp quản lý trong khi thi hành công vụ"; "xây dựng và hoàn thiện pháp luật về bổ trợ tư pháp (luật sư, công chứng, giám định, cảnh sát tư pháp…) theo hướng ngày càng đáp ứng đầy đủ, thuận lợi các nhu cầu đa dạng về hỗ trợ pháp lý của nhân dân, doanh nghiệp"... Đối chiếu với thực tiễn lập pháp và thi hành pháp luật, có thể rút ra một số nhận xét sau:

+ Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội, lần đầu tiên ra đời ở Việt Nam, đã cụ thể hoá quyền năng hiến định của Quốc hội, tạo điều kiện để hoạt động giám sát đi vào nề nếp. Tuy nhiên, đây là đạo luật mới nên cũng bộc lộ những hạn chế và đang có nhu cầu sửa đổi, bổ sung nhằm góp phần nâng cao hiệu lực và hiệu quả của giám sát tối cao của Quốc hội. Cơ chế bảo vệ luật và Hiến pháp còn phi tập trung hoá nên hiệu quả không cao. Bản thân Quốc hội chưa có cơ chế pháp lý chuyên trách giám sát các hoạt động của mình, nhất là hoạt động lập pháp.

+ Luật sửa đổi bổ, sung một số điều của Luật Khiếu nại, tố cáo đã có hiệu lực gần năm năm nay, nhưng các quyết định hành chính và hành vi hành chính trái pháp luật chưa được phát hiện và xử lý kịp thời, cơ chế xử lý chưa hữu hiệu; người dân vẫn còn khiếu kiện kéo dài, vẫn còn thiệt thòi, thiếu bình đẳng trong việc giải quyết các hành vi hành chính và quyết định hành chính trái pháp luật.

+ Pháp luật về bổ trợ tư pháp (như luật sư, công chứng, giám định…) đã có sự hoàn thiện một bước, nhưng người dân - nhất là dân nghèo - chưa có điều kiện tiếp cận để đáp ứng các nhu cầu đa dạng về hỗ trợ pháp lý của mình.

+ Thanh tra, kiểm tra bên trong bộ máy hành chính chưa đảm bảo mọi hoạt động quản lý nhà nước đều được kiểm soát kịp thời.

Từ các nhận xét trên, có thể rút ra một đánh giá khái quát rằng, *pháp luật về tổ chức BMNN ta còn thiếu hoàn thiện và thiếu hiệu quả trong lĩnh vực kiểm soát QLNN bao gồm kiểm soát bên trong BMNN (giữa ba quyền và giữa QLNN ở trung ương và QLNN ở địa phương) và kiểm soát từ bên ngoài đối với QLNN (kiểm soát của nhân dân thông qua các tổ chức chính trị, xã hội, nghề nghiệp đối với Nhà nước)*. Sự thiếu hoàn thiện đó làm cho pháp luật về tổ chức BMNN thiếu đồng bộ với pháp luật có liên quan, đã không góp phần đảm bảo cho BMNN hoạt động có hiệu lực và hiệu quả, phòng chống được tiêu cực, tham nhũng, tha hoá của QLNN.

1.1.3. Về sự phù hợp giữa các quy định pháp luật về tổ chức BMNN với các điều kiện

kinh tế - xã hội hiện thực để đảm bảo cho pháp luật khả thi

Trong mối quan hệ này, có thể rút ra một số nhận xét sau:

- Có thể nói, sau hơn 20 năm tiến hành công cuộc đổi mới, nền kinh tế nước ta đã có sự thay đổi căn bản, với cấu trúc hệ thống kinh tế nhiều thành phần, mở cửa và hội nhập. Thượng tầng kiến trúc chính trị trong đó Nhà nước là trụ cột cũng đã có những cải cách, đổi mới, nhưng nhìn chung còn chậm. Đặc biệt, *tính dân chủ công khai, minh bạch về tổ chức và hoạt động của BMNN - một đòi hỏi khách quan để thích ứng với một nền kinh tế chuyển đổi, mở cửa và hội nhập - diễn ra chậm chạp, chưa phù hợp với sự phát triển của kinh tế - xã hội*. Đây cũng là một nguyên nhân dẫn đến tiêu cực, tham nhũng trong tổ chức và hoạt động của BMNN. Vì thế, *dân chủ, công khai, minh bạch* trong các quy định của pháp luật về tổ chức và hoạt động của BMNN là đòi hỏi cấp thiết để đảm bảo cho cải cách đổi mới Nhà nước đồng bộ với sự phát triển kinh tế - xã hội, góp phần phòng chống tiêu cực, tham nhũng, lãng phí có hiệu lực và hiệu quả thiết thực.

- Hoạt động lập pháp và lập quy của Nhà nước ta chưa chú trọng tính toán tới mối quan hệ với chi phí về ngân sách nhà nước phải bỏ ra để thực thi pháp luật. Do đó, nhiều quy định pháp luật do vô tình hay hữu ý đã "đẻ ra" bộ máy, "đẻ ra" con người, "đẻ ra" chức vụ, chế độ chính sách, làm cho chi phí ngân sách hành chính tăng lên, tiêu tốn nhiều tiền của của nhân dân mà hiệu lực, hiệu quả không tăng lên tương ứng. Điều đó làm cho BMNN ngày càng phình to ra, đi ngược lại xu hướng tinh giản BMNN mà Đảng ta đã đề ra. Ví dụ như việc ra đời các quỹ trong các dự án luật: quỹ bảo vệ môi trường là tổ chức tài chính được thành lập ở trung ương, ngành, lĩnh vực, địa phương (Điều 115 khoản 1 Luật Bảo vệ môi trường); quỹ khuyến khích hoạt động nghiên cứu khoa học (của Luật Khoa học công nghệ); quỹ đổi mới công nghệ quốc gia (Điều 39 Luật Chuyển giao công nghệ)…

- Pháp luật về tổ chức BMNN chậm được đổi mới do còn bị níu kéo bởi lợi ích cục bộ. Vì thế, một số quy định pháp luật còn ẩn chứa ý muốn chủ quan không phù hợp với khách quan và mong muốn của nhiều người.

1.1.4. Về tính thống nhất của pháp luật trong tổ chức BMNN

Pháp luật về tổ chức BMNN về cơ bản đã có sự thống nhất với các quy định của Hiến pháp. Tuy nhiên, đi sâu vào xem xét nội dung của các quy định của Hiến pháp và pháp luật về tổ chức BMNN, có thể thấy rằng:

- Một số quy định ngay trong bản thân Hiến pháp về tổ chức BMNN cũng chưa có sự thống nhất với các quy định có tính nguyên tắc ở chương đầu của Hiến pháp. Ví như nguyên tắc "tất cả QLNN thuộc về nhân dân" (Điều 2 Hiến pháp); "Nhà nước CHXHCN Việt Nam là NNPQ XHCN của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân…"; "QLNN là thống nhất, có sự phân công và phối hợp giữa các CQNN…" (Điều 2 Hiến pháp) đã chưa trở thành nhân tố đảm bảo tính thống nhất cho việc quy định nhiệm vụ và quyền hạn của các cơ quan như Quốc hội, Chính phủ, Toà án nhân dân và Viện KSND quy định ở các chương sau của Hiến pháp. Điều đó đã ảnh hưởng đến việc tiến hành xây dựng và hoàn thiện pháp luật về tổ chức BMNN. Điều cơ bản của sự thống nhất pháp luật về tổ chức BMNN là sự thống nhất về tinh thần và nội dung của Hiến pháp. Các đạo luật về tổ chức BMNN chưa đạt đến độ thống nhất theo tinh thần chỉ đạo của Hiến pháp. Đặc biệt, trong việc phân định nhiệm vụ và quyền hạn cho các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp.

- Chưa có sự thống nhất giữa các quy định về tổ chức BMNN với pháp luật thuộc các lĩnh vực khác như luật đất đai, luật ngân sách, luật ngân hàng, luật xây dựng… trong việc quy định nhiệm vụ quyền hạn của các CQNN trong các lĩnh vực này;

- Cũng chưa có sự thống nhất giữa các quy định của luật với các quy định của văn bản dưới luật (nghị định, thông tư…) nhất là trong trường hợp luật không quy định mà lại giao cho Chính phủ và Bộ cụ thể hoá. Lợi ích cục bộ thường ẩn chứa trong các văn bản này, nhưng cơ chế pháp lý kiểm soát chưa hữu hiệu để đình chỉ, huỷ bỏ.

(Kỳ sau đăng tiếp)

SỬA ĐỔI QUY TRÌNH SỬA ĐỔI HIẾN PHÁP

■ BÙI NGỌC SƠN *

Chất lượng của một bản Hiến pháp phụ thuộc phần lớn vào việc nó được làm ra theo quy trình, công nghệ như thế nào. Tương tự như vậy, chất lượng của một cuộc sửa đổi Hiến pháp phụ thuộc phần lớn vào quy trình và công nghệ sửa đổi nó. Một Hiến pháp dân chủ là một Hiến pháp dân định. Người ta khó có thể mong chờ những nội dung dân chủ trong một Hiến pháp khâm định, Hiến pháp do vua hay một nhà độc tài ban hành. Để có một Hiến pháp hoàn hảo hơn, Việt Nam cần một quy trình sửa đổi Hiến pháp hoàn hảo hơn. Muốn vậy, chúng ta cần phải làm những gì khác với trước đây, những việc làm mới.

1. Ai sửa đổi Hiến pháp?

Hiến pháp Việt Nam quy định Quốc hội có quyền "làm Hiến pháp và sửa đổi Hiến pháp" (Điều 84). Quy định này khá thống nhất với quan niệm của Việt Nam về Hiến pháp, về Quốc hội, và về quyền lập hiến. Hiến pháp ở đây được quan niệm là một văn bản của Nhà nước, một hình thức để Nhà nước tổ chức bộ máy của mình, củng cố sức mạnh của Nhà nước, xác định các mục tiêu của Nhà nước. Do đó, Hiến pháp do Nhà nước ban hành. Quốc hội, cơ quan được coi là "cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất", có quyền ban hành Hiến pháp. Nếu Hiến pháp do Quốc hội ban hành, đương nhiên, Quốc hội có quyền sửa nó.

Trước đây, chúng tôi đã từng đề nghị, muốn có một Hiến pháp hoàn hảo hơn, Việt Nam cần có một quan niệm khác hơn về Hiến pháp, cần phải coi Hiến pháp như một hình thức pháp lý mà người dân áp dụng đối với Nhà nước và tuyên bố những mục tiêu, lý tưởng chung của nhân dân. Quan niệm này coi Hiến pháp như một tác phẩm của nhân dân, do nhân dân xây dựng. Nói cách khác, quyền lập hiến thuộc về nhân dân. Bằng quyền lập hiến, nhân dân thành lập ra Nhà nước và trao quyền cho Nhà nước.

Một chuyên gia - trên cơ sở nghiên cứu 160 Hiến pháp trên thế giới - đã khẳng định: "Nếu Hiến pháp là nguồn hình thành quyền lực của chính quyền, thì đương nhiên là chính quyền không thể làm ra nó. Logic này sẽ dễ hiểu nếu chúng ta mường tượng nhân dân là một cộng đồng chính trị lần đầu tiên có nhu cầu xây dựng một mô hình chính quyền cho họ. Hiến pháp của một cộng đồng như vậy không thể là một hành động của một chính quyền - cái được hình

(*) NCS Khoa Luật, Đại học Hồng Kông (phD Candidate, school of Law, Hong Kong University); Giảng viên Khoa Luật, Đại học quốc gia Hà Nội.

thành từ Hiến pháp. Cái gì chưa được được xây dựng và chưa tồn tại thì không thể hành động. Như một hành động xây dựng khuôn khổ chính quyền cho nhân dân, Hiến pháp, vì thế, là một hành động nguyên thủy của nhân dân. Vì vậy, nhân dân là chủ thể của quyền lập hiến, là người chấp thuận và thông qua Hiến pháp"[1].

Nếu Hiến pháp là một bản văn của nhân dân, nó không thể được đơn phương sửa đổi bởi Nhà nước. "Là một bộ phận của quyền lập hiến, quyền sửa đổi một Hiến pháp sau khi nó đã được chấp nhận và thông qua bởi nhân dân cũng là (hoặc nên là) một quyền nguyên thủy chỉ có thể được hành xử bởi nhân dân một cách trực tiếp hoặc bởi một hội đồng lập hiến đặc biệt được ủy quyền sửa đổi Hiến pháp"[2].

Như vậy, nếu quan niệm Hiến pháp như một văn bản của nhân dân, quyền lập hiến sẽ thuộc về nhân dân và quyền sửa đổi Hiến pháp cũng tương tự như vậy. Nhân dân cần phải được coi là chủ thể của quyền lập hiến và sửa đổi Hiến pháp.

2. Sửa đổi quy trình sửa đổi Hiến pháp

Hiến pháp Việt Nam quy định "Chỉ Quốc hội mới có quyền sửa đổi Hiến pháp. Việc sửa đổi Hiến pháp phải được ít nhất là hai phần ba tổng số đại biểu Quốc hội biểu quyết tán thành" (Điều 147). Hiến pháp không quy định chi tiết nào về việc nó phải được sửa đổi như thế nào, nhất là các vấn đề ai là người có quyền đệ trình dự án sửa đổi Hiến pháp, có cần thành lập Ủy ban sửa đổi Hiến pháp hay không, công bố Hiến pháp sửa đổi như thế nào, dưới hình thức nào, giới hạn sửa đổi Hiến pháp là ở đâu, tức có những điều khoản nào của Hiến pháp không thể sửa đổi được không. Các luật do Quốc hội ban hành cũng không chi tiết hóa gì thêm.

Hơn nữa, những gì Hiến pháp quy định về quy trình sửa đổi Hiến pháp cũng khá mơ hồ. "Việc sửa đổi Hiến pháp phải được ít nhất là hai phần ba tổng số đại biểu Quốc hội biểu quyết tán thành" có nghĩa vấn đề sửa đổi Hiến pháp được đặt ra khi có hai phần ba đại biểu Quốc hội biểu quyết tán thành hay dự án sửa đổi Hiến pháp chỉ trở thành một bộ phận của Hiến pháp khi có hai phần ba đại biểu Quốc hội biểu quyết tán thành? Nói cách khác, việc "tán thành" đó là việc thực hiện sáng quyền sửa đổi Hiến pháp hay là việc thực hiện quyền thông qua Hiến pháp sửa đổi? Với ngữ cảnh trong Hiến pháp, việc "tán thành" đó có thể được hiểu là cả trong việc đề xuất sửa đổi Hiến pháp lẫn trong việc phê chuẩn dự án Hiến pháp sửa đổi.

Từ các quy định ấy, Hiến pháp Việt Nam đã được sửa đổi như thế nào? Ban Nghiên cứu lập pháp thuộc Ủy ban Thường vụ Quốc hội trước đây cho biết: "Trong hệ thống văn bản quy phạm pháp luật của Nhà nước ta hiện nay chưa có quy định nào về quy trình soạn thảo, thông qua Hiến pháp. *Vì vậy, khi tiến hành xem xét, thông qua Hiến pháp, Quốc hội thường vận dụng các quy định của việc xem xét, thông qua luật"*[3]. Như vậy, quy trình xem xét, thông qua, sửa đổi luật được áp dụng đối với quy trình xem xét, thông qua, sửa đổi Hiến pháp.

Xét dưới góc độ của một Hiến pháp thành văn, đây có thể là một hiện tượng lạ. Hiến pháp Việt Nam là một Hiến pháp thành văn bởi hai lẽ: là một văn bản đơn hành; được tuyên bố là có hiệu lực tối cao, các đạo luật phải phụ thuộc vào Hiến pháp. Mặc dù vậy, quy trình sửa đổi Hiến pháp lại phụ thuộc vào quy trình sửa đổi luật. Nhưng sự lạ này cũng có thể giải thích được khi tham chiếu với chủ thuyết Quốc hội tối cao mà Hiến pháp theo đuổi. Triết lý Hiến pháp căn bản của Việt Nam là Quốc hội tối cao. Khái niệm Quốc hội ở đây chỉ Quốc hội lập pháp. Tuy nhiên, Quốc hội lập pháp đó cũng được trao chức năng lập hiến. Một Quốc hội vừa có quyền lập pháp lại vừa có quyền lập hiến thì đương nhiên không sự phân biệt giữa Hiến pháp và thường luật; và do đó, không có sự phân biệt giữa quy trình sửa Hiến pháp và sửa thường luật.

Sự đồng nhất quy trình sửa đổi Hiến pháp

(1) B.O Nwabueze, S.A.N, Ideas and Facts in Constitution Making (Ibadan, Owerri, Kaduna, and Lagos: Sectrum Book Limited, 1993), p 7.
(2) B.O Nwabueze, Tlđd, p. 23.
(3) Ủy ban Thường vụ Quốc hội- Ban Công tác lập pháp, Quy trình, thủ tục trong hoạt động của Quốc hội (Hà Nội, 2005), tr 51.

và quy trình sửa đổi luật có nghĩa là Quốc hội có quyền tối cao trong việc sửa đổi Hiến pháp. Nhân dân có quyền tham gia đóng góp ý kiến nhưng không có quyền biểu quyết tán thành hay không đồng ý đối với dự thảo Hiến pháp sửa đổi. Việc lấy ý kiến đóng góp của nhân dân vào dự thảo sửa đổi Hiến pháp là một hình thức tốt nhưng không mang tính chất pháp lý, bởi ý kiến của người dân không có giá trị bắt buộc. Các hình thức pháp lý để nhân dân bày tỏ ý chí đối với Hiến pháp sửa đổi như bầu cử lại Quốc hội, trưng cầu dân ý, hội nghị Hiến pháp chưa được áp dụng ở Việt Nam.

Việc quan niệm Hiến pháp như một văn bản của nhân dân, việc coi nhân dân là chủ thể của quyền lập hiến và sửa đổi Hiến pháp sẽ dẫn đến việc thiết kế lại quy trình sửa đổi Hiến pháp ở Việt Nam. Kinh nghiệm thế giới sẽ giúp chúng ta tham khảo.

Nhìn chung, do tính chất của Hiến pháp là một văn bản ấn định các quan hệ nền tảng của quốc gia, các Hiến pháp thường có khuynh hướng làm khó quy trình sửa đổi Hiến pháp và sự khó khăn đó thường được quy định ngay trong Hiến pháp. Một nghiên cứu về lý thuyết sửa đổi Hiến pháp chỉ ra rằng, mức độ khó khăn của quy trình sửa đổi Hiến pháp phụ thuộc vào sự cam kết đối với: (1) chủ quyền nhân dân; (2) một quy trình cẩn trọng; (3) sự phân biệt giữa các vấn đề lập pháp thông thường và các vấn đề Hiến pháp. Căn cứ vào chỉ số khó khăn này, người ta chia thành các mô hình sửa đổi Hiến pháp. *Thứ nhất* là mô hình nghị viện tối cao. Trong mô hình này, nghị viện kiểm soát toàn bộ các khía cạnh của đời sống chính trị và do đó, kiểm soát quá trình sửa đổi Hiến pháp. *Thứ hai* là mô hình sự phức tạp trong ngành lập pháp (sau đây gọi là sự phức tạp lập pháp). Trong mô hình này, Hiến pháp được sửa đổi bởi cơ quan lập pháp với những thủ tục phức tạp như đa số đặc biệt, bầu cử cơ quan lập pháp xen giữa quá trình sửa đổi Hiến pháp. Những sự phức tạp này được giải thích là vừa có ý nghĩa làm cho quá trình sửa đổi Hiến pháp được cẩn trọng, vừa phân biệt rõ ràng các vấn đề lập pháp thông thường và vấn đề Hiến pháp. *Thứ ba* là mô hình sự phức tạp lập pháp cùng với sự phê chuẩn của các chính quyền hợp thành. Theo mô hình này, cơ quan lập pháp có thể sửa đổi Hiến pháp với những thủ tục phức tạp nhưng sau đó phải có sự phê chuẩn của của các tiểu bang. *Thứ tư* là mô hình sự phức tạp lập pháp cùng với trưng cầu dân ý. Theo mô hình này, cơ quan lập pháp có thể sửa đổi Hiến pháp với những thủ tục phức tạp nhưng sau đó phải có sự phê chuẩn của nhân dân trong một cuộc trưng cầu dân ý toàn quốc[4]. Dưới đây là sự áp dụng các mô hình ở các nước.

Nhìn chung, sự khó khăn trong quy trình sửa đổi Hiến pháp thể hiện ở chỗ Hiến pháp là một văn bản của nhân dân. Điều này dẫn đến hai hệ quả. Thứ nhất, do Hiến pháp là một văn bản của nhân dân, chính quyền hoặc một cơ quan của chính quyền không được đơn phương tu chính Hiến pháp. Thứ hai, có những cơ chế để người dân có thể bày tỏ ý chí của mình trong quá trình sửa đổi Hiến pháp như giải tán Quốc hội trước khi sửa Hiến pháp như ở Bỉ, triệu tập đại hội Hiến pháp của nhân dân như ở Mỹ, hay trưng cầu dân ý ở Thụy Sĩ và các nước châu Âu khác.

Trường hợp Việt Nam có thể được xem như thuộc loại mô hình sự phức tạp lập pháp. Sự phức tạp này thể hiện ở yêu cầu phải có đủ hai phần ba số đại biểu Quốc hội biểu quyết tán thành sửa đổi Hiến pháp. Mặc dù vậy, trên thực tế, Việt Nam lại có thể rơi vào mô hình nghị viện tối cao. Do tính chất của một Quốc hội khá thống nhất, con số hai phần ba không thể coi là một chỉ số khó khăn trên thực tế sửa đổi Hiến pháp ở Việt Nam. Sự không phân biệt giữa quy trình sửa đổi Hiến pháp và sửa đổi thường luật trên thực tế cũng là một yếu tố cho thấy, Việt Nam thuộc mô hình nghị viện tối cao trong sửa đổi Hiến pháp.

Chất lượng của cuộc sửa đổi Hiến pháp năm 2001 cho thấy, mô hình về quy trình sửa đổi Hiến pháp hiện thời ở Việt Nam khó có khả

(4) Sanford Levinson (ed), Responding to imperfection (New Yersey: Princeton Unviersity press, 1995), p. 263.

Bảng: **Hiến pháp các nước phân loại theo phương phướng sửa đổi**[5]

	Sự phức tạp lập pháp + trưng cầu dân ý	Sự phức tạp lập pháp + phê chuẩn của các tiểu bang	Sự phức tạp lập pháp	Nghị viện tối cao
	Úc	*Đức*	*Argentina*	*Áo*
	Đan Mạch	*Ấn Độ*	*Columbia*	*Cameroon*
	Ireland	*Mexico*	*Costa Rica*	*Kenya*
	Nhật Bản	*Nigeria*	*Phần Lan*	*Malaysia*
	Thụy Sĩ	*Venezuela*	*Pháp*	*Papua New Guinea*
	Ý	*Nam Tư*	*Hy Lạp*	*Thụy Điển*
	Tây Ban Nha	*Mỹ*	*Iceland*	
	Tây Samoa		*Luxembourg*	
			Norway	
Độ dài trung bình (số từ)	*11,8000*	*43,600*	*12,500*	*42,900*
Tỉ lệ sửa đổi	*0,35*	*0,90*	*1.03*	*3.78*
Chỉ số khó khăn trung bình	*4.06*	*4.47*	*2.72*	*1.59*

năng tạo ra một sản phẩm Hiến pháp hoàn hảo hơn. Điều này dẫn đến việc cần phải có một quy trình sửa đổi Hiến pháp khác. Tiếp tục tăng cường sự phức tạp trong ngành lập pháp, như tăng tỉ lệ đại biểu tán thành sửa đổi Hiến pháp lên ba phần tư chẳng hạn, có lẽ cũng không phải là một giải pháp triệt để bởi con số này hoặc cao hơn nữa cũng không quá khó khăn để đạt được đối với một Quốc hội thống nhất. Mô hình chỉ có sự phức tạp trong ngành lập pháp và mô hình nghị viện tối cao có lẽ không nên là một lựa chọn cho Việt Nam. Ngoài ra, mô hình sự phức tạp của lập pháp cùng với sự phê chuẩn của các thành viên hợp thành Nhà nước cũng không thích hợp, bởi Việt Nam không phải là một Nhà nước liên bang.

Mô hình sự phức tạp của lập pháp cùng với trưng cầu dân ý có lẽ là một lựa chọn tốt cho việc sửa đổi Hiến pháp trong tương lai ở Việt Nam. Học tập từ Hiến pháp đầu tiên của Việt Nam năm 1946 cùng với kinh nghiệm thế giới, quy trình sửa đổi Hiến pháp trong tương lai ở Việt Nam có thể như sau:

Sáng quyền tu chính Hiến pháp: Quốc hội

Sáng quyền tu chính Hiến pháp nên được trao cho Quốc hội. Theo đó, hai phần ba tổng số đại biểu Quốc hội có quyền đặt ra vấn đề sửa đổi Hiến pháp. Đây là một di sản của Hiến

(5) Theo Levinson (xem chú thích 4 ở trên), p. 263.

pháp Việt Nam năm 1946. Điều 70 của Hiến pháp này quy định rằng, 2/3 tổng số nghị viên có quyền yêu cầu sửa đổi Hiến pháp.

Ngành hành pháp ở Việt Nam có nên được trao sáng quyền tu chính Hiến pháp không? Kinh nghiệm thế giới cho thấy, ngành hành pháp thường tham gia vào quá trình sửa đổi Hiến pháp tự nhiên hoặc ngẫu nhiên trong các Nhà nước liên bang hoặc các chế độ có hệ thống đa Hiến pháp dựa trên sự liên kết của hai hoặc nhiều hơn các tiểu bang hoặc chính quyền. Điều này được xem như là một sự thận trọng về mặt chính trị để thương lượng sự thống nhất mới về xã hội và chính trị giữa các nhà lãnh đạo chính trị của các chính quyền khác nhau trước khi đi đến một sự thay đổi căn bản - xây dựng lại luật cơ bản[6]. Do Việt Nam là một Nhà nước đơn nhất, sự thương lượng của các nhà lãnh đạo hành pháp để sửa đổi Hiến pháp liên quan đến lãnh thổ quốc gia là không thể tồn tại. Do đó, không cần thiết để trao sáng quyền tu chính Hiến pháp cho ngành hành pháp.

Sự phát triển của Hiến pháp thế giới còn cho thấy, nhân dân cũng là một chủ thể của sáng quyền sửa đổi Hiến pháp. Yêu cầu sửa đổi Hiến pháp từ nhân dân gắn liền với chủ nghĩa hợp hiến ở Thụy Sĩ. Hiến pháp hiện hành ở nước Bắc Âu này được được ban hành năm 1874 và sửa đổi năm 1891 lần đầu tiên cho phép dân chúng được đệ trình việc sửa đổi Hiến pháp. Trước đó, chỉ có cơ quan lập pháp có quyền yêu cầu sửa đổi Hiến pháp. Sau năm 1891, yêu cầu sửa đổi một phần hoặc toàn bộ Hiến pháp có thể được tiến hành bởi một bản kiến nghị của 50.000 cử tri. Ngoài Thụy Sĩ, hình thức nhân dân yêu cầu sửa đổi Hiến pháp được áp dụng rất ít trên thế giới. Hiến pháp ở Đức năm 1919 cũng cho phép người dân được yêu cầu sửa đổi Hiến pháp. Hình thức này gần đây cũng được chấp nhận ở một số tiểu bang của Mỹ[7]. Sáng quyền tu chính Hiến pháp từ nhân dân gắn liền với những quốc gia có một truyền thống dân chủ trực tiếp, lâu đời. Những nền dân chủ mới nổi, không có truyền thống dân chủ trực tiếp, khó có điều kiện thực hiện mô hình này. Việt Nam không thuộc trường hợp ngoại lệ.

Thảo luận và soạn thảo Hiến pháp sửa đổi: thành lập Hội nghị Hiến pháp.

Hội nghị Hiến pháp - do nhân dân bầu ra trong một cuộc bỏ phiếu phổ thông và vì vậy, nhân dân ủy quyền chính trị trực tiếp cũng như có tính chính đáng về mặt Hiến pháp và chính trị - được xem là đỉnh cao của tư duy Hiến pháp thời kỳ Khai sáng. Nó được xem là một di sản Hiến pháp của Cách mạng Pháp và truyền thống Hiến pháp học tự do, được tiếp nối trong thế kỷ 19 và thế kỷ 20[8]. Đây có thể được coi như một hình thức phù hợp cho tương lai sửa đổi Hiến pháp ở Việt Nam. Hội nghị Hiến pháp là một hình thức để nhân dân phản ánh tiếng nói của mình trong Hiến pháp. Hội nghị Hiến pháp cho phép mở rộng không gian tham gia thảo luận các nội dung Hiến pháp sửa đổi. Hội nghị cho phép nhân dân được trực tiếp lựa chọn những người được giao phó nhiệm vụ thúc đẩy sự phát triển của luật cơ bản của đất nước. Hội nghị cũng cho phép những người thực sự có khả năng trong nhân dân thuộc những giai tầng khác nhau có một con đường chính thống để tham gia vào việc hoàn thiện Hiến pháp. Sau khi thực hiện sáng quyền sửa đổi Hiến pháp, Quốc hội có thể ban hành một Nghị quyết về việc bầu cử Hội nghị sửa đổi Hiến pháp. Các tỉnh sẽ bầu những đại diện tham gia vào Hội nghị này.

Ngoài hình thức Hội nghị lập hiến, kinh nghiệm thế giới cho thấy, thành lập Ủy ban sửa đổi Hiến pháp cũng là một giải pháp trong việc thảo luận và soạn thảo dự án Hiến pháp sửa đổi. Hiến pháp Việt Nam năm 1946 đi theo con đường này khi quy định ở điều 70 "Nghị viện bầu ra một ban dự thảo những điều thay đổi". Mặc dù trong Hiến pháp Việt Nam hiện hành không quy định về việc thành lập một Ủy ban sửa đổi Hiến pháp, nhưng điều này đã được tiến hành trên thực tế khi thực hiện những sửa đổi

(6) Edward McWhinney, Constitution-making: principles, process, practice (Toronto, Bufflao, and London: University of Toronto Press, 1981), p 31.

(7) McWhinney (xem chú thích 6 ở trên), p 36, 37.

(8) Như trên., p 33.

vừa qua.

Ưu điểm lớn nhất của hình thức Ủy ban sửa đổi Hiến pháp là nó cho phép tập hợp được trí tuệ của các chuyên gia. Một nghiên cứu về cách thức làm Hiến pháp nhận định rằng về mặt lý thuyết, một ủy ban của các chuyên gia là một hình thức sẽ được sử dụng bởi những chính quyền nào thực sự quan tâm đến sự phát triển và hiện đại hóa hệ thống Hiến pháp. Nhưng địa hạt Hiến pháp và chính trị rất gần nhau, và chính quyền, thông qua việc lựa chọn các thành viên của Ủy ban các chuyên gia sửa đổi Hiến pháp có thể xác định hoặc ít nhất là ảnh hưởng một cách quyết định từ trước đến tư duy của Ủy ban[9]. Ủy ban như vậy có nguy cơ phục vụ cho những định hướng chính trị của các nhà lãnh đạo thay vì phản ánh nguyện vọng của nhân dân trong việc phát triển Hiến pháp. Hơn nữa, do tính chất chuyên môn của ủy ban, các thuật ngữ hàn lâm được diễn đạt theo lối bác học sẽ được đưa vào dự án Hiến pháp sửa đổi và nó sẽ là một thách thức đối với quần chúng nhân dân khi tham gia góp ý hay phê chuẩn Hiến pháp.

Phê chuẩn Hiến pháp sửa đổi: trưng cầu dân ý

Trưng cầu dân ý trong việc làm Hiến pháp hoặc sửa đổi Hiến pháp là một xu hướng phổ biến của chủ nghĩa hợp hiến hiện đại. Việt Nam cũng có thể đi theo xu hướng này trong việc sửa đổi Hiến pháp trong tương lai. Những điều đã được Hội nghị Hiến pháp đồng ý phải được đem cho nhân dân bỏ phiếu phê chuẩn trong một cuộc trưng cầu dân ý toàn quốc. Hiến pháp sửa đổi cần phải được đem về cho người dân ở các tỉnh phê chuẩn. Khi đó, những người đã tham gia thảo hiến ở Hội nghị Hiến pháp sẽ phải về các tỉnh mà mình là đại diện để giải thích những điều khoản sửa đổi cho người dân hiểu rõ, làm cơ sở phê chuẩn. Trong lúc này, các phương tiện truyền thông cần tích cực đăng các nghiên cứu giải thích các điều khoản sửa đổi Hiến pháp. Giới luật học cần hoạt động tích cực thông qua các hoạt động báo chí, hội thảo, và diễn đàn.

Việt Nam cũng đã quy định trong Hiến pháp về việc trưng cần dân ý sửa đổi Hiến pháp. Điều 70 của Hiến pháp năm 1946 quy định rằng: "những điều đã được thay đổi khi đã được nghị viện ưng chuẩn thì phải đưa ra toàn dân phúc quyết". Có lẽ các nhà lập hiến đã rất tin tưởng vào khả năng của dân chúng sau sự thành công của cuộc Tổng tuyển cử năm 1946, nên đã quyết định tiến thêm một bước dân chủ khi quy định rằng, sửa đổi Hiến pháp phải được đem trưng cần dân ý. Nếu những nhà lập hiến trong hơn 60 năm trước đây - khi chính quyền mới được thành lập và bộn bề những khó khăn, khi dân chúng tuyệt đại đa số mù chữ và chưa được rèn luyện về dân chủ - mà còn tin vào khả năng thành công của trưng cầu dân ý sửa đổi Hiến pháp, thì các nhà lập hiến của thế kỷ 21, của thời đại công nghệ thông tin và toàn cầu hóa, không lý gì lại thiếu niềm tin vào việc phê chuẩn Hiến pháp qua bỏ phiếu toàn dân.

Giới hạn sửa đổi Hiến pháp

Sửa đổi Hiến pháp khác với làm Hiến pháp. Khác với lập hiến, tu chính Hiến pháp là một quyền lực giới hạn. Nếu lập hiến là một quyền lực nguyên thủy và không có giới hạn, nghĩa là nhà lập hiến không bị ràng buộc bởi một thủ tục pháp lý nào, thì tu chính Hiến pháp là một quyền lực hạn chế bởi nó phải tuân thủ Hiến pháp. Nói cách khác, quyền tu chính Hiến pháp là một quyền lực hiến định, nên bị giới hạn bởi Hiến pháp. Một nhà Hiến pháp học người Đức, Carl Schmitt chỉ ra rằng, *trong khi sửa đổi Hiến pháp, bản sắc và tính chỉnh thể của Hiến pháp phải được giữ lại. Điều này có nghĩa là quyền sửa đổi Hiến pháp chỉ bao gồm quyền thay đổi, bổ sung, mở rộng, loại bỏ những điều khoản của Hiến pháp nhưng vẫn giữ lại bản thân bản Hiến pháp. Đó không phải là quyền thiết lập một Hiến pháp mới, cũng không phải là quyền thay đổi nền tảng của quyền sửa đổi Hiến pháp*[10]. Sửa đổi Hiến pháp phải giữ lại bản sắc của Hiến pháp, tính chỉnh thể của Hiến pháp có nghĩa là cơ quan sửa đổi không được thay đổi cấu trúc cơ bản của chính quyền hay hệ thống

(9) McWhinney (xem chú thích 6 ở trên), p 27.
(10) Carl Schmitt. Constitutional theory (Durham and London: Duke University press, 2008), p.50

chính trị mà Hiến pháp xác lập. Chẳng hạn, sửa đổi Hiến pháp không thể sửa đổi chính thể cộng hòa thành chính thể quân chủ. Thông thường, Hiến pháp có thể được sửa đổi để điều chỉnh những chi tiết cụ thể về cách vận hành chính quyền chứ không được thay đổi chính thể, tức mô hình tổng thể tổ chức chính quyền; bởi lẽ, làm như vậy, người ta đang làm một Hiến pháp mới chứ không phải sửa đổi Hiến pháp. Quyền sửa đổi Hiến pháp là một quyền giới hạn không những về nội dung mà còn cả về hình thức. Người ta không thể tự ý sửa đổi Hiến pháp theo một phương thức của riêng mình, mà phải tuân thủ các quy định của Hiến pháp về quy trình sửa đổi Hiến pháp.

Các Hiến pháp thường có xu hướng đặt những giới hạn đối với việc sửa đổi Hiến pháp. Luật cơ bản của Đức năm 1949 cấm việc sửa đổi Hiến pháp để thay đổi các đơn vị lãnh thổ hợp thành liên bang và chính thể Nhà nước liên bang xã hội và dân chủ. Theo Hiến pháp của nền Cộng hòa thứ năm của Pháp (năm 1958), chính thể Cộng hòa không thể được sửa đổi. Ở Sri Lanka, quyền tự do tôn giáo là không thể sửa đổi bằng con đường Hiến pháp[11].

Hiến pháp Việt Nam không đặt một giới hạn nào đối với việc sửa đổi Hiến pháp. Có lẽ đây là vấn đề chúng ta cần lưu tâm trong việc sửa đổi Hiến pháp trong lần tới. Sự thống nhất và toàn vẹn lãnh thổ của đất nước, chính thể Cộng hòa Xã hội chủ nghĩa có lẽ là một giới hạn tuyệt đối đối với sửa đổi Hiến pháp ở Việt Nam.

3. Quy trình sửa đổi Hiến pháp mới và ứng dụng

Mô hình về quy trình sửa đổi Hiến pháp cần phải được quy định trong Hiến pháp. Nói cách khác, sửa đổi quy trình sửa đổi Hiến pháp là một nội dung của Hiến pháp sửa đổi. Theo đó, Điều 147 của Hiến pháp có thể được sửa đổi như sau:

"Việc sửa đổi Hiến pháp phải được tiến hành theo cách thức sau đây:

1. Do hai phần ba tổng số đại biểu Quốc hội yêu cầu;

2. Nhân dân sẽ bầu một Hội nghị sửa đổi Hiến pháp. Một nghị quyết của Quốc hội sẽ được ban hành để quy định về việc bầu cử này.

3. Dự án sửa đổi Hiến pháp do Hội nghị sửa đổi Hiến pháp thông qua phải được đưa ra toàn dân phúc quyết.

4. Không thể sửa Hiến pháp để thay đổi sự thống nhất và toàn vẹn lãnh thổ của đất nước, chính thể Cộng hòa Xã hội chủ nghĩa, và bản thân điều khoản này".

Một vấn đề quan trọng trước mắt được đặt ra ở đây là quy trình sửa đổi Hiến pháp như đã đề xuất ở trên có thể được áp dụng ngay vào lần sửa đổi Hiến pháp gần nhất trong tương lai của Việt Nam hay không? Nguyên tắc chung của trật tự pháp quyền đòi hỏi, không được tiến hành một quy trình sửa đổi Hiến pháp trái với các quy định của Hiến pháp hiện hành.

Trước tiên là về vấn đề sáng quyền lập pháp của Quốc hội. Khái niệm "việc sửa đổi Hiến pháp" được đề cập trong Điều 147 của Hiến pháp hiện hành có thể bao gồm cả việc đề nghị sửa đổi Hiến pháp và việc thông qua Hiến pháp. Do đó sẽ không có vấn đề gì về Hiến pháp nếu chúng ta áp dụng quy định việc sửa đổi Hiến pháp sẽ do hai phần ba đại biểu Quốc hội yêu cầu. Khái niệm Quốc hội ở đây được hiểu là tất cả các đại biểu Quốc hội trong một phiên họp toàn thể. Ủy ban Thường vụ Quốc hội, các Ủy ban chuyên môn của Quốc hội, hoặc đại biểu Quốc hội có quyền đặt vấn đề sửa đổi Hiến pháp nhưng vấn đề chỉ trở thành chính thức khi được hai phần ba tổng số đại biểu Quốc hội biểu quyết thông qua. Hiến pháp không chỉ rõ Chủ tịch nước và Chính phủ có được quyền nêu vấn đề sửa đổi Hiến pháp hay không, tuy nhiên, với khuôn khổ Hiến pháp hiện hành, Chủ tịch nước và Chính phủ vẫn có thể đặt vấn đề sửa đổi Hiến pháp. Nhưng vì đây không phải là một quyền hiến định nên việc Quốc hội xem xét đề nghị sửa đổi Hiến pháp của Chủ tịch nước và Chính phủ không có tính chất bắt buộc. Nếu được Quốc hội xem xét, đề nghị sửa đổi Hiến pháp của Chủ tịch nước và Chính phủ chỉ trở thành chính thức khi được sự đồng ý của hai

(11) B.O Nwabueze, S.A.N. (xem chú thích 1 ở trên), p 25.

phần batổng số đại biểu Quốc hội.

Tiếp theo, việc thành lập một Hội nghị Hiến pháp không trái với quy định của Hiến pháp hiện hành. Hiến pháp không có một quy định nào về công đoạn thảo luận và soạn thảo Hiến pháp. Điều này mở đường cho tính hợp hiến của việc thành lập Hội nghị Hiến pháp. Hội nghị này do nhân dân bầu ra nhưng không có một quyền lực pháp lý nào hết. Hội nghị không phải là một cơ quan phê chuẩn Hiến pháp mà là một diễn đàn giúp nhân dân thảo luận và soạn thảo dự án sửa đổi Hiến pháp trong một không gian cởi mở. Sau khi thảo luận, soạn thảo và thông qua dự án sửa đổi Hiến pháp, Hội nghị tự giải tán. Việc phê chuẩn dự án sửa đổi Hiến pháp, một hành vi có giá trị pháp lý, biến những nội dung sửa đổi thành có hiệu lực, sẽ thuộc về một chủ thể khác.

Xét về tính khả thi, việc thành lập một Hội nghị Hiến pháp cũng không khó khăn, bởi người dân đã được rèn luyện hơn 60 năm trong việc bỏ phiếu bầu người đại diện. Vấn đề là, chúng ta có thể thành lập được một Hội nghị Hiến pháp có chất lượng không. Câu trả lời là có thể. Nhận thức chính trị của người dân ngày càng được nâng cao nên có lẽ người ta không cần phải lo ngại về việc họ có đủ hiểu biết về Hiến pháp để phê chuẩn hay không. Mặc dù khái niệm Hiến pháp còn khá xa lạ đối với nhiều người, nhưng họ không xa lạ đối với những vấn đề mà Hiến pháp đề cập đến. Qua những phương tiện thông tin đại chúng, đặc biệt là vô tuyến truyền hình và Internet, người dân nhìn chung không xa lạ với tổ chức và hoạt động của Quốc hội, đại biểu Quốc hội, Chủ tịch nước, Thủ tướng, Bộ trưởng, Thẩm phán, Chủ tịch Ủy ban nhân dân, Hội đồng nhân dân…. Họ lại càng quen thuộc với các quyền căn bản của họ về tự do kinh doanh, tài sản, thông tin, đi lại, nhà ở, việc làm, hôn nhân, học tập… Bên cạnh đó, các nhà lãnh đạo chính trị giàu kinh nghiệm, các chuyên gia pháp lý, các nhà khoa học liên quan có thể tham gia ứng cử để được bầu vào Hội nghị Hiến pháp.

Cuối cùng, vấn đề khó khăn nhất là có thể tổ chức trưng cầu dân ý để phê chuẩn sửa đổi Hiến pháp theo khuôn khổ Hiến pháp Việt Nam hiện hành không? Điều 53 của Hiến pháp hiện hành công nhận quyền của công dân được "biểu quyết khi Nhà nước tổ chức trưng cần ý dân." Điều 84 trao cho Quốc hội quyền quyết định về tổ chức trưng cần dân ý và Điều 91 trao cho Ủy ban Thường vụ Quốc hội nhiệm vụ tổ chức trưng cầu dân ý theo quyết định của Quốc hội. Tuy nhiên, quy định "chỉ Quốc hội mới có quyền sửa đổi Hiến pháp" ở Điều 147 có thể dẫn đến sự hoài nghi về tính hợp hiến của việc trưng cần dân ý sửa đổi Hiến pháp.

Tuy nhiên, tham chiếu với các quy định của Hiến pháp về trưng cầu dân ý và chủ quyền nhân dân, có thể thấy rằng, Điều 147 không phải là nguồn duy nhất để sửa đổi chính thức Hiến pháp. Một trong những nguyên tắc căn bản của việc xây dựng chính quyền hợp hiến ở Việt Nam được Hiến pháp ghi nhận là chủ quyền nhân dân được thể hiện qua quy định "tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân" (Điều 2).

Có lẽ cần phải gợi lại những tư duy về bản chất của chủ quyền nhân dân. C.H. Mcllwain, một chuyên gia hàng đầu về Hiến pháp và chủ nghĩa hợp hiến, trong một nghiên cứu về chủ nghĩa hợp hiến trong một thế giới đang chuyển đổi đã khẳng định: "Chủ quyền nhân dân khác với các loại quyền lực khác là nó là một quyền lực pháp lý tối cao trong một đất nước, và bản thân nó không thể là đối tượng điều chỉnh của pháp luật"[12]. Chủ quyền nhân dân là tối cao có nghĩa là, trong quốc gia không có một quyền nào có thể áp đặt những ràng buộc pháp lý lên chủ quyền nhân dân. Chủ quyền nhân dân là một quyền nguyên thủy, một quyền nguồn gốc mà từ đó hình thành nên các quyền của chính quyền, nên các quyền phái sinh này không thể đặt những ràng buộc pháp lý lên chủ quyền nhân dân. Trong khi đó, trưng cầu dân ý là một hình thức toàn vẹn nhất của chủ quyền nhân dân. Bằng việc thực hiện quyền trưng cần dân

(Xem tiếp trang 25)

(12) C.H. Mc.llwain, Constitutionalism and the changing world (Cambridge: Cambridge University Press, 1969), p 29.

HOÀN THIỆN CƠ SỞ PHÁP LÝ VỀ HOẠT ĐỘNG CHẤT VẤN VÀ TRẢ LỜI CHẤT VẤN TẠI PHIÊN HỌP ỦY BAN THƯỜNG VỤ QUỐC HỘI

■ NGUYỄN MAI THOA *

Cho tới nay, Ủy ban Thường vụ Quốc hội (UBTVQH) đã tiến hành hoạt động chất vấn và trả lời chất vấn đối với các vị bộ trưởng, trưởng các ban ngành tại năm phiên họp của UBTVQH khoá XII[1]. Có thể nói, đối với nhiệm kỳ Quốc hội khóa XII, việc tổ chức các phiên chất vấn tại UBTVQH là một trong những dấu ấn rõ nhất trong đổi mới tổ chức và hoạt động của Quốc hội và các cơ quan của Quốc hội. Cũng như hoạt động chất vấn tại kỳ họp Quốc hội, hoạt động chất vấn giữa hai kỳ họp Quốc hội đã đạt được những kết quả tích cực, được các thành viên Chính phủ, các vị đại biểu Quốc hội, cử tri đồng tình ủng hộ, được dư luận hoan nghênh và đánh giá cao. Có thể kể đến một số kết quả đạt được của hoạt động này như sau:

Thứ nhất, góp phần quan trọng khắc phục mâu thuẫn giữa thời gian họp rất có hạn của Quốc hội và yêu cầu giải quyết những vấn đề bức xúc của đời sống nhân dân, đời sống đất nước. Nếu chỉ tổ chức chất vấn tại các phiên họp toàn thể của Quốc hội trong khoảng thời gian từ hai ngày rưỡi đến ba ngày thì không thể giải đáp hết được tất cả những băn khoăn, mong muốn, những vấn đề mà cử tri nóng lòng yêu cầu giải quyết. Chất vấn tại UBTVQH, như Chủ tịch Quốc hội Nguyễn Phú Trọng đã nói là không những để tiếp tục tăng cường hoạt động giám sát, từng bước nâng cao hiệu quả và hiệu lực giám sát của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội mà còn kịp thời đưa những vấn đề thời sự, mới phát sinh trong thực tế vào chất vấn tại phiên họp UBTVQH, giảm bớt các nội dung chất vấn tại các kỳ họp Quốc hội để các kỳ họp Quốc hội tập trung vào các vấn đề ở tầm vĩ mô khác...[2].

Thứ hai, với phạm vi nội dung tương đối hẹp, đại biểu Quốc hội và người trả lời chất vấn có thể đi tới cùng của vấn đề được nêu ra. Các nội dung của phiên họp chất vấn tại UBTVQH được xác định trên cơ sở ủy quyền của Quốc hội và thực tiễn đặt ra, tương đối hẹp và cụ thể, vậy nên, so với các phiên chất vấn và trả lời chất vấn tại kỳ họp của Quốc hội, các nội dung tại phiên chất vấn của UBTVQH là một lợi thế để các đại biểu Quốc hội và các Bộ trưởng có thể tập trung hơn vào những vấn đề được đặt ra và đi đến cùng trong việc giải quyết những vấn đề đó. Thời gian chất vấn và trả lời chất vấn tại phiên họp của UBTVQH cũng có thể linh hoạt hơn so với chất vấn và trả lời chất vấn tại kỳ họp Quốc hội, nên đại biểu Quốc hội và người trả lời chất vấn cũng có điều kiện hơn trong việc trình bày, giải thích câu hỏi cũng như giải trình về vấn đề được nêu lên.

(*) ThS. Phó Vụ trưởng Vụ Tổng hợp, Văn phòng Quốc hội.

(1)Tại các phiên họp thứ 8, thứ 9, thứ 18, thứ 22 và thứ 29 của UBTVQH khóa XII.

(2) Phát biểu của Chủ tịch Quốc hội Nguyễn Phú Trọng khai mạc phiên họp chất vấn tại UBTVQH lần thứ nhất, ngày 28/3/2008.

Thứ ba, phiên họp chất vấn và trả lời chất vấn tại UBTVQH quy tụ được nhiều đại biểu Quốc hội hoạt động chuyên trách, nhất là các vị đại biểu chuyên trách tại Hội đồng Dân tộc và các Ủy ban của Quốc hội, chính vì vậy, những vấn đề chuyên môn sâu được nêu lên, những câu hỏi có chất lượng, đi thẳng vào vấn đề được đặt ra; đại biểu Quốc hội và Bộ trưởng, Trưởng các ban ngành quen phong cách của nhau, "biết bài" của nhau cả[3] đã góp phần nâng cao chất lượng, hiệu quả của các phiên họp chất vấn.

Thứ tư, năm lần chất vấn và trả lời chất vấn tại phiên họp của UBTVQH cho thấy không khí và tinh thần của chất vấn và trả lời chất vấn tại UBTVQH cũng được thể hiện tượng tự các kỳ họp Quốc hội: dân chủ, đối thoại thẳng thắn, thậm chí có phần gần gũi, cởi mở hơn vì không gian hẹp. Thêm vào đó, chất vấn và trả lời chất vấn tại phiên họp UBTVQH cũng được truyền hình, phát thanh trực tiếp, công khai cho nhân dân theo dõi nên được đông đảo cử tri quan tâm và đánh giá cao.

Hoạt động chất vấn và trả lời chất vấn giữa hai kỳ họp Quốc hội đã làm cho hoạt động của Quốc hội nói chung và hoạt động giám sát của UBTVQH gắn chặt hơn với những vấn đề thời sự mới phát sinh trong thực tế cuộc sống, góp phần xây dựng bộ máy nhà nước trong sạch, hoạt động có hiệu lực, hiệu quả, hỗ trợ tích cực cho hoạt động xây dựng pháp luật của Quốc hội. Tuy nhiên, bên cạnh những kết quả đạt được đã được khẳng định, vấn đề *cơ sở pháp lý của hoạt động chất vấn* tại UBTVQH vẫn còn là một băn khoăn.

Điều 98 Hiến pháp năm 1992 quy định:

"Người bị chất vấn phải trả lời trước Quốc hội tại kỳ họp; *trong trường hợp cần điều tra thì Quốc hội có thể quyết định cho trả lời trước UBTVQH* hoặc tại kỳ họp sau của Quốc hội hoặc cho trả lời bằng văn bản".

Điều 49 Luật tổ chức Quốc hội cũng quy định:

"Trong thời gian giữa hai kỳ họp Quốc hội, chất vấn được gửi đến UBTVQH để chuyển đến cơ quan hoặc người bị chất vấn và quyết định thời hạn trả lời chất vấn. *Nếu đại biểu Quốc hội không đồng ý với nội dung trả lời thì có quyền đề nghị Chủ tịch Quốc hội đưa ra thảo luận trước Quốc hội hoặc UBTVQH*".

Như vậy, theo các quy định trên thì mặc nhiên các chất vấn của đại biểu Quốc hội giữa hai kỳ họp của Quốc hội sẽ được trả lời bằng văn bản; chỉ có hai chủ thể có quyền quyết định việc tổ chức chất vấn hoặc thảo luận về vấn đề chất vấn của đại biểu Quốc hội trước UBTVQH và chỉ trong những trường hợp nhất định, đó là:

(1) Quốc hội quyết định: trong trường hợp cần điều tra về vấn đề đại biểu Quốc hội chất vấn;

(2) Chủ tịch Quốc hội quyết định: trong trường hợp đại biểu Quốc hội đề nghị khi không đồng ý với nội dung trả lời bằng văn bản của người trả lời chất vấn.

Về vấn đề này, Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội đã có những điểm "mở rộng" hơn so với các quy định trên của Hiến pháp và Luật tổ chức Quốc hội. Tại điểm 3 Điều 15 về các hoạt động giám sát của UBTVQH có quy định: "xem xét việc trả lời chất vấn của người bị chất vấn trong thời gian giữa hai kỳ họp Quốc hội" mà không kèm theo những điều kiện như Hiến pháp và Luật tổ chức Quốc hội đã nêu. Đồng thời, tại điểm a, khoản 1 Điều 19 Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội về việc "Trả lời chất vấn tại phiên họp UBTVQH" (khoản 3 Điều 25 Quy chế hoạt động của UBTVQH cũng quy định tương tự) nêu rõ: "Chủ tịch Quốc hội nêu chất vấn của đại biểu Quốc hội đã được Quốc hội quyết định cho trả lời tại phiên họp UBTVQH và *những chất vấn khác được gửi tới UBTVQH trong thời gian giữa hai kỳ họp Quốc hội*".

Nếu hiểu "chất vấn của đại biểu Quốc hội đã được Quốc hội quyết định cho trả lời tại phiên họp UBTVQH" trong trường hợp này chính là những chất vấn mà Quốc hội thấy "cần điều tra" thì Luật cần quy định rõ về quy trình, thủ tục điều tra, cụ thể là ai điều tra, điều tra như thế nào, xử lý kết quả điều tra như thế nào…

(3) TS. Nguyễn Minh Thuyết, Phó Chủ nhiệm Ủy ban văn hóa, giáo dục, thanh niên, thiếu niên và nhi đồng, Báo Người đại biểu nhân dân ngày 12/8/2009.

Trên thực tế, yêu cầu "cần điều tra" đã bị "bỏ quên".

Cũng theo quy định này thì "những chất vấn được gửi tới UBTVQH trong thời gian giữa hai kỳ họp Quốc hội" đều có thể được đưa ra chất vấn tại phiên họp UBTVQH. Trong khi đó, Luật tổ chức Quốc hội chỉ quy định những chất vấn giữa hai kỳ họp mà *đại biểu Quốc hội không đồng ý với nội dung trả lời bằng văn bản của người trả lời chất vấn* mới được đại biểu Quốc hội đề nghị Chủ tịch Quốc hội cho được tiếp tục thảo luận tại phiên họp UBTVQH. Như vậy, quy định của Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội về vấn đề này chưa hoàn toàn phù hợp với quy định của Hiến pháp và Luật tổ chức Quốc hội. Điều đó dẫn tới một thực tế là hoạt động chất vấn và trả lời chất vấn tại phiên họp UBTVQH đang từ chỗ có nhiệm vụ riêng (theo quy định của Hiến pháp và Luật tổ chức Quốc hội) đã mang tính chất hoàn toàn khác.

> ***"Điều 19 Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội, Khoản 3 Điều 25 Quy chế hoạt động của UBTVQH quy định về trình tự, thủ tục hoạt động chất vấn và trả lời chất vấn tại phiên họp UBTVQH đã trở thành cơ sở pháp lý chủ yếu cho việc tiến hành hoạt động này hiện nay"***

Điều 19 Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội, khoản 3 Điều 25 Quy chế hoạt động của UBTVQH quy định về trình tự, thủ tục hoạt động chất vấn và trả lời chất vấn tại phiên họp UBTVQH đã trở thành cơ sở pháp lý chủ yếu cho việc tiến hành hoạt động này hiện nay. Tuy nhiên, trên thực tế, do Quốc hội chưa quyết định các nội dung cụ thể (hoặc các chất vấn cụ thể của đại biểu Quốc hội) để UBTVQH thực hiện việc chất vấn tại các phiên họp[4] và giữa hai kỳ họp của Quốc hội không có nhiều đại biểu gửi chất vấn đến Chủ tịch Quốc hội, nên việc lựa chọn danh sách những người có trách nhiệm trả lời chất vấn tại các phiên họp của UBTVQH và nội dung trả lời chất vấn thường dựa trên các tiêu chí chủ yếu sau đây[5]:

Thứ nhất, số lượng các chất vấn mà đại biểu Quốc hội gửi đến từng vị Bộ trưởng, Trưởng các ban ngành (các Bộ trưởng nhận được số lượng câu hỏi nhiều nhất trong danh sách người nhận được chất vấn của đại biểu Quốc hội thường trả lời trực tiếp tại kỳ họp; các Bộ trưởng có số lượng câu hỏi ít hơn và nhiều nhất trong danh sách còn lại sẽ trả lời tại phiên họp UBTVQH);

Thứ hai, nội dung chất vấn có nhiều vấn đề bức xúc, nổi cộm, không những được các vị đại biểu Quốc hội mà còn được cử tri và dư luận xã hội quan tâm;

Thứ ba, tình hình thực hiện nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội và những yêu cầu trong việc quản lý, điều hành kinh tế - xã hội tại thời điểm chất vấn;

Thứ tư, có cân nhắc đến việc tham gia trả lời chất vấn trực tiếp tại các kỳ họp Quốc hội, Phiên họp của UBTVQH gần đây (nếu tại các kỳ họp, phiên họp gần đây mà vị Bộ trưởng, trưởng các ban ngành đó đã liên tục "đăng đàn" thì có thể được "tạm hoãn" trả lời tại phiên họp này mặc dù có thể thỏa mãn tất cả các tiêu chí nêu trên).

Trong thời điểm hiện nay, để có thể tiến hành hoạt động chất vấn và trả lời chất vấn tại các phiên họp UBTVQH, các tiêu chí nêu trên có thể hợp lý, nhưng có thể thấy, chưa có nhiều sự "liên quan" của các tiêu chí đặt ra và các quy định của pháp luật về vấn đề này.

Trong tiến trình đổi mới về tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước nói chung, hoạt động

(4) Trong các Nghị quyết của Quốc hội về chất vấn và trả lời chất vấn tại kỳ họp thứ tư và thứ sáu, Quốc hội khoá XII; Kết luận của Chủ tịch Quốc hội sau phiên họp chất vấn tại kỳ họp thứ ba và thứ năm chỉ giao UBTVQH tiến hành hoạt động chất vấn và trả lời chất vấn về mặt chủ trương mà chưa giao các nội dung cụ thể.

(5) Theo Tờ trình của Ban Công tác đại biểu số 152/TTr-BCTĐB, ngày 3/8/2009 về việc tổ chức hoạt động chất vấn và trả lời chất vấn tại Phiên họp thứ 22 của UBTVQH.

của Quốc hội và cụ thể là hoạt động chất vấn và trả lời chất vấn nói riêng, Quốc hội, UBTVQH có thể quyết định tiến hành thực hiện thí điểm những hoạt động chưa được quy định trong các văn bản pháp luật. Tuy nhiên, bước đi cần thiết tiếp theo phải là tổng kết, rút kinh nghiệm để hoặc là phải sửa các quy định của pháp luật có liên quan nếu hoạt động đó thực sự đem lại hiệu quả, hoặc là phải tiếp tục thực hiện đúng theo những quy định của pháp luật hiện hành. Để có căn cứ pháp lý vững chắc cho hoạt động chất vấn của UBTVQH như hiện nay, cần sửa đổi các quy định tại Điều 98 Hiến pháp năm 1992 và Điều 49 Luật Tổ chức Quốc hội theo hướng quy định về các trường hợp Ủy ban Thường vụ Quốc hội có thể tổ chức hoạt động chất vấn và trả lời chất vấn tại phiên họp, trong đó quy định rõ trường hợp Quốc hội giao Ủy ban thường vụ Quốc hội và trường hợp có chất vấn của đại biểu Quốc hội trong thời gian giữa hai kỳ họp. ■

"Bước đi cần thiết tiếp theo phải là tổng kết, rút kinh nghiệm để hoặc là phải sửa các quy định của pháp luật có liên quan nếu hoạt động đó thực sự đem lại hiệu quả, hoặc là phải tiếp tục thực hiện đúng theo những quy định của pháp luật hiện hành"

SỬA ĐỔI QUY TRÌNH SỬA ĐỔI HIẾN PHÁP

(Tiếp theo trang 21)

ý, nhân dân trực tiếp hành xử chủ quyền nhân dân của mình. Vì vậy, người ta không thể đặt ra vấn đề tính hợp hiến của trưng cầu dân ý xét theo nghĩa bản chất. Nói cách khác, bản chất của hành vi trưng cầu dân ý không thể được xem xét trên phương diện hiến tính, mặc dù người ta có thể xem xét tính hợp hiến của thủ tục, quy trình, kết quả của một cuộc trưng cầu dân ý.

Trở lại trường hợp của Việt Nam, cả nguyên lý chủ quyền nhân dân và quyền bỏ phiếu trưng cầu dân ý đều được chấp nhận trong Hiến pháp. Vì trưng cầu dân ý là một biểu hiện cao nhất của chủ quyền nhân dân, trong khi chủ quyền nhân dân là một loại quyền tuyệt đối và không có giới hạn pháp lý, nên quyền trưng cần dân ý cũng là tuyệt đối và không có giới hạn pháp lý. Quy định "chỉ Quốc hội mới có quyền sửa đổi Hiến pháp" do Quốc hội, cơ quan lập pháp do nhân dân bầu ra ban hành, không thể có tính ràng buộc pháp lý đối với việc thực hiện chủ quyền nhân dân thông qua bỏ phiếu trưng cầu dân ý. Vì vậy, việc trưng cầu dân ý đối với việc sửa đổi Hiến pháp là hoàn toàn có thể thực hiện được xét trên phương diện Hiến pháp.

4. Kết luận

Việt Nam cần có một quy trình sửa đổi Hiến pháp hoàn hảo hơn vì một Hiến pháp tốt hơn. Quy trình sửa đổi Hiến pháp đó phải thể hiện tinh thần dân chủ hóa. Điều này đòi hỏi phải mở rộng không gian thảo luận về các vấn đề sửa đổi Hiến pháp thông qua việc thành lập Hội nghị Hiến pháp, cho phép thu hút sự tham gia của trí tuệ nhân dân vào tiến trình phát triển Hiến pháp. Quan trọng hơn, tinh thần dân chủ hóa đòi hỏi tổ chức một cuộc bỏ phiếu toàn dân để phê chuẩn các điều khoản Hiến pháp sửa đổi. Làm như thế không những sẽ góp phần thực hiện chủ quyền của nhân dân mà còn tăng cường sức mạnh cho Nhà nước được xây dựng trên nền tảng của nhân dân. ■

Xây dựng lại chế định chiếm hữu bằng chất liệu khoa học phù hợp

■ NGUYỄN NGỌC ĐIỆN *

Phân tích, so sánh nội dung của quyền sở hữu và chiếm hữu trong pháp luật các nước, từ cổ tới kim, phân tích căn nguyên của sự bất hợp lý đặc thù trong cơ chế bảo vệ quyền sở hữu đang vận hành ở Việt Nam khi thừa nhận chiếm hữu như là một phần nội dung của quyền sở hữu, người viết yêu cầu phải nhìn nhận lại quan hệ chiếm hữu theo đúng bản chất, là tách quyền chiếm hữu ra khỏi quyền sở hữu và trả nó về vị trí thích hợp trước khi hoàn thiện pháp luật sở hữu.

Không biết từ lúc nào, quyền sở hữu ở Việt Nam được phân tích về mặt nội dung thành ba quyền năng: chiếm hữu, sử dụng và định đoạt. Quan niệm ấy được những người soạn thảo Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 1995 và cả BLDS năm 2005 sau này thấm nhuần và trở thành tư tưởng chủ đạo, được quán triệt trong quá trình xây dựng các quy tắc của Bộ luật liên quan đến quyền sở hữu. Chế độ pháp lý về sở hữu ở Việt Nam trở nên đặc thù và điều này khiến cho việc cải cách pháp luật dân sự trong khung cảnh hội nhập, đặc biệt về phần liên quan đến tài sản, là việc không đơn giản. Trở ngại chính đối với việc cải cách là sự khác biệt lớn giữa Việt Nam và các nền văn hoá pháp lý tiêu biểu trong cách hiểu về nội dung của quyền sở hữu, từ đó ảnh hưởng đến cách định vị chế định chiếm hữu trong pháp luật tài sản.

1. Chiếm hữu trong luật các nước

1.1. Luật cổ La Mã

Sở hữu và chiếm hữu[1]. Từ rất sớm, các nhà luật học cổ La Mã đã nhận thức được sự cần thiết phân biệt giữa sở hữu (ownership) và chiếm hữu (possession), như là sự phân biệt giữa nội dung và hình thức của một quan hệ xã hội.

Trong một tình huống đặc thù, cả thế giới đứng trước một người đang nắm giữ một vật có giá trị tiền tệ, gọi là một tài sản. Người này có thể là chủ sở hữu đối với tài sản, nhưng cũng có thể là người thuê, mượn tài sản để sử

(*) TS, Phó hiệu trưởng, Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh.

(1) Có thể xem: F. Terré va Ph. Simler, Droit civil. Les biens, Précis Dalloz, Paris, 1999, tr. 45 và kế tiếp; Ph. Malaurie và Laurent Aynès, Droit civil. Les biens, Cujas, Paris, 1998, tr. 136 và kế tiếp; Lawson và Rudden, The Law of property, Clarendon Presse-Oxford, 1982, tr. 120 và kế tiếp.

dụng, thậm chí… chỉ là người trộm tài sản. Tìm hiểu xem liệu người này có phải là chủ sở hữu, người thuê hay chỉ là một kẻ trộm…, về thực chất, là việc phân tích tình trạng pháp lý của người đó trong mối quan hệ với tài sản nắm giữ. Tất nhiên, nếu do kết quả tìm hiểu mà tư cách trộm đạo của đương sự lộ ra, thì nhà chức trách phải can thiệp bằng biện pháp xử lý thích hợp; còn trong những trường hợp khác, mọi việc có thể tiếp diễn bình thường, với điều kiện người nắm giữ tài sản tôn trọng các giới hạn mà pháp luật đặt ra đối với việc thực hiện các quyền của mình.

Vấn đề là không phải lúc nào người ta cũng cần tìm hiểu như thế. Đơn giản, mọi người thấy một người đang nắm giữ một tài sản và đang xử sự, trong mối quan hệ với tài sản, theo cung cách của người có quyền năng trên tài sản đó; người ta ghi nhận điều này, nghĩa là ghi nhận sự tồn tại của một thứ quyền năng bề ngoài của người nắm giữ tài sản, rồi cư xử với người đó một cách thích ứng mà không bận tâm đến chuyện người đó có hay không có quyền thực sự đối với tài sản. Người chủ một công trình xây dựng tiến hành thảo luận và thoả thuận với người láng giềng về việc xây dựng như thế nào để người láng giềng không cảm thấy phiền hà; người nhận giữ xe tiếp nhận chiếc xe được người lái đưa vào bãi: người chủ công trình và người giữ xe xử sự như thế, bởi trong mắt họ cũng như trong niềm tin nội tâm của họ, người láng giềng cũng như người lái xe là những người có quyền năng đối với bất động sản lân cận hoặc đối với chiếc xe đó…

Quyền năng bề ngoài ấy được các nhà luật học La Mã gọi là *quyền chiếm hữu*, phân biệt với quyền sở hữu, là quyền năng bên trong hay quyền năng pháp lý, đối với tài sản.

Về mặt cấu trúc, quyền sở hữu được hình dung là sự hội tụ của ba yếu tố: *usus* (tạm gọi là dùng), *fructus* (khai thác sức sinh lợi) và *abusus* (định đoạt). Trong khi đó quyền chiếm hữu được xây dựng bằng hai tố tố cơ bản: *corpus* (tạm gọi là yếu tố vật chất) và *animus* (yếu tố tâm lý)

Corpus và animus. *Corpus*, yếu tố vật chất hay yếu tố khách quan, được hiểu là việc thực hiện trên thực tế các hành vi mang tính chất thể hiện quyền năng đối với tài sản. Chiếm hữu trong tư cách chủ sở hữu, người chiếm hữu thực hiện các hành vi tương ứng với các quyền dùng, khai thác lợi ích từ tài sản và định đoạt tài sản. *Corpus* thường được các nhà luật học La Mã cổ đại phân tích thành việc xác lập, thực hiện các giao dịch mang tính vật chất tác động lên tài sản, chẳng hạn cày cấy, trồng trọt trên ruộng đất, cất giữ đồ đạc trong tủ…[2].

Animus, yếu tố tâm lý hay yếu tố chủ quan, được hiểu là thái độ tâm lý thể hiện thành cung cách cư xử phù hợp với các quyền năng mà người chiếm hữu tự cho là có được đối với tài sản. Chiếm hữu trong tư cách chủ sở hữu, người chiếm hữu bộc lộ dáng vẻ của một người có các quyền năng dùng, khai thác giá trị kinh tế của tài sản và định đoạt tài sản.

*Sự cần thiết xây dựng và hoàn thiện chế định chiếm hữu***.** Nhắc lại rằng không phải lúc nào, khi đứng trước mặt một người đang nắm giữ một vật, người ta luôn tự hỏi người nắm giữ thực sự có quyền gì đối với vật đó. Trái lại, trong đại đa số trường hợp thực tiễn, mọi người thừa nhận mối quan hệ chiếm hữu ấy và chấp nhận xác lập, thực hiện giao tiếp thích ứng với người chiếm hữu.

Trong nhiều trường hợp xung đột, khủng hoảng liên quan đến việc sử dụng tài sản, vấn đề ai thực sự có quyền đối với tài sản cũng không nhất thiết được đặt ra. A và B là hai người láng giềng, chiếm hữu hai bất động sản liền kề. A trồng cây lấn sang không gian thuộc bất động sản của B. Pháp luật thừa nhận cho B trong trường hợp này có quyền yêu cầu A tôn trọng quyền của mình đối với phần không gian tranh chấp. Thẩm phán có thể ra bản án buộc A phải loại bỏ các phần cây trồng lấn sang không gian thuộc bất động sản của B. Cần nhấn mạnh

(2) Luật học phương Tây hiện đại còn coi các hành vi pháp lý như cho thuê, cho mượn, cũng là một phần của corpus: G. Cornu, Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens, Montchrestien, Paris, 1990, tr. 355.

rằng khi thụ lý vụ án, thẩm phán không cần và cũng không có quyền yêu cầu B chứng minh tư cách chủ sở hữu vì đơn giản, B đang sử dụng bất động sản một cách bình yên thì bị người khác quấy nhiễu; cần bảo vệ B để lập lại trật tự xã hội. Có thể rồi sau này, cũng chính thẩm phán đó thụ lý một vụ án do C khởi kiện để tranh chấp với B về quyền sở hữu bất động sản đó và cuối cùng xác định được rằng B không phải là chủ sở hữu đích thực của bất động sản. Nhưng, ngay cả trong trường hợp đó, thẩm phán cũng không bị coi là đã từng bảo vệ một người không có tư cách chủ sở hữu.

Người làm luật, về phần mình, cũng không cần băn khoăn tự hỏi liệu trong những tình huống xảy ra xung đột, khủng hoảng đó, pháp luật có tỏ ra quá dễ dãi khi chấp nhận dành cho chủ thể sự bảo hộ mà không cần kiểm tra để biết liệu chủ thể có xứng đáng thụ hưởng sự bảo hộ ấy. Bởi trên thực tế, đa số người chiếm hữu là chủ sở hữu đích thực; bảo vệ người chiếm hữu, trên nguyên tắc, được coi là bảo vệ chủ sở hữu. Sự nhầm lẫn, như trong trường hợp nêu trên, chỉ là ngoại lệ chấp nhận được, một sự cố cá biệt trong cuộc sống dân sự.

Về mặt lý thuyết, nếu có một hệ thống pháp lý nào cho phép thiết lập được bằng chứng tuyệt đối về quyền sở hữu, thì nhà chức trách sẽ có điều kiện xác định người nào có tư cách và người nào không có, trong quan hệ với tài sản. Nhưng ngay cả trong trường hợp người chiếm hữu không phải là chủ sở hữu, thì việc tạm thời bảo vệ tình trạng chiếm hữu của người đó trong quan hệ với tài sản chống lại hành vi xâm hại của người khác cũng cần thiết về phương diện bảo đảm trật tự xã hội.

Giả sử, trong ví dụ trên, A trồng cây lấn sang phần không gian thuộc bất động sản của B vì cho rằng phần không gian ấy, nghĩa là phần đất dưới đó, là của mình, thì, theo yêu cầu của B, thẩm phán vẫn có quyền buộc A triệt hạ các phần cây cối phát triển trái phép. Lý do để thẩm phán can thiệp là: A đang sống trong xã hội có tổ chức; nếu muốn tranh chấp với B về quyền sở hữu bất động sản, thì A phải tiến hành tranh chấp theo đúng quy định của pháp luật, nghĩa là trước toà án; A không thể tự dùng lực lượng vật chất của riêng mình để thiết lập công lý cho mình. Có thể rồi sau khi đánh giá các chứng cứ, thẩm phán xác định chính A mới là chủ sở hữu phần không gian tranh chấp ấy. Khi đó, A có quyền trồng cây cũng như tất cả các quyền khác của một chủ sở hữu[3]. Nhưng, cho đến thời điểm ấy, các bên phải đứng yên ở vị trí quen thuộc của mình và nhất là không được manh động.

1.2. Luật châu Âu

1.2.1. Các quan niệm trái ngược về cấu trúc quan hệ chiếm hữu

Học thuyết về chiếm hữu trong luật cổ La Mã được các nhà luật học châu Âu thời cận đại phát hiện và vận dụng trong quá trình xây dựng, hoàn thiện hệ thống pháp luật tài sản. Từ các kết quả giải thích khác biệt về cấu trúc quan hệ chiếm hữu được người La Mã nhìn nhận, các nhà luật học Châu Âu cận đại chia thành hai nhóm, tương ứng với hai trường phái.

Trường phái chiếm hữu chủ quan (subjective possession). Trường phái này do Savigny, một nhà triết học luật của Đức đại diện. Theo trường phái này, thì yếu tố cơ bản, quyết định sự xác lập quan hệ chiếm hữu là *animus*. Lý lẽ được đưa ra là *corpus*, yếu tố vật chất, thể hiện thành các hành vi tác động cụ thể lên tài sản, có thể được thực hiện bởi người này, người nọ với những tư cách rất khác biệt: nếu chủ sở hữu nhà có thể sử dụng nhà để ở, thì người thuê nhà cũng có thể làm giống hệt như thế. Trong khi đó, người thuê nhà không thể có được trạng thái tâm lý giống như chủ sở hữu nhà trong quá trình tác động lên tài sản bằng các giao tiếp vật chất. Với quan niệm ấy, thì sự chiếm hữu đích thực phải là sự nắm giữ tài sản theo cung cách thực tế

(3) Quyền này, một khi được thừa nhận, tồn tại từ thời điểm A xác lập quyền sở hữu đối với toàn bộ bất động sản của mình, trong đó có phần được tranh chấp. Điều này cũng có nghĩa rằng việc trước đây A buộc phải triệt bỏ phần cây cối phát triển trong phần không gian tranh chấp thực sự gây ra cho A một thiệt hại vật chất mà A có quyền yêu cầu bồi thường. Nhưng đó là chuyện khác.

của một chủ sở hữu.

Trường phái chiếm hữu khách quan (objective possession). Trường phái này do Ihering, cũng là một nhà triết học luật của Đức đại diện. Đối với trường phái này, thì điều quan trọng bậc nhất để quan hệ chiếm hữu được xác lập là phải có hành vi tác động vật chất lên tài sản, nghĩa là phải có *corpus*. Thực ra Ihering không phủ nhận hoàn toàn ý nghĩa, tác dụng của yếu tố tâm lý; tuy nhiên, ông cho rằng nó được thể hiện trong bản thân hành vi vật chất, trong *corpus*: khi một chủ thể tác động lên một tài sản bằng cách thực hiện một hành vi vật chất nào đó, thì bản thân hành vi đó bao hàm quyền năng của chủ thể đối với tài sản.

1.2.2. Giải pháp trong luật các nước tiêu biểu

Luật của Pháp. Trường phái chiếm hữu chủ quan thống trị trong luật học của Pháp. Bởi vậy, đối với người Pháp, quan hệ chiếm hữu chỉ được xác lập một khi chủ thể thực sự có thái độ tâm lý của người có quyền năng của riêng mình đối với tài sản chứ không đi vay mượn quyền năng của người khác. Chấp nhận quan niệm chiếm hữu chủ quan, người Pháp chỉ coi là có tình trạng chiếm hữu một khi người nắm giữ tài sản tự xưng là chủ sở hữu tài sản[4]; trong trường hợp người nắm giữ tài sản thể hiện một tư thế khác với tư thế chủ sở hữu, chẳng hạn, của một người thuê, mượn, thì luật của Pháp chỉ ghi nhận tình trạng cầm giữ tạm thời (*détention précaire*).

Giải pháp ấy, dẫn đến sự phân biệt hai loại người nắm giữ tài sản với hai tư cách khác biệt, tất yếu dẫn đến vấn đề: làm thế nào, khi đứng trước một người đang nắm giữ một tài sản, có thể xác định đó là người chiếm hữu hay chỉ là người cầm giữ tạm thời? Để giải quyết vấn đề này, người làm luật của Pháp sử dụng hai công cụ. Một mặt, theo BLDS Pháp Điều 2250, bất kỳ người nào đang nắm giữ tài sản đều được suy đoán là người chiếm hữu, cho đến khi có ai khác chứng minh được rằng người này chỉ là người nắm giữ tài sản của người khác, tức là chỉ cầm giữ tạm thời. Mặt khác, theo Điều 2251, người nào đã mang tư cách người cầm giữ tạm thời, thì luôn được suy đoán là chỉ có tư cách đó chứ không thể "tự hô biến" thành người chiếm hữu, dù bao nhiêu thời gian có trôi qua, trừ trường hợp chứng minh được rằng mình đã trở thành chủ sở hữu bằng các con đường hợp pháp.

Luật của Đức. Những người soạn thảo BLDS Đức chịu ảnh hưởng của học thuyết Ihering về chiếm hữu. Bởi vậy, chiếm hữu trong luật của Đức được định nghĩa là một quyền thực tế đối với tài sản (Điều 854). Tất cả những ai thực hiện việc nắm giữ tài sản để phục vụ lợi ích của riêng mình đều được thừa nhận có tư cách người chiếm hữu. Bởi vậy, chỉ không coi là có quan hệ chiếm hữu những trường hợp nắm giữ tài sản bởi những người hoàn toàn phụ thuộc vào mệnh lệnh của người khác, như người lái xe cho chủ, người quản gia, thủ quỹ… Trong khi đó, người thuê, mượn tài sản, người nhận ký gửi đều được trao tư cách người chiếm hữu.

1.2.3. Hiệu lực của sự chiếm hữu

Một khi được xác lập, quan hệ chiếm hữu được pháp luật thừa nhận và phát sinh hiệu lực pháp luật một cách độc lập với quan hệ sở hữu. Trong một thời gian dài, luật của Pháp và luật của Đức có nhiều điểm khác biệt trong việc xác định thái độ của xã hội đối với người chiếm hữu; tuy nhiên, từ hơn 30 năm nay, sự khác biệt ấy đã dần dần bị xoá nhoà.

Trong khung cảnh của luật thực định Pháp và Đức, quan hệ chiếm hữu được thừa nhận ở ba điểm đáng chú ý nhất: 1. Nó có tác dụng tạo ra sự suy đoán có lợi cho người chiếm hữu mỗi khi có tranh chấp về quyền đối với tài sản; 2. Nó cho phép người chiếm hữu được hưởng sự bảo vệ chống moi quấy nhiễu từ bên ngoài; 3. Nó cho phép người chiếm hữu, trong những hoàn cảnh được dự kiến, xác lập quyền sở hữu theo thời hiệu.

Suy đoán có quyền. Trong trường hợp vấn đề ai trong những người liên quan là người

(4) Việc tự xưng có thể được thực hiện bằng thái độ ứng xử chứ không nhất thiết bằng lời nói.

thực sự có quyền đối với tài sản được đặt ra, thì trước hết, người đang chiếm hữu tài sản đương nhiên được pháp luật suy đoán là người có quyền. Điều đó có nghĩa, ai khác cho rằng chính mình mới là người có quyền đối với tài sản thì phải tiến hành khởi kiện để tranh chấp và phải chứng minh. Về phần mình, người chiếm hữu có quyền cứ ngồi yên: nếu bên kia trình được bằng chứng thuyết phục, thì họ thắng kiện và được thừa nhận là chủ sở hữu; còn nếu không, thì tư cách chủ sở hữu tiếp tục ở lại với người chiếm hữu.

Bảo vệ quyền chiếm hữu. Người chiếm hữu được pháp luật bảo vệ chống lại mọi sự xâm hại vật chất từ bên ngoài, còn gọi là quấy nhiễu, đối với tình trạng chiếm hữu của mình. Có thể coi vụ A lấn chiếm không gian thuộc bất động sản do B chiếm hữu, nêu trên, là một ví dụ tiêu biểu về quấy nhiễu sự chiếm hữu trong cuộc sống dân sự.

Nói chung, *một hành vi gọi là quấy nhiễu sự chiếm hữu một khi nó được thực hiện một cách cố ý và tác động trực tiếp đến tình trạng chiếm hữu đang tồn tại*. Theo yêu cầu của người chiếm hữu, trong khuôn khổ một vụ kiện về bảo vệ sự chiếm hữu (possessory action), thẩm phán có thể buộc người quấy nhiễu phải chấm dứt việc quấy nhiễu và tái lập tình trạng ban đầu.

Thực ra, nếu muốn, người chiếm hữu mà bị quấy nhiễu có thể tiến hành tranh chấp luôn về quyền với người quấy nhiễu sự chiếm hữu của mình, bằng một vụ kiện về quyền (petitory action). Luật mở ra cho người chiếm hữu hai khả năng kiện cáo để lựa chọn.

Cũng có thể chính người quấy nhiễu có khả năng, điều kiện và mong muốn tranh chấp với người chiếm hữu về quyền đối với tài sản. Nhưng một khi, thay vì kiện trước toà án, người này lại đi quấy nhiễu người chiếm hữu và bị người sau này kiện, thì người quấy nhiễu phải đi theo vụ kiện của người chiếm hữu, chứ không được kiện ngược. Trong một kịch bản điển hình, một người cho rằng mình có quyền sở hữu đối với phần đất đang bị người khác chiếm hữu và chủ động xây dựng, trồng cây trên phần đất đó; người chiếm hữu kiện ra toà yêu cầu bảo vệ tình trạng chiếm hữu của mình bằng một *possessory action*; thẩm phán yêu cầu người quấy nhiễu ngưng việc xây dựng, trồng cây và khôi phục tình trạng ban đầu; người quấy nhiễu phải chấp hành bản án, rồi sau đó, nếu muốn, có thể tiến hành một vụ tranh chấp về quyền với người chiếm hữu bằng một *petitory action*.

Xác lập quyền sở hữu theo thời hiệu. Người chiếm hữu trong tư thế của một chủ sở hữu, dù không phải là chủ sở hữu đích thực, thì sau một thời gian có thể trở thành chủ sở hữu tài sản đó. Giải pháp này được ghi nhận cả trong trường hợp chiếm hữu không ngay tình, nhưng tất nhiên, thời gian thử thách đối với người này phải dài hơn so với người chiếm hữu ngay tình, có thể gấp đôi, gấp ba, tuỳ theo sự đánh giá của người làm luật về chất lượng đạo đức của sự chiếm hữu không ngay tình.

2. Suy nghĩ về xây dựng chế định chiếm hữu trong luật Việt Nam

2.1. Nhận dạng những điểm bất hợp lý

Bước 1: ghi nhận khái niệm chiếm hữu có căn cứ pháp luật. Nhắc lại trong khung cảnh của luật thực định Việt Nam, chiếm hữu là một phần nội dung của quyền sở hữu. Bởi vậy, để đánh giá chất lượng pháp lý của sự chiếm hữu, người ta phải dựa vào chất lượng pháp lý của mối quan hệ giữa chủ sở hữu và người chiếm hữu, chứ không dựa vào sự tồn tại của *corpus* và *animus*. Trên nguyên tắc, việc chiếm hữu phải có dấu ấn tích cực của chủ sở hữu đích thực mới được pháp luật thừa nhận và bảo vệ. Dấu ấn ấy được ghi nhận ở ba cấp độ của tình trạng được gọi là chiếm hữu có căn cứ pháp luật (BLDS Điều 183):

- Cấp độ 1 (tuyệt đối): chủ sở hữu tự mình chiếm hữu;
- Cấp độ 2 (tương đối): người khác chiếm hữu với sự chấp nhận của chủ sở hữu, như trường hợp cho thuê tài sản;
- Cấp độ 3 (bất đắc dĩ): người khác chiếm hữu sau khi chủ sở hữu đã mất sự kiểm soát vật chất đối với tài sản do một nguyên nhân nào

Những thành tựu của nền Lập pháp La Mã rất đáng tham khảo - Ảnh: ***S.T.***

đó, như trường hợp chủ sở hữu đánh rơi đồ vật, rồi người khác nhặt được.

Bước 2: ghi nhận sự đồng nhất của các cơ chế bảo vệ đối với các quan hệ khác biệt do không xây dựng chế định chiếm hữu độc lập với chế định sở hữu mà luật cũng không có hệ thống bảo vệ tình trạng chiếm hữu phân biệt với hệ thống bảo vệ quyền sở hữu. Trong khung cảnh của luật thực định Việt Nam, chủ sở hữu và người chiếm hữu có căn cứ pháp luật được bảo vệ theo cùng một cơ chế đặc trưng bởi hai biện pháp: kiện đòi lại tài sản (Điều 256) và kiện yêu cầu ngăn chặn hoặc chấm dứt hành vi cản trở việc thực hiện quyền đối với tài sản (Điều 259)[5].

Để được hưởng sự bảo vệ, điều kiện cần thiết là các nguyên đơn phải chứng minh cho được tư cách của mình, nghĩa là phải xuất trình các bằng chứng cho thấy mình là chủ sở hữu hoặc người chiếm hữu có căn cứ pháp luật. Đáng chú ý là điều kiện này được đặt ra cả trong trường hợp kiện yêu cầu ngăn chặn hoặc chấm dứt hành vi cản trở việc thực hiện quyền đối với tài sản. Cứ hình dung: một người đang khai thác một phần đất một cách bình yên; một người khác đến cắm dùi bên cạnh rồi bắt đầu tiến hành lấn chiếm; người bị lấn chiếm kiện, yêu cầu chấm dứt hành vi lấn chiếm; theo yêu cầu của thẩm phán, người đi kiện phải chứng minh được quyền của mình đối với tài sản, thuộc một trong ba cấp độ nêu trên, thì mới được bảo vệ.

Nhưng chứng minh như thế nào, thì mới coi là chấp nhận được?

Bước 3: phát hiện sự bế tắc của hệ thống bảo vệ. Ở các nước tiên tiến, một khi có tranh chấp về quyền đối với tài sản, thì, như đã biết, người chiếm hữu thực tại được suy đoán là người có

(5) Trong các điều luật về bảo vệ quyền sở hữu có nhắc đến một nhân vật gọi "người chiếm hữu hợp pháp". Nhân vật này không xuất hiện trong các điều luật từ 182 đến 191 liên quan đến quyền chiếm hữu.

Có ý kiến cho rằng, người chiếm hữu hợp pháp là danh xưng dùng để chỉ người chiếm hữu có căn cứ pháp luật theo Điều 183 và người chiếm hữu không có căn cứ pháp luật nhưng ngay tình theo Điều 189. Tuy nhiên, các biện pháp bảo vệ người chiếm hữu hợp pháp theo Điều 256 (kiện đòi lại tài sản) và Điều 259 (yêu cầu ngăn chặn hoặc chấm dứt hành vi cản trở trái pháp luật đối với việc thực hiện quyền chiếm hữu hợp pháp) là những biện pháp chỉ được thực hiện trên cơ sở kiểm tra tư cách của người chiếm hữu. Một cách hợp lý, một khi người chiếm hữu không có căn cứ pháp luật nhưng ngay tình được thẩm tra tư cách, thì tình trạng chiếm hữu không có căn cứ pháp luật cũng bộc lộ; khi đó, sự ngay tình cũng phải chấm dứt.

Bởi vậy, người chiếm hữu hợp pháp được nhắc đến trong các điều luật ấy chỉ có thể là người chiếm hữu có căn cứ pháp luật.

quyền và được miễn trách nhiệm chứng minh. Điều đó cũng có nghĩa rằng, một khi bên kia không chứng minh được quyền của mình một cách thuyết phục, thì phải chấp nhận thua kiện. Tất nhiên, một khi bên đi kiện buộc phải rút lui, thì người chiếm hữu tiếp tục ở lại với tài sản. Song chẳng ai nói rằng người chiếm hữu ở lại sau vụ tranh chấp, vì đó chính là chủ sở hữu đích thực, tuyệt đối. Đơn giản, bức tranh quan hệ sở hữu mà bên tranh chấp với người chiếm hữu giới thiệu tỏ ra không đáng tin cậy hơn bức tranh đang có. Không có lý do gì luật pháp, thẩm phán lại đi đánh đổi cái đang tồn tại mà nhận lấy cái mới không tốt hơn, để tạo rủi ro mất trật tự.

Trong khung cảnh của luật thực định Việt Nam, một khi ai đó có hành vi tác động lên một tài sản rồi dẫn đến xung đột, thì các bên sẽ phải lao vào cuộc chiến về quyền và phải dùng vũ khí chứng cứ để giành lấy quyền về cho mình. Người làm luật, về phần mình, chỉ có hai cách để giải quyết xung đột.

Hoặc, xây dựng hệ thống đăng ký xác lập quyền, cho phép thiết lập bằng chứng tuyệt đối, không thể đảo ngược về quyền. Với hệ thống này, thì mọi xung đột nhằm tranh giành quyền đều được giải quyết nhanh, gọn. Người làm luật Việt Nam dường như rất muốn có một hệ thống như thế, nếu không được đối với tất cả mọi loại tài sản, thì ít nhất là đối với quyền sử dụng đất. Tuy nhiên, do nhiều nguyên nhân, việc xây dựng hệ thống này không khả thi ở Việt Nam[6].

Hoặc, cứ để cho thẩm phán tự mình đánh giá chứng cứ và quyết định. Trong điều kiện không thể có chứng cứ tuyệt đối, thẩm phán buộc phải yêu cầu các bên đi ngược dòng thời gian để dựng lại lịch sử về quyền của mình, và cứ đi mãi: người chiếm hữu gọi là hợp pháp, nếu được chủ sở hữu đích thực uỷ quyền quản lý; chủ sở hữu, về phần mình, có quyền sở hữu do mua lại tài sản của chủ sở hữu trước đó; người trước đó thì có được tài sản do thừa kế;… Đây chính là cách giải quyết xung đột được chấp nhận trong luật Việt Nam hiện hành. Thực ra, chẳng có ai trong cơ chế giải quyết này đi được đến điểm tận cùng của chứng cứ. Thẩm phán buộc phải dừng câu chuyện ở một thời điểm nào đó và tuyên bố quyền sở hữu thuộc về một người nào đó. Sau này, nếu một tranh chấp mới lại nổ ra, thì có khi thẩm phán, tuỳ theo chất lượng của chứng cứ mới, lại tước quyền sở hữu của người đã thắng kiện, rồi trao nó cho người khác.

2.2. Biện pháp khắc phục những điểm bất hợp lý

Nhìn nhận quan hệ chiếm hữu theo đúng bản chất. Căn nguyên của sự bất hợp lý nói trên trong cơ chế bảo vệ quyền sở hữu đang vận hành ở Việt Nam, không gì khác, chính là việc thừa nhận chiếm hữu như là một phần nội dung của quyền sở hữu. Yêu cầu số một đối với việc hoàn thiện pháp luật sở hữu, bởi vậy, là *tách quyền chiếm hữu ra khỏi quyền sở hữu và trả nó về vị trí thích hợp.*

Nói rõ hơn, *cần thừa nhận chiếm hữu như là một quan hệ thực tế giữa chủ thể và tài sản, là sự bộc lộ ra bên ngoài một quyền năng đối với tài sản*. Sự bộc lộ ấy có thể phản ánh trung thực nội dung bên trong của các quyền mà chủ thể có được đối với tài sản liên quan, nhưng cũng có thể không. Tuy nhiên, không phải lúc nào cũng cần đặt vấn đề liệu chủ thể thực sự có hay không có quyền. Nếu việc chiếm hữu đang diễn ra công khai và bình yên, thì quan hệ chiếm hữu được pháp luật thừa nhận và bảo vệ, như là một phần của trật tự xã hội. Và cũng vì một quan hệ chiếm hữu đang tồn tại và vận hành công khai, bình yên là phù hợp với trật tự xã hội, mà người chiếm hữu cần được ưu tiên bảo vệ cả trong trường hợp có sự tranh chấp về quyền đối với tài sản: người này phải được suy đoán là có quyền; ai nói ngược lại, thì phải chứng minh.

Bởi vậy, cần viết lại các chương, điều tương ứng trong BLDS của Việt Nam, cũng như cần xây dựng mới một chương riêng về quyền chiếm hữu. Các mô hình của Pháp, Đức là những bài học tốt để tham khảo. ■

NHỮNG CHƯỚNG NGẠI VẬT TRÊN HÀNH LANG PHÁP LÝ VỀ GIAO DỊCH BẢO ĐẢM

■ DƯƠNG THANH MINH *

Cùng với việc ban hành các đạo luật quan trọng như Luật Đất đai năm 2003, Luật Bảo vệ và phát triển rừng năm 2004, Luật Nhà ở năm 2005, Bộ luật Hàng hải năm 2005, Luật Hàng không dân dụng Việt Nam năm 2006... và đặc biệt là Bộ luật Dân sự năm 2005, pháp luật về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ đã không ngừng được củng cố, hoàn thiện, tạo hành lang pháp lý an toàn, hiệu quả cho việc xác lập và thực hiện các giao dịch này. Tuy nhiên, bên cạnh những ưu việt không thể phủ nhận, thì vẫn còn tồn tại một số "chướng ngại vật" trên hành lang pháp lý này cần được kịp thời dẹp bỏ, tạo luồng thông thoáng cho áp dụng pháp luật.

1. Khó khăn trong xác định bên bảo đảm là hộ gia đình, quy định về định đoạt tài sản bảo đảm của hộ gia đình chưa rõ ràng

a. Về xác định hộ gia đình

Theo quy định của Bộ luật Dân sự thì hộ gia đình là hộ "mà các thành viên có tài sản chung, cùng đóng góp công sức để hoạt động kinh tế chung trong sản xuất nông, lâm, ngư nghiệp hoặc một số lĩnh vực sản xuất, kinh doanh khác do pháp luật quy định là chủ thể khi tham gia quan hệ dân sự thuộc các lĩnh vực này" (Điều 106) và tài sản chung của hộ gia đình gồm: "quyền sử dụng đất, quyền sử dụng rừng, rừng trồng của hộ gia đình, tài sản do các thành viên đóng góp, cùng nhau tạo lập nên hoặc được tặng cho chung, được thừa kế chung và các tài sản khác mà các thành viên thoả thuận là tài sản chung của hộ" (Điều 108). Như vậy, hộ gia đình theo quy định của pháp luật dân sự là tập hợp nhóm thành viên hộ có quan hệ về tài sản và đồng thời là chủ thể của giao dịch dân sự. Tuy nhiên, do pháp luật hiện hành chỉ mới dừng lại ở những quy định mang tính nguyên tắc chung như trên mà chưa quy định cụ thể về tiêu chí và cơ chế thực hiện, nên việc xác định hộ gia đình với tư cách là chủ thể của pháp luật dân sự nói chung, bên bảo đảm nói riêng gặp nhiều khó khăn, vướng mắc.

Một trong những hệ quả tất yếu của vấn đề nêu trên là trong thực tế áp dụng thường căn cứ vào *Sổ hộ khẩu* và xem đây là "bảo bối" để xác định về chủ thể này (ví dụ, các bên và cơ quan công chứng yêu cầu tất cả các thành viên có tên trong Sổ hộ khẩu phải ký tên vào hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất)[1].

Bỏ qua vai trò và những bất cập khi "hộ khẩu hóa quan hệ dân sự", ở giác độ pháp lý, chúng tôi cho rằng, cách thức xác định trên chưa chính xác. Cụ thể, khác với hộ gia đình quy định tại Bộ luật Dân sự (các thành viên có quan hệ về tài sản và là chủ thể của giao dịch dân sự), hộ gia đình mà các thành viên được ghi trong Sổ

(*) Trưởng phòng Quản lý, Xử lý và Mua bán nợ, BacA AMC.

(1) Xem thêm bài của tác giả Dương Thanh Minh: "Một số khó khăn, vướng mắc về công chứng, chứng thực hợp đồng bảo đảm- Khả năng giải quyết tại Luật Công chứng và một số kiến nghị" (http://www.vibonline.com.vn/vi-VN/Forum/TopicDetail.aspx?TopicID=1669).

hộ khẩu theo quy định của pháp luật về đăng ký và quản lý hộ khẩu có quan hệ với nhau về huyết thống, về hành chính, đồng thời là chủ thể của quan hệ hành chính. Điều này có thể thấy rõ qua quy định tại Điều 25 của Luật Cư trú, trong đó: Ngoài những người có quan hệ gia đình (quan hệ huyết thống) "là ông, bà, cha, mẹ, vợ, chồng, con và anh, chị, em ruột, cháu ruột thì *có thể được cấp chung một sổ hộ khẩu*" (khoản 1), những người khác không có quan hệ gia đình (ngoài huyến thống) "nếu có đủ điều kiện quy định tại Điều 19 và Điều 20 của Luật này và được chủ hộ đồng ý cho nhập vào sổ hộ khẩu cấp cho hộ gia đình thì được nhập chung vào sổ hộ khẩu đó" (khoản 3).

> ***Trong cuộc sống có rất nhiều giao dịch, quan hệ tài sản có liên quan đến hộ gia đình. Tuy nhiên, đã trải qua hai Bộ luật Dân sự năm 1995 và 2005, quy định về hộ gia đình vẫn chưa được làm sáng tỏ, gây lúng túng cho cơ quan quản lý cũng như người dân***

b. Định đoạt tài sản của hộ gia đình

Khoản 2 Điều 109 Bộ luật Dân sự quy định: "Việc định đoạt tài sản là tư liệu sản xuất, tài sản chung có giá trị lớn của hộ gia đình phải được các thành viên từ đủ mười lăm tuổi trở lên đồng ý; đối với các loại tài sản chung khác phải được đa số thành viên từ đủ mười lăm tuổi trở lên đồng ý".

Chúng tôi cho rằng, quy định này khi áp dụng vào giao dịch bảo đảm có thể phát sinh nhiều cách hiểu khác nhau, như sau[2]:

Cách hiểu thứ nhất: giao dịch bảo đảm không phải là một hình thức của quyền định đoạt, bởi Bộ luật Dân sự quy định: "Quyền định đoạt là quyền chuyển giao quyền sở hữu tài sản hoặc từ bỏ quyền sở hữu đó" (Điều 195) với các hình thức như: *bán, trao đổi, tặng cho, cho vay, để thừa kế, từ bỏ hoặc thực hiện các hình thức định đoạt khác* (Điều 197). Như vậy, không áp dụng quy định tại khoản 2 Điều 109, trừ trường hợp pháp luật "chuyên ngành" có quy định về điều kiện đồng ý của các thành viên hộ gia đình như quy định tại khoản 2 Điều 146 của Nghị định số 181/2004/NĐ-CP ngày 29/10/2004 của Chính phủ về thi hành Luật Đất đai.

Cách hiểu thứ hai: việc xác lập giao dịch bảo đảm bằng tài sản có thể dẫn tới hậu quả là xử lý tài sản và quyền sở hữu được chuyển giao cho chủ thể khác. Vì vậy, trường hợp này được xem là "quyền định đoạt tương đối" hay là "sẽ định đoạt khi có điều kiện". Từ đó, để bảo đảm quyền và lợi ích của các đồng sở hữu, phù hợp với nguyên lý pháp lý khi định đoạt tài sản chung thì việc áp dụng quy định tại khoản 2 Điều 109 của Bộ luật Dân sự khi xác lập giao dịch bảo đảm bằng tài sản của hộ gia đình là hợp lý.

Ngoài việc làm phát sinh nhiều cách hiểu như trên, quy định tại khoản 2 Điều 109 còn chưa rõ ràng trong việc xác định thế nào là "tài sản chung có giá trị lớn" và sự đồng ý của "các thành viên từ đủ mười lăm tuổi trở lên" có thể được thể hiện dưới những hình thức nào, do đó, đã gây không ít khó khăn, lúng túng trong quá trình áp dụng. Ví dụ, khi yêu cầu công chứng hợp đồng thế chấp, có cơ quan công chứng yêu cầu phải có đầy đủ chữ ký của các thành viên hộ gia đình trong hợp đồng thế chấp; có cơ quan yêu cầu hoặc phải có đầy đủ chữ ký của các thành viên hoặc chỉ cần chữ ký của chủ hộ trong hợp đồng nhưng phải có văn bản ủy quyền có chứng thực của các thành viên còn lại; có cơ quan lại yêu cầu chỉ cần có chữ ký của chủ hộ trong hợp đồng thế chấp...

c. Một số kiến nghị

Theo chúng tôi, cần loại bỏ hộ gia đình ra khỏi chủ thể của quan hệ dân sự trong Bộ luật Dân sự và các văn bản pháp luật có điều chỉnh về giao dịch và tài sản. Kiến nghị này dựa theo quan điểm của nhiều nhà nghiên cứu pháp lý về việc không nên xem hộ gia đình là chủ thể trong quan hệ dân sự, do vai trò và "tính lịch sử" của

(2) Cách hiểu này là suy đoán của tác giả trên cơ sở quy định của pháp luật hiện hành và thực tiễn ký kết hợp đồng bảo đảm.

nó đã lạc hậu trong nền kinh tế thị trường[3]; quá trình áp dụng luôn gặp phải những khó khăn, vướng mắc, trong đó có những vướng mắc như đã nêu ở trên và trên cơ sở kinh nghiệm pháp lý quốc tế không thấy sự xuất hiện của loại chủ thể này.

Trong trường hợp vẫn giữ nguyên như hiện nay và chấp nhận sự tồn tại của chủ thể hộ gia đình như là một "đặc thù" trong hệ thống pháp luật, thì một số giải pháp sau sẽ phần nào giải quyết được khó khăn, vướng mắc nêu trên:

- Việc xác định bên bảo đảm là hộ gia đình cần cụ thể hóa, căn cứ hóa các tiêu chí để xác định đối với chủ thể này.

Bên cạnh đó, cần phải có cơ chế ghi nhận đầy đủ các chủ thể có quyền sở hữu, quyền sử dụng chung đối với tài sản của hộ gia đình. Ví dụ, trong Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất của hộ gia đình phải ghi đầy đủ các thành viên hộ có quyền sử dụng chung và được điều chỉnh kịp thời khi có sự biến động quyền của một hoặc một số thành viên... Điều này đòi hỏi cơ chế đăng ký tài sản phải đáp ứng được các yêu cầu cơ bản như nhanh chóng, đơn giản, ghi nhận đầy đủ việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền sở hữu tài sản.

- Việc định đoạt tài sản của hộ gia đình cần làm rõ nội hàm của quyền định đoạt trong đó có bao gồm các giao dịch bảo đảm bằng tài sản hay không; cần quy định cụ thể tiêu chí xác định "tài sản chung có giá trị lớn" và hình thức thể hiện sự đồng ý của "các thành viên từ đủ mười lăm tuổi trở lên".

2. Bên nhận bảo đảm bị hạn chế và chưa bình đẳng

Hiện có một số quy định bắt buộc bên nhận bảo đảm phải là tổ chức tín dụng (ví dụ, Luật Đất đai quy định: quyền sử dụng đất, tài sản gắn liền với đất chỉ được thế chấp, bảo lãnh tại tổ chức tín dụng được phép hoạt động tại Việt Nam[4]) hoặc ngoài hạn chế chỉ được thế chấp tại tổ chức tín dụng, còn ràng buộc nếu thế chấp để bảo đảm thực hiện nhiều nghĩa vụ thì "chỉ được thế chấp tại một tổ chức tín dụng" (ví dụ, đối với việc thế chấp nhà ở quy định tại Điều 114 của Luật Nhà ở).

Chúng tôi cho rằng, quy định buộc bên nhận bảo đảm quyền sử dụng đất, nhà ở phải là tổ chức tín dụng như trên dường như có sự nhầm lẫn khi cho rằng, việc xác lập giao dịch chỉ nhằm bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trả nợ tại tổ chức tín dụng, trong khi nghĩa vụ này rất đa dạng, không chỉ là nghĩa vụ trả nợ đối với tổ chức tín dụng mà còn bao gồm nhiều loại nghĩa vụ khác đối với cá nhân, tổ chức (như thế chấp để bảo đảm nghĩa vụ giao hàng, nghĩa vụ vận chuyển...). Hay vì xem đất đai là tài sản quan trọng, đặc biệt xuất phát từ nguồn gốc sở hữu của nó, nên chỉ có tổ chức tín dụng mới đảm đương được trách nhiệm nhận thế chấp... Từ đó, đã bó hẹp hơn nghĩa vụ được bảo đảm, bên nhận bảo đảm tài sản so với quy định tại Bộ luật Dân sự.

Ở giác độ chủ thể, theo chúng tôi, những quy định này không những tạo ra sự bất bình đẳng về quyền được nhận bảo đảm giữa các chủ thể là cá nhân, tổ chức với tổ chức tín dụng, mà còn hạn chế quyền được nhận bảo đảm giữa các tổ chức tín dụng khác nhau. Từ đó, có thể dẫn đến tình trạng độc quyền, áp đặt của bên nhận bảo đảm và ảnh hưởng đến tiềm năng giá trị của tài sản bảo đảm, đặc biệt là trong trường hợp tài sản bảo đảm được dùng để bảo đảm thực hiện nhiều nghĩa vụ như quy định tại Điều 114 của Luật Nhà ở.

Nhằm giải quyết vấn đề này, trên cơ sở tôn trọng quyền tự do, thỏa thuận của các bên; tạo sự bình đẳng trong việc nhận bảo đảm của các chủ thể với tổ chức tín dụng và giữa các tổ chức tín dụng với nhau; bảo đảm sự phù hợp với quy luật vận hành của nền kinh tế thị trường nói chung, quy luật cạnh tranh trong hoạt động nhận bảo đảm, hoạt động ngân hàng nói riêng,

(3) Có một số ý kiến cho rằng: Chủ thể hộ gia đình là sản phẩm của nền kinh tế kế hoạch hoá, bao cấp và đã lạc hậu trong nền kinh tế thị trường hiện nay.

(4) Điểm d khoản 2 Điều 110, điểm b khoản 1 Điều 111, điểm b khoản 2 và điểm d khoản 3 Điều 119, điểm c khoản 2 Điều 120, điểm c khoản 2 Điều 121 của Luật Đất đai.

chúng tôi cho rằng, những quy định của pháp luật mang tính hạn chế về nghĩa vụ, hạn chế đối với bên nhận bảo đảm như trên cần được rà soát để bãi bỏ.

3. Tôn trọng hơn nữa quyền thỏa thuận của các bên về giá trị tài sản bảo đảm

Khoản 1 Điều 324 của Bộ luật Dân sự quy định: "Một tài sản có thể được dùng để bảo đảm thực hiện nhiều nghĩa vụ dân sự, nếu có giá trị tại thời điểm xác lập giao dịch bảo đảm lớn hơn tổng giá trị các nghĩa vụ được bảo đảm, trừ trường hợp có thoả thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác". Về "thỏa thuận khác", Điều 5 của Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 của Chính phủ về Giao dịch bảo đảm (sau đây gọi là Nghị định số 163) quy định: Các bên có thể "thoả thuận dùng tài sản có giá trị nhỏ hơn, bằng hoặc lớn hơn tổng giá trị các nghĩa vụ được bảo đảm".

Như vậy, so với quy định bắt buộc giá trị tài sản bảo đảm luôn phải lớn hơn tổng giá trị các nghĩa vụ được bảo đảm trước đây, thì quy định trên tại Bộ luật Dân sự năm 2005 và Nghị định số 163 là một bước tiến dài khi đã mở rộng hơn quyền tự do thỏa thuận của các bên trong việc xác định các giá trị này.

Tuy nhiên, Điều 114 của Luật Nhà ở quy định: "chủ sở hữu nhà ở được thế chấp nhà ở để bảo đảm thực hiện một hoặc nhiều nghĩa vụ *nếu giá trị của nhà ở đó lớn hơn tổng giá trị các nghĩa vụ* nhưng chỉ được thế chấp tại một tổ chức tín dụng".

Qua đó cho thấy, quy định tại Điều 114 của Luật Nhà ở lạc hậu hơn so với quy định của Bộ luật Dân sự khi chưa mở ra quyền thỏa thuận về giá trị tài sản/giá trị nghĩa vụ của các bên. Nói cách khác, ngoài việc lo hộ không cần thiết cho bên nhận bảo đảm về giá trị tài sản so với giá trị nghĩa vụ (vì đây là sự an toàn, là "sức khoẻ, tính mạng" của tổ chức tín dụng), quy định này còn tạo ra nguy cơ tranh chấp, vô hiệu về hợp đồng bảo đảm liên quan đến việc xác định giá trị nhà ở so với giá trị nghĩa vụ. Đó là chưa kể đến cơ chế định giá hiện hành rất phức tạp và "giá trị" là yếu tố luôn không ổn định do nhiều nguyên nhân khác nhau, như thị trường, khấu hao…

Cần kịp thời xóa bỏ các hạn chế về giá trị tài sản bảo đảm, tôn trọng quyền tự do thỏa thuận của các bên về giá trị này tại quy định của Luật Nhà ở. Theo đó, việc xác định giá trị tài sản, giá trị nghĩa vụ do các bên thỏa thuận; việc nhận bảo đảm, cấp tín dụng do bên nhận bảo đảm quyết định trên cơ sở khả năng thẩm định, định giá, năng lực hoạt động… mà không phụ thuộc vào các điều kiện áp đặt bất hợp lý như trên.

4. Bất động sản hình thành trong tương lai bị hạn chế, quyền tài sản hình thành trong tương lai chưa quy định cụ thể

Theo quy định tại khoản 1 Điều 342 của Bộ luật Dân sự, các khoản 1 và 2 Điều 4 của Nghị định số 163 thì *tài sản bảo đảm có thể là tài sản hiện có hoặc tài sản hình thành trong tương lai*.

Đối với tài sản bảo đảm là vật hình thành trong tương lai, khoản 2 Điều 320 của Bộ luật Dân sự quy định bao gồm cả bất động sản hình thành trong tương lai ("Vật hình thành trong tương lai là động sản, *bất động sản* thuộc sở hữu của bên bảo đảm sau thời điểm nghĩa vụ được xác lập hoặc giao dịch bảo đảm được giao kết"). Tuy nhiên, luật "chuyên ngành" lại loại trừ một số loại bất động sản hình thành trong tương lai thông qua quy định bất động sản tham gia giao dịch phải có giấy chứng nhận quyền sở hữu, quyền sử dụng, như đối với quyền sử dụng đất thì phải có Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất (Điều 62, điểm a khoản 1 Điều 106 của Luật Đất đai); đối với nhà ở phải có Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở (điểm a khoản 1 Điều 91 của Luật Nhà ở).

Đối với tài sản bảo đảm là *quyền tài sản* hình thành trong tương lai, ngoài quy định về thế chấp quyền đòi nợ hình thành trong tương lai tại khoản 1 Điều 22 của Nghị định số 163 ("Bên có quyền đòi nợ được thế chấp một phần hoặc toàn bộ quyền đòi nợ, bao gồm cả *quyền đòi nợ hình thành trong tương lai* mà không cần có sự đồng ý của bên có nghĩa vụ trả nợ"), pháp luật hiện hành chưa quy định cụ thể về các

quyền tài sản hình thành trong tương lai khác là tài sản bảo đảm, ví dụ như quyền tài sản phát sinh từ quyền tác giả hình thành trong tương lai, quyền được nhận số tiền bảo hiểm và các quyền tài sản hình thành trong tương lai phát sinh từ hợp đồng khác...

Ngoài ra, những vấn đề nêu trên còn cho thấy chưa có sự thống nhất giữa quy định của luật chuyên ngành với Bộ luật Dân sự về tài sản bảo đảm là bất động sản hình thành trong tương lai và việc dùng bất động sản hình thành trong tương lai, quyền tài sản hình thành trong tương lai làm tài sản bảo đảm còn bị hạn chế, trong lúc đây là những loại tài sản phổ biến và có giá trị lớn. Theo chúng tôi, phạm vi các bất động sản hình thành trong tương lai, quyền tài sản hình thành trong tương lai là những nội dung cần tiếp tục được nghiên cứu làm rõ, đáp ứng yêu cầu mà thực tiễn đặt ra, tránh nguy cơ tranh chấp và rủi ro, như vụ tranh chấp liên quan đến việc thế chấp 47 căn biệt thự thuộc Dự án khu biệt thự kinh doanh tại xã An Khánh, huyện Hoài Đức, Hà Nội mà phương tiện thông tin đại chúng đã đề cập nhiều trong thời gian qua là một ví dụ.

5. Biện pháp bảo đảm bằng động sản còn hạn chế

Theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005 thì "giao dịch bảo đảm là giao dịch do các bên thoả thuận hoặc pháp luật quy định về việc thực hiện biện pháp bảo đảm được quy định tại khoản 1 Điều 318 của Bộ luật này" (Khoản 1 Điều 323). Đồng thời, tại khoản 1 Điều 318 quy định bảy biện pháp bảo đảm gồm: *cầm cố tài sản, thế chấp tài sản, đặt cọc tài sản, bảo lãnh, ký cược, ký quỹ và tín chấp*.

Như vậy, ngoài việc luật hóa khái niệm giao dịch bảo đảm, Bộ luật Dân sự năm 2005 tiếp tục kế thừa cách thức quy định mang tính liệt kê cụ thể về các biện pháp bảo đảm, là cách truyền thống của pháp luật dân sự của Việt Nam. Qua đó, thể hiện ưu điểm nổi bật là bảo đảm rõ ràng về quy định và dễ dàng cho việc tiếp cận, bởi tại phần quy định về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sư vừa có các quy định áp dụng chung đối với các biện pháp bảo đảm, đồng thời có các quy định riêng áp dụng và phân biệt đối với từng biện pháp bảo đảm. Đây cũng là cách thức quy định của nhiều quốc gia có hệ thống pháp luật thành văn (civil law) như Pháp, Đức, Nhật Bản…

Tuy nhiên, cách thức quy định liệt kê và giới hạn về các biện pháp bảo đảm như trên sẽ là một hạn chế khi trong thực tiễn giao dịch, đặc biệt trong điều kiện kinh tế thị trường và hội nhập kinh tế quốc tế của nước ta hiện nay, thì bên cạnh những giao dịch được áp dụng theo các biện pháp bảo đảm truyền thống như cầm cố, thế chấp, đặt cọc, ký cược, ký quỹ (những biện pháp bảo đảm còn lại mang tính chất đối nhân) của Bộ luật Dân sự, đã xuất hiện nhiều hình thức giao dịch khác mang "tính chất bảo đảm", hay nói cách khác là chứa đựng việc xác lập một "quyền lợi bảo đảm"[5] của bên có quyền đối với động sản nhưng chưa được pháp luật dân sự điều chỉnh. Điều này đã gây không ít khó khăn, lúng túng cho các bên khi xác lập, thực hiện giao dịch. Do đó, vấn đề mở rộng phạm vi các giao dịch bảo đảm bằng động sản cần được tiếp tục nghiên cứu để đáp ứng kịp thời nhu cầu của thực tiễn đặt ra, tạo hành lang pháp lý cho các quan hệ này.

Hiện có một số chuyên gia pháp lý cho rằng, nên mở rộng phạm vi các giao dịch bảo đảm thông qua việc tham khảo pháp luật một số nước

(5) Hay còn có cách gọi khác là "lợi ích bảo đảm" (security interest). Nguồn gốc của quy định về "lợi ích bảo đảm" là tại Điều 9 của Bộ Quy tắc thương mại thống nhất của Hoa Kỳ (UCC) và hiện được tham khảo áp dụng tại nhiều quốc gia như tại Anh, một số bang của Ca-na-đa, Úc, Niu-di-lân…

Tham khảo Điều 2(ar) Luật về bảo đảm của bang No-va- sco-tia (Ca-na-đa), thì lợi ích bảo đảm được hiểu là: (i) lợi ích gắn với động sản nhằm bảo đảm cho một khoản nợ hoặc cho việc thực hiện nghĩa vụ, nhưng không bao gồm lợi ích của người bán hàng trong việc chuyển hàng đến cho người mua hàng theo vận đơn hoặc các văn bản tương tự của người bán, hoặc của người đại diện của người bán, trừ trường hợp các bên có những bằng chứng chứng minh rằng đã có ý định xác lập hoặc cung cấp một lợi ích bảo đảm trên/gắn với hàng hóa đó; và (ii) lợi ích của: (a) người giao tài sản cho bên nhận tài sản theo hợp đồng gửi bán thương mại; (b) bên cho thuê theo hợp đồng cho thuê có thời hạn trên một năm; (c) bên được chuyển giao theo tài khoản chuyển giao hoặc theo chứng thư bảo đảm (chattel paper); (d) người mua theo việc mua bán không chuyển giao tài sản và không bảo đảm cho khoản nợ hoặc cho việc thực hiện nghĩa vụ.

Anh, Hoa Kỳ, một số bang của Ca-na-đa, Niu Di-lân, theo đó chỉ quan tâm đến bản chất của giao dịch bảo đảm là giao dịch làm phát sinh lợi ích bảo đảm mà không chú trọng loại giao dịch, nên pháp luật về giao dịch bảo đảm không điều chỉnh về từng biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự cụ thể (cầm cố tài sản, thế chấp thế chấp, bảo lãnh…) mà điều chỉnh về lợi ích bảo đảm và các vấn đề liên quan đến việc thực hiện lợi ích bảo đảm đó. Các loại giao dịch bảo đảm được gọi chung là các hợp đồng bảo đảm (security agreements).

> ***Không cho thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai, thì người ta sẽ "vận dụng" bằng nhiều cách để đáp ứng đòi hỏi của thực tế, ví dụ "thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua nhà ở". Mà "vận dụng" thì cơ sở pháp lý yếu, tính an toàn thấp***

Chúng tôi cho rằng, không nên mở rộng phạm vi đối với mọi giao dịch bảo đảm nói chung gồm cả động sản và bất động sản như ý kiến trên, mà chỉ mở rộng phạm vi giao dịch bảo đảm bằng động sản, vì những nội dung liên quan đến "lợi ích bảo đảm" chủ yếu áp dụng với tài sản là động sản. Ngoài ra, khác với cách thức trên, cách thức của chúng tôi là ngoài những biện pháp bảo đảm được liệt kê quy định tại Điều 318 của Bộ luật Dân sự, cần pháp điển hóa và mở rộng bao gồm các giao dịch khác có tính chất bảo đảm bằng động sản, như:

- Mua trả chậm, trả dần có bảo lưu quyền sở hữu của bên bán; thuê tài sản, cho thuê tài chính; chuyển giao quyền đòi nợ, bao gồm quyền đòi nợ phát sinh từ hợp đồng vay, hợp đồng mua bán, hợp đồng thuê tài sản, hợp đồng dịch vụ hoặc phát sinh từ các căn cứ hợp pháp khác[6];

- Bán có thỏa thuận chuộc lại; bán hàng thông qua đại lý; chuyển quyền sở hữu tài sản tạm thời (chuyển sở hữu có điều kiện nhận lại) để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ; các giao dịch khác có chuyển giao quyền chiếm hữu, quyền sử dụng động sản…

> ***Ở nhiều nước phát triển, tỷ lệ động sản được nhận làm tài sản bảo đảm "áp đảo" so với bất động sản, mà một trong những lý do chủ yếu là biện pháp bảo đảm của họ rất đa dạng***

Đề xuất này dựa trên cơ sở nền tảng pháp lý dân sự của Việt Nam là hệ thống luật thành văn và tham khảo xu hướng phổ biến tại nhiều quốc gia theo hệ thống pháp luật thành văn trong việc hài hoà hoá các quy định về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ (theo hệ thống luật thành văn) và quy định về giao dịch bảo đảm bảo đảm (theo Bộ Quy tắc thương mại thống nhất của Hoa Kỳ - UCC và pháp luật các quốc gia khu vực Bắc Mỹ) như tại Quê-bếch của Ca-na-đa, Séc, Nga, An-ba-ni, đặc biệt Ngân hàng Tái thiết và Phát triển châu Âu đã xây dựng Luật mẫu về giao dịch bảo đảm trên cơ sở tham khảo định hướng của UCC để ứng dụng hài hòa hai hệ thống dân luật liên quan đến giao dịch bảo đảm[7]…

Chúng tôi cho rằng, thông qua việc mở rộng phạm vi các giao dịch bảo đảm bằng động sản sẽ góp phần tối đa hóa nguyên tắc tự do cam kết, thỏa thuận của các bên về giao dịch;

(6) Pháp điển hóa những giao dịch này tại: Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 của Chính phủ về Giao dịch bảo đảm; Nghị định số 16/2001/NĐ-CP ngày 02/5/2001 của Chính phủ về Tổ chức và hoạt động của Công ty cho thuê tài chính; Thông tư số 04/2007/TT-BTP ngày 17/5/2007 của Bộ Tư pháp Hướng dẫn về thẩm quyền, trình tự và thủ tục đăng ký, cung cấp thông tin về hợp đồng mua trả chậm, trả dần, hợp đồng thuê tài sản, hợp đồng cho thuê tài chính và hợp đồng chuyển giao quyền đòi nợ.

(7) Xem thêm bài của tác giả Nguyễn Việt Phương và Dương Thanh Minh: "Giới thiệu kinh nghiệm của một số quốc gia về đăng ký giao dịch bảo đảm", Tạp chí Dân chủ & Pháp luật, Chuyên đề về Đăng ký giao dịch bảo đảm tháng 7/2008.

tạo cơ sở pháp lý cho việc giao kết, thực hiện và hạn chế những trường hợp có thể làm cho giao dịch bị vô hiệu về hình thức; đồng thời đảm bảo sự phù hợp với xu hướng pháp lý quốc tế, thông lệ thương mại quốc tế hiện nay. Ngoài ra, việc mở rộng phạm vi tại "luật nội dung" sẽ tạo cơ sở cho việc mở rộng đối tượng đăng ký giao dịch bảo đảm tại "luật về hình thức", đáp ứng nhu cầu bảo vệ quyền của "chủ nợ", góp phần công khai, minh bạch thông tin về giao dịch bảo đảm, cũng như sự an toàn cho các giao dịch này.

> ***Có sự xung đột pháp lý giữa nguyên tắc các bên được làm những việc mà pháp luật không cấm của Bộ luật Dân sự với nguyên tắc chỉ làm những gì pháp luật quy định tại văn bản pháp luật khác và khi đó, rủi ro sẽ thuộc về ai?***

6. Chưa rõ ràng trong việc cầm cố bất động sản, tàu biển và tàu cá, vẫn tồn tại quy định bảo lãnh đối vật

Theo quy định của Bộ luật Dân sự 2005 thì cầm cố và thế chấp được phân biệt với nhau qua tiêu chí chuyển giao tài sản, bao gồm cả động sản và bất động sản. Tuy nhiên, tại Luật Đất đai không quy định về việc cầm cố quyền sử dụng đất, Luật Nhà ở không quy định về việc cầm cố nhà ở, Luật Bảo vệ và phát triển rừng không quy định về cầm cố rừng sản xuất là rừng trồng và Bộ luật Hàng hải không quy định về cầm cố tàu biển. Chúng tôi cho rằng, vấn đề này có thể làm phát sinh nhiều cách hiểu và áp dụng khác nhau, như sau:

Một là, do pháp luật không quy định, nên không được cầm cố đối với những tài sản này.

Hai là, tuy pháp luật không quy định, nhưng cũng không có quy định cấm. Do đó, nếu căn cứ vào quy định của Bộ luật Dân sự về nguyên tắc tôn trọng quyền tự do hợp đồng (Điều 4) cho phép các chủ thể của quan hệ dân sự "được làm những việc mà pháp luật không cấm" thì các bên có quyền thoả thuận về việc cầm cố đối với các loại tài sản này.

Trong thực tế, việc "chuyển giao" nhà ở, tàu biển, tàu cá cho bên nhận cầm cố hoàn toàn có thể thực hiện được. Ví dụ như, bên nhận cầm cố sử dụng nhà ở, tàu của bên cầm cố (nhận chuyển giao - chiếm giữ), bên nhận cầm cố giữ tàu cá, tàu biển của bên cầm cố trong cảng, trong kho...

Nhằm tránh cách hiểu khác nhau, đặc biệt là nguy cơ dẫn đến sự vô hiệu của giao dịch, thì việc có được cầm cố đối với những tài sản trên hay không cần phải được quy định cụ thể trên cơ sở phù hợp với thực tiễn giao dịch và thống nhất về pháp lý. Trong đó, cần tham khảo kinh nghiệm pháp lý của những quốc gia có cơ chế cầm cố (chuyển giao) đối với những tài sản này.

Liên quan đến biện pháp bảo lãnh, hiện một số văn bản như Luật Đất đai, Luật Bảo vệ và phát triển rừng vẫn tồn tại quy định về *bảo lãnh bằng tài sản*, trong khi đó, theo quy định của Bộ luật Dân sự thì biện pháp *bảo lãnh là biện pháp bảo đảm mang tính đối nhân*. Do đó, cần tiến hành rà soát các văn bản pháp luật hiện hành để bỏ các quy định về bảo lãnh bằng tài sản nhằm bảo đảm sự thống nhất với quy định của Bộ luật Dân sự.

7. Thời điểm phát sinh hiệu lực của giao dịch bảo đảm phức tạp

Trên cơ sở quy định của Bộ luật Dân sự, Luật Hàng không dân dụng Việt Nam, Bộ luật Hàng hải, Luật Đất đai, Luật Bảo vệ và phát triển rừng[8], Nghị định số 163 đã tập trung quy định về thời điểm có hiệu lực của giao dịch bảo đảm tại khoản 1 Điều 10 như sau:

"Giao dịch bảo đảm được giao kết hợp pháp có hiệu lực kể từ thời điểm giao kết, trừ các trường hợp sau đây:

a) Các bên có thoả thuận khác;

b) Cầm cố tài sản có hiệu lực kể từ thời điểm chuyển giao tài sản cho bên nhận cầm cố;

c) Việc thế chấp quyền sử dụng đất, quyền sử dụng rừng, quyền sở hữu rừng sản xuất là rừng trồng, tàu bay, tàu biển có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký thế chấp;

d) Giao dịch bảo đảm có hiệu lực kể từ thời điểm công chứng hoặc chứng thực trong trường hợp pháp luật có quy định".

Chúng tôi cho rằng, quy định hiện hành về thời điểm phát sinh hiệu lực của giao dịch bảo đảm có một số vấn đề cần bàn như sau:

> ***Thời điểm phát sinh hiệu lực phức tạp là mảnh đất màu mỡ cho vướng mắc, xung đột và vô hiệu hợp đồng phát triển***

Một là, để xác định thời điểm có hiệu lực phải căn cứ vào nhiều tiêu chí phức tạp, như căn cứ vào nội dung thỏa thuận (ví dụ: thỏa thuận thời điểm khác), căn cứ vào biện pháp bảo đảm (ví dụ: là cầm cố hay thế chấp), căn cứ vào loại tài sản bảo đảm (ví dụ: tài sản là quyền sử dụng đất, quyền sử dụng rừng, quyền sở hữu rừng sản xuất là rừng trồng, tàu bay, tàu biển hay tài sản khác), căn cứ vào quy định của pháp luật (ví dụ, nếu pháp luật có quy định thời điểm công chứng hoặc chứng thực là thời điểm giao dịch bảo đảm có hiệu lực).

Hai là, do pháp luật hiện hành chưa có quy định cụ thể về thời điểm có hiệu lực của việc thế chấp nhà ở, nên có một số quan điểm khác nhau về vấn đề này, cụ thể như sau:

- *Quan điểm phổ biến cho rằng*, do Luật Nhà ở quy định hợp đồng về nhà ở (trong đó có hợp đồng thế chấp nhà ở) *phải công chứng hoặc chứng thực (khoản 3 Điều 93)*, đồng thời căn cứ vào quy định tại Điều 134 của Bộ luật Dân sự[9] về giao dịch dân sự vô hiệu do không tuân thủ quy định về hình thức, theo đó trong trường hợp hợp đồng thế chấp nhà ở không được công chứng hoặc chứng thực thì có thể vô hiệu, nên "áp" luôn quan điểm: Hợp đồng thế chấp nhà ở có *hiệu lực từ thời điểm công chứng hoặc chứng thực hợp đồng thế chấp*[10].

- *Quan điểm của chúng tôi khác quan điểm trên*. Cụ thể, tuy Luật Nhà ở quy định hợp đồng về nhà ở phải công chứng hoặc chứng thực, nhưng ngoài các quy định về thời điểm có hiệu lực của việc chuyển quyền sở hữu nhà ở trong trường hợp *mua bán, tặng cho, đổi, thừa kế* nhà ở tại khoản 5 Điều 93[11], Luật Nhà ở và Nghị định số 90/2006/NĐ-CP ngày 06/9/2006 của Chính phủ Quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật Nhà ở chưa có quy định về căn cứ xác định và thời điểm phát sinh hiệu lực của thế chấp nhà ở. Do đó, thời điểm này được xác định theo quy định của pháp luật dân sự.

Cụ thể, do không thuộc trường hợp "pháp luật có quy định khác" quy định tại Điều 405 của Bộ luật Dân sự ("Hợp đồng được giao kết hợp pháp có hiệu lực từ thời điểm giao kết, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác") và các trường hợp loại trừ tại các điểm từ b đến d khoản 1 Điều 10 của Nghị định số 163, nên *hiệu lực của*

(8) Các quy định gồm: khoản 1 và khoản 3 Điều 29 của Luật Hàng không dân dụng Việt Nam; khoản 2 Điều 35 của Bộ luật Hàng hải; Luật Đất đai và Nghị định số 181; khoản 3 Điều 93 của Luật Nhà ở; Điều 31 của Luật Bảo vệ và phát triển rừng.

(9) Điều 134 của Bộ luật Dân sự quy định: "Trong trường hợp pháp luật quy định hình thức giao dịch dân sự là điều kiện có hiệu lực của giao dịch mà các bên không tuân theo thì theo yêu cầu của một hoặc các bên, Toà án, cơ quan nhà nước có thẩm quyền khác quyết định buộc các bên thực hiện quy định về hình thức của giao dịch trong một thời hạn; quá thời hạn đó mà không thực hiện thì giao dịch vô hiệu".

(10) Có thể tham khảo tại: http://diaoc.tuoitre.com.vn/Tianyon/Index.aspx?ArticleID=223951&ChannelID=204; http://www.congc-hungquangnam.com.vn/index.php?option=com_content&task=view&id=122&Itemid=26. Đây cũng là lý do để có quy định "thông" tại điểm d khoản 1 Điều 10 của Nghị định số 163 nêu trên.

(11) Khoản 5 Điều 93 của Luật Nhà ở quy định: Quyền sở hữu nhà ở được chuyển cho bên mua, bên nhận tặng cho, bên thuê mua, bên nhận đổi nhà ở kể từ thời điểm hợp đồng được công chứng đối với giao dịch về nhà ở giữa cá nhân với cá nhân hoặc đã giao nhận nhà ở theo thỏa thuận trong hợp đồng đối với giao dịch về nhà ở mà một bên là tổ chức kinh doanh nhà ở hoặc từ thời điểm mở thừa kế trong trường hợp nhận thừa kế nhà ở.

thế chấp nhà ở được xác định từ thời điểm giao kết, trừ các trường hợp các bên có thoả thuận khác.

Về quan điểm dựa vào quy định tại Điều 134 của Bộ luật Dân sự để cho rằng, hợp đồng thế chấp nhà ở có hiệu lực từ thời điểm công chứng hoặc chứng thực, là chưa thuyết phục và cần xem xét lại. Bởi trong trường hợp này, việc công chứng hoặc chứng thực hợp đồng chỉ là một điều kiện về mặt hình thức nếu các bên không thực hiện thì có thể vô hiệu, nhưng nếu thực hiện (tự thực hiện, thực hiện theo yêu cầu của Toà án hoặc cơ quan nhà nước có thẩm quyền) thì quyền và nghĩa vụ của các bên, hiệu lực của hợp đồng vẫn được xác định từ thời điểm các bên giao kết hợp đồng hoặc thoả thuận. Ví dụ, các bên giao kết hợp đồng thế chấp nhà ở ngày 01/01/2007 và đến ngày 01/01/2009 mới công chứng hợp đồng này, thì quyền và nghĩa vụ, hiệu lực giữa các bên phải được xác định từ thời điểm giao kết hợp đồng là ngày 01/01/2007 chứ không thể xác định từ thời điểm công chứng là 01/01/2009, vì điều đó sẽ bất hợp lý khi thời gian trước đó (01/01/2009), các bên đã xác lập, thực hiện quyền và nghĩa vụ đối với nhau.

> ***Đã có bảo đảm bằng pháp lý (thông qua việc đăng ký thế chấp), nhưng các bên vẫn phải tự bảo đảm bằng vật lý (thông qua việc giữ giấy chứng nhận) là do bảo đảm bằng pháp lý chưa đáng tin cậy và vì tâm lý tự vệ của các bên***

Ba là, trong trường hợp thế chấp quyền sử dụng đất và nhà ở, thì dù xác định về thời điểm trên theo quan điểm thứ nhất hay quan điểm thứ hai nêu trên đều làm phát sinh hai căn cứ xác định thời điểm có hiệu lực của giao dịch. Theo đó, hiệu lực của thế chấp quyền sử dụng đất phát sinh từ thời điểm đăng ký, còn của nhà ở là từ thời điểm công chứng hoặc chứng thực hợp đồng (theo quan điểm thứ nhất) hoặc từ thời điểm giao kết, thoả thuận (theo quan điểm thứ hai). Điều này thể hiện sự thiếu thống nhất cả về mặt pháp lý cũng như thực tiễn, vì hai tài sản này thường không những "gắn" với nhau về vật lý mà còn gắn với nhau về số phận pháp lý trong giao dịch.

Nhằm khắc phục những vướng mắc và cách hiểu khác nhau như trên, chúng tôi cho rằng, cần có quy định cụ thể về thời điểm có hiệu lực của thế chấp nhà ở theo hướng "kết nối" thống nhất với quy định về thời điểm có hiệu lực của thế chấp quyền sử dụng đất (thời điểm đăng ký thế chấp). Bên cạnh đó, cần nghiên cứu để thống nhất căn cứ xác định thời điểm có hiệu lực của các giao dịch bảo đảm nhằm khắc phục tình trạng có quá nhiều tiêu chí phức tạp để xác định thời điểm có hiệu lực của giao dịch bảo đảm như hiện nay.

8. Khó khăn trong việc giao lại giấy chứng nhận quyền sử dụng đất để tiếp tục thế chấp và đăng ký thế chấp

Theo quy định tại khoản 1 Điều 717 của Bộ luật Dân sự thì khi thế chấp quyền sử dụng đất, *bên thế chấp phải giao giấy chứng nhận quyền sử dụng (GCN QSD) đất cho bên nhận thế chấp*.

Chúng tôi cho rằng, quy định này cần được xem xét thêm vì những lý do sau đây:

Thứ nhất, trong thực tế việc thế chấp quyền sử dụng đất để bảo đảm thực hiện nhiều nghĩa vụ khó khăn, bởi bên thế chấp không thể đáp ứng được yêu cầu về giao GCN QSD đất cho bên nhận thế chấp tiếp theo, do bên nhận thế chấp trước đó không đồng ý cho bên nhận thế chấp tiếp theo giữ GCN này.

Thứ hai, Luật Đất đai quy định trong hồ sơ yêu cầu đăng ký thế chấp quyền sử dụng đất phải có GCN QSD đất. Nhằm đáp ứng yêu cầu về hồ sơ trong trường hợp thế chấp quyền sử dụng đất bảo đảm thực hiện nhiều nghĩa vụ, Điều 28 của Nghị định số 163 quy định:

Trong trường hợp thế chấp quyền sử dụng đất bảo đảm thực hiện nhiều nghĩa vụ dân sự thì bên nhận thế chấp hoặc người thứ ba đang giữ GCN QSD đất phải giao lại GCN đó cho người yêu cầu đăng ký để thực hiện thủ tục đăng ký thế chấp, trừ trường hợp các bên cùng nhận bảo đảm có thoả thuận khác về việc thực hiện đăng ký giao dịch bảo đảm.

Tuy nhiên, do mới dừng lại ở quy định mang tính nguyên tắc mà chưa có quy định về trách nhiệm cụ thể (ví dụ, trách nhiệm bồi thường thiệt hại, phạt... do việc không giao lại) và "cơ chế" để bảo đảm thực hiện (ví dụ, yêu cầu cơ quan nhà nước có thẩm quyền buộc bên nhận thế chấp phải giao lại), nên trong thực tế việc bên thế chấp được giao lại GCN QSD đất là rất hiếm hoi. Nếu được thì cũng mất nhiều thời gian, thủ tục, chi phí và phụ thuộc nhiều yếu tố như uy tín, quan hệ... Điều này đã ảnh hưởng đến tính kịp thời, hạn chế tiềm năng giá trị của tài sản và làm mất cơ hội giao dịch của các bên tiếp theo.

Thứ ba, việc giữ GCN QSD đất không phải là biện pháp tối ưu nhất để ngăn ngừa bên thế chấp chuyển quyền sử dụng hoặc xác lập giao dịch khác đối với quyền sử dụng đất, bởi GCN này có thể bị làm giả, có thể được cấp lại… mà nhiều vụ việc tranh chấp trong thời gian qua đã minh chứng cho vấn đề này.

Từ những lý do nêu trên, theo chúng tôi, nên bỏ quy định bên thế chấp phải giao GCN QSD đất cho bên nhận thế chấp. Kiến nghị này dựa trên cơ sở quy định của pháp luật việc thế chấp quyền sử dụng đất phải đăng ký thế chấp và thông qua đó, tình trạng pháp lý của thửa đất là tài sản thế chấp đã được ghi nhận và công khai cho mọi cá nhân, tổ chức có nhu cầu tìm hiểu. Tuy nhiên, điều này cũng đòi hỏi cơ chế đăng ký thế chấp phải thực sự nhanh chóng, đơn giản, thứ tự ưu tiên và hiệu lực đối kháng đối với bên thứ ba được "tôn trọng" triệt để cả về mặt pháp lý lẫn thực tiễn xử lý.

Trước mắt khi chưa bỏ được quy định này, thì quy định tại Điều 28 của Nghị định số 163 cần được cụ thể hóa hơn nữa. Bên cạnh đó, cần bổ sung các quy định về trách nhiệm, hậu quả pháp lý nếu không giao lại GCN QSD và "cơ chế" để bảo đảm cho bên thế chấp được giao lại GCN QSD này.

9. Giao dịch bảo đảm bằng công trình xây dựng chưa được quy định cụ thể, giao dịch bảo đảm bằng tàu cá chưa dẫn chiếu pháp luật hiện hành

Công trình xây dựng được quy định tại nhiều văn bản quy phạm pháp luật, tuy nhiên tại các văn bản này mới chỉ tập trung điều chỉnh các vấn đề như về hoạt động xây dựng, đầu tư xây dựng công trình (ví dụ, Luật Xây dựng) hoặc quy định về trình tự, thủ tục đăng ký để cấp Giấy chứng nhận quyền sở hữu công trình xây dựng (ví dụ, Nghị định số 95/2005/NĐ-CP ngày 15/7/2005 của Chính phủ về việc cấp Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở, quyền sở hữu công trình xây dựng)… mà *chưa có các quy định về giao dịch bảo đảm bằng công trình xây dựng*. Do đó, theo chúng tôi vấn đề này cần sớm giải quyết nhằm tạo hành lang pháp lý cho việc xác lập và thực hiện giao dịch bảo đảm bằng loại tài sản này trong thực tiễn.

Về giao dịch bảo đảm bằng tàu cá, tại Điều 13 của Quyết định số 10/2006/QĐ-BTS ngày 03/7/2006 của Bộ Thủy sản về việc ban hành Quy chế đăng ký tàu cá và thuyền viên quy định: "Việc cầm cố, thế chấp tàu cá được thực hiện theo quy định tại Nghị định số 85/2002/NĐ-CP ngày 25/10/2002 của Chính phủ về sửa đổi, bổ sung Nghị định số 178/1999/NĐ-CP ngày 29/12/1999 về bảo đảm tiền vay của tổ chức tín dụng", tuy nhiên các Nghị định này đã bị bãi bỏ bởi Nghị định số 163. Do đó, quy định tại Điều 13 nêu trên cần được sửa đổi để dẫn chiếu đúng quy định của pháp luật hiện hành, tránh những khó khăn trong việc tìm hiểu và áp dụng sai quy định của pháp luật khi xác lập, thực hiện các giao dịch bảo đảm bằng tàu cá. ■

TƯ TƯỞNG HỒ CHÍ MINH

VỀ ĐÀO TẠO, BỒI DƯỠNG CÁN BỘ VÀ VIỆC VẬN DỤNG CỦA ĐẢNG TA TRONG THỜI KỲ MỚI

■ NGUYỄN QUỐC SỬU *

Tư tưởng Hồ Chí Minh về cán bộ và công tác cán bộ nói chung, về đào tạo, bồi dưỡng đội ngũ cán bộ nói riêng là kết tinh truyền thống, tinh hoa trí tuệ của dân tộc, là đỉnh cao của "nghệ thuật" hay "phương sách" đào luyện con người và dùng người. Đó là tư tưởng vĩ đại đầy tính nhân văn và khoa học. Hồ Chí Minh là người thầy, là lãnh tụ tối cao của Đảng, của cách mạng Việt Nam, đồng thời là tấm gương sáng nhất về người cán bộ - "công bộc" của nhân dân, "tận trung với nước, tận hiếu với dân"[1], suốt đời phấn đấu hi sinh cho độc lập dân tộc, hạnh phúc của nhân dân. Do ảnh hưởng của Người, hoặc do Người trực tiếp đào tạo, bồi dưỡng, cách mạng Việt Nam đã có những đội ngũ cán bộ kế tiếp nhau, nhiều học trò của Chủ tịch Hồ Chí Minh đã trở thành những nhà lãnh đạo xuất sắc tổ chức, lãnh đạo toàn Đảng, toàn dân, toàn quân hoàn thành xuất sắc mọi nhiệm vụ cách mạng trong từng thời kỳ.

Để thực hiện mục tiêu, lý tưởng cách mạng của mình, nhà cách mạng nào cũng phải quan tâm đến công tác cán bộ và việc đào tạo, bồi dưỡng đội ngũ cán bộ, bởi vì "cách mạng là sự nghiệp của quần chúng" và phải có đội ngũ làm nòng cốt. Nhưng hiếm có con người nào, lãnh tụ nào lại dành cả cuộc đời mình, từ khi còn trẻ, đi "tìm đường cứu nước, cứu dân" đến khi trở thành lãnh tụ tối cao của Đảng, của dân tộc và đến hơi thở cuối cùng lại luôn quan tâm sâu sát đến "sự nghiệp trồng người", "bồi dưỡng thế hệ cách mạng cho đời sau", trong đó có công tác cán bộ nói chung, đào tạo, bồi dưỡng đội ngũ cán bộ nói riêng cho cách mạng như Hồ Chí Minh.

Hồ Chí Minh làm công tác cán bộ nói chung, đào tạo, bồi dưỡng đội ngũ cán bộ nói riêng theo phong cách rất độc đáo - "phong cách Hồ Chí Minh": nói, viết thì giản dị, ngắn gọn nhưng đầy đủ, sâu sắc, lời nói đi đôi với việc làm, và làm thì kiên trì, tỉ mỉ, cụ thể, tận tình, chu đáo, đến nơi đến chốn. Điều quan trọng hơn, là tự mình nêu gương sáng nhất về phẩm chất đạo đức của một "Con Người" và một cán bộ "tận trung với nước, tận hiếu với dân".

Cơ sở để đào tạo, bồi dưỡng đội ngũ cán bộ là nhận thức về vị trí, vai trò của đội ngũ cán bộ trong sự nghiệp cách mạng. Kế thừa tinh hoa tư tưởng của dân tộc, coi "hiền tài là nguyên khí quốc gia", Hồ Chí Minh đã nhận thức sâu sắc về vị trí, vai trò của cán bộ và tầm quan trọng của công tác cán bộ. Người cho rằng, một khi đã có đường lối cách mạng đúng thì cán bộ là khâu quyết định. Người viết: "Cán bộ là cái gốc của mọi công việc", "Muốn việc thành công hay thất bại đều do cán bộ tốt hay kém"[2], "Cán bộ là những người đem chính sách của

(*) Học viện Chính trị - Hành chính Quốc gia Hồ Chí Minh.

(1) Hồ Chí Minh Toàn tập, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, T.7, tr. 480.

Đảng, của Chính phủ giải thích cho dân chúng hiểu rõ và thi hành. Đồng thời đem tình hình của dân chúng báo cáo lại cho Đảng, cho Chính phủ hiểu rõ, để đặt chính sách cho đúng"[3]. Thực tế là, mọi chủ trương, đường lối của Đảng và Chính phủ đều do cán bộ nghiên cứu, đề xuất, đồng thời cũng do cán bộ tổ chức, hướng dẫn nhân dân thực hiện. Đường lối của Đảng đúng hay sai, tổ chức thực hiện thành hay không đều phụ thuộc vào cán bộ. Động lực của mọi cuộc cách mạng là quần chúng nhân dân, mà hạt nhân chủ yếu của nó là lực lượng cán bộ. Người cũng nhấn mạnh đến trách nhiệm của Đảng đối với công tác đào tạo, bồi dưỡng, huấn luyện cán bộ: chăm sóc, nuôi dạy cán bộ là việc làm hệ trọng, phải rất công phu, chu đáo, tỉ mỉ, cũng giống như người làm vườn chăm sóc, vun trồng những cây cối quý báu, cần mẫn, tâm huyết mới có hoa thơm, quả ngọt. Vì vậy, Đảng cần phải biết coi trọng, giữ gìn cán bộ cũ, và tích cực đào tạo, bồi dưỡng cán bộ mới, trọng dụng nhân tài, trọng dụng cán bộ.

1. Nội dung tư tưởng về đào tạo, bồi dưỡng đội ngũ cán bộ

1.1. Về phẩm chất đạo đức, tư cách cán bộ

Theo Hồ Chí Minh, đạo đức là thước đo lòng cao thượng của con người, tiêu chí để kiểm tra chất "người", trình độ "người", tính "người" của một con người. Nhất là đối với cán bộ, trước hết, cán bộ phải có đạo đức cách mạng. Đạo đức cách mạng là gốc của người cán bộ.

Cán bộ phải suốt đời phấn đấu hi sinh cho lý tưởng của Đảng, phải đặt quyền lợi của Đảng, của Tổ quốc lên trên hết và trước hết. Người nói: Đảng không phải là một tổ chức "làm quan phát tài". Cán bộ cách mạng không phải là "làm quan cách mạng", "không phải để thăng quan tiến chức". Không phải làm cán bộ để "đè đầu cưỡi cổ dân chúng như thời thực dân, phong kiến". Người cán bộ phải tận tụy với sự nghiệp cách mạng, phải trung thành với Đảng, với Tổ quốc, phải hết lòng hết sức phục vụ cách mạng, phục vụ nhân dân. Việc gì có lợi cho dân dù nhỏ cũng gắng sức làm, việc gì có hại cho dân, dù nhỏ cũng hết sức tránh. Người cán bộ phải có một đời tư trong sáng, phải là tấm gương sáng trong cuộc sống.

Trong cuốn "Đường cách mệnh", Người chỉ rõ "tư cách một người cách mệnh" là: tự mình phải: "Cần kiệm. Hòa mà không tư. Cả quyết sửa chữa lỗi mình. Cẩn thận mà không nhút nhát. Hay hỏi. Nhẫn nại. Hay nghiên cứu xem xét. Vị công vô tư. Không hiếu danh, không kiêu ngạo. Nói thì phải làm. Giữ chủ nghĩa cho vững. Hy sinh. Ít lòng ham muốn về vật chất. Bí mật".

Đối với người phải: với từng người thì khoan thứ. Với đoàn thể thì nghiêm. Có lòng bày vẽ cho người. Trực mà không táo bạo. Hay xem xét người.

Làm việc phải: xem xét hoàn cảnh kỹ càng. Quyết đoán. Dũng cảm. Phục tùng đoàn thể.

Có thể nói, điểm nổi bật của Hồ Chí Minh so với nhiều danh nhân khác ở trong nước cũng như trên thế giới là: Toàn bộ cuộc đời Người là tấm gương sáng về đạo đức.

1.2. Về năng lực chuyên môn

Cán bộ phải có năng lực lãnh đạo, tổ chức thực hiện đường lối, chủ trương, chính sách của Đảng, Nhà nước và đoàn thể nhân dân. Muốn thế phải "chuyên". Người yêu cầu cán bộ phải có tài tổ chức, tài quản lý. Vì vậy, đào tạo, bồi dưỡng, lựa chọn cán bộ chú ý xuất thân từ công nông nhưng phải "tri thức hóa" họ.

Cán bộ đảng viên phải luôn luôn học tập để không ngừng nâng cao trình độ mọi mặt. Đặc biệt nâng cao lý luận, nâng cao khả năng tổng kết thực tiễn, phải mổ xẻ, xem xét, so sánh thật kỹ càng thực tế nước ta với nước khác. Kinh nghiệm cho thấy rằng, không có được khả năng tổng kết kinh nghiệm, tổng kết thực tiễn thì không thể có lý luận chân chính. Việc nâng cao trình độ lý luận phụ thuộc vào trình độ tổng kết thực tiễn. Muốn nâng cao trình độ lý luận thì phải học chủ nghĩa Mác - Lênin, bởi vì phân tích và tổng kết thực tiễn cũng phải dựa trên phương pháp biện chứng duy vật và chủ nghĩa Mác -

(2) Hồ Chí Minh Toàn tập, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, T.5, tr. 269 và 240.
(3) Hồ Chí Minh Toàn tập, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, T.5, tr. 269.

Lênin. Phải học tập tinh thần của chủ nghĩa Mác - Lênin; học tập lập trường, quan điểm và phương pháp của chủ nghĩa Mác - Lênin để áp dụng lập trường, quan điểm và phương pháp ấy mà giải quyết tốt những vấn đề thực tế trong công tác cách mạng của chúng ta.

Cán bộ phải có mối liên hệ mật thiết với nhân dân. Người nhấn mạnh: người cán bộ, bằng mọi hành động thực tế của mình phải làm cho dân tin, dân yêu, dân kính, dân phục. Đây là yêu cầu chung, đặc biệt trong thời kỳ Đảng cầm quyền càng đặc biệt quan tâm.

Cán bộ phải có phong cách tốt, phải phòng và chống tác phong chủ quan, quan liêu, đại khái, ham chuộng hình thức, phô trương cho oai, làm qua loa.

1.3. Về phương pháp, cách thức đào tạo, bồi dưỡng cán bộ

Hồ Chí Minh coi đào tạo, bồi dưỡng, huấn luyện cán bộ là rất quan trọng, thậm chí là "công việc gốc của Đảng", phải được tiến hành thường xuyên. Phải xác định rõ mục tiêu đào tạo, bồi dưỡng cán bộ với các yếu tố cơ bản: học thức, đạo đức cách mạng, tác phong và năng lực công tác (như các yêu cầu đối với cán bộ nêu trên). Nhưng tùy từng giai đoạn cách mạng, tùy vào tình hình cụ thể mà Người đặt ra mục đích, nhiệm vụ để đào tạo, bồi dưỡng cán bộ.

Hồ Chí Minh luôn tranh thủ mọi điều kiện, hoàn cảnh, dùng mọi cách để đào tạo, bồi dưỡng cán bộ, và tự mình nêu gương sáng về tự học tập, tự rèn luyện. Người trực tiếp tuyên truyền vận động, thuyết phục, viết báo, viết sách, mở lớp đào tạo, bồi dưỡng cán bộ. Người đào tạo, bồi dưỡng cán bộ từ lý luận đến thực tiễn, từ lời nói đến việc làm. Người đặc biệt chú trọng việc học tập và tự học của cán bộ. Người nêu câu nói của Lênin phải "học, học nữa, học mãi", Người chỉ ra một cách toàn diện, tỉ mỉ về sự cần thiết phải học tập, mục đích, nội dung, phương pháp học tập, những yêu cầu cụ thể đối với người học, người dạy…

Người nhấn mạnh: học để hành, nghĩa là để làm việc chứ không phải là để có bằng cấp, để cho oai và để có chức này chức nọ. Việc giảng dạy, học tập, đào tạo, huấn luyện phải gắn liền với nghiên cứu công việc thực tế, kinh nghiệm thực tế, "kinh nghiệm và thực tế phải đi cùng nhau", "lý luận cùng thực hành phải luôn luôn đi liền với nhau".

Người cho rằng: cán bộ đảng viên phải học tập lý luận Mác - Lênin, học tập đường lối, chính sách của Đảng, đồng thời phải học văn hóa, kỹ thuật nghiệp vụ, "làm việc gì học việc đấy", tức là cán bộ làm ở lĩnh vực gì, phụ trách ở ngành nghề gì đều phải học cho thành thạo công việc ở lĩnh vực đó. Để làm được điều này, các cơ quan lãnh đạo, những người phụ trách phải xây dựng kế hoạch huấn luyện, bồi dưỡng cụ thể từng môn, từng đối tượng. Nội dung đào tạo, bồi dưỡng cán bộ phải thiết thực, cơ bản và toàn diện. Thời gian đào tạo dài hay ngắn, số lượng cán bộ nhiều hay ít, phải xuất phát từ tình hình thực tế, từ yêu cầu sử dụng cán bộ mà định ra thời gian, nội dung chương trình, sắp xếp cán bộ giảng dạy cho phù hợp. Phải lựa chọn rất cẩn thận những người phụ trách việc giảng dạy các lớp đào tạo, bồi dưỡng cán bộ. Những người lãnh đạo phải tham gia giảng dạy các lớp đào tạo, bồi dưỡng cán bộ Đảng. Người còn chú ý đến việc "đầu tư cho công tác đào tạo, bồi dưỡng cán bộ phải có kinh phí tương xứng với yêu cầu. Không nên bủn xỉn về các khoản chi cho công tác này".

Trong việc đào tạo, bồi dưỡng cán bộ, Hồ Chí Minh còn nhấn mạnh cần phải tạo ra môi trường "khiến cho cán bộ cả gan nói, cả gan đề ra ý kiến", "có gan phụ trách, có gan làm việc"; "khi đã giao việc cho cán bộ phải để cho cán bộ có quyền tùy cơ ứng biến mới có thể phát huy tài năng của họ, không nên sớm ra lệnh này, trưa đổi lệnh khác". "Nếu không tin cán bộ, sợ họ làm không được, rồi việc gì mình cũng nhúng vào, kết quả thành chứng bao biện, công việc vẫn không xong". Người còn nói "nếu đào tạo một mớ nhát gan dễ bảo, "đập đi, hò đứng", không dám phụ trách. Như thế là một việc thất bại cho Đảng"[4]. Đảng phải thương yêu cán bộ, nhưng thương yêu không phải là vỗ về, nuông

(4) Hồ Chí Minh Toàn tập, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, T.5, tr. 281

chiều, phó mặc, mà thương yêu là giúp họ học tập thêm, tiến bộ thêm, là giúp họ sửa chữa khuyết điểm, là thưởng phạt phân minh…

2. Vận dụng tư tưởng Hồ Chí Minh về đào tạo, bồi dưỡng cán bộ trong thời kỳ mới

2.1. Đảng Cộng sản Việt Nam với việc vận dụng tư tưởng Hồ Chí Minh về đào tạo, bồi dưỡng cán bộ trong thời kỳ mới

Tư tưởng Hồ Chí Minh về cán bộ, công tác cán bộ nói chung, công tác đào tạo, bồi dưỡng cán bộ nói riêng đã trở thành tài sản tinh thần, tư tưởng vô giá, những bài học, những nguyên tắc trong công tác cán bộ của Đảng. Nhờ đó mà Đảng và Chủ tịch Hồ Chí Minh đã tập hợp được hiền tài, thu hút được các nhân sỹ yêu nước, thu hút được tất cả các lực lượng đoàn kết xung quanh Đảng, làm nên thành công của cuộc Cách mạng tháng Tám vĩ đại, thắng lợi Điện Biên Phủ chấn động địa cầu, đại thắng mùa xuân 1975 hào hùng và cả nước đang vững bước đi lên trong sự nghiệp đổi mới, xây dựng và bảo vệ Tổ quốc Việt Nam xã hội chủ nghĩa.

Ngày nay, Đảng ta đang ra sức vận dụng sáng tạo tư tưởng Hồ Chí Minh về công tác cán bộ nói chung, về đào tạo, bồi dưỡng đội ngũ cán bộ nói riêng cho phù hợp với thời kỳ mới để thực hiện thắng lợi sự nghiệp công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước. Cuộc vận đông "Học tập và làm theo tấm gương đạo đức Hồ Chí Minh" do Đảng ta phát động đã và đang diễn ra sôi nổi, ngày càng đi vào chiều sâu và hành động thiết thực trong toàn Đảng, toàn dân, toàn quân, trong mọi ngành, mọi giới. Đây cũng là biện pháp quan trọng, tạo ra môi trường thuận lợi cho công tác đào tạo, bồi dưỡng cán bộ của đảng ta trong thời kỳ mới.

Nghị quyết Hội nghị lần thứ ba Ban chấp hành Trung ương Đảng khóa VIII về công tác cán bộ có nêu "phát huy truyền thống yêu nước, đoàn kết, tập hợp rộng rãi các loại cán bộ, trọng dụng nhân tài, không phân biệt đảng viên hay người ngoài đảng, dân tộc, tôn giáo, người ở trong nước hay người Việt Nam định cư ở nước ngoài; không định kiến với những người có sai lầm trong quá khứ, nay đã hối cải và sửa chữa"[5].

Nghị quyết Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ X của Đảng nhấn mạnh: "mục tiêu chung là xây dựng đội ngũ cán bộ có bản lĩnh chính trị vững vàng, có đạo đức, lối sống lành mạnh, không quan liêu, tham nhũng, lãng phí…", "nhiệm vụ quan trọng nhất là xây dựng đội ngũ cán bộ lãnh đạo, trước hết là cán bộ lãnh đạo cấp chiến lược và người đứng đầu tổ chức các cấp, các ngành của hệ thống chính trị". Đổi mới mạnh mẽ, triển khai đồng bộ các khâu đánh giá, quy hoạch, đào tạo, bồi dưỡng, huấn luyện, bố trí, sử dụng, xây dựng và thực hiện chính sách cán bộ"; "xây dựng và thực hiện chính sách phát triển và trọng dụng nhân tài". Đảng ta thực hiện đúng đắn nguyên tắc thống nhất lãnh đạo công tác cán bộ và quản lý đội ngũ cán bộ, đi đôi với phát huy trách nhiệm của các tổ chức và người đứng đầu các tổ chức trong hệ thống chính trị về công tác cán bộ. Làm tốt công tác quy hoạch, và đào tạo nguồn cán bộ. Đánh giá, bồi dưỡng, lựa chọn, sử dụng cán bộ trên cơ sở tiêu chuẩn, lấy hiệu quả công tác và sự tín nhiệm của nhân dân làm thước đo chủ yếu. Đổi mới, trẻ hóa đội ngũ lãnh đạo và quản lý, kết hợp các độ tuổi, bảo đảm tính liên tục, kế thừa và phát triển. Thực hiện chủ trương luân chuyển cán bộ lãnh đạo và quản lý. Xây dựng và chỉnh đốn các học viện, trường và trung tâm chính trị, nâng cao chất lượng và hiệu quả đào tạo, bồi dưỡng cán bộ.

Trước những thời cơ và thách thức mới của tình hình trong nước và quốc tế, Đảng ta đã xác định công tác cán bộ trong tình hình mới cần quán triệt các quan điểm cơ bản:

Một là, phải xuất phát từ yêu cầu, nhiệm vụ của thời kỳ đẩy mạnh công nghiệp hóa, hiện đại hóa nhằm thực hiện thắng lợi mục tiêu dân giàu, nước mạnh, xã hội công bằng, dân chủ, văn minh, vững bước đi lên chủ nghĩa xã hội. Công tác cán bộ được đổi mới có vai trò quyết định thực hiện thắng lợi mục tiêu đó. Mặt khác, quá trình công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước, xây dựng và bảo vệ Tổ quốc là môi trường thực tiễn để rèn luyện, tuyển chọn và

(5) Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Hội nghị lần thứ ba Ban chấp hành Trung ương khóa VIII, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 1997, tr. 76.

Tư tưởng Hồ Chí Minh về công tác cán bộ là đỉnh cao của "nghệ thuật" đào luyện con người và dùng người - Ảnh: ***S.T.***

đào tạo cán bộ, nâng cao phẩm chất, kiến thức, năng lực của đội ngũ cán bộ.

Hai là, quán triệt quan điểm giai cấp công nhân của Đảng, phát huy truyền thống yêu nước và đoàn kết dân tộc. Thường xuyên bồi dưỡng lập trường, quan điểm, ý thức tổ chức của giai cấp công nhân cho đội ngũ cán bộ. Đồng thời, tăng cường số cán bộ xuất thân từ công nhân, trước hết là cán bộ chủ chốt trong hệ thống chính trị các cấp. Phát huy truyền thống yêu nước, đoàn kết tập hợp rộng rãi các loại cán bộ, trọng dụng nhân tài, không phân biệt đảng viên hay người ngoài đảng, dân tộc, tôn giáo, người ở trong nước hay người Việt Nam định cư ở nước ngoài, không định kiến với những người có sai lầm trong quá khứ, nay đã hối cải và sửa chữa. Kế thừa, phát huy truyền thống tốt đẹp của đội ngũ cán bộ cách mạng để xây dựng các thế hệ cán bộ hiện tại và tương lai.

Ba là, gắn việc xây dựng đội ngũ cán bộ với việc xây dựng tổ chức và đổi mới cơ chế, chính sách. Xây dựng đội ngũ cán bộ và xây dựng tổ chức, đổi mới cơ chế chính sách, phương thức, lề lối làm việc có quan hệ chặt chẽ, tác động lẫn nhau. Có nhiệm vụ chính trị mới lập tổ chức; có tổ chức mới bố trí cán bộ, không vì cán bộ mà lập tổ chức. Mỗi cán bộ trong tổ chức phải có chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn, trách nhiệm rõ ràng. Quy hoạch, đào tạo, bố trí, sử dụng cán bộ phải gắn liền với yêu cầu và nội dung xây dựng tổ chức Đảng trong sạch, vững mạnh, xây dựng bộ máy Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của dân, do dân, vì dân, kiện toàn hệ thống chính trị, đổi mới cơ chế chính sách.

Bốn là, thông qua hoạt động thực tiễn và phong trào cách mạng của nhân dân, nâng cao trình độ dân trí để tuyển chọn, giáo dục, rèn luyện, bồi dưỡng cán bộ. Trên cơ sở phát triển sự nghiệp giáo dục và đào tạo, nâng cao dân trí để xây dựng đội ngũ cán bộ cơ bản chính quy có hệ thống; đồng thời thông qua hoạt động thực tiễn và phong trào cách mạng của nhân dân để giáo dục, đào tạo, rèn luyện, đánh giá, sàng lọc, tuyển chọn cán bộ. Không đánh giá, sử dụng cán bộ một cách cảm tính, chủ quan. Mọi phẩm giá, bằng cấp, danh hiệu, chức vụ, tài năng và cống hiến đều phải được kiểm nghiệm qua hoạt động thực tiễn. Phong trào cách mạng của quần chúng là trường học của cán bộ. Phải dựa vào dân để phát hiện, kiểm tra và kiểm soát cán bộ.

Năm là, Đảng thống nhất lãnh đạo công tác cán bộ và quản lý đội ngũ cán bộ theo nguyên tắc tập trung dân chủ, đồng thời phát huy trách nhiệm của các tổ chức thành viên trong hệ thống chính trị. Đảng phải trực tiếp chăm lo xây dựng đội ngũ cán bộ, công chức cho cả hệ thống chính trị, trên mọi lĩnh lực. Đảng thực hiện đường lối chính sách cán bộ thông qua

các tổ chức Đảng (Ban cán sự Đảng, Đảng đoàn, Đảng ủy…) và đảng viên trong các cơ quan nhà nước và các đoàn thể nhân dân thực hiện đúng quy trình, thủ tục, pháp luật của Nhà nước và điều lệ của các tổ chức, đoàn thể xã hội. Phân công, phân cấp quản lý cán bộ cho các cấp ủy và các tổ chức Đảng; đồng thời thường xuyên kiểm tra việc thực hiện công tác cán bộ của các ngành, các cấp, coi đây là một trong những công việc quan trọng bậc nhất của lãnh đạo. Những vấn đề về chủ trương, chính sách, đánh giá, bố trí, sử dụng, điều động, đề bạt, khen thưởng và xử lý kỷ luật cán bộ nhất thiết phải do cấp ủy có thẩm quyền quyết định theo đa số. Nghiêm túc chấp hành các nghị quyết của cấp ủy về cán bộ và công tác cán bộ; cá nhân phải chấp hành quyết định của tập thể; tổ chức đảng cấp dưới phải chấp hành quyết định của tổ chức đảng cấp trên.

Đảng ta xác định mục tiêu, tiêu chuẩn của việc xây dựng, đào tạo, bồi dưỡng đội ngũ cán bộ, công chức các cấp từ trung ương đến cơ sở, đặc biệt là cán bộ đứng đầu, có phẩm chất và năng lực, có bản lĩnh chính trị vững vàng trên cơ sở lập trường giai cấp công nhân, đủ về số lượng, đồng bộ về cơ cấu, bảo đảm sự chuyển tiếp liên tục và vững vàng giữa các thế hệ cán bộ nhằm thực hiện thắng lợi nhiệm vụ công nghiệp hóa, hiện đại hóa, giữ vững độc lập tự chủ, đi lên chủ nghĩa xã hội. Bảo đảm có đủ nguồn cán bộ để mỗi nhiệm kỳ có thể đổi mới khoảng 30 - 40% số cán bộ lãnh đạo Đảng, Nhà nước, đoàn thể các cấp, cán bộ lãnh đạo lực lượng vũ trang. Phấn đấu đến năm 2020 số người có trình độ đại học trở lên bằng 4% dân số cả nước (Nghị quyết Trung ương 3, khóa 8).

Tiêu chuẩn chung của cán bộ trong thời kỳ mới của sự nghiệp cách mạng, trước hết là phải có tinh thần yêu nước sâu sắc, tận tụy phục vụ nhân dân, kiên định mục tiêu độc lập dân tộc và chủ nghĩa xã hội, phấn đấu thực hiện có kết quả đường lối của Đảng, chính sách và pháp luật của Nhà nước. Cần, kiệm, liêm, chính, chí công vô tư; không tham nhũng và kiên quyết đấu tranh chống tham nhũng; có ý thức tổ chức, kỷ luật; trung thực, không cơ hội, gắn bó mật thiết với nhân dân, được nhân dân tín nhiệm; có trình độ hiểu biết về lý luận chính trị, quan điểm, đường lối của Đảng và chính sách, pháp luật của Nhà nước, có trình độ văn hóa, chuyên môn, đủ năng lực và sức khỏe để làm việc có hiệu quả, đáp ứng yêu cầu, nhiệm vụ được giao. Các tiêu chuẩn quan hệ mật thiết với nhau; coi trọng cả đức và tài, đức là gốc.

Ngoài các tiêu chuẩn chung nêu trên, cán bộ lãnh đạo Đảng, Nhà nước, đoàn thể nhân dân còn phải: có bản lĩnh chính trị vững vàng trên cơ sở lập trường giai cấp công nhân, tuyệt đối trung thành với lý tưởng cách mạng, với chủ nghĩa Mác - Lên nin, tư tưởng Hồ Chí Minh. Có năng lực dự báo và định hướng sự phát triển, tổng kết thực tiễn, tham gia xây dựng đường lối, chính sách, pháp luật; thuyết phục và tổ chức nhân dân thực hiện. Có ý thức và khả năng đấu tranh bảo vệ quan điểm, đường lối của Đảng, chính sách và pháp luật của Nhà nước. Gương mẫu về đạo đức, lối sống. Có tác phong dân chủ, khoa học, có khả năng tập hợp được quần chúng, đoàn kết cán bộ. Có kiến thức về khoa học lãnh đạo, quản lý. Cán bộ lãnh đạo Đảng, Nhà nước và đoàn thể cần học tập có hệ thống tại các trường của Đảng, trải qua hoạt động thực tiễn có hiệu quả.

Đảng ta chủ trương đầu tư thích đáng cho việc đào tạo, bồi dưỡng những người ưu tú trở thành cán bộ chủ chốt. Chú ý con em gia đình cách mạng, những người có công với nước, công nhân, nông dân, trí thức, lực lượng vũ trang, cán bộ nữ, con em các dân tộc thiểu số, vùng căn cứ cách mạng. Có chính sách học bổng và miễn giảm học phí cho con em các gia đình có công với cách mạng, gia đình liệt sỹ, thương binh, con các gia đình nghèo vượt khó, cho học sinh giỏi, đạo đức tốt, sinh viên các ngành sư phạm. Bồi dưỡng tài năng ngay từ các trường phổ thông, đại học và trung học chuyên nghiệp. Dành kinh phí để cử cán bộ ưu tú, sinh viên xuất sắc đi đào tạo, bồi dưỡng cán bộ bao gồm từ ngân sách nhà nước các cấp, kinh phí của các tổ chức đảng, đoàn thể, của doanh nghiệp, tài trợ của các tổ chức quốc tế và các nước.

Đảng và Nhà nước ta có chính sách thích

hợp đảm bảo lợi ích vật chất và động viên tinh thần cho cán bộ. Tinh giản biên chế, nâng cao năng suất, chất lượng, hiệu quả lao động, chống tham nhũng, lãng phí, mở rộng bảo hiểm xã hội, tăng tỉ lệ động viên thu nhập quốc dân vào ngân sách nhà nước, đổi mới cơ bản chính sách bảo đảm lợi ích vật chất cho từng loại cán bộ, trước hết là chế độ tiền lương, nhà ở và phương tiện đi lại. Tiền lương phải thật sự trở thành bộ phận cơ bản trong thu nhập của cán bộ, bảo đảm tái sản xuất mở rộng sức lao động. Đi đôi với khuyến khích lợi ích vật chất, chú trọng giáo dục lý tưởng cách mạng cho cán bộ. Mục tiêu, lý tưởng cách mạng là động lực lớn nhất để thúc đẩy sự phấn đấu vươn lên của từng cán bộ.

Những nội dung cơ bản về công tác cán bộ và việc đào tạo, bồi dưỡng đội ngũ cán bộ của Đảng nêu trên thể hiện sự trung thành, quán triệt, vận dụng một cách sáng tạo tư tưởng Hồ Chí Minh về công tác cán bộ nói chung, việc đào tạo, bồi dưỡng đội ngũ cán bộ nói riêng trong thời kỳ mới. Những nội dung cơ bản đó được cụ thể hóa trong những chủ trương, chính sách của Đảng, Nhà nước đang tạo ra động lực to lớn trong đào tạo, bồi dưỡng, phát triển đội ngũ cán bộ, đáp ứng yêu cầu của sự nghiệp công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước.

Hơn bao giờ hết, trong cuộc vận động "học tập và làm theo tấm gương đạo đức Hồ Chí Minh", mỗi cán bộ, đảng viên phải học tập, quán triệt sâu sắc hơn tư tưởng Hồ Chí Minh về công tác cán bộ. Đặc biệt phải thường xuyên ghi nhớ và làm theo những điều Bác Hồ yêu cầu đối với mỗi cán bộ, đảng viên. Noi gương Bác Hồ phấn đấu thực hiện là "người lãnh đạo là người đầy tớ trung thành của nhân dân".

2.2. Một số suy nghĩ về việc vận dụng tư tưởng Hồ Chí Minh về đào tạo, bồi dưỡng cán bộ trong công tác giảng dạy hiện nay

Qua nghiên cứu cũng như kinh nghiệm thực tế, chúng tôi nhận thấy, việc vận dụng tư tưởng Hồ Chí Minh về đào tạo, bồi dưỡng cán bộ một cách linh hoạt, sáng tạo sẽ góp phần rất lớn cho công tác bồi dưỡng, cán bộ được đẩy mạnh và nâng cao. Chủ tịch Hồ Chí Minh đã nói "làm việc gì học việc đấy", thiết nghĩ, nếu muốn cán bộ làm ở lĩnh vực nào thành thạo ở lĩnh vực đó, thì việc làm tiên quyết là các cơ sở đào tạo phải phân loại đối tượng cán bộ, công chức trước khi xếp lớp, để phù hợp với nội dung giảng dạy và phương pháp sử dụng. Việc phân loại đội ngũ cán bộ, công chức có nhiều cách khác nhau, theo chức danh (lãnh đạo quản lý, cán bộ thừa hành), theo ngạch (dự bị, chuyên viên, chuyên viên chính, chuyên viên cao cấp), theo trình độ (sơ cấp, trung cấp, đại học, sau đại học), theo cấp hành chính (trung ương, tỉnh, huyện, xã) hoặc theo ngành lĩnh vực công tác của họ. Việc sàng lọc đối tượng giảng dạy ngay từ đầu sẽ giúp cho công tác đào tạo tránh được lãng phí thời gian và công sức cho người dạy và người học, và rộng hơn là tránh lãng phí cho Nhà nước.

Muốn thực hiện thành công công tác bồi dưỡng cán bộ, không gì khác hơn là vận dụng tư tưởng của Hồ Chí Minh, phải lấy người học làm trung tâm để thiết kế nội dung, phương pháp giảng dạy, cần tránh tình trạng độc thoại như hiện nay. Cán bộ, công chức là những người đã có ít nhiều kinh nghiệm trong lĩnh vực của mình, việc đào tạo họ cần phải khác biệt để tránh nhàm chán hay lặp lại những gì họ biết. Vì thế chúng ta không nên đem những gì chúng ta có để dạy họ, mà hơn hết là trao cho họ những thứ họ cần. Tuy nhiên, không chỉ có nội dung mà phương pháp ở đây cũng cần linh hoạt, giảng viên nên sử dụng các phương pháp như pháp vấn (hỏi đáp), đưa ra các tình huống để họ thảo luận, giải quyết, làm sao để "lý luận cùng thực hành phải luôn luôn đi liền với nhau". Có như thế, họ mới rèn luyện được những kỹ năng mềm, ứng dụng vào thừa hành công việc mới đạt hiệu quả cao. Để làm được điều này, một phần không nhỏ là sự cố gắng, nỗ lực của giảng viên để nâng cao trình độ lý luận và ứng dụng thực tiễn. Người giảng viên cần vận dụng kinh nghiệm thực tiễn để kết hợp xây dựng một bài giảng với nội dung thiết thực, phương pháp linh hoạt, phong phú cho từng loại đối tượng khác nhau. ■

CÁC TÌNH TIẾT GIẢM NHẸ TRÁCH NHIỆM HÌNH SỰ

■ TRẦN ĐÌNH THẮNG *

Theo quy định tại Điều 45 Bộ luật Hình sự năm 1999 (đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2009-BLHS), thì các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự (TNHS) là một trong những căn cứ để Tòa án quyết định hình phạt. Tuy nhiên, BLHS lại không đưa ra khái niệm mà chỉ liệt kê các tình tiết giảm nhẹ TNHS trong Khoản 1 và quy định Tòa án có thể coi các tình tiết khác là tình tiết giảm nhẹ trong Khoản 2 Điều 46. Điều đó dẫn đến việc áp dụng pháp luật có những bất cập nhất định.

1. Khái niệm và đặc điểm của tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự

BLHS không đưa ra khái niệm *tình tiết giảm nhẹ TNHS*. Trong khoa học pháp lý nước ta, quan niệm về vấn đề này cũng chưa thống nhất. Nhìn chung, đa số ý kiến cho rằng, tình tiết giảm nhẹ TNHS là tình tiết được quy định trong BLHS với tính chất là tình tiết giảm nhẹ chung hoặc là tình tiết được ghi nhận trong văn bản hướng dẫn áp dụng pháp luật hay do Tòa án tự xem xét, cân nhắc và ghi rõ trong bản án, đồng thời là một trong những căn cứ để Tòa án cá thể hóa TNHS và hình phạt đối với người phạm tội theo hướng giảm nhẹ hơn trong phạm vi một khung hình phạt[1]. Quan niệm trên chưa cho thấy hết được bản chất, nội dung của tình tiết giảm nhẹ TNHS mà mới chỉ nêu đặc trưng pháp lý của chúng.

Chúng tôi cho rằng, về bản chất, tình tiết giảm nhẹ TNHS là những biểu hiện về các điều kiện, hoàn cảnh, tình huống có ảnh hưởng đến việc thực hiện tội phạm, qua đó phản ánh mức độ nguy hiểm ít hơn của hành vi phạm tội và là cơ sở để người phạm tội có thể chịu TNHS ở mức thấp hơn. Tình tiết giảm nhẹ TNHS được quy định trong BLHS, trong các văn bản hướng dẫn áp dụng pháp luật hoặc do Toà án cân nhắc, xem xét quyết định trong quá trình xét xử các vụ án cụ thể, phản ảnh chính sách nhân đạo, khoan hồng của Nhà nước đối với người phạm tội.

(*) TS, Học viện Chính trị - Hành chính Quốc gia Hồ Chí Minh.

(1) Trịnh Tiến Việt, Về ảnh hưởng của các tình tiết giảm nhẹ trong việc quyết định hình phạt, xem: http://tholaw.wordpress.com/2009/06/10/tinhtietgiamnhetrongviecquyetdinh.

Trần Thị Quang Vinh, Cơ chế giảm nhẹ TNHS theo luật hình sự Việt Nam, xem: http://www.hcmulaw.edu.vn/hcmulaw/index.php?option=com_content&view=article&id=189:tc2002so3ccgntnhs&catid=68:ctc20023&itemid=64

Tình tiết giảm nhẹ TNHS có đặc điểm:

Thứ nhất, tình tiết giảm nhẹ TNHS được quy định cụ thể trong BLHS (bao gồm 18 tình tiết được quy định tại Khoản 1 Điều 46). Ngoài ra, nó còn được ghi nhận trong Nghị quyết số 01/2000/NQ-HĐTP ngày 4/8/2000 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn áp dụng một số quy định về Phần chung của BLHS năm 1999). Thậm chí, trong quá trình xét xử, Tòa án có thể tự mình xem xét, cân nhắc coi những tình tiết khác là tình tiết giảm nhẹ TNHS và ghi rõ lý do trong bản án. Đặc điểm này có hai vấn đề cần chú ý: *trước hết*, những tình tiết giảm nhẹ TNHS nào được BLHS quy định với tính cách là yếu tố định tội hoặc là yếu tố định khung hình phạt đối với một tội phạm được nêu tại phần các tội phạm cụ thể thì trong quá trình xét xử, Tòa án không được xem xét nó như là tình tiết giảm nhẹ chung được quy định tại Khoản 1 Điều 46 BLHS. Nghĩa là một tình tiết giảm nhẹ cho dù biểu hiện dưới hình thức nào thì cũng không thể được áp dụng hai lần cho một trường hợp phạm tội cụ thể. Tiếp đó, việc cho phép Toà án có thể coi các tình tiết khác là tình tiết giảm nhẹ TNHS trong từng vụ án đối với từng bị cáo cụ thể nhằm mở rộng tính linh hoạt, sáng tạo trong hoạt động xét xử của Toà án, bảo đảm cho hoạt động xét xử được công bằng, chính xác, khách quan. Nó giúp Tòa án tính toán được sự tương xứng giữa mức độ nguy hiểm của hành vi phạm tội với chế tài hình sự. Quy định "phải ghi rõ trong bản án" là nhằm tránh sự tuỳ tiện trong hoạt động xét xử. Pháp luật dù hoàn thiện đến đâu cũng không thể tiên liệu hết mọi tình huống của cuộc sống nên việc cho phép Toà án xem xét các tình tiết khác là tình tiết giảm nhẹ trong hoạt động xét xử là hợp lý và cần thiết. Tuy nhiên, vấn đề này cũng có tính hai mặt của nó. Trên thực tiễn, không ít trường hợp Toà án đưa ra những tình tiết giảm nhẹ TNHS không thật sự thuyết phục, ví dụ: theo Báo cáo tổng kết của Tòa án nhân dân tối cao năm 2004, đã có trường hợp Toà án cho hưởng tình tiết giảm nhẹ trong một vụ án hiếp dâm vì lý do sau khi thực hiện tội phạm, bị cáo đã xin lỗi nạn nhân và hứa cưới nạn nhân làm vợ. Vì vậy, câu hỏi đặt ra là làm thế nào để hạn chế sự tuỳ tiện của hội đồng xét xử. Điều đó chỉ có thể trả lời bằng đạo đức, lương tâm, năng lực, trình độ chuyên môn của những người làm công tác xét xử; vai trò của Toà án cấp trên; sự giám sát của cơ quan dân cử và của các thiết chế xã hội khác…

Thứ hai, tình tiết giảm nhẹ TNHS là căn cứ để Tòa án cân nhắc, xem xét việc áp dụng hình phạt theo hướng nhẹ hơn đối với người phạm tội, nó phản ánh các diễn biến bên ngoài của mặt khách quan cũng như diễn biến tâm lý bên trong của mặt chủ quan trong cấu thành tội phạm hoặc phản ánh yếu tố nhân thân người phạm tội, góp phần mô tả tội phạm, giúp chúng ta hình dung được mức độ nguy hiểm ít hơn của hành vi phạm tội nếu đặt nó trong sự so sánh với trường hợp phạm tội tương tự mà không có tình tiết giảm nhẹ TNHS.

Thứ ba, tình tiết giảm nhẹ TNHS ảnh hưởng như thế nào đến việc quyết định hình phạt là do Toà án cân nhắc, xem xét. Sự hiện diện của tình tiết giảm nhẹ TNHS là căn cứ để Tòa án đánh giá, xem xét tính chất, mức độ nguy hiểm của hành vi phạm tội, coi đó là một trong những căn cứ để quyết định hình phạt. Pháp luật không quy định cụ thể sự hiện diện của tình tiết giảm nhẹ sẽ ảnh hưởng như thế nào đến việc quyết định hình phạt, sự hiện hữu của tình tiết nào thì được giảm TNHS đến đâu, điều đó phụ thuộc vào sự xem xét và cân nhắc của Tòa án.

Thứ tư, các tình tiết giảm nhẹ TNHS rất phong phú, không xác định về mặt số lượng. Chúng ta có thể xác định được các tình tiết được quy định trong Khoản 1 Điều 46 BLHS và các tình tiết được quy định tại điểm c, mục 5 Nghị quyết số 01/2000/NQ- HĐTP. Ngoài các tình tiết nói trên thì trong quá trình xét xử từng vụ án cụ thể, Tòa án còn có thể coi các tình tiết khác là tình tiết giảm nhẹ.

Thứ năm, ảnh hưởng của từng tình tiết đến mức độ nguy hiểm của hành vi phạm tội không giống nhau. Các tình tiết giảm nhẹ TNHS khá phong phú về mặt số lượng và ảnh hưởng của chúng đối với tính chất, mức độ nguy hiểm của hành vi phạm tội là khác nhau và do đó, mức

độ ảnh hưởng của chúng đến việc quyết định hình phạt là không giống nhau. Chúng tôi đồng tình với quan điểm cho rằng, các tình tiết giảm nhẹ TNHS có ý nghĩa pháp lý, xã hội, chính trị không đồng đều nhau. Có tình tiết thì ảnh hưởng rất lớn đến việc quyết định hình phạt và đối với mọi trường hợp phạm tội, nhưng có tình tiết thì ảnh hưởng ít hơn. Có tình tiết chỉ có ý nghĩa đáng kể với một số tội phạm, còn đối với những tội phạm khác thì chỉ có ý nghĩa rất hạn chế[2]. Mặt khác, Điều 47 BLHS quy định: "Khi có ít nhất hai tình tiết giảm nhẹ quy định tại khoản 1 Điều 46 của Bộ luật này, Tòa án có thể quyết định một hình phạt dưới mức thấp nhất của khung hình phạt mà điều luật đã quy định nhưng phải trong khung hình phạt liền kề nhẹ hơn của điều luật; trong trường hợp điều luật chỉ có một khung hình phạt hoặc khung hình phạt đó là khung hình phạt nhẹ nhất của điều luật, thì Tòa án có thể quyết định một hình phạt dưới mức thấp nhất của khung hoặc chuyển sang một hình phạt khác thuộc loại nhẹ hơn". Theo đó, khả năng "có thể quyết định một hình phạt dưới mức thấp nhất của khung hình phạt mà điều luật đã quy định" chỉ có thể thực hiện "khi có ít nhất hai tình tiết giảm nhẹ quy định tại Khoản 1 Điều 46". Logic này cho phép suy đoán rằng, theo quan điểm của nhà làm luật, các tình tiết được quy định tại Khoản 1 Điều 46 có vị trí cao hơn, ảnh hưởng nhiều hơn đến mức độ ít nguy hiểm của hành vi phạm tội so với các tình tiết được hướng dẫn trong điểm c mục 5 Nghị quyết số 01/2000/NQ- HĐTP và các tình tiết khác mà Tòa án xem xét, cân nhắc quyết định cho bị cáo được hưởng trong quá trình xét xử.

2. Áp dụng pháp luật về tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự

Nghiên cứu lý luận và thực tiễn về tình tiết giảm nhẹ TNHS, chúng tôi thấy có một số vấn đề cần được làm rõ thêm:

Thứ nhất, một trong các tình tiết giảm nhẹ được hướng dẫn tại điểm c mục 5 Nghị quyết số 01/2000/NQ- HĐTP là trường hợp vợ, chồng, cha, mẹ, con, anh, chị, em ruột bị cáo là người có công với nước hoặc có thành tích xuất sắc được Nhà nước tặng một trong các danh hiệu vinh dự như: anh hùng lao động, anh hùng lực lượng vũ trang, người mẹ Việt Nam anh hùng, nghệ sỹ nhân dân, nghệ sĩ ưu tú, nhà giáo nhân dân, nhà giáo ưu tú, thầy thuốc nhân dân, thầy thuốc ưu tú hoặc các danh hiệu cao quý khác theo quy định của Nhà nước. Chúng tôi cho rằng, trường hợp bị cáo có vợ, chồng, cha, mẹ, con, anh, chị, em ruột là người có công với nước hoặc có thành tích xuất sắc được Nhà nước tôn vinh được hưởng tình tiết giảm nhẹ là không thật sự hợp lý, bởi những người có công với đất nước đã được Nhà nước đãi ngộ, tôn vinh. Nếu vì lý do này mà cho những người thân thích của họ hưởng tình tiết giảm nhẹ khi phạm tội sẽ không bảo đảm nguyên tắc mọi công dân bình đẳng trước pháp luật và làm giảm đi vai trò giáo dục, phòng ngừa tội phạm của hình phạt. Nếu hai người phạm tội trong những tình huống, hoàn cảnh tương tự nhau nhưng áp dụng hình phạt ở mức độ khác nhau chỉ vì một trong số họ là con em hoặc người thân thích với người có công với đất nước thì phán quyết của Tòa án khó được dư luận đồng tình. Về phương diện đạo đức, con, em, vợ, chồng của những người có công với nước ở một mức độ nhất định cần phải gương mẫu để không làm hoen ố truyền thống tốt đẹp của gia đình. Họ may mắn sinh ra, lớn lên trong một gia đình được Nhà nước và xã hội tôn vinh mà còn có hành vi phạm tội thì ở một khía cạnh nào đó là đáng trách hơn là cho hưởng tình tiết giảm nhẹ. Mặt khác, các đối tượng được hưởng tình tiết giảm nhẹ đã được liệt kê tại điểm c mục 5 Nghị quyết số 01/2000/NQ- HĐTP cũng có vị trí rất khác nhau. Ví dụ: con cái hay vợ hoặc chồng của người có công sẽ có vị trí khác so với anh hoặc em ruột của người có công (họ thuộc các hàng thừa kế khác nhau theo pháp luật dân sự). Vì vậy, chúng tôi cho rằng, không nên coi tình

(2) Lê Văn Luật, Bàn về tình tiết giảm nhẹ TNHS quy định tại điểm g khoản 1 điều 46 BLHS, Tạp chí Nghề Luật số 1/2007.

tiết này là tình tiết giảm nhẹ TNHS trong pháp luật hình sự nước ta.

Thứ hai, Khoản 1 Điều 46 quy định về các tình tiết giảm nhẹ TNHS theo hướng liệt kê các tình tiết từ điểm a đến điểm s. Trong đó, điểm b quy định trường hợp: "Người phạm tội tự nguyện sửa chữa, bồi thường thiệt hại, khắc phục hậu quả" còn điểm p đề cập trường hợp: "Người phạm tội thành khẩn khai báo, ăn năn hối cải". Để áp dụng các quy định trên có hai loại ý kiến khác nhau. Loại ý kiến thứ nhất cho rằng muốn áp dụng điểm b, phải thoả mãn điều kiện, sau khi thực hiện tội phạm, người phạm tội đã tiến hành đầy đủ các hành động "tự nguyện sửa chữa", "bồi thường thiệt hại", "khắc phục hậu quả" thì mới được hưởng tình tiết giảm nhẹ. Đối với trường hợp áp dụng điểm p, sau khi thực hiện tội phạm, người phạm tội phải vừa "thành khẩn khai báo", vừa "ăn năn hối cải" thì mới được hưởng tình tiết giảm nhẹ.

Loại ý kiến thứ hai cho rằng, chỉ cần hành vi của người phạm tội thoả mãn một trong các dấu hiệu nói trên thì có thể áp dụng điểm b và điểm p. Theo chúng tôi, các quan điểm nêu trên đều chứa đựng những yếu tố hợp lý nhất định, vì từ hành văn của các quy định nói trên, chúng ta có thể hiểu theo nghĩa nào cũng đúng. Tuy nhiên, xuất phát từ nguyên tắc nhân đạo của luật hình sự cũng như dựa trên cơ sở mục đích của hình phạt thì nên tán thành loại quan điểm thứ hai. Nghĩa là chỉ cần trong hành vi của người phạm tội chứa đựng một trong các dấu hiệu "tự nguyện sửa chữa" hoặc đã tự nguyện "bồi thường thiệt hại", hoặc đã tự nguyện "khắc phục hậu quả" thì có thể áp dụng điểm b. Tương tự, chỉ cần hành vi của người phạm tội chứa đựng một trong hai dấu hiệu: hoặc đã "thành khẩn khai báo" hoặc đã "ăn năn hối cải" là có thể áp dụng điểm p. Bên cạnh nguyên tắc nhân đạo cũng cần phải xem xét mục đích của hình phạt là gì? Hình phạt trong luật hình sự không chỉ nhằm mục đích trừng trị người phạm tội mà còn giáo dục, cải tạo, giúp họ trở thành người công dân có ích cho xã hội. Vì thế, khi có một trong các dấu hiệu nói trên là đã cho thấy thái độ tích cực, thiện chí của người phạm tội và như vậy, xem xét dưới góc độ nhân thân, họ có thể cải tạo tốt. Chúng ta cần có cách nhìn khoan dung, độ lượng đối với họ thì hình phạt càng phát huy được hiệu quả giáo dục, phòng ngừa của nó. Hơn nữa, áp dụng pháp luật hình sự theo hướng này cũng phù hợp với chính sách hình sự nhân đạo, khoan hồng, kết hợp giữa trừng trị và giáo dục của Nhà nước.

Thứ ba, bị can, bị cáo hoặc gia đình họ đã tự nguyện bồi thường thiệt hại nhưng người bị hại không nhận có là tình tiết giảm nhẹ TNHS theo điểm b Khoản 1 Điều 46 hay không? Trước hết, cần khẳng định rằng, người bị hại không nhận lợi ích vật chất được bồi thường nằm ngoài ý muốn chủ quan của người phạm tội. Mặc dù hậu quả chưa được khắc phục nhưng người phạm tội mong muốn khắc phục hậu quả đó. Tuy nhiên, trong trường hợp này cũng cần phải xem xét, cân nhắc giá trị vật chất bồi thường có thỏa đáng so với mức độ thiệt hại đã gây ra hay không. Tiếp đến, chúng ta cần phân biệt: nếu bị can, bị cáo tự nguyện bồi thường hoặc yêu cầu gia đình, thậm chí người thân, bạn bè bồi thường hộ một cách thỏa đáng thì nên cho hưởng tình tiết giảm nhẹ. Bởi lẽ, xét về ý thức chủ quan của bị can, bị cáo, có thể nói họ đã nhận thức được lỗi lầm, mong muốn khắc phục hậu quả và hướng thiện, Nhà nước cần tạo cơ hội cho họ cải tà quy chính. Còn nếu gia đình họ tự nguyện bồi thường thì phải xem thêm vì cho hưởng tình tiết giảm nhẹ TNHS trong trường hợp này nhiều khi chưa hợp lý. Bởi lẽ, việc gia đình tự nguyện bồi thường không phản ánh thái độ tích cực của bị can, bị cáo. Đó chỉ là sự tự nguyện của gia đình, không phải là của bị can, bị cáo. Vì vậy, việc áp dụng tình tiết giảm nhẹ TNHS sẽ không bảo đảm mục đích của hình phạt. Ngoài ra, chúng ta cũng phải tính đến trường hợp người phạm tội là người đơn độc không có gia đình hoặc gia đình họ không có khả năng bồi thường. Cá biệt có gia đình thiếu trách nhiệm đối với người phạm tội thì họ không bao giờ được hưởng tình tiết này. Điều đó đã tạo ra sự không bình đẳng giữa những người phạm tội. ■

PHÁP LUẬT VỀ KINH DOANH BẤT ĐỘNG SẢN Ở VIỆT NAM DƯỚI GÓC ĐỘ HOẠT ĐỘNG ĐẦU TƯ NƯỚC NGOÀI

■ NGUYỄN NGỌC MINH *

1. Pháp luật việt nam về kinh doanh bất động sản

Ở Việt Nam trong một thời gian dài, hoạt động kinh doanh BĐS (BĐS) dường như ít được pháp luật đề cập. Đó là thời kỳ mà nền kinh tế được quản lý bởi cơ chế kế hoạch hóa, tập trung, quan liêu, bao cấp. Trong cơ chế đó, Nhà nước trở thành một trung tâm chỉ huy trực tiếp quản lý, điều hành mọi hoạt động sản xuất - kinh doanh cũng như phân phối sản phẩm xã hội. Doanh nghiệp không có quyền tự chủ trong việc lựa chọn lĩnh vực kinh doanh, không được tự chủ về xây dựng phương án, kế hoạch kinh doanh. Mọi công đoạn của quá trình sản xuất - kinh doanh đều thực hiện theo "cây gậy" chỉ huy của Nhà nước.

Công cuộc đổi mới toàn diện nền kinh tế nước ta đã mở ra một hiện thực hoạt động khác cho mọi loại hình doanh nghiệp, kể cả các doanh nghiệp hoạt động đầu tư, kinh doanh BĐS. Hệ thống pháp luật đã có gần đủ các văn bản quy phạm pháp luật cho mọi hoạt động sản xuất, đầu tư, kinh doanh, trong đó có kinh doanh BĐS.

Nói đến BĐS, trước hết phải đề cập đến đất đai và nhà ở, bởi đây là hai loại BĐS chủ yếu và quan trọng nhất. Trong lĩnh vực đất đai, trước đây, do việc "xã hội hóa" đất đai một cách tuyệt đối: đất đai thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước thống nhất quản lý (Điều 19 Hiến pháp 1980), nên pháp luật "đóng khung" quan hệ đất đai thông qua hành vi Nhà nước cấp đất (không thu tiền sử dụng đất) cho người dân và thu hồi đất khi họ không còn nhu cầu sử dụng. Các giao dịch về đất đai bị

(*) Thạc sĩ luật học, Phó Tổng Giám đốc Tổng công ty cổ phần Bảo hiểm dầu khí Việt Nam.

pháp luật nghiêm cấm. Điều 5 Luật Đất đai năm 1987 quy định "Nghiêm cấm việc mua, bán, lấn chiếm đất đai, phát canh thu tô dưới mọi hình thức, nhận đất được giao mà không sử dụng, sử dụng đất không đúng mục đích, tự tiện sử dụng đất nông nghiệp, đất có rừng vào mục đích khác, làm hủy hoại đất đai". Còn trong lĩnh vực nhà ở, có hai hình thức sở hữu chủ yếu: sở hữu nhà nước và sở hữu của từng cá nhân. Trong thời kỳ này, giao dịch về BĐS là nhà ở chủ yếu là các giao dịch về thuê lại hoặc chuyển nhượng nhà ở thuộc sở hữu nhà nước; hay các giao dịch về mua bán nhà ở thuộc sở hữu tư nhân.

Nền kinh tế thị trường đã tạo điều kiện thuận lợi cho hoạt động kinh doanh BĐS phát triển. Để hoàn thiện đồng bộ thể chế kinh tế thị trường, Nhà nước đã phải xây dựng đồng bộ và quản lý các thị trường mang tính "đầu vào" của quá trình sản xuất - kinh doanh, bao gồm: thị trường vốn, thị trường sức lao động, thị trường BĐS và thị trường khoa học - công nghệ. Đồng thời, Nhà nước xây dựng và hoàn thiện khung pháp luật của nền kinh tế thị trường (trong đó có hệ thống pháp luật kinh doanh BĐS) nhằm điều chỉnh và định hướng các hoạt động của thị trường. Pháp luật kinh doanh BĐS được xây dựng, đánh dấu bằng sự ra đời của Luật Đất đai năm 1993 với những quy định rất mới như giao quyền sử dụng đất cho hộ gia đình, cá nhân sử dụng ổn định lâu dài; người sử dụng đất được chuyển quyền sử dụng đất trong thời hạn giao đất v.v.. Tiếp đó, một loạt các đạo luật khác liên quan đến lĩnh vực kinh doanh BĐS lần lượt được ban hành như: Luật Thuế chuyển quyền sử dụng đất năm 1994 (được sửa đổi, bổ sung năm 1999); Bộ luật Dân sự năm 1995 (được sửa đổi, bổ sung năm 2005); Luật Xây dựng năm 2003; Luật Đầu tư năm 2005; Luật Doanh nghiệp năm 2005; Luật Thương mại năm 2005; Luật về Nhà ở năm 2005; đặc biệt phải kể đến việc ra đời của Luật Kinh doanh BĐS năm 2006 (Luật KDBĐS) điều chỉnh trực tiếp hoạt động kinh doanh BĐS.

2. Pháp luật kinh doanh bất động sản dưới góc độ hoạt động đầu tư nước ngoài

Tìm hiểu các quy định về kinh doanh BĐS dưới góc độ hoạt động đầu tư nước ngoài, chúng ta có thể đưa ra một số bình luận chủ yếu sau đây:

1.1. Tính ưu việt của hệ thống pháp luật về kinh doanh BĐS

Hoạt động đầu tư kinh doanh BĐS nói chung và hoạt động đầu tư kinh doanh BĐS của các nhà đầu tư nước ngoài được pháp luật Việt Nam khuyến khích và bảo hộ; cụ thể: Nhà nước có chính sách khuyến khích đầu tư trong lĩnh vực kinh doanh BĐS, chính sách này được ghi nhận rất rõ ràng tại Điều 12 Luật KDBĐS năm 2006; cơ chế pháp lý bình đẳng trong hoạt động kinh doanh BĐS được xác lập; mọi chủ thể đầu tư (không phân biệt đó là nhà đầu tư trong nước hay nhà đầu tư nước ngoài)[1] đều được tham gia đầu tư kinh doanh BĐS (Điều 2 Luật KDBĐS); nhà đầu tư nước ngoài muốn tham gia hoạt động kinh doanh dịch vụ BĐS cũng phải đáp ứng điều kiện có chứng chỉ hành nghề và có giấy phép đăng ký kinh doanh dịch vụ kinh doanh BĐS như nhà đầu tư trong nước (Điều 8 Luật KDBĐS); đồng thời hoạt động của nhà đầu tư phải chịu sự quản lý của cơ quan nhà nước có thẩm quyền; nguyên tắc hoạt động kinh doanh BĐS được quy định tại Điều 5 Luật KDBĐS năm 2006 được áp dụng cho mọi chủ thể kinh doanh BĐS…;

a) Nhà nước Việt Nam có chính sách ưu đãi cho các nhà đầu tư trong hoạt động kinh doanh BĐS; các chính sách ưu đãi này bao gồm: Nhà nước Việt Nam miễn, giảm tiền sử dụng đất, tiền thuê đất đối với diện tích đất xây dựng công trình có chuyển giao cho Nhà nước, công trình hạ tầng không kinh doanh, nhà chung cư phục vụ cho các đối tượng chính sách; Tổ chức tín dụng nhà nước cho vay ưu đãi đầu tư đối với các dự án xây dựng nhà ở để cho thuê, cho thuê mua, bán cho người có công, người nghèo, người có thu nhập thấp, sinh viên, công nhân làm việc trong các khu công nghiệp, khu chế xuất; Nhà nước khuyến khích và có chính

(1) Sau đây gọi chung là nhà đầu tư.

Thị trường bất động sản Việt Nam luôn được nhận định là rất khó lường - Ảnh: ***S.T.***

sách hỗ trợ tổ chức, cá nhân kinh doanh BĐS đầu tư tạo lập quỹ nhà ở để bán trả chậm, trả dần, cho thuê, cho thuê mua đối với người có công, người nghèo, người có thu nhập thấp; đầu tư hạ tầng các khu công nghiệp để cho thuê mặt bằng phục vụ sản xuất;

b) Nhà đầu tư nước ngoài được phép hoạt động đầu tư trong kinh doanh nhà, công trình xây dựng trong phạm vi và theo các hình thức cụ thể sau: Tổ chức, cá nhân nước ngoài được kinh doanh BĐS trong đầu tư tạo lập nhà, công trình xây dựng để bán, cho thuê, cho thuê mua; Tổ chức, cá nhân nước ngoài kinh doanh BĐS được đầu tư tạo lập nhà, công trình xây dựng để kinh doanh theo các hình thức sau đây: (i) đầu tư xây dựng mới nhà, công trình xây dựng; (ii) đầu tư cải tạo, sửa chữa nhà, công trình xây dựng có sẵn; tổ chức, cá nhân đầu tư tạo lập nhà, công trình xây dựng để kinh doanh phải phù hợp với quy hoạch xây dựng đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt; tổ chức, cá nhân đầu tư xây dựng khu đô thị mới, khu nhà ở, hạ tầng kỹ thuật khu công nghiệp phải có dự án đầu tư. Việc lựa chọn chủ đầu tư dự án khu đô thị mới, dự án khu nhà ở, dự án hạ tầng kỹ thuật khu công nghiệp phải được thực hiện theo quy định của pháp luật về xây dựng và pháp luật về đấu thầu. Chủ đầu tư dự án phải có năng lực tài chính để thực hiện dự án;

c) Tổ chức, cá nhân nước ngoài được hoạt động đầu tư trong kinh doanh quyền sử dụng đất trong phạm vi do Luật KDBĐS quy định như sau: Tổ chức, cá nhân nước ngoài được kinh doanh BĐS trong đầu tư cải tạo đất và đầu tư các công trình hạ tầng trên đất thuê để cho thuê đất đã có hạ tầng

d) Tổ chức, cá nhân nước ngoài được hoạt động đầu tư trong kinh doanh dịch vụ BĐS, cụ thể: (i) dịch vụ môi giới BĐS; (ii) dịch vụ định giá BĐS; (iii) dịch vụ sàn giao dịch BĐS; (iv) dịch vụ tư vấn BĐS; (v) dịch vụ đấu giá BĐS; (vi) dịch vụ quảng cáo BĐS; (vii) dịch vụ quản lý BĐS.

1.2. Một số điểm hạn chế của hệ thống pháp luật kinh doanh bất động sản

Bên cạnh những thành công, hệ thống pháp luật kinh doanh BĐS của nước ta còn bộc lộ một số điểm hạn chế chủ yếu sau đây:

Thứ nhất, trong thời gian qua thị trường BĐS ở nước ta bộc lộ rõ tính phân khúc; cụ thể:

(i) Xét trên phạm vi cả nước, thị trường BĐS phát triển mạnh ở khu vực thành thị, khu công nghiệp, khu kinh tế (đặc biệt là ở các đô thị lớn và khu vực phụ cận được "đô thị hóa") - những nơi kinh tế phát triển, sức mua của người dân tăng cao; trong khi đó thị trường BĐS ở khu vực nông thôn, vùng có điều kiện kinh tế chậm phát triển, vùng sâu, vùng xa lại kém sôi động;

(ii) Xét trong phạm vi một tỉnh, một khu vực, một địa phương, thị trường BĐS phát triển sôi động ở những khu vực được Nhà nước đầu tư xây dựng cơ sở hạ tầng đồng bộ, ở các khu đô thị mới, khu vực có điều kiện tự nhiên, yếu tố cảnh quan, phong thủy hợp thị hiếu người dân…; trong khi đó, các khu vực khác, các giao dịch về BĐS lại kém sôi động hơn;

(iii) Xét về cơ cấu, chủng loại hàng hóa BĐS, thị trường BĐS nhà ở cao cấp, nhà ở chung cư, văn phòng cao cấp cho thuê, đất dự án v.v.. thu hút được sự quan tâm của đông đảo các nhà đầu tư kinh doanh BĐS và người dân; trong khi đó, loại nhà ở xã hội, nhà chung cư bán cho người có thu nhập thấp, người nghèo v.v.. lại ít nhận được sự quan tâm tìm hiểu, sự đầu tư của các chủ thể kinh doanh BĐS;

Thực trạng trên đây của thị trường BĐS Việt Nam chưa được pháp luật kinh doanh BĐS đưa ra các giải pháp hữu hiệu để khắc phục. Điều này thể hiện qua các mặt: chưa có các quy định đầy đủ, rõ ràng và đồng bộ nhằm xác lập cơ chế ưu đãi về cho vay vốn đối với doanh nghiệp đầu tư xây dựng nhà ở xã hội, nhà ở cho người có thu nhập thấp, người nghèo; còn thiếu các quy định về hỗ trợ doanh nghiệp đầu tư xây dựng nhà ở xã hội, đầu tư kinh doanh BĐS ở khu vực kém phát triển trong việc tiếp cận, cung cấp thông tin, chính sách khuyến khích đầu tư, hỗ trợ giải quyết các thủ tục hành chính trong lập, triển khai dự án đầu tư; chính sách ưu đãi về miễn, giảm tiền sử dụng đất v.v..

Thứ hai, pháp luật kinh doanh BĐS còn thiếu các quy định nhằm xác lập cơ chế pháp lý đồng bộ, có hiệu quả để xử lý tình trạng đầu cơ, mua bán đất đai lòng vòng kiếm lời, đẩy giá nhà, đất lên quá cao so với giá trị thực tế. Hơn nữa, hệ thống pháp luật kinh doanh BĐS chưa có giải pháp hữu hiệu để ngăn chặn tình trạng lấy đất nông nghiệp (đặc biệt là đất trồng lúa ổn định) ở các tỉnh lân cận Thủ đô Hà Nội, thành phố Hồ Chí Minh… chuyển sang xây dựng khu đô thị mới, khu nhà ở; xây dựng các sân golf v.v..

Thứ ba, pháp luật kinh doanh BĐS mặc dù có những tác động tích cực nhằm nâng cao tính công khai, minh bạch của thị trường BĐS, song điều này dường như là chưa đủ. Còn thiếu các quy định về việc xây dựng, lưu trữ, công bố hệ thống cơ sở thông tin, dữ liệu về thị trường BĐS. Các nhà đầu tư kinh doanh BĐS gặp nhiều khó khăn trong việc tiếp cận các quy định về trình tự thủ tục, giao đất, cho thuê đất, lập dự án đầu tư v.v.. Hơn nữa, tính khả thi của một số quy định của pháp luật kinh doanh BĐS còn thấp. Các nhà đầu tư kinh doanh BĐS vẫn gặp phải tình trạng những nhiễu khi thực hiện những thủ tục hành chính liên quan về đầu tư kinh doanh BĐS;

Thứ tư, các quy định hiện hành về đầu tư kinh doanh BĐS vẫn còn hạn chế các nhà đầu tư nước ngoài kinh doanh BĐS tại Việt Nam. Theo Luật sửa đổi, bổ sung Điều 126 Luật Nhà ở và Điều 121 Luật Đất đai năm 2009, không phải mọi đối tượng người Việt Nam định cư ở nước ngoài đều được mua nhà ở tại Việt Nam mà chỉ:

1. Người Việt Nam định cư ở nước ngoài thuộc các đối tượng sau đây được cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam cho phép cư trú tại Việt Nam từ ba tháng trở lên thì có quyền sở hữu nhà ở để bản thân và các thành viên trong gia đình sinh sống tại Việt Nam:

a) Người có quốc tịch Việt Nam;

b) Người gốc Việt Nam thuộc diện người về đầu tư trực tiếp tại Việt Nam theo pháp luật về đầu tư; người có công đóng góp cho đất nước; nhà khoa học, nhà văn hoá, người có kỹ năng đặc biệt mà cơ quan, tổ chức của Việt Nam có nhu cầu và đang làm việc tại Việt Nam; người có vợ hoặc chồng là công dân Việt Nam sinh

sống ở trong nước.

2. Người gốc Việt Nam không thuộc các đối tượng quy định tại điểm b khoản 1 Điều này được cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam cấp Giấy miễn thị thực và được phép cư trú tại Việt Nam từ ba tháng trở lên thì có quyền sở hữu một nhà ở riêng lẻ hoặc một căn hộ chung cư tại Việt Nam để bản thân và các thành viên trong gia đình sinh sống tại Việt Nam" (Điều 1);

Tương tự, Nghị quyết số 19/2008/NQ-QH12 của Quốc hội ngày 03/06/2008 về việc thí điểm cho tổ chức, cá nhân nước ngoài mua và sở hữu nhà ở tại Việt Nam quy định: "Tổ chức, cá nhân nước ngoài thuộc các đối tượng sau đây được mua và sở hữu nhà ở tại Việt Nam: 1. Cá nhân nước ngoài có đầu tư trực tiếp tại Việt Nam theo quy định của pháp luật về đầu tư hoặc được doanh nghiệp đang hoạt động tại Việt Nam theo quy định của pháp luật về doanh nghiệp, bao gồm doanh nghiệp trong nước và doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài thuê giữ chức danh quản lý trong doanh nghiệp đó; 2. Cá nhân nước ngoài có công đóng góp cho Việt Nam được Chủ tịch nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam tặng thưởng Huân chương, Huy chương; cá nhân nước ngoài có đóng góp đặc biệt cho Việt Nam do Thủ tướng Chính phủ quyết định; 3. Cá nhân nước ngoài đang làm việc trong lĩnh vực kinh tế - xã hội có trình độ đại học hoặc tương đương trở lên và người có kiến thức, kỹ năng đặc biệt mà Việt Nam có nhu cầu; 4. Cá nhân nước ngoài kết hôn với công dân Việt Nam; 5. Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài đang hoạt động tại Việt Nam theo pháp luật về đầu tư không có chức năng kinh doanh BĐS, có nhu cầu về nhà ở cho những người đang làm việc tại doanh nghiệp đó ở" (Điều 2). Điều này làm cho thị trường BĐS có độ "mở" hạn chế chưa thu hút nhiều nguồn vốn đầu tư nước ngoài vào lĩnh vực này;

Thứ năm, trình tự, thủ tục đăng ký quyền sử dụng đất và đăng ký quyền sở hữu nhà và tài sản trên đất được quy định ở hai đạo luật khác nhau là Luật Đất đai năm 2003 và Luật về Nhà ở năm 2005 với hai hệ thống trình tự, thủ tục có nhiều điểm khác biệt. Điều này cũng làm giảm tính hấp dẫn của môi trường đầu tư trong lĩnh vực kinh doanh BĐS;

3. Kiến nghị về hoàn thiện hệ thống pháp luật kinh doanh bất động sản nhằm nâng cao tính hấp dẫn của thị trường bất động sản việt nam đối với các nhà đầu tư nước ngoài

1. Nhà nước cần soạn thảo và sớm ban hành cơ chế về tín dụng cho hoạt động đầu tư kinh doanh BĐS;

2. Thủ tục hành chính liên quan đến việc giao đất, xây dựng quy hoạch v.v ở Việt Nam thực hiện mất từ 2 - 3 năm nên nhiều dự án khâu tiếp cận vấn đề đất đai rất khó khăn và triển khai chậm tiến độ. Nhà nước cần rà soát, sửa đổi bổ sung các quy định về thủ tục hành chính trong đầu tư kinh doanh BĐS theo hướng công khai, minh bạch, giản tiện cho nhà đầu tư và rút ngắn thời gian thực hiện xuống còn từ 3 - 5 tháng như các nước trong khu vực;

3. Nhà nước sớm xây dựng và ban hành các quy chế về tổ chức và hoạt động của tổ chức môi giới BĐS, tổ chức tư vấn BĐS, tổ chức định giá BĐS, tổ chức quản lý sàn giao dịch BĐS, tổ chức quản lý BĐS v.v;

4. Nhà nước cần tiến hành rà soát, sửa đổi bổ sung các quy định mâu thuẫn, chồng chéo trong đăng ký BĐS giữa Luật Nhà ở, Luật Xây dựng, Luật Đất đai, Luật Bảo vệ và phát triển rừng… đảm bảo tính thống nhất, đồng bộ của hệ thống pháp luật kinh doanh BĐS;

5. Sớm sửa đổi, bổ sung quy định về giải quyết mâu thuẫn giữa Luật Nhà ở và Luật KDBĐS về điều kiện cho phép nhà đầu tư được bán tài sản hình thành trong tương lai; đồng thời ban hành quy định hiểu như thế nào là "móng nhà" và "hạng mục công trình kỹ thuật" của một dự án kinh doanh BĐS;

6. Hoàn thiện hệ thống cơ sở dữ liệu, thông tin về BĐS để cho các nhà đầu tư dễ dàng tra cứu, tìm hiểu thông tin trước khi đi đến quyết định có đầu tư vào lĩnh vực kinh doanh BĐS hay không. ■

BÀI HỌC KINH NGHIỆM

TỪ QUÁ TRÌNH CẢI CÁCH HÀNH CHÍNH TẠI TRUNG QUỐC

■ NGUYỄN VĂN CƯỜNG *

Dưới sự lãnh đạo của Đảng Cộng sản Trung Quốc, nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa đã có bước phát triển vượt bậc về mọi mặt, đặc biệt là từ sau cải cách mở cửa năm 1979. Có được những thành công đó là do Trung Quốc đã kiên trì thực hiện công cuộc đổi mới và tiến hành cải cách hành chính (CCHC) một cách sâu rộng và đồng bộ trên các mặt của đời sống kinh tế - xã hội. Từ năm 1982 đến nay, Trung Quốc đã tiến hành sáu cuộc cải cách với quy mô lớn. Kết quả thu được khá toàn diện trên các lĩnh vực của hệ thống hành chính; thể chế hành chính quan liêu bao cấp đã chuyển mạnh sang thể chế hành chính thích ứng với cơ chế thị trường xã hội chủ nghĩa (XHCN).

Trung Quốc và Việt Nam là hai nước đang từng bước xây dựng nhà nước pháp quyền XHCN, đều đang tiến hành CCHC. Kinh nghiệm của Trung Quốc là bài học có giá trị đối với nhiều quốc gia, trong đó có Việt Nam.

Trung Quốc là một nước XHCN, có hệ thống chính trị đặc thù. Chế độ chính trị cơ bản của Trung Quốc là chế độ đa đảng hợp tác và hiệp thương chính trị dưới sự lãnh đạo của Đảng Cộng sản Trung Quốc, thực hiện chế độ Đại hội đại biểu nhân dân và chế độ tự trị quần chúng cơ sở trên một quốc gia có nhiều dân tộc thống nhất với bộ máy tổ chức nhà nước.

Thực hiện đường lối cải cách mở cửa, nhằm đáp ứng nhu cầu phát triển trong nước và quốc tế, Trung Quốc đã tiến hành cải cách khá toàn diện trên cả ba lĩnh vực lập pháp, hành pháp và tư pháp, trong đó CCHC cơ quan hành pháp đóng vai trò quan trọng.

1. Sáu cuộc cải cách

Từ 1979 đến nay, Trung Quốc đã tiến hành sáu cuộc cải cách. Có thể điểm qua nội dung chính của các cuộc cải cách như sau:

Lần thứ nhất: Năm 1982, trọng tâm đợt này là tinh giản bộ máy và biên chế; đưa ra phương châm tứ hóa "cách mạng hoá, trẻ hoá, tri thức hoá, chuyên nghiệp hóa" đội ngũ cán bộ, công chức; xây dựng chế độ về hưu; nới lỏng quyền hạn quản lý kinh tế, thu chi tài chính và quản lý nhân sự.

Lần thứ hai: Năm 1988, tiếp tục cải cách cơ cấu gắn với chuyển đổi chức năng của chính quyền, thực hiện tách bạch chính quyền với doanh nghiệp, tinh giản các cơ quan chuyên

(*) TS. Phó Vụ trưởng Vụ Địa phương, Văn phòng Chính phủ.

môn, mở rộng các lĩnh vực CCHC, tăng cường các cơ quan điều tiết vĩ mô.

Lần thứ ba: Năm 1993, mục tiêu cải cách nhằm đáp ứng các yêu cầu phát triển kinh tế thị trường XHCN; mở rộng và đi sâu trong cải cách cơ cấu, lấy chuyển đổi chức năng chính quyền làm trọng điểm, đề ra phương châm tách bạch giữa chính quyền và doanh nghiệp là con đường căn bản của chuyển đổi chức năng.

Lần thứ tư: Năm 1998, mục tiêu xây dựng thể chế quản lý hành chính nhằm thích ứng với kinh tế thị trường XHCN, kết quả đã giải thể hàng loạt các cơ quan quản lý kinh tế công nghiệp và các công ty, tổng hội có tính chất hành chính.

Lần thứ năm: Năm 2003, tách rời chính quyền và doanh nghiệp, tiến thêm một bước chuyển đổi chức năng của chính quyền, điều chỉnh việc sắp xếp cơ cấu của chính quyền, phân công hợp lý chức năng của các Bộ, ngành, cải cách thể chế quản lý tài sản thuộc sở hữu nhà nước.

Lần thứ sáu: Năm 2008, tập trung vào việc giải quyết vấn đề nhân sinh và những mâu thuẫn nổi cộm ảnh hưởng đến phát triển khoa học và ổn định xã hội còn tồn tại trong quản lý chính quyền, nhấn mạnh cải thiện điều tiết kinh tế, giám sát chặt chẽ thị trường, đẩy mạnh quản lý xã hội, chú trọng đến dịch vụ công. Để phục vụ mục đích của cải cách lần này, cơ cấu của Quốc vụ viện cũng được cải cách một cách mạnh mẽ.

2. Thành tựu nổi bật qua các lần cải cách và một số hạn chế

Sau 30 năm thực hiện cải cách mở cửa, Trung Quốc đã thành công trong việc phát triển kinh tế, thể chế kinh tế đã chuyển đổi từ cơ chế tập trung quan liêu bao cấp sang cơ chế thị trường đầy năng động. Thành tựu nổi bật qua các lần cải cách được thể hiện nổi bật 6 mặt sau đây:

Thứ nhất, *tinh giản cơ cấu chính quyền và chuyển giao quyền lực cho doanh nghiệp, phát huy tính tích cực của địa phương, doanh nghiệp, các đơn vị cơ sở và quần chúng nhân dân*:

Cải cách cơ chế quản lý tập trung quyền lực cao độ của cơ chế kinh tế bao cấp, chuyển sang việc giao quyền lực cho chính quyền địa phương và doanh nghiệp. Phương châm đổi mới chức năng quản lý nhà nước của Chính phủ được xác định là "quản lý vĩ mô, giám sát thị trường, quản lý xã hội và dịch vụ công". Theo đó, bảy lĩnh vực Chính phủ trung ương tập trung quản lý là quốc phòng, ngoại giao, chính sách tài chính, ngân hàng, điện lực, thông tin, đường sắt. Các lĩnh vực còn lại thực hiện phân cấp mạnh cho chính quyền địa phương.

Tinh giản biên chế mà biện pháp quan trọng nhất là sắp xếp lại các đơn vị sự nghiệp; chuyển một bộ phận lớn các đơn vị sự nghiệp công thành doanh nghiệp để xoá bỏ chế độ bao cấp. Ví dụ: ở Thượng Hải đã chuyển 144 đơn vị sự nghiệp thành 354 doanh nghiệp độc lập, giảm được 15% biên chế.; thành phố chỉ trợ cấp cho các bệnh viện 3-4% kinh phí, còn lại là tự trang trải; các trường đại học nhà nước cấp 40% kinh phí, còn lại nhà trường tự trang trải.

Thứ hai, từng bước tối ưu hóa cơ cấu tổ chức của chính quyền, không ngừng tinh giản cơ cấu và cán bộ.

Thông qua cải cách tối ưu hóa chính quyền, các bộ ngành quản lý kinh tế công nghiệp của cơ chế kinh tế bao cấp cơ bản bị tháo gỡ, bước đầu xây dựng khung hệ thống cơ cấu thích ứng với cơ chế thị trường XHCN, lấy các bộ, ngành điều tiết vĩ mô, quản lý giám sát thị trường, quản lý xã hội và dịch vụ công làm chủ chốt. Năm 1981, Quốc vụ viện có 100 cơ quan, năm 1998 giảm còn 29 cơ quan, năm 2008 chỉ còn 27 cơ quan.

Chính quyền địa phương được tổ chức thành ba cấp hoàn thiện hơn, trong đó cấp tỉnh và tương đương gồm 31 đơn vị (22 tỉnh, bốn thành phố trực thuộc trung ương, năm khu tự trị) và hai khu hành chính đặc biệt. Về cơ cấu xã, trước đổi mới, xã bao gồm các đội sản xuất, hiện nay được tổ chức thành làng, lập ra Uỷ ban làng tự quản do dân trực tiếp bầu, nhiệm kỳ ba năm. Chính quyền đô thị ở Trung Quốc được tổ chức thành hai cấp (thành phố và quận), cấp hành chính được tổ chức cấp thành

phố, quận và khu phố. Mục tiêu cải cách cơ cấu trong thời gian qua là giảm thiểu các doanh nghiệp nhà nước, bỏ cơ chế chính quyền trực tiếp quản lý doanh nghiệp; sắp xếp lại các đơn vị sự nghiệp. Hiện tại, Trung Quốc chỉ còn 189 doanh nghiệp nhà nước do trung ương trực tiếp quản lý (trong tổng số 300.000 doanh nghiệp quốc hữu); cơ bản không còn doanh nghiệp thuộc bộ. Trung Quốc đã thành lập Uỷ ban Quản lý tài sản quốc hữu ở cấp trung ương và đang triển khai ở cấp địa phương.

Năm 2004 thông qua Luật Hành chính, tinh thần của luật là giảm thiểu nội dung quản lý nhà nước, trên cơ sở đó tiếp tục thu gọn bộ máy quản lý hành chính. Biên chế cơ quan Đảng, chính quyền toàn quốc giảm từ 7,39 triệu người xuống còn 6,24 triệu người, tổng cộng tinh giản 1,15 triệu người.

Thứ ba, có một bước tiến quan trọng trong việc chuyển đổi chức năng của chính quyền, vai trò quan trọng của thị trường trong việc điều phối các nguồn lực tăng lên một cách rõ nét.

Việc tách rời giữa chính quyền và doanh nghiệp đã mở đường cho việc giảm thiểu sự can dự của chính quyền vào các hoạt động kinh tế vi mô, chức năng quản lý tài sản và quản lý công được tách bạch. Vai trò của nền kinh tế thị trường, nguồn lực cơ bản đã chuyển từ chế độ tập trung quan liêu bao cấp sang chịu sự phân phối của cơ chế thị trường. Chế độ xét duyệt hành chính được cải tiến một cách mạnh mẽ, tiến bộ, trước đây Quốc vụ viện xét duyệt 3.605 hạng mục, qua bốn lần cải cách đã giảm và điều chỉnh chỉ còn 1.994 hạng mục, chiếm 55,3% hạng mục.

Thứ tư, không ngừng hoàn thiện chức năng quản lý xã hội và dịch vụ công của chính quyền.

Hoàn thiện chức năng dịch vụ công của chính quyền, tiến một bước dài trong lĩnh vực dịch vụ công và các sự nghiệp xã hội; đầu tư vào dịch vụ công không ngừng gia tăng, diện bao phủ của dịch vụ công không ngừng mở rộng và đạt hiệu quả rõ rệt. Ví dụ, số người tham gia bảo hiểm dưỡng lão ở thành phố và thị trấn tăng từ 57 triệu người năm 1989 lên 219 triệu người năm 2008, bảo hiểm y tế tăng từ bốn triệu người năm 1994 lên 318 triệu năm 2008. Số người tham gia chế độ hợp tác y tế nông thôn mô hình mới đạt 815 triệu người năm 2009 (đã cơ bản thực hiện phủ kín nhân khẩu khu vực nông thôn). Tỷ lệ nhập học tiểu học đúng độ tuổi của trẻ em Trung Quốc tăng lên 99%, quy mô sinh viên đại học năm 2008 tăng lên 27 triệu người, đứng đầu thế giới. Chi phí giáo dục văn hóa từ 1,5 tỷ năm 1978 tăng lên 10,8 tỷ năm 2006 (tăng 73 lần).

Thứ năm, ngày càng hoàn thiện cơ chế vận hành của Chính phủ, thúc đẩy toàn diện nền hành chính tuân thủ pháp luật.

Quốc vụ viện Trung Quốc có đề cương thúc đẩy toàn diện nền hành chính tuân thủ pháp luật, nhằm mục tiêu xây dựng nền hành chính tuân thủ pháp luật. Trong Chương trình thực hiện quản lý hành chính toàn diện năm 2004 đã làm rõ các tư tưởng chỉ đạo, mục tiêu cụ thể, nguyên tắc cơ bản, yêu cầu và nhiệm vụ chủ yếu để thực hiện việc quản lý toàn diện hệ thống hành chính trong 10 năm. Chính phủ tập trung cải cách thể chế chính quyền, mục tiêu của cải cách thể chế là chuyển đổi hơn nữa chức năng của Chính phủ, hoàn thiện cơ cấu thể chế Chính phủ...

Đã có 82 thành phố được thí điểm có quyền lực xử phạt hành chính tập trung được Chính phủ trao quyền, 190 chính quyền thành phố và 804 chính quyền huyện đã triển khai quyền lực xử phạt hành chính tập trung.

Cuối năm 2007, đã có 24 cơ quan thuộc Quốc vụ viện quy định chuyên môn về thủ tục hành chính. Công tác giám sát phòng chống tham nhũng trong cơ quan Đảng và cơ quan hành chính được quy định cụ thể, chặt chẽ hơn.

Những năm gần đây, theo yêu cầu của Đại hội Đại biểu nhân dân và "Luật xem xét lại về mặt hành chính", chính quyền và các cơ quan quản lý ở tất cả các cấp đã liên tục cải thiện hệ thống phối hợp và thủ tục chi tiết để xem xét lại về mặt hành chính, cho phép xem xét lại về mặt hành chính trong giải quyết tranh

chấp hành chính, xây dựng mối liên kết chặt chẽ hơn giữa chính quyền và nhân dân, giảm bớt mâu thuẫn xã hội, duy trì sự ổn định và hài hòa xã hội.

Thứ sáu, Chính phủ không ngừng sáng tạo phương pháp quản lý, công cuộc xây dựng của Chính phủ đạt được hiệu quả rõ rệt với hai hình thức chủ yếu là:

Chương trình tin học hoá và xây dựng Chính phủ điện tử: Cho đến nay, các bộ đều đã xây dựng được mạng nội bộ. Giao dịch bằng điện tử đã được thực hiện giữa các bộ với các tỉnh, khu tự trị trực thuộc trung ương. Các bộ, các tỉnh và khu tự trị cũng xây dựng được trang Web riêng. Ở một số thành phố lớn, người dân đã có thể truy cập được thông tin của Chính phủ trên mạng Internet. Ở một số khu vực kinh tế phát triển và đô thị, những dịch vụ hành chính công chủ yếu như đăng ký thuế, hải quan… đã thực hiện thông qua mạng điện tử. Thành phố Bắc Kinh đã thiết lập mạng nội bộ mang tên "Cửa sổ thành phố".

Uỷ ban cải cách cơ cấu Trung Quốc: Ủy ban cải cách cơ cấu trung ương là cơ quan trực thuộc Quốc vụ viện, có thẩm quyền đặc biệt chịu trách nhiệm chung về chương trình CCHC ở Trung Quốc. Chủ nhiệm Uỷ ban là Thủ tướng, Phó Chủ nhiệm Uỷ ban là Phó Chủ tịch nước. Các thành viên khác gồm: Chủ nhiệm Văn phòng Trung ương Đảng, Chủ nhiệm Văn phòng Quốc vụ viện, Bộ trưởng Bộ Nhân sự và một số Bộ trưởng khác. Tất cả các nội dung và quá trình cải cách đều đặt dưới sự chỉ đạo của Uỷ ban này.

Bên cạnh những thành tựu và kết quả đã đạt được qua sáu lần cải cách, CCHC ở Trung Quốc vẫn còn một số tồn tại như: trình độ dịch vụ công của chính quyền được nâng cao rõ rệt, song vẫn khó lòng thỏa mãn được nhu cầu xã hội ngày càng tăng; bộ máy các cơ quan chính quyền vẫn còn nhiều cồng kềnh, chức trách chồng chéo, ảnh hưởng đến việc quản lý tổng quát đối với kinh tế - xã hội; chế độ quản lý của chính quyền vẫn chưa hoàn thiện; chế độ quản lý dự toán công, khống chế vốn hành chính còn phải cải cách hơn nữa; cách thức quản lý và dịch vụ của chính quyền vẫn còn hạn chế, hiệu suất không cao, không thích ứng với yêu cầu cạnh tranh của nền kinh tế; công dân hoặc doanh nghiệp khi cần giải quyết thủ tục phải qua nhiều khâu, nhiều hạng mục và nhiều cấp xét duyệt; môi trường đầu tư và môi trường thương nghiệp cần cải thiện một cách cấp bách và cần thiết; tình trạng tham ô, tham nhũng của một số cán bộ trong bộ máy hành chính vẫn xảy ra do chưa có quy định cụ thể và có biện pháp phòng chống có hiệu quả, làm ảnh hưởng lòng tin trong quần chúng nhân dân.

3. Năm mục tiêu tổng thể của cách thể chế hành chính đến năm 2020

Để phát huy những thành tựu đã đạt được và hạn chế những tồn tại của cải cách nền hành chính hiện nay của Trung Quốc, ngày 27/2/2008, tại phiên họp toàn thể lần thứ hai Ban chấp hành Trung ương Đảng Cộng sản Trung Quốc nhiệm kỳ 17 đã thông qua văn kiện về cải cách cơ chế quản lý hành chính, đề ra năm mục tiêu tổng thể của cách thể chế hành chính đến năm 2020 của Trung Quốc, đó là:

Thứ nhất, kiên trì cải cách nhằm thích ứng với nền kinh tế thị trường XHCN, tiến thêm một bước mới trong việc tinh giản cơ cấu biên chế chính quyền và chuyển giao quyền lực; phát huy tốt hơn nữa vai trò căn bản của thị trường trong việc phân phối các nguồn lực, vai trò của công dân và các tổ chức xã hội trong việc quản lý các sự vụ công cộng của xã hội, phát huy vai trò chủ thể cung cấp đa lĩnh vực trong dịch vụ công.

Thứ hai, thực hiện đầy đủ chức năng của chính quyền, hoàn thiện hệ thống dịch vụ công, xây dựng một chính phủ theo mô hình dịch vụ, xây dựng chế độ chi trong dịch vụ công.

Thứ ba, xúc tiến cải cách cơ cấu của Chính phủ, thực hiện chuyển đổi cơ bản cơ cấu tổ chức và biên chế nhân viên của Chính phủ theo hướng khoa học hóa, quy phạm hóa bằng cách nghiên cứu xây dựng, kiện toàn kết cấu quyền lực và cơ chế vận hành vừa chế ước lẫn nhau vừa phối hợp nhịp nhàng với nhau giữa quyền quyết sách, quyền chấp hành và quyền giám

sát; hoàn thiện các quy định quản lý đối với biên chế trong cơ cấu và pháp luật pháp quy của tổ chức Chính phủ, đẩy nhanh xúc tiến quá trình pháp chế hóa đối với quản lý biên chế.

Thứ tư, tăng cường xây dựng chế độ và một nền hành chính tuân thủ pháp luật, trọng điểm là quy phạm hành vi lập pháp của Chính phủ thêm một bước, hoàn thiện hệ thống pháp luật XHCN mang màu sắc Trung Quốc, kiện toàn thể chế chấp pháp đối với hành chính, thực hiện chặt chẽ chế độ chấp pháp đối với hành chính, thiết thực nâng cao khả năng chấp hành của Chính phủ cũng như sự tin tưởng của công chúng đối với Chính phủ

Thứ năm, quy phạm mối quan hệ trung ương và địa phương: Phân chia một cách hợp lý chức trách và quyền hạn của các cấp chính quyền ở trung ương và địa phương, làm rõ trọng điểm quản lý và dịch vụ của chính quyền các cấp, nghiên cứu tìm ra con đường mới nhằm điều chỉnh một cách hợp lý kết cấu quyền lực Chính phủ theo ngành dọc.

4. Một số bài học kinh nghiệm và khả năng vận dụng vào công cuộc cải cách hành chính ở Việt Nam

Qua phân tích nội dung, kết quả và phương hướng của CCHC của Trung Quốc, có thể rút ra một số bài học kinh nghiệm:

- Sự lãnh đạo, chỉ đạo kiên quyết của Đảng cộng sản Trung Quốc

Đảng Cộng sản Trung Quốc đưa ra chủ trương cải cách mở cửa và là người lãnh đạo, chỉ đạo bảo đảm về chính trị để các mục tiêu cải cách thành công. Với thể chế chính trị một đảng lãnh đạo, Trung Quốc coi thành công của cải cách phải xuất phát từ sự lãnh đạo kiên quyết và thống nhất của Đảng. Để phát triển kinh tế trong điều kiện của một đất nước có xuất phát điểm thấp và là một quốc gia đông dân nhất thế giới, Trung Quốc đã cho phép thí điểm và tập trung nguồn lực để xây dựng các vùng kinh tế trọng điểm (Thẩm Quyến, Thiên Tân, Thượng Hải, Bắc Kinh, Trùng Khánh...), tạo đà phát triển lan tỏa sang các vùng khác.

Sau 30 năm thực hiện thành công chính sách phát triển kinh tế, từ năm 2005, Chính phủ Trung Quốc bắt đầu chuyển sang tập trung vào chính sách phát triển xã hội hài hòa, tạo sự hài hòa về phát triển kinh tế và xã hội, khắc phục những vấn đề khoảng cách giàu - nghèo, lao động, việc làm và ô nhiễm môi trường. Nhà nước có chính sách quy định trách nhiệm của các vùng giàu, phát triển đối với các vùng nghèo, kém phát triển; xây dựng hệ thống bảo hiểm xã hội cơ bản như chính sách hỗ trợ về giáo dục, y tế, bảo hiểm cho người nghèo. Mục tiêu là xây dựng Nhà nước theo nguyên tắc "phục vụ", lấy lợi ích của người dân và cộng đồng làm cơ sở.

- Cải cách bắt đầu từ thay đổi nhận thức

Mục tiêu của cải cách là thay đổi nhận thức về vai trò và chức năng của Nhà nước trong bối cảnh phát triển mới, chứ không chỉ là nhằm giảm bộ máy, giảm số lượng công chức. Đây là một giải pháp tổng hợp từ nhận thức đến quan điểm và những quy tắc, phương thức tổ chức hoạt động nhằm chuyển đổi vai trò của Nhà nước, mà trước hết là tạo được nhận thức về sự thay đổi vai trò của Nhà nước, thích hợp với yêu cầu mới của nền kinh tế và xã hội phát triển. Tạo sự đồng thuận, thống nhất trong quan điểm, nhận thức của đội ngũ cán bộ, công chức về chủ trương, đường lối cải cách mở cửa do Đảng Cộng sản lãnh đạo.

Hoạt động của Nhà nước được thiết lập trên cơ sở phân biệt rõ bốn mối quan hệ: giữa Chính phủ với chính quyền địa phương, giữa Chính phủ với thị trường, giữa Chính phủ với cơ quan sự nghiệp (cơ quan, tổ chức làm dịch vụ) và giữa Chính phủ với các đặc khu kinh tế. Nhà nước tập trung vào bốn loại chức năng cơ bản: điều tiết kinh tế, giám sát thị trường, quản lý xã hội và cung ứng dịch vụ công.

Mục tiêu của cải cách là lấy yêu cầu của người dân, cộng đồng và doanh nghiệp làm cơ sở cho những quyết sách của Nhà nước. Thủ tục hành chính phải công khai, minh bạch và thuận lợi.

- Biện pháp triển khai thực hiện cần tiến hành một cách kiên trì, lâu dài và đồng bộ, toàn diện trong toàn bộ hệ thống hành chính

Trung Quốc đã tiến hành cải cách từ năm

1979 và cải cách liên tục, kéo dài đến nay và tiếp tục trong thời gian tới; cải cách được tiến hành toàn diện tại các cơ quan lập pháp, hành pháp, tư pháp, trong đó CCHC tại cơ quan hành pháp giữ vai quan trọng.

- *Xây dựng bộ máy nhà nước đủ năng lực, có khả năng thích ứng với yêu cầu mới*

Với quan điểm này, Trung Quốc chú trọng:

+ Tăng cường đào tạo đội ngũ cán bộ, công chức về năng lực thực hành, kỹ năng giải quyết các vấn đề mà thực tiễn đặt ra. Việc đưa ra các quyết sách phù hợp với từng địa phương, với từng hoàn cảnh và điều kiện, trên cơ sở các mục tiêu chung, đòi hỏi cán bộ, công chức phải có năng lực phù hợp và liên tục được tăng cường. Trung Quốc đã cử nhiều tổ chức, cá nhân đi nghiên cứu học tập CCHC tại nhiều nước trên thế giới để về vận dụng vào nước mình.

+ Quan tâm đến chính sách đối với cán bộ công chức, trước hết là chế độ lương và các điều kiện bảo đảm cho cán bộ công chức toàn tâm và trách nhiệm với công việc.

+ Hoàn thiện hệ thống thể chế trong nền công vụ, bảo đảm rõ ràng về thẩm quyền, tính trách nhiệm đối với từng vị trí, chức danh.

CCHC là yêu cầu tất yếu đối với mọi nền hành chính phát triển. Đảng, Nhà nước Trung Quốc đã quyết tâm ban hành các quyết sách, lãnh đạo, chỉ đạo triển khai thực hiện công cuộc CCHC, xác định CCHC là nhiệm vụ chính trị trọng tâm của Đảng và Nhà nước với sự đồng thuận và ủng hộ của hệ thống chính trị và toàn thể người dân.

Quá trình cải cách của Trung Quốc đã tiến hành một cách liên tục, toàn diện và sâu rộng. Phạm vi cải cách được tiến hành đồng bộ trên tất cả các lĩnh vực của đời sống kinh tế - xã hội. Bộ máy hành chính nhà nước và số lượng cán bộ, công chức được tinh giản hơn, hiệu quả, hiệu lực nền hành chính được nâng cao, bước đầu đáp ứng nhu cầu phát triển của thể chế kinh tế thị trường XHCN.

Việt Nam và Trung Quốc là hai nước có nhiều điểm tương đồng về thể chế chính trị và nền hành chính, đều đang tiến hành cải cách nhằm xây dựng một nền hành chính tuân thủ pháp luật, chuyên nghiệp và hiện đại, phục vụ ngày càng tốt hơn cho doanh nghiệp và người dân.

Một số bài học rút ra qua quá trình cải cách của Trung Quốc về nâng cao nhận thức, chỉ đạo kiên quyết của Đảng, về triển khai thực hiện đồng bộ có giá trị không những đối với Trung Quốc mà còn có giá trị đối với các quốc gia khác, trong đó có Việt Nam. Chúng ta có thể nghiên cứu, triển khai vận dụng vào CCHC tại Việt Nam theo hướng:

- Để cơ quan chỉ đạo và triển khai CCHC có thẩm quyền đặc biệt nhằm đạt kết quả cao trong công tác, có thể thành lập Cơ quan CCHC quốc gia, đứng đầu là Thủ tướng Chính phủ, các thành viên khác gồm có lãnh đạo Nhà nước, Trung ương Đảng, Quốc hội, Bộ trưởng Chủ nhiệm Văn phòng Chính phủ, Bộ trưởng Bộ Nội vụ…

- Cần tiến hành CCHC một cách tích cực, có trọng tâm, trọng điểm, trước mắt tập trung vào CCHC trong một số lĩnh vực nhằm tháo gỡ khó khăn, thúc đẩy sản xuất phát triển, duy trì ổn định kinh tế vĩ mô, đảm bảo tăng trưởng bền vững, giải quyết tốt vấn đề an sinh xã hội, đảm bảo quốc phòng an ninh, trong đó cần thực hiện ngay trên các lĩnh vực như:

+ Công tác đền bù, giải phóng mặt bằng, thủ tục thanh quyết toán trong đầu tư xây dựng cơ bản; ban hành kịp thời các văn bản hướng dẫn luật (có thể thuê chuyên gia, tư vấn nhằm giải quyết cơ bản và dứt điểm tình trạng luật có hiệu lực nhưng Nghị định, thông tư chưa ban hành);

+ Nghiên cứu, ban hành các cơ chế chính sách nhằm huy động vốn đầu tư, khai thác và sử dụng có hiệu quả đất công, đất triển khai dự án đường giao thông, thí điểm cho phép các địa phương một số thẩm quyền trong xử phạt hành chính

+ Cho phép các địa phương, các vùng kinh tế thực hiện nhiều mô hình thí điểm, sau đó rút kinh nghiệm, nhân rộng điển hình.

+ Cần có chế độ, chính sách đặc thù cho cán bộ làm công tác CCHC để họ có thể cống hiến và sáng tạo tốt hơn. ■